

## RÉGIMES MATRIMONIAUX

Concernant la portée des avantages matrimoniaux, la doctrine est incertaine. Une méthode simple permet cependant d'analyser les stipulations matrimoniales en respectant la cohérence de tous les mécanismes en cause. Elle consiste à répondre successivement et dans l'ordre à quatre questions : s'agit-il d'un avantage patrimonial (par rapport au régime de la séparation de biens), d'un avantage matrimonial (et non d'une libéralité), d'un avantage retranchable (et non d'un simple bénéfice), d'un avantage révocable (et non d'un avantage constitutif) ? Cette méthode permet notamment de souligner que la plupart des stipulations ne sont pas en elles-mêmes des avantages matrimoniaux mais qu'elles ne le sont qu'au cas par cas, en fonction des résultats chiffrés de chaque espèce et du chef seulement de l'un des époux.

1118

# Pour une approche pratique des avantages matrimoniaux



Étude rédigée par Nicolas Duchange

Nicolas Duchange est notaire à Roubaix

À tort plus qu'à raison la notion d'avantage matrimonial traîne une réputation de complexité. Cette perception est surprenante pour un mécanisme dont la portée ne dépend finalement que de comparaisons chiffrées<sup>1</sup>. Une méthode devrait cependant permettre aux praticiens, magistrats, avocats et notaires, de traiter avec précision cette matière et de perdre l'impression toujours désagréable d'avoir à naviguer dans une « brume conceptuelle ». Elle consiste à accepter de répondre successivement à quelques questions binaires tout en conservant à l'esprit que ce qui forme un avantage pour

1 - Cl. Brenner, *Notion et évaluation des avantages matrimoniaux : Act. prat. strat. patrimoniale 2008, dossier 11, § 2* : « Dans le cadre d'une présentation sommaire, axée sur les aspects pratiques de l'avantage matrimonial, il est inutile de revenir sur la controverse classique relative à la nature juridique de l'avantage matrimonial. ». - Pour une présentation théorique V. B. Bégnier, *Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ?*, in *Mélanges B. Oppetit : Litec 2010*, p. 33.

l'un des époux est nécessairement un inconvénient pour l'autre : ils ne sont que deux.

2 - L'ordre de ces questions est important : à chaque fois, une réponse négative conduit à conclure définitivement à l'absence d'avantage matrimonial sanctionnable<sup>2</sup>, une réponse positive à se poser la question suivante.

Les questions simples à se poser successivement, d'abord du point de vue d'un époux puis du point de vue de son conjoint, sont les suivantes, en prenant garde au fait que les avantages retranchables doivent être appréciés dans leur ensemble :

- s'agit-il d'un avantage patrimonial ?
- s'agit-il d'un avantage matrimonial (et non pas d'une libéralité) ?
- s'agit-il d'un avantage matrimonial retranchable ?

Concernant un divorce, il faut s'intéresser à une question subsidiaire :

- est-on en présence d'un ou de plusieurs avantages matrimoniaux retranchables liquidatifs, pris séparément ?

## 1. Un avantage ?

3 - Une libéralité requiert le cumul d'un élément matériel (un appauvrissement du disposant emportant un enrichissement du gratifié) et d'un élément moral (une intention libérale du disposant)<sup>3</sup>.

Par son premier alinéa, l'article 1527 du Code civil vient réduire le champ d'application de cette définition en posant ce que certains ont appelé une présomption irréfragable d'onérosité<sup>4</sup>. La portée de cette exception est cependant elle-même limitée par le premier membre du second alinéa de l'article 1527 prévoyant par contre-exception une présomption irréfragable de gratuité<sup>5</sup>. Il y a alors retour au droit commun des libéralités, avec cette particularité que l'élément moral est réputé acquis et que seul importe la mesure de l'élément matériel, l'appauvrissement de l'époux disposant.

4 - Pour tendre efficacement à écarter les manœuvres matrimoniales, l'action en retranchement doit donc avoir les mêmes effets quels que soient le régime choisi et les stipulations inventées. En conséquence, tous les régimes matrimoniaux doivent être traités par référence à un même étalon et non pas seulement par rapport aux dispositions supplétives des cadres légaux.

2 Le présent article ne traite que des avantages ayant une incidence pécuniaire. Destinée à protéger les héritiers réservataires, l'action en retranchement ne s'intéresse qu'à ceux-là.

3 Fr. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions, les libéralités* : Dalloz, coll. Précis, 4<sup>e</sup> éd., 2013, n° 252.

4 V. Cl. Brenner, *préc. note (1)*, § 11.

5 Présomption qui permet de traiter l'avantage comme une libéralité sans avoir à s'inquiéter d'une intention libérale.

5 - Or l'absence d'avantage, c'est l'absence de mariage<sup>6</sup> plus que l'absence de contrat de mariage. 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. D'une part, les « simples bénéficiaires » résultant du régime légal actuel sont bien des avantages matrimoniaux. Mais ce sont des avantages « simples », c'est-à-dire non retranchables<sup>7</sup>. D'autre part, à l'époque où le régime légal était celui de la communauté de meubles et acquêts, la doctrine, suivie par la Cour de cassation, insistait déjà sur le fait que l'existence objective du profit est beaucoup plus importante que l'intention des époux.

