

4.3

La participation aux acquêts, un régime matrimonial à éviter par les dirigeants d'entreprises

Cass. civ. 1^{re}, 18 déc. 2019, n° 18-26.337, concl. A. Caron-Dégliise, comm. C. Farge

La Cour de cassation a tranché un débat relatif à la qualification d'une clause fréquemment stipulée dans les contrats de mariage de participation aux acquêts conclus par des dirigeants ou chefs d'entreprise : la clause d'exclusion des biens professionnels du calcul de la créance de participation. Implicitement, elle règle également une difficulté concernant l'évaluation d'une entreprise déjà créée au moment du mariage dans les patrimoines originaire et final de l'époux entrepreneur.

L'arrêt de principe rendu par la Cour de cassation va, sur ces deux sujets, à l'encontre des besoins de la pratique, des opinions exprimées par une doctrine universitaire majoritaire... et de l'avis rendu par l'avocat général¹. Il rend urgente l'intervention du législateur et donne, en l'état du droit positif, un avantage au régime légal de communauté sur le régime de la participation aux acquêts au regard des risques encourus par le chef d'entreprise en cas de divorce.

Décision

Cass. civ. 1^{re}, 18 déc. 2019, n° 18-26.337

Pdt : Mme Batut - **Av. :** SCP Spinosi et Sureau, SCP Foussard et Froger

Fichage : Publié au bulletin

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Chambéry, 10 septembre 2018), M. X... et Mme Y... se sont mariés sous le régime de la participation aux acquêts, le contrat de mariage stipulant, en cas de dissolution du régime pour une autre cause que le décès des époux, que « les biens affectés à l'exercice effectif de la profession des futurs époux lors de la dissolution, ainsi que les dettes relatives à ces biens, seront exclus de la liquidation ». Leur divorce a été prononcé par jugement du 26 septembre 2008. Lors des opérations de liquidation et de partage de leur régime matrimonial, M. X... a demandé que soit constatée la révocation de

plein droit de la clause d'exclusion des biens professionnels figurant dans leur contrat de mariage et que ces biens soient intégrés à la liquidation de la créance de participation.

Examen du moyen

Enoncé du moyen

2. M. X... fait grief à l'arrêt de juger que la clause d'exclusion des biens professionnels insérée dans le contrat de mariage ne constitue pas un avantage matrimonial et, en conséquence, d'ordonner l'exclusion des biens professionnels du calcul des patrimoines originaires et finaux alors « qu'en matière de participation aux acquêts, une clause d'exclusion des biens professionnels du calcul de la créance de participation, en cas de dissolution du régime pour une autre cause que le décès de l'un des époux, s'analyse en un avantage matrimonial prenant effet à la dissolution du régime matrimonial ; qu'en jugeant, en l'espèce, que la clause d'exclusion des biens professionnels du calcul de la créance de participation insérée dans le contrat de mariage des époux X...-Y... ne constitue pas un avantage matrimonial prenant effet à la dissolution du régime et donc révoqué de plein droit par le jugement de divorce en application

¹ Nous remercions vivement Mme Anne Caron-Dégliise d'avoir eu la gentillesse de nous communiquer son avis concluant au rejet du pourvoi, ci-dessous reproduit. Pour sa clarté d'expression et la richesse de son contenu, nous ne pouvons qu'en conseiller la lecture.

de l'article 265 du code civil, la cour d'appel a violé les articles 265, 1570 et 1572 du code civil. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 265 du code civil :

3. 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 prenant effet à la dissolution du régime matrimonial. Ils sont révoqués de plein droit par le divorce des époux, sauf volonté contraire de celui qui les a consentis exprimée au moment du divorce.

4. Il en résulte qu'une clause excluant du calcul de la créance de participation les biens professionnels des époux en cas de dissolution du régime matrimonial pour une autre cause que le décès, qui conduit à avantager celui d'entre eux ayant vu ses actifs nets professionnels croître de manière plus importante en diminuant la valeur de ses acquêts dans une proportion supérieure à celle de son conjoint, constitue un avantage matrimonial en cas de divorce.

5. Pour dire que la clause d'exclusion des biens professionnels insérée dans le contrat de mariage de M. X... et Mme Y... ne constitue pas un avantage matrimonial et ordonner, en conséquence, l'exclusion de leurs biens professionnels du calcul de leurs patrimoines originaires et finaux, l'arrêt retient que la notion d'avantage matrimonial est attachée au régime de communauté et que les futurs époux, en excluant leurs biens professionnels, ont voulu se rapprocher partiellement du régime séparatiste, sans pour autant en tirer toutes les conséquences sur leurs biens non professionnels. Il ajoute qu'en adoptant un tel régime, dès lors que Mme Y... était pharmacienne et M. X... directeur d'un laboratoire d'analyses, ils entendaient rester maîtres chacun de la gestion de leur outil de travail et de son développement futur tout en permettant à l'autre de profiter pendant le mariage des revenus tirés de l'activité, voire à le protéger si le bien professionnel était totalement déprécié.

6. En statuant ainsi, alors que cette clause constituait un avantage matrimonial révoqué de plein droit par le divorce, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit et juge que la clause d'exclusion des biens professionnels insérée dans le contrat de mariage de M. X... et de Mme Y... ne constitue pas un avantage matrimonial et ordonne en conséquence l'exclusion de leurs biens professionnels du calcul des patrimoines originaires et finaux, l'arrêt rendu le 10 septembre 2018, entre les parties, par la cour d'appel de Chambéry ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Grenoble ;

Cet arrêt est analysé ci-dessous et dans la chronique d'actualité (IP 2-2020, n° 4, § 11, comm. C. Grare-Didier et R. Canalès).

MOYEN ANNEXÉ au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Spinosi et Sureau, avocat aux Conseils, pour M. M...

