

L'incidence des présomptions d'acquêts sur la mesure des avantages matrimoniaux

par Nicolas Duchange
notaire à Roubaix

Sous un régime de communauté, la présomption d'acquêt est prolongée par une présomption de communauté et par la gestion communautaire. Un soupçon d'avantage matrimonial retranchable naît donc légitimement sitôt qu'un époux reçoit plus de la moitié des biens communs. Sous un régime de participation aux acquêts, la présomption d'acquêt ne masque pas quel est le producteur des acquêts. Un faible taux de participation aux acquêts ne sera donc jamais constitutif d'un avantage matrimonial retranchable ou révocable pour l'époux débiteur de la participation.

1. La mesure d'un avantage matrimonial nécessite que l'on tienne compte du sens du flux patrimonial auquel il correspond. Lorsqu'un époux fait un apport à communauté, c'est son conjoint qui bénéficie d'un avantage matrimonial. Lorsque cet époux exerce un préciput, c'est lui qui, à son tour, bénéficie d'un avantage de sens contraire. Si une action en retranchement était exercée, il conviendrait de compenser entre eux ces avantages pour calculer l'assiette qui devrait être fictivement réunie à la masse de calcul de la quotité disponible.

Ce mécanisme liquidatif suppose que chaque avantage puisse être quantifié et que son sens puisse être déterminé. Sous la communauté, seuls sont pris en considération les apports, les reprises, les récompenses, la masse totale des acquêts et l'incidence des clauses de partage inégal. Sous le régime de la participation aux acquêts est en outre mesurée la production d'acquêts de chaque époux. Cette mesure complémentaire ne peut être sans incidence sur le traitement des avantages matrimoniaux. Pour s'en convaincre, il convient d'en revenir à l'article 1527 du Code civil, texte de base de toute réflexion portant sur les avantages matrimoniaux. Puis de s'intéresser aux dispositions permettant d'évaluer les acquêts.

2. L'article 1527 pose un principe, une exception de circonstance et une limitation à cette exception circonstancielle.

Son premier alinéa édicte 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. »

Par conséquent, au niveau de ce principe fondateur :

- Il n'y a pas de distinction entre les avantages stipulés, ni quant à leur importance (simples bénéfiques résultant des travaux et économies ou gains en capital), ni quant à leurs sources (apports inégaux, ressources inégales, préciputs, attributions inégales), ni quant à leur bénéficiaire (« l'un ou l'autre des époux ») ;
- Le but poursuivi est clairement indiqué : écarter le jeu de l'action en réduction des libéralités qui résulterait de l'attribution de la qualification de libéralité à ces multiples avantages.

Le deuxième alinéa pose une exception circonstancielle - « au cas où il y aurait des enfants qui ne seraient pas issus des deux époux » - qui, en rendant « sans effet » [...] « toute convention qui aurait pour conséquence de donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1094-1 », confirme cette construction de la notion d'avantage matrimoniaux au regard de l'action en réduction des libéralités.

Mais ce deuxième alinéa introduit ensuite une *limitation* à ce retour dans le champ d'application du mécanisme de la réduction : « les simples bénéfiques 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 préjudice¹ des enfants d'un autre lit ».

Il importe de noter que l'insertion de la notion de simples bénéfiques comme formant l'assiette d'une exception ne peut tendre qu'à *limiter* l'action en réduction et non pas à l'accroître ou à en inverser le bénéficiaire.²

3. La doctrine hésite cependant en présence de clauses qui laisseraient plus de la moitié des simples bénéfiques du ménage à l'époux qui serait à l'origine de l'essentiel de ces bénéfiques. En l'absence d'apports pouvant se compenser avec une attribution finale avantageuse, cet époux peut-il recevoir plus de la moitié des simples bénéfiques tout en échappant au contrôle de l'action en retranchement des avantages matrimoniaux ?

4. L'article 1527 du Code civil ne permet pas d'apporter une réponse générale à cette question³, même s'il peut en être tiré l'indication essentielle selon laquelle l'action en retranchement des avantages matrimoniaux, en tant que simple avatar de l'action en réduction, ne doit pas avoir pour effet de sanctionner l'époux avantagé plus que ne l'aurait permis l'action en réduction elle-même en présence d'un transfert de même importance recevant la qualification de libéralité⁴. En effet, les mécanismes organisant et répartissant l'enrichissement des époux ne sont pas du ressort de ce texte.

