RÉPERTOIRE DU NOTARIAT

DEFRÉNOIS

39117 **FAMILLE**

Un inconvénient patrimonial n'est pas un avantage matrimonial

Par Nicolas DUCHANGE

39118 **NOTARIAT**

Vers une déstabilisation de la fonction notariale ?

Par Marcel BEAUBRUN

39119 **PRATIQUE NOTARIALE**

Loi de finances rectificative pour 2010 et réforme de la TVA immobilière : texte de simplification ?

Par Jean-Pierre GARÇON

39120 **FISCAL**

Assurance-vie : contrat accepté et ISF

Par Frédéric DOUET

ACTUALITÉS

Veille juridique

39121 **FAMILLE**

La nullité des conventions de changement de régime matrimonial

Note

Par Jacques MASSIP

39122 **AFFAIRES**

Baux commerciaux : la commission départementale de conciliation au gré de la jurisprudence de la Cour de cassation

Note

Par Laurent RUET

39123 **IMMOBILIER**

Publicité foncière

Chronique

Par Stéphane PIEDELIÈVRE

www.defrenois.fr

lextenso éditions

n° 10

30 mai 2010

130e année

2009	2010
3,79	0,65

condamnation (art. 3 de la loi 21 du 23 juin 1989 et par l'arti-

ion

er (Base 100 en 1998) (1)

Janv.	Fév.	Mars	Avr.
118,33	118,96	119,54	119,88
124,95	125,05	125,54	126,06
130,34	130,53	130,91	132,00
104,85	104,90	104,89	104,60
131,53	131,25	132,56	132,91
90,42	90,78	90,62	90,34
129,28	130,86	130,44	130,70
126,35	127,52	127,98	128,29

lice, v. *Defrénois* 1999, *Act.*, p. 62

e 100 en 1998) (1)

Janv.	Fév.	Mars	Avr.
118,32	118,99	119,58	119,90
124,92	125,01	125,50	126,02
133,13	133,29	133,82	135,10
103,20	103,24	103,24	102,96
131,54	131,32	132,64	132,96
83,52	84,36	84,80	84,67
91,18	91,55	91,42	91,19
129,58	131,42	130,90	131,19
127,50	128,60	129,08	129,37
125,47	125,55	125,93	126,31
106,99	107,96	109,09	109,59
126,90	127,48	127,57	127,64

lice, v. *Defrénois* 1999, *Act.*, p. 62

39117

Un inconvénient patrimonial n'est pas un avantage matrimonial

par **Nicolas DUCHANGE**,
Notaire à Roubaix.

La notion de « simples bénéfices » a été instituée pour limiter la portée de l'action en retranchement des avantages matrimoniaux. Elle ne devrait donc pas être invoquée pour engendrer des prestations que le contrat de mariage ne prévoit pas. Par ailleurs, cette notion gagnerait à être appréciée en tenant compte des spécificités de chaque régime, le rôle protecteur des simples bénéfices étant plus facile à établir dans un régime de participation aux acquêts que dans un régime de communauté. Concernant l'action en révocation des avantages matrimoniaux, la notion de simples bénéfices a également un rôle restrictif. Même depuis la réforme du 26 mai 2004, une action visant des avantages matrimoniaux chiffrables ne peut donc atteindre toutes les modalités liquidatives du contrat de mariage, mais seulement les avantages prenant effet à la dissolution du régime et dépassant les simples bénéfices.

Plan

I. Portée de la notion de simples bénéfices
II. Preuve de l'origine des simples bénéfices
III. Incidence des simples bénéfices sur la révocation des avantages de participation aux acquêts

■

1. Le mariage n'est pas d'abord affaire d'argent, quoiqu'il puisse emporter des conséquences patrimoniales importantes. En reconnaissant aux avantages matrimoniaux un caractère onéreux (1), l'article 1527 du Code civil prend en considération cet aspect essentiel de la relation matrimoniale.

(1) G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, PUF, 2e éd., 1977, p. 558 : « L'avantage matrimonial n'est qu'un bénéfice particulier de la société conjugale ; en tant que tel, il a nécessairement un caractère onéreux, dans la mesure où les transferts de valeur engendrés par le fonctionnement d'une société personnifiée ont toujours ce caractère ».

En deux circonstances, cependant, le Code civil prévoit une action limitant les avantages matrimoniaux :

– le décès de l'un des époux, pour fixer la mesure (2) des avantages qui auraient été « faits au préjudice d'un enfant d'un autre lit » ;

– le divorce des époux, naguère pour sanctionner l'époux fautif, désormais pour abréger les liquidations (3).

2. La notion d'avantage matrimonial restant principalement construite à partir de l'article 1527 du Code civil, texte conçu pour une action en retranchement visant un contrat de communauté, d'importantes difficultés d'interprétation subsistent, notamment en ce qui concerne la situation la plus éloignée des prévisions de ce texte fondateur : l'action en révocation des avantages matrimoniaux résultant d'un régime de participation aux acquêts (4).

Une synthèse harmonieuse semble cependant pouvoir être dégagée de trois observations simples :

– la notion de « simples bénéfices » a été instituée pour limiter la portée de l'action en retranchement des avantages matrimoniaux ;

– dans les régimes de communauté, la production des acquêts est présumée conjointe, tandis que dans le cadre de la participation aux acquêts, cette production est clairement séparée ;

– l'action en révocation, même articulée sur l'opposition existant entre les avantages « qui prennent effet au cours du mariage » et les avantages « qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial », ne vise pas toutes les modalités liquidatives chiffrables, mais seulement les avantages dépassant les simples bénéfices.

I. Portée de la notion de simples bénéfices

3. De l'objet de l'avantage matrimonial, la loi ne donne aucune définition (5). L'avantage matrimonial est donc compris de deux manières différentes en doctrine. Pour certains, un époux bénéficie d'un

(2) G. Cornu, *op. cit.*, p. 559, citant J. Carbonnier, thèse, p. 688, soulignant que l'action en retranchement ne doit pas être confondue avec une action en réduction d'une libéralité, le recours au mécanisme de la réduction n'ayant pour objet que de « *fixer la mesure* de ce que le conjoint pourra recevoir en sa qualité de commun en biens, et non une *transformation* quelconque de la *nature même du titre* de cet époux ».

(3) Il contient d'observer que cet objectif de sécurité juridique est imparfaitement réalisé. Les avantages que le divorce laissera subsister pourront faire l'objet d'une action en retranchement des avantages matrimoniaux, intentée contre le conjoint bénéficiaire, par les enfants non communs de son ex-époux, une fois seulement celui-ci décédé.

(4) Sur l'application de l'action en retranchement au régime de la participation aux acquêts, v. J.-P. Storck, « Avantages matrimoniaux et régime de participation aux acquêts » : JCP N 1981, I, p. 355 et s. – J.-F. Pillebout : J.-Cl. Not. form., V° « Participation aux acquêts », fasc. 10, n°s 182 et s., et fasc. 35, n°s 100 et 115. Sur la révocation de certaines clauses aménageant la participation aux acquêts, v. notamment, F. Sauvage, « Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux » : Defrénois 2004, art. 38038, p. 1425.

