

RÉGIMES MATRIMONIAUX

Fin 2019, la Cour de cassation a confirmé que le régime de la participation aux acquêts génère des avantages matrimoniaux. Mais elle a aussi décidé que la clause d'exclusion des biens professionnels serait révocable en cas de divorce. Une large doctrine a lu cette décision comme nécessaire, en dépit d'effets regrettables. Cette analyse est fragile. Elle repose sur une assimilation abusive des acquêts de participation aux acquêts de communauté et sur une vision restrictive de la liberté des conventions matrimoniales. Régime séparatiste, la participation aux acquêts repose sur des mécanismes permettant de tempérer partiellement les effets d'une séparation de biens même en cas de divorce.

1285

Qu'est-ce donc que participer aux acquêts ?



Étude rédigée par Nicolas Duchange

P

Nicolas Duchange, notaire à Roubaix

1 - Plus de 65 ans après l'intégration du régime de la participation aux acquêts dans le corpus matrimonial français, son autonomie par rapport au régime légal de la communauté d'acquêts reste sous-estimée. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 18 décembre 2019¹, confirmant que ce régime hybride est constitutif d'avantages matrimoniaux, fournit l'occasion rare de souligner l'importance de cette autonomie et l'incidence qu'elle ne peut manquer d'avoir sur la compréhension de la notion d'avantage matrimonial.

1 Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2019, n° 18-26.337 : *JurisData* n° 2019-023658 ; *JCP N* 2020, n° 1-2, act. 116, obs. A. Karm ; *JCP N* 2020, n° 9, 1059, note A. Karm ; *JCP G* 2020, 225, note J.-R. Binet ; *Actes prat. strat. patrimoniale* 2020, n° 1, 1, comm. D. Guillou et B. Roman ; *Dr. famille* 2020, comm. 44, note S. Torricelli-Chrifi ; *Dalloz actualité*, 23 janv. 2020, obs. Q. Guiguet-Schiélé ; *AJ fam.* 2020, p. 126, note N. Duchange ; *RTD civ.* 2020, p. 175 et 178, note B. Vaireille ; *D.* 2020, p. 635, note Th. Le Bars et L. Mauger-Vielpeau ; *Gaz. Pal.* 7 avr. 2020, n° 14, p. 66, note A. Depret ; *LPA* 26 mars 2020, n° 151⁵, p. 6, note A. Pando ; *LEDC mars* 2020, n° 3, p. 3, note S. Pellet ; *Defrénois* 2020, n° 9, p. 23, note Fr. Letellier ; *RJPF* 2020-2/14, p. 35, note J. Dubarry et E. Fragu ; *Defrénois* 2020, n° 22-23, p. 44, note I. Dauriac ; *Sol. Not.* n° 19, inf. 10, note G. Yildirim. – N. Allix, *LPA* 26 mars 2021, n° 159¹, p. 7.

Curieusement, la plupart des commentateurs de cet arrêt² ont considéré que le taux de moitié posé par le Code civil pour définir le montant de la créance de la participation devrait servir de référence pour qualifier toutes ses modulations conventionnelles. Cependant ils ont été unanimes à regretter les effets de cette conclusion sur la pratique notariale : en imposant de révoquer toute clause ajustant le montant de la participation, notamment la clause d'exclusion des biens professionnels, elle condamne la recherche d'équilibres intermédiaires adaptés aux dissolutions par divorce, et ce faisant, fait perdre à la participation aux acquêts une grande partie de son intérêt pratique.

2 - Ces regrets sont un indice : « *en droit, dès qu'une solution est légitime et opportune, le juriste se doit de "trouver" le moyen adéquat d'y parvenir, sans se laisser impressionner par des difficultés exclusivement techniques et désincarnées* »³.

Le contexte est donc propice à une relecture des mécanismes et des textes de la participation aux acquêts. Prendre garde à ce qui distingue les acquêts de participation des acquêts de communauté permettra de dénoncer une conception doctrinale restreignant la liberté des conventions matrimoniales et enfermant la participation aux acquêts dans une lecture communautariste embarrassante.

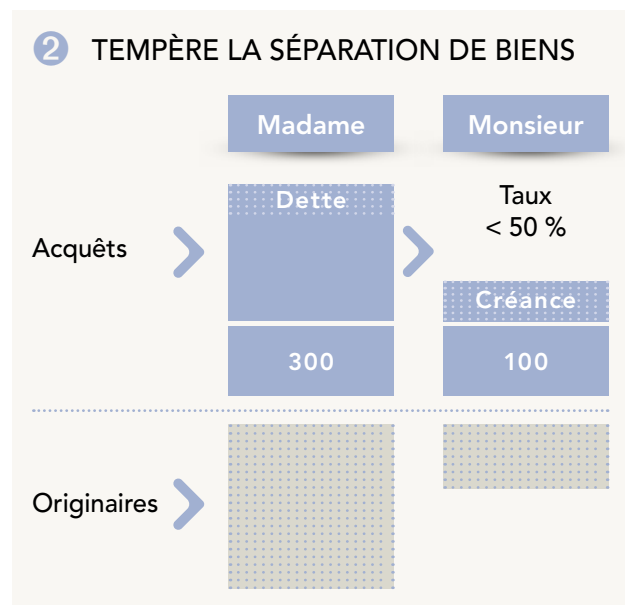
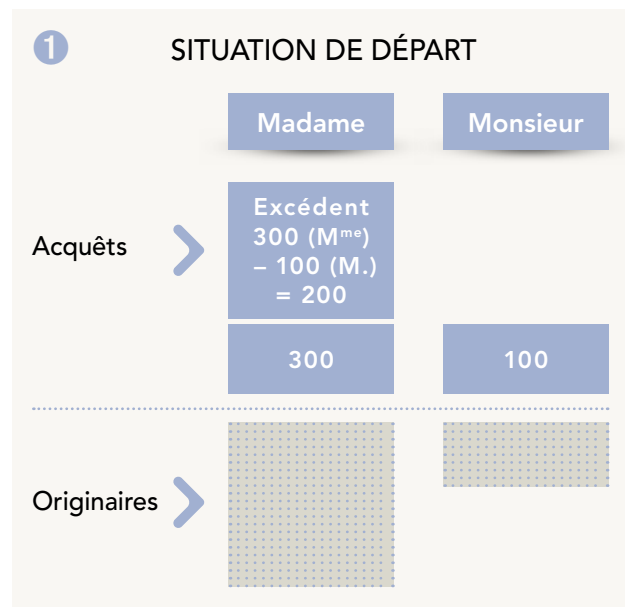
1. Un mécanisme original et progressif

3 - La participation aux acquêts, avant d'être un régime matrimonial, est d'abord un mécanisme juridique. C'est la vision précise et chiffrée de ce mécanisme qui permet de comprendre ce qui distingue ce régime matrimonial original des constructions communautaires : participer aux acquêts consiste simplement à organiser des flux d'un époux vers l'autre. Le Code civil ne dit pas autre chose.

A. - Un mécanisme original

4 - **Modalités.** – Pour tempérer une séparation de biens, quoi de plus élémentaire qu'une participation aux acquêts : au terme d'une union où leurs patrimoines respectifs seront demeurés séparés, les époux se contenteront de calculer une créance assise sur des acquêts comptables⁴. À cet effet, ils compareront leurs acquêts respectifs : l'excédent d'acquêts de l'un par rapport à l'autre formera l'assiette de la créance de participation. Une

fois cette assiette mesurée, il suffira de lui appliquer un taux de participation.

