

Avantages matrimoniaux : Vrais ou faux ? Apparents ou cachés ?

par Nicolas Duchange
notaire à Roubaix

Sous un régime de communauté, la présomption d'acquêt est prolongée par une présomption de communauté et le financement d'un bien commun relève de la communauté sans mesure de la contribution respective des époux, sauf emploi. Un soupçon d'avantage matrimonial retranchable naît donc légitimement sitôt qu'un époux reçoit plus de la moitié des biens communs. Cependant, lorsque la communauté est limitée, notamment par exclusion des biens professionnels, cette technique peut aboutir à celer d'importants avantages matrimoniaux. Sous un régime de participation aux acquêts, la présomption d'acquêt se borne à distinguer les biens originaires des acquêts d'un époux, sans masquer que le producteur des acquêts est l'époux qui en est propriétaire jusqu'au jour de la liquidation. Le plafonnement ou la minoration de la participation aux acquêts ne seront donc jamais constitutifs d'un avantage matrimonial retranchable ou révocable pour l'époux débiteur de la participation amoindrie. Ici, négliger le sens des flux pécuniaires entre époux reviendrait à créer de faux avantages matrimoniaux. Lorsque les époux entendent limiter la répartition des fruits de leurs activités en cours d'union, la technique de la participation aux acquêts mérite d'être préférée à celle de la société d'acquêts.

1. Autant le dire d'emblée, les circonstances favorisent plus que jamais le recours au régime de la séparation de biens. Les arguments traditionnels de la communauté (femme au foyer appelant une protection, exonération fiscale des seuls avantages matrimoniaux, stabilité des relations dans un cadre exclusivement français) se sont érodés. Et la communauté a conservé l'inconvénient majeur de placer les économies du ménage à la merci des créanciers personnels de chacun des époux.

Toutefois, si la Cour de cassation, en surpondérant les risques professionnels, a pu paraître aller jusqu'à oublier que la communauté d'acquêts reste l'expression la plus aboutie de la collaboration conjugale¹, elle a également développé une jurisprudence clairement extensive de la notion de charges du mariage qui brouille la grille de lecture des régimes matrimoniaux en altérant les mécanismes de la séparation des biens.²

Dans ce contexte agité, le régime de la participation aux acquêts devrait trouver un regain d'intérêt, puisqu'il écarte les risques d'un patrimoine commun tout en continuant d'offrir un engagement contractuel de répartition de l'enrichissement acquis en cours d'union. Cependant, plus de 50 ans après son apparition en France, la pertinence et l'efficacité de ses

¹ Civ. 1re, 3 oct. 2018, F-P+B, n° 16-19.619, en texte intégral sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000037495395>, rejetant un pouvoir contre un arrêt ayant condamné un notaire pour n'avoir pas déconseillé un contrat de communauté au motif que « le seul régime matrimonial qui conv[enait aux époux] était celui de la séparation de biens dans la mesure où l'un d'eux était salarié alors que l'autre exerçait une profession libérale et s'était endetté afin de s'installer », sans caractériser les risques particuliers auxquels serait confrontée l'épouse. Va-t-il bientôt falloir déconseiller par écrit le mariage au profit du pacs au vu du risque de la prestation compensatoire ?

² Cf. A. Karm, *Les mutations des créances entre époux*, in Mélanges en l'honneur du professeur G. Champenois, Defrénois Lextenso éditions 2012, p. 453.

mécanismes restent méconnus tant ce régime est vu et enseigné au travers du prisme déformant de la communauté légale.³

Les hésitations de la doctrine autour de la notion d'avantage matrimonial en offrent une malheureuse illustration, ce qui est pourtant faire à ce régime une double injustice :

- D'une part, il est souvent moins sensible aux actions en retranchement et en révocation, parce qu'il permet une mesure précise des flux patrimoniaux ;
- D'autre part, des régimes concurrents, souvent présentés comme des sociétés d'acquêts, en paraissant à même de conforter des déséquilibres issus de l'occultation de certains avantages matrimoniaux⁴, pourraient bien devenir source de responsabilité notariale.

I – Une mesure précise des flux écarte de faux avantages matrimoniaux

2. Le texte de base de toute réflexion portant sur les avantages matrimoniaux est l'article 1527 du Code civil. Il 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 donation 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 préjudice⁵ 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.⁶

³ Cf. T. Le Bars, *Pour une conception autonomiste du régime de la participation aux acquêts*, Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, Dalloz, 2009, p. 497 : « La participation aux acquêts acquière toute sa cohérence [...] dès lors que l'on est libéré des raisonnements communautaristes. »

⁴ Cf. I. Daurillac, *Choisir la société d'acquêts pour l'avantage matrimonial* : Defrénois 2012, 111f1, p. 1271.