Pour trouver les éléments de la réponse, il est donc nécessaire d'observer le fonctionnement de chaque régime matrimonial support, mais il suffit de prendre garde au fait que la notion d'avantage matrimonial dépasse le cadre des régimes de communauté⁵ et s'applique à des régimes dans lesquels la présomption d'acquêts n'est pas une présomption de communauté et où les acquêts ne sont pas des biens communs.

1° La présomption d'acquêts sous un régime de communauté

5. Sous le régime de la communauté d'acquêts, la présomption d'acquêts se fonde dans une présomption de communauté, le premier alinéa de l'article 1402 du Code civil réputant « acquêt de communauté » tout bien meuble et immeuble. Ce qui fait que les termes « présomption d'acquêts » et « présomption de communauté » sont couramment employés indifféremment⁶.

Parce qu'elle se double d'une présomption de communauté, la présomption d'acquêt est ici une règle de preuve qui débouche sur une règle de fond : les acquêts sont des biens communs. Ce mécanisme complète naturellement la fusion patrimoniale opérée par la communauté : sous ce régime, le financement d'un acquêt relève de la communauté sans qu'il y ait à

¹ Les « simples bénéfiques » sont une exception à l'action en retranchement et non à la notion d'avantage matrimonial. Cf. Q. Guiguet-Schiélé, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux, essai sur une fiction disqualificative*, Dalloz Nouvelle Bibliothèque de Thèses, volume 146, 2015, §542, note 2.

² J. - Cl. Notarial formulaire, V° Participation aux acquêts, fasc. 32, n° 12. N. Duchange, *Un inconvénient patrimonial n'est pas un avantage matrimonial*, Defrénois 2010, art. 39117.

³ J.-F. Pillebout, *Les biens professionnels sous le régime de la participation aux acquêts*, in *Mélanges en l'honneur du professeur G. Champenois*, Defrénois Lextenso éditions 2012, n° 14 : « Il faut préciser en quoi consiste l'avantage matrimonial et pour ce faire aller au-delà du texte de l'article 1527 du Code civil qui est muet sur ce point. »

⁴ Q. Guiguet-Schiélé, *op. cit.*, § 530.

⁵ C. Brenner, *Avantage matrimonial et participation aux acquêts : le sort de la clause d'exclusion des biens professionnels dans le divorce*, in *Mélanges Hovasse*, LexisNexis 2016, n° 5.

⁶ Cf. F. Terré et Ph. Simler, *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz 5^{ème} éd. 2008, où la rubrique « présomption de communauté » de la table des matières renvoie principalement au n° 302, placé sous le titre « Incidence de la présomption d'acquêts ».

mesurer, sauf emploi, la contribution respective des époux – contrairement à ce qui passerait pour un achat en indivision.

Cette double présomption d'acquêts et de communauté manifeste un pacte de collaboration dont l'intimité rend improbable la recherche de la source des simples bénéfiques. Ainsi que le souligne le doyen Beignier : « L'enrichissement qu'un époux tire de la vie commune est tout simplement lié au mécanisme de la communauté qui découle lui-même de l'exigence de vie commune qui est de l'essence du mariage. »⁷

Sous un régime de communauté, l'attribution à un époux d'une part des simples bénéfiques supérieure à la moitié de ceux-ci tend donc à manifester l'existence d'un avantage matrimonial retranchable, à hauteur de ce qui dépasse cette moitié.⁸

2° La présomption d'acquêts sous un régime de participation aux acquêts

6. Sous le régime de la participation aux acquêts, la présomption d'acquêts reste étrangère à toute présomption de communauté. D'une part, il ne s'agit que d'une présomption limitée, le troisième alinéa de l'article 1570 du Code civil, en procédant par renvoi aux moyens de preuve de l'article 1402, n'ayant pour objet que de distinguer, époux par époux, les biens originaires des autres biens du patrimoine final de chaque époux. D'autre part, un bien dont le titre ne pourrait être retrouvé ferait le jeu d'une présomption d'*indivision* (dont les termes pourraient avoir été détaillés par le contrat de mariage) et non pas d'une présomption de communauté⁹, le premier alinéa de l'article 1569 posant que « pendant la durée du mariage, ce régime fonctionne comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens. »

A partir de là, même lorsque les époux auront collaboré au cours de leur union, aucun ne pourra faire valoir par présomption avoir contribué à la création du patrimoine final de l'autre. Demeuré une séparation des biens jusqu'à l'ouverture de la liquidation, le régime permet de mesurer l'apport de chacun à la production des acquêts du ménage et donc des simples bénéfiques. Et il procède à cette mesure en complète transparence patrimoniale, la liquidation prenant en compte la totalité des patrimoines des époux¹⁰ - leurs patrimoines finaux – alors que sous les régimes avec communauté, les mécanismes liquidatifs ne font intervenir que le patrimoine commun, les biens propres n'étant concernés qu'au titre de leurs frontières d'avec la communauté.