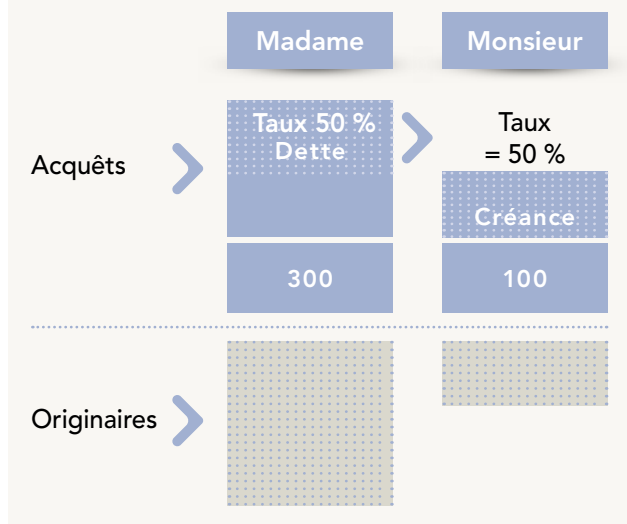


2 Depuis confirmé par Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2021, n° 19-25.903 : *JurisData* n° 2021-004752 ; *JCP N* 2021, n° 23, act. 597, obs. S. Bernard ; *Dr. famille* 2021, comm. 92, note B. Beignier ; *Defrénois* 22 avr. 2021, n° 200*1, p. 9.

3 C. Grimaldi, *Les ventes intuitu personae doivent être un obstacle à la vente au profit d'un préempteur* : *Defrénois* 17 sept. 2020, n° 163*0, p. 18.

4 Définis en ôtant du patrimoine final de chaque époux les biens originaires de celui-ci. Nous ne détaillons pas cette étape, qui ne concerne pas directement notre propos.

3 ÉGALISE LES ACQUÊTS SÉPARÉS



5 - **Taux.** – Avec un taux de participation nul, le régime resterait une séparation de biens. Plus ce taux tendra vers le taux de 50 %, plus le régime se rapprochera du résultat comptable d'une communauté d'acquêts, chacun des époux détenant finalement, à ce taux, la moitié de la valeur de leurs acquêts cumulés (mais néanmoins séparés)⁵. Un taux supérieur à 50 % sera communément soumis à une condition de survie de l'époux créancier.

Ce mécanisme présente toujours un intérêt économique pour le créancier et un inconvénient économique pour le débiteur. Que le créancier et le débiteur soient mariés entre eux ne change rien à l'affaire.

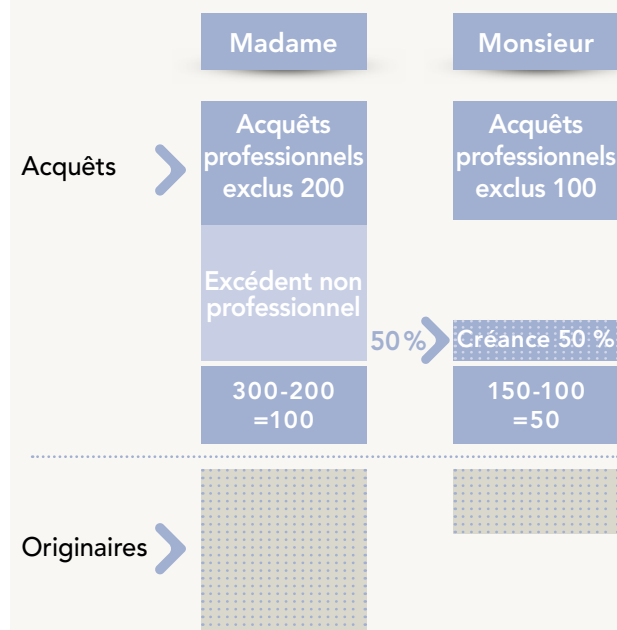
6 - **Clause excluant les biens professionnels.** – S'il est inutile de détailler ici les multiples combinaisons permises par la participation aux acquêts, il est bon de représenter comment joue la clause excluant les biens professionnels, ayant formé la matière de l'arrêt de la Cour de cassation.

Dans l'esprit de son initiateur⁶, il s'agissait de limiter le montant de la créance de participation due par l'époux entrepreneur, les biens professionnels étant considérés comme étant à la fois peu liquides, difficiles à évaluer et peu cessibles par celui dont ils constituent l'outil de travail. Dans l'affaire concernée par l'arrêt du 18 décembre 2019, les deux époux détenaient des biens pro-

fessionnels, l'un étant biologiste, l'autre pharmacien. La représentation intuitive de la liquidation de leur régime matrimonial était donc proche du schéma 4 ci-dessous.

Las ! Peu de temps avant la dissolution de l'union, l'époux encaissa une prime d'assurance dans le cadre de la destruction de son laboratoire par incendie. À son patrimoine professionnel se trouvèrent donc substitués des capitaux, non professionnels à défaut d'avoir été réemployés dans un nouvel outil de travail. L'équilibre liquidatif pressenti par les époux s'en trouva gravement perturbé, le maintien de l'exclusion des biens professionnels de la femme étant susceptible de lui permettre, non pas seulement de limiter la dette qu'elle aurait pu devoir à son mari, mais de faire valoir une créance (V. schéma 5).

4 LES EXCLUSIONS NE RENVERSENT PAS LA CRÉANCE

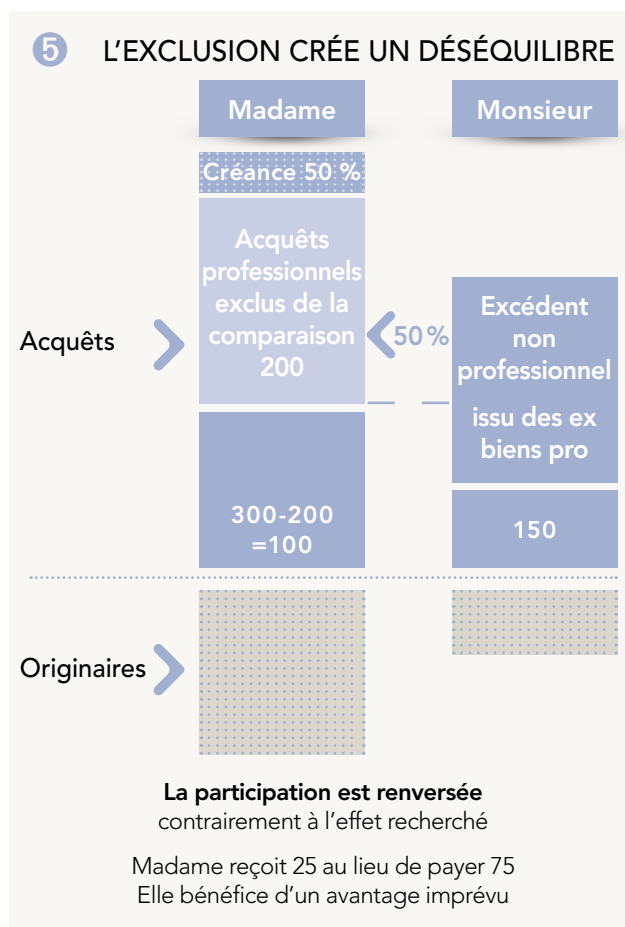


La créance due est moindre
conformément à l'effet recherché

Madame paye 25 au lieu de 75
Elle ménage son patrimoine professionnel

5 Avec un taux de 100 % appliqué à l'excédent d'acquêts, on observera un renversement, l'excédent d'acquêts revenant alors à celui qui ne les avait pas produits. Le mécanisme de participation permettra même de dépasser 100 % de l'excédent d'acquêts : l'article 1581, alinéa 2, le confirme, qui mentionne la faculté de convenir que le survivant des époux (ou l'un d'eux désigné *ab initio* pour le cas de sa survie) « aura droit à la totalité des acquêts nets faits par l'autre ».

6 J.-Fr. Pillebout, *Une nouvelle formule de contrat de mariage : participation aux acquêts avec exclusion des biens professionnels* : JCP N 1987, I, p. 93.



7 - Le fait que la question de la qualification d'avantage matrimonial ait été posée à la Cour de cassation à propos de cette clause vicieuse, et en faisant totalement abstraction des données chiffrées de l'espèce, a inévitablement accru la confusion des débats.