6 - Pour s'en convaincre, il suffit de relire Ripert et Boulanger<sup>8</sup> : « La simple application du régime de communauté légale [*de meubles et acquêts*] peut avoir pour effet de procurer un avantage considérable à l'un des conjoints aux dépens de l'autre. Il suffit qu'il y ait inégalité entre leurs apports actifs et passifs. Donneront donc lieu à réduction : 1°) la confusion du mobilier dans la communauté légale, si l'époux qui a des enfants d'un premier lit est plus riche que l'autre en valeurs mobilières au moment du mariage, ou s'il recueille plus tard des successions mobilières (...). 2°) La confusion des dettes si l'un des époux a des dettes nombreuses, qui tombent en communauté d'une manière définitive, comme n'étant pas relatives à des biens propres. »<sup>9</sup>

7 - C'est bien dire à la fois que tout avantage patrimonial mérite d'être suspecté comme avantage matrimonial, mais que, réciproquement, du point de vue de l'autre époux, tout inconvénient patrimonial ne peut être un avantage matrimonial, ce que la doctrine la plus classique souligne en admettant la compensation des avantages de sens contraires<sup>10</sup>.

8 - En raison des obligations pécuniaires inhérentes au mariage, il est cependant préférable de considérer que ce n'est pas le céli-

6 G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil de Planiol, refondu et complété* : LGDJ, 1951, t. 3, n° 2766 : « En réalité, la loi envisage le résultat obtenu et non le moyen qui a été utilisé. Le résultat a été l'appauvrissement du conjoint remarié au profit de l'autre conjoint. Peu importe que ce soit par le simple jeu des règles légales ».

7 E. Rousseau, *De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial*, Mélanges Champenois, Defrénois 2012, p. 722 : « La communauté légale [*d'acquêts*] est nécessairement génératrice d'avantages matrimoniaux ». Mais elle est « le degré zéro de l'avantage matrimonial retranchable ».

8 G. Ripert et J. Boulanger, *op. cit. note (6)*, n° 2765.

9 Depuis la réduction aux acquêts du régime légal, cette vérité est souvent méconnue. V. X. Guédé et F. Letellier, 111<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, Strasbourg, 10-13 mai 2015. *La sécurité juridique, un défi authentique* : rapp. n° 2333, note 494.

10 G. Ripert et J. Boulanger, *op. cit. note (6)*, n° 2768.

## À tort plus qu'à raison la notion d'avantage matrimonial traîne une réputation de complexité

bat mais le régime de la séparation de biens qui s'impose comme niveau zéro des avantages matrimoniaux<sup>11</sup>.

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, ou par celui de la séparation de corps et de biens<sup>12</sup>.

9 - Il convient évidemment de poser cette question de l'existence d'un bénéfice patrimonial en premier lieu, une réponse négative permettant de conclure définitivement à l'absence d'avantage matrimonial pour l'époux en cause, sans avoir à envisager les autres questions<sup>13</sup>.

### 2. Matrimonial ?

10 - Une fois établi qu'un époux retire un avantage patrimonial de son régime, il est naturel de rechercher à qualifier le mécanisme emportant attribution de cet avantage.

En alternant présomption de gratuité et présomption d'onérosité, la doctrine oppose la qualification de libéralité à celle d'avantage matrimonial. Ce qui permet d'emblée d'observer que l'action en retranchement des avantages matrimoniaux, simple substitut de l'action en réduction des libéralités<sup>14</sup>, ne pourra pas avoir plus d'incidence sur un avantage patrimonial que l'action en réduction n'en aurait eu si cet avantage avait été qualifié de libéralité.

11 Si la notion de « régime de référence » s'impose pour répondre à cette première question, nous verrons *infra*, lors de l'examen de la troisième question, qu'elle n'a pas lieu d'être concernant la mesure des simples bénéfices.

12 Contra P. Murat, *Les régimes matrimoniaux et les régimes « pacifonimaux » à l'épreuve de la rupture des couples* : JCP N 2011, n° 25, 1206. La référence à la séparation de biens nous semble cependant incontournable, pour des raisons tenant :

1° à la logique successorale : un descendant ne saurait être titulaire d'une action en retranchement qu'en vue de réparer le préjudice que le régime matrimonial de son ascendant lui cause et non pas à l'effet de compléter un avantage que ce régime ne lui accorde que de façon imparfaite ;

2° à la logique juridique : l'exception (l'ouverture de l'action en retranchement) à une exception (l'avantage matrimonial n'est pas considéré comme une libéralité) ne doit pas permettre d'aller au-delà du principe (la réduction de la libéralité) ;

3° et à la logique matrimoniale : si la vocation communautaire était un principe fondateur impératif, il y aurait lieu d'être bien surpris qu'une atteinte à ce principe ne puisse être sanctionnée que dans une hypothèse marginale (la présence d'un enfant non commun) et seulement une fois décédé l'époux désavantagé !

13 En cas de divorce, les questions doivent être posées avantage par avantage, la révocation étant automatique pour tous les avantages liquidatifs, sans compensation entre eux ni avec les avantages constitutifs, V. *infra*, n° 28.

14 R. Le Guidec, *La révocation de l'adoption de l'enfant du conjoint ne restaure pas l'action en retranchement* : JCP N 2014, n° 51-52, 1385.

Pour distinguer ces deux notions, la doctrine considère que l'avantage matrimonial est « un profit procuré, en qualité

de copartageant, à l'un des époux et résultant du fonctionnement du régime matrimonial »<sup>15</sup>. Elle prend soin de souligner que « l'avantage matrimonial naît seulement de ce qui est mis en commun et non pas de ce qui est écarté »<sup>16</sup>. Autrement dit, les avantages concernent la composition et la répartition des acquêts, les biens propres, parce que chaque époux en est resté propriétaire seul, ne pouvant être attribués à titre gratuit que par libéralité<sup>17</sup>.