⁵ 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.

⁶ 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. Concrètement, chacun a en tête l'hypothèse, classique aux siècles passés, d'un homme veuf ayant des enfants d'une première union et ayant épousé une femme plus jeune qui aura consacré son temps à la tenue du ménage et à l'éducation des enfants. Au décès du mari, la moitié des acquêts, « simples bénéfiques », pourra revenir à la veuve quelles que soient les circonstances de fait (telle une domesticité payée par les revenus du mari et ayant assisté la femme dans ses tâches ménagères) et de droit (la possibilité d'engager une action en retranchement).

Sous un régime de séparation de biens, la veuve n'aurait eu aucun patrimoine et sa protection n'aurait pu résulter que des libéralités de son mari. Sous le régime de la communauté, la moitié des acquêts communs pourra lui appartenir sans contestation possible ; et ne tomberont dans la masse de calcul de la quotité disponible que les biens laissés par son mari au titre d'un avantage matrimonial complémentaire ou d'une libéralité.

4. 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. Peut-il faire valoir les circonstances de l'enrichissement du ménage pour soutenir qu'il ne bénéficie d'aucun avantage matrimonial ? Autrement dit, en l'absence d'apports pouvant se compenser avec une attribution finale avantageuse, un époux peut-il recevoir plus de la moitié des simples bénéfiques tout en échappant au contrôle de l'action en retranchement des avantages matrimoniaux ?

5. L'article 1527 du Code civil ne permet pas d'apporter une réponse générale à cette question⁷, 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 libéralité⁸. En effet, les mécanismes organisant et répartissant l'enrichissement des époux ne sont pas du ressort de ce texte – qui ne fait que prévoir la possibilité d'une sanction au cas où les flux résultant des mécanismes répartiteurs dépasseraient le niveau des « simples bénéfiques ».

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 communauté et s'applique à des régimes dans lesquels la présomption d'acquêts n'est pas une présomption de communauté⁹ et où les acquêts ne sont pas des biens communs.

A) La présomption d'acquêts sous un régime de communauté

6. 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

⁷ J.-F. Pillebout, *Les biens professionnels sous le régime de la participation aux acquêts*, in *Mélanges en l'honneur du professeur G. Chapenois*, 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. »

⁸ Q. Guiguet-Schiélé, *op. cit.*, § 530 : « Le terme 'retranchement' peut être employé comme synonyme de la réduction. »

⁹ Pour une approbation de l'ouverture du régime de la participation aux acquêts aux avantages matrimoniaux, v. en dernier lieu 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.

« présomption d'acquêts » et « présomption de communauté » sont couramment employés indifféremment¹⁰.

En quelque sorte, 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 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 bénéfices. 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. »¹¹

Sous un régime de communauté, l'attribution à un époux d'une part des simples bénéfices 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.¹²

B) La présomption d'acquêts sous un régime de participation aux acquêts

7. 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 communauté¹³, 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 bénéfices. Et il procède à cette mesure en complète transparence patrimoniale, la liquidation

¹⁰ 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 ».

¹¹ B. Beignier, *Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ?* : Mél. A la mémoire du professeur Bruno Oppetit, Litec, 2010, p. 36.

¹² N. Duchange, *J. Class. Ing. du Pat.*, Fasc. 560, *Avantages matrimoniaux : approche pratique*, cas pratique n° 2 : « Le régime de communauté ne s'inquiète pas de l'origine des acquêts ; [...] en quelque sorte, en adoptant un régime de communauté Monsieur a renoncé à pouvoir prouver l'origine des acquêts. Il ne nous semble pas contradictoire d'admettre à la fois que Madame semble bénéficier d'un avantage en recevant une part de la communauté alors qu'elle n'avait ni revenu ni patrimoine, mais que les enfants de Monsieur auront de sérieuses difficultés à faire juger que la clause attribuant à ce dernier ¾ des acquêts n'avantage pas leur père : en dehors des mécanismes d'apports et de récompenses, le régime de la communauté n'organise pas de discussion sur l'origine des biens communs, la notion de collaboration entre époux (telle l'abandon par l'un de sa carrière pour suivre son conjoint) paraissant être consubstantiel au régime de communauté. Admettre le contraire reviendrait à romancer la liquidation des avantages matrimoniaux en y intégrant des considérations encore plus complexes et floues que celles relatives aux prestations compensatoires. »

¹³ J.-F. Pillebout, *La participation aux acquêts*, Lexis-Nexis Pratique notariale, 3^{ème} éd. 2014, n° 34. Ce régime de l'indivision permet notamment le partage des biens indivis à tout moment.

prenant en compte la totalité des patrimoines des époux¹⁴ - 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. Sous la participation aux acquêts il devient ainsi techniquement possible – et en droit nécessaire – de considérer que seul celui qui reçoit une participation de son conjoint bénéficie d'un avantage matrimonial, cet avantage n'étant retranchable qu'à hauteur de la fraction qui excéderait les simples bénéficiaires.