8 - Cet exposé rapide suffit pour montrer que la technique de la participation aux acquêts est toute désignée pour être celle des contrats souhaitant exprimer un équilibre intermédiaire⁷ entre, d'une part, la séparation de biens qui apporte une première protection, par le statut civil et fiscal du mariage, tout en préservant la séparation patrimoniale qui existait avant l'union et, d'autre part, la communauté d'acquêts, qui accroît la collaboration au point d'interdire la mesure des contributions respectives. Compte tenu de la diversité des lectures doctrinales, il faut vérifier que cette originalité du mécanisme de la participation aux acquêts ressort nettement des dispositions du Code civil.

⁷ Par ajustement du taux de participation ou par plafonnement de la participation. Pour une illustration pratique, N. Duchange, *Plafonner la créance de participation en fonction de la valeur de la dernière résidence principale* : JCP N 2019, n° 39, 1282.

B. - Des textes originaux

9 - Le projet Michelet de participation aux acquêts de 1959 était « beaucoup plus respectueux de la tradition française que la loi de 1965. L'article 1496 de ce projet prévoyait que, pour la liquidation du régime de participation aux acquêts, il serait formé une masse commune des acquêts et que cette masse serait partagée en nature. C'était vraiment une "communauté posthume" ou une "communauté différée". Et son article 1497 poursuivait : "il est dressé, pour chacun des époux, un compte de récompenses [...] selon les règles établies aux articles 1434 et 1445 à 1448 du présent code." [...] Le nouveau régime, assez proche des dispositions du droit allemand, tranche nettement avec les habitudes »⁸.

10 - **Que disent les textes actuels ?** – L'article 1569 du Code civil décrit ainsi la participation :

« À la dissolution du régime, chacun des époux a le droit de participer pour moitié en valeur aux acquêts nets constatés dans le patrimoine de l'autre, et mesuré par la double estimation du patrimoine originaire et du patrimoine final ».

Il faut le souligner ici tant ce point est important : la comparaison des acquêts respectifs est au cœur de la distinction d'avec le régime de communauté. En participation aux acquêts, les acquêts se sédimentent distinctement dans le patrimoine de l'époux qui les a produits, d'où la possibilité d'une comparaison finale. Cette comparaison est antinomique de la notion même de biens communs⁹ : en communauté, la sédimentation est confondue¹⁰ et aucun mécanisme ne permet de mesurer les résultats imputables à chacun.¹¹

11 - Le deuxième alinéa de l'article 1575 précise :

« S'il y a des acquêts nets de part et d'autre, ils doivent d'abord être compensés. Seul l'excédent se partage : l'époux dont le gain a été le moindre est créancier de son conjoint pour la moitié de cet excédent ».

Et son article 1581 précise expressément que « les époux peuvent adopter toute clause non contraire aux articles 1387 [bonnes mœurs], 1388 [droits et devoirs du mariage, autorité parentale, administration légale] et 1389 [précisant que les époux ne

⁸ Rapp. du 75^e Congrès des notaires de France, La Baule, 1978, p. 404, § 273.

⁹ Le fait que le troisième alinéa de l'article 1576 reconnaît implicitement au créancier de participation la qualité de copartageant ne doit pas tromper : c'est par pure fiction que le législateur a fait appel à un concept communautaire au travers d'une « fiction d'indivision ». – J. Flour, *Cours de droit civil, Licence IV^e année : Les cours de droit 1966-1967*, p. 905.

¹⁰ Même si, sociologiquement, il sera souvent aisé de déterminer lequel des époux aura davantage contribué à l'enrichissement de la communauté, juridiquement la communauté ne prévoit aucun mécanisme de mesure des contributions respectives des époux (à la seule exception des récompenses, mécanisme dont le résultat sera très voisin de celui prévoyant la soustraction des patrimoines originaires).

¹¹ N. Duchange, *Simple bénéficiaire : le régime de référence est celui auquel sont soumis les époux* : Dr. famille 2016, étude 2, § 18.

Ce mécanisme présente toujours un intérêt économique pour le créancier et un inconvénient économique pour le débiteur. Que le créancier et le débiteur soient mariés entre eux ne change rien à l'affaire

peuvent changer l'ordre légal des successions] »¹².

12 - Il faut remarquer que, dès le premier alinéa de l'article 1569 introduisant ce régime, le Code civil décrit « les acquêts nets [...] mesurés par la double estimation du patrimoine originaire et du patrimoine final ». Comme l'a observé M^e Corpechot¹³, le législateur aurait pu se contenter de définir directement les acquêts plutôt que de les envisager par soustraction. Cela renforce le caractère comptable du régime, manifeste que les époux ne produisent pas des acquêts, mais seulement un patrimoine final, les calculs de participation intervenant en sus dans le cadre de la liberté des conventions matrimoniales.

Il convient également de noter¹⁴ que le créancier de la participation ne peut imposer un paiement en nature si le contrat ne lui accorde pas cette faculté, ce qui confirme que participer aux acquêts n'est pas partager une communauté.

Enfin, en précisant que « l'action en liquidation se prescrit par trois ans à compter de la dissolution du régime matrimonial¹⁵ », le quatrième alinéa de l'article 1578 ramène ce qui a été une séparation des biens provisoire vers une séparation des biens définitive.

Ainsi le Code civil, loin d'imposer un standard, ne fait que décrire un dispositif conventionnel supplétif de participation qui ne pourra jamais prendre effet sans un contrat de mariage¹⁶. En faisant reposer ce régime sur des mécanismes séparatistes, il oblige à porter une attention particulière au sens des flux financiers résultant de la mise en œuvre des clauses de participation.

12 Concernant ce texte protecteur de l'ordre légal des successions, il est intéressant de constater que la mauvaise lecture de la notion de simples bénéficiaires, en renforçant la dette de participation au moyen d'une action sensée conduire à un retranchement, tend précisément à rendre héritiers, au sens ici de bénéficiaires d'une partie de l'actif successoral, les descendants du conjoint qui ne descendent pas du *de cuius* !

13 *Rapp. du 75^e Congrès des notaires de France, La Baule, 1978, p. 404, § 272.*

14 A. Colomer, *Régimes matrimoniaux : Litec, 5^e éd., 1992, § 1295.*

15 Délai que la jurisprudence a durci en précisant que ce délai de 3 ans concerne non seulement l'action en liquidation, mais aussi l'action en paiement de la créance de participation : *Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 2015, n° 14-25.756, P : JurisData n° 2015-026987 ; JCP N 2016, n° 19, 1160, note S. Bernard ; Dr. famille 2016, comm. 30, note B. Beignier ; AJ fam. 2016, p. 60, obs. Hilt.*

16 Ce que souligne vivement le professeur I. Dauriac, *Defrénois 2020, n° 22-23, p. 44. - V. Rapp. du 75^e Congrès des notaires de France, La Baule, 1978, p. 370, note 204-1, citant le sénateur Marcihacy déclarant le 11 mai 1965 : « Nous sommes actuellement dans toute la partie de la réforme des régimes matrimoniaux qui a trait aux régimes conventionnels. C'est ce que je crois avoir appelé dans mon rapport les dispositions législatives de caractère indicatif ».*

13 - Les textes proposant la participation aux acquêts souffrent cependant d'une lacune : ils ne précisent pas si ce régime hybride caractérise ou non des avantages matrimoniaux. S'agissant d'un point essentiel, cette lacune est surprenante. En rendant nécessaire une interprétation par analogie, elle a vraisemblablement favorisé l'émergence d'une vision doctrinale biaisée.

2. Une lecture doctrinale biaisée

14 - En dépit de textes exprimant nettement la simplicité du mécanisme de la participation aux acquêts, de singulières perturbations sont nées d'un puissant courant doctrinal communautariste. Ce courant tend, d'une part, à ne laisser jouer les mécanismes participatifs qu'en leur superposant les contraintes du régime de la communauté légale et, d'autre part, d'une manière directement attentatoire à la liberté des conventions matrimoniales, à tirer des conséquences excessives d'une notion incertaine, la « conception du Code civil ».

