Contrat de mariage et biens professionnels

par Nicolas DUCHANGE[1]

Lorsque l'un des futurs époux envisage d'exercer une activité indépendante, qu'elle soit commerciale, agricole ou libérale, la rédaction du contrat de mariage est particulièrement délicate, puisqu'il s'agit d'allier la protection des biens professionnels à la préservation de la solidarité familiale.

Dans une telle hypothèse, les régimes de communauté sont généralement écartés, notamment pour éviter que les créanciers de l'un des époux puissent se saisir de l'intégralité des économies du ménage.

En revanche, il est souvent recouru au régime de la séparation de biens, tant par crainte d'une liquidation judiciaire que par souci d'indépendance.

Ce contrat n'est cependant pas toujours adopté de gaieté de coeur, faute de permettre aux époux de bénéficier directement de l'enrichissement de leur conjoint. Cela explique que tende à se répandre le régime de la participation aux acquêts, introduit par la loi du 13 juillet 1965 pour opérer la synthèse des avantages des deux régimes précédents. Pendant la vie commune, les époux qui ont adopté ce contrat hybride gèrent et disposent de leur patrimoine respectif comme s'ils étaient séparés de biens. A la dissolution du mariage, des comptes sont établis. L'époux dont le patrimoine acquêt (représentant les économies faites au cours de la vie conjugale) s'est le moins accru, obtient une créance égale à la moitié du surcroît d'enrichissement de son conjoint.

Exemple : Au terme de la vie matrimoniale, le mari possède un patrimoine de 100, dont 75 au titre des acquêts (les 25 de surplus représentant le "patrimoine originaire", c'est-à-dire les biens acquis avant mariage ou par succession). La femme détient un patrimoine de 150, dont *10 relevant des acquêts* et 140 acquis par succession. Monsieur devra donc à Madame une créance de participation de (75-10) : 2 = 32,5 de façon à ce que chacun se retrouve conserver la moitié des économies réalisées au cours du mariage, soit 42,5.

L'exclusion des biens professionnels

La multiplication des procédures de divorce a souligné que l'institution d'une créance de participation susceptible d'être assise sur la valeur de biens professionnels (par essence peu ou pas liquides), était de nature à occasionner d'insolubles difficultés pécuniaires à l'époux qui s'en trouverait le débiteur. Il a donc été suggéré d'exclure les actifs professionnels de la masse de calcul de la créance de participation.[2]

Exemple : les acquêts de la femme se montent à 10 ; ceux de son mari à 75, dont 50 représentant des biens professionnels :

— sous le régime ordinaire de la participation aux acquêts, la femme pourrait prétendre recevoir de son mari une créance de (75 -10) : 2 = 32,5. Or le paiement de cette créance gênerait considérablement le mari, dont les biens nécessaires à l'activité professionnelles ne peuvent être vendus.

— sous un contrat excluant systématiquement les biens professionnels, les acquêts du mari seront ramenés à 75 - 50 = 25. Le mari ne devra donc plus à son épouse que (25 -10) : 2 = 7,5 ce qui lui permettra de financer cette dette en puisant dans son seul patrimoine privé.

L'exclusion systématique des biens professionnels comporte toutefois de graves inconvénients. Notamment, lorsque le conjoint dépourvu de biens professionnels se trouve avoir engrangé des acquêts d'une valeur significative, le mécanisme de l'exclusion peut aboutir à renverser le sens de la créance de participation ou à augmenter injustement la créance payée à l'époux "entrepreneur".

Exemple : les acquêts du mari se montent à 75, dont 50 représentant les biens professionnels ; ceux de son épouse se trouvent désormais être de 60 :

— sous un régime de séparation de biens, la femme aurait conservé 60 ;

— en participation aux acquêts ordinaire, elle peut prétendre à 67,5, c'est-à-dire à 60 + [(75 -60) : 2] ;

— avec un contrat excluant systématiquement les biens professionnels, les acquêts du mari sont ramenés à 25 et la femme se trouve débitrice d'une créance de participation de (60 - 25) : 2 = 17,5 ne conservant que 42,5 soit moins que sous les deux autres régimes.

Pour pallier ces effets pervers, deux nouvelles formules de participation aux acquêts viennent d'être proposées. La première consiste à plafonner la créance de participation[3]. La seconde, à minorer le taux de la participation[4].