8. Si l'on prend l'exemple d'une participation aux acquêts dont le seul ajustement contractuel aura consisté à minorer, de la moitié au quart, le taux de la participation au surplus d'acquêts, on se trouve conduit à décider :

- 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 bénéficiaires du ménage. Et que, de ce fait même, cet avantage ne sera pas révocable dans le cadre d'un divorce¹⁵ - d'où une parfaite stabilité de ce type de disposition.

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

9. Pour contester ces conclusions, on a fait valoir¹⁶, 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 époux, à l'origine des acquêts qui fondent la notion d'avantage matrimonial (notion à défaut de laquelle les époux ne pourraient se protéger l'un l'autre que par le biais de libéralités), 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 favorisé par rapport à son conjoint et donc bénéficiaire d'un avantage matrimonial retranchable et révocable à hauteur de la fraction dépassant la moitié des simples bénéficiaires.

10. Mais ce point de vue nous semble achopper sur trois 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

¹⁴ B. Beignier, art. cit. p. 38 : « Là, plus qu'ailleurs, la participation à l'enrichissement de l'autre est visible. »

¹⁵ 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. » Pour des références sur cette question, v. N. Duchange, J. Class. Ing. du Pat., Fasc. 560, *Avantages matrimoniaux : approche pratique*, § 27 s. ; JCP N 2016, n° 1118.

¹⁶ C. Brenner, art. cit., n° 7.

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. »¹⁷ 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 seulement la reconnaissance du fait que les mécanismes de ce régime permettent de mesurer le bénéfice retiré par chaque époux de son fonctionnement.¹⁸

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.¹⁹ 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 plus délicate, voire improbable, sous un régime de communauté du seul fait de la confusion tant des sources ayant 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 »²⁰ et refuser de décliner les principes simples qui construisent sa cohérence.

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*²¹ 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

¹⁷ 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. »

¹⁸ 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.* »

¹⁹ Soit un époux apportant un immeuble à la communauté et des revenus qui, en cours d'union, se trouveront avoir juste suffi pour couvrir les dépenses du ménage. Lors de la liquidation, le seul bien commun sera le bien apporté. En cas d'attribution de la communauté à raison de $\frac{3}{4}$ pour l'apporteur et de $\frac{1}{4}$ pour le conjoint, on observera sans difficulté, parce que la preuve de l'apport immobilier aura été conservée et que le régime de communauté admet la traçabilité des apports (alors qu'il ne s'inquiète pas de la traçabilité des revenus, vu qu'ils ne sont pas le seul élément économique de la collaboration des époux), que l'époux apporteur ne bénéficie d'aucun avantage matrimonial, la valeur de son apport initial dépassant les $\frac{3}{4}$ de la valeur finale de la communauté ; et que le conjoint, attributaire de $\frac{1}{4}$ seulement, sera bénéficiaire d'un avantage matrimonial retranchable en totalité, la communauté ne comprenant aucun « simple bénéfice ».

²⁰ C. Brenner, *art. cit.*, n° 3.

²¹ 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.

conséquences économiques. Une fois encore, 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 (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, comme nous l'avons rappelé à la lecture de l'article 1527 du Code civil, il s'agit ici du fondement même du mécanisme, le retranchement étant issu d'une préoccupation successorale.²²

11. Concernant la clause d'exclusion des biens professionnels, on ajoutera 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.²³ Ce sont alors les clauses tendant à la protection du conjoint survivant, applicables en cas de dissolution par décès seulement, 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 débiteur²⁴ n'est pas une simple « variante » de la clause d'exclusion des biens professionnels. Si ses effets peuvent parfois être identiques (lorsque le conjoint professionnel demeure débiteur de la créance de participation, en dépit de l'exclusion de ses biens professionnels), 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 (alors que la clause d'exclusion peut malencontreusement conduire à rendre débiteur un conjoint dont les acquêts sont inférieurs au total des acquêts de l'époux dont les biens professionnels auront été exclus).²⁵

II – Une définition restrictive de la communauté peut susciter des avantages matrimoniaux cachés

12. Apporter ces précisions ne doit pas conduire à négliger l'alerte formulée par ceux qui se concentrent sur une répartition par moitié des simples bénéficiaires. Car dès que les outils de mesure mis en place par un régime ne permettent plus de rendre compte de l'ensemble des flux patrimoniaux des époux, méritent d'être examinées sous l'angle des avantages matrimoniaux non seulement toute clause dérogeant, lors de la liquidation, à un partage par moitié des acquêts, mais également toute clause modulant la définition des acquêts susceptibles de composer la communauté.