15 - **Perception doctrinale communautariste.** - Il a ainsi été soutenu que la perception séparatiste de la participation aux acquêts « n'est toutefois pas la conception que le Code civil retient de la participation aux acquêts, en donnant aux époux vocation à participer aux enrichissements réalisés pendant le cours du mariage : si la participation aux acquêts n'associe pas à la propriété, elle associe en revanche aux revenus lato sensu. En quoi l'on est fondé à penser qu'exclure son conjoint d'une partie de ces gains-là, c'est aussi tirer profit d'un aménagement de son régime matrimonial »¹⁷.

Cette compréhension de la participation comme une variante de la communauté n'est pas nouvelle¹⁸. Elle ne semble pas avoir été contestée tant que l'ensemble des commentaires étaient rédigés dans la perspective de clauses augmentant la participation de l'époux créancier par rapport au cadre contractuel de participation proposé par le Code civil. Mais elle est devenue problématique en présence de clauses pouvant déboucher sur une créance de participation d'un montant moindre que celui

17 S. Gaudemet, *Sort des libéralités et des avantages matrimoniaux au divorce, pour en finir avec de dernières difficultés, Mél. Grimaldi : Defrénois 2020, p. 423, § 15.*

18 V. J.-P. Storck, *Avantages matrimoniaux et régime de participation aux acquêts : détermination de la nature juridique des stipulations permises par l'article 1581, alinéa 2, du Code civil : JCP N 1981, I, p. 355, § 21.* Outre la rédaction incertaine de l'article 1581 qui parle de « partage inégal » concernant des biens qui ne sont pas indivis.

auquel aurait donné lieu le régime type¹⁹. Car c'est à ce niveau que ressort l'originalité fonctionnelle du régime de la participation aux acquêts : tempérer la séparation de biens sans aller jusqu'au degré d'implication inhérent à un régime communautaire. Et c'est ici que ne doit pas être poussée trop avant l'analogie ayant conduit à admettre que les créances de participation sont des avantages matrimoniaux.

A. - Une vision communautariste infondée

16 - Chacun le comprend : si l'on croit que la Terre est plate, il est facile d'imaginer son centre et de craindre d'aller visiter ses bouts. Si on la voit ronde, plus de centre en surface, plus de bouts mais des pôles... La représentation concrète d'un concept est déterminante pour admettre ou contester les propositions le concernant.

17 - **Perspectives.** – Lorsque l'on envisage une communauté de biens, ayant vocation à s'enrichir au fil des jours par l'industrie des époux, sans qu'aucun mécanisme contractuel n'autorise la mesure des contributions respectives, on est conduit à admettre que l'évaluation des avantages matrimoniaux doit d'abord se faire au regard de la masse commune : les époux étant deux, celui qui recevra plus de la moitié de cette masse devra être réputé avantagé. « *De ce qui se passerait en séparation de biens, on n'a donc rien à déduire* »²⁰ parce que les mécanismes du régime de communauté ne permettent pas de reconstituer, lors de la liquidation, ce qu'aurait été la situation des époux s'ils avaient maintenu séparé leurs biens.

Et si, empruntant ce point de vue, on se figure que la participation aux acquêts donne aux époux « vocation à participer aux enrichissements réalisés pendant le cours du mariage », on se trouve tenté d'admettre une « analogie de résultat » et de considérer que toute clause modulant la participation « déroge à un système de participation qui est de l'essence du régime choisi »²¹.

18 - À l'inverse, lorsque l'on accepte d'observer sans *a priori*, sans biais cognitif communautariste²², un régime de participa-

tion aux acquêts, on ne peut voir que deux masses patrimoniales distinctes, maintenues séparées tout au long de l'union, chacune abondée par l'un seulement des époux. Et ce qui paraissait impossible devient évident : tout passage d'une masse vers l'autre, lors de la liquidation, quelle que soit son importance, est un enrichissement pour la masse bénéficiaire et un appauvrissement pour la masse débitée. On voit alors que l'époux créancier bénéficie par ce mécanisme d'un avantage matrimonial absolu : son mariage l'enrichit.

REMARQUE

→ **Prétendre que choisir un régime participatif revient à écarter une logique séparatiste au profit d'une vocation communautaire est faire à la fois une erreur d'observation et une erreur de conception.**

19 - Une erreur d'observation : c'est négliger le fait que la sédimentation des acquêts de participation s'effectue séparément et non pas en communauté, ce qui écarte la nécessité d'un partage.

20 - Une erreur de conception : c'est prétendre imposer, du seul fait d'une perception communautariste contestable, la référence d'un partage par moitié à des époux qui, précisément, ne l'ont pas choisie²³, outre que c'est en définitive négliger que les époux ne choisissent pas tant un régime qu'ils ne signent un contrat²⁴. Le fait que la participation soit assise sur tous les acquêts ne doit pas conduire à penser que ces acquêts sont nécessairement produits dans la perspective d'une répartition par moitié, que la participation corresponde par essence à une répartition égalitaire : les acquêts de participation ne sont pas des biens « fictivement communs » mais, au contraire, des biens réellement séparés.

21 - Une clause modulant la participation ne déroge pas « à un système participatif qui est de l'essence du régime choisi » : elle est la seule participation convenue. Sans elle, ne subsisterait que la séparation de biens. En adoptant un régime de participation aux acquêts ayant recours à des modalités liquidatives différentes des modalités légales supplémentaires, les parties ne font pas

19 G. Morin, *Brèves remarques sur deux études relatives au contrat de mariage du chef d'entreprise et au rôle de la société holding dans la transmission de l'entreprise* : Defrénois 1987, art. 34054, p. 1158.

20 Nous reprenons ici l'élégante formule que Bernard Vareille (*RTD civ.* 2020, p. 175) applique, malencontreusement selon nous, à la participation aux acquêts.

21 B. Vareille, *RTD civ.* 2020, p. 175.

22 Pour une illustration d'un tel biais cognitif, comparant deux régimes sans observer leurs techniques propres, B. Vareille, *RTD civ.* 2020, p. 175 : « la clause d'exclusion en question est de la même veine, mutatis mutandis, que sous la communauté un préciput portant sur des biens professionnels, archétype de l'avantage matrimonial qui succombe au divorce ». Or, ces clauses présentent une double différence : l'une exclut en amont des biens séparés alors que l'autre attribue en aval des biens communs (V. I. Dauriac, *Choisir la société d'acquêts pour l'avantage matrimonial* : Defrénois 2012, p. 1276).

23 Dire qu'« exclure son conjoint d'une partie [des gains effectués en cours d'union], c'est aussi tirer profit d'un aménagement de son régime matrimonial », ou dire que l'époux qui paye une participation calculée sur la base d'un faible taux « bénéficie d'un supplément », c'est créer à tort une communauté d'intérêts là où le contrat ne la prévoit pas, et c'est méconnaître que notre système juridique valide la séparation de biens pure et simple. Sociologiquement, on peut dire qu'une clause d'exclusion des biens professionnels favorise un époux. Mais la question de droit n'est pas là. Juridiquement, l'avantage matrimonial se construit en fonction des mécanismes du régime voulu par les époux. Et les actions en retranchement ou en révocation n'ont pas vocation à corriger les mécanismes convenus, à changer le régime matrimonial des époux, mais seulement à en limiter ponctuellement les effets.

24 G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux* : PUF, coll. *Thémis*, 2^e éd., 1977, p. 157 : les époux peuvent innover « en élaborant de leur cru un régime innommé ».