Le plafonnement de la créance de participation

Le mécanisme du plafonnement se superpose très simplement aux modalités habituelles de liquidation de la participation aux acquêts. Il conduit à limiter l'exigibilité de la créance de participation à hauteur de la valeur d'**une fraction des acquêts non professionnels de l'époux qui s'en trouve le débiteur,** de telle sorte que son paiement puisse toujours être effectué au moyen de la liquidation d'une partie du "patrimoine" privé de celui-ci.

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

→

Etude

→

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

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

Si les acquêts de la femme ne s'étaient élevés qu'à 10, la créance de participation aurait été exigible, non pas pour son montant théorique de (75 - 10) : 2 = 32,5, mais seulement à hauteur du plafond conventionnel, soit 12,5.

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

En ce qu'elle évite d'asseoir une créance sur la fraction la moins liquide du patrimoine, cette formule répond parfaitement à l'objectif de protection de l'activité professionnelle. Il importe cependant de remarquer que le plafonnement de la créance de participation conduit à déterminer le montant exigible de cette créance en excluant les biens professionnels. Or cette exclusion, même limitée, recèle d'importantes difficultés.

Trois d'entre elles doivent être plus particulièrement soulignées.

● Le rédacteur d'une clause incluant une modalité d'exclusion doit faire face à des contraintes difficilement conciliables. D'un point de vue, il conviendrait qu'il détermine avec précision la liste des biens à exclure de l'assiette de la créance de participation, afin de limiter tant les guerres de liquidation que les manoeuvres de l'époux entrepreneur au cours du régime.

Mais il faudrait, en même temps, pour éviter de défavoriser sans propos l'un des époux, qu'il prévoie que la faculté d'exclure des biens professionnels pourra être mise en jeu par chaque époux. Or la prise en compte effective des droits de chaque conjoint supposera, le plus souvent, un élargissement considérable de la définition des biens à exclure de la créance de participation. Quel intérêt retirerait en effet un ingénieur de la bilatéralisation d'une clause d'exclusion d'un cabinet vétérinaire, initialement conçue pour satisfaire son conjoint ?

La pratique sera donc vraisemblablement amenée, au détriment de la sécurité juridique, à adopter une clause rédigée en termes très généraux.

● L'exclusion du patrimoine professionnel confère à l'époux qui en est le détenteur une certaine marge d'influence sur le montant de la participation qu'il pourrait devoir à son conjoint[5].

Pour atténuer cette objection, on n'a pas manqué de faire valoir qu'une fraude du conjoint entrepreneur pourrait être sanctionnée. Mais il importe de comprendre que la fraude n'est pas seule en cause et qu'une simple attitude de gestion patrimoniale avisée peut avoir des conséquences importantes, au point de rendre illusoire la participation du conjoint[5].

● Enfin, il faut garder à l'esprit que la notion d'exclusion du patrimoine professionnel, même utilisée dans le cadre d'une clause de plafonnement de la participation, demeure insatisfaisante en ce qu'elle privilégie l'activité indépendante face à l'activité salariée. Statistiquement, l'époux salarié demeure en situation d'infériorité lorsque ses droit sont fonction d'une participation plafonnée : si les affaires de son conjoint s'avèrent fructueuses, le plus gros de la participation lui échappe ; si par contre elles deviennent désastreuses, le voilà débiteur d'une participation intégrale.

La minoration du taux de la participation aux acquêts

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

Exemple : les acquêts de la femme se montent à 50 et ceux de son mari à 80 :

— en participation aux acquêts ordinaire, la dette du mari à l'égard de son épouse serait de (80 - 50) x 1/2 = 15 ;

— en minorant le taux de participation de 1/2 à 1/4, la dette du mari à l'égard de son épouse se trouve limitée à (80 - 50) x 1/4 = 7,5.

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

Validité

Très proche du régime organisé par le Code civil, la participation à taux minoré ne pose guère de difficulté d'application.

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

● D'autre part, cette stipulation échappe d'emblée à la qualification d'avantage matrimonial vulnérable, issue des articles 267 s. et 1527 du Code civil, aucun des époux ne pouvant espérer détenir, au terme de la liquidation, un capital supérieur à la fois à celui qu'il aurait conservé sous le régime de la séparation de biens et à celui qu'il aurait reçu sous le régime de la participation aux acquêts type[7].