Cette observation trouve ses racines dans le débat théorique sur la notion d'avantage matrimonial et développe ses rameaux au niveau des embarras pratiques jalonnant la

²² B. Beignier, art. cit., p. 40 : « L'action en retranchement, extension logique d'un mécanisme protecteur de la réserve. »

²³ Etant bien entendu qu'il sera bon de préciser dans le contrat que « En cas de divorce, cette stipulation demeurera irrévocable, même si elle emporterait 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.

²⁴ 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.

²⁵ Et le régime juridique de ces clauses pourra donc différer : si la clause de plafonnement ne pourra pas générer d'avantage matrimonial, la clause d'exclusion, en cas de renversement du sens de la participation, suscitera un avantage matrimonial retranchable et révocable.

conception et la liquidation des communautés limitées, souvent dénommées sociétés d'acquêts²⁶. Elle conduit à envisager avec une bienveillance renouvelée la technique de la participation aux acquêts.

A) La création d'un avantage matrimonial par limitation du principe participatif

13. Même si l'on retient que l'avantage matrimonial résulte « d'un mariage contracté dans une intention participative », il convient de porter attention aux observations formulées par une thèse récente à propos de cette définition « subjective » proposée par Mme Rousseau²⁷. Son auteur a d'abord fait valoir²⁸ que « s'il est intéressant d'avoir ainsi défini l'origine de l'avantage, il semble moins pertinent d'exiger un critère subjectif reposant sur l'intention participative. [...] si on ne peut nier l'existence d'une intention, celle-ci n'est pas systématique. En outre, les difficultés conceptuelles rencontrées à propos de l'intention libérale invitent à la prudence dans l'utilisation des critères intentionnels, qui sont par nature incertains. » . Mais surtout il a souligné que si « Mme Rousseau explique aussi que ne constitue pas un avantage matrimonial ce qui est exclu de la communauté », « L'avantage global est le résultat de tous les avantages particuliers, que ceux-ci aient pour objet de renforcer l'idée participative ou au contraire de la limiter²⁹. »

14. Dans une large mesure, ces deux positions « subjective » et « objective » nous semblent pouvoir être conciliées. C'est bien l'intention participative qui distingue une séparation de biens d'une communauté ou d'une participation aux acquêts. À défaut d'une telle intention initiale, un transfert patrimonial entre époux ne pourra relever que des catégories juridiques applicables entre personnes non mariées, notamment des libéralités. Mais il faut garder à l'esprit que l'intention participative, si elle est nécessaire, voire suffisante, pour constituer une masse dont la répartition pourra se faire par le jeu d'avantages matrimoniaux et non de libéralités, ne permet aucunement de savoir si ces avantages matrimoniaux seront ou non retranchables ou révocables. Car, pour être neutre sur le plan de la répartition des avantages matrimoniaux, l'intention participative doit être parfaitement bilatérale.

15. Sous le régime légal de la communauté d'acquêts et sous le régime type de la participation aux acquêts, chacun des époux s'engage, dans la mesure de ses possibilités, à faire prospérer la communauté ou les acquêts de participation. Un partage par moitié de la masse issue d'une telle intention participative relève donc des simples bénéficiaires puisque l'intention participative portait sur l'ensemble des simples bénéficiaires définis par l'article 1527 du Code civil.³⁰

Dès que cette masse aura été augmentée du fait de règles particulières, la répartition des acquêts pourra générer des avantages matrimoniaux retranchables. C'est ainsi que, sous l'ancien régime légal de communauté de meubles et acquêts, la confusion du mobilier pouvait être constitutive d'un avantage matrimonial retranchable.

Et lorsque cette masse aura été diminuée, la limitation de l'intention participative sera potentiellement source d'un avantage matrimonial, non pas en ce que cette limitation va disqualifier un avantage matrimonial en libéralité mais en ce que la répartition par moitié de ces avantages matrimoniaux issus d'une intention limitée ne sera plus authentiquement une répartition des simples bénéficiaires, l'un des époux ou les deux se trouvant avoir exclu de la masse une partie des simples bénéficiaires définis à l'article 1527 du Code civil.

²⁶ Cl. Brenner et B. Savouré, « La société d'acquêts », in I. Dauriac, C. Grare-Didier et S. Gaudemet (dir.), *Quelle association patrimoniale pour le couple ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 89. Ph. Simler, « Régime juridique de la société d'acquêts adjointe à une séparation de biens », *Defrénois* 2012, n° 24, 111f3, § 5.

²⁷ *Supra*, note 17.

²⁸ Q. Guiguet-Schiélé, *op. cit.* n° 446.