La notion de régime de référence est suspecte, qu'on l'applique à un régime conventionnel ou au régime légal

« un pas en avant vers le régime légal supplétif », puis « un pas en arrière » du fait de l'adoption de modalités différentes. Ils ne font

qu'un seul pas vers un seul régime, le leur. Dire que la participation associe par moitié aux revenus *lato sensu* lorsque les époux ne se sont pas engagés sur cette base, c'est faire trop peu de cas de la nature contractuelle de ce régime et, fondamentalement, trop peu de cas de la nature essentiellement contractuelle de tout régime matrimonial²⁵.

B. - Une vision réductrice de la liberté des conventions matrimoniales

22 - Car la lecture doctrinale communautariste doit également être contestée en ce qu'est fondamentalement suspecte la référence à une « conception » que le Code civil pourrait avoir d'un régime lorsque ce régime ne peut être que conventionnel. En présence d'un texte simplement indicatif, il ne faut pas confondre conception par le Code civil et conception d'ordre public, à peine de nier la puissance des textes fondant la liberté des conventions matrimoniales.

1° La conception présentée par le Code civil

23 - En détaillant un nouveau régime, le législateur a évidemment une conception de ce qu'il propose. Les illustrations abondent sur ce point. Ainsi avons-nous déjà évoqué la mise à l'écart du projet Michelet de 1965, au profit d'une construction plus séparatiste.

24 - **Équilibre.** – Il convient également de souligner la pertinence des équilibres matrimoniaux proposés par le législateur. Au niveau de l'opportunité rédactionnelle, loin de nous l'idée de contester l'intérêt que présente la stipulation d'une participation au taux de moitié proposée par le Code civil. Dès 1993, nous avons souligné non seulement les vices des clauses d'exclusion²⁶, mais également les dangers des clauses de plafonnement, voire de minoration : « Lorsque la participation représente la moitié du surplus des 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, apparaît alors comme un facteur d'accroissement des difficultés liquidatives, les risques in-

25 Sachant que la loi applicable est elle-même considérée comme l'expression de la volonté implicite des époux.

26 N. Duchange, *Quelques précisions sur l'évaluation des avantages matrimoniaux, à propos d'une clause de participation aux acquêts* : *Defrénois* 1993, art. 35618.

hérents aux donations déguisées ou indirectes retrouvant toute leur vigueur »²⁷.

25 - Enfin, personne ne conteste que l'arrêt du 18 décembre 2019²⁸ est venu opportunément conforter la proposition légale de participation aux acquêts.

En apparence, la question de savoir si la participation aux acquêts est un régime matrimonial à part entière ne se posait pas, le législateur ayant d'emblée proposé un ensemble cohérent de dispositions ayant une place à part dans le Code civil et faisant appel à un mécanisme jusque-là ignoré par la pratique.

Cependant, comme une libéralité peut porter non seulement sur un bien déterminé, mais également sur un bien déterminable, l'on pouvait parfaitement soutenir, en l'absence de transposition des dispositions de l'article 1527 du Code civil, que les ajustements participatifs de la séparation de biens ne faisaient que poser les modalités de calcul d'une libéralité entre époux. La nouvelle proposition du Code civil n'eût alors été qu'une séparation de biens ajustée d'une institution contractuelle complexe²⁹. Si tel n'est pas le cas, c'est uniquement parce que la créance de participation reçoit la qualification d'avantage matrimonial.

26 - **Débat initial.** – La question a été débattue dès 1965. La doctrine a rapidement penché en faveur de l'éligibilité aux avantages matrimoniaux³⁰. À titre principal, elle a souligné que, selon les termes de l'article 1569 du Code civil, la participation aux acquêts du conjoint est un droit et se traduit par l'établissement d'une créance. Elle a admis « qu'il s'agit là d'une disposition d'essence strictement matrimoniale, exclusive de toute nature gratuite »³¹.

27 N. Duchange, *La minoration du taux de la participation aux acquêts* : *Defrénois* 1993, art. 35670. – C. Saujot, *Les avantages matrimoniaux (notion – nature juridique)* : *RTD civ.* 1979, p. 709.

28 *Cass. 1^{re} civ.*, 18 déc. 2019, n° 18-26.337 : *JurisData* n° 2019-023658 ; *JCP N* 2020, n° 1-2, act. 116, obs. A. Karm ; *JCP N* 2020, n° 9, 1059, note A. Karm ; *JCP G* 2020, 225, note J.-R. Binet ; *Actes prat. strat. patrimoniale* 2020, n° 1, 1, comm. D. Guillou et B. Roman ; *Dr. famille* 2020, comm. 44, note S. Torricelli-Chrifi ; *Dalloz actualité*, 23 janv. 2020, obs. Q. Guiguet-Schiélé ; *AJ fam.* 2020, p. 126, note N. Duchange ; *RTD civ.* 2020, p. 175 et 178, note B. Vaireille ; *D.* 2020, p. 635, note Th. Le Bars et L. Mauger-Vielpeau ; *Gaz. Pal.* 7 avr. 2020, n° 14, p. 66, note A. Depret ; *LPA* 26 mars 2020, n° 151⁵, p. 6, note A. Pando ; *LEDC mars* 2020, n° 3, p. 3, note S. Pellet ; *Defrénois* 2020, n° 9, p. 23, note Fr. Letellier ; *RJPF* 2020-2/14, p. 35, note J. Dubarry et E. Fragu ; *Defrénois* 2020, n° 22-23, p. 44, note I. Dauriac ; *Sol. Not.* n° 19, inf. 10, note G. Yildirim. – N. Allix, *LPA* 26 mars 2021, n° 159¹, p. 7.

29 La question avait une importance pratique certaine dans la mesure où, à cette époque, le conjoint héritier ou légataire était passible des droits de mutation à titre gratuit. Ne pas admettre la qualification civile d'avantage matrimonial impliquait de soumettre la créance aux droits de mutation. – J.-Fr. Pillebout, *Le régime de la participation aux acquêts* : *Litec*, 3^e éd., 2014, n° 278.

30 J.-Fr. Pillebout, *Le régime de la participation aux acquêts* : *Litec*, 3^e éd., 2014, p. 133 s. et les auteurs cités.

31 J.-P. Storck, *Avantages matrimoniaux et régime de participation aux acquêts, détermination de la nature juridique des stipulations permises par*

27 - À titre complémentaire, elle s'est interrogée avec plus d'inquiétude sur la nature juridique des clauses de participation inégales, considérées comme un supplément accordé par le contrat de mariage à l'un des conjoints. Même s'il a été montré avec force que « *puisque l'égalité n'est pas de l'essence du régime de participation aux acquêts, les clauses qui l'écartent ne sont pas étrangères à ce régime ; elles ne constituent donc pas des libéralités et pourront être considérées comme des avantages matrimoniaux* »³², une confirmation était attendue. L'arrêt du 18 décembre 2019 fut donc bienvenu.

28 - Ces trois illustrations parmi d'autres confirment, s'il en était besoin, l'importance de la « conception du Code civil » pour le déploiement de la participation aux acquêts³³. Cette notion devient cependant pernicieuse lorsqu'elle est tirée vers une vision communautariste ou vers la transformation d'une simple proposition de contrat en « régime de référence ».

2° Une conception non contraignante

29 - La notion de régime de référence est suspecte³⁴, qu'on l'applique à un régime conventionnel ou au régime légal. Lui conférer une portée normative conduirait à cloisonner inutilement l'univers des conventions matrimoniales, cette notion n'étant d'aucune utilité pour le déploiement des actions sanctionnant les avantages matrimoniaux.

a) L'unicité de l'univers des conventions matrimoniales

30 - Il convient d'abord de souligner qu'une proposition légale de contrat n'a pas la force d'attraction que beaucoup lui attribuent. Un régime de participation aux acquêts aurait pu être inventé et pratiqué en dehors de toute suggestion légale, par simple mise en œuvre de la liberté des conventions matrimoniales³⁵. En dépit d'exemples disponibles en droit comparé et

de quelques propositions doctrinales³⁶, la pratique ne s'y était pas risquée avant 1965, notamment du fait qu'une partie de la doctrine soutenait que ce régime de participation *in fine* « *paraissait tomber sous le coup de la prohibition des pactes sur succession future, parce qu'il confère à chaque époux des droits sur les biens laissés par l'autre à son décès* »³⁷. En l'état de notre législation, cette alerte n'est plus de mise. Mais il serait paradoxal que l'introduction dans notre code d'un régime indicatif puisse avoir pour effet de limiter la liberté des conventions matrimoniales en imposant une référence à la nouvelle proposition du législateur, *a fortiori* si elle était dénaturée par un point de vue communautariste. Sans suggestion législative, seuls les mécanismes convenus auraient pu être pris en considération. Pourquoi raisonner autrement en présence d'une proposition légale supplétive³⁸ ?