11 - Pour les régimes de communauté, cette définition de l'avantage matrimonial est pour ainsi dire naturelle, s'agissant des régimes en vue duquel l'article 1527 du Code civil a été rédigé. Parce qu'elle n'est qu'une « communauté librement dessinée »<sup>18</sup>, la doctrine admet également d'appliquer cette notion à la société d'acquêts venant ajuster une séparation de biens même si, comme nous l'envisagerons plus loin, elle est hésitante sur la méthode à retenir pour chiffrer les avantages qui pourront en résulter.

Dans les limites de cette définition, les époux, de par la liberté des conventions matrimoniales, peuvent fixer librement le « curseur » de leurs avantages matrimoniaux tant au niveau de la composition des biens mis en communs que de l'organisation des modalités de leur liquidation.

12 - Concernant le régime de la participation aux acquêts, régime séparatiste en cours d'union, la notion même d'avantage matrimonial a été débattue<sup>19</sup>.

Pour apprécier l'ampleur de la difficulté, il convient de souligner que refuser la qualification d'avantage matrimonial aux clauses relatives aux acquêts déboucherait sur deux conclusions opposées mais toutes deux embarrassantes :

- soit la créance de participation serait la résultante d'une libéralité entre époux prenant effet à la dissolution du régime ;
- soit cette créance ne serait pas une libéralité mais, n'étant pas non plus qualifiée d'avantage matrimonial, elle échapperait non seulement à l'action en réduction mais aussi aux actions en retranchement ou en révocation.

La première alternative ferait perdre à ce régime ses caractéristiques matrimoniales et le réduirait à une séparation de biens

15 Fr. Lucet, *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux*, th. Paris II, 1987, n° 432.

16 E. Rousseau, *préc. note 7*, p. 717.

17 F. Collard, *JCl. Notarial Formulaire, V° Régimes matrimoniaux, fasc. 100, n° 10 et les références citées*.

18 F. Collard, *préc. note (17)*, n° 20.

19 J.-P. Storck, *Avantages matrimoniaux et régime de participation aux acquêts : détermination de la nature juridique des stipulations permises par l'article 1581, alinéa 2, du Code civil* : JCP N 1981, I, p. 355, note 2 bis.

complétée par des institutions contractuelles entre époux. La seconde permettrait de porter des atteintes illimitées aux droits des héritiers réservataires.

<sup>13</sup> - Pour écarter ces conséquences néfastes, plusieurs considérations ont été mises en avant :

- la clause de participation procède du fonctionnement du régime matrimonial et les acquêts y ont, dans leur ensemble, une affectation matrimoniale<sup>20</sup> ;
- des indices tirés de la rédaction des textes incitent à reconnaître l'existence d'avantages matrimoniaux (*notamment C. civ., art. 1581, al. 2. - C. civ., art. 1524, al. 1<sup>er</sup>*)<sup>21</sup> ;
- l'analogie est si forte entre le régime de la participation aux acquêts et celui de la communauté d'acquêts qu'elle justifie l'application à la seconde des solutions admises pour la première<sup>22</sup>.

La doctrine dominante<sup>23</sup> et la rare jurisprudence<sup>24</sup> acceptent désormais d'appliquer la qualification d'avantage matrimonial aux dispositions relatives aux acquêts pour lesquels les époux n'auraient pas souhaité retenir explicitement la qualification de libéralité.

<sup>14</sup> - Un doute est toutefois encore exprimé lorsque la créance de participation dépasse la moitié du surplus d'acquêts de l'époux débiteur<sup>25</sup> au motif d'une rupture d'égalité des époux quant à la répartition des acquêts.

Cependant, il a été montré avec force que « puisque l'égalité n'est pas de l'essence du régime de participation aux acquêts, les clauses qui l'écartent ne sont pas étrangères à ce régime ; elles ne constituent donc pas des libéralités et pourront être considérées comme des avantages matrimoniaux »<sup>26</sup>.

Et il a été souligné que, s'agissant d'un mécanisme liquidatif unique portant sur des acquêts, rien ne justifie qu'on qualifie d'avantage matrimonial simple l'attribution de la première moitié des acquêts (simples bénéfices) et de libéralité l'attribution en vertu de la même clause au même conjoint de la seconde moitié des acquêts, l'article 1581 du Code civil ne faisant aucune distinction entre ces deux niveaux de répartition.

<sup>20</sup> G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux* : PUF, 2<sup>e</sup> éd., 1977, p. 690.

<sup>21</sup> J.-P. Storck, *préc. note* (19), n° 13.

<sup>22</sup> J.-P. Storck, *préc. note* (19), n° 22.

<sup>23</sup> Récemment, J. Vassaux et Fr. Vauvillé : *Florilège d'automne 2014, Cridon Nord-Est*, p. 27. C. Brenner, *Avantage matrimonial et participation aux acquêts, Actes pratiques et Stratégie patrimoniale*, 2015 n° 4, étude 29.

<sup>24</sup> CA Paris, 2<sup>e</sup> ch., 27 avr. 2011, n° 10/08818 : *JurisData* n° 2011-007433. - Et notre commentaire partiellement critique *Participation aux acquêts, avantage matrimonial et biens professionnels* : *JCP N* 2013, n° 41, 1240.