7. Sous la participation aux acquêts il devient ainsi techniquement possible – et en droit nécessaire – de considérer :

- Que l'époux qui versera la participation minorée ne bénéficiera pas d'un avantage matrimonial parce qu'il s'appauvrira en payant une somme qu'il aura, de par la liquidation même du régime, établi avoir gagnée ;
- Que l'époux qui recevra cette participation minorée bénéficiera d'un avantage matrimonial (parce que le fait pour lui de recevoir un versement est bien un avantage retiré de son régime matrimonial, avantage dont il n'aurait pu bénéficier à défaut de mise en œuvre de son contrat par le mariage), avantage qui cependant ne sera pas retranchable car resté inférieur à la moitié des simples bénéfiques du ménage. Et que, de ce fait même, cet avantage ne sera pas révocable dans le cadre d'un divorce¹¹ - d'où une parfaite stabilité de ce type de disposition.

⁷ B. Beignier, Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? : Mél. A la mémoire du professeur Bruno Oppetit, Litec, 2010, p. 36.

⁸ N. Duchange, J. Class. Ing. du Pat., Fasc. 560, *Avantages matrimoniaux : approche pratique*, cas n° 2.

⁹ J.-F. Pillebout, *La participation aux acquêts*, Lexis-Nexis Pratique notariale, 3^{ème} éd. 2014, n° 34.

¹⁰ B. Beignier, art. cit. p. 38 : « Là, plus qu'ailleurs, la participation à l'enrichissement de l'autre est visible. »

¹¹ Cf. B. Vareille, La loi du 23 juin 2006 et les avantages matrimoniaux, JCP N 2007, 1200 : « Il n'est pas dit que n'importe quelle clause prenant effet à la dissolution représente un avantage matrimonial. »

Ni retranchable, ni révocable, une clause minorant ou plafonnant une créance de participation est ainsi un outil notarial d'une grande stabilité.

8. Pour contester ces conclusions, on a fait valoir¹², à propos de la clause d'exclusion des biens professionnels, « qu'en écartant les règles du fonctionnement normal de la participation aux acquêts qui ne doivent recevoir application qu'en cas de dissolution du mariage par décès, elle crée bel et bien un avantage matrimonial dans le divorce au profit de l'époux qui en retire un bénéfice. Prétendre le contraire, au motif que l'avantage matrimonial n'existerait sous la participation aux acquêts que par comparaison avec les résultats de la liquidation d'un régime de séparation de biens [...] revient à nier ce qui est l'essence même de l'avantage matrimonial : un bénéfice résultant des stipulations d'une 'communauté' (en nature ou en valeur) conventionnelle. »

On croit comprendre l'argument : la collaboration des deux époux, à l'origine des acquêts qui fondent la notion d'avantage matrimonial, débouche sur une masse ayant vocation à être répartie entre eux par moitié. Par suite, celui qui, par le jeu de mécanismes matrimoniaux, reçoit plus de la moitié de cette masse se trouverait nécessairement bénéficiaire d'un avantage matrimonial retranchable et révocable.

9. Mais ce point de vue nous semble atterrir sur quatre points essentiels.

En premier lieu son **postulat est fragile**. L'essence même de l'avantage matrimonial, dans un contexte juridique qui admet l'extension de la notion d'avantage matrimonial à un régime fonctionnant pendant tout son cours comme un régime de séparation des biens, n'est pas de résulter d'une « communauté » mais « d'un mariage contracté avec une intention participative. [...] L'avantage matrimonial peut alors se définir comme tout bénéfice issu d'une intention participative dans le mariage et procuré à un époux par le fonctionnement de son régime matrimonial. »¹³ La comparaison avec les résultats de la liquidation d'un régime de séparation de biens n'est donc pas la négation de la notion d'avantage matrimonial mais une simple modalité de sa mesure.¹⁴

En deuxième lieu cette position **conduit à nier la nécessaire spécificité de chaque régime**. Sous les régimes de communauté, il existe des éléments de traçabilité des avantages matrimoniaux : lorsqu'un époux a effectué un apport à la communauté, il est tenu compte de cet apport pour le compenser avec l'avantage liquidatif dont aura pu bénéficier l'époux apporteur ou pour renforcer l'action en retranchement contre le conjoint attributaire de l'essentiel de la communauté. Sous les régimes de participation aux acquêts, cette traçabilité dépasse les apports pour s'étendre à la production des acquêts.