31 - **Régime par défaut.** – Cette modestie des propositions légales de régimes n'a pas lieu de surprendre puisque le régime légal lui-même n'est qu'un régime par défaut. Notre droit international privé le manifeste clairement en soumettant les époux à une loi de rattachement sensée être l'expression de leur volonté implicite. Et pour notre droit interne, la notion de régime légal ne débouche pas davantage sur celle de régime de référence. Avant 1966, lorsque le régime légal était la communauté de meubles et acquêts, doctrine et jurisprudence admettaient que ce régime lui-même ne servit pas d'étalon et puisse être porteur d'avantages matrimoniaux retranchables. Autrement dit la notion centrale était la notion de simples bénéfices, confortée par celle de confusion du mobilier et des dettes, non celle de communauté légale.

Dans une certaine mesure, l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 18 décembre 2019 fournit une nouvelle illustration de cette fonction centrale des simples bénéfices. En effet, en définissant les avantages matrimoniaux en participation aux acquêts comme des profits que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses aménageant le « dispositif légal de liquidation de la créance de participation », il confirme que le régime légal de communauté d'acquêts n'a pas ce rôle central que certains veulent lui donner.

32 - **Ordre public et liberté.** – En définitive, notre système juridique matrimonial ne connaît vraisemblablement qu'une seule référence institutionnelle d'ordre public : le mariage, précisé par le régime primaire et par les quelques dispositions (C. civ., art. 1387 s.) organisant la régularisation des contrats de

L'article 1581, alinéa 2, du Code civil : JCP N 1981, I, p. 355, note 2 bis.

32 J.-P. Storck, *Avantages matrimoniaux et régime de participation aux acquêts, détermination de la nature juridique des stipulations permises par l'article 1581, alinéa 2, du Code civil : JCP N 1981, I, p. 355, n° 23.*

33 Et il convient de ne pas oublier les principes plus généraux, telle l'unicité ou l'irrévocabilité du régime matrimonial, en dépit des tempéraments qui les affectent.

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

35 G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux* : PUF, coll. Thémis, 2^e éd., 1977, p. 157. – A. Colomer, *Régimes matrimoniaux : Litec, 5^e éd., 1992, § 322* : « *La liberté des conventions matrimoniales est plus que la liberté contractuelle du droit commun. Par faveur pour le mariage, le législateur accepte l'insertion dans un contrat de mariage de clauses qui, dans d'autres contrats, seraient entachées de nullité* ».

36 A. Colomer, *Régimes matrimoniaux : Litec, 5^e éd., 1992, § 1222.*

37 M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, t. 8 : 4^e éd. par J. Boulanger, 1951, n.1491, 3^o.*

38 Des formules ont effectivement été proposées pour identifier la participation aux acquêts à une communauté. Mais ces options rédactionnelles ne sont aucunement l'essence de la participation aux acquêts, seulement des hybrides.

La cohérence globale des régimes matrimoniaux n'est pas un rêve, mais l'expression raisonnable de la diversité des pratiques conjugales

mariage. Au-delà règne la liberté des conventions matrimoniales, édictée très ouvertement par l'article 1387 du Code civil : « *La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos [...]* ».

Conjuguant ce principe liminaire³⁹, le code ne fait que proposer plusieurs régimes et quelques options, dans un spectre très large allant de l'égoïsme de la séparation de biens jusqu'à l'élan fusionnel de la communauté universelle.

33 - Marge de manœuvre. – La souplesse de ce système implique que les régimes matrimoniaux ne soient pas des constructions juxtaposées dotées de parois rigides, mais les illustrations d'un vaste espace juridique au sein duquel évoluent de multiples combinaisons sans solution de continuité.

À partir de la séparation de biens, il est possible d'organiser des participations aux acquêts dont le taux ira librement de 1 à 100 % et dont l'assiette des biens originaires sera étroite ou large. À partir de la séparation de biens, il est également possible d'envisager des sociétés d'acquêts, dont la composition n'aura en définitive d'autres limites que celles de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale. Et l'on sait qu'un régime de participation aux acquêts pourra contenir des clauses de partage en nature des acquêts (et non pas seulement de paiement en valeur) technique qui permettra de prévoir une attribution intégrale des biens de l'époux prédécédé⁴⁰. Au sein d'un tel système, les prétendus régimes de référence sont des illustrations détaillées et pertinentes, non des frontières que les actions visant à limiter les avantages matrimoniaux tendraient à faire respecter.

b) La modestie des actions visant les avantages matrimoniaux

34 - Actions en révocation et en retranchement. – Dans le vaste champ de la liberté des conventions matrimoniales, les actions en révocation et en retranchement font figure d'épouvantail pour la pratique notariale, les notaires devant garantir l'efficacité des contrats qu'ils signent. Ces actions sont cependant marginales et n'ont aucune vocation à réduire directement l'étendue de la liberté des conventions matrimoniales. De même que l'action en réduction ne limite pas la liberté testamentaire

(contrairement aux principes de proportionnalité des sanctions ou de temporalité des charges), mais permet aux héritiers réservataires de réduire la portée de certaines dispositions, les actions en retranchement et en révocation n'ont pas pour objet

de redessiner le contrat des époux, pour imposer des « vocations » dont les époux ne seraient pas convenus. D'une finalité limitée, ces actions, dans des cas d'ouverture strictement définis, se bornent à permettre une remise en cause de flux qui eussent été traités comme des libéralités s'ils n'avaient pu bénéficier de la qualification d'avantage matrimonial.

1) Des finalités limitées

35 - Retranchement. – Le retranchement n'intervient qu'à l'initiative d'enfants d'une autre union que celle du régime matrimonial en cause et pour protéger ces enfants, non pas leur auteur défunt. Sanctionner des dispositions ajustant à la baisse la créance de participation type ne reviendrait en définitive qu'à protéger une vocation *post-mortem* « aux revenus *lato sensu* » : même lorsque l'époux créancier de la participation réduite sera l'époux survivant, l'action en retranchement ne pourrait être exercée qu'à son propre décès.

Pour cet époux, le recours à une vocation aux revenus dépassant celle convenue en vue du mariage est sans portée. Et pour ses enfants, le refus d'accepter que la faible créance de participation reçue par leur auteur reste une créance serait leur permettre, non pas de récupérer des fonds que le régime matrimonial de leur auteur aurait transmis au conjoint, mais de recevoir des fonds supplémentaires produits par le conjoint, en contradiction flagrante avec ce qui fonde l'action en retranchement : remplacer l'action en réduction des libéralités excessives⁴¹.

36 - Révocation. – La révocation n'intervient qu'en cas de rupture anticipée de l'union, la doctrine lui trouvant deux raisons d'être :

– la première est la simplification des liquidations. Ici, il n'existe aucun souci d'harmonie patrimoniale. Bien au contraire, cette action peut aboutir à rompre un équilibre global en dissociant le sort des avantages constitutifs de celui des avantages liquidatifs qui auront pu avoir été stipulés à titre de compensation. Ce n'est donc pas ce fondement étranger à toute recherche d'équilibre qui pourrait justifier la remise en cause des clauses tempérant la participation ;

– la deuxième raison d'être est la limitation des effets de dispositions ne correspondant pas au contexte liquidatif résultant

³⁹ Encadrées par des notions devenues relatives, l'immutabilité (tant qu'une modification n'est pas convenue dans les formes légales) et l'unicité (tant que le droit international ne permet pas d'exception).