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir jugé que la clause d'exclusion des biens professionnels insérée dans le contrat de mariage de M. M... et de Mme E... ne constituait pas un avantage matrimonial et d'avoir, en conséquence, ordonné l'exclusion des biens professionnels de M. M... et Mme E... du calcul des patrimoines originaires et finaux ;

Aux motifs que, « Attendu que conformément à l'article 1569 du code civil le régime de la participation aux acquêts fonctionne pendant la durée du mariage comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens et à la dissolution du régime, chacun des époux a alors le droit de participer pour moitié en valeur aux acquêts nets constatés dans le patrimoine de l'autre et mesurés par la double estimation du patrimoine originaire et du patrimoine final ;

Que le régime né séparatiste bascule au final dans une aspiration communautaire en permettant d'associer au moment de la dissolution les deux époux à leurs gains mutuels acquis durant le mariage par le biais d'une créance de participation ;

Attendu que tout en optant pour ce régime, et non pour un régime séparatiste, les époux ont entendu exclure de la créance de participation leurs biens professionnels ;

Attendu que conformément à l'article 1527 du code civil 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 ;

Attendu qu'enfin et conformément à l'article 265 alinéa 2 du code civil, le divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux et des dispositions à cause de mort, accordés par un époux envers son conjoint par contrat de mariage ou pendant l'union, sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis ;

Attendu que par application de l'article 1581 du code civil, en stipulant la participation aux acquêts, les époux peuvent adopter toutes clauses non contraires aux articles 1387, 1388 et 1389 ;

Attendu que l'intention des deux futurs époux en insérant cette clause d'exclusion dans leur contrat de mariage est parfaitement claire et non équivoque, que la clause est ainsi libellée :

« Sauf si la dissolution du régime résulte du décès des deux futurs époux, les biens affectés l'exercice effectif de la profession des futurs époux lors de la dissolution, ainsi que les dettes relatives à ces biens, seront exclus de la liquidation » ;

Qu'elle est par ailleurs complétée par l'énumération des biens devant être exclus du patrimoine final, à savoir :

- des équipements matériels divers servant aux soins et à la réception de la clientèle,
- la valeur du droit de présentation de la clientèle à tout successeur,
- le droit au bail des locaux dans lesquels ils exerceront leur activité professionnelle,
- les parts ou actions de toutes sociétés de moyens, sociétés civiles professionnelles ou sociétés de toute forme dont l'objet sera l'exercice de leur profession libérale ou commerciale,

Qu'il ne s'agit donc pas d'une simple clause de style mais bien d'une volonté des futurs époux de rechercher dans le cadre de leur liberté contractuelle, tout en adoptant le régime de la participation aux acquêts, une double protection à savoir celle relative à leurs biens professionnels et celle relative au conjoint qui pourra ainsi bénéficier au cours du mariage de l'accroissement des revenus de l'autre du fait de son activité ;

Qu'il est même prévu au contrat que si au jour de la dissolution, il apparaissait que les futurs époux avaient anormalement investi des biens à usage professionnel, dans l'intention de réduire le montant de leurs acquêts, l'excédent serait ajouté au patrimoine final, ce qui est bien la preuve de la volonté des époux de rechercher effectivement cette double protection au regard du régime qu'ils ont choisi ;

Attendu que la notion d'avantage matrimonial est attachée au régime de communauté, que comme rappelé ci-dessus, le régime de la participation aux acquêts fonctionne pendant la

durée du mariage comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens et ce n'est qu'à la dissolution du régime qu'il bascule dans une aspiration communautaire ;

Attendu qu'au cas d'espèce les deux futurs époux, en excluant leurs biens professionnels, ont voulu se rapprocher partiellement du régime séparatiste, sans pour autant en tirer toutes les conséquences sur leurs biens non professionnels ;

Qu'en adoptant un tel régime, dès lors que Mme C... E... était pharmacienne et M. Y... M... directeur d'un laboratoire d'analyses, ils entendaient rester maîtres chacun de la gestion de leur outil de travail et de son développement futur tout en permettant à l'autre de profiter pendant le mariage des revenus tirés de l'activité, voire à le protéger au final si le bien professionnel était totalement déprécié ;

Attendu que dès lors et au cas d'espèce la clause d'exclusion insérée dans le contrat de mariage des deux époux ne constitue pas un avantage matrimonial qui est révoquée de plein droit par le jugement de divorce, les biens professionnels devant dès lors être exclus du calcul des patrimoines originaires et finaux de M. Y... M... et de Mme C... E... » (arrêt, pp. 5-6).

Alors que, en matière de participation aux acquêts, une clause d'exclusion des biens professionnels du calcul de la créance de participation, en cas de dissolution du régime pour une cause autre que le décès de l'un des époux, s'analyse en un avantage matrimonial prenant effet à la dissolution du régime matrimonial ; qu'en jugeant, en l'espèce, que la clause d'exclusion des biens professionnels du calcul de la créance de participation insérée dans le contrat de mariage des époux M... E... ne constitue pas un avantage matrimonial prenant effet à la dissolution du régime et donc révoqué de plein droit par le jugement de divorce en application de l'article 265 du code civil, la cour d'appel a violé les articles 265, 1570 et 1572 du code civil.

Conclusions



Anne CARON-DÉGLISE
Avocat général

I. Faits et procédure

1. M. X. et Mme Y. se sont mariés (...) en faisant précéder leur union d'un contrat de mariage instituant le régime matrimonial de la participation aux acquêts. L'article 5 du contrat stipule que : « *sauf si la dissolution du régime résulte du décès des deux futurs époux, les biens affectés à l'exercice effectif de la*

profession des futurs époux lors de la dissolution, ainsi que les dettes relatives à ces biens, seront exclus de la liquidation ».