(5) Le Code civil ne propose que des applications : préciput de l'article 1515, stipulation de parts inégales des articles 1521 et 1524, profit résultant d'apports inégaux ou de la confusion des dettes.

s régimes de communauté, la
des acquêts est présumée
andis que dans le cadre de la
ı aux acquêts, cette production
nt séparée ;

en révocation, même articulée
tion existant entre les avanta-
ɔrennent effet au cours du
les avantages « qui ne prennent
dissolution du régime matrimo-
e pas toutes les modalités liqui-
ffrables, mais seulement les
ɛpassant les simples bénéfices.

tée
ıotion de
ɛs bénéfices

bjet de l'avantage matrimonial,
donne aucune définition (5).
matrimonial est donc compris
nières différentes en doctrine.
ns, un époux bénéficie d'un

gnant que l'action en retranchement
ɛralité, le recours au mécanisme de
e le conjoint pourra recevoir en sa
que de la *nature même du titre* de

nparfaitement réalisé. Les avantages
n en retranchement des avantages
nts non communs de son ex-époux,

.e la participation aux acquêts, v.
ıux acquêts » : JCP N 1981, I, p. 355
:s », fasc. 10, n^{os} 182 et s., et fasc. 35,
nt la participation aux acquêts, v.
ɛralités entre époux et les avantages

l'article 1515, stipulation de parts
ux ou de la confusion des dettes.

avantage matrimonial dès lors que sa situation se trouve améliorée du fait du mariage : c'est une théorie du « beau mariage » (6). Pour d'autres, un époux bénéficie d'un avantage lorsqu'une disposition de son contrat de mariage lui apporte, du fait du contrat, un avantage. Leur point de vue devient une théorie du beau contrat dans la mesure où elle conduit à se contenter de comparer le résultat du régime conventionnel à celui du régime organisé par le Code civil à partir duquel il a été construit (7).

La question est importante pour les praticiens, qui doivent indiquer à leurs clients la portée des clauses qu'ils leur proposent.

4. Un exemple chiffré permettra d'en engager l'étude sous l'angle de l'action en retranchement.

5. Mariés en secondes noces, M. et Mme Dupont sont victimes d'un grave accident de la circulation. Madame meurt sur le coup. Monsieur décède dans l'ambulance. Ils avaient adopté le régime de la participation aux acquêts, en stipulant qu'en cas de dissolution par décès, « le conjoint survivant serait dispensé du paiement de la créance de participation » s'il s'en trouvait être le débiteur (8). Les acquêts de M. Dupont se montent à 1 100, ceux de Mme Dupont à 100. Les patrimoines propres sont insignifiants.

L'excédent d'acquêts de M. Dupont est donc de 1 000. La créance de participation de Mme Dupont aurait été de 500 sous le régime cadre de la participation aux acquêts.

La fille unique de Mme Dupont, issue de sa première union, engage une action en retranchement de l'avantage matrimonial dont, selon elle, M. Dupont bénéficie grâce à une clause de son (trop) beau contrat de mariage.

Son raisonnement est le suivant :

– en cas de liquidation faite conformément aux dispositions supplétives du Code civil, la succession de sa mère aurait compris des biens d'une valeur totale de 100 + 500 = 600 ;

– en vertu de la clause de son contrat de mariage le dispensant du paiement de la créance en sa qualité de conjoint survivant, M. Dupont bénéficie d'un avantage matrimonial représentant le montant de cette créance, soit 500 ;

– cet avantage représente 500/600es de la masse de calcul de la succession de Mme Dupont et dépasse la quotité disponible entre époux qui est de 150/600es en pleine propriété et du surplus en usufruit (ou de 300/600es en pleine propriété) ;

(6) Tout en soulignant qu'il convient alors de distinguer entre les avantages qui sont retranchables et ceux qui ne le sont pas : v. G. Cornu, *op. cit.*, p. 556, qui vise « le caractère négligeable des avantages matrimoniaux sous le régime légal » – A. Colomer, *Régimes matrimoniaux*, Litec, 1992, n° 1161 : « sont avantages matrimoniaux tous les profits qu'(...) une personne peut tirer (...) d'un régime matrimonial (...) légal ou conventionnel » – N. Duchange, « Quelques précisions sur l'évaluation des avantages matrimoniaux à propos d'une formule de participation aux acquêts » : Defrénois 1993, art. 35618 – F. Lucet, « L'avantage matrimonial. Retranchement ou révocation (à propos de Cass. 1re civ., 10 juill. 1990) » : JCP N 1992, I, p. 145, n° 5.

(7) En dernier lieu, v. C. Fénardon, « La participation inégale aux acquêts » : JCP N 2009, 1117, § 18 et s.

(8) J.-Cl. Not. form., V° « Contrat de mariage », fasc. 45, form. 3.

– l'avantage matrimonial dont bénéficie Monsieur doit donc être réduit (9) à 150 en pleine propriété et 350 en usufruit seulement (ou à 300 en pleine propriété).

Les enfants de M. Dupont contestent cette présentation, faisant valoir que :

– les époux Dupont étaient mariés sous un régime qui, au cours de la vie matrimoniale, équivalait à celui de la séparation de biens ;

– la stipulation dispensant du paiement de la créance de participation n'aboutit, en définitive, qu'à soumettre les époux au régime de la séparation de biens pure et simple ;

– le régime de la séparation de biens est exclusif de tout avantage matrimonial ;

– leur père n'a pas fait un « beau mariage », ne s'étant pas enrichi du fait de celui-ci.

6. D'un point de vue strictement économique, c'est la perception des enfants de M. Dupont qui correspond à la réalité. Toutefois, ce simple constat ne suffit pas, en droit positif, pour admettre l'absence d'avantage matrimonial. Il convient donc de comprendre les mécanismes en cause et d'examiner les textes.

7. La position de la fille de Mme Dupont repose sur trois idées principales :

– chacun des régimes matrimoniaux définis par le Code civil forme une entité autonome (10) ;

– le résultat liquidatif d'un contrat de mariage doit être comparé au résultat du régime de base dont il est issu ;

– il convient d'assurer à chaque époux une « juste » part des acquêts (11).

8. Cette position néglige cependant plusieurs aspects essentiels de la notion d'avantage matrimonial retranchable.

1°) Fondamentalement, l'action en retranchement est une institution successorale et non pas matrimoniale, fondée sur le respect de l'ordre public successoral (12). Cette action tendant à écarter les manœuvres matrimoniales doit donc avoir les mêmes effets quel que soit le régime choisi et les stipulations « inventées ». En conséquence, l'ensemble des régimes matrimoniaux doit être traité par référence à un même étalon et non pas seulement par rapport aux dispositions supplétives des cadres légaux (13).

Parce qu'il est le régime le plus limitatif des interactions patrimoniales résultant du mariage, le régime de la séparation de biens s'impose comme niveau zéro des avanta-

(9) Cette réduction intervenant valeur seulement depuis la loi du 23 juin 2006.

(10) Une double liquidation suffirait donc pour faire apparaître, par comparaison, un avantage matrimonial.

(11) C. Fénardon, art. préc., § 13 (« cette clause peut paraître injuste ») et § 18 (« rupture dans l'égalité du droit à participation »).

(12) Quoiqu'elle ne vise pas à modifier la qualification de l'avantage matrimonial en libéralité. *Adde*, Cass. 1re civ., 13 avr. 1976 : Defrénois 1976, art. 31284, p. 1547 (2e esp.), note G. Morin : la réduction de l'avantage ne peut être opérée que lors de la succession de l'époux ayant eu un enfant d'un premier mariage et ne peut être demandée que par cet enfant en sa qualité de réservataire.