²⁹ C'est nous qui soulignons.

³⁰ Et l'article 1573 du Code civil veille à ce que l'ensemble des bénéficiaires soient inclus dans le patrimoine final.

De même qu'un apport à communauté, en augmentant la masse commune, pourra déboucher sur un avantage retranchable, une exclusion de communauté, en déséquilibrant l'effort collaboratif des époux, devrait pouvoir entraîner une autre mesure des avantages matrimoniaux et donc un ajustement du caractère retranchable ou non de ce que recevra chaque époux de la masse commune. Pour logique qu'elle soit, cette observation débouche sur d'importantes difficultés pratiques.

B) Les embarras pratiques résultant d'une limitation du principe participatif

16. Pour tenter de préciser cette question, il est bon d'étudier comparativement ces deux tempéraments de la séparation de biens que sont la société d'acquêts et la participation aux acquêts. Si la première technique, souvent utilisée pour minorer l'intention participative³¹, peine à mesurer l'avantage pouvant résulter de cette minoration, la seconde, sans doute parce qu'elle est centrée sur la notion même de participation, semble particulièrement bien adaptée pour répondre à une telle préoccupation.

1°) Les imprécisions résultant d'une société d'acquêts limitée

17. La société d'acquêts pose à la pratique d'importantes difficultés liquidatives mais également des difficultés rédactionnelles qui, toutes deux, sont révélatrices des incertitudes de cette organisation matrimoniale.

a) Les difficultés liquidatives de la société d'acquêts

18. Sous les régimes avec communauté, l'attention se concentre sur la communauté et ses contours, les patrimoines propres n'étant envisagés que sur leurs frontières d'avec la communauté, pour le calcul des récompenses. Ainsi, une société d'acquêts excluant les biens professionnels ne permettra pas de savoir quelle part de l'enrichissement de l'époux professionnel aura échappé au partage communautaire, tout simplement parce que les mécanismes liquidatifs ne feront pas intervenir cette donnée.

Il en résultera mécaniquement une insatisfaction au niveau du traitement des avantages matrimoniaux, ainsi que le montrera l'exemple suivant.

19. Exemple - Soit une société d'acquêts excluant les biens professionnels ; valant 100, elle est attribuée en totalité au mari, conjoint survivant. Madame n'avait aucun patrimoine personnel. Les biens professionnels de Monsieur valent 200, qui auraient été acquêts sous le régime légal. Se pose donc de façon embarrassante la question de l'appréciation des éventuels avantages matrimoniaux. A quoi peut-on comparer les résultats de ce régime pour mesurer ces avantages ?³²

> Si, compte tenu du fait que, d'un point de vue économique, tous les biens sont issus des revenus et économies des époux en cours d'union, l'on prend pour référence les simples bénéfiques 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 bénéfiques sont donc de 150. Monsieur devenant finalement propriétaire de tous les biens (300) de deux choses l'une :

³¹ Cl. Brenner et B. Savouré, art. cit. p. 89 : la société d'acquêts à objet limité est « l'application la plus actuelle de la société d'acquêts ».

³² Cette question suppose nécessairement que l'avantage matrimonial en cause soit un avantage patrimonial pour celui du chef de qui l'on s'interroge. N. Duchange, « Avantages matrimoniaux : approche pratique », J.-Cl. *Ingénierie du patrimoine*, fasc. 560, § 3.

- soit l'on considère que son régime ne lui accorde qu'un avantage matrimonial de 100 au titre de l'attribution de la maison, seul bien concerné par "l'intention participative" (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 bénéficiaires 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 acquis³³. 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 qui aboutit à priver les héritiers de la totalité des économies de leur auteur (l'astuce consistant ici à gonfler la masse de référence en y plaçant des biens qui sont écartés de la masse des biens attribués, car étant propres, lors de la comparaison entre biens attribués et simples bénéficiaires) ;

- soit l'on décide de ne comparer que ce qui est comparable et de ne pas écarter de la comparaison certains des biens compris dans la masse de référence. 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 d'entreprise). 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 50 correspondant à partie de l'entreprise que Monsieur n'a jamais reçue mais simplement conservée au titre de la séparation de biens) et l'on remet en cause la notion même de séparation de biens.

> Si l'on prend pour référence les simples bénéficiaires de la seule société d'acquêts, Monsieur conserve 200 et reçoit les biens communs valant 100 dont la moitié au titre de sa part de la société d'acquêts (simples bénéficiaires de son régime). Il profite donc d'un avantage matrimonial retranchable de 50. La solution semble équilibrée puisque les mécanismes liquidatifs ne peuvent concerner que la société d'acquêts³⁴. Mais elle reste insatisfaisante sur le plan économique puisque Monsieur reçoit, hors de portée de toute action en retranchement – c'est le point qui fâche, à la fois plus (300 de biens attribués – 50 de biens retranchables = 250) que ce qu'il aurait reçu (300 / 2 = 150) sous la communauté (qui, à défaut d'être ici le régime de référence, reste un étalon de la répartition par défaut des acquêts d'un couple) et possiblement plus que ce qu'il aurait reçu en séparation des biens (si la contribution de Madame au financement de la société d'acquêts a dépassé la moitié).

