

Jurisqueuseur Ingénierie du patrimoine, fasc. 560

Avantages matrimoniaux : approche pratique

Nicolas Duchange

Notaire associé à Roubaix

Définition

L'avantage matrimonial pécuniaire est un avantage patrimonial en nature ou en valeur procuré à l'un des époux, pris en qualité de copartageant ou de participant, et qui résulte du fonctionnement du régime matrimonial.

L'avantage matrimonial est soumis à un régime hybride variable selon sa nature et les circonstances déterminant les possibilités de retranchement et/ou de révocation.

(ne sont pas traités ici les avantages matrimoniaux n'ayant pas d'incidence pécuniaire directe, telles les clauses d'attribution préférentielles moyennant indemnité)

Textes

C. civ., art. 265 et 1527

Références

JCl. Ingénierie du patrimoine, fasc. 525, V° Séparation de biens avec adjonction d'une société d'acquêts.

JCl. Notarial Formulaire, fasc. 100, V° Régimes matrimoniaux.

Sommaire

Objectifs.....	1
Mise en oeuvre.....	3
Méthode des quatre questions éliminatoires....	4
Mise en oeuvre des questions au travers de cas pratiques	34

I Objectifs

1. Apporter une vision concrète des avantages matrimoniaux. - Concernant la portée des avantages matrimoniaux pécuniaire, la doctrine est incertaine. Cinq raisons à cela :

- la matière concerne deux situations différentes, la révocation en cas de divorce et le retranchement en cas de succession, entre lesquelles le Code civil ne jette aucune passerelle, la réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004 ayant accru les difficultés d'interprétation ;

- le principal texte de référence, l'article 1527 du Code civil, a été rédigé en pensant aux régimes de communauté. La création par la loi d'un régime de participation aux acquêts et l'intérêt renouvelé de la doctrine pour la séparation de biens avec adjonction d'une société d'acquêts a donc opposé les tenants d'une lecture restrictive aux promoteurs d'une lecture fonctionnelle ;

- la jurisprudence, rare, s'est bâtie au fil des cas d'espèce qui lui ont été soumis. Face à des requêtes visant des maladresses rédactionnelles ou des circonstances économiques aux

conséquences inévitables, elle peine à dégager une définition de l'avantage matrimonial permettant d'avoir une vision claire des qualifications qu'il conviendrait d'appliquer aux stipulations matrimoniales ;

- les commentateurs se sont trop souvent contentés d'une approche abstraite dépourvue de données chiffrées, ce qui les a amenés à qualifier certaines clauses de manière trop rigide, sans voir que leurs effets variaient en fonction des circonstances de fait ;

- de nombreux auteurs ont eu tendance à traiter le régime de la participation aux acquêts d'un point de vue communautariste, négligeant le fait que les acquêts de participation ne sont pas des biens communs ; mais d'autres auteurs ont observé les régimes de communauté avec un regard trop séparatiste, oubliant à quel point les acquêts de communauté sont issus indistinctement de la collaboration informelle des deux époux.

Prenant fermement parti pour une conception unitaire des avantages matrimoniaux, le présent fascicule propose une méthode simple permettant d'analyser les stipulations matrimoniales. Cette méthode s'attache à respecter la cohérence de tous les mécanismes en cause, tout en considérant que, dans le cadre d'une présentation axée sur les aspects pratiques de l'avantage matrimonial, la controverse classique relative à la nature juridique de l'avantage matrimonial est de portée limitée. « Son régime hybride est-il la conséquence de sa nature variable, le résultat d'une fiction ou d'une disqualification légale ou bien un parti pris législatif qu'autorise son extériorité à la distinction du titre gratuit et du titre onéreux ? A vrai dire, peu importe. » (*C. Brenner, Notion et évaluation des avantages matrimoniaux : Actes pratiques et stratégie patrimoniale, 2^{ème} trim. 2008, n° 2.*

- Pour une présentation théorique, v. *B. Beignier, Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? : Mél. A la mémoire du professeur Bruno Oppetit, Litec, 2010, p. 33).*

Par un important arrêt du 18 décembre 2019 (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, A. Karm ; JCP G 2020, 225, J.-R. Binet ; Dr. famille 2020, comm. 44, S. Toricelli-Chrifi ; Dalloz actualité, 23 janv. 2020, Q. Guiguet-Schiélé ; AJ fam. 2020, p. 126, note N. Duchange ; RTD civ. 2020, p. 175 et 178, note B. Vareille ; 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° 62, 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. 2020, n° 19, inf. 10, note G. Yildirim ; Actes pratiques et stratégie patrimoniale n° 1, Janvier 2020, 1, comm. D. Guillou et B. Roman ; JCP N 2020, n° 24, 1129, et Dr. Famille février 2021, étude 5 par B. Beignier), la Cour de cassation a confirmé que le régime de la participation aux acquêts était éligible aux avantages matrimoniaux. Cette décision a cependant suscité des interrogations quant à ses conséquences pratiques, interrogations qui seront envisagées au fil du présent fascicule. A propos d'une espèce similaire, cette jurisprudence a été confirmée (Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2021, n° 19-25.903, Defrénois 22 avril 2021, 200k1, p. 9, JCP N 2021, n° 23, act. 597, obs. S. Bernard).

2. Faire le lien entre les contraintes juridiques et les ambitions rédactionnelles. - Cette méthode est ensuite mise en œuvre au travers d'une dizaine de cas pratiques. Les solutions proposées, parfois différentes de celles exposées ailleurs, tendent à privilégier les stipulations dotées d'une bonne prévisibilité, gage de sécurité juridique. Elle sont inspirées par deux convictions fortes :

- Les régimes matrimoniaux ne sont 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.

- Les actions en révocation et en retranchement des avantages matrimoniaux sont de portée limitée et n'ont pas pour finalité de corriger en équité la convention des époux. En choisissant un régime matrimonial, les époux décident de la nature et de l'ampleur des avantages matrimoniaux susceptibles de les concerner : aucun sous la séparation de biens

pure et simple, limités et mesurables sous la participation aux acquêts, importants et imparfaitement mesurables sous la communauté.

II Mise en œuvre

3. Méthode et applications pratiques. - La méthode proposée consiste à répondre successivement à quatre questions binaires tout en conservant à l'esprit que ce qui forme un avantage pour l'un des époux est nécessairement un inconvénient pour l'autre : ils ne sont que deux (*contra à propos d'une société d'acquêts, P.-J. Claux et S. David, Droit et pratique du divorce : Dalloz référence, 3^{ème} éd. 2015, n° 231.31 : « une telle clause avantage l'un des époux, ou même les deux »*).

Attention

L'ordre de ces questions est important : à chaque fois, une réponse négative conduit à conclure définitivement à l'absence de remise en cause de l'avantage matrimonial, une réponse positive à se poser la question suivante.

Les questions doivent être posées successivement, d'abord du point de vue d'un époux puis du point de vue de son conjoint, en prenant garde au fait que les avantages retranchables s'apprécient dans leur ensemble.

Les quatre questions sont les suivantes :

- s'agit-il d'un avantage patrimonial ?
- s'agit-il d'un avantage matrimonial (et non pas d'une libéralité) ?
- s'agit-il d'un avantage matrimonial retranchable ?
- subsidiairement, en cas de divorce, est-on en présence d'un ou de plusieurs avantages matrimoniaux retranchables liquidatifs (et donc de ce fait révocables), pris séparément ?

Une fois cette méthode détaillée (A), quelques situations récemment évoquées en doctrine seront étudiées au moyen de cas pratiques (B).

A°) Méthode des quatre questions éliminatoires

1. Première question : l'époux concerné bénéficie-t-il d'un avantage patrimonial ?

4. Avantage matrimonial et libéralité : des avantages patrimoniaux. - Une libéralité résulte du cumul d'un élément matériel, un appauvrissement du disposant emportant un enrichissement du gratifié, et d'un élément moral, une intention libérale du disposant (*F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, Les successions, les libéralités : Dalloz, 4^{ème} éd. 2013, n° 252*).

Or, par son premier alinéa, l'article 1527 du Code civil vient limiter le champ d'application de cette définition en posant ce que certains ont appelé une présomption irréfragable d'onérosité : « les avantages que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses d'une communauté conventionnelle, ainsi que ceux qui peuvent résulter de la confusion du mobilier ou des dettes, ne sont point regardés comme des donations » (*C. Brenner, Notion et évaluation des avantages matrimoniaux : Actes pratiques et stratégie patrimoniale, 2^{ème} trim. 2008, n° 11, qui mentionne le caractère irréfragable des présomptions légales d'onérosité et de gratuité, tout en prenant soin de préciser : « à supposer qu'il s'agisse d'une présomption et non d'une règle de fond »*).

La portée de cette exception est cependant elle-même limitée par le premier membre du second alinéa de l'article 1527 prévoyant par contre-exception une présomption irréfragable de gratuité qui permet de traiter l'avantage comme une libéralité sans avoir à s'inquiéter d'une intention libérale : « au cas où il y aurait des enfants qui ne seraient pas issus des deux époux, toute convention qui aurait pour conséquence de donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1094-1 (...) sera sans effet pour tout l'excédent ».

Il y a alors retour vers le droit commun des libéralités, avec cette particularité que l'élément moral est réputé acquis et que seul importe la mesure de l'élément matériel, l'appauvrissement de l'époux disposant. On voit ainsi qu'à défaut d'un tel élément matériel, c'est-à-dire à défaut d'appauvrissement pour cet époux, il ne peut y avoir d'avantage matrimonial pour son conjoint.

5. L'avantage matrimonial peut naître du contrat mais aussi de la loi - En disposant que « les avantages que l'un ou l'autre des époux peut retirer *des clauses* d'une communauté conventionnelle (...) ne sont point regardés comme des donations » le premier alinéa de l'article 1527 du Code civil peut paraître limiter les avantages matrimoniaux aux effets des stipulations des contrats de mariage. Cette apparence est trompeuse. D'une part les « simples bénéfiques » résultant du régime légal actuel sont bien des avantages matrimoniaux. Mais ce sont des avantages « simples », c'est-à-dire non retranchables (*E. Rousseau, De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial : Mél. en l'honneur du professeur Gérard Champenois. Liber amicorum, Defrénois 2012, p. 722* : « La communauté légale [d'acquêts] est nécessairement génératrice d'avantages matrimoniaux ». Mais elle est « le degré zéro de l'avantage matrimonial retranchable »). D'autre part, à l'époque où le régime légal était celui de la communauté de meubles et acquêts, la doctrine, suivie par la Cour de cassation, insistait déjà sur le fait que l'existence objective du profit est beaucoup plus importante que l'intention des époux (*F. Lucet, Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux, thèse Paris II, 1987, n^{os} 413 et 435, et les nombreuses décisions mentionnées*).

Remarque

Pour s'en convaincre, il suffit de relire Ripert et Boulanger (*G. Ripert et J. Boulanger, Traité élémentaire de droit civil de Planiol, refondu et complété : LGDJ 1951, tome 3^{ème}, n^o 2765*) : « La simple application du régime de communauté légale [de meubles et acquêts] peut avoir pour effet de procurer un avantage considérable à l'un des conjoints aux dépens de l'autre. Il suffit qu'il y ait inégalité entre leurs apports actifs et passifs. Donneront donc lieu à réduction : 1^o) la confusion du mobilier dans la communauté légale, si l'époux qui a des enfants d'un premier lit est plus riche que l'autre en valeurs mobilières au moment du mariage, ou s'il recueille plus tard des successions mobilières (*CA Paris, 30 nov. 1910 : D. 1915, 2, 9, note De Loynes. - Cass. civ. 12 janv. 1915 : D. 1919, 1, 858*). Ce dernier point avait fait doute dans l'ancien droit (...) mais l'affirmative s'impose dès lors que l'on fait abstraction de l'intention libérale chez le de cujus et que l'on considère uniquement le fait matériel de l'enrichissement du second conjoint. 2^o) La confusion des dettes si l'un des époux a des dettes nombreuses, qui tombent en communauté d'une manière définitive, comme n'étant pas relatives à des propres. »

Cette vérité est souvent méconnue depuis la réduction aux acquêts du régime légal (à titre d'illustration : *X. Guédé et F. Letellier, Rapport du 111^{ème} congrès des notaires de France, 2015, n^o 2333, note 494, soutenant, à tort selon nous, que « depuis le 1^{er} février 1966, date d'entrée en vigueur du régime supplétif de la*

communauté d'acquêts, le régime conventionnel de la communauté de meubles et acquêts (ancien régime légal) est devenu un avantage matrimonial... alors qu'avant il était le régime de référence... »).

C'est bien dire à la fois que tout avantage patrimonial mérite d'être suspecté comme avantage matrimonial, mais que, réciproquement, du point de vue de l'autre époux, tout inconvénient patrimonial ne peut être un avantage matrimonial – ce que la doctrine la plus classique souligne en admettant la compensation des avantages de sens contraires (*G. Ripert et J. Boulanger, Traité élémentaire de droit civil de Planiol, refondu et complété : LGDJ 1951, tome 3^{ème}, n° 2768 : « Ces avantages doivent être appréciés dans leur ensemble : il ne faut pas les dissocier pour retenir uniquement les règles favorables au second conjoint, alors que celui-ci peut souffrir de l'application d'autres règles. »*).

6. Niveau zéro de l'avantage matrimonial : le régime de la séparation de biens. - Pour tendre efficacement à écarter les manœuvres matrimoniales, tout en respectant la liberté des conventions matrimoniales,

- tous les régimes matrimoniaux doivent être traités par référence à un même étalon et non pas seulement par rapport aux dispositions supplétives des cadres légaux ;

- mais il convient également de respecter les mécanismes juridiques propres à chaque régime :

* sous la communauté aucune mécanisme liquidatif (sauf reprise ou récompense) ne permet d'établir l'origine des acquêts ; le partage par moitié des acquêts doit donc être réputé n'avantager aucun époux.

* tandis que sous la participation aux acquêts le sens des flux de participation indique nécessairement quel est l'époux avantagé. La référence à la séparation des biens, structure préparatoire de ce régime, s'impose donc.

Remarque

L'absence d'avantage, c'est l'absence de mariage plus que l'absence de contrat de mariage (*G. Ripert et J. Boulanger, Traité élémentaire de droit civil de Planiol, refondu et complété : LGDJ 1951, tome 3^{ème}, n° 2766 : « En réalité, la loi envisage le résultat obtenu et non le moyen qui a été utilisé. (...) Peu importe que ce soit par le simple jeu des règles légales »*). Lorsqu'une personne fortunée épouse une personne démunie, cette dernière bénéficie, ne serait-ce que par son changement de train de vie, d'avantages pécuniaires qui, de par leur fréquence et leur importance, emporteraient vite la qualification de libéralité s'ils étaient consentis entre personnes étrangères - ou celle de complément de rémunération s'ils étaient accordés à un salarié.