Il est aisé d'observer que la comparaison avec le régime de la séparation des biens est simple à faire sous un régime ayant fonctionné comme un régime de séparation de biens. Et qu'elle est improbable sous un régime de communauté du seul fait de la confusion tant des sources ayant

¹² C. Brenner, *art. cit.*, n° 7.

¹³ E. Rousseau, *De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial*, in Mélanges en l'honneur du professeur G. Champenois, Defrénois Lextenso éditions 2012, p. 730. Au demeurant le professeur Brenner, *art. cit.* n° 5, concède, pour justifier l'admission du jeu des avantages matrimoniaux au régime de la participation aux acquêts que « la définition que l'article 1527 du Code civil donne de l'avantage matrimonial est datée » et que « la théorie des avantages matrimoniaux n'est pas attachée par nature aux régimes de communauté, mais à l'existence d'une association conjugale sur le terrain patrimonial. »

¹⁴ Ce que conforte la définition objective proposée par Q. Guiguet-Schiélé, *op. cit.*, § 415 : « L'étalon proposé est donc *la situation des époux sans régime matrimonial autre qu'impératif*, ce qui revient à appliquer la séparation de biens, déduction faite de toute règle exorbitante de droit commun. L'avantage matrimonial peut se définir comme *le bénéfice obtenu pour un époux de l'application des dispositions non-impératives du régime matrimonial, dont il n'aurait pas pu jouir sans celui-ci.* »

irrigué la communauté que des plus-values ayant prospéré en son sein. Mais le flou inhérent au régime de communauté ne doit pas conduire à écarter ce qui est une évidence sous le régime de la participation aux acquêts. Il convient au contraire de prendre acte de la spécificité de chaque régime matrimonial : on ne peut à la fois regretter que plane sur le régime de la participation aux acquêts « une incertitude qui nuit à son développement »¹⁵ et refuser de décliner les principes simples qui construisent sa cohérence.

En troisième lieu ce débat ne fait que souligner une **mauvaise perception des « règles du fonctionnement normal de la participation aux acquêts »**. Le mécanisme fondateur de ce régime consiste en une comparaison des acquêts respectifs des époux. Lorsqu'un époux a plus d'acquêts que son conjoint, il devient débiteur d'une dette de participation, calculée en fonction de ce surplus d'acquêts. C'est cette dette qui procure à son conjoint un avantage matrimonial. Cet avantage sera faible (pour l'époux *créancier*) lorsque le taux de participation appliqué au surplus d'acquêts sera faible ; il sera fort lorsque le taux convenu sera fort ; il dépassera les « simples bénéfiques » lorsque ce taux deviendra supérieur à la moitié, moitié certes prévue par le régime type de la participation aux acquêts mais surtout taux correspondant à une égale répartition entre les époux de la valeur de leurs acquêts cumulés.

Le terme de « minoration » de la créance de participation n'est qu'une commodité de langage pour signifier que le taux de participation est moindre que le taux du régime type. Le comprendre comme produisant un avantage pour le *débiteur* de la participation reviendrait à saucissonner artificiellement le mécanisme de la participation, d'abord paiement d'une participation au taux de moitié puis « avantage » consistant dans une sorte de remboursement partiel de cette participation. Or on ne peut détacher la minoration de la participation : la minoration n'est qu'une pondération.

Au demeurant, le principe de liberté des conventions matrimoniales, en autorisant les stipulations intermédiaires, impose l'absence de rupture de continuité entre les régimes prévus par le Code civil. Entre un régime de séparation de biens et une participation aux acquêts appliquant un très faible taux au surplus d'acquêts, il y a peu de différence économique et il ne peut donc y avoir surgissement d'un fort avantage matrimonial pour celui qui paye cette faible participation. Est artificiel, et en pratique attentatoire à la liberté de conventions matrimoniales, le postulat selon lequel il conviendrait de se référer au régime type de la participation aux acquêts – référence parfois pertinente pour déterminer le volume maximal des « simples bénéfiques », jamais pour définir une sorte de participation minimale.¹⁶

En dernier lieu, **les conséquences** d'un attachement excessif à la notion de communauté ne sont pas satisfaisantes. La notion d'avantage matrimonial a été bâtie pour tempérer l'action en réduction des libéralités. Or, décider qu'une clause minorant une dette de participation est un avantage matrimonial pour celui qui doit *payer*¹⁷ cette dette (au motif que cette minoration permet à l'époux débiteur de conserver plus de la moitié des acquêts cumulés des époux) revient à accepter que l'action en retranchement des avantages matrimoniaux puisse avoir un effet supérieur à celui qu'aurait eu l'action en réduction d'une libéralité ayant les mêmes conséquences économiques. Une fois encore, un descendant ne saurait être titulaire d'une

¹⁵ C. Brenner, *art. cit.*, n° 3.