⁴⁰ J.-Fr. Pillebout, *Le régime de la participation aux acquêts : Litec*, 3^e éd., 2014, p. 209, formule 4, participation intégrale, article 10, attribution intégrale des biens de l'époux prédécédé.

⁴¹ J.-Fr. Pillebout, *Les biens professionnels sous le régime de la participation aux acquêts*, Méth. Champenois : Defrénois 2012, § 14.

du divorce⁴². Cependant, dans un système juridique qui pose la séparation de biens en régime dépourvu d'avantages matrimoniaux, ce mécanisme de la révocation ne doit logiquement tendre qu'à limiter l'importance des flux de participation, non à les accroître. Ce n'est donc pas davantage ce fondement qui justifierait de sanctionner les clauses tempérant la participation aux acquêts.

2) Des mécanismes orientés

37 - La finalité limitée des actions relatives aux avantages matrimoniaux conduit à envisager avec prudence leur mise en œuvre, pour éviter de sanctionner des avantages qui n'en sont pas.

38 - **Retranchement.** – L'action en retranchement est soumise au seuil résultant de la notion de « simples bénéfices » posée par l'article 1527 du Code civil. En deçà de ce seuil, l'action ne peut prospérer. Cette notion est la seule « référence » qui s'impose. La décision de la Cour de cassation du 18 décembre 2019, en acceptant de mentionner le « *dispositif légal de liquidation de la créance de participation* », n'indique pas un nouveau régime de référence, mais l'admission par analogie d'une déclinaison des simples bénéfices différente de celle résultant d'une stricte mise en œuvre de la communauté légale⁴³.

Cette déclinaison ouvre un nouveau débat dont le régime optionnel franco-allemand de participation aux acquêts permet une illustration. Les mécanismes de participation de ce régime intégrant dans les acquêts une fraction des plus-values des biens originaires (en écartant, concernant les biens meubles, la technique de la dette de valeur pour lui préférer une indexation sur l'indice général des prix), ce régime correspond-il à une formulation originale des simples bénéfices⁴⁴ ou caractérise-t-il potentiellement un dépassement du seuil de retranchement des avantages matrimoniaux ? Nous avons penché pour un dépassement⁴⁵ et l'un de nos confrères pour l'opinion contraire⁴⁶.

42 Q. Guiguet-Schiélé, *Daloz actualité*, 23 janv. 2020, qui souligne combien ce fondement rend paradoxal la révocation d'un tempérament spécialement convenu pour le cas de dissolution par divorce.

43 Th. Le Bars, *D.* 2020, p. 635, § 9.

44 Non pas en tant que « proposition légale de régime matrimonial » mais en tant que système cohérent remplaçant la dette de valeur par une indexation permettant de retrouver le nominalisme monétaire sans les embarras de l'érosion monétaire.

45 N. Duchange : *Le régime optionnel franco-allemand et le contrôle des avantages matrimoniaux*, *Defrénois* 2014, p. 1273, n° 10 s. considérant que l'abandon du système de la dette de valeur, cher au droit des successions, appellait l'intervention d'un mécanisme protecteur de l'égalité successorale.

46 Fr. Letellier : *Defrénois* 2020, n° 9, p. 23, mais en raisonnant à partir de la notion de régime de référence que nous contestons. Mériterait cependant d'être étudiée l'idée selon laquelle tout régime faisant appel à un mécanisme ménageant suffisamment les biens originaires pourrait exprimer valablement une version incontestable de la notion de simples bénéfices.

Ce qui est certain, c'est que si la référence à une modalité liquidative exprimant le montant plafond des simples bénéfices est incontournable, le recours à un régime de référence est porteur de contresens : les simples bénéfices, étant une notion destinée à limiter les actions concernant les avantages matrimoniaux, ne peuvent exprimer qu'un montant maximum, en aucun cas un montant minimum. Ramener la comparaison à un régime, c'est oublier cette notion de maximum et ainsi, très déraisonnablement, se trouver conduit à sanctionner les clauses limitant la participation de la même manière que celles la majorant⁴⁷.

39 - **Révocation.** – Concernant la révocation, la distinction entre avantage matrimonial liquidatif et avantage constitutif semble écarter le recours à une référence extérieure au régime concerné. Dans les régimes communautaires, l'existence d'une masse commune dont on ne contrôle pas les modalités constitutives simplifie la question : celui qui reçoit plus de la moitié de cette masse commune bénéficie d'un avantage, révocable à raison de ce surplus. On voit à nouveau combien la notion d'avantage matrimonial est ici vue de façon étroite voire partielle : une société d'acquêts ou d'apports ne comprenant arbitrairement que certains biens ne pourra plus être partagée que par moitié lors du divorce, sans que puissent être prises en compte les singularités de sa composition⁴⁸.

Dans un régime de participation aux acquêts, la production et la conservation séparée des acquêts impose de considérer que celui qui paye une dette de participation, aussi faible soit-elle, ne bénéficie d'aucun avantage matrimonial ; nul besoin de faire référence à un régime extérieur pour contrôler ce point. Mais la détermination du seuil de révocation applicable à celui qui reçoit une créance de participation est plus délicate. Sans doute convient-il d'accepter alors de recourir à la notion de simples bénéfices⁴⁹.

40 - **Apports de l'arrêt du 18 décembre 2019.** – La décision de la Cour de cassation du 18 décembre 2019 a été majoritairement approuvée pour avoir décidé la révocation de la clause d'exclusion des biens professionnels, considérée comme un avantage matrimonial liquidatif. Le doyen Beignier en a parfaitement

47 C'est en cela que l'application de la notion d'avantage matrimonial à un régime participatif, initialement par analogie, conduit à modifier la conception des outils de contrôle par la reconnaissance des limites de l'analogie fondatrice : la production séparée des acquêts implique la reconnaissance de nouvelles frontières patrimoniales. – V. I. Dauriac, *Choisir la société d'acquêts pour l'avantage matrimonial* : *Defrénois* 2012, p. 1276, qui insiste également sur la compréhension des flux : « *exclure de l'entrée en communauté certains biens dans l'intérêt d'un époux ou les en faire sortir à son seul profit c'est [en apparence] économiquement la même chose* » alors que la qualification juridique de ces deux stipulations doit être distinguée, la première consistant à éviter la formation d'un avantage matrimonial, la seconde à en créer un.

48 Sauf action en responsabilité contre le notaire concepteur d'un régime déséquilibré, action dont le champ d'application est bien plus large que celui des actions sanctionnant les avantages matrimoniaux.

49 N. Duchange : *AJ fam.* 2020, p. 126.

Texte de relance à compléter Texte de relance à compléter Texte de relance à compléter Texte de relance à compléter Texte de relance à compléter

résumé le raisonnement : « *La logique juridique du syllogisme employé ici est hors de contestation : les avantages matrimoniaux n'ayant pas pris effet sont révoqués de plein droit par le divorce [majeure] ; la clause d'exclusion des biens professionnels ne prend effet qu'au moment de la liquidation [mineure] ; partant, elle est automatiquement révoquée par le divorce [solution]. Sauf à douter de la deuxième prémisse, que trouver à redire à ce raisonnement ? Bien peu sinon rien* »⁵⁰.

41 - **Syllogisme mal adapté.** – Cependant, la force d'un syllogisme repose d'abord sur la pertinence de son application à la situation en cause. Comme l'a également souligné le doyen Beignier, « *que les avantages matrimoniaux [en général] puissent exister dans la participation aux acquêts ne surprend guère, mais que cette clause [en particulier] reçoive cette qualification n'aurait pas forcément de soi* ».

Or, effectivement l'observation du mécanisme de cette clause révèle que cette qualification est une question de fait avant d'être une question de droit, et que le syllogisme retenu par la Haute Juridiction trouve ici sa faiblesse.