Ce point est important : il montre qu'il ne peut y avoir deux notions distinctes d'avantages matrimoniaux, l'une concernant le divorce et l'autre la succession, mais au contraire une notion unique passible de deux régimes juridiques différents, la révocation, applicable en cas de divorce, et le retranchement, concernant certaines successions. Car, dans les deux cas, la problématique est la même : il s'agit de prendre en compte un mécanisme qui avantage un époux du fait de son mariage.

En raison des obligations pécuniaires inhérentes au mariage, il est cependant préférable de considérer que ce n'est pas le célibat mais le régime de la séparation de biens qui s'impose comme niveau zéro des avantages matrimoniaux (cf. Q. Guiguet-Schiélé, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux. Essai pour une fiction disqualificative*, Dalloz coll. Nouv. Bibl. des th., vol. 146, 2015, spéc. p. 373, proposant que ce soit l'absence de régime matrimonial qui serve d'étalon). Il ne s'agit pas d'un « postulat » mais de la conclusion d'une observation simple : ce régime ne contient aucun mécanisme avantagant l'un ou l'autre des époux et fait perdurer entre les époux la séparation patrimoniale qui existait avant leur mariage – au point qu'on a pu parler à son propos de « non régime matrimonial ». Tel qu'établi par le Code civil, il ne laisse aucune

place pour des transferts en dehors de ceux propres au mariage. Sauf utilisation astucieuse de la notion de contribution aux charges du mariage issue d'une jurisprudence récente de la Cour de cassation (*critiquée par A. Karm, Les mutations des créances entre époux : Mél. en l'honneur du professeur Gérard Champenois. Liber amicorum, Defrénois 2012, p. 453 s.*), avantager un conjoint strictement séparé de biens suppose une libéralité.

Le législateur reconnaît indirectement cette situation lorsqu'il pose la séparation de biens en dernier recours pour tous les autres régimes, que ce soit par le jeu de la séparation judiciaire de l'article 1443 du Code civil, par celui de la liquidation anticipée de la créance de participation, organisée à l'article 1580 du Code civil, ou par celui de la séparation de corps et de biens.

Remarque

Le professeur P. Murat résume bien l'embaras d'une partie de la doctrine sur cette question (*P. Murat, Les régimes matrimoniaux et les régimes « pacsimoniaux » à l'épreuve de la rupture des couples : JCP N 2011, n° 25, 1206*) : « On a essayé de soutenir que la notion d'avantage matrimonial se limite seulement aux mécanismes qui ont pour effet d'augmenter les droits de son conjoint, et qu'elle n'inclut pas des mécanismes qui ont pour effet simplement d'augmenter ses propres droits : mais c'est prendre pour point de référence la séparation de biens, là où la participation aux acquêts comporte indéniablement aussi une *vocation communautaire*. Bref, se trouve posée l'inextricable question du régime de référence et la question de savoir ce contre quoi prémunit le régime juridique de l'avantage matrimonial. »

Toutefois, cette vision communautariste de la participation aux acquêts néglige le fait que les acquêts de participation, du fait que chaque époux génère sous ce régime séparatiste ses propres acquêts, ne sont pas des biens communs et ne donnent lieu à aucune vocation communautaire (N. Duchange, *Qu'est-ce donc que participer aux acquêts*, JCP N 2021, n° 37, 1285, § 16 s.).

La référence à la séparation de biens semble cependant incontournable, pour des raisons tenant à :

- la logique successorale : un descendant ne saurait être titulaire d'une action en retranchement qu'en vue de réparer le préjudice que le régime matrimonial de son ascendant lui cause et non pas à l'effet de compléter un avantage que ce régime ne lui accorde que de façon imparfaite ;
- la logique juridique : l'exception (l'ouverture de l'action en retranchement) à une exception (l'avantage matrimonial n'est pas considéré comme une libéralité) ne doit pas permettre d'aller au-delà du principe (la réduction de la libéralité) ;
- la logique matrimoniale : la notion d'avantage matrimonial ayant été bâtie pour reconnaître l'importance de la collaboration informelle des époux, on peut comprendre la tendance consistant à reprocher à un époux bénéficiant d'un aménagement séparatiste de n'avoir pas eu une intention participative suffisante, d'avoir tiré de son contrat de mariage un avantage par limitation de la vocation naturelle de son conjoint à une répartition des fruits de l'union. Mais cette tendance conduirait à considérer le régime de la séparation de biens comme le régime le plus porteur d'avantages matrimoniaux sanctionnables (cf. F. Letellier, JCP N 2008, 1150) , et à admettre que l'action protectrice de la loi devrait tendre à une indemnisation du conjoint ainsi désavantagé (et non uniquement à une sanction du conjoint trop avantagé). Or cela renverserait totalement la conception actuelle qui voit dans la séparation de biens un régime dépourvu d'avantages matrimoniaux - ainsi que l'a récemment confirmé à plusieurs reprises la Cour de cassation (Civ. 1^{ère}, 22 janvier 1991, pourvoi n° 89-13.412, Bull. 1991, I, n° 24 et Civ. 1^{ère} 19 décembre 2012, pourvoi n° 11-25.288) - et nous rapprocherait singulièrement du droit anglais qui tempère son absence de régime matrimonial par d'importantes compensations judiciaires au conjoint, tant en cas de divorce qu'en cas de décès (H. Peisse et L. Sauvé, *Les couples franco-anglais face au décès*, Defrénois 2019, no 47, 151r2).

Attention

Il convient de poser cette question de l'existence d'un bénéfice patrimonial en premier lieu, une réponse négative permettant de conclure définitivement à l'absence d'avantage matrimonial pour l'époux en cause, sans avoir à envisager les autres questions. En cas de divorce, chaque question doit être posée avantage par avantage, la révocation étant automatique pour tous les avantages liquidatifs, sans compensation entre eux ni avec les avantages constitutifs (v. n^{os}32 s.). *Pour l'exposé de thèses en faveur d'une dualité de la notion d'avantage matrimonial, voir infra, n^o 26 s.*

2. Deuxième question : l'époux concerné bénéficie-t-il d'un avantage de nature matrimoniale ?

7. Distinction entre avantage matrimonial et libéralité. - Une fois établi qu'un époux retire un avantage patrimonial de son régime, il est naturel de rechercher à qualifier le mécanisme emportant attribution de cet avantage. En alternant présomption de gratuité et présomption d'onérosité, la doctrine oppose la qualification de libéralité à celle d'avantage matrimonial. Ce qui permet d'emblée d'observer que l'action en retranchement des avantages matrimoniaux, simple substitut de l'action en réduction des libéralités, ne pourra pas avoir plus d'incidence sur un avantage patrimonial que l'action en réduction n'en aurait eu si cet avantage avait été qualifié de libéralité.

Pour distinguer ces deux notions, la doctrine considère que l'avantage matrimonial est « un profit procuré, en qualité de copartageant, à l'un des époux et résultant du fonctionnement du régime matrimonial » (F. Lucet, *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux : thèse Paris II, 1987, n^o 432*). Elle souligne généralement que « l'avantage matrimonial naît seulement de ce qui est mis en commun et non pas de ce qui est écarté » (E. Rousseau, *De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial : Mél. en l'honneur du professeur Gérard Champenois. Liber amicorum, Defrénois 2012, p. 717*). Autrement dit, les avantages concernent la composition et la répartition des acquêts. Les biens propres, parce que chaque époux en est resté propriétaire seul, ne peuvent être attribués à titre gratuit que par libéralité (F. Collard, *JCl. Notarial Formulaire, V^o Régimes matrimoniaux, fasc. 100, n^{os} 10 s. et les références citées*).

Remarque

La doctrine la plus récente pose une alerte : un régime limitant la définition des acquêts peut conférer à un époux un important avantage patrimonial résultant indirectement de son régime matrimonial (Ph. Simler, *Régime juridique de la société d'acquêts adjointe à une séparation de biens : Defrénois 2012, 111f3, § 32 et note 56*. N. Duchange, *Plafonner la créance de participation en fonction de la valeur de la dernière résidence principale*, JCP N 2019, n^o 39, 1282, p. 34).

Il convient toutefois de rappeler que les actions sanctionnant les avantages matrimoniaux n'ont pas pour vocation de redessiner le contrat des époux : d'une finalité limitée, ces actions, dans des cas d'ouverture strictement définis, se bornent à remettre en cause des flux qui eussent été traités comme des libéralités s'ils n'avaient pu bénéficier de la qualification d'avantage matrimonial. Elles ne peuvent tendre à créer des flux que les époux n'ont pas prévus dans leur contrat (N. Duchange, *Qu'est-ce donc que participer aux acquêts*, JCP N 2021, n^o 37, 1285, § 34).

8. Avantage matrimonial et régimes de communauté. - Pour les régimes de communauté, cette définition de l'avantage matrimonial (v. n^o 7) est pour ainsi dire naturelle s'agissant des régimes en vue duquel l'article 1527 du Code civil a été rédigé. Parce qu'elle n'est qu'une « communauté librement dessinée » (F. Collard, *JCl. Notarial*

Formulaire, V° Régimes matrimoniaux, fasc. 100, n° 20), la doctrine et le jurisprudence admettent également d'appliquer cette notion à la société d'acquêts venant ajuster une séparation de biens même si, comme nous l'envisagerons plus loin, elle est hésitante sur la méthode à retenir pour chiffrer les avantages qui pourront en résulter.

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

Remarque

La question a été posée de savoir si les époux pourraient qualifier de libéralité un avantage matrimonial. La réponse semble négative (*C. Brenner, Notion et évaluation des avantages matrimoniaux : Actes pratiques et stratégie patrimoniale, 2^{ème} trim. 2008, n° 11* : « les rédacteurs de contrats de mariage, non seulement ne peuvent écarter la qualification légale de donation lorsqu'elle s'impose, mais ne peuvent non plus valablement contredire la présomption d'onérosité par des clauses qui soumettraient l'avantage matrimonial au régime des donations »). Cependant la rédaction du contrat sera déterminante. Ainsi des époux seraient fondés à convenir d'attribuer par institution contractuelle leur part de moitié des biens communs au conjoint survivant. Une telle disposition ne ferait que prolonger le fonctionnement du régime matrimonial lui-même par une libéralité prenant assiette sur le résultat de la liquidation matrimoniale.

9. Avantage matrimonial et régime de la participation aux acquêts. - Concernant le régime de la participation aux acquêts, régime séparatiste en cours d'union, la notion même d'avantage matrimonial a été débattue (*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, 355, note 2 bis*).

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

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

La première proposition aurait fait perdre à ce régime ses caractéristiques matrimoniales, le réduisant à une séparation de biens complétée par des institutions contractuelles entre époux. La seconde proposition aurait permis de porter des atteintes illimitées aux droits des héritiers réservataires.

Remarque

Pour écarter ces conséquences néfastes, plusieurs considérations avaient été mises en avant :

- la clause de participation procède du fonctionnement du régime matrimonial et les acquêts y ont, dans leur ensemble, une affectation matrimoniale (*G. Cornu, Les régimes matrimoniaux : PUF, 2^{ème} éd. 1977, p. 690, qui souligne l'existence d'un élément d'affectio societatis pendant le fonctionnement même du régime de participation aux acquêts*) ;
- des indices tirés de la rédaction des textes incitent à reconnaître l'existence d'avantages matrimoniaux notamment le deuxième alinéa de l'article 1581 du Code civil et le premier alinéa de l'article 1524 du Code civil prévoyant tous deux une attribution intégrale des acquêts seulement pour le cas de survie (*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, 355, n° 13) ;

- l'analogie est si forte entre le régime de la participation aux acquêts et celui de la communauté d'acquêts qu'elle justifie l'application à la seconde des solutions admises pour la première (*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, 355, n° 22*).

Cette question a été tranchée avec force par la Cour de cassation dans son arrêt du 18 décembre 2019 (cité supra, n° 1, avec ses références) : « Les profits que l'un ou l'autre des époux mariés sous le régime de la participation aux acquêts peut retirer des clauses aménageant le dispositif légal de liquidation de la créance de participation constituent des avantages matrimoniaux ». Sur ce point, elle a fait l'objet d'une approbation unanime des commentateurs.

Attention

Un doute avait été exprimé concernant une créance de participation dépassant la moitié du surplus d'acquêts de l'époux débiteur, au motif d'une rupture d'égalité des époux quant à la répartition des acquêts (*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, 355, n° 2* : « on peut s'interroger sur la nature juridique de ce supplément accordé par le contrat de mariage à l'un des conjoints : s'agit-il d'une libéralité ou d'un avantage matrimonial ? ». - *C. Brenner, Notion et évaluation des avantages matrimoniaux : Actes pratiques et stratégie patrimoniale, 2^{ème} trim. 2008, n° 34*). De ce point de vue, il conviendrait d'admettre que la répartition égalitaire des acquêts procéderait d'un avantage matrimonial simple tandis que toute stipulation inégalitaire serait constitutive d'une libéralité entre époux.

Cependant, il a été montré avec force que « puisque l'égalité n'est pas de l'essence du régime de participation aux acquêts, les clauses qui l'écartent ne sont pas étrangères à ce régime ; elles ne constituent donc pas des libéralités et pourront être considérées comme des avantages matrimoniaux » (*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, 355, n° 23*). Et il a été souligné que, s'agissant d'un mécanisme liquidatif unique portant sur des acquêts, rien ne justifie qu'on qualifie d'avantage matrimonial simple l'attribution de la première moitié des acquêts (simples bénéfiques) et de libéralité l'attribution en vertu de la même clause au même conjoint de la seconde moitié des acquêts, l'article 1581 du Code civil ne faisant aucune distinction entre ces deux niveaux de répartition.

Une fois admise l'existence pour tous les régimes d'un critère fondamental de l'avantage matrimonial (*E. Rousseau, De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial : Mél. en l'honneur du professeur Gérard Champenois. Liber amicorum, Defrénois 2012, p. 713* : « La volonté de mise en commun et de partage, l'intention participative exprimée dans le mariage, s'impose comme critère systématique et fondamental de l'existence de l'avantage matrimonial »), la deuxième question de notre approche pratique est induite par des données simples :

- la définition et l'attribution des biens mis en commun ou soumis à participation relèvent des avantages matrimoniaux ;
- les transferts à titre gratuit de biens propres (ou originaires) sont des libéralités.