(13) Soutenir le contraire conduirait vite à proposer un régime défavorable aux héritiers réservataires. Par exemple, soutenir que l'article 1527 du Code civil ne concernerait que les régimes de communauté reviendrait à proposer un régime de participation intégrale pour contourner les droits des héritiers réservataires.

sition de la fille de Mme Dupont
rois idées principales :
n des régimes matrimoniaux
le Code civil forme une entité
(10) ;
ıltat liquidatif d'un contrat de
ɔit être comparé au résultat du
ɔase dont il est issu ;
vient d'assurer à chaque époux
» part des acquêts (11).

position néglige cependant plu-
ɔects essentiels de la notion
matrimonial retranchable.
ndamentalement, l'action en
ıent est une institution successo-
pas matrimoniale, fondée sur le
l'ordre public successoral (12).
ɔn tendant à écarter les manœu-
imoniales doit donc avoir les
ets quel que soit le régime choisi
ılations « inventées ». En consé-
ensemble des régimes matrimo-
t être traité par référence à un
lon et non pas seulement par rap-
ispositions supplétives des cadres
).
qu'il est le régime le plus limitatif
ctions patrimoniales résultant du
e régime de la séparation de biens
comme niveau zéro des avanta-

ges matrimoniaux (14). Il ne s'agit pas d'un « postulat », mais de la conclusion d'une observation simple : ce régime ne contient aucun mécanisme avantageant l'un ou l'autre des époux et fait perdurer entre les époux la séparation patrimoniale qui existait avant leur mariage. Tel qu'établi par le Code civil, il ne laisse aucune place pour des transferts en dehors de ceux propres au mariage (15).

Le législateur reconnaît indirectement cette situation lorsqu'il pose 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, par celui de la liquidation anticipée de la créance de participation, organisée à l'article 1580 de ce même code, ou par celui de la séparation de corps et de biens.

2°) Du point de vue de la mise en œuvre de l'action en retranchement, l'avantage matrimonial est « regardé comme » une libéralité qu'il convient d'intégrer à la masse de calcul de la quotité disponible. Or cette masse n'est que la reconstitution de ce qu'aurait été le patrimoine du *de cujus* en l'absence de libéralité.

En matière d'avantage matrimonial, l'absence de libéralité, c'est l'absence de mariage (16) et non pas l'absence de contrat de mariage. Lorsqu'une personne fortunée épouse une personne démunie, cette dernière bénéficie, ne serait-ce que par son changement de train de vie, d'avantages pécuniaires qui, par leur fréquence et leur importance, emporteraient vite la qualification de libéralité s'ils étaient consentis entre personnes étrangères (17) – ou celle de complément de rémunération s'ils étaient accordés à un salarié. De ce point de vue, il est significatif que le premier alinéa de l'article 1527 du Code civil prend soin de mentionner « la confusion du mobilier et des dettes » pour l'écarter du régime des donations, parce que cette confusion est une situation de fait résultant du mariage et non des clauses d'un contrat de mariage.

3°) Ce qui masque cette perspective simple, outre les obligations résultant du mariage (les obligations de secours et d'assistance posées par l'article 212 du Code civil et le principe de contribution proportionnelle de l'article 214 de ce code), est la notion de simples bénéfices mise en place par l'article 1527 du Code civil, qui déplace ce qui serait la frontière des libéralités pour des personnes étrangères l'une à

lu 23 juin 2006.
ître, par comparaison, un avantage
uste ») et § 18 (« rupture dans l'égalité
ntage matrimonial en libéralité. *Adde*,
e esp.), note G. Morin : la réduction de
ɔoux ayant eu un enfant d'un premier
alité de réservataire.
défavorable aux héritiers réservataires.
ıerait que les régimes de communauté
ɔur contourner les droits des héritiers

(14) Une triple liquidation est donc nécessaire, pour permettre deux comparaisons, l'une avec le régime de la séparation de biens, pour déterminer la présence d'un avantage matrimonial, l'autre avec le régime cadre de référence, pour écarter le retranchement des avantages ne correspondant qu'à de simples bénéfices.

(15) En dehors de « la confusion du mobilier ou des dettes », avantager un conjoint strictement séparé de biens suppose une libéralité.

(16) Sauf à tenir compte des obligations pécuniaires résultant légalement du mariage : v. F. Lucet, art. préc., n° 4. Avant 1965, la jurisprudence avait admis, à titre d'avantage matrimonial, les enrichissements procurés par l'ancien régime légal, considérant que l'existence objective du profit est plus importante que l'intention des époux (cf. F. Lucet, thèse préc., n°s 413 et 415 et les nombreuses décisions mentionnées).

(17) C'est ainsi que la mise à disposition gratuite d'un logement pendant de nombreuses années a été qualifiée de libéralité rapportable (Cass. 1re civ., 14 janv. 1997 : Dr. et patr., mai 1997, p. 77, note A. Bénabent).

l'autre. Une lecture précise de cet article 1527 conduit cependant à valider une conception large des avantages matrimoniaux (mais cependant restrictive de l'action en retranchement).

9. En disposant que « les avantages que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses d'une communauté conventionnelle (...) ne sont point regardés comme des donations », le premier alinéa de l'article 1527 du Code civil peut paraître limiter les avantages matrimoniaux aux effets des stipulations des contrats de mariage. Cette apparence est trompeuse.

10. En insistant sur les effets des clauses des contrats de mariage, ce texte révèle, au contraire, que le régime légal de communauté et, par déduction, le cadre légal du régime de la participation aux acquêts, sont hors de portée de l'action en retranchement (18). Ce faisant, il exprime le principe de l'autonomie du droit des régimes matrimoniaux à l'égard du droit des successions : les avantages résultant du mariage, qu'ils soient issus des dispositions légales, des clauses adoptées par les époux ou de la situation de fait aboutissant à une confusion du mobilier et des dettes, ne sont pas regardés comme des donations.

A cette règle exceptionnelle, le second alinéa de l'article 1527 vient apporter une limitation pratique, elle-même assortie d'un correctif. Dans une première proposition, il ouvre une action, connue sous le nom d'action en retranchement, aux « enfants qui ne seraient pas issus des deux époux » ; mais aussitôt, une seconde proposition prend soin de préciser que « les simples bénéfices (...) ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants d'un autre lit » (19), de manière à éviter qu'un époux marié sous un régime conventionnel puisse recevoir, du fait de l'exercice d'une action en retranchement, une part moindre que celle qu'il aurait pu conserver sous le régime légal, ce dernier n'étant pas concerné par l'action en retranchement.

11. Le recours à la notion de simples bénéfices n'intervient donc *que pour limiter la portée de l'action en retranchement*, non pour l'accroître. Il ne s'agit nullement d'instituer une sorte de « SMIG matrimonial », de prestation matrimoniale minimale (20), garantissant à chaque époux la moitié des simples bénéfices – autrement dit la moitié des acquêts. Au demeurant, un tel « SMIG matrimonial » serait triplement aberrant comme :

(18) A. Colomer, *op. cit.*, n° 1170 – G. Cornu, *op. cit.*, p. 556 – F. Lucet, art. préc., n° 5 : « ce qui autorise à qualifier les résultats de la communauté réduite aux acquêts de "niveau zéro" de l'avantage retranchable ».