Par jugement du 26 septembre 2008, le Tribunal de grande instance de Bonneville a prononcé le divorce entre les époux, fixé les effets du divorce quant aux biens à la date du 1^{er} août 2006, dit n'y avoir lieu à prestation compensatoire et désigné le président de la chambre départementale des notaires de Haute-Savoie pour procéder à la liquidation des intérêts patrimoniaux des ex-époux.

Le notaire délégué a procédé à l'ouverture des opérations de compte le 13 mars 2009 et a dressé un procès-verbal de difficultés le 4 décembre 2009 en faisant état de deux points de désaccord entre les ex-époux :

- la clause d'exclusion des biens professionnels,
- la valeur des biens professionnels.

Par acte d'huissier de justice du 30 juin 2011, Mme Y. a assigné M. X. devant le tribunal de grande instance d'Albertville pour qu'il soit procédé à la liquidation et au partage des biens dépendant de la liquidation de leur régime matrimonial.

Par jugement du 17 février 2017, le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance d'Albertville a :

- dit que la clause d'exclusion des biens professionnels constitue un avantage matrimonial qui a été révoqué de plein droit par le divorce,

- dit que la liquidation de la créance de participation devra être opérée intégrant les biens professionnels, officine de pharmacie et valeur de cession du laboratoire d'analyses médicales,

- dit que la valeur de l'officine de pharmacie sera identique dans son patrimoine originaire et final, sans tenir compte d'une éventuelle incidence de l'industrie personnelle de l'épouse sur l'état de son bien,

- dit qu'il doit être tenu compte des indemnités d'assurances perçues relatives aux biens professionnels,

- renvoyé les parties devant le notaire,

- dit n'y avoir lieu à faire droit aux demandes de condamnations au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

- débouté les parties du surplus de leurs demandes,

- dit que les dépens seront pris en frais privilégiés de partage.

Sur le recours engagé par M. X., et par un arrêt du 10 septembre 2018, la Cour d'appel de Chambéry a infirmé le jugement entrepris, sauf en ce qu'il avait renvoyé les parties devant Maître Z., notaire à Annecy, pour procéder aux opérations de comptes, liquidation et partage.

Statuant à nouveau, la cour a dit et jugé que la clause d'exclusion des biens professionnels insérée dans le contrat de mariage de M. X. et de Mme Y. ne constituait pas un avantage matrimonial.

En conséquence, la cour d'appel a ordonné l'exclusion des biens professionnels de M. X. et Mme Y. du calcul des patrimoines originaires et finaux. Y ajoutant, la cour d'appel a dit n'y avoir lieu à l'application de l'article 700 du code de procédure civile.

C'est la décision attaquée.

2. Le pourvoi formé par M. X. développe un moyen unique faisant grief à l'arrêt attaqué d'avoir jugé que la clause d'exclusion des biens professionnels insérée dans le contrat de mariage ne constituait pas un avantage matrimonial et d'avoir, en conséquence, ordonné l'exclusion des biens professionnels de M. X. et de Mme Y. du calcul des patrimoines originaires et finaux alors, selon le moyen :

« que, en matière de participation aux acquêts, une clause d'exclusion des biens professionnels du calcul de la créance de participation, en cas de dissolution du régime pour une cause autre que le décès de l'un des époux, s'analyse en un avantage matrimonial prenant effet à la dissolution du régime matrimonial ; qu'en jugeant, en l'espèce, que la clause d'exclusion des biens professionnels du calcul de la créance de participation insérée dans le contrat de mariage des époux X-Y ne constitue pas un avantage matrimonial prenant effet à la dissolution du régime et donc révoqué de plein droit par le jugement de divorce en application de l'article 265 du code civil, la cour d'appel a violé les articles 265, 1570 et 1572 du code civil. »

Le pourvoi vous invite d'une part à vous prononcer sur la possibilité de retenir l'existence d'un avantage matrimonial dans le régime de la participation aux acquêts et, d'autre part, sur les effets d'une clause spécifique d'exclusion des biens professionnels, pour un motif autre que le décès de l'un des époux, insérée dans ce type de régime matrimonial.

II. Discussion et avis

A. Le point sur les notions en présence

3. Les divers régimes matrimoniaux constituent ce que des auteurs² appellent la « charte patrimoniale de la famille ». Ils présentent un double caractère et poursuivent un double objectif : patrimonial et matrimonial, de sorte qu'ils dépendent à la fois du droit commun des relations patrimoniales et du droit de la famille. Le droit français des régimes matrimoniaux est lui-même marqué par une complication progressive, à la différence de beaucoup de droits étrangers, même ceux qui connaissent un régime matrimonial, tel le droit allemand avec la participation aux acquêts. avant-tout un droit patrimonial³.

4. Le droit français organise plusieurs régimes matrimoniaux, dont le régime légal, entre lesquels il appartient aux futurs époux ou époux de choisir. Les réformes de 1965 et 1985 ont maintenu la pluralité des régimes conventionnels à côté du régime primaire, qui n'est pas un véritable régime matrimonial puisqu'il ne régit que les questions de pouvoirs et de dettes et non la question de la répartition des richesses. Pendant le mariage, se pose en effet surtout la question des pouvoirs et des relations avec les tiers. Après la dissolution du mariage, il faut répartir les actifs (détenus avant et acquis pendant) et répartir les dettes.

La liberté des conventions matrimoniales, énoncée à l'article 1397 du code civil, offre aux époux le choix entre les régimes matrimoniaux qu'il peuvent combiner et s'exerce dans le contrat de mariage. Lorsqu'ils ne font pas de contrat, ils sont soumis au régime légal de communauté.

² P. Malaurie, L. Aynès, N. Péterka, Droit des régimes matrimoniaux : LGDJ, 7^e éd., 2019.