3. Troisième question : l'époux concerné bénéficie-t-il d'un avantage retranchable?

a. Condition du retranchement de l'avantage matrimonial

10. Présence d'un enfant non commun. - À ce niveau du questionnement, nous sommes face à un avantage matrimonial bénéficiant de la présomption d'onérosité posée par le premier alinéa de l'article 1527 du Code civil. En présence – et en présence seulement – d'un enfant non commun, se pose la question du retranchement de cet avantage.

Remarque

Au niveau de l'étude des mécanismes juridiques, la notion d'avantage matrimonial est-elle indépendante des cas d'ouverture des actions qui la concerne, retranchement ou révocation ? Cette question importante est abordée infra, n° 26 s. à propos de la quatrième question. Toutefois, il convient de préciser ici que, de notre point de vue admettant une conception unitaire de l'avantage matrimonial :

- la définition des caractéristiques de l'avantage matrimonial retranchable conditionne l'existence d'un avantage révocable : un mécanisme chiffrable ne débouchant pas sur un avantage qui, considéré isolément, serait retranchable, ne pourra pas déboucher sur un avantage révocable (ainsi, l'attribution de la moitié des acquêts ordinaires, ne formant pas un avantage retranchable, ne pourra pas être donner lieu à un avantage révocable) ;
- mais chaque type d'avantage, retranchable ou révocable, conserve son régime juridique : bien évidemment, la question d'une action en révocation pourra se poser même en l'absence d'enfant non commun. Et, lors du décès d'un ex-époux dont le divorce n'aura pas emporté révocation d'un avantage matrimonial constitutif (par exemple de son apport à communauté), devra se poser la question du retranchement de cet avantage.

b. Exception concernant le retranchement de l'avantage matrimonial

11. La difficulté de la question du retranchement de l'avantage matrimonial vient de la contre-exception posée par la fin du deuxième alinéa de l'article 1527 du Code civil : « les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants d'un autre lit. »

En effet cette notion de « simples bénéfices » a donné prise à plusieurs équivoques :

- elle est entendue à la fois comme désignant le résultat d'ensemble des économies et des travaux communs et comme correspondant à la part de moitié de chaque époux sur cet enrichissement ;
- elle est considérée tantôt comme suffisamment définie par le deuxième alinéa de l'article 1527 du Code civil, tantôt comme résultant de la mise en œuvre d'un régime matrimonial de référence ;
- elle peut être prise dans le sens d'un gain net mais encore dans celui d'une économie par rapport à un régime de référence.

Proposer une vision claire des avantages matrimoniaux suppose donc de trancher entre ces différentes perceptions.

1) Première précision : les simples bénéfices ne sont pas considérés comme un avantage retranchable tant que l'un des époux n'en reçoit que la moitié

12. La notion même de « simples bénéfiques » a été tirée de la finalité des revenus : affectés aux besoins du ménage, ceux-ci auraient pu aussi bien être dépensés intégralement. L'avantage obtenu par le nouveau conjoint sur ces bénéfiques ne l'est donc pas directement au détriment des enfants des autres lits. Considérant cependant que la fonction de l'action en retranchement est essentiellement de permettre aux enfants non communs de contrôler l'enrichissement d'un époux par rapport à celui de son conjoint, la doctrine enseigne désormais unanimement que le profit retiré par un époux d'une clause de partage inégal des bénéfiques de la communauté va au-delà des « simples bénéfiques » exclus de l'action en retranchement (A. Colomer, *Régimes matrimoniaux : Litec*, 5^{ème} éd. 1992, n° 1170 et note 71. - F. Lucet, *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux : thèse Paris II*, 1987, n° 414).

Une observation importante doit cependant être formulée. Sous la communauté d'acquêts, les biens communs forment en quelque sorte un seul sac ; une fois ce sac ajusté des reprises et des récompenses, il est cohérent de considérer que celui qui, par une clause de partage inégal, en reçoit plus de la moitié bénéficie d'un avantage par rapport à son conjoint. En effet, les règles liquidatives de ce régime ne permettent pas de déterminer lequel des époux est à l'origine des acquêts partagés : ici, le versant fusionnel de la collaboration entre époux l'emporte.

Sous le régime de la participation aux acquêts, les acquêts forment deux sacs bien distincts, un pour chaque époux, d'une taille correspondant exactement aux acquêts produits par son titulaire. Tout flux d'un sac vers l'autre est donc un avantage pour celui qui le reçoit et un inconvénient pour celui qui le perd, même lorsque ce dernier conserve finalement (par une clause minorant ou plafonnant le créance de participation) des acquêts supérieurs à ceux de son conjoint (puisque son sac ne contient que le solde des acquêts produits par lui). Contester en droit ce point incontestable en économie serait oublier que la notion d'« avantage matrimonial » a été bâtie pour permettre à l'époux commun en biens dépourvu de revenus de recevoir une part de biens communs tout en échappant aux contrôles attachés aux libéralités, et que la notion de « simples bénéfiques » a été ajoutée pour limiter, lors de l'action des enfants d'un lit différent, la restitution des avantages reçus, et non pas pour augmenter la part de celui que son mariage enrichissait déjà.

2) Deuxième précision : le volume des simples bénéfiques est défini par le régime choisi par les époux dans les limites posées par le Code civil, et non par un « régime de référence »

13. Quid de l'existence d'un « régime de référence ». - En raison de la situation de l'article 1527 du Code civil au cœur des dispositions relatives aux régimes communautaires, l'étude des autres régimes matrimoniaux a naturellement suscité une question délicate : les « simples bénéfiques » auxquels le Code fait référence sont-ils nécessairement ceux qu'auraient pu produire une communauté d'acquêts ou doit-il s'agir des seuls bénéfiques produits par les régimes convenus entre les époux ?

Examinons d'abord cette difficulté très concrètement à partir d'une séparation de biens ajustée d'une société d'acquêts limitée à la résidence principale et comportant une clause d'attribution intégrale au conjoint survivant. L'attributaire de l'intégralité des acquêts produits par cette société pourrait-il efficacement démontrer que son régime ne lui accorde pas plus de la moitié des « simples bénéfiques » qui auraient résulté pour son couple de l'adoption du régime légal, lequel aurait débouché sur un patrimoine commun bien plus important ?

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

14. Arguments en faveur de l'absence de « régime de référence ». - De nombreux arguments existent toutefois en faveur de la négative et conduisent à soutenir que le Code civil n'a pas établi un « régime de référence » mais seulement une limite interne à chaque régime (*Contra, I. Daurillac, Choisir la société d'acquêts pour l'avantage matrimonial : Defrénois 2012, 111f1, p. 1275*).

Remarque

Une grande partie de la doctrine recourt à un « régime de référence » pour définir les simples bénéficiaires. Ainsi madame le professeur I. Daurillac écrivait-elle en 2012 (*I. Daurillac, Choisir la société d'acquêts pour l'avantage matrimonial : Defrénois 2012, art. 111f1, p. 1275*) : « Pour discriminer l'avantage matrimonial éventuellement sujet à retranchement du simple bénéficiaire matrimonial, le régime légal est le seul étalon qui vaille. » Cet auteur, en s'attachant à la notion de « régime étalon », limite son choix à une alternative entre le régime légal et la séparation de biens et se trouve conduit à écarter la séparation de biens. Si ce résultat est compréhensible – la séparation de biens ne pouvant servir de référence que pour répondre à la première question, non à la troisième qui lui est étrangère – il demeure contestable en ce que n'est pas justifié le fait même de recourir à la notion de régime étalon pour mesurer les simples bénéficiaires. L'inutilité à de recourir à ce niveau à un régime de référence a été clairement exprimée par le doyen Simler (*Ph. Simler, Régime juridique de la société d'acquêts adjointe à une séparation de biens : Defrénois 2012, 111f3, p. 1259, n° 32 et note 56*) : « 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. Dans le cas de la société d'acquêts à titre particulier, il y a forcément avantage matrimonial par rapport à la séparation pure et simple dès lors que l'apport procède d'un seul époux ou a été inégal. Par rapport à la communauté légale, l'avantage est nécessairement moindre (...). La référence au régime légal n'est d'aucune utilité quant à la mesure du quantum de l'avantage. »

Le doyen Simler précise notamment que « Systématisée, cette référence aurait pour conséquence que si une communauté comportait une clause d'exclusion – par exemple des biens professionnels - il faudrait admettre que cette clause procure un avantage matrimonial à l'époux concerné, ce que nul, semble-t-il, n'a songé soutenir. » De ce point de vue, la portée de l'action en retranchement de l'avantage matrimonial serait limitée par le mécanisme même de la création des avantages matrimoniaux. Une séparation de biens stricte écartant la formation d'avantages matrimoniaux, seules les stipulations prévoyant les acquêts créeraient ces avantages ; elles seraient donc seules à pouvoir être atteintes par les actions en retranchement ou en révocation (même si les circonstances de la vie pourraient faire que la création d'une communauté réduite se trouverait profiter davantage à l'époux doté d'un important patrimoine propre plutôt qu'à son conjoint).

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

Attention

On retrouve sous une autre forme cette considération selon laquelle les « simples bénéfiques » n'ont pas été mis en place pour accorder des droits à un époux (une sorte de « SMIG matrimonial » correspondant à la moitié d'une communauté légale, N. Duchange, *Un inconvénient patrimonial n'est pas un avantage matrimonial : Defrénois 2010, 39117, n° 11*) mais seulement pour limiter l'action en retranchement.

Remarque

Une personne dépourvue de revenus qui accepte d'épouser sous le régime de la communauté un conjoint ayant à charge de jeunes enfants sait que la communauté ne comprendra, du fait du versement de pensions alimentaires, que de moindres bénéfiques, l'article 1409 du Code civil (« la communauté se compose passivement : à titre définitif, des aliments dus par les époux ») excluant toute récompense à ce titre. Le mécanisme est différent, les conséquences sont les mêmes : les simples bénéfiques ne peuvent être que ceux définis par le régime des époux. Certes, la doctrine justifie cette solution en considérant que les créances d'aliment sont nées pendant la durée du mariage, le fait générateur de l'obligation alimentaire n'étant pas, par lui-même, le lien de parenté ou d'alliance, mais plutôt l'état de besoin du créancier. On retrouve cependant l'idée que le libre choix d'un régime de communauté dans un contexte défavorable emporte acceptation définitive d'une minoration potentielle des simples bénéfiques.

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

Remarque

Cela conduit à relever que l'affirmation du premier alinéa de l'article 1527 du Code civil, de laquelle il ressort que l'avantage matrimonial pourrait résulter non seulement des clauses d'une communauté conventionnelle mais aussi « de la confusion du mobilier et des dettes », même si elle a perdu toute portée pratique depuis l'entrée en vigueur du régime légal de la communauté d'acquêts (C. Brenner, *Notion et évaluation des avantages matrimoniaux : Actes pratiques et stratégie patrimoniale, 2^{ème} trim. 2008, n° 18*), conserve une portée théorique en ce qu'elle rappelle que l'avantage matrimonial reste le fruit d'un « beau mariage » et non pas seulement d'un « beau contrat ».

En outre, l'article 1527 alinéa 2 *in fine* ne vise pas directement les « économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux, des deux époux » mais les « bénéfiques résultant » de ces économies. Or la notion de bénéfice, à bien distinguer de celle de revenu ou d'économie, suppose une volonté de mise en commun (ce que montre bien l'article 1832 du Code civil définissant le contrat de société). Enfin, le texte étant construit dans le sens d'une exclusion et non pas d'une inclusion (« ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants d'un autre lit »), et comme concernant des bénéfiques existants (les « économies faites » et non « qui auraient pu être faites »), il n'y a pas lieu de comparer les bénéfiques qui ont été attribués avec des gains qui ne sont pas considérés comme tels sous le régime étudié. En présence d'une société d'acquêts, les simples bénéfiques ne peuvent logiquement concerner que les bénéfiques de cette société d'acquêts.

17. Argument de logique interne. - La référence à un régime extérieur à celui défini par les époux peut conduire à des solutions incohérentes.

Exemple

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

> **Si l'on prend pour référence les simples bénéficiaires 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 bénéficiaires sont donc de 150. Monsieur devenant finalement propriétaire de tous les biens (300) de deux choses l'une :

- soit l'on considère que son régime ne lui accorde que 100 au titre de l'attribution de la maison (les 200 lui restant acquis au titre de la séparation de biens), et l'on se trouve conduit à conclure qu'il reçoit moins que les simples 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 acquis (*c'est pourtant la position défendue par I. Daurillac, Choisir la société d'acquêts pour l'avantage matrimonial : Defrénois 2012, 111f1, p. 1271.*). Il faut en effet bien comprendre que l'action en retranchement tend fondamentalement à lever le voile des stipulations matrimoniales pour retrouver la réalité des transferts pécuniaires. Ne peut qu'être fragile toute astuce (ici celle consistant à placer dans la masse de référence des biens qui sont écartés comme étant propres lors de la comparaison) qui aboutit à priver les héritiers de la totalité des économies de leur auteur ;

- soit l'on décide de ne comparer que ce qui est comparable et de fixer le sort des simples bénéficiaires du régime de référence en fonction de la destination des biens qui les composent. Il faut alors constater que Monsieur reçoit 300 (tous les biens de la communauté de référence) et non pas seulement 100. Il s'ensuit qu'il doit être réputé bénéficiaire d'un avantage matrimonial retranchable de 150 (100 de maison et 50 de portefeuille). 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 du portefeuille que Monsieur n'a jamais reçu mais simplement conservé au titre de la séparation de biens) et l'on remet en cause la notion même de séparation de biens (ainsi que la réponse faite à la première question).

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

18. Argument pratique. - Il est toujours délicat de reconstituer après-coup une communauté d'acquêts, à partir des éléments présents d'un régime qui a vécu selon d'autres règles. Par exemple, lorsque les revenus des biens propres auront été conservés par les époux, comment faire la part de ce qui aurait été commun si ces revenus étaient tombés dans la communauté et y avaient été placés par elle ? De même que la preuve de l'origine des acquêts est étrangère au régime de communauté hormis la question des récompenses, la distinction a posteriori au sein d'un patrimoine propre entre le portefeuille initial et les revenus capitalisés depuis le mariage n'appartient pas à la logique d'un régime plus séparatiste.

19. Argument de cohérence entre les régimes. - Le fait que l'action en retranchement tende au respect de l'égalité entre les époux a motivé la limitation des « simples

bénéfices » au partage par moitié des acquêts de communauté. En présence d'une société d'acquêts de portée plus réduite, ce principe devrait avoir la même incidence, d'autant qu'il serait malvenu de créer des hiatus entre le traitement des communautés et celui des sociétés d'acquêts alors que ces dernières ne s'écartent des premières qu'au fil des souhaits des rédacteurs, sans solution de continuité.