(19) Une lecture littérale du texte conduirait même à tenir hors de portée de l'action en retranchement l'ensemble des simples bénéfices. Derrière la jurisprudence, une opinion majoritaire refuse cependant d'étendre cette exception aux clauses de partage inégal des bénéfices de communauté (A. Colomer, *op. cit,* n° 1170 – G. Cornu, *op. cit.*, p. 560).

(20) Les seules garanties statutaires organisées par le Code civil sont celles du régime primaire, outre l'invocation faites aux bonnes mœurs par l'article 1395, posant le principe de la liberté des conventions matrimoniales. En matière de divorce, le même raisonnement peut être tenu : d'une part, un mécanisme particulier, celui de la prestation compensatoire, a été prévu pour permettre au juge de rééquilibrer la situation patrimoniale de l'époux le moins aisé ; d'autre part, les règles du nouvel article 265 du Code civil ont été posées dans un souci de simplification, nullement d'équilibre entre les époux.

e règle exceptionnelle, le second
l'article 1527 vient apporter une
ı pratique, elle-même assortie
ectif. Dans une première proposi-
uvre une action, connue sous le
ıction en retranchement, aux
qui ne seraient pas issus des deux
mais aussitôt, une seconde propo-
ınd soin de préciser que « les sim-
ifices (...) ne sont pas considérés
ın avantage fait au préjudice des
l'un autre lit » (19), de manière à
'un époux marié sous un régime
onnel puisse recevoir, du fait de
: d'une action en retranchement,
moindre que celle qu'il aurait pu
r sous le régime légal, ce dernier
as concerné par l'action en retran-

: recours à la notion de simples
; n'intervient donc *que pour limi-*
·tée de l'action en retranchement,
· l'accroître. Il ne s'agit nullement
er une sorte de « SMIG matrimo-
: prestation matrimoniale mini-
), garantissant à chaque époux la
es simples bénéfices – autrement
itié des acquêts. Au demeurant, un
G matrimonial » serait triplement
comme :

– faisant reposer un équilibre matrimonial sur la mise en jeu d'un mécanisme successoral d'exception ; les époux n'ayant pas d'enfant ou seulement des enfants communs ne pourraient pas en bénéficier ;

– ne pouvant profiter qu'aux héritiers de l'époux « désavantagé » et non à celui-ci de son vivant (21) ;

– dénaturant la notion d'avantage matrimonial en obligation patrimoniale (22). Il faut en effet se rappeler que la notion d'avantage matrimonial repose sur cette idée que c'est légitimement que le mariage opère des transferts patrimoniaux d'un époux vers l'autre, transferts qui, en l'absence de mariage, auraient vocation à être qualifiés de libéralités. Or, de ce point de vue fondamental, un inconvénient patrimonial, par exemple le fait de devoir verser une participation aux acquêts, si minime soit elle, ne peut jamais être considéré comme un avantage matrimonial pour celui qui paye (23). Et par suite, une action en retranchement des avantages matrimoniaux ne peut jamais avoir pour effet d'imposer un versement complémentaire, mais seulement de mettre en cause un versement excessif.

12. C'est pourquoi le respect du texte légal suppose l'établissement par le notaire d'une triple liquidation (24), pour permettre une double confrontation :

1°) celle des résultats du régime conventionnel et de ceux d'une séparation de biens, pour vérifier que les conséquences patrimoniales du mariage sont effectivement avantageuses pour le conjoint du *de cujus* ;

2°) celle des résultats du régime conventionnel et de ceux du régime légal, pour vérifier que l'avantage dépasse les simples bénéfices couverts par le Code civil.

13. Cette méthode permet de constater facilement qu'une clause minorant (25) ou plafonnant le montant d'une créance de participation aux acquêts ne peut jamais être considérée comme constituant un avantage matrimonial pour l'époux débi-

Lucet, art. préc., n° 5 : « ce qui autorise
uêts de "niveau zéro" de l'avantage

de portée de l'action en retranchement
: opinion majoritaire refuse cependant
énéfices de communauté (A. Colomer,

l sont celles du régime primaire, outre
: principe de la liberté des conventions
ıent peut être tenu : d'une part, un
ı été prévu pour permettre au juge de
é ; d'autre part, les règles du nouvel
ılification, nullement d'équilibre entre

(21) Si le contrat prévoyait une clause désavantageuse pour le conjoint survivant, ce dernier n'aurait, de son vivant, aucun moyen d'action pour remettre en cause la liquidation de son régime.

(22) Le cas pratique, *supra* n° 5, est particulièrement révélateur sur ce point. En cas de concubinage ou de simple séparation de biens, les enfants de Mme Dupont n'auraient eu, en l'absence de libéralité directe, aucune action contre M. Dupont. L'application du régime matrimonial aboutissant strictement au même résultat économique, accorder une action en retranchement aux enfants de Mme Dupont reviendrait à faire comprendre, dans la masse de calcul de sa quotité disponible, des biens n'ayant jamais figuré dans le patrimoine de la défunte, pas même à titre de simple créance, puisque son régime matrimonial ne lui en accordait aucune. Ah, si elle avait survécu ... !

(23) Parce qu'une libéralité n'est pas avantageuse pour celui qui se dépossède : v. F. Lucet, art. préc., n° 3 : « tous les auteurs s'accordent à définir l'avantage matrimonial comme un profit. ». Venir dire comme C. Fénardon, art. préc., § 19 : « jusqu'à preuve du contraire, une économie est source d'enrichissement en ce qu'elle permet finalement à cet époux de recevoir (ou plutôt de conserver) plus qu'il n'aurait pu le faire sous le régime de la participation aux acquêts type », c'est, outre s'autoriser à appliquer les mêmes conséquences à deux situations contraires (recevoir et conserver), oublier la finalité de l'action en retranchement, qui est de tempérer les incidences pécuniaires du mariage, non de les accroître.

(24) N. Duchange, art. préc. : Defrénois 1993, n° 21.

(25) Gare au contresens : la minoration n'est pas un avantage. Si elle affecte le taux habituel, elle ne change, ni le sens de la participation, ni, par suite, le titulaire de l'avantage : v. N. Duchange, « La minoration du taux de la participation aux acquêts » : Defrénois 1993, art. 35670.

teur de cette créance. Fondamentalement, parce que son obligation à participation est pour lui (et pour ses héritiers) un inconvénient patrimonial. Pratiquement, parce que la liquidation de son régime matrimonial lui est moins favorable que celle d'un régime de séparation de biens.

II. Preuve de l'origine des simples bénéfices

14. Paradoxalement, cette méthode déduite d'un texte établi pour les communautés conventionnelles, si elle convient parfaitement aux régimes de participation aux acquêts, perd de son évidence lorsqu'il s'agit de l'appliquer à un contrat de communauté. Deux raisons à cela.

15. *Première raison* : les mécanismes liquidatifs des deux régimes sont assez différents. Sous le régime de la participation aux acquêts, deux comparaisons sont successivement effectuées (C. civ., art. 1575) : tout d'abord, au niveau de chaque époux, entre le patrimoine final et le patrimoine originaire, pour évaluer les acquêts ; ensuite, entre les acquêts nets respectifs des époux. Il est donc simple de connaître celui qui bénéficie d'un avantage matrimonial : c'est le créancier de la participation (26).

Rien de tel sous le régime de la communauté. En dehors des dispositions examinant les flux ayant pu exister entre les patrimoines propres et la communauté (27), ce régime ne prévoit aucune évaluation des contributions respectives des époux à la constitution de la masse commune.