³ Les pays anglo-saxons ne connaissent pas de corps de règles applicables à la situation patrimoniale des époux, v. D. Eskenazi, Contrat de mariage et prenuptial agreement : une protection efficace ? : Defrénois 2015, 237.

5. Les régimes conventionnels sont actuellement de deux types : les communautés conventionnelles et les régimes séparatistes, dont l'exemple le plus achevé est la séparation de biens. Le régime de participation aux acquêts (C. civ., art. 1569 à 1581) est une création de la loi du 13 juillet 1965 et constitue un régime intermédiaire entre la séparation de biens et les régimes communautaires.

Durant le mariage, les époux sont séparés de biens, ce qui leur assure une indépendance totale et les met à l'abri des créanciers de l'autre, sauf par le jeu du régime primaire⁴. Après la dissolution du mariage, chacun des époux participe en principe aux acquêts réalisés par l'autre : il est créancier d'une somme d'argent représentant une partie des acquêts nets constatés dans le patrimoine de son conjoint. Cette part est de moitié, sauf convention contraire (C. civ., art. 1569 et 1581). Les inconvénients de l'indivision post-communautaire sont en principe évités : le droit aux acquêts n'est qu'une créance de somme d'argent et la liquidation une opération purement comptable.

Cependant, des clauses particulières peuvent être insérées dans ce régime comme dans d'autres. L'article 1581 du code civil dispose en effet qu'en « stipulant la participation aux acquêts, les époux peuvent adopter toutes clauses non contraires aux articles 1387, 1388 et 1389 (et) notamment convenir d'une clause de partage inégal, ou stipuler que le survivant d'eux ou l'un d'eux s'il survit, aura droit à la totalité des acquêts nets faits par l'autre ».

Ce texte ne qualifie pas de telles clauses et, en particulier, il ne les répute pas « conventions matrimoniales » ou « avantages matrimoniaux », ainsi que le relève le rapporteur. Or, leur qualification est essentielle, comme le démontre le présent pourvoi à l'occasion de la liquidation devant intervenir à la suite d'un divorce des époux.

Ainsi que le prévoit l'article 265 du code civil :

« Le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage et sur les donations de biens présents quelle que soit leur forme.

Le divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux et des dispositions à cause de mort, accordés par un époux envers son conjoint par contrat de mariage ou pendant l'union, 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 irrévocable l'avantage ou la disposition maintenu.

Toutefois, si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté. »

6. La notion d'avantage matrimonial n'est définie de manière claire ni par les textes, qui n'y font qu'une simple référence aux articles 265 et 1527 du code civil, ni par la jurisprudence dont le conseiller rapporteur relève à juste titre qu'elle a tout d'abord retenu ou écarté la qualification en fonction des

situations soumises à son contrôle⁵, pour ensuite apporter une définition générique⁶ de l'avantage matrimonial correspondant à la lettre de l'article 1527 du code civil, en la complétant :

« Les avantages matrimoniaux qui résultent directement du fonctionnement du régime matrimonial sont constitués par les seuls profits que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses d'une communauté conventionnelle ou qui peuvent résulter de la confusion du mobilier ou des dettes ».

La doctrine n'est elle-même pas unanime et retient, globalement, deux approches citées par le conseiller rapporteur :

- une approche restrictive qui qualifie d'avantage matrimonial « tout profit que l'un des époux peut tirer d'un régime de communauté, légal ou conventionnel, au détriment de son conjoint »⁷;
- une approche plus large, majoritaire, qui à la suite de Jean Carbonnier⁸ définit les avantages matrimoniaux comme « les enrichissements résultant au profit d'un époux et à l'encontre de l'autre du seul fonctionnement du régime matrimonial adopté ».

Plus récemment, des auteurs comme Frédéric Lucet⁹ ou Jacques Flour et Gérard Champenois¹⁰, considèrent que les avantages matrimoniaux sont des profits « résultant des dispositions du régime matrimonial, qui écartent les règles participant, dans chaque régime matrimonial, à la répartition des richesses » (F. Lucet), de sorte qu'il est préférable de ne pas cantonner la notion aux seules communautés conventionnelles (J. Flour et G. Champenois).

Bernard Beignier¹¹ retient, pour sa part, que l'avantage matrimonial est « la part d'enrichissement, variable, dont bénéficie un époux grâce à l'autre, et par la volonté du couple de vivre pleinement la communauté de vie qui est ainsi une communauté de biens ; communauté qui n'est que l'expression de l'affectio conjugalis, fondement de l'alliance matrimoniale ».

Cette notion d'affectio conjugalis est également soutenue par Elisabeth Rousseau¹² qui souligne que : « la volonté de mise en commun et de partage, l'intention participative, exprimée dans le mariage, s'impose comme critère systématique fondamental de l'existence de l'avantage matrimonial ».

5 V. not., Cass. civ. 1^{re}, 7 juill. 1971, n° 69-14.760 : Bull. 1971, I, n° 230. - Cass. civ. 1^{re}, 31 janv. 2006, n° 02-21.121 : Bull. 2006, I, n° 48. - Cass. civ. 1^{re}, 22 janv. 1991, n° 89-13.412 : Bull.; 1991, I, n° 24. - Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 2012, n° 11-25.288, pour des exemples de rejet de la qualification d'avantage matrimonial et, pour des exemples inverses, v. not. Cass. civ. 1^{re}, 12 juin 2001, n° 99-11.442 : Bull. 2001, I, n° 168. - Cass. civ. 1^{re}, 26 janv. 1988, n° 86-11.397 : Bull. 1988, I, n° 24. - Cass. civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, n° 01-03.412. - Cass. civ. 1^{re}, 27 mars 2007, n° 05-14.910 : Bull. 2007, I, n° 136. - Cass. civ. 1^{re}, 25 sept. 2013, n° 12-11.967 : Bull.; 2013, I, n° 179.