Certes, sous le régime légal, il pourra également se trouver qu'un époux ait seul contribué à la constitution du patrimoine commun. Mais il ne s'agira que du résultat de l'intention participative bilatérale et initiale, et son conjoint n'aura pas pu concomitamment se constituer à titre onéreux un patrimoine personnel échappant à tout partage.

20. Dans la mesure où il convient de respecter la nature principalement séparatiste d'une société d'acquêts limitée, sans doute sera-t-il sage de considérer que cette égalité imparfaite est inévitable sur le plan du traitement des avantages matrimoniaux, une fois la convention matrimoniale entrée en vigueur. Et que la limitation déséquilibrée de l'intention participative n'est pas attaquable alors même qu'elle contribue à cacher des avantages patrimoniaux qui mériteraient la qualification d'avantages matrimoniaux puisque résultant directement de la construction du régime matrimonial.

³³ C'est cependant la position défendue par I. Daurillac, *Choisir la société d'acquêts pour l'avantage matrimonial* : Defrénois 2012, 111f1, p. 1271.

³⁴ Et c'est la solution que nous avons proposée de retenir « faute de mieux » : D. de la famille, févr. 2016, étude 2, « Simples bénéficiaires : le régime de référence est celui auquel se sont soumis les époux ».

Cette difficulté mérite d'autant plus l'attention que la rédaction des clauses d'une société d'acquêts limitée pourrait bien ne pas être à même d'apporter aux époux la pleine réalisation de leurs objectifs initiaux.

b) Les difficultés structurelles de la société d'acquêts limitée

21. Une formule de société d'acquêts avec exclusion de l'outil de travail a été proposée dans le cadre d'un dossier sur les nouveaux aspects et modalités d'utilisation de la société d'acquêts³⁵. Elle prétend éviter à la fois les écueils de la participation aux acquêts³⁶, de la communauté (à cause de sa sensibilité aux créanciers) et de la séparation de biens (à cause de l'iniquité qui la caractérise lorsque « la fortune ne sourit qu'à l'un des époux »). Pour cela elle se fixe pour objectif de permettre « la sauvegarde de l'entreprise en cas de séparation des époux, en ménageant au conjoint de l'entrepreneur un intéressement sur le patrimoine non professionnel de ce dernier ».

22. Cette formule est particulièrement intéressante à étudier. En effet, elle s'attache à définir le contenu de la société d'acquêts en veillant attentivement à ce que chaque époux ait à contribuer régulièrement à sa formation³⁷ tout en conservant vocation, s'il venait à créer une entreprise, à bénéficier de l'exclusion des biens professionnels. Cependant, en dépit de l'attention apportée à l'équilibre de la composition de la société d'acquêts³⁸, sa rédaction ne permet pas d'écartier les défauts importants inhérents à ce type de régime.

23. En premier lieu, en souhaitant ménager au « conjoint de l'entrepreneur » un intéressement sur le patrimoine non professionnel de ce dernier, elle est sociologiquement datée. En effet, à une époque où, le plus souvent, les deux époux auront une activité professionnelle, cette formule conduira également à ménager à l'entrepreneur « un intéressement sur le patrimoine non professionnel » de son conjoint.³⁹ L'époux entrepreneur pourra donc alternativement conserver les actifs de sa réussite professionnelle et, en cas d'échec, tirer parti du patrimoine de son conjoint.⁴⁰ Autrement dit cette formule ne permet pas de prendre en considération les déséquilibres résultant de la restriction de l'intention participative.

³⁵ R. Gentilhomme, *La société d'acquêts et l'exclusion de l'outil de travail*, Defrénois 2012, n° 24, 111^e9, p. 1277 s.

³⁶ Selon cet auteur l'exclusion de l'outil de travail y serait toujours un avantage matrimonial révocable en cas de divorce, contrairement à ce que nous rappelons en première partie.