<sup>25</sup> J.-P. Storck, *préc. note* (19), n° 2 : « on peut s'interroger sur la nature juridique de ce supplément accordé par le contrat de mariage à l'un des conjoints : s'agit-il d'une libéralité ou d'un avantage matrimonial ? ». - Cl. Brenner, *préc. note* (1), n° 34.

<sup>26</sup> J.-P. Storck, *préc. note* (19), n° 23.

### 3. Retranchable ?

<sup>15</sup> - À ce niveau du raisonnement, nous sommes face à un avantage matrimonial bénéficiant de la présomption d'onérosité posée par le premier alinéa de l'article 1527 du Code civil. En présence - et en présence seulement - d'un enfant non commun, se pose la question du retranchement de cet avantage. La difficulté de cette question vient de la contre-exception posée par la fin du deuxième alinéa de l'article 1527 du Code civil : « *les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants d'un autre lit.* » Car sa bonne compréhension suppose trois précisions.

<sup>16</sup> - **Première précision : l'absence d'avantage ne concerne que l'attribution de la moitié des simples bénéfices** - La notion même de « simples bénéfices » a été tirée de la finalité des revenus : affectés aux besoins du ménage, ceux-ci auraient pu aussi bien être dépensés intégralement. L'avantage obtenu par le nouveau conjoint sur ces bénéfices ne l'est donc pas directement au détriment des enfants des autres lits. Considérant cependant que la fonction de l'action en retranchement est essentiellement de permettre aux enfants non communs de contrôler l'enrichissement d'un époux par rapport à celui de son conjoint, la doctrine enseigne désormais unanimement que le profit retiré par un époux d'une clause de partage inégal des bénéfices de la communauté va au-delà des « simples bénéfices » exclus de l'action en retranchement<sup>27</sup>.

<sup>17</sup> - **Seconde précision : chaque régime fixe le volume de ses simples bénéfices dans cadre de la définition posée par le Code** - En raison de la situation de l'article 1527 du Code civil au cœur des dispositions relatives aux régimes communautaires, l'étude des autres régimes matrimoniaux a naturellement suscité une question délicate : les « *simples bénéfices* » auxquels le Code fait référence sont-ils nécessairement ceux qu'auraient pu produire une communauté d'acquêts ou doit-il s'agir des seuls bénéfices produits par les régimes convenus entre les époux ?

#### A. - Observation d'une société d'acquêts

<sup>18</sup> - Examinons d'abord cette difficulté très concrètement à partir d'une séparation de biens ajustée d'une société d'acquêts limitée à la résidence principale. L'attributaire de l'intégralité des acquêts produits par cette société pourrait-il efficacement démontrer que son régime ne lui accorde pas plus de la moitié des « simples bénéfices » qui auraient résulté pour son couple

<sup>27</sup> A. Colomer, *Régimes matrimoniaux* : *Litec*, 5<sup>e</sup> éd., 1992, n° 1170, note 71. - Fr. Lucet, *préc. note* (15), n° 414. - Cette notion conserve cependant un double sens, désignant tantôt tous les revenus quand il s'agit de les définir, tantôt la moitié quand il s'agit de les répartir.

## Une fois établi qu'un époux retire un avantage patrimonial de son régime, il est naturel de rechercher à qualifier le mécanisme emportant attribution de cet avantage

de l'adoption du régime légal, lequel aurait débouché sur un patrimoine commun bien plus important ?

19 - La tentation existe de retenir une réponse positive : s'agissant d'un texte ayant pour fonction la défense des intérêts des héritiers réservataires, le fait que le Code admette de ne pas sanctionner l'attribution de la moitié des acquêts du régime légal devrait conduire à ne pas sanctionner plus sévèrement l'attribution de biens d'une valeur moindre par un régime de conception très voisine.

20 - De nombreux arguments existent toutefois en faveur de la négative et conduisent à soutenir que le Code civil n'a pas établi un « régime de référence »<sup>28</sup> mais seulement une limite interne à chaque régime :

- **Un argument de logique matrimoniale** - L'avantage matrimonial n'est pas un droit fondamental du mariage mais une conséquence du régime choisi. Sous le régime de la communauté d'acquêts, chaque époux sait qu'il pourra recevoir jusqu'à la moitié de la communauté à titre d'avantage matrimonial. Sous le régime de la séparation des biens, chaque époux sait de même qu'il ne pourrait être avantagé que par libéralité, qu'il ne recevra aucun avantage matrimonial. Il est donc cohérent de décider qu'en optant pour une société d'acquêts de portée limitée les époux se trouvent conduits à accepter de considérer que leurs avantages matrimoniaux non retranchables se trouveront, de par leur libre choix matrimonial, limités à la moitié de cette société.

On retrouve sous une autre forme cette considération selon laquelle les « simples bénéfices » n'ont pas été mis en place pour accorder des droits à un époux (une sorte de « Smig matrimonial »<sup>29</sup>) mais seulement pour limiter l'action en retranchement.

- **Des arguments de texte** - Le second alinéa de l'article 1527 du Code civil, ne fait pas référence au régime légal mais uniquement aux « simples bénéfices ». C'est notamment ce qui a permis à la doctrine classique de souligner que l'ancien régime légal de communauté de meubles et acquêts était passible de l'action en retranchement.

En outre, ce texte ne vise pas directement les « économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux, des deux époux » mais les « bénéfices résultant » de ces économies. Or la notion de bénéfice, à bien distinguer de celle de revenu ou d'économie,

suppose une volonté de mise en commun<sup>30</sup>.