6 Cass. civ. 1^{re}, 31 janv. 2006, n° 02-21.121 : Bull. 2006, I, n° 48 et Cass. civ. 1^{re}, 3 déc. 2008, n° 07-19.348 : Bull. 2008, I, n° 281, au visa des articles 267, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, et 1527 du code civil.

7 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 : JCPN 1981, I, p. 355.

8 J. Carbonnier, Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association : Thèse, Bordeaux, 1932, p. 665.

9 F. Lucet, Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux : Thèse, Paris II, 1987, n° 503.

10 J. Flour et G. Champenois, Les régimes matrimoniaux, : Armand Colin, 2^e éd., 2001, n° 718.

11 B. Beignier, Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? in Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit : Litec, 2009, p. 33.

12 E. Rousseau, De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial, in Mélanges Champenois : Défrénois, 2012, p. 711.

4 J.-F. Pillebout, La participation aux acquêts, formules commentées de contrat de mariage : Litec, 1988. - De Gaudemaris, La participation aux acquêts : un régime d'avenir, ss dir. P. Murat : JCPN 2015, 1076-1081.

7. Si la doctrine est très majoritairement favorable à l'application de la notion d'avantage matrimonial au régime de la participation aux acquêts¹³, elle est en revanche partagée sur la qualification et l'efficacité d'une clause d'exclusion des biens professionnels dans ce régime en cas de divorce : certains auteurs estiment qu'une telle clause constitue un avantage matrimonial, d'autres écartent cette qualification.

Selon S. David et A. Jault¹⁴, cités au rapport, « une telle stipulation pourrait être qualifiée d'avantage matrimonial et, par voie de conséquence, en subir le régime - inapproprié - au moment du divorce. Sans doute a-t-il été parfois soutenu qu'une telle clause ne serait pas toujours constitutive d'un avantage matrimonial, au motif que la stipulation se borne à limiter le droit de participation d'un époux et n'entraîne pas le transfert d'un bien d'un époux à l'autre (N. Duchange, L'aminoration du taux de la participation aux acquêts, Defrénois 1993, art. 35670, n° 9 ; J.F. Pillebout, op. cité). L'argument est cependant perfectible : l'avantage matrimonial s'apprécie par comparaison avec le régime supplétif de la participation aux acquêts ; or, il est indéniable que l'époux bénéficiant de la clause voit son patrimoine final diminuer d'autant qu'il possède des biens professionnels, ce qui constitue un avantage certain (J.F. Pillebout, op. cité). Partant, si l'on considère que la clause d'exclusion des biens professionnels constitue un avantage matrimonial, il n'est guère douteux qu'il s'agit d'un avantage qui ne prend effet qu'après la dissolution du régime (F. Letellier, article préc., n° 3), ce qui conduit à une solution incongrue. En application de l'article 265, alinéa 2 du code civil, tel qu'issu de la loi du 26 mai 2004, une telle clause est révoquée de plein droit en cas de divorce, sauf maintien conventionnel prévu par les parties, quelle qu'en soit la cause, obligeant ainsi le liquidateur à appliquer les dispositions supplétives des articles 1570 et suivants (V. Avantage matrimonial [Civ.]). Il en résulterait concrètement que l'avantage matrimonial, qui vise pour l'un des époux à exclure des acquêts réalisés par ses soins pendant le mariage ses biens professionnels, serait dépourvu d'effet en cas de divorce, c'est-à-dire précisément dans l'hypothèse où il revêt tout son intérêt ! Il y a là une difficulté aux implications pratiques évidentes qu'il convient au législateur ou, à défaut, aux magistrats de résoudre. Saisie de cette difficulté, la cour d'appel de Paris a pour sa part fait son choix en jugeant que "considérer cette clause d'exclusion des biens professionnels comme un avantage matrimonial, qui n'ayant pas 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 la participation aux acquêts alors que l'avantage matrimonial ne peut résulter du fonctionnement normal de ce régime" (Paris, 27 avr. 2011, RG no 10/08818)".

13 F. Terré et P. Simler, Les régimes matrimoniaux : Précis Dalloz, 7^e éd., 2015, n° 871. - J. Flour et G. Champenois, Les régimes matrimoniaux : A. Colin, 2^e éd., 2001, n° 718. - J.-F. Pillebout, Les biens professionnels sous le régime de la participation aux acquêts, in Mélanges G. Champenois : Defrénois, 2012, p. 655. - C. Brenner, Avantage matrimonial et participation aux acquêts - le sort de la clause d'exclusion des biens professionnels dans le divorce : APSP 2015, n° 4, dossier 29, n° 5.

14 S. David et A. Jault, Répertoire de droit civil, Dalloz, Participations aux acquêts - Dissolution du régime, juill. 2016 (actualisation janv. 2019), n° 119.

Pour d'autres auteurs¹⁵, la clause d'exclusion des biens professionnels de la créance de participation ne constituerait pas un avantage matrimonial. Le divorce serait alors sans incidence sur cette clause qui ne serait qu'une modalité de liquidation réduisant les droits du conjoint dès lors que les conditions d'application de ladite clause seraient remplies.

L'exclusion de la qualification d'avantage matrimonial pour de telles clauses se justifie, en particulier pour F. Letellier¹⁶, en particulier par un argument de cohérence : « assimiler l'exclusion des biens professionnels sous la participation aux acquêts à un avantage matrimonial reviendrait à considérer que la séparation de biens serait, en elle-même, un avantage matrimonial, l'exclusion des acquêts étant étendue à son maximum ». De surcroît, il serait curieux de traiter la clause d'exclusion des biens professionnels plus favorablement sous le régime de la communauté que sous celui de la participation aux acquêts.