20. Cas du régime de la participation aux acquêts. - À propos du régime de la participation aux acquêts, la question de la mesure des simples bénéficiaires s'est posée dans des termes très voisins. Là encore, la réflexion semble s'être limitée au choix d'un régime de référence à partir d'une alternative entre le régime de communauté légale (au motif que cette référence serait imposée par la place de l'article 1527 du Code civil au sein des dispositions relatives aux régimes de communauté) et le régime de participation tel que défini par le Code civil (*X. Guédé et F. Letellier, Rapport du 111^{ème} congrès des notaires de France, 2015, n° 2339, « évidemment ! »*. - *C. Brenner, Notion et évaluation des avantages matrimoniaux : Actes pratiques et stratégie patrimoniale, 2^{ème} trim. 2008, n° 34, « certainement »*. - *F. Lucet, Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux : thèse Paris II, 1987, n° 387*). La jurisprudence récente de la Cour de cassation admet cette référence au régime type de la participation aux acquêts. Cette référence pourrait conduire à considérer que la notion de simples bénéficiaires serait souple, chaque définition cohérente (celle des biens communs du régime légal, celle des acquêts de participation du Code civil, voire, selon certains, celle du régime franco-allemand de la participation aux acquêts) pouvant servir de seuil aux actions en retranchement ou en révocation frappant des régimes y faisant référence.

Pourtant, les mêmes raisons que celles qui viennent d'être évoquées concernant les sociétés d'acquêts plaident en faveur d'une comparaison des effets des stipulations du régime de participation aux acquêts étudié avec la moitié des « simples bénéficiaires » produit par ce même régime conventionnel (*E. Rousseau, De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial : Mél. en l'honneur du professeur Gérard Champenois. Liber amicorum, Defrénois 2012, p. 725, « La participation aux acquêts 'type' ne tend en réalité qu'à constituer de 'simples bénéficiaires résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux des époux'. Ce régime ne procure donc pas d'avantage supérieur à celui de la communauté » ; p. 726, « La référence au régime légal faite à l'article 1527 en vue de déterminer ce qui est retranchable n'est pas faite comme imposant un régime de référence mais seulement comme établissant l'étendue du bénéfice issu de l'association conjugale en deçà duquel aucune réduction n'est à craindre »).*

Pour être protectrice des héritiers réservataires, l'attention comparative doit alors porter sur la définition des simples bénéficiaires posée par l'article 1527. Le régime optionnel franco-allemand fournit ici une illustration éclairante. Sous ce régime, il ne s'agirait pas d'aligner les « simples bénéficiaires » sur les « acquêts » (ou plus précisément sur les biens « participants » qui, à l'instar des biens communs, peuvent comprendre des éléments qui auraient été originaires sous le régime type) qu'il définit, mais de distinguer ce qui, au sein des « acquêts » de ce régime, correspond aux « simples bénéficiaires résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux, des deux époux » et ce qui correspond à autre chose et notamment à cette partie des plus-values produites en cours d'union par les patrimoines originaires que le régime franco-allemand ajoute aux acquêts à la française.

Remarque

Concernant le régime optionnel franco-allemand, on pourrait, à partir de cette idée du respect des équilibres propres à chaque régime, être tenté de soutenir que la limitation de la revalorisation des patrimoines originaires des époux procéderait du « fonctionnement du régime matrimonial », de la définition de l'équilibre matrimonial fondateur, et devrait échapper à l'action en retranchement. Il est

cependant préférable d'observer que cette modalité d'évaluation des biens originaires dépasse clairement la définition des simples bénéfiques posée par l'article 1527 du Code civil, tout comme la dépassait la définition des biens communs de l'ancien régime légal de meubles et acquêts. L'article 1527 permet une adaptation à des mécanismes différents, lorsque ces mécanismes tendent exclusivement au calcul des « bénéfiques résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs », mais non une inclusion de capitaux (les meubles propres) ou de plus-values (N. Duchange, *Le régime optionnel franco-allemand et le contrôle des avantages matrimoniaux : Defrénois 2014*, p. 1273, n^{os} 10 s. *Contra Letellier, note cit. supra* § 1).

21. Intérêt pratique de l'absence de régime de référence pour mesurer les « simples bénéfiques ». - Outre d'écarter la question du choix d'un régime de référence voire la question d'une conception liquidative du régime de référence (*Th. Le Bars, Pour une conception autonomiste du régime matrimonial de la participation aux acquêts : Mél. G. Wiederkehr, Dalloz, 2009, p. 487*), cette méthode consistant à faire référence à la définition des simples bénéfiques plutôt qu'à un régime de référence présente également l'intérêt d'écarter toute discussion théorique sur l'incidence des aménagements communautaristes du régime de participation aux acquêts (*tels ceux opportunément proposés par J.-F. Pillebout, La participation aux acquêts, Litec 3^{ème} éd. 2014, n^{os} 124 s.*), aménagements qui, en rapprochant le régime conventionnel des résultats d'un régime de communauté, tendraient soit, si l'on faisait référence au régime de communauté d'acquêts, à limiter l'action en retranchement, soit, si l'on faisait référence au régime de participation type, à accroître la portée de l'action en retranchement... alors que de tels aménagements ne font qu'ajuster l'importance des simples bénéfiques pouvant résulter du contrat, sans déborder de la définition des simples bénéfiques posée par l'article 1527 du Code civil.

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

22 bis. Position de la Cour de cassation.

Par son arrêt 18 décembre 2019 (cité supra § 1) la Cour de cassation, 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* » condamne la thèse faisant du régime de la communauté légale une référence absolue.

La plupart des commentateurs de cet arrêt se sont alors opposés à partir de deux conceptions du régime de référence :

- la première conception attache une importance première au régime de la communauté légale. Ainsi Mme Daurillac (note cit. supra § 1, in fine) souligne-t-elle qu' « en voulant faire du 'modèle légal de participation aux acquêts' le régime de référence qui demain pourrait gouverner l'identification de l'avantage matrimonial retranchable en participation aux acquêts, [la Cour] oublie ce qui pourtant oppose invinciblement le régime de communauté réduite aux acquêts et celui de la participation aux acquêts. Le premier seul demeure le régime légal, quand le second demeure, dans tous les cas, une convention de mariage ».

- la seconde opinion tend à admettre qu'un régime conventionnel proposé par la loi peut servir de régime de référence. Le professeur Le Bars (note cit. supra § 1, n° 9) approuve ainsi pleinement la solution de la Cour de cassation en considérant que « c'est bien du régime de la participation aux acquêts que l'on part lorsque l'on stipule l'exclusion des biens professionnels du calcul de la créance de participation ». Il souligne au passage l'intérêt pratique de cette solution : à défaut « le simple fait d'opter pour la participation aux acquêts emporterait des avantages matrimoniaux pour l'un ou l'autre des époux, car les résultats de la liquidation de leur régime se traduirait par des différences plus ou moins importantes avec celui de la liquidation de ce qu'aurait pu être leur communauté. » Cette tendance à référencer les régimes totalement organisés par la loi conduit Me Letellier (note cit. supra § 1) à écarter du régime franco-allemand toute action en retranchement ou en révocation (cette opinion aboutissant à admettre au moins quatre régimes hors de portée des actions en retranchement ou en révocation : la séparation de biens, la communauté légale, la participation aux acquêts type et le régime franco-allemand – et donc à rendre pour le moins incertaine l'appréciation des avantages pouvant résulter des conventions naviguant entre ces quatre phares...).

La proposition exposée par le présent fascicule (supra § 13 à 22) selon laquelle le volume des simples bénéficiaires serait fixé par le régime choisi par les époux (et non par un « régime de référence ») mais dans le respect des limites de la définition des simples bénéficiaires posées par l'article 1527 du Code civil, nous semble tirer le meilleur parti des deux opinions opposées. D'une part, conformément à la décision de la Cour de cassation, elle accepte d'écarter la référence au régime matrimonial légal. Mais, d'autre part, elle reconnaît que l'ordre public ne peut résulter que d'une référence au régime légal en s'attachant à la définition posée par l'article 1527 du Code civil. De ce point de vue, le fait qu'une question ait été posée à la Haute juridiction à propos non plus d'un régime de communauté conventionnelle mais d'un régime de participation aux acquêts permet de souligner **le rôle central de cette définition des simples bénéficiaires** : à partir du moment où le régime de la communauté légale tout entier n'est plus une référence générale, il faut un autre point d'appui pour asseoir la protection de la réserve héréditaire des enfants d'un autre lit.

Remarque

En admettant qu'il soit fait référence au régime conventionnel de la participation aux acquêts, la Cour de cassation montre que le texte de l'article 1527 visant « les bénéficiaires résultant des économies faites sur les revenus respectifs quoiqu'inégaux, des deux époux » autorise plusieurs méthodes de calcul. Dans l'avenir, son appréciation devrait porter sur l'importance de la marge de manœuvre laissée aux rédacteurs (cf. supra la divergence d'appréciation, concernant le régime franco-allemand, entre Me Letellier qui considère que ce régime échapperait aux actions en

révocation et en retranchement, et Me Duchange qui estime que l'inclusion dans les acquêts d'une partie des plus-values des biens originaires fait que ces acquêts ne correspondent plus à la définition des simples bénéficiaires du Code civil français).

3) Troisième précision : le contrôle du partage des simples bénéficiaires doit tenir compte du sens des flux patrimoniaux.

23. Exclusion de l'entrée en communauté ou préciput - « Exclure de l'entrée en communauté certains biens dans l'intérêt d'un époux ou les en faire sortir à son seul profit c'est économiquement la même chose » (*I. Daurillac, Choisir la société d'acquêts pour l'avantage matrimonial : Defrénois 2012, p. 1276, qui ajoute, « À résultats financiers identiques, un sort similaire dans la délicate équation juridique consistant à rétablir l'équilibre entre vocation matrimoniale de l'époux et droits réservés des héritiers menace »*). Toutefois la qualification juridique de ces deux stipulations doit être soigneusement distinguée, la première consistant à éviter la formation d'un avantage matrimonial, la seconde à en créer un. Sous l'apparence de la contradiction, nous retrouvons ici la liberté des conventions matrimoniales : l'époux qui aura opté pour la clause de préciput plutôt que pour la clause d'exclusion de communauté sera en quelque sorte confronté à la maxime « donner et retenir ne vaut ».

24. Limitation ou augmentation d'une créance de participation. - Limiter une créance de participation ou l'augmenter peut laisser croire à la création d'un même avantage si l'on se contente d'une comparaison avec les résultats d'un régime de référence. Or une telle comparaison revient à nier une différence essentielle des régimes de participation par rapport aux régimes de communauté.

Remarque

Sous les régimes de communauté, la liquidation ne fait pas apparaître l'origine des acquêts. Leur répartition par moitié semble donc naturelle et toute attribution complémentaire à un époux est légitimement suspectée d'emporter la formation d'un avantage matrimonial retranchable. Par contre, la liquidation d'une créance de participation résulte d'une comparaison des patrimoines séparés des époux. L'« attribution » à un époux de plus de la moitié des « simples bénéficiaires » ne méritera la qualification d'avantage matrimonial que s'il s'agit effectivement d'une attribution et non d'une simple conservation par cet époux des acquêts qu'il aura produit en cours d'union (*N. Duchange, Quelques précisions sur l'évaluation des avantages matrimoniaux à propos d'une formule de participation aux acquêts : Defrénois 1993, art. 35618*). Cela résulte directement de la définition par le contrat des avantages matrimoniaux convenus entre époux : sous la participation aux acquêts, cette définition intègre le sens des flux patrimoniaux. À cet égard, le recours à la première question est essentiel en permettant d'être assuré de prendre en considération le sens de ces flux.

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

Remarque

Posée à la suite des deux premières, la troisième question débouche sur l'alternative suivante. En présence d'un avantage patrimonial (question 1) et matrimonial

(question 2) ne dépassant pas la moitié des simples bénéficiaires (dont la nature est définie par le deuxième alinéa *in fine* de l'article 1527 du Code civil, mais dont l'importance maximale est fixée par les époux dans leur contrat de mariage), on se trouvera face à un avantage échappant à l'action en retranchement. Au contraire, en cas de dépassement, cet avantage matrimonial sera dit retranchable à hauteur de ce dépassement mais ne sera retranché, en tout ou partie - et désormais seulement en valeur, qu'en fonction des résultats de l'imputation des avantages retranchables et des libéralités sur la masse de calcul de la quotité disponible.

Notons que l'arrêt du 18 décembre 2019 (cit. supra, § 1) n'apporte aucune précision sur ce point, les débats ayant été menés en dehors de toute considération liquidative chiffrée. Notamment l'Avocat général, dans son avis, considérant que la clause d'exclusion des biens professionnels était constitutive du régime matrimonial retenu par les époux, écartait par principe sa révocation, alors que la Haute juridiction décida finalement que cette clause était liquidative et par suite, mécaniquement, passible de l'action en révocation. C'est regrettable car cette méthode, consistant à révoquer une modalité de calcul sans connaître son incidence pécuniaire, conduit à sanctionner toutes les modalités liquidatives conventionnelles, puisqu'elles divergent du régime de référence, et donc, ce que tous les commentateurs ont souligné, à entraver la liberté des conventions matrimoniales.

Lors d'un divorce, une réponse positive à cette troisième question imposera d'envisager une quatrième question, celle du caractère révocable de l'avantage matrimonial.

4. Quatrième question : l'époux divorçant bénéficie-t-il d'un avantage liquidatif donc révocable ?

26. Question subsidiaire en matière de divorce. - Est-on en présence d'un avantage retranchable *liquidatif*, c'est-à-dire ne prenant effet « qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux » ? Si non, l'avantage sera dit *constitutif* comme prenant effet au cours du mariage, et échappera à la révocation. Si oui, l'avantage sera révoqué.

Attention

Un avantage constitutif ayant échappé à l'action en révocation pourra parfois, au décès de l'époux bénéficiaire, donner lieu à une action en retranchement, bien des années plus tard.