16. *Deuxième raison* : les acquêts sont d'une nature différente sous les deux régimes (28). Dans le régime de la participation aux acquêts, les acquêts ne sont qu'une notion comptable. Les biens auxquels ils correspondent ont toujours été la propriété de l'un des époux (29) et ont été gérés par celui-ci seul. Il est donc impossible de pré-

(26) C'est évident pour les contrats limitant la participation à une fraction de l'excédent d'acquêts du conjoint débiteur. Ce serait également le cas pour un contrat qui prévoirait une répartition inégale de tous les acquêts, telle une clause qui attribuerait les 3/4 des acquêts totaux à l'épouse : lorsque celle-ci aura produit plus des 3/4 des acquêts, elle sera débitrice de la somme nécessaire pour permettre à son mari de recevoir le quart des acquêts, somme qui correspondra au montant de l'avantage matrimonial chiffrable dont bénéficiera le mari. En revanche, si l'épouse se trouvait n'avoir produit que 5/8es des acquêts, le 1/8^{e} d'acquêts que lui devra son mari sera constitutif, pour elle, d'un avantage matrimonial (mais ce 1/8^{e} seulement, non les 2/8es qui lui permettront de détenir 6/8es des acquêts au lieu des 4/8es du cadre légal).

(27) G. Champenois, note sous Cass. 1re civ., 31 mars 1992 : Defrénois 1992, art. 35348, p. 1134, soulignant qu'une clause privant la communauté des revenus des biens propres ne fait qu'opérer « un glissement vers le régime de la séparation de biens ».

(28) En outre, ils sont d'une portée différente, différence dont l'importance est souvent méconnue. Sur ce point, v. l'article très précis d'A. Marie, « Réflexions sur l'appauvrissement des époux dans les régimes de communauté légale et de participation aux acquêts » : Defrénois 2001, art. 37426.

(29) Même lorsqu'un bien est acquis en indivision, ce qui dépend du patrimoine de l'époux dont on calcule les acquêts, ce n'est qu'une fraction indivise soumise au droit commun de l'indivision. Un époux participant aux acquêts ne pourra jamais vendre seul la totalité d'un bien indivis, quelle que soit la nature de ce bien, alors qu'un époux commun en bien pourra céder seul un bien commun, au besoin avec le consentement de son conjoint (qui ne prendra pas alors la qualité de cédant).

us le régime de la participation
s, deux comparaisons sont suc-
ıt effectuées (C. civ., art. 1575) :
rd, au niveau de chaque époux,
ıtrimoine final et le patrimoine
pour évaluer les acquêts ;
tre les acquêts nets respectifs des
ıt donc simple de connaître celui
ıie d'un avantage matrimonial :
ancier de la participation (26).

tel sous le régime de la commu-
dehors des dispositions exami-
x ayant pu exister entre les patri-
ɔpres et la communauté (27), ce
prévoit aucune évaluation des
ɔns respectives des époux à la
n de la masse commune.

ıxième raison : les acquêts sont
ıre différente sous les deux régi-
ɔans le régime de la participation
ts, les acquêts ne sont qu'une
nptable. Les biens auxquels ils
lent ont toujours été la propriété
ı époux (29) et ont été gérés par
ıl. Il est donc impossible de pré-

ı fraction de l'excédent d'acquêts du
prévoirait une répartition inégale de
ıts totaux à l'épouse : lorsque celle-ci
ɔmme nécessaire pour permettre à
ıpondra au montant de l'avantage
l'épouse se trouvait n'avoir produit
ı constitutif, pour elle, d'un avantage
ettront de détenir 6/8es des acquêts

Defrénois 1992, art. 35348, p. 1134,
biens propres ne fait qu'opérer « un

importance est souvent méconnue.
ıppauvrissement des époux dans les
: Defrénois 2001, art. 37426.

d du patrimoine de l'époux dont on
ı droit commun de l'indivision. Un
otalité d'un bien indivis, quelle que
ırra céder seul un bien commun, au
ı alors la qualité de cédant).

sumer que ces acquêts sont issus de l'activité des deux époux (30), la séparation des patrimoines au cours de l'union manifestant clairement la part contributive de chacun des époux à l'enrichissement du ménage au jour de la dissolution – et la créance de participation du cadre légal servant précisément à combler la différence entre les résultats des activités des époux.

17. A l'inverse, dans le régime de la communauté d'acquêts, les simples bénéfices forment les acquêts et ces derniers sont des biens qui appartiennent aux deux époux, sont gérés par eux concurremment ou conjointement, puis deviennent indivis entre eux à la dissolution du mariage, sauf opération de partage. Il est alors cohérent de *présumer* que l'ensemble des acquêts est effectivement issus de l'activité des deux époux et que, donc, toute clause d'attribution inégale tend à former un avantage matrimonial chiffrable pour celui qui reçoit la plus grosse part.

Cette présomption peut-elle être combattue, compte tenu des modalités liquidatives de ce régime ? C'est là toute la question.

18. A propos des régimes de communauté, on pourrait en effet être tenté de faire valoir que le caractère onéreux des conventions matrimoniales trouve sa justification dans l'inévitable imbrication des différentes composantes de la formation du patrimoine du couple, avec en toile de fond le souci de ménager l'intimité conjugale. Admettre la recherche de distinctions entre les différentes composantes des acquêts de communauté reviendrait alors à donner aux époux un pouvoir d'analyse des simples bénéfices incompatible avec la nature onéreuse des conventions matrimoniales.

19. Toutefois, la lecture du deuxième alinéa de l'article 1527 du Code civil nous semble, par la généralité de ses termes : permettre une telle recherche « toute convention qui aurait pour conséquence de donner à l'un des époux (...) sera sans effet pour tout l'excédent ». Expression de l'ordre public successoral, l'action en retranchement a précisément pour objet de mettre à nu les conventions matrimoniales de manière à ce qu'aucune confusion organisée des patrimoines ne puisse lui faire obstacle.

A contrario, si la convention adoptée n'a pas pour conséquence de donner à un époux au-delà de la portion réglée par la loi, cet époux doit pouvoir écarter toute action en retranchement et bénéficier des mêmes pouvoirs d'analyse que les titulaires eux-mêmes de l'action en retranchement.

En quelque sorte, l'article 1527 n'exclut pas la recherche de l'origine des acquêts, mais fixe un seuil qui dispense de la preuve dans de nombreux cas. Si l'on prend l'exemple du mari à qui son régime attribue le quart des acquêts communs, le recours à la notion de « simples bénéfices » le dispense de prouver qu'il ne reçoit pas davantage que sa contribution à la formation des acquêts. Ce qui signifie qu'il aurait dû apporter cette preuve si le législateur n'avait pas recouru au mécanisme des simples bénéfices. Ce qui signifie encore que sa femme, à qui son régime accorde les trois quarts des acquêts, ne bénéficie pas de

(30) Mais il devrait rester possible de le *prouver*, par exemple en établissant que l'époux dont les actifs se sont le plus accrus a bénéficié d'avances de son conjoint au travers du remboursement déséquilibré d'un emprunt indivis.

l'écran des simples bénéfices mais pourra néanmoins s'efforcer de prouver que cette attribution ne lui procure aucun avantage matrimonial.