F. Letellier ajoute un autre argument important : « L'exclusion des biens professionnels est, lorsqu'elle est adoptée, la contrepartie de la participation aux acquêts, du partage des revenus (...) Sans cette clause, c'est peut-être la séparation de biens qui aurait été adoptée ».

B. L'avis sur les arguments des parties

8. Compte tenu de la quasi absence de jurisprudence sur la question (un arrêt de la cour d'appel de Paris cité par la consultation du CRIDON du 2 janvier 2015, jointe au mémoire en défense), et de la division de la doctrine sur le sujet comme sur la notion d'avantage matrimonial, imprécise dans les textes et la jurisprudence, votre décision est attendue.

9. En l'espèce, la Cour d'appel de Chambéry a considéré que la clause d'exclusion des biens professionnels de chacun des époux de la liquidation du régime matrimonial, telle que rédigée dans le contrat de mariage reçu le 12 juin 1993 par Maître S, notaire à Villefranche-sur-Saône, ne constitue pas un avantage matrimonial devant être révoqué de plein droit en application de l'article 265 du code civil, contrairement au Tribunal de grande instance d'Albertville qui avait jugé l'inverse en première instance. L'arrêt attaqué est ainsi motivé :

« la notion d'avantage matrimonial est attachée au régime de communauté (...), le régime de participation aux acquêts fonctionne pendant la durée du mariage comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens et ce n'est qu'à la dissolution du régime qu'il bascule dans une aspiration communautaire ; (...), au cas d'espèce, les deux futurs époux, en excluant leurs biens professionnels, ont voulu se rapprocher partiellement du régime séparatiste, sans pour autant en tirer toutes les conséquences sur leurs biens non professionnels ;

15 N. Duchange, Un inconvénient patrimonial n'est pas un avantage matrimonial : Defrénois 2010, art. 39117 et s. - F. Letellier, La clause d'exclusion des biens professionnels sous le régime de la participation aux acquêts à l'épreuve du divorce - quelques éléments de réponse à une question angoissante : JCPN 2008, 1150. - J.-F. Pillebout, Les biens professionnels sous le régime de la participation aux acquêts, préc.

16 F. Letellier, préc.

(...) qu'en adoptant un tel régime, dès lors que Mme Y. était pharmacienne et M. X. directeur d'un laboratoire d'analyses, ils entendaient rester maîtres chacun de la gestion de leur outils de travail et de son développement futur tout en permettant à l'autre de profiter pendant le mariage des revenus tirés de l'activité, voire à le protéger au final si le bien professionnel était totalement déprécié ;

(...) dès lors et au cas d'espèce la clause d'exclusion insérée dans le contrat de mariage des deux époux ne constitue pas un avantage matrimonial qui est révoqué de plein droit par le jugement de divorce, les biens professionnels devant dès lors être exclus du calcul des patrimoine originaires et finaux de M. X. et de Mme Y. ; »

10. Le mémoire ampliatif soutient que la clause d'exclusion des biens professionnels du calcul de la créance de participation, en cas de dissolution du régime pour une autre cause que le décès de l'un des époux doit s'analyser, dans le régime de participation aux acquêts, en un avantage matrimonial prenant effet à la dissolution du régime matrimonial. Il s'appuie sur le courant doctrinal majoritaire, favorable à cette qualification d'avantage matrimonial. Il souligne dans ce sens que, antérieurement à la modification législative de l'article 265 du code civil intervenue à la faveur de la loi de 2004, le professeur Champenois indiquait que la clause « paraît bien constituer un avantage matrimonial pour l'époux qui en bénéficie. Dès lors son maintien n'est certain que si le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui n'exerce par une profession indépendante ou s'il est prononcé à la demande de celui-ci, pour rupture de la vie commune. Dans les autres cas, l'avantage sera à coup sûr perdu (divorce aux torts exclusifs du chef d'entreprise et divorce prononcé pour rupture de la vie commune à la demande de celui-ci) ou risque de l'être, si la volonté du conjoint peut jouer un rôle décisif (divorce aux torts partagés, divorce sur demande acceptée et même divorce sur requête conjointe) »¹⁷.

Citant également le professeur Sauvage¹⁸ et le professeur Murat¹⁹, le mémoire ampliatif souligne que d'autres auteurs ont, plus récemment, paru séduits par la qualification d'avantage matrimonial prenant effet à la dissolution du régime matrimonial, et donc éligible à la révocation de plein droit de l'article 265 du code civil. En effet, selon lui, la mise en oeuvre d'une clause d'exclusion des biens professionnels dans le patrimoine final pour toute autre cause de dissolution du régime matrimonial que le décès de l'un des époux, confère un avantage à l'époux titulaire d'un patrimoine professionnel plus important que celui de son conjoint, en ce qu'il voit ses droits augmentés. Et comme le suggère le professeur Murat, c'est bien un avantage matrimonial, car l'avantage matrimonial ne se limite pas au cas où les droits de l'autre conjoint sont augmentés, mais inclut également les hypothèses où le conjoint voit ses propres droits augmentés par l'exécution de la clause :

17 Flour et Champenois, Les régimes matrimoniaux, préc., n° 797. – V. égal. en ce sens Morin, Brèves remarques sur deux études relatives au contrat de mariage du chef d'entreprise et au rôle de la société holding dans la transmission de l'entreprise : Defrénois 1987, p. 1156-1159, spéc. n° 7.

18 F. Sauvage, Conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et avantages matrimoniaux : Defrénois 2004, p. 1425 et s., spéc. n° 20.

19 P. Murat, Les régimes matrimoniaux et les régimes pacsimoniaux à l'épreuve de la rupture du couple : JCPN 2011, p. 1206 et s., spéc. n° 15.

« 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 » (P. Murat, préc.).