³⁷ R. Gentilhomme, art. cit, p. 1280 : « Les futurs époux constituent, à titre accessoire, une société d'acquêts qui comprendra les gains et salaires des époux, savoir :

- les rémunérations perçues par les époux, en leurs qualités de mandataire social ou de salarié ;
- les options de souscription ou d'achat d'actions attachées à leurs qualités de mandataire social ou de salarié ainsi que les droits sociaux issus de leur exercice ;
- les indemnités pour rupture du contrat de travail ou incapacité de travailler et, plus généralement, toutes les indemnités destinées à compenser une perte de revenu ;
- les gains tirés de loteries ou jeux de hasard. »

³⁸ Qui est bien une vraie société d'acquêts, et non pas une sorte de société d'apports. Cf. Ph. Simler, « Régime juridique de la société d'acquêts adjointe à une séparation de biens », Defrénois 2012, 111f3, § 14.

³⁹ Il est intéressant de noter que, dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, supra note 1, l'épouse exerçait à titre libéral la profession de chirurgien-dentiste, tandis que l'époux exerçait la même profession comme salarié.

⁴⁰ L'observation n'est pas nouvelle : N. Duchange, « La minoration du taux de la participation aux acquêts », Defrénois 1993, art. 35670, § 4 : « la notion d'exclusion du patrimoine professionnel, même utilisée dans le cadre d'une clause de plafonnement, demeure insatisfaisante en ce qu'elle privilégie l'activité indépendante face à l'activité salariée. Statistiquement, l'époux salarié dont les droits sont fonction d'une participation plafonnée demeure en situation d'infériorité : si les affaires de son conjoint s'avèrent fructueuses, le plus gros de la participation lui échappe ; si, en revanche, elles deviennent désastreuses, le voilà débiteur d'une participation intégrale. » Et note 13 : « On pourrait concevoir une clause excluant de la participation certains biens non professionnels, tels les actions acquises par le salarié au titre de l'intéressement au développement de l'entreprise qui l'emploie. Mais, outre les difficultés inhérentes à la mise en place d'un tel mécanisme, la justification première de l'exclusion, qui est la préservation de l'outil de travail, ferait ici défaut. »

En second lieu cette limitation de la société d'acquêts est impropre à intégrer les évolutions du patrimoine conjugal. Une fois la retraite venue ou l'entreprise vendue, les écarts patrimoniaux initialement motivés par la sauvegarde de l'entreprise subsisteront, compte tenu des réticences doctrinales justifiées à l'égard des sociétés d'acquêts à géométrie variable⁴¹. Or, ce ne serait pas le cas sous la participation aux acquêts, qui est mécaniquement centrée sur la situation des époux au moment de la liquidation.

En dernier lieu, la protection du patrimoine professionnel devient illusoire lorsque l'entreprise n'est pas créée au cours des premières années du mariage. En effet, pour ménager à la fois la cohérence des flux financiers et l'unicité du régime proposé, l'auteur prévoit opportunément qu'« à la différence des formules généralement proposées, le mécanisme des récompenses n'est pas exclu ; notamment lorsque la société d'acquêts a financé l'acquisition de biens professionnels, donc personnelle de l'un des deux époux ». Mais cette clause salubre sur le plan de l'équilibre du contrat n'en souligne pas moins sa faiblesse : en cas de création à une date tardive de l'entreprise, l'importance de la récompense pourra réduire à quia l'efficacité de la clause d'exclusion du patrimoine professionnel⁴². A nouveau, il convient de souligner qu'une participation aux acquêts avec clause de plafonnement évite ce travers, le mécanisme de ce régime ne reposant pas sur la requalification de certains biens acquêts en biens originaires⁴³ mais sur une simple limitation de la dette d'acquêts finalement due par l'époux professionnel. En quelque sorte, ces difficultés rédactionnelles révèlent une difficulté structurelle qui conduit à envisager le recours à un régime matrimonial liquidatif.

2°) La pertinence d'une participation aux acquêts contenant une modalité limitative

24. Non par « quête obsessionnelle d'une équité toute subjective »⁴⁴ mais par simple observation de données techniques, nous venons indirectement de souligner les qualités du régime de la participation aux acquêts.

En cours d'union, et notamment dans le cadre d'une reconversion professionnelle en fin de carrière, un époux dépourvu de biens originaires pourra créer une entreprise en étant certain que sa réussite espérée ne le contraindra pas à payer une dette de participation de nature à mettre en cause la détention de son outil de travail. Car, sous ce régime, la technique liquidative de la participation, centrée sur l'état des patrimoines au jour de la dissolution, permet de respecter la définition classique des acquêts, et d'éviter que la protection de l'entrepreneur ne passe par une modulation embarrassante de la frontière entre biens propres et biens acquêts.

⁴¹ G. Champenois et J. Combret, « Quelle place pour la société d'acquêts dans les régimes matrimoniaux ? ; Defrénois 2012, 111f2, § 21 ; Cl. Brenner et B. Savoré, art. cit. p.88.