Permise, cette preuve de l'importance de sa contribution à la formation des acquêts sera néanmoins très difficile. Dans un régime de communauté, la combinaison de la présomption d'acquêts, du caractère commun des revenus non consommés des biens propres, du principe de gestion concurrente et de la possibilité de participer en nature au train de vie du ménage et à l'amélioration des biens communs forme une présomption de contribution conjointe à la constitution du patrimoine commun qui rendra très difficile toute comparaison avec un régime de séparation de biens.

20. Ceci étant, il convient de distinguer les clauses relatives à la définition de la masse commune de celles ajustant la répartition de la communauté.

L'incidence des premières sera relativement facile à dégager (31), parce qu'elles concernent une notion connue de ce régime : la frontière entre la communauté et les patrimoines propres.

L'incidence des secondes sera beaucoup plus incertaine, puisque celles-ci portent sur une notion qu'ignore la communauté légale : la mesure de la contribution respective des époux à l'enrichissement commun (32).

Les rédacteurs, qui auront à transcrire une optique d'équilibre global plutôt que de collaboration fusionnelle, devraient donc se tourner vers le régime de la participation aux acquêts qui, seul, prévoit de mesurer les contributions effectives de chaque époux.

III. Incidence des simples bénéfices sur la révocation des avantages de participation aux acquêts

21. La notion d'équilibre global, clairement affirmée en matière de retranchement des avantages matrimoniaux (33), est toutefois d'utilisation délicate en cas de divorce.

(31) Mais non pas évidente : cf. N. Duchange, art. préc. : Defrénois 1993, art. 35618, n° 27, ex. n° 2, concernant une clause laissant propres les revenus des biens propres : si les salaires de l'époux fortuné sont inférieurs à ceux de son conjoint, ce dernier pourrait être tenté de remettre en question cette clause.

(32) Même si l'épouse a pris la précaution de placer l'ensemble de ses économies dans des contrats d'assurance-vie, l'époux pourra tenter de faire valoir qu'il a supporté seul le train de vie du ménage. La clause usuelle selon laquelle « chacun des époux sera réputé avoir participé au train de vie du ménage sans qu'il soit besoin d'en justifier » aura alors une importance certaine. Au moindre doute, les juges décideront « que ces éléments sont insusceptibles d'établir de manière probante l'importance de la contribution de l'épouse dans la formation du patrimoine commun ».

(33) M.-P. Murat-Sempietro et V. Trambouze, *Le divorce après la loi du 26 mai 2004*, Litec, 2006, n° 567.

époux à l'enrichissement com-

Les rédacteurs, qui auront à transcrire une optique d'équilibre global plutôt que de collaboration fusionnelle, devraient ourner vers le régime de la parti aux acquêts qui, seul, prévoit de les contributions effectives de poux.

ıcidence
simples
fices
ı révocation
ıvantages
ırticipation
ıcquêts

notion d'équilibre global, claire-mée en matière de retranchement ages matrimoniaux (33), est toute-sation délicate en cas de divorce.

nois 1993, art. 35618, n° 27, ex. n° 2, pres : si les salaires de l'époux fortuné tenté de remettre en question cette

de ses économies dans des contrats porté seul le train de vie du ménage. té avoir participé au train de vie du portance certaine. Au moindre doute, lir de manière probante l'importance commun ».

loi du 26 mai 2004, Litec, 2006, n° 567.

Déjà sous l'empire de la loi ancienne, la Cour de cassation paraissait vouloir analyser séparément chaque clause afin de déterminer celui des époux à qui elle procure un avantage (34).

Depuis la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, ayant refondu les textes organisant la déchéance ou la révocation des avantages matrimoniaux en cas de divorce, la notion d'équilibre global est sortie des préoccupations du législateur. En effet, le nouvel article 265 du Code civil, dans son « esprit d'objectivisation » du divorce (35), repose sur une distinction tenant uniquement à la date d'effet des avantages matrimoniaux : « Le divorce est sans incidence sur les avantages prenant effet au cours du mariage (...). (Il) emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial, (...) sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis ».

D'où trois conséquences :

– les avantages prenant effet au cours du mariage sont tous maintenus, sans qu'il y ait lieu de s'attacher au bénéficiaire de l'avantage ni à son importance ;

– les avantages ne prenant effet qu'à la dissolution du mariage sont tous révoqués (36) ;

– il n'est plus possible de faire valoir qu'un avantage « ne prenant effet qu'à la dissolution » était la contrepartie d'un avantage « prenant effet au cours du mariage » (37).

22. Ces nouvelles dispositions ne sont pas sans poser des difficultés d'interprétation, particulièrement concernant le régime de la participation aux acquêts. En effet, le calcul et le partage des acquêts nets intervenant à la dissolution du régime, « il semble difficile d'admettre que les modalités conventionnelles prévues par les époux soient des avantages matrimoniaux prenant effet au cours du mariage, puisqu'il ne s'agit, en réalité, que de modalités conventionnelles liées à la liquidation de la créance de participation (38) » ne pouvant être réalisées qu'à la dissolution du régime et paraissant donc devoir être anéanties par le divorce des époux (39).

Trois considérations conduisent cependant à avancer que la situation est moins

(34) Et même au sein de chacune des clauses, analyser chaque effet, un conjoint non fautif ayant été admis à reprendre le bien apporté à la communauté tout en déniant tout droit à récompense à la communauté à raison du remboursement de partie de l'emprunt propre : v. Cass. 1re civ., 12 juin 2001 : RTD civ. 2002, p. 134 et s., note B. Vareille, qui souligne justement que « la Cour de cassation admet [de l'avantage matrimonial] une conception troublante qui pourrait bien éloigner à jamais l'avantage matrimonial dont l'article 267 du Code civil organise la révocation de celui de l'article 1527, alinéa 2 ».

(35) A. Bénabent, *La réforme du divorce article par article*, éd. Defrénois, 2004, n° 94.

(36) Curieusement, cette suppression, motivée par le souci de simplifier les liquidations immédiates et d'écarter les liquidations *a posteriori*, en déséquilibrant une convention matrimoniale, pourra susciter ultérieurement une action en retranchement. Il en va ainsi d'un apport à communauté qui était initialement compensé par une clause d'attribution inégale bénéficiant à l'apporteur.

(37) J. Massip, *op. cit.*, n° 95, souligne la sévérité de cette règle pour l'époux qui, ayant stipulé un important avantage matrimonial prenant effet au cours du mariage, sera tenu d'assumer les effets de cette clause quelles que soient les circonstances du divorce.

(38) M.-P. Murat-Sempietro et V. Trambouze, *op. cit.*, n° 578.

(39) Nous laissons ici de côté la question de savoir si les époux peuvent déroger, au sein de leur convention matrimoniale, aux dispositions de l'article 265 du Code civil.

défavorable au régime de la participation aux acquêts que sa double nature, séparatiste puis participative, ne le fait craindre *a priori*.

23. *Première considération* : les nouvelles modalités de révocation ne remettent pas en cause l'efficacité du cadre légal de la participation aux acquêts.

Cela ne va pas de soi. Sous le régime de la communauté légale, l'attribution de la moitié des acquêts à chacun des époux s'impose d'elle-même : à la dissolution du régime, les acquêts sont indivis entre les ex-époux et il faut nécessairement les partager, par moitié faute de précisions conventionnelles. Sous le régime de la participation aux acquêts, il serait parfaitement possible d'écarter toute liquidation, la séparation de biens appliquée en cours d'union se trouvant alors devenir définitive.