En l'espèce, soutient donc le mémoire ampliatif, c'est très exactement ainsi que le CRIDON de Lyon avait analysé la clause d'exclusion des biens professionnels contenue dans le contrat de mariage des époux X.-Y. et l'analyse retenue par les premiers juges.

11. Le mémoire en défense oppose à cette argumentation que la solution retenue par les juges du second degré est la seule qui soit juridiquement correcte si l'on veut bien tenir compte à la fois de la définition de l'avantage matrimonial²⁰, des exemples qui illustrent cette notion (qui postulent l'existence d'une communauté ou en tout cas d'une masse commune appelée à être partagée entre les époux, outre le fait que, dans ces cas, l'un des époux concède une partie de ses droits à l'autre), du fonctionnement du régime de la participation aux acquêts (qui est un régime de séparation de biens pendant le mariage et donne lieu à liquidation permettant de faire apparaître une créance de participation, une fois le mariage dissout) et, par analogie, de la solution retenue en cas de séparation de biens.

Avis

12. Pour éclairer le débat théorique sur la qualification de la clause d'exclusion des biens professionnels dans le régime de participation aux acquêts en cas de divorce, il vous faudra certainement rechercher dans l'arrêt attaqué ce qu'ont voulu faire les époux lorsqu'ils ont introduit cette clause dans leur contrat de mariage.

Et si vous retenez la qualification d'avantage matrimonial, il vous appartiendra de rechercher si un profit a été retiré par l'un des époux du fait de l'application de la clause d'exclusion et si ce profit a bien été concédé par l'autre.

Ainsi que le rappelle le pourvoi lui-même, l'avantage matrimonial réside dans le « profit particulier qui résulte du fonctionnement du régime matrimonial pour un époux », et s'entend du « traitement préférentiel qui, favorisant son bénéficiaire comme copartageant, n'est pas regardé par la loi comme une donation »²¹.

Cette définition est conforme à la fois à la définition légale de l'avantage matrimonial donnée par l'article 1527 du code civil et à celle retenue en jurisprudence : « les avantages matrimoniaux qui résultent directement du fonctionnement du régime matrimonial sont constitués par les seuls profits que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses d'une communauté

20 « Ce sont des avantages obtenus sur les biens communs qui sont dénommés avantages matrimoniaux que l'on peut définir, dans une première approche, comme un profit procuré en qualité de copartageants à l'un des époux et résultant du fonctionnement du régime matrimonial » (Flour et Champenois, Régimes matrimoniaux, préc., n° 718).

21 Vocabulaire juridique, ss dir. G. Cornu : PUF (v. matrimonial, avantages).

conventionnelle ou qui peuvent résulter de la confusion du mobilier ou des dettes »²².

Si l'on admet, suivant en cela la doctrine majoritaire, que la notion d'avantage matrimonial est compatible avec le régime de participation aux acquêts, il faudra que l'avantage procuré par la clause d'exclusion des biens professionnels (ici réciproque entre les époux) résulte d'une dérogation aux règles du partage et confère un profit à l'un des époux.

Comme le développe le mémoire en défense, les époux qui possèdent en propre leur patrimoine et qui décident de se marier sous le régime de la séparation de biens ne se concèdent pas des avantages en acceptant de ne pas revendiquer les droits dont ils auraient pu bénéficier selon un régime de communauté, légal ou conventionnel. Ceci quand bien même les époux auraient pu bénéficier de droits sur les biens de l'autre en optant pour un régime de communauté²³.

La liberté de choix du régime matrimonial et des aménagements qu'ils entendent, de leur propre volonté, y apporter leur permet en effet de définir les contours de leurs engagements patrimoniaux, en délimitant ceux des biens qui entreront dans le périmètre du régime et ceux qui en seront exclus, sans que la référence obligatoire ne soit le régime de la communauté. C'est une liberté reconnue dans les régimes de communauté²⁴, et il serait paradoxal, pour ne pas dire incohérent, de l'exclure dans le régime de participation aux acquêts.

Relevons que, lorsque les époux intègrent dans un contrat de mariage portant adoption du régime de communauté universelle une clause de reprise des apports, il n'y a pas d'avantage matrimonial²⁵.

En quoi donc, en l'espèce, l'ajout dans le régime de participation aux acquêts d'une clause spécifique d'exclusion des biens professionnels lors de la dissolution du régime, « *sauf si la dissolution résulte du décès des deux futurs époux* » génère-t-elle un profit pour l'un des époux, concédé par l'autre ?

Ainsi que le retient l'arrêt attaqué, « *au cas d'espèce, les deux futurs époux, en excluant leurs biens professionnels, ont voulu se rapprocher partiellement du régime séparatiste, sans pour autant*

en tirer toutes les conséquences sur leurs biens non professionnels ; (...) qu'en adoptant un tel régime, dès lors que Mme Y. était pharmacienne et M. X. directeur d'un laboratoire d'analyses, ils entendaient rester maîtres chacun de la gestion de leur outils de travail et de son développement futur tout en permettant à l'autre de profiter pendant le mariage des revenus tirés de l'activité, voire à le protéger au final si le bien professionnel était totalement déprécié ;

(...) dès lors et au cas d'espèce la clause d'exclusion insérée dans le contrat de mariage des deux époux ne constitue pas un avantage matrimonial qui est révoqué de plein droit par le jugement de divorce, les biens professionnels devant dès lors être exclus du calcul des patrimoine originaires et finaux de M. X. et de Mme Y. ; »

Cette motivation, qui s'appuie sur la volonté des époux de se rapprocher d'un régime séparatiste et de laisser à chacun des époux la maîtrise de son activité professionnelle, en lui faisant bénéficier des profits dégagés par celle-ci tout en le protégeant en cas de dépréciation du bien, démontre que la clause entrait clairement dans un projet commun des époux, lié au mariage, à l'*affectio conjugalis*, et à l'indépendance de chaque époux dans son activité professionnelle. En précisant sans ambiguïté que la clause trouve à s'appliquer, sauf le cas de décès, est confirmée cette volonté clairement séparatiste sur le terrain professionnel, sauf au moment de la liquidation pour cause de mort des époux.