⁴² Ce que souligne effectivement R. Gentilhomme, art. cit. § 18 : « Ils se garderont de financer le capital de la société qui abrite leur activité professionnelle avec les fonds provenant de leurs gains et salaires, et seront bien avisés d'utiliser, autant que faire se peut, des deniers personnels (fonds détenus avant le mariage isolés sur un compte nominatif, fonds provenant de dons familiaux. » Ici encore, la formule est de portée sociologique limitée.

⁴³ Au demeurant, ce déplacement de frontière entre biens communs et biens personnels embarrasse le rédacteur. D'une part, après avoir posé (p. 1279) que sa société d'acquêts n'est constituée qu'à titre accessoire et dépourvue de présomption d'acquêts, R. Gentilhomme ne se contente pas de poser la définition de cette société d'acquêts exceptionnelle (p. 1280) mais préfère préciser la composition des biens personnels de chaque époux, longue définition qui n'a guère sa place dans un régime de séparation de biens renforcé par une présomption de biens personnels. D'autre part, il stipule une clause de reprise, logique dans un régime qui attribuerait les revenus des biens propres à une masse commune, mais incompréhensible dans un régime de séparation de biens où aucune « déprise » des biens personnels n'est prévue.

Notons au passage que le défaut de présomption de communauté stipulé ici tendra à restreindre le volume de la société d'acquêts mais ne changera pas les modalités de preuve des avantages matrimoniaux, la société d'acquêts empêchant par elle-même de tracer le financement des biens acquêts – sauf emploi.

⁴⁴ R. Gentilhomme, art. cit., § 3.

Pour cette même raison, les évolutions, à la hausse comme à la baisse, du patrimoine professionnel d'un époux ne poseront pas les questions délicates qui ont conduit à envisager puis déconseiller les sociétés d'acquêts à géométrie variable. Et la vente des biens professionnels en cours d'union entraînera un rééquilibrage des patrimoines respectifs des époux, par suppression de l'assiette du plafonnement, facilitant ainsi une meilleure utilisation des abattements fiscaux en cas de transmission anticipée aux enfants.

En fin d'union, la liquidation nécessitera la connaissance du patrimoine final de chaque époux, mettant alors en présence la totalité du patrimoine familial. Cela apportera une connaissance précise de l'incidence pécuniaire non seulement d'une clause de plafonnement de la participation, mais aussi, quelque imparfaite qu'elle soit, d'une clause d'exclusion des biens professionnels, tantôt simple limitation, tantôt complet renversement de la créance de participation.

Alors que sous le régime de la participation aux acquêts, une clause de plafonnement permettra à la fois de protéger l'époux entrepreneur et de ménager une certaine participation du conjoint à son enrichissement complémentaire, une société d'acquêts excluant les biens professionnels pourra, sans qu'on puisse y remédier, avoir les mêmes effets déséquilibrants qu'une clause d'exclusion des biens professionnels lors du calcul d'une créance de participation : l'époux professionnel dont les affaires auront été médiocres (ou dont les bénéfices auront exclusivement été tournés vers l'entreprise) bénéficiera d'une fraction d'une communauté que seul son conjoint aura contribué à abonder.

25. Bref, pour mettre en œuvre une intention participative des époux tout en ménageant un époux entrepreneur, un contrat de participation aux acquêts contenant une clause de plafonnement de la créance de participation à une fraction des acquêts non professionnels sera à la fois efficace, équilibré et transparent.

Un contrat de participation aux acquêts avec clause d'exclusion restera transparent puisqu'il permettra d'observer, le cas échéant, un renversement du sens de la créance de participation, mais il pourra devenir déséquilibré dans la mesure où ce renversement, s'il se produisait, emporterait un enrichissement de l'époux entrepreneur dépassant l'objectif initial de protection de l'entreprise – et passible des actions en retranchement et révocation.

Enfin, un contrat de société d'acquêts excluant le patrimoine professionnel ne sera, lorsque des avoirs propres lui permettront d'être efficace, ni équilibré ni transparent dans la mesure où il n'autorisera pas seulement que soit mesuré l'avantage économique que l'époux entrepreneur retirera de cette exclusion.

26. Dans un contexte jurisprudentiel où la Cour de cassation⁴⁵ décide que « le notaire chargé de rédiger le contrat choisi par des futurs époux est tenu, non pas de les informer de façon abstraite des conséquences des différents régimes matrimoniaux, *mais de les conseiller concrètement* au regard de leur situation, en les éclairant et en appelant leur attention, de manière complète et circonstanciée, sur la portée, les effets et les risques des régimes matrimoniaux pouvant répondre à leurs préoccupations », l'exposition aux futurs époux de ces différences structurelles entre les régimes est devenu un élément incontournable du conseil notarial.

---+++---

⁴⁵ Arrêt cité supra, note 1.