Antérieurement à la loi du 26 mai 2004, une telle position ne semble cependant jamais avoir été soutenue : l'époux fautif était admis à exiger la liquidation de sa créance de participation (40). Par ailleurs, la transposition au régime de la participation aux acquêts des dispositions de l'article 1527 du Code civil s'était effectuée en assimilant le cadre légal de la participation aux acquêts au régime de la communauté légale, c'est-à-dire à un régime dépourvu de clauses donnant naissance à des avantages révocables ou retranchables.

Depuis, la doctrine admet que la réforme du divorce n'a pas remis en cause cette assimilation (41). Cette position peut se recommander d'arguments forts :

– la participation aux acquêts a été conçue comme un nouveau régime et non comme la consécration législative d'aménagements conventionnels de la séparation de biens (42). Supprimer toute liquidation en cas de divorce, pour limiter ce régime à une séparation de biens pure et simple, reviendrait, en raison des incertitudes qui seraient alors attachées à ce régime, à supprimer une création législative ;

– sous le cadre légal de la participation aux acquêts, l'époux créancier ne fait que recevoir sa part légale des simples bénéfices et ne profite donc d'aucun avantage matrimonial retranchable. Or les textes passés ou présents relatifs au divorce ne contenant aucune définition des avantages matrimoniaux, les avantages révocables chiffrables se définissent par rapport aux avantages retranchables (43).

(40) J.-F. Pillebout, *La participation aux acquêts*, Litec, 1988, n° 284.

(41) M.-P. Murat-Sempietro et V. Trambouze, *op. cit.*, n° 578 – F. Sauvage, art. préc., n° 20.

(42) Cette autonomie de la participation aux acquêts est clairement manifestée par le plan du Code civil : si les dispositions relatives à la communauté conventionnelle sont insérées dans une partie dépendant du chapitre II relatif au régime de communauté, celles définissant la participation aux acquêts forment un chapitre IV, distinct du chapitre III, traitant de la séparation de biens. La transposition à ce régime indépendant des mécanismes relatifs aux avantages matrimoniaux permet de laisser hors de portée de tout retranchement et de toute révocation son utilisation littérale. Cf. très au-delà, CRIDON Bordeaux-Toulouse, réponse CBT2005P361 : « Il nous semble que la clause supprimant toute créance de participation en cas de divorce porte atteinte au principe d'ordre public d'immutabilité des régimes matrimoniaux, comme aboutissant à substituer un régime de séparation de biens pur et simple à un régime de participation aux acquêts ».

(43) F. Lucet, art. préc., n^{os} 7 à 12. Même si les avantages révocables ne peuvent plus être appréciés globalement, ils conservent leur rôle de couverture de la collaboration courante des époux.

ètS au régime de la communauté
st-à-dire à un régime dépourvu de
ɔnnant naissance à des avantages
s ou retranchables.

s, la doctrine admet que la
lu divorce n'a pas remis en cause
milation (41). Cette position peut
nander d'arguments forts :

articipation aux acquêts a été
ɔmme un nouveau régime et non
consécration législative d'aména-
ɔnventionnels de la séparation de
ı. Supprimer toute liquidation en
orce, pour limiter ce régime à une
n de biens pure et simple, revien-
aison des incertitudes qui seraient
.chées à ce régime, à supprimer
ion législative ;

le cadre légal de la participation
êts, l'époux créancier ne fait que
ɜa part légale des simples bénéfi-
profite donc d'aucun avantage
ıial retranchable. Or les textes pas-
ɨsents relatifs au divorce ne conte-
ɔune définition des avantages
ıiaux, les avantages révocables
ɨs se définissent par rapport aux
ɜ retranchables (43).

' 284.

ɜ. Sauvage, art. préc., n° 20.

ment manifestée par le plan du Code
nnelle sont insérées dans une partie
ɔelles définissant la participation aux
ıitant de la séparation de biens. La
aux avantages matrimoniaux permet
ɨcation son utilisation littérale. Cf. très
ɜ1 : « Il nous semble que la clause
rte atteinte au principe d'ordre public
à substituer un régime de séparation
ɔs ».

ɔables ne peuvent plus être appréciés
oration courante des époux.

24. D'où cette *deuxième considération* : la révocation des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ne concerne pas toutes les modalités liquidatives chiffrables mais seulement les stipulations débouchant sur un avantage qui serait retranchable – et qui de ce fait sera révoqué.

Toutes les clauses ayant pour effet de minorer la participation aux acquêts s'en trouvent consolidées.

Supposons un contrat minorant le taux de la participation aux acquêts de la moitié à un quart de l'excédent d'acquêts. Venir dire qu'il s'agit là d'un avantage matrimonial révocable conduirait nécessairement à une incohérence dans le traitement du régime de la participation aux acquêts :

– soit il faudrait décider que l'époux créancier ne bénéficie plus d'aucune créance de participation, et l'on comprendrait alors mal pourquoi, en ayant droit à une créance plus faible que celle du régime cadre, il ne pourrait la recevoir tandis qu'il aurait pu conserver celle du régime cadre ;

– soit, si l'on accepte de suivre les auteurs pour qui la minoration du taux est *un avantage pour celui qui paye* la participation, il faudrait décider que l'époux créancier doit voir sa créance portée au niveau de celle résultant du cadre légal, ce qui n'est pas plus cohérent, ainsi que nous l'avons déjà montré.

25. Ce constat n'est pas inattendu : le texte de l'article 265, nouveau, du Code civil ne vise que les « avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime » (44). Or sous la loi antérieure, comme dans le contexte de rédaction de la loi nouvelle, toute clause n'accordant à un époux qu'une créance de participation inférieure au montant de celle du cadre légal ne fait que prévoir un avantage chiffrable ne dépassant pas la moitié des « simples bénéfices », avantage qui, n'étant pas retranchable, échappe également à la qualification d'avantage révocable.

Les praticiens devront cependant distinguer entre deux types de clauses ajustant le montant de la créance de participation : celles la minorant nécessairement (telles les clauses de minoration ou de plafonnement) et celles la minorant ou l'augmentant selon les circonstances (telles les clauses d'exclusion des biens professionnels ou celles attribuant à un époux plus de la moitié des acquêts globaux) (45).

26. *Troisième et dernière considération* : la cohérence de la notion d'avantage matri-

(44) B. Vareille, « La loi du 23 juin 2006 et les avantages matrimoniaux » : JCP N 2007, p. 1200 : « Il n'est pas dit que n'importe quelle clause prenant effet à la dissolution représente un avantage matrimonial ».

(45) Et non pas seulement de l'excédent d'acquêts. Même si sa qualification juridique peut varier, une clause attribuant à un époux les 3/4 des acquêts globaux offre une bonne visibilité car portant sur la totalité de l'effort commun. Au contraire, une clause attribuant à un époux la totalité de *l'excédent* d'acquêts aurait des conséquences imprévisibles pour les époux, notamment sur le plan de la transmission aux enfants : si leurs acquêts respectifs se trouvent être de montant proche, la clause aura peu d'incidence et les époux resteront détenir, après liquidation, des patrimoines sensiblement égaux ; si leurs acquêts respectifs se trouvent être de montant très différent, la clause aura une forte incidence et renversera la valorisation des patrimoines. Pour tout dire, on ne voit pas l'intérêt d'une telle stipulation. *Contra*, C. Fénardon, art. préc. : JCP N 2009, 1117.

monial impose, même pour ce régime liquidatif qu'est la participation aux acquêts, de poser une frontière entre des stipulations « prenant leur effet au cours du mariage » et d'autres « prenant effet à la dissolution du régime matrimonial ».