Remarque

A la différence de l'action en retranchement, l'action en révocation pourrait concerner des avantages dépourvus de valeur pécuniaire, telles les clauses d'attribution moyennant indemnité (*F. Lucet, L'avantage matrimonial, retranchement ou révocation (à propos de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 10 juillet 1990) : JCP N 1992, I, p. 145, n^{os} 9 s.*).

a. Mécanisme issu de la réforme du divorce

27. Distinction des avantages matrimoniaux selon leur date d'effet. - Le nouvel article 265 du Code civil, issu de la loi du 26 mai 2004 (et ajusté par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016), dans son « esprit d'objectivisation » du divorce (*A. Bénabent, La réforme du divorce article par article : Defrénois 2004, n° 94*), repose sur une distinction tenant uniquement à la date d'effet des avantages matrimoniaux : « Le divorce est sans incidence sur les avantages prenant effet au cours du mariage (...). (II) emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial, (...) sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis. Cette

volonté est constatée dans la convention signée par les époux et contresignée par les avocats ou par le juge au moment du prononcé du divorce et rend irrévocables l'avantage ou la disposition maintenus. »

D'où quatre conséquences :

- les avantages prenant effet en cours d'union sont tous maintenus, sans qu'il y ait lieu de s'attacher au bénéficiaire de l'avantage ni à son importance ;
- les avantages ne prenant effet qu'à la dissolution du mariage sont tous révoqués ; la révocation emporte donc un retour au régime constitutif et non pas au régime des simples bénéficiaires ;
- il n'est plus possible de faire valoir qu'un avantage « ne prenant effet qu'à la dissolution » était la contrepartie d'un avantage « prenant effet au cours du mariage ».
- un **régime** non retranchable (du fait d'une compensation entre avantages) pourra néanmoins déboucher sur un avantage matrimonial révocable (telle une clause de partage inégale qui aurait été compensée par un apport important de l'attributaire) mais une stipulation isolée non retranchable ne sera jamais révocable (d'où la nécessité de se poser les quatre questions pour chaque avantage et non pas globalement comme on peut se contenter de le faire en matière successorale).

Attention

Cette suppression automatique des avantages liquidatifs jointe au maintien des avantages constitutifs, quoique motivée par le souci de simplifier les liquidations immédiates et d'écarter les liquidations *a posteriori*, emporte deux conséquences liquidatives embarrassantes :

- l'époux ayant stipulé un important avantage matrimonial prenant effet au cours du mariage sera tenu d'assumer les effets de cette clause quelles que soient les circonstances du divorce (*J. Massip, Le nouveau droit du divorce, Defrénois 2005n° 95*).
- la convention matrimoniale, déséquilibrée par la suppression de son seul étage liquidatif, pourra susciter ultérieurement une action en retranchement que l'absence de révocation aurait permis d'éviter. Ainsi d'un apport à communauté qui était initialement compensé par une clause d'attribution inégale bénéficiant à l'apporteur.

28. Maintien de l'unicité de conception des avantages matrimoniaux. L'ampleur du changement par rapport aux modalités antérieures et l'éloignement des régimes du retranchement et de la révocation qu'il implique, a conduit à se demander si les actions en révocation portaient encore sur la même conception des avantages matrimoniaux que celle retenue pour l'action en retranchement. Comme par le passé, une large doctrine répond par l'affirmative (*E. Rousseau, De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial : Mél. en l'honneur du professeur Gérard Champenois. Liber amicorum, Defrénois 2012, p. 715 : « L'avantage matrimonial existe en lui-même avant toute confrontation aux règles. Il existe par la volonté des époux d'attacher une intention participative à leur mariage. Ce critère unique lié non pas au régime applicable mais à la situation juridique génératrice de ces avantages, le mariage, permet l'appréhension de tous les avantages matrimoniaux. »*. - *C. Brenner, Notion et évaluation des avantages matrimoniaux : Actes pratiques et stratégie patrimoniale, 2^{ème} trim. 2008, n° 15*. - *sous le droit antérieur, F. Lucet, L'avantage matrimonial, retranchement ou révocation (à propos de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 10 juillet 1990) : JCP N 1992, 100806, n°s 7 à 12*). Cette position nous semble la seule à même de respecter la liberté des conventions matrimoniales, laquelle implique que les régimes nommés par le Code civil ne soient que les illustrations d'un vaste espace juridique au sein duquel puissent évoluer de multiples combinaisons sans solution de continuité, et non des constructions juxtaposées dotées de parois rigides.

b) Difficultés d'application au régime de la participation aux acquêts

29. Difficultés d'interprétation. - Si les nouvelles dispositions sont d'application relativement aisée pour les régimes de communauté (*F. Collard, JCl. Notarial Formulaire, V° Régimes matrimoniaux, fasc. 100, n^{os} 26 s.*) et de société d'acquêts, elles posent de significatives difficultés d'interprétation concernant le régime de la participation aux acquêts. En effet, le calcul et le partage des acquêts nets intervenant à la dissolution du régime, il semblait *a priori* « difficile d'admettre que les modalités conventionnelles prévues par les époux soient des avantages matrimoniaux prenant effet au cours du mariage, puisqu'il ne s'agit, en réalité, que de modalités conventionnelles liées à la liquidation de la créance de participation » (*M.-P. Murat-Sempietro et V. Trambouze, Le divorce après la loi du 26 mai 2004, Litec 2006, n° 578*) ne pouvant être réalisées qu'à la dissolution du régime et paraissant donc devoir être anéanties par le divorce des époux.

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

1) Première considération : absence de remise en cause de l'efficacité du cadre légal de la participation aux acquêts

30. L'absence de remise en cause de l'efficacité du cadre légal de la participation aux acquêts ne va pas de soi. Sous le régime de la communauté légale, l'attribution de la moitié des acquêts à chacun des époux s'impose d'elle-même : à la dissolution du régime, les acquêts sont indivis entre les ex-époux et il faut nécessairement les partager, par moitié faute de précisions conventionnelles. Sous le régime de la participation aux acquêts, il serait parfaitement possible d'écarter toute liquidation, la séparation de biens appliquée en cours d'union se trouvant alors devenir définitive.

Antérieurement à la loi du 26 mai 2004 une telle position ne semble cependant jamais avoir été défendue : l'époux fautif était admis à exiger la liquidation de sa créance de participation (*J.-F. Pillebout, La participation aux acquêts : Litec 1^{ère} éd. 1988, n° 284, à propos de l'ancien article 267 du Code civil*). Bien au contraire, il était vigoureusement soutenu que la créance de participation aux acquêts issue de l'application des dispositions du Code civil est un droit et « qu'il est incontestable qu'il s'agit là d'une disposition d'essence strictement matrimoniale exclusive de toute nature gratuite. » (*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, 355, note 2 bis*).

Remarque

Depuis, la doctrine admet que la réforme du divorce n'a pas altéré cette assimilation de la participation aux acquêts au régime de la communauté légale en tant que régime dépourvu de clauses donnant naissance à des avantages révocables ou retranchables (*M.-P. Murat-Sempietro et V. Trambouze, op. cit., n° 578. - F. Sauvage, Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux, Defrénois 2004, art. 38038, p. 1425, n° 20*). En effet, la participation aux acquêts a été conçue comme un nouveau régime doté d'un fonctionnement original et non comme la consécration législative d'aménagements conventionnels de la séparation de biens (*v. CRIDON Bordeaux-Toulouse, réponse CBT2005P361*). Supprimer toute liquidation en cas de divorce pour limiter ce régime à une séparation de biens pure et simple reviendrait à remettre en cause le fonctionnement même du régime, et non pas seulement une simple modalité liquidative, et à lui contester toute application de la notion de « simples bénéficiaires », en contradiction avec ce qui est admis à propos de l'action en retranchement.

2) Deuxième considération : la révocation des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ne concerne seulement que les stipulations débouchant sur un avantage retranchable

31. La révocation des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ne concerne pas toutes les modalités liquidatives chiffrables mais seulement les stipulations débouchant sur un avantage qui serait retranchable – et qui de ce fait sera révoqué.

Toutes les clauses ayant pour effet de minorer la participation aux acquêts s'en trouvent consolidées.

Exemple

Supposons un contrat minorant le taux de la participation aux acquêts de la moitié à un quart de l'excédent d'acquêts. Venir dire qu'il s'agit là d'un avantage matrimonial révocable conduirait nécessairement à une incohérence dans le traitement du régime de la participation aux acquêts. Soit il faudrait décider que l'époux créancier ne bénéficie plus d'aucune créance de participation, et l'on comprendrait alors mal pourquoi, en étant titulaire d'une créance plus faible que celle du régime cadre, il ne pourrait la recevoir tandis qu'il aurait pu conserver celle du régime cadre. Soit, si l'on accepte de suivre les auteurs pour qui la minoration du taux est *un avantage pour celui qui paye* la participation, il faudrait décider que l'époux créancier doit voir sa créance augmentée jusqu'au niveau de celle résultant du cadre légal, ce qui n'est pas plus cohérent ainsi que nous l'avons déjà montré.

Remarque

Ce constat n'est pas inattendu : le texte de l'article 265 nouveau du Code civil ne vise que les « avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime » (*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. »*. - *P. Murat, Les régimes matrimoniaux et les régimes « pacsimoniaux » à l'épreuve de la rupture des couples : JCP N 2011, n°25, 1206, § 15 : « Toutes les clauses ne constituent pas des avantages matrimoniaux. La révocation automatique prévue par l'article 265, alinéa 2 du Code civil vise les « avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux et [l]es dispositions à cause de mort ». En d'autres termes, si la clause concernée n'est pas qualifiée d'avantage matrimonial, elle échappe à la révocation »*). Or, sous la loi antérieure comme dans le contexte de rédaction de la loi nouvelle, cela exclut du champ d'application de la révocation deux séries de dispositions :

- les dispositions liquidatives qui ne sont pas avantageuses pour l'époux concerné ;
- les dispositions qui n'attribuent pas à l'époux en cause plus que la moitié des simples bénéficiaires, un tel avantage n'étant pas retranchable.

Attention

Les praticiens devront distinguer entre deux types de clauses ajustant le montant de la créance de participation : celles la minorant nécessairement (telles les clauses de minoration ou de plafonnement) et celles la minorant ou l'augmentant selon les circonstances (telles les clauses d'exclusion des biens professionnels ou celles attribuant à un époux plus de la moitié des acquêts globaux). En raison de leur sensibilité aux actions visant les avantages matrimoniaux ces dernières clauses supposent qu'une alerte circonstanciée soit faite aux contractants.

3) Troisième considération : la distinction entre stipulations « prenant leur effet au cours du mariage » et stipulations « prenant leur effet à la dissolution du régime » n'est pas antinomique du régime de la participation aux acquêts

32. La cohérence de la notion d'avantage matrimonial impose, même pour ce régime liquidatif qu'est la participation aux acquêts, de poser une frontière entre des stipulations « prenant leur effet au cours du mariage » et d'autres « prenant effet à la dissolution du régime matrimonial ».

Remarque

Étant clairement un avantage matrimonial retranchable (comme les clauses élargissant la définition de la communauté ou prévoyant un apport sans indemnité, dont elle est le pendant), la clause de participation élargie à des acquêts antérieurs au mariage (destinée à permettre à des concubins de retrouver un régime proche de celui qui leur aurait été applicable s'ils s'étaient mariés dès le début de leur vie commune) fournit une bonne illustration de cette nécessité (N. Duchange, *La participation aux acquêts antérieurs* : Defrénois 2009, art. 38939). Littéralement, elle n'est que l'une des modalités de liquidation de la créance de participation, ce qui tendrait à la rendre révocable en cas de divorce. Toutefois, une telle révocation serait arbitraire, faute de critère satisfaisant pour appliquer à cette stipulation un régime différent de celui des dispositions du cadre légal :

- le simple fait que cette disposition est conventionnelle plutôt que légale ne suffit pas à fonder sa révocation ;
- sa révocation au motif qu'elle ne prendrait effet qu'au jour de la dissolution devrait logiquement impliquer qu'aucune participation ne puisse être liquidée, ce que la doctrine écarte ;
- la qualification de bien originaire ou acquêt a une certaine incidence en cours d'union, notamment en cas de donation, libre pour les biens originaires mais soumise à l'accord du conjoint pour les biens acquêts, de manière à pouvoir les sortir de la liquidation du régime (C. Fénardon, *La participation aux acquêts et la protection des biens professionnels* : JCP N 2009, 1245, § 48). Or l'objectif de l'article 265 du Code civil est bien de ne pas revenir sur des situations acquises et notamment de ne pas modifier rétroactivement la qualification d'un bien, propre ou commun, originaire ou acquêt.

Sauf à tolérer de brutales ruptures de régime entre des mécanismes voisins, il convient donc d'admettre, par analogie avec le régime de communauté, une distinction opposant les clauses *définissant* les acquêts (réputées prendre effet au cours du mariage) aux clauses *répartissant* les acquêts (ne pouvant prendre effet qu'à la dissolution du régime). Sous les deux régimes, les mêmes types de clauses – s'exprimant dans un langage différent, adapté aux mécanismes à mettre en œuvre – se trouveront alors soumis aux mêmes sanctions.

L'application au régime de la participation aux acquêts des actions touchant les avantages matrimoniaux se réalise par la transposition de deux textes rédigés « en ayant à l'esprit les communautés conventionnelles ». Pour être juste, cette transposition ne doit pas être arrêtée à mi-chemin (V. CRIDON *Bordeaux-Toulouse*, réponse CBT2005P361 : « une analogie existe sans aucun doute entre le régime de participation et la communauté ; dans ces conditions, il peut paraître justifié d'appliquer les mêmes règles aux clauses qui, dans l'un comme dans l'autre régime, ont des effets semblables, au moins en valeur »).

B°) Mise en œuvre des questions au travers de cas pratiques

33. Vu la multiplicité des situations pratiques, il convient de s'en tenir à quelques cas simples puis à des situations encore débattues en doctrine. Seront donc examinés successivement :

- l'apport d'un bien à la communauté, avec répartition par parts égales (v. n° 34) puis par parts inégales (v. n° 35) en envisageant la compensation des avantages de sens contraires (1) ;
- les conséquences d'un régime de participation aux acquêts en présence de biens professionnels, sans clause particulière (v. n° 36), avec clause d'exclusion des biens professionnels (v. n°s 37 et 38), notamment pour rappeler que la qualification d'une clause peut être fonction des données économiques, puis enfin avec clause de plafonnement en fonction des biens professionnels (v. n° 39) (2) ;
- la comparaison d'un régime de communauté et d'un régime de participation aux acquêts comportant une clause de répartition inégale (v. n°s 41 et 42), à l'effet de souligner l'importance de la possibilité d'établir l'origine des acquêts (3) ;
- et en dernier lieu la liquidation d'une séparation de biens tempérée par une société d'acquêts comprenant la résidence principale des époux (v. n° 44) ou excluant les revenus des biens propres (v. n° 45) (4).

Pour chaque cas, la situation de fait sera analysée du point de vue de chacun des deux époux, de manière à bien établir la cohérence des solutions proposées. Dans tous ces cas, les époux ont chacun des enfants d'un lit différent.