¹⁶ Les époux n'ont que des acquêts, Monsieur 300, Madame 200. Le surplus d'acquêts de Monsieur est de 100. En séparation de biens, pas d'avantage matrimonial. Si le taux de participation est fixé à 1%, Monsieur devra 1 à Madame. En quoi cet ajustement mineur par rapport au régime de la séparation stricte pourrait-il constituer pour lui un avantage matrimonial de 49 (50, montant de la participation du régime type, moins 1, montant de ce qu'il paye sous son régime) ? Au contraire, c'est Madame qui bénéficie d'un avantage de 1, non vulnérable car inférieur au montant de simples bénéfiques qui aurait résulté du régime type (50).

¹⁷ Sur l'importance de porter attention au sens des flux pour distinguer avantage matrimonial et « inconvénient matrimonial », I. Dauriac, *Choisir la société d'acquêts pour l'avantage matrimonial*, Defrénois 2012, art. 111f1, § 13.

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 (ici une créance de participation) que ce régime ne lui accorde que de façon imparfaite (une créance de participation plafonnée ou minorée). Certes, un argument tiré des conséquences d'une solution n'est pas toujours décisif en droit ; mais il s'agit ici du fondement même du mécanisme.¹⁸

10. Concernant la clause d'exclusion des biens professionnels, on ajoutera pour finir deux considérations pratiques.

Dans un contrat bien construit, il est recommandé de ne pas présenter ce type de clause comme une exception ne trouvant à s'appliquer qu'en cas de divorce, mais au contraire comme la convention socle du régime, déterminante du choix des époux.¹⁹ Ce sont alors les clauses tendant à la protection du conjoint survivant qui apparaissent comme dérogatoires.

La clause de *plafonnement* de la créance de participation en fonction d'une partie des biens non professionnels de l'époux débiteur²⁰ n'est pas une simple « variante » de la clause d'*exclusion* des biens professionnels. Si ses effets peuvent parfois être identiques, elle procède d'un mécanisme très différent (la créance à plafonner restant calculée en tenant compte des biens professionnels) et écarte le risque imprévisible d'un renversement des flux entre époux, le plafonnement ne faisant que minorer la créance due par l'époux professionnel.²¹

---oooOOOooo---

¹⁸ B. Beignier, art. cit., p. 40 : « L'action en retranchement, extension logique d'un mécanisme protecteur de la réserve ». Même données que supra, note 16. En séparation de biens, Monsieur conserve 300 sans contestation. S'il devait payer à Madame une participation de 1, et donc ne conserver que 299, soutenir que les héritiers de Madame pourraient exiger que la masse de calcul de la quotité disponible de cette succession comprenne une somme complémentaire de 49, correspondant à un avantage matrimonial dont Monsieur aurait bénéficié, serait un contresens flagrant : si Monsieur avait légué 1 à Madame, jamais les héritiers de cette dernière n'auraient pu exiger une sorte de complément de legs au titre de leurs droits réservataires...

¹⁹ Il sera bon de préciser dans le contrat qu'« En cas de divorce, cette stipulation demeurera irrévocable, même si elle emportait un avantage matrimonial pour l'un ou l'autre des époux. Par application des dispositions du deuxième alinéa de l'article 265 du Code civil, et dans le cas seulement où ce texte ou un texte de même portée serait alors en vigueur, la présente stipulation devra être constatée dans la convention signée par les époux et contresignée par les avocats, ou par le juge au moment du prononcé du divorce. ». Pour une argumentation en faveur de ce type de disposition, C. Brenner, *art. cit.*, n° 15.

²⁰ Recommandée à la pratique depuis... 1995. J.-F. Pillebout et N. Duchange, *La clause d'exclusion des biens professionnels, un correctif nécessaire*, JCP N 1995.I.487.

²¹ Et le régime juridique de ces clauses pourra donc différer : si la clause de plafonnement ne générera jamais d'avantage matrimonial, la clause d'exclusion, en cas de renversement du sens de la participation, suscitera un avantage matrimonial retranchable et révocable.