En conséquence, les biens professionnels des époux n'ayant de ce fait pas été intégrés à la masse à partager lors de la liquidation du régime matrimonial pour une autre cause que le décès, de la volonté réciproque de chacun d'eux et pour ce qui concerne chacun dans son activité professionnelle, il ne peut être considéré en la cause qu'un avantage matrimonial a de la sorte été concédé à l'un ou à l'autre. La volonté séparatiste est claire sur ce point et, dans ce cas, rappelons-le, la notion d'avantage matrimonial ne peut être retenue²⁶. Toute autre interprétation viderait la clause de tout effet, contrairement à ce que les époux ont explicitement décidé dans leur contrat de mariage.

13. Au bénéfice de ces éléments d'appréciation, nous concluons au rejet du moyen et, en conséquence, au rejet du pourvoi.

A. CARON-DÉGLISE ■

22 Cass. civ. 1^{re}, 25 sept. 2013, n° 12-11967 : Bull. I n° 179. - Cass. civ. 1^{re}, 3 déc. 2008, n° 07-19348 : Bull. I n° 281. - Cass. civ. 1^{re}, 31 janv. 2006, n° 02-21121 : Bull. I n° 48.

23 Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 2012, n° 11-25.288.

24 Cass. civ. 1^{re}, 28 févr. 2006, n° 03-19206 : Bull. I n° 127. - Cass. civ. 1^{re}, 25 nov. 2003, n° 02-12.942 : Bull. I n° 236.

25 Cass. civ. 1^{re}, 17 nov. 2010, n° 09-68292 : Bull. I n° 235, et C. civ., art. 265, al. 3.

26 Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 2012, n° 11-25.288.

Commentaire



Claire FARGE

Docteur en droit,
Avocat, Département droit du patrimoine, FIDAL

1. Lors des opérations de liquidation-partage du régime matrimonial occasionnées par un divorce s'est posée la question de l'efficacité de l'une des clauses prévues par un contrat de mariage de participation aux acquêts conclu entre une pharmacienne et un directeur de laboratoire d'analyses médicales. Cette clause stipulait qu'en cas de dissolution du régime pour une autre cause que le décès des époux, « les biens affectés à l'exercice effectif de la profession des futurs époux lors de la dissolution, ainsi que les dettes relatives à ces biens, seront exclus de la liquidation ». Cette clause était complétée, d'une part, par l'énumération des biens professionnels devant être exclus du patrimoine final et, d'autre part, par la précision que « *si les époux avaient anormalement investi des biens à usage professionnel, dans l'intention de réduire le montant de leurs acquêts, l'excédent serait rajouté au patrimoine final* ». Ces précisions avaient convaincu les juges d'appel que la clause d'exclusion n'était pas « une clause de style » et marquait bien « *la volonté des futurs époux de rechercher dans le cadre de leur liberté contractuelle, tout en adoptant le régime de la participation aux acquêts, une double protection à savoir celle relative à leurs biens professionnels et celle relative au conjoint qui pourra ainsi bénéficier au cours du mariage de l'accroissement des revenus de l'autre du fait de son activité* ». Soucieux de donner toute son efficacité à cette clause qu'ils considéraient comme ayant été choisie de manière parfaitement éclairée par les époux et dont ils soulignaient les objectifs vertueux, les juges d'appel ont conclu que la clause litigieuse ne constituait pas un avantage matrimonial révoqué de plein droit par le jugement de divorce et qu'ainsi les biens professionnels acquis par les époux durant le mariage devaient être effectivement exclus du calcul de la créance de participation. Le mari, dont les affaires avaient certainement moins prospéré que celles de sa femme et qui n'avait donc pas intérêt au jeu de la clause, s'est pourvu en cassation afin que soit retenue par la haute juridiction la qualification d'avantage matrimonial prenant effet à la dissolution du régime matrimonial : une telle qualification, faisant entrer la clause dans le champ d'application de l'article 265, alinéa 2 du code civil, la privait *ipso facto* d'effet au moment où elle était censée en produire c'est-à-dire en cas de divorce.

Il a été entendu par la Cour de cassation dans le présent arrêt du 18 décembre 2019.

I. Les enseignements de cette décision

2. La notion d'avantage matrimonial n'est pas limitée aux régimes de communauté²⁷. Elle a toute sa place en présence d'un régime de participation aux acquêts dès lors que les époux ont introduit dans leur contrat de mariage une ou plusieurs clauses dérogeant au dispositif légal de liquidation de la créance de participation et que l'un ou l'autre a tiré profit de la stipulation. En cela, la décision commentée rejoint une récente jurisprudence de la Cour de cassation qui avait reconnu la possibilité de faire jouer la notion d'avantage matrimonial en présence d'un régime de séparation de biens avec société d'acquêts²⁸.

3. Ces clauses, qui aménagent la liquidation de la créance de participation, relèvent de l'article 265, al. 2 du code civil alors même qu'elles ne prévoient leur jeu que pour une cause de dissolution du mariage autre que le décès. Elles sont donc automatiquement révoquées en cas de divorce. Ainsi, l'article 265, al. 2 du code civil n'est pas limité aux avantages matrimoniaux s'analysant en gains de survie au profit d'un conjoint survivant.

4. Il y a place pour une volonté contraire qui doit être exprimée au moment du divorce.

5. La clause d'exclusion des biens professionnels du calcul de la créance de participation, parce qu'elle rentre dans la catégorie des avantages matrimoniaux prenant effet au moment de la dissolution du lien matrimonial, n'a aucune efficacité en cas de divorce. Celui qui profite d