1°) Régime de la communauté et apport d'un bien

34. Cas 1. Apport d'un bien à la communauté avec répartition par parts égales.

Monsieur apporte à la communauté un immeuble d'une valeur de 200 au jour de la liquidation. La communauté dissoute vaut 500 soit 250 pour chacun.

> Du point de vue de Monsieur

- Est-ce un avantage patrimonial ? (non)

Son régime l'appauvrit du fait de cet apport. D'ores et déjà, on sait que Monsieur ne bénéficie pas d'un avantage matrimonial.

Remarque

Sans apport, il aurait conservé 200 et reçu $300 / 2 = 150$ soit au total 350 au lieu de 250.

> Du point de vue de Madame

- Est-ce un avantage patrimonial ? (oui)

Sa communauté conjugale comprend non seulement « les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faite sur les revenus » mais l'immeuble apporté par Monsieur.

A défaut d'apport, elle aurait reçu $300 / 2 = 150$, et non pas 250

- Est-ce un avantage matrimonial (et non une libéralité) ? (oui)

Il s'agit de la composition des acquêts.

- Est-ce un avantage matrimonial retranchable ? (oui)

Sous ce régime, Madame reçoit non seulement la moitié des simples bénéfices mais également la moitié de l'immeuble apporté par Monsieur.

Nous sommes en présence d'un avantage matrimonial retranchable.

Les simples bénéficiaires correspondent à la communauté 500 diminuée de l'apport de 200. La part de moitié des simples bénéficiaires est de $(500 - 200) / 2 = 150$. Or Madame reçoit 250. Son avantage retransmissible donc est de $250 - 150 = 100$. Pour savoir s'il sera effectivement retransmissible, il suffira (lors du règlement de la succession de Monsieur) de procéder aux opérations d'imputation sur la masse de calcul de la quotité disponible. En supposant une identité de composition et de valorisation, la masse de calcul comprendra la part de Monsieur 250 et la fraction retransmissible 100 soit 350. A partir de trois enfants et à défaut de libéralité concurrente, l'avantage de 100 dépassera la quotité disponible en propriété de $350 / 4 = 87,5$.

- Question subsidiaire : cet avantage retransmissible est-il révocable ? (non)

Cet avantage chiffrable retransmissible n'est pas révocable (C. civ., art. 265, al. 3), ayant pris effet au cours du mariage (par contre le retranchement pourrait intervenir, bien longtemps après le divorce, lors du règlement de la succession du mari).

Remarque

Si le contrat de mariage l'avait prévu, le mari aurait pu reprendre son immeuble. Une telle clause de reprise n'est pas analysée en un avantage pour l'apporteur mais en une disposition permettant que ne se forme pas un avantage au profit du conjoint non apporteur (*Ph. Simler : JCP 2005, I, 160*). Le troisième alinéa de l'article 265 du Code civil vise désormais cette stipulation.

35. Cas 2. Apport d'un bien à la communauté avec répartition par parts inégales.

Monsieur apporte à la communauté un bien d'une valeur de 100 au jour de la liquidation. La communauté comprend des biens valant 400 au jour de la liquidation. Monsieur bénéficie d'une clause lui attribuant les $\frac{3}{4}$ de la communauté (par application de l'article 1521 du Code civil). Madame n'exerçant aucune profession, l'ensemble des acquêts semble avoir été produit par Monsieur. Par le jeu de la clause de répartition inégale, Monsieur reçoit 300 et Madame 100. Les enfants de Monsieur soutiennent que sous un régime de séparation de biens, Madame, dépourvue de biens propres et d'économies personnelles, n'aurait rien « reçu ».

Remarque

À défaut d'apport et de clause d'attribution inégale, chacun aurait reçu la moitié de la communauté soit $300 / 2 = 150$ (auxquels se seraient ajoutés pour Monsieur ses 100 de biens propres, soit un total de 250).

> Du point de vue de Monsieur

- Est-ce globalement un avantage patrimonial ? (oui par impossibilité de preuve contraire)

Conformément à la doctrine, il convient d'envisager les avantages matrimoniaux retransmissibles globalement. Sous la communauté légale, Monsieur aurait conservé ou reçu des biens valant 250. Son régime lui permet d'être propriétaire de biens d'une valeur de 300. Il semble donc bénéficier d'un avantage patrimonial complémentaire de 50. Compte tenu de l'absence de revenus de Madame, les enfants de Monsieur soutiennent que leur père ne bénéficie d'aucun avantage et que sa succession aurait été plus importante s'il ne s'était pas remarié...

Certes, mais contrairement à un régime de participation aux acquêts (qui aurait montré que c'est Monsieur qui se serait trouvé débiteur d'une créance de participation, ayant été le seul à détenir des acquêts), le régime de la communauté ne s'inquiète pas de l'origine des acquêts. La position des enfants de Monsieur nous paraît donc indéfendable : en quelque sorte, en adoptant un régime de communauté Monsieur a renoncé à pouvoir prouver l'origine des acquêts. Sociologiquement, 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 ne pourront faire juger que la clause attribuant à ce dernier $\frac{3}{4}$ des acquêts n'avantage pas leur père : en dehors des mécanismes 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 professionnelle 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.

Sauf accord des parties pour considérer que l'avantage dont bénéficie Monsieur n'est qu'apparent (compte tenu de l'absence de revenus de Madame en cours d'union) il convient de retenir la qualification d'avantage patrimonial.

- Est-ce globalement un avantage matrimonial (et non une libéralité) ? (oui)

Sa part des trois quarts de la communauté résulte bien du fonctionnement du régime matrimonial.

Nous sommes en présence d'un avantage matrimonial.

- Est-ce globalement un avantage matrimonial retranchable ? (oui)

Monsieur reçoit les trois/quart des biens communs. Même diminuée du montant de son apport (100) sa part ainsi amputée ($300 - 100 = 200$) dépasserait la moitié des acquêts ($300 / 2 = 150$).

Nous sommes en présence d'un avantage matrimonial retranchable de 50.

Pour savoir s'il sera effectivement retranché, il suffira (lors du règlement de la succession de Madame) de procéder aux opérations d'imputation sur la masse de calcul de la quotité disponible.

- Question subsidiaire : quel avantage sera-t-il révocable ? (le second)

En matière de révocation, la compensation des avantages ne joue pas.

L'apport à communauté sera confirmé en tant qu'avantage prenant effet au cours du mariage. La clause de répartition inégale sera un avantage liquidatif, révocable.

Monsieur ne pourra donc pas révoquer son apport. Mais il ne pourra pas pour autant bénéficier de la clause de partage inégal qui en était la contrepartie dans l'esprit du rédacteur du contrat. À défaut de clause de reprise ou d'accord des époux exprimé lors du divorce, il devra donc se contenter de 200.

> Du point de vue de Madame

- Est-ce globalement un avantage patrimonial ? (oui mais...)

Madame n'ayant ni travaillé ni bénéficié de revenus de fonds propres, une appréciation économique montre que son régime semble l'enrichir (quoique peut-être pour compenser le sacrifice de sa carrière, d'où l'éventualité d'une prestation compensatoire). Mais cette appréciation économique n'a guère de portée, le régime ne contenant aucun mécanisme juridique permettant de mesurer les acquêts produits par chaque époux.

- Est-ce globalement un avantage matrimonial (et non une libéralité) ? (non...)

Sa part d'un quart de la communauté résulte bien du fonctionnement du régime matrimonial. Mais en l'absence de mécanisme juridique permettant de mesurer les acquêts produits par chaque époux, l'attribution d'un quart et non de la moitié des acquêts doit être qualifiée d'inconvénient patrimonial.

- Est-ce globalement un avantage matrimonial retranchable ? (non)

Madame reçoit moins que la moitié d'une communauté à la constitution de laquelle son régime la répute avoir contribué pour moitié.

- Question subsidiaire : cet avantage est-il révocable ? (non)

Pour Madame, la question ne se pose pas, ne recevant aucun avantage retranchable. Elle pourra au contraire demander la révocation de la clause de partage inégal avantageant son mari.

2°) Régime de la participation aux acquêts et clauses portant sur les biens professionnels

36. Cas 3. Régime de participation aux acquêts en présence de biens professionnels sans clause particulière (participation fixée à la moitié du surplus d'acquêts).

Monsieur a des acquêts de 1.000 dont 800 qualifiés de professionnels (peu liquides). Madame a des acquêts de 300, non professionnels. Monsieur doit à Madame $(1.000 - 300) / 2 = 350$, Somme nettement supérieure à son patrimoine non professionnel (200).

> Du point de vue de Monsieur

- Est-ce un avantage patrimonial ? (non)

Il paye une dette ; son régime l'appauvrit et contient les mécanismes juridiques conduisant à chiffrer précisément cet appauvrissement.

D'ores et déjà, on sait que Monsieur ne bénéficie pas d'un avantage matrimonial.

> Du point de vue de Madame

- Est-ce un avantage patrimonial ? (oui)

Elle reçoit une créance ; son régime l'enrichit.

- Est-ce un avantage matrimonial (et non une libéralité) ? (oui)

Il s'agit d'une participation aux acquêts.

- Est-ce un avantage matrimonial retranchable ? (non)

Sous ce régime, Madame reçoit juste la moitié des acquêts (qui ne comprennent ici que de simples bénéfices).

Nous sommes en présence d'un avantage matrimonial « simple » c'est-à-dire correspondant à la répartition par moitié des « simples bénéfices » visés par l'alinéa 2 de l'article 1527 du Code civil.

Par suite, il ne sera pas retranchable.

- Question subsidiaire : cet avantage est-il révocable ?

Cet avantage chiffrable n'étant pas retranchable, il n'est pas révocable.

De notre point de vue, il faut dépasser l'idée selon laquelle l'absence de révocation proviendrait de l'alignement de la convention des époux sur les dispositions supplétives du Code civil. C'est la partage par moitié des simples bénéfices qui fonde l'absence de révocation.

37. Cas 4. Régime de participation aux acquêts en présence de biens professionnels avec clause d'exclusion des biens professionnels (situation proche de CA Paris 27 avr. 2011, n° 10/08818 : JurisData n° 2011-007433, v. n° 9).

Monsieur a des acquêts de 1.000 dont 800 exclus car qualifiés de professionnels (peu liquides). Ses acquêts sont donc comptés pour 200.

Madame a des acquêts de 300, non professionnels.

Madame doit à Monsieur $(300 - (1.000 - 800)) / 2 = 50$.

> *Du point de vue de Madame*

- **Est-ce un avantage patrimonial ? (non)**

Elle doit payer une dette à Monsieur.

D'ores et déjà, on sait que Madame ne bénéficie pas d'un avantage matrimonial.

> *Du point de vue de Monsieur*

- **Est-ce un avantage patrimonial ? (oui)**

Il reçoit une créance ; son régime l'enrichit.

- **Est-ce un avantage matrimonial (et non une libéralité) ? (oui)**

Il s'agit de la répartition des acquêts.

- **Est-ce un avantage matrimonial retranchable ? (oui)**

Par cette clause, le mari reçoit une créance (critère principal, correspondant à la réponse à la première question) et en outre cette créance lui permet de totaliser plus de la moitié des acquêts cumulés des deux époux, lesquels ne comprennent que de simples bénéfices (critère secondaire). En l'absence de clause d'exclusion, il se serait trouvé devoir une dette de participation à Madame. Avec la clause d'exclusion qui, ici, renverse le sens des flux financiers entre époux, non seulement il pourra conserver l'intégralité de ses acquêts mais il recevra 50 de Madame.

Nous sommes en présence d'un avantage matrimonial retranchable (ici en totalité, les acquêts de Monsieur dépassant à eux seuls la moitié des acquêts cumulés des époux). Pour savoir s'il sera effectivement retranché, il conviendra (bien plus tard, lors du règlement de la succession de Madame) de procéder aux opérations d'imputation sur la masse de calcul de la quotité disponible.

Constituée comme au jour de la dissolution, la masse de calcul (qui pourra entre temps considérablement évoluer) de la succession de Madame comprendrait le solde de ses acquêts après paiement de sa dette de participation ($300 - 50 = 250$) augmenté des 50 de l'avantage révocable, soit au total 300. A défaut d'autre libéralité, cet avantage retranchable ne serait pas retranché, son montant ne dépassant pas la quotité disponible du $\frac{1}{4}$ ($300 / 4 = 75$).

.

Remarque

Le fait que l'avantage retranchable pourrait ne pas être retranché n'a aucune incidence sur sa révocabilité.

- **Question subsidiaire : cet avantage retranchable est-il révocable ? (oui)**

La clause d'exclusion ne définit pas les acquêts. Elle se contente d'exclure les acquêts professionnels lorsqu'ils ont cette caractéristique au jour de la dissolution (sans les transformer en biens originaires). Il s'agit donc d'une modalité liquidative révocable en bloc en cas de divorce. Cela montre l'importance de la rédaction du contrat : la clause de plafonnement ne requalifie pas en biens originaires les acquêts professionnels de Monsieur. N.B. : il pourrait être soutenu qu'une telle requalification ne ferait pas perdre à la clause sa nature liquidative, la laissant passible de révocation.

La conséquence de la révocation sera double et sévère (C. civ., art. 265, al. 3) :

- Monsieur devra une dette de participation à Madame de 350 (v. cas n° 2, n° 35).

- Cette dette pourrait être d'une importance telle qu'elle contraindrait Monsieur à liquider une partie de son patrimoine professionnel (ici 350 de dette face à 200 de biens non professionnels). La liquidation de ce régime « imparfait » aurait été injuste en l'absence de

révocation, en faisant payer une créance à Madame alors qu'elle détient des acquêts moindres que ceux de Monsieur ; mais la révocation de l'avantage liquidatif pourra être très contraignante pour Monsieur.

Remarque

Pour éviter ces conséquences néfastes pour le conjoint entrepreneur, la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt cité en tête du présent cas, avait décidé que la clause d'exclusion n'est pas un avantage matrimonial révocable au motif que « considérer cette clause (...) comme un avantage matrimonial, qui n'ayant pas déjà produit ses effets serait révoqué de plein droit par le prononcé du divorce, reviendrait à priver d'effet cette disposition qui constitue un élément essentiel du régime de participation aux acquêts ». Elle tend donc à lui accorder la qualification d'avantage constitutif. Elle prend cependant soin de corriger le résultat économique contestable qui en résulte en accordant à Madame 100 à titre de prestation compensatoire (*CA Paris 27 avr. 2011, n° 10/08818 : JurisData n° 2011-007433 ; pour un commentaire partiellement critique, N. Duchange, Participation aux acquêts, avantage matrimonial et biens professionnels JCP N, 2013, 1240*). Cette solution n'a pas été retenue par la Cour de cassation, dans ses arrêts de 2019 et 2021, cité supra § 1. La Haute juridiction a en effet admis la révocation de la clause d'exclusion des biens professionnels. Ces décisions, pertinentes pour l'espèce du présent cas, restent critiquables en ce qu'elles n'attachent aucune importance aux résultats chiffrés des liquidations en cause (Aj fam., 2020, p. 126, note N. Duchange).