42 - Si les données chiffrées d'une espèce font que l'exclusion augmente la créance du propriétaire des biens professionnels ou crée cette créance par renversement du flux participatif⁵¹, cette clause mérite la qualification juridique d'avantage matrimonial révocable, parce qu'elle apporte au créancier un enrichissement complémentaire issu d'une modalité liquidative⁵².

50 B. Beignier, *Avantages matrimoniaux et participation aux acquêts : nouveaux enseignements, nouvelles pratiques* : JCP N 2020, n° 24, 1129, § 11.

51 V. *supra*, § 6, schéma 5.

52 Concernant les effets de la révocation, lorsque la clause d'exclusion renverse le sens de la participation, deux solutions sont envisageables.

Soit on décide que la liquidation doit intervenir comme si la clause n'avait pas été convenue. L'époux qui était devenu créancier du fait de cette clause redeviendrait alors débiteur.

Soit on retient que, la liquidation avec exclusion étant le seul mécanisme convenu par les époux, seuls les excès de ce mécanisme contractuel doivent être frappés par la révocation. L'époux qui était devenu créancier par maladresse rédactionnelle cesserait ainsi de l'être mais ne deviendrait pas pour autant débiteur de son conjoint. Cette solution nous semble être la seule cohérente puisque, dans une hypothèse où la clause d'exclusion ne ferait que limiter le montant de la dette due par l'époux propriétaire des biens professionnels, cette clause ne mériterait pas d'être concernée par la révocation.

Il reste cependant incontestable, *a fortiori* concernant un régime encore neuf et peu pratiqué, de raisonner à partir d'une clause vicieuse appelée à disparaître (au profit des clauses minorant ou plafonnant la créance de participation), le droit devant d'abord s'inquiéter d'organiser les situations « normales ».

Mais lorsque les données chiffrées d'une espèce montrent que l'exclusion ne fait que limiter l'importance de la dette due par l'époux propriétaire des biens professionnels⁵³, cette clause ne crée pas d'avantage matrimonial et s'écarte donc de la majeure du syllogisme tant vanté. L'exclusion est une composante indissociable du mécanisme qui mesure la dette dont il va

devoir s'acquitter ; et le fait de devoir s'acquitter d'une dette, aussi faible soit-elle, est pour cet époux un inconvénient patrimonial et donc un inconvénient matrimonial car résultant de son mariage.

43 - Outre qu'elle ne nécessite pas une correction de l'article 265 du Code civil⁵⁴, cette solution respectueuse de chaque espèce nous semble « légitime et opportune », car les actions limitatrices des avantages matrimoniaux n'ont pas pour finalité de corriger en équité la convention des époux. Elles ne pourront pas offrir une indemnisation à l'époux séparé de biens, une vocation communautaire à l'époux simplement participant aux acquêts, une compensation à l'époux qui aura seul abondé la communauté par son travail. En choisissant un régime matrimonial, les époux retiennent des techniques que ces actions ne pourront changer⁵⁵ : leurs régimes respectifs ne comportent que les outils juridiques dont ils ont fait choix lors de leur contrat et qui s'imposent à eux à défaut de changement de régime matrimonial. C'est pourquoi il faut user prudemment des raisonnements par analogie entre les régimes.

44 - La liberté des conventions matrimoniales suppose qu'il n'y ait pas de rupture logique entre les régimes, mais un *continuum* exprimé par la diversité des contrats. Laisser vivre la séparation de biens, mais contrarier la minoration de la participation, en négligeant les flux économiques, en tordant une qualification juridique et en donnant aux actions contrôlant les avantages matrimoniaux une portée qu'elles n'ont pas, c'est établir des cloisonnements entre des dispositions contractuelles qui ont vocation à se mêler et à se compléter, non à s'opposer. La cohérence globale des régimes matrimoniaux n'est pas un rêve, mais l'expression raisonnable de la diversité des pratiques conjugales. Tout notaire sait qu'entre des époux séparés de biens

53 V. *supra*, § 6, schéma 4.

54 Même s'il est indéniable que la rédaction initialement proposée au Parlement était bien plus opportune que celle finalement votée. – V. S. Gaudemet, *Sort des libéralités et des avantages matrimoniaux au divorce, pour en finir avec de dernières difficultés*, Mél. Grimaldi : Defrénois 2020, p. 423, § 17.

55 Ainsi, en communauté, pas de vente entre époux d'un bien commun.

ayant précisé dans leur contrat le diamètre des couvercles de leurs casseroles et des époux séparés de biens n'ayant fait aucun compte entre eux au fil des jours, l'identité de régime matrimonial n'est que de façade⁵⁶. Seule une conception

fluide des régimes matrimoniaux correspond à cette réalité de terrain⁵⁷. Jean Carbonnier le soulignait : pour mettre en œuvre la vraie justice, il faut « *une règle de plomb qui épouse les contours de la chose mesurée* »⁵⁸. ■

L'essentiel à retenir

La participation aux acquêts est un régime matrimonial autonome, très différent de celui de la communauté.

Elle propose des mécanismes originaux permettant de tempérer les rigueurs de la séparation de biens pure et simple sans passer par la constitution d'une masse commune.

Malheureusement ce régime est aujourd'hui encore mal compris.

1°) Participer aux acquêts, c'est bénéficier d'une créance résultant de l'aménagement conventionnel d'une séparation de biens.

2°) Le Code civil propose un régime de participation aux acquêts nettement séparatiste.

3°) Les acquêts de communauté sont produits indistinctement par les époux puisque le régime de communauté ne prévoit aucun outil de mesure des contributions respectives des époux. Au contraire, les acquêts de participation sont produits séparément par les époux dans le cadre d'un régime qui repose sur la mesure des acquêts respectifs. La construction des avantages matrimoniaux s'effectue donc de manière totalement différente dans chaque régime.

4°) Une faible participation reste un ajustement de la séparation de biens et génère un avantage matrimonial pour celui qui la reçoit (et, corrélativement, un inconvé-

nient patrimonial et matrimonial pour celui qui la paye).

5°) Le Code civil admet un régime de séparation de biens qui n'emporte aucun avantage matrimonial. Dans un contexte de liberté des conventions matrimoniales, aucune action ne peut donc tendre à réviser un régime matrimonial pour *accroître* les avantages matrimoniaux convenus entre les parties.

6°) Toute clause d'exclusion de certains biens pour le calcul de la créance de participation est viciée car elle peut entraîner un renversement ou un renforcement non souhaité de la créance de participation. Pour cette raison elle devrait être écartée outre qu'il est hasardeux de raisonner à partir d'une telle clause pour comprendre le jeu des avantages matrimoniaux en matière de participation aux acquêts.

7°) Les clauses prévoyant un taux de participation inférieur à 50 % ou un plafonnement de la participation sont pertinentes pour tempérer le régime de la séparation de biens. Ayant pour effet de *limiter* une créance constitutive d'un avantage matrimonial résultant de la nature même du régime (et non d'une libéralité), ces clauses n'ont pas vocation, en elles-mêmes, à être sanctionnées par les actions en retranchement ou en révocation des avantages matrimoniaux.

56 Conduit à la même observation la jurisprudence de la Cour de cassation développant une conception extensive des contributions aux charges du mariage au point de rendre parfois la séparation de biens plus fusionnelle que la communauté : A. Karm, *Les mutations des créances entre époux*, *Mél. Champenois : Defrénois 2012*, § 2 s., et la jurisprudence citée.

57 Fr. Terré et Ph. Simler, *Droit civil : les régimes matrimoniaux : Précis Dalloz*, 5^e éd., 2008, § 151 : « *La perspective d'un régime matrimonial adapté aux besoins variables des divers couples est de nature à favoriser le mariage* ».

58 Cité par M. Villey, *Philosophie du droit : Précis Dalloz*, 1979, n° 241.