Constituant clairement un avantage matrimonial retranchable (46), la clause de participation élargie aux acquêts antérieurs fournit une bonne illustration de cette nécessité (47). Littéralement, elle n'est que l'une des modalités de liquidation de la créance de participation, ce qui tendrait à la rendre révocable en cas de divorce. Toutefois, une telle révocation serait arbitraire, faute de critère satisfaisant pour appliquer à cette stipulation un régime différent de celui des dispositions du cadre légal :

– le simple fait que cette disposition soit conventionnelle plutôt que légale ne suffit pas à fonder sa révocation ;

– sa révocation au motif qu'elle ne prendrait effet qu'au jour de la dissolution devrait logiquement impliquer qu'aucune participation ne puisse être liquidée, ce que, nous l'avons vu, la doctrine écarte (48) ;

– la qualification de bien originaire ou acquêt a une certaine incidence en cours d'union (49).

Sauf à tolérer de brutales ruptures de régime entre des mécanismes voisins, il convient donc d'admettre, par analogie avec le régime de communauté, une distinction opposant les clauses *définissant* les acquêts (réputées prendre effet au cours du mariage) aux clauses *répartissant* les acquêts (ne pouvant prendre effet qu'à la dissolution du régime). Sous les deux régimes, les mêmes types de clauses – s'exprimant dans un langage différent, adapté aux mécanismes à mettre en œuvre – se trouveraient alors soumises aux mêmes sanctions.

Il faut se souvenir que l'application au régime de la participation aux acquêts des actions touchant les avantages matrimoniaux se réalise par la transposition de deux textes rédigés « en ayant à l'esprit les communautés conventionnelles ». Pour être juste, cette transposition ne doit pas être arrêtée à mi-chemin (50).

27. Un dernier exemple montrera cependant que le classement entre les clau-

(46) Comme les clauses élargissant la définition de la communauté ou prévoyant un apport sans indemnité, dont elle est le pendant. Ce qui montre combien il est difficile de gommer les effets du temps.

(47) N. Duchange, « La participation aux acquêts antérieurs » : Defrénois 2009, art. 38939.

(48) Certes au motif de l'absence d'avantage matrimonial. Mais c'est ce maintien qui doit conduire à la prudence, pour éviter d'imprévisibles et brutales ruptures de régime entre deux conventions matrimoniales proches.

(49) C. Fénardon, « La participation aux acquêts et la protection des biens professionnels » : JCP N 2009, 1245, § 48, souligne à propos que la modification du patrimoine originaire et des acquêts n'est pas totalement dépourvue d'effet en cours d'union, notamment en cas de donation, libre pour les biens originaires mais soumise à l'accord du conjoint pour les biens acquêts, de manière à pouvoir les sortir de la liquidation du régime. Or l'objectif de l'article 265 du Code civil est bien de ne pas revenir sur des situations acquises, et notamment de ne pas modifier rétroactivement la qualification d'un bien, propre ou commun, originaire ou acquêt.

(50) CRIDON Bordeaux-Toulouse, réponse CBT2005P361, préc. : « Une analogie existe sans aucun doute entre le régime de participation et la communauté ; dans ces conditions, il peut paraître justifié d'appliquer les mêmes règles aux clauses qui, dans l'un comme dans l'autre régime, ont des effets semblables, au moins en valeur ».

alification de bien originaire ou
ıne certaine incidence en cours
!9).

tolérer de brutales ruptures de
ıtre des mécanismes voisins, il
donc d'admettre, par analogie
gime de communauté, une dis-
pposant les clauses *définissant* les
éputées prendre effet au cours du
aux clauses *répartissant* les
ne pouvant prendre effet qu'à la
n du régime). Sous les deux régi-
nêmes types de clauses – s'expri-
s un langage différent, adapté aux
ıes à mettre en œuvre – se trouve-
:s soumises aux mêmes sanctions.

se souvenir que l'application au
: la participation aux acquêts des
ɔuchant les avantages matrimo-
éalise par la transposition de deux
igés « en ayant à l'esprit les com-
s conventionnelles ». Pour être
te transposition ne doit pas être
mi-chemin (50).

ı dernier exemple montrera
t que le classement entre les clau-

ses définissant les acquêts et les clauses répartissant les acquêts est délicat. Si une clause de plafonnement de la participation à une fraction des acquêts non professionnels doit être clairement considérée comme modulant la répartition des acquêts, il serait tentant de comprendre une clause d'exclusion des biens professionnels comme définissant les acquêts.

Il faut toutefois observer que, dans de nombreuses hypothèses, ces deux clauses produisent les mêmes effets et permettent les mêmes manœuvres (51). De plus, ces clauses ne modifient pas la définition des biens originaires, mais seulement l'assiette de la créance de participation, de manière à ce que, en cas de vente des biens professionnels acquis au cours du mariage, leur prix puisse venir se fondre dans les acquêts ordinaires.

Il est donc préférable de les classer toutes deux parmi les clauses répartissant les acquêts (52), en retenant pour *critère de distinction la définition des biens originaires*. En définitive, doivent être considérées :

– comme prenant effet au cours du mariage, les clauses permettant de distinguer les biens originaires du surplus du patrimoine final (53) ;

– et comme prenant effet lors de la liquidation, toutes les clauses ne faisant que moduler la répartition des acquêts, ces dernières clauses ne pouvant toutefois être remises en cause que si elles débouchent sur un avantage matrimonial dépassant les simples bénéfices.

Ce faisant, on retrouve une lisibilité suffisante pour établir des contrats de participation aux acquêts.

OBSERVATION

Tout notaire demeure cependant contrarié que ni la loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux, ni la loi du 26 mai 2004 relative au divorce, ni même la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, n'ait pris la peine d'ajuster au régime de la participation aux acquêts les règles traitant des avantages matrimoniaux. Dans ce domaine touchant à l'ordre public, où la sécurité juridique à très long terme est essentielle, une intervention du législateur serait bienvenue.

■

ınauté ou prévoyant un apport sans
est difficile de gommer les effets du

Defrénois 2009, art. 38939.

c'est ce maintien qui doit conduire à
: de régime entre deux conventions

ɔn des biens professionnels » : JCP N
imoine originaire et des acquêts n'est
ıt en cas de donation, libre pour les
iens acquêts, de manière à pouvoir les
ı Code civil est bien de ne pas revenir
rétroactivement la qualification d'un

« Une analogie existe sans aucun doute
s conditions, il peut paraître justifié
ıe dans l'autre régime, ont des effets

(51) L'époux professionnel pourra, par exemple, choisir de financer comptant ses biens professionnels mais d'emprunter pour financer la résidence familiale, ce qui gonflera, temporairement, les acquêts échappant à la participation.

(52) *Contra* C. Fénardon, art. préc. : JCP N 2009, 1245, § 45.

(53) F. Letellier, « La clause d'exclusion des biens professionnels sous le régime de la participation aux acquêts à l'épreuve du divorce » : JCP N 2008, 1150 : « Le dernier alinéa de cet article ne traite que de l'apport à communauté (clause alsacienne) alors que, si place il y a aux avantages matrimoniaux dans la participation aux acquêts, il aurait également dû porter sur "les apports au patrimoine final (sic) et les exclusions du patrimoine originaire" ».