38. Cas 5. Régime de participation aux acquêts en présence de biens professionnels avec clause d'exclusion des biens professionnels (situation différente). - Mêmes données que le cas n° 4 (v. n° 37), mais les biens professionnels sont plus limités : Monsieur a des acquêts de 1.000 dont 400 qualifiés de professionnels (peu liquides). Ses acquêts sont donc comptés pour 600. Madame a des acquêts de 300, non professionnels. Monsieur doit à Madame $((1.000 - 400) - 300) / 2 = 150$.

> Du point de vue de Monsieur

- Est-ce un avantage patrimonial ? (non)

Il doit payer une dette à Madame.

D'ores et déjà, on sait que Monsieur ne bénéficie pas d'un avantage matrimonial.

> Du point de vue de Madame

- Est-ce un avantage patrimonial ? (oui)

Elle reçoit une créance de 150 ; son régime l'enrichit.

- Est-ce un avantage matrimonial (et non une libéralité) ? (oui)

Il s'agit d'une participation aux acquêts.

- Est-ce un avantage matrimonial retranchable ? (non)

Par cette clause, la femme reçoit moins de la moitié des simples bénéficiaires, ici égaux aux acquêts cumulés des deux époux. En l'absence de clause d'exclusion, elle se serait trouvée recevoir une créance de 350. De par la clause d'exclusion elle ne recevra que 150 de Monsieur.

Nous sommes en présence d'un avantage matrimonial « simple » c'est-à-dire correspondant à une répartition limitée des « simples bénéficiaires » visés par le 2ème alinéa de l'article 1527 du Code civil.

Par suite, il ne sera pas retranchable.

- Question subsidiaire : cet avantage est-il révocable ? (non)

L'avantage n'étant pas retranchable, il n'est pas révocable. Certes la clause d'exclusion ne définit pas les acquêts. Elle se contente d'exclure les acquêts professionnels lorsqu'ils ont cette caractéristique au jour de la dissolution (sans les transformer en biens originaires). Il s'agit donc d'une modalité liquidative. Cependant, toutes les modalités liquidatives ne sont pas révocables en cas de divorce. Seules le sont les modalités correspondant à des avantages retranchables. En l'espèce, cette modalité n'est donc pas révocable, n'étant pas retranchable.

Remarque 1

Cet exemple montre que la clause d'exclusion des biens professionnels, comme de nombreuses autres stipulations, n'est pas, en elle-même, constitutive d'avantages matrimoniaux retranchables et révocables. Son régime juridique dépend, cas par cas, de ses incidences économiques. Les notaires doivent cependant s'attacher à proposer des clauses « stables » et notamment préférer les clauses plafonnant les créances de participation (cas n° 6 ci-dessous, v. n° 39) aux clauses excluant des acquêts (clauses d'exclusion des biens professionnels ou des contrats d'assurance-vie) ou incluant des plus-values dans les acquêts (stipulations du régime optionnel franco-allemand).

Remarque 2

Une large fraction de la doctrine retire des arrêts de la Cour de cassation de 2019 et 2021, cités supra § 1, que la clause d'exclusion des biens professionnels doit être révoquée même lorsqu'elle ne fait que tempérer le montant de la dette de participation due par l'époux professionnel. Cette opinion contestable nous semble résulter d'une vision communautariste de la participation aux acquêts (N. Duchange, *Qu'est-ce donc que participer aux acquêts*, JCP N 2021, n° 37, 1286, § 16 s.).

39. Cas 6. Régime de participation aux acquêts en présence de biens professionnels avec clause de plafonnement en fonction des biens professionnels.

Monsieur a des acquêts de 1.000 dont 800 qualifiés de professionnels (peu liquides) et 200 de non professionnels. Madame a des acquêts de 300 (professionnels ou non, peu importe ici puisqu'elle est créancière de la participation). La créance théorique de Monsieur $(1.000 - 300) / 2 = 350$ est plafonnée à la moitié du montant de ses acquêts non professionnels $200 / 2 = 100$. Sont évités à la fois une inversion injuste de la créance de participation et une créance insupportable car assise sur des biens peu liquides.

> Du point de vue de Monsieur

- Est-ce un avantage patrimonial ? (non)

Il paye une créance ; son régime l'appauvrit.

D'ores et déjà, on sait que Monsieur ne bénéficie pas d'un avantage matrimonial. De son chef ne se posent ni la question du retranchement ni celle de la révocation.

Le fait que Monsieur paye une dette moindre que sous le régime de participation aux acquêts type (et qu'il conserve donc plus de la moitié des acquêts cumulés des deux époux) ne fait pas de son régime un régime avantageux pour lui : de son chef, il ne s'agit que d'un moindre désavantage (V. J.-F. Pillebout, *Biens professionnels et régime de la participation aux acquêts : Mél. en l'honneur du professeur Gérard Champenois. Liber amicorum, Defrénois 2012, p. 660*, qui établit un rapprochement avec la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la clause de reprise des apports, clause qui n'est pas un avantage matrimonial mais serait même son contraire, son objet étant d'empêcher la formation d'un avantage matrimonial). Ce sont bien ses héritiers réservataires qui vont se trouver appauvris par le mariage de leur père, non ceux de Madame (qui recevront, de par leur mère, des capitaux dont ils n'auraient pas eu vocation à hériter si leur mère s'était mariée sous la séparation de biens).

Il en est de même pour toutes les clauses limitant le montant de la créance de participation, telle la clause de participation à taux minoré (N. Duchange, *La minoration du taux de la participation aux acquêts*, Deffrénois 1993, art. 35670) ou la clause de plafonnement de la participation en cas de plus-values originaires réalisées majoritairement par l'époux créancier (N. Duchange, *Le régime optionnel franco-allemand et le contrôle des avantages matrimoniaux* : Deffrénois 2014, 118e1, p. 1273 s.).

Remarque

L'article 265 alinéa 2 du Code civil ne vise pas toutes les stipulations liquidatives mais seulement les « avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux » (v. cas n° 5, n° 38).

> Du point de vue de Madame

- Est-ce un avantage patrimonial ? (oui)

Elle reçoit une créance de Monsieur. À défaut de mariage, elle n'aurait pas reçu cette somme.

- Est-ce un avantage matrimonial (et non une libéralité) ? (oui)

Il s'agit de la répartition des acquêts.

- Est-ce un avantage matrimonial retranchable ? (non)

Par cette clause, Madame reçoit moins de la moitié des simples bénéficiaires (ici égaux aux acquêts cumulés).

En l'absence de clause de plafonnement, elle se serait trouvée détenir des acquêts d'une valeur de 650 une fois reçue une créance de 350 et non pas seulement 400 après encaissement d'une créance plafonnée à 100.

Nous sommes en présence d'un avantage matrimonial « simple » c'est-à-dire correspondant à une partie des « simples bénéficiaires » visés par l'alinéa 2 de l'article 1527 du Code civil.

- Question subsidiaire : cet avantage est-il révocable ? (non)

N'étant pas retranchable, la clause de plafonnement n'est pas révocable. Elle est donc d'une grande stabilité.

Du point de vue de Madame, l'avantage qu'elle reçoit finalement ne vient pas de la clause de plafonnement mais est au contraire limité par cette clause.

3°) Comparaison d'un régime de communauté et d'un régime de participation aux acquêts comportant une clause de répartition inégale

40. L'étude de la répartition inégale des acquêts sous un régime de communauté puis sous un régime de participation aux acquêts permet de montrer en quoi la possibilité d'apporter facilement la preuve de l'origine des acquêts sous le régime de participation a une incidence significative sur la pondération des avantages matrimoniaux.

41. Cas 7. Régime de communauté d'acquêts comportant une clause de répartition inégale (3/4 pour Monsieur, 1/4 pour Madame).

Ce régime pourrait être envisagé pour permettre une communauté entre des époux ayant des gains ou des patrimoines très différents.

Il ne s'agit aucunement ici de recommander un tel régime mais seulement d'effectuer un calcul comparatif avec le cas suivant (cas n° 8, n° 42).

Monsieur a des propres de 200, Madame de 400. Les biens communs s'élèvent à 1.800.

> *Du point de vue de Monsieur*

- Est-ce un avantage patrimonial ? (oui par présomption)

Son régime semble l'enrichir. Il conserve ses propres 200 et reçoit les $\frac{3}{4}$ des biens communs 1.350. Cependant, à défaut de mécanisme matrimonial comptabilisant l'origine des acquêts communs, il convient de présumer que chaque époux, à défaut de mariage, aurait été propriétaire de biens correspondant à la moitié des acquêts. Monsieur aurait conservé ses propres et détenu des acquêts valant seulement 900.

- Est-ce un avantage matrimonial (et non une libéralité) ? (oui)

Il s'agit de la répartition des acquêts communs.

- Est-ce un avantage matrimonial retranchable ? (oui par présomption)

Sous ce régime, Monsieur reçoit non pas la moitié mais les trois quarts des simples bénéficiaires.

Nous sommes en présence d'un avantage matrimonial retranchable.

La part de moitié aurait été de $1.800 / 2 = 900$. Monsieur reçoit 1.350. Son avantage retranchable est de $1.350 - 900 = 450$.

Pour savoir s'il sera effectivement retranché, il suffira (lors du règlement de la succession de Madame) de procéder aux opérations d'imputation sur la masse de calcul de la quotité disponible.

A données identiques, la masse de calcul 1.300 comprend la part de Madame 450, ses propres 400 et la fraction retranchable 450. A partir de trois enfants, l'avantage de 450 dépassera la quotité disponible en propriété de $1.300 / 4 = 325$. Il sera retranché en valeur (et en nue-propriété seulement, vu la quotité disponible spéciale) à hauteur de 125.

- Question subsidiaire : cet avantage retranchable est-il révocable ? (oui par présomption)

S'il se trouve être retranchable, cet avantage chiffrable sera révocable, ne prenant effet qu'à la dissolution du régime. Monsieur verra alors sa part de communauté revenir de $\frac{3}{4}$ à $\frac{1}{2}$.

> *Du point de vue de Madame*

- Est-ce un avantage patrimonial ? (non)

Son régime semble l'appauvrir, à défaut de mécanisme juridique permettant d'évaluer la contribution de Monsieur.

D'ores et déjà, on suppose que Madame ne bénéficie pas d'un avantage matrimonial.

Elle conserve ses propres 400 et reçoit le $\frac{1}{4}$ des biens communs 450 alors qu'il est possible de présumer qu'à défaut de mariage, elle aurait conservé ses propres et des acquêts valant 900.

Remarque

Si Madame n'avait eu que de faibles ressources, la clause lui attribuant le quart de acquêts pourrait cependant se trouver l'avoir enrichie. Son avantage matrimonial ne serait cependant pas retranchable (comme inférieur à la moitié des simples bénéficiaires). Serait-il révocable ? Certes non, puisque non retranchable, mais également du fait que c'est elle qui pourra tenter une action en révocation contre son mari.

42. Cas 8. Régime de participation aux acquêts comportant une clause de répartition inégale (3/4 pour Monsieur, 1/4 pour Madame).

Les données sont celles envisagées par F. Collard, (*F. Collard, JCl. Notarial Formulaire, V° Régimes matrimoniaux, fasc. 100, n° 61*).

Dans le contrat, le principe de participation par moitié a été écarté au profit d'une clause de participation inégale (3/4 pour Monsieur et 1/4 pour Madame). Le patrimoine final de Madame est de 800 et son patrimoine originaire de 400, soit des acquêts de 400. Le patrimoine final de Monsieur est égal à 1.600 et son patrimoine originaire à 200, soit des acquêts de 1.400.

Monsieur participe aux $\frac{3}{4}$ des acquêts de Madame, soit une créance de 300.

Madame participe au $\frac{1}{4}$ des acquêts de son mari, soit $1.400 / 4 = 350$. Par compensation, Monsieur doit donc $350 - 300 = 50$ à Madame.

Au final, Monsieur conserve bien $\frac{3}{4}$ des acquêts cumulés des époux $(400 + 1400) \times \frac{3}{4} = 1.350$ et Madame $\frac{1}{4} = 450$.

> Du point de vue de Monsieur

- Est-ce un avantage patrimonial ? (non)

Son régime l'appauvrit. Il doit 50 à Madame.

La différence est nette d'avec le cas n° 7 (v. n° 41) du fait que le régime de la participation aux acquêts implique de chiffrer les acquêts produits par chaque époux. Monsieur ne bénéficie donc d'aucun avantage matrimonial. Même si la clause est potentiellement avantageuse pour lui (dans certaines espèces, elle entraîne un renversement du sens de la participation), en l'espèce elle ne l'est pas.

> Du point de vue de Madame

- Est-ce un avantage patrimonial ? (oui)

Son régime l'enrichit. Elle reçoit 50.

- Est-ce un avantage matrimonial (et non une libéralité) ? (oui)

Il s'agit de la répartition des acquêts.

- Est-ce un avantage matrimonial retranchable ? (non)

Madame ne reçoit qu'un quart des simples bénéficiaires du ménage.

N'étant pas retranchable, cet avantage chiffrable ne sera pas révocable.