Enfin, le texte étant construit dans le sens d'une exclusion et non pas d'une inclusion (« ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants d'un autre lit »), et comme concernant des bénéfices existants (les « économies faites » et

non « qui auraient pu être faites »), il n'y a pas lieu de comparer les bénéfices qui ont été attribués avec des gains qui ne sont pas considérés comme tels sous le régime étudié.

- **Un argument de logique interne** - La référence à un régime extérieur à celui défini par les époux peut conduire à des solutions incohérentes<sup>31</sup>. Il suffit d'un exemple pour le montrer.

### EXEMPLE

→ Envisageons une société d'acquêts ne comprenant que la résidence principale, valant 100, attribuée en totalité au mari, conjoint survivant. Madame n'a aucun patrimoine, Monsieur un portefeuille de 200 qui aurait été acquêt sous le régime légal.

- Si l'on prend pour référence les simples bénéfices qui auraient résulté de l'adoption du régime légal, il faut considérer que tous les biens du ménage auraient été communs (300) et que les simples bénéfices sont donc de 150. Monsieur devenant finalement propriétaire de tous les biens (300) de deux choses l'une :

- soit l'on considère que son régime ne lui accorde que 100 au titre de l'attribution de la maison (les 200 lui restant acquis au titre de la séparation de biens), et l'on se trouve conduit à conclure qu'il reçoit moins que les simples bénéfices du régime de référence (150). Les enfants de Madame se trouvent alors dépourvus de tous biens et privés de l'action en retranchement, ce qui paraît indéfendable, *a fortiori* dans les hypothèses où Madame aura investi ses économies dans le financement du bien acquis<sup>32</sup>. Il faut en effet bien comprendre que l'action en retranchement tend fondamentalement à lever le voile des stipulations matrimoniales pour retrouver la réalité des transferts pécuniaires. Ne peut qu'être fragile toute astuce (ici celle consistant à placer dans la masse de référence des biens qui sont écartés comme

30 Ce que montre bien l'article 1832 du Code civil définissant le contrat de société.

31 V. Ph. Simler, *Régime juridique de la société d'acquêts adjointe à une séparation de biens* : Defrénois 2012, p. 1259, n° 32 : « Est débattue la question de savoir si, pour le calcul de l'avantage matrimonial, il faut se référer au régime de la communauté ou à celui de la séparation de biens. C'est la référence au régime de la communauté qui est généralement préconisée. On peut toutefois se demander s'il ne s'agit pas d'un faux problème. (...) La référence au régime légal n'est d'aucune utilité quant à la mesure du quantum de l'avantage. » et note 56.

32 C'est pourtant la position défendue par I. Dauriac, *préc. note* (28).

28 Contra I. Dauriac, *Choisir la société d'acquêts pour l'avantage matrimonial* : Defrénois 2012, p. 1271.

29 N. Duchange, *Un inconvénient patrimonial n'est pas un avantage matrimonial* : Defrénois 2010, art. 39117, n° 11.

étant propres lors de la comparaison) qui aboutit à priver les héritiers de la totalité des économies de leur auteur ;

- soit l'on décide de ne comparer que ce qui est comparable et de fixer le sort des simples bénéfices du régime de référence en fonction de la destination des biens qui les composent. Il faut alors constater que Monsieur reçoit 300 (tous les biens de la communauté de référence) et non pas seulement 100. Il s'ensuit qu'il doit être réputé bénéficiaire d'un avantage matrimonial retranchable de 150 (100 de maison et 50 de portefeuille ou 50 de maison et 100 de portefeuille ? on ne peut dire puisque tout est alors mélangé). Mais, de ce fait, on ouvre l'action en retranchement pour des attributions qui n'auraient jamais pu recevoir la qualification de libéralité (notamment pour les sommes correspondant à la partie du portefeuille que Monsieur n'a jamais reçu mais simplement conservé au titre de la séparation de biens) et l'on remet en cause la notion même de séparation de biens (ainsi que la réponse faite à la première question) ;

• Tandis que si l'on prend pour référence les simples bénéfices de la seule société d'acquêts, Monsieur conserve 200 et reçoit la maison valant 100 dont la moitié au titre de sa part de la société d'acquêts (simples bénéfices). Il bénéficie donc d'un avantage matrimonial retranchable de 50. La solution semble équilibrée et elle est cohérente par rapport aux résultats d'une communauté légale au cours de laquelle l'époux aura placé tous ses fonds propres sur des contrats d'assurance-vie ne procurant aucun revenu à la communauté.

• **Un argument pratique** - Il est toujours délicat de reconstituer après-coup une communauté d'acquêts, à partir des éléments présents d'un régime qui a vécu selon d'autres règles.

• **Un argument de cohérence entre les régimes** - Le fait que l'action en retranchement tende au respect de l'égalité entre les époux a motivé la limitation des « simples bénéfices » au partage par moitié des acquêts de communauté. En présence d'une société d'acquêts de portée plus réduite, ce principe devrait avoir la même incidence, d'autant qu'il serait malvenu de créer des hiatus entre le traitement des communautés et celui des sociétés d'acquêts alors que ces dernières ne s'écartent des premières qu'au fil des souhaits des rédacteurs, sans solution de continuité.

## B. - Observation d'une participation aux acquêts

21 - À propos du régime de la participation aux acquêts la question de la mesure des simples bénéfices s'est posée dans des termes très voisins. Là encore, la réflexion semble s'être limitée au choix d'un régime de référence à partir d'une alternative

entre le régime de communauté légale<sup>33</sup> et le régime de participation tel que défini par le Code civil<sup>34</sup>.

22 - Pourtant, les mêmes raisons que celles qui viennent d'être évoquées concernant les sociétés d'acquêts plaident en faveur d'une comparaison des effets des stipulations du régime de participation aux acquêts étudié avec la moitié des « simples bénéfices » issus de ce même contrat de mariage<sup>35</sup>.

Pour être protectrice des héritiers réservataires, l'attention comparative doit alors porter sur la définition des simples bénéfices posée par l'article 1527 du Code civil. Le régime optionnel franco-allemand fournit ici une illustration éclairante<sup>36</sup>. Sous ce régime, il ne s'agirait pas d'aligner les « simples bénéfices » sur les « acquêts »<sup>37</sup> qu'il définit, mais de distinguer ce qui, au sein des « acquêts » de ce régime, correspond aux « simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux, des deux époux » et ce qui correspond à autre chose et notamment à cette partie des plus-values produites en cours d'union par les patrimoines originaires que le régime franco-allemand ajoute aux acquêts à la française.

23 - Outre écarter la question du choix d'un régime de référence<sup>38</sup>, cette méthode présente également l'intérêt d'écarter toute discussion théorique sur l'incidence des aménagements communautaristes du régime de participation aux acquêts<sup>39</sup>, aménagements qui, en rapprochant le régime conventionnel des résultats d'un régime de communauté, tendraient soit, si l'on faisait référence au régime de communauté d'acquêts, à limiter l'action en retranchement, soit, si l'on faisait référence au régime de participation type, à accroître la portée de l'action en retranchement... alors que de tels aménagements ne font

33 Au motif que cette référence serait imposée par la place de l'article 1527 au sein des dispositions relatives aux régimes de communauté.

34 V. X. Guédé et F. Letellier, *op. cit.* note (9), n° 2339 : « évidemment ! ». - Cl. Brenner, *préc. note* (1), n° 34 : « certainement ». - Fr. Lucet, *th. préc. note* (15), n° 387.

35 V. E. Rousseau, *note* 7, *art. cit.*, p. 725 : « La participation aux acquêts "type" ne tend en réalité qu'à constituer de "simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux des époux". Ce régime ne procure donc pas d'avantage supérieur à celui de la communauté » ; p. 726 : « La référence au régime légal faite à l'article 1527 en vue de déterminer ce qui est retranchable n'est pas faite comme imposant un régime de référence mais seulement comme établissant l'étendue du bénéfice issu de l'association conjugale en deçà duquel aucune réduction n'est à craindre ».

36 N. Duchange, *Le régime optionnel franco-allemand et le contrôle des avantages matrimoniaux* : Defrénois 2014, p. 1273, n° 10.

37 Ou plus précisément sur les biens « participants » qui, à l'instar des biens communs, peuvent comprendre des éléments qui auraient été originaires sous le régime type.

38 Voire celle d'une conception liquidative du régime de référence : Th. Le Bars, *Pour une conception autonomiste du régime matrimonial de la participation aux acquêts*, in Mélanges G. Wiederkehr : Dalloz 2009, p. 487.

39 Tels ceux opportunément proposés par J.-Fr. Pillebout, *La participation aux acquêts*, 3<sup>e</sup> éd. 2014, n° 124.

## Question subsidiaire en matière de divorce : est-on en présence d'un avantage retranchable liquidatif, c'est-à-dire ne prenant effet « qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux » ?

qu'ajuster l'importance des simples bénéfices pouvant résulter du contrat, sans déborder de la définition des simples bénéfices posée par l'article 1527 du Code civil.

24 - En définitive, la mise à l'écart d'un « régime étalon » au profit d'une comparaison avec une attribution par moitié des simples bénéfices produits par le régime en cause naît naturellement de l'alliance de la liberté des conventions matrimoniales, qui permet aux époux de fixer à leur gré le curseur de l'avantage matrimonial, et du respect de la contribution aux charges du mariage, qui écarte tout risque d'un enrichissement sans cause résultant d'une limitation dissymétrique<sup>40</sup> des mécanismes générateurs des avantages matrimoniaux (la communauté, la société d'acquêts ou la créance de participation).

25 - **Troisième précision : le contrôle du partage des simples bénéfices doit tenir compte du sens des flux patrimoniaux** - Deux situations ont donné lieu à des alertes :

- « exclure de l'entrée en communauté certains biens dans l'intérêt d'un époux ou les en faire sortir à son seul profit c'est économiquement la même chose »<sup>41</sup>. Toutefois la qualification juridique de ces deux stipulations doit être soigneusement distinguée, la première consistant à éviter la formation d'un avantage matrimonial, la seconde à en créer un. Sous l'apparence de la contradiction, nous retrouvons ici la liberté des conventions matrimoniales : l'époux qui aura opté pour la clause de préciput plutôt que pour la clause d'exclusion de communauté sera en quelque sorte confronté à la maxime « donner et retenir ne vaut » ;
- limiter une créance de participation ou l'augmenter peut laisser croire à la création d'un même avantage si l'on se contente d'une comparaison avec les résultats d'un régime de référence. Or une telle comparaison revient à nier une différence essentielle des régimes de participation par rapport aux régimes de communauté.

Sous les régimes de communauté, la liquidation ne fait pas apparaître l'origine des acquêts. Leur répartition par moitié semble donc naturelle et toute attribution complémentaire à un époux est légitimement suspectée d'emporter la formation d'un avantage matrimonial retranchable. Par contre, la liquidation

d'une créance de participation résulte d'une comparaison des patrimoines séparés des époux. L'« attribution » à un époux de plus de la moitié des « simples bénéfices » ne méritera la qualification d'avantage matrimonial que s'il s'agit effectivement d'une attribution et non d'une simple conservation par cet époux des acquêts qu'il aura produits en cours d'union<sup>42</sup>.

Cela résulte directement de la définition par le contrat des avantages matrimoniaux convenus entre époux : sous la participation aux acquêts, cette définition intègre le sens des flux patrimoniaux. À cet égard, le recours à la première question est essentiel en permettant d'être assuré de prendre en considération le sens de ces flux.

26 - La contre-exception posée par la fin du deuxième alinéa de l'article 1527 du Code civil exprime donc quatre propositions pratiques :

- la nature des simples bénéfices est définie par ce texte du Code civil ;
- le volume des simples bénéfices est défini par le régime choisi par les époux et non par un « régime de référence » ;
- les simples bénéfices ne sont pas considérés comme un avantage tant que l'un des époux n'en reçoit que la moitié ;
- la référence aux simples bénéfices n'a pour fonction que de limiter la portée d'une action en retranchement, de déterminer l'incidence de cette exception secondaire à l'exception principale ayant fait naître la notion d'avantage matrimonial.

27 - Il est ainsi possible de mettre fin au malentendu entretenu en doctrine par le recours à une mauvaise méthode comparative, consistant à ne poser qu'une seule question, formulée en une comparaison du régime étudié et d'un « régime de référence », et tendant dès lors à emmêler la première question, relative à l'existence d'un avantage patrimonial, et la troisième question, touchant à l'observation de la répartition des simples bénéfices en vue de limiter l'action en retranchement.

Lors d'un divorce, une réponse positive à la troisième question imposera d'envisager la quatrième question.

### 4. Liquidatif ?

28 - Question subsidiaire en matière de divorce : est-on en présence d'un avantage retranchable liquidatif, c'est-à-dire ne prenant effet « qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au

<sup>40</sup> Telle une stipulation laissant propres les revenus de biens propres, favorable à l'époux dont le patrimoine propre est le plus important.

<sup>41</sup> I. Dauriac, art. cit., p. 1276, qui ajoute : « À résultats financiers identiques, un sort similaire dans la délicate équation juridique consistant à rétablir l'équilibre entre vocation matrimoniale de l'époux et droits réservés des héritiers menacés. »

<sup>42</sup> N. Duchange, *Quelques précisions sur l'évaluation des avantages matrimoniaux à propos d'une formule de participation aux acquêts* : *Deffrénois* 1993, art. 35618.

décès de l'un des époux » ? Si non, l'avantage sera dit constitutif comme prenant effet au cours du mariage, et échappera à la révocation. Si oui, l'avantage sera révoqué.

29 - Le nouvel article 265 du Code civil, issu de la loi du 26 mai 2004, dans son « esprit d'objectivisation » du divorce<sup>43</sup>, repose sur une distinction tenant uniquement à la date d'effet des avantages matrimoniaux.

D'où quatre conséquences :

- les avantages prenant effet en cours d'union 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<sup>44</sup> ; la révocation emporte donc un retour au régime constitutif et non pas aux simples bénéfécies ;
- 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 »<sup>45</sup> ;
- un régime non retranchable (du fait d'une compensation entre avantages) pourra néanmoins déboucher sur un avantage matrimonial révocable (telle une clause de partage inégale qui aurait été compensée par un apport important de l'attributaire) mais une stipulation isolée non retranchable ne sera jamais révocable (d'où la nécessité de se poser les quatre questions pour chaque avantage et non pas globalement comme on peut se contenter de le faire en matière successorale).

30 - L'ampleur du changement par rapport aux modalités antérieures et l'éloignement des régimes du retranchement et de la révocation qu'il implique, ont conduit à se demander si les actions en révocation portaient encore sur la même conception des avantages matrimoniaux que celle retenue pour l'action en retranchement. Comme par le passé, la doctrine répond par l'affirmative<sup>46</sup>.

31 - Ceci étant, si ces nouvelles dispositions sont d'application relativement aisée pour les régimes de communauté<sup>47</sup> et de so-

ciété d'acquêts, elles posent de significatives difficultés d'interprétation 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 semblait *a priori* « 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 »<sup>48</sup> ne pouvant être réalisées qu'à la dissolution du régime et paraissant donc devoir être anéanties par le divorce des époux.

Trois considérations permettent cependant d'avancer que les nouvelles modalités de la révocation ne sont pas incompatibles avec le bon fonctionnement des régimes de participation aux acquêts.<sup>49</sup>

32 - **Première considération** - La doctrine admet que la réforme du divorce n'a pas altéré cette assimilation<sup>50</sup> de la participation aux acquêts au régime de la communauté légale en tant que régime dépourvu de clauses donnant naissance à des avantages révocables ou retranchables. En effet, la participation aux acquêts a été conçue comme un nouveau régime doté d'un fonctionnement original et non comme la consécration législative d'aménagements conventionnels de la séparation de biens. Supprimer toute liquidation en cas de divorce pour limiter ce régime à une séparation de biens pure et simple reviendrait à remettre en cause le fonctionnement même du régime, et non pas seulement une simple modalité liquidative, et à lui contester toute application de la notion de « simples bénéfécies », en contradiction avec ce qui est admis à propos de l'action en retranchement.

33 - **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.

34 - 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 »<sup>51</sup>. Or, sous

43 A. Bénabent, *La réforme du divorce article par article* : Defrénois 2004, n° 94.

44 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. Ainsi d'un apport à communauté qui était initialement compensé par une clause d'attribution inégale bénéféciant à l'apporteur.

45 V. J. Massip, *Le nouveau droit du divorce*, Defrénois 2005, n° 95, soulignant 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.

46 E. Rousseau, *préc. note 7*, p. 715. - Cl. Brenner, *préc. note (1)*, n° 15. - Sous le droit antérieur, Fr. 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)* : JCP N 1992, I, p. 145, n° 7 à 12.

47 F. Collard, *préc. note (17)*, n° 26.

48 M.-P. Murat-Sempietro et V. Trambouze, *Le divorce après la loi du 26 mai 2004*, Litec 2006., n° 578.

49 Sur la possibilité de consolider l'avantage matrimonial dans le divorce par une stipulation d'irrévocabilité contenue dans le contrat de mariage, v. C. Brenner, *Avantage matrimonial et participation aux acquêts, Actes pratiques et Stratégie patrimoniale*, 2015 n° 4, étude 29, § 11 s.

50 M.-P. Murat-Sempietro et V. Trambouze, *op. cit.* § 31, n° 578. - F. Sauvage, *Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux*, Defrénois 2004, art. 38038, p. 1425, n° 20.

51 V. B. Vareille, *La loi du 23 juin 2006 et les avantages matrimoniaux* : JCP N 2007, n° 26, 1200 : « Il n'est pas dit que n'importe quelle clause prenant



la loi antérieure comme dans le contexte de rédaction de la loi nouvelle, cela exclut du champ d'application de la révocation deux séries de dispositions :

- les dispositions liquidatives qui ne sont pas avantageuses pour l'époux concerné ;
- les dispositions qui n'attribuent pas à l'époux effectivement avantage plus de la moitié des simples bénéfiques, un tel avantage n'étant pas retranchable<sup>52</sup>.

<sup>35</sup> - **Troisième considération** - Sauf à tolérer de brutales ruptures de régime entre des mécanismes voisins, il convient 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 trouveront alors soumis aux mêmes sanctions. 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<sup>53</sup>.

<sup>36</sup> - Étant clairement un avantage matrimonial retranchable, la clause de participation élargie à des acquêts antérieurs au mariage (destinée à permettre à des concubins de retrouver un régime proche de celui qui leur aurait été applicable s'ils s'étaient mariés dès le début de leur vie commune) fournit une bonne illustration de cette nécessité<sup>54</sup> :

- le simple fait que cette disposition est 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 ;
- la qualification de bien originaire ou acquêt a une certaine incidence en cours d'union<sup>55</sup>.

<sup>37</sup> - Au regard de l'imagination infinie des rédacteurs d'actes, la méthode qui vient d'être exposée ne saurait prétendre apporter une réponse évidente à toutes les difficultés de la matière<sup>56</sup>. Mais en ordonnant la réflexion autour de quatre questions elle permet à la fois de préciser ce dont il convient de débattre, de proposer à chaque niveau des solutions cohérentes avec celles des niveaux précédents et de dégager quelques observations générales :

- la plupart des stipulations ne sont pas, en elles-mêmes, des avantages matrimoniaux mais elles ne le sont qu'au cas par cas, du chef de l'un des époux, en fonction des résultats chiffrés en cause ;
- de nombreuses clauses ne débouchent sur un avantage matrimonial révocable ou retranchable ni pour l'un ni pour l'autre époux ;
- aucune clause ne peut être qualifiée d'avantage matrimonial pour les deux époux en même temps<sup>57</sup>.

**Pour une version détaillée du présent article, comprenant de nombreux cas pratiques sous forme de tableaux, Voir :**  
*JCl. Ingénierie du patrimoine, Fasc. 560.*

effet à la dissolution représente un avantage matrimonial ». - P. Murat, *préc. note (12), n° 15.*

<sup>52</sup> 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).

<sup>53</sup> Cridon Bordeaux-Toulouse, *réponse CBT2005°361.*

<sup>54</sup> N. Duchange, *La participation aux acquêts antérieurs* : *Deffrénois 2009, art. 38939.*

<sup>55</sup> Cl. Fénardon, *La participation aux acquêts et la protection des biens professionnels. Des billesvesées* : *JCP N 2009, n° 30-34, 1245, § 48.*

<sup>56</sup> Sur l'incidence de la date d'un changement de régime matrimonial sur le calcul de l'avantage matrimonial, V. G. Champenois, *Régimes matrimoniaux, chronique juin 2012-mai 2013* : *Deffrénois 2013, p. 1154, et les auteurs cités.*

<sup>57</sup> Ce que tendent néanmoins à faire ceux qui qualifient la minoration de la créance de participation d'avantage pour l'époux qui paye, alors que cette clause est nécessairement un avantage patrimonial pour le conjoint qui reçoit. V. aussi P.-J. Claux et S. David, *Droit et pratique du divorce* : *Dalloz Référence, 3<sup>e</sup> éd., 2015, n° 231.31*, à propos d'une société d'acquêts : « une telle clause avantage l'un des époux, ou même les deux ».