→

→

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

— sous le régime de la séparation de biens, la femme conserve 50 ;

— en participation aux acquêts ordinaire, la dette du mari à l'égard de son épouse se monte à (80 - 50) x 1/2 = 15 ; les droits de la femme sont donc désormais de 50 + 15 = 65.

— sous un régime de participation limitée au 1/4 du surplus d'acquêts, la dette du mari à l'égard de son épouse se trouve limitée à (80 - 50) x 1/4 = 7,5. Les droits de la femme s'élèvent alors à 57,5. Le mari conserve certes plus de biens que sous la participation aux acquêts type ; mais il ne s'agit pas là, selon nous, d'un avantage matrimonial annulable puisque cet époux ne s'enrichit pas de façon effective (la séparation de biens lui aurait été plus favorable).

● Praticabilité

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

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

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

Ces difficultés ne seront toutefois pas, sous ce régime, plus importantes que celles pouvant résulter d'une séparation de biens. En outre, il semble possible de préciser dans le contrat de mariage que la créance de participation ne pourra pas être cumulée avec le bénéfice d'une action en enrichissement sans cause portant sur les acquêts.

● Opportunité

En guise de conclusion, vérifions, au moyen d'exemples chiffrés, l'aptitude de la clause minorant le taux de participation à donner satisfaction au conjoint professionnel, c'est-à-dire à résoudre la difficulté issue de l'inclusion dans l'assiette de la créance de participation, des biens non liquides attachés à l'activité professionnelle.

Exemple 1 :

Les acquêts de Mme sont nuls, ceux de M. de 80 dont 40 à titre professionnel.

En participation aux acquêts-type, M. conserve : 80 - [(80 - 0)] : 2 = 40.

Si l'on exclut les acquêts professionnels, M. conserve : 80 - [(80 - 40) - 0] : 2 = 60.

En participation au taux de 1/4, M. conserve : 80 - [(80 - 0) : 4]= 60.

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

Exemple 2 :

Les acquêts de Mme (salariée) sont de 120, ceux de M. de 80 dont 40 à titre professionnel.

En participation aux acquêts ordinaire, M. obtient : 80 + [(120 - 80) : 2]= 100.

En participation au taux de 1/4, M. n'obtient que : 80 + [(120 - 80) : 4]= 90 et la créance due par l'épouse salariée est ramenée de 20 à 10.

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

Il est clair qu'une certaine rigidité résulte de la fixation, dès avant le mariage et par approximation, d'un taux fixe de participation.

Mais cet inconvénient doit être apprécié compte tenu des difficultés qu'il permet d'éviter - tant au regard d'une participation aux acquêts régie par les seules dispositions du Code civil, qu'au regard des clauses d'exclusion[8]. Au surplus, de la même façon qu'un régime prévoyant une participation par moitié, un régime de participation à taux minoré peut être tempéré, pour le cas de dissolution par décès, au moyen de clauses visant à l'agumentation des droits du conjoint survivant, voire à une participation intégrale. Pour les époux qui auront su parvenir au terme viager de leur parcours conjugal, la minoration du taux de la participation perdra ainsi toute incidence.

1. Notaire.

2. J.F. Pillebout, une nouvelle formule de contrat de mariage : participation aux acquêts avec exclusion des biens professionnels, JCP 1987, édi. N, I, p. 93 - Adde, JCP 1993, éd. N, I, p. 141.

3. N. Duchange, quelques précisions sur l'évaluation des avantages matrimoniaux à propos d'une formule de participation aux acquêts, Rép. Defrénois 1993, art. 35618, n. 9.

4. N. Duchange, la minoration du taux de la participation aux acquêts, Rép. Defrénois 1993, art 35670.

5. Si l'exclusion du patrimoine professionnel présente l'avantage de n'être qu'une modalité liquidative, il n'en demeure pas moins que les époux seront tentés d'établir in petto une courbe des participations latentes.

6. Cf. Pillebout, la participation aux acquêts, Litec 1988, n. 267 à 295.

7. N. Duchange, La Gazette des 25-26 octobre 1993, p. 4.

8. Il reste que la minoration du taux de la participation conviendra sans doute mieux à un époux ayant une activité libérale qu'à un industriel, l'ampleur du développement à venir d'une entreprise commerciale étant notoirement plus difficile à apprécier.