Remarque

Cette position n'est pas celle de F. Collard pour qui « même si cela reste discuté, on considérera que ce régime génère des avantages matrimoniaux » son évaluation étant « le fruit d'une comparaison avec le régime de participation aux acquêts type ». « La différence entre les deux participations (350-300), représente la créance de participation de Madame. Au final, Monsieur perçoit 1350 et Madame 450, ce qui représente bien les trois quarts et le quart de la masse globale des acquêts nets. (...) La différence, entre le gain conféré par le partage inégal [créance de 50 due à Madame] et la liquidation du régime dans les conditions de droit commun [créance de 500 due à Madame], constitue le montant de l'avantage matrimonial [450] ». M. Collard retrouve donc le montant de l'avantage qui pouvait être présumé sous le régime de communauté du cas n° 5 présenté dans le 2) (v. n° 38). Cette position nous semble cependant nier une particularité essentielle : le régime de la participation aux acquêts contient un mécanisme juridique imposant de révéler que son régime appauvrit Monsieur et ses héritiers. Il est donc injustifié d'ouvrir aux héritiers de

Madame une action qui serait ici non pas en réduction mais en augmentation ! Une chose est d'admettre que les héritiers de Monsieur, sous le régime de la communauté du cas n° 5 présenté dans le 2) (v. n° 38), ne pourront pas prouver que leur père souffrait de son régime, autre chose est de ne pas tenir compte des chiffres établissant cet appauvrissement paternel sous le régime de la participation aux acquêts. Il ne faut pas confondre partage d'un effort commun et participation à des efforts séparés (*Th. Le Bars, Pour une conception autonomiste du régime matrimonial de la participation aux acquêts : Mél. G. Wiederkehr, Dalloz, 2009, p. 491*, à propos de l'article 1571 du Code civil : "La disparition du bien [originaire non assuré] pendant le mariage, sans indemnisation d'aucune sorte, constitue un réel appauvrissement pour son propriétaire. Il est donc logique que cet appauvrissement soit pris en compte lors de la liquidation du régime matrimonial. Evidemment, on aboutit à un résultat très différent de celui que l'on aurait atteint en régime légal. On ne doit pas s'en émouvoir : le régime de la participation aux acquêts n'est pas le régime de la communauté d'acquêts. ». - *A. Marie, Réflexions sur l'appauvrissement des époux dans les régimes de communauté légale et de participation aux acquêts : Defrénois 1999, art. 37426, n°s 4 s.*). N. Duchange, art. cit. JCP N 2021, 1285, § 16 s.

4°) Régime de séparation de biens tempéré par une société d'acquêts

43. L'évaluation des avantages matrimoniaux en présence d'un régime de séparation de biens avec société d'acquêts est une question délicate. La doctrine hésite entre une comparaison avec le régime de la séparation de biens et une comparaison avec le régime de la communauté d'acquêts. Les deux cas qui suivent montrent la pertinence d'une comparaison avec les « simples bénéficiaires » produits par le régime définis par les époux, notamment du fait que les actions en retranchement et en révocation ont une portée limitée et n'ont pas pour objet de redresser tous les déséquilibres résultant des conventions matrimoniales.

44. Cas 9. Régime de séparation de biens avec société d'acquêts (limités à la résidence principale) et clause d'attribution de 3/4 des acquêts à l'un des époux.

Au jour de leur remariage, les époux n'avaient aucun bien. Ils n'ont reçu ni donation ni succession en cours d'union. Sous le régime de communauté légale tous les biens auraient été acquêts.

Madame n'avait aucun revenu. Au jour de la dissolution, les biens de Monsieur valent 1.000 et la société d'acquêts comprend la résidence principale, financée par le remboursement d'un emprunt bancaire en cours d'union, valant 500. Le régime est dissout par le décès de Monsieur. Madame bénéficie de la clause d'attribution des 3/4 de la société d'acquêt au conjoint survivant.

> Du point de vue de Monsieur

- Est-ce globalement un avantage patrimonial ? (non)

Son régime ne lui rapporte rien.

D'ores et déjà, on sait que Monsieur ne bénéficie pas d'un avantage matrimonial.

> Du point de vue de Madame

- Est-ce globalement un avantage patrimonial ? (oui)

Madame n'avait ni revenu ni biens de famille. Elle reçoit la maison valant 500.

- Est-ce globalement un avantage matrimonial (et non une libéralité) ? (oui)

La doctrine est d'accord pour traiter la société d'acquêts comme une communauté en réduction. Le partage de la société d'acquêts, par moitiés ou autrement, résulte bien du fonctionnement du régime matrimonial.

- Est-ce globalement un avantage matrimonial retranchable ? (oui)

Madame reçoit plus de la moitié des simples bénéfices produits par cette société d'acquêts. En dépit des termes généraux de l'article 1527 alinéa 2 in fine, les simples bénéfices ne peuvent concerner que les bénéfices de la société d'acquêts (v. n° 17 s. et 21.).

Les enfants de Madame pourraient être tentés de faire valoir que l'ensemble du patrimoine conjugal est issu des économies formées en cours d'union. Or Madame ne reçoit que 375, c'est-à-dire moins que la moitié du patrimoine conjugal (1.500 / 2) et moins que ce qu'elle aurait pu recevoir sous le régime légal (v. en faveur d'une référence à la communauté légale notamment du fait que l'article 1527 du Code civil tablerait sur l'inclusion dans la communauté de tous les revenus, C. Brenner, Notion et évaluation des avantages matrimoniaux : Actes pratiques et stratégie patrimoniale, 2ème trim. 2008, n° 35. - F. Collard, JCl. Ingénierie du patrimoine, V° Séparation de biens avec adjonction d'une société d'acquêts, fasc. 525, à propos du même cas pratique).

Cependant, si l'on requalifiait en libéralités les transferts entre époux, il serait clair :

- que la conservation par Monsieur de son patrimoine ne pourrait être qualifiée de libéralité venant de son conjoint ; soutenir le contraire reviendrait à saper les bases de la séparation de biens (V. J.-F. Pillebout, Formules particulières de contrat de mariage. Une séparation de biens limitée : JCP N 1993, I, 141, spécialement p. 143, n° 10, qui qualifie de « surprenante » la comparaison au régime légal « tant la logique voudrait que la comparaison soit faite avec le régime de séparation dont ce régime se rapproche davantage »).

- que l'attribution à Madame des trois quarts de la société d'acquêt pourrait être qualifiée de libéralité pour la totalité, Madame n'ayant eu aucun revenu.

D'autre part recourir à une comparaison avec le régime de communauté d'acquêts revient à négliger que c'est la convention des parties qui, en définissant restrictivement la société d'acquêts, déplace le seuil de l'action en retranchement. Cela n'est en rien surprenant puisque c'est la constitution d'une société d'acquêt qui est potentiellement créatrice de libéralité, non la limitation de cette société à une dimension inférieure à celle de la communauté légale. Entendre la notion de « simples bénéfices » comme étant les « simples bénéfices du régime de référence de la communauté légale » dénaturerait la portée de la comparaison, qui n'est que de limiter l'incidence de l'action en retranchement, pas de réécrire la convention des époux.

Nous sommes ainsi en présence d'un avantage matrimonial retranchable de $500 \times (3/4 - 2/4) = 125$. Pour savoir s'il sera effectivement retranché, il suffira (lors du règlement de la succession de Monsieur) de procéder aux opérations d'imputation sur la masse de calcul de la quotité disponible.

- Question subsidiaire : cet avantage retranchable est-il révocable ? (oui)

Les avantages résultant de la constitution d'une société d'acquêts prennent effet au cours du mariage. Ils ne sont donc pas révocables.

La clause d'attribution inégale de la société d'acquêt est évidemment un avantage liquidatif qui serait révoqué en cas de dissolution par divorce. Une telle situation sera rare, la pratique notariale de loin la plus courante réservant les clauses de partage inégal aux cas de dissolution par décès.

45. Cas 10. Régime de séparation de biens avec société d'acquêts (les revenus des propres restants propres).

Au jour du remariage, Madame était propriétaire d'un important patrimoine propre. Monsieur ayant déjà deux jeunes enfants, ils sont convenus d'un régime de séparation de biens avec une société d'acquêts correspondant à la définition de la communauté légale à ceci près que l'ensemble des revenus des patrimoines propres demeurerait propres (la qualification d'un tel régime de communauté d'acquêts ou de société d'acquêts est sans aucune incidence). Chacun des époux a participé aux charges du mariage à proportion de ses facultés respectives. Au jour de la dissolution, le patrimoine propre de Madame vaut 1.000 dont 400 issus de la capitalisation des revenus propres (donnée difficile à établir, le contrat ne prévoyant aucune gestion des dividendes séparée de celle des capitaux initiaux). La société d'acquêts vaut 500, de fait et par suite des circonstances (notamment la mobilité professionnelle de Monsieur) constituée par les seuls économies issues des salaires de Monsieur.

> Du point de vue de Monsieur

- Est-ce un avantage patrimonial ? (non)

Son régime ne lui rapporte rien. Séparé de biens, il serait devenu propriétaire de l'ensemble des biens composant actuellement la société d'acquêts (dont il ne reçoit ici que la moitié).

D'ores et déjà, on sait que Monsieur ne bénéficie pas d'un avantage matrimonial. Même en relevant que le régime ne contient aucun outil juridique pour relever que Monsieur a abondé seul la société d'acquêts, le fait qu'il n'en reçoive finalement que la moitié confirme qu'il ne bénéficie d'aucun avantage matrimonial retranchable.

> Du point de vue de Madame

- Est-ce un avantage patrimonial ? (oui)

Séparée de biens, elle n'aurait eu aucun droit sur les biens composant la société d'acquêts.

- Est-ce un avantage matrimonial (et non une libéralité) ? (oui)

La doctrine est d'accord pour traiter la société d'acquêts comme une communauté en réduction. Le partage de la société d'acquêts, par moitiés ou autrement, résulte bien du fonctionnement du régime matrimonial.

- Est-ce un avantage matrimonial retranchable ? (non)

Madame ne reçoit que la moitié des simples bénéficiaires définis par la société d'acquêts. Les enfants de Monsieur pourraient être tentés de faire valoir que l'ensemble de la société d'acquêts est issu des économies de leur père. Or Monsieur ne reçoit que 250, c'est-à-dire non seulement moins que ce qu'il aurait conservé en séparation de bien mais aussi moins que la moitié des économies faites par les deux époux au cours du mariage (500 de société d'acquêts et 400 de biens propres complémentaires pour Madame, soit 900 dont la moitié fait 450), c'est-à-dire moins que ce qu'il aurait pu recevoir sous le régime légal (corrélativement, Madame recevant bien plus que la moitié des simples bénéficiaires qu'aurait produit un régime de communauté).

Attention

Il semble préférable de limiter l'observation des avantages à la seule société d'acquêts :

- la clause bilatérale de conservation des revenus propres s'analyse davantage en un « non avantage matrimonial prévu par les époux », en un « consentement à ce que le conjoint conserve ses richesses » (E. Rousseau, *De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial : Mél. en l'honneur du professeur Gérard Champenois. Liber amicorum, Defrénois 2012, p. 717, à propos de la clause d'exclusion des acquêts professionnels.* - X. Guédé et F. Letellier, *Rapport du 111^{ème}*

congrès des notaires de France, 2015, n° 2335, à propos de la clause excluant de la communauté les revenus des biens propres. – Contra, P. Murat, Les régimes matrimoniaux et les régimes « pacsimoniaux » à l'épreuve de la rupture des couples : JCP N 2011, n° 25, 1206, § 15) et que ce sont davantage les circonstances (absence d'héritage de Monsieur, absence de revenus professionnels de Madame) que le contrat qui ont produit le déséquilibre patrimonial dont souffre Monsieur ;

- la conservation par Madame de son patrimoine ne pourrait être qualifiée de libéralité venant de son conjoint (dans la mesure où chacun aura contribué aux charges du ménage à proportion de ses facultés respectives, lesquelles comprennent très certainement les revenus des propres) ; soutenir le contraire reviendrait à saper les bases de la séparation de biens.

- en l'absence de patrimoine propre de Madame, Monsieur n'aurait pas reçu plus (mais sans doute moins, de par une répartition différente des contributions aux charges du ménage).

- le calcul de l'augmentation du patrimoine propre de Madame par suite de la conservation des revenus de ce patrimoine serait artificiel, le régime matrimonial ne prévoyant aucun outil à cet effet (tout comme, inversement, l'inclusion des dividendes dans la masse commune aurait rendu très difficile pour Madame la mesure de l'avantage ainsi procuré à la communauté).

Remarque

On observe à nouveau ici que la notion de « régime de référence » avec recours au régime de la communauté d'acquêts serait source d'incohérences en dénaturant la portée de la comparaison avec les simples bénéficiaires. Si Madame avait perçu un salaire et contribué à hauteur de moitié à la composition de la communauté, pourquoi donc aurait-il fallu accorder aux enfants de Monsieur une action pour recevoir une partie des dividendes du patrimoine propre de Madame ? Les circonstances de fait (ici l'absence de salaire de Madame), si elles méritent une grande attention pour qualifier le résultat des clauses matrimoniales comme l'ont montré les cas 5 et 6 concernant l'exclusion des biens professionnels, ne doivent pas conduire à exagérer la portée des actions en retranchement ou en révocation.

- Question subsidiaire : cet avantage retranchable est-il révocable ? (non)

A supposer même que l'avantage dont bénéficie Madame fût retranchable, il ne serait pas révocable, cet avantage patrimonial résultant de la définition de la composition des patrimoines propres et non de la liquidation du régime.

46. Observation finale. La méthode qui vient d'être exposée, en ordonnant la réflexion autour de quatre questions, propose à chaque niveau des solutions cohérentes avec celles des niveaux précédents. Elle permet de souligner :

- que la plupart des stipulations ne sont pas, en elles-mêmes, des avantages matrimoniaux mais qu'elles ne le sont qu'au cas par cas, du chef de l'un des époux, en fonction des résultats chiffrés en cause ;

- que de nombreuses clauses ne débouchent sur un avantage matrimonial révocable ou retranchable ni pour l'un ni pour l'autre époux ;

- qu'aucune clause ne peut être qualifiée d'avantage matrimonial pour les deux époux en même temps.

Conseils pratiques

La diversité de la matière, la rareté de la jurisprudence et les divergences doctrinales rendent nécessaires, lors des conventions et des expertises matrimoniales, l'établissement de suppositions comparatives chiffrées et de reconnaissances d'avis donnés.

Remarque

Certaines questions particulières n'ont pas été abordées dans le présent fascicule telles l'incidence sur les avantages matrimoniaux d'un changement de régime matrimonial (*sur cette question qui émergera vraisemblablement de l'augmentation des ajustements matrimoniaux en cours d'union, v. G. Champenois, Régimes matrimoniaux, chronique juin 2012, mai 2013 : Defrénois 2013, n° 114g5, p. 1154, et les auteurs cités*), la possibilité de consolider l'avantage matrimonial dans le divorce par une stipulation d'irrévocabilité contenue dans le contrat de mariage (v. C. Brenner, *Avantage matrimonial et participation aux acquêts, Actes pratiques et Stratégie patrimoniale, 2015 n° 4, étude 29, § 11 s., possibilité depuis mise à mal par la Cour de cassation dans son arrêt du 18 décembre 2019, cité supra § 1*), le traitement des avantages matrimoniaux en droit international privé (v. M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale, Defrénois, 8^{ème} éd., 2014, n° 982*), ou la procédure de changement de régime matrimonial en présence d'un petit-enfant mineur (J-D Azincourt, *JCP éd N 2012, n° 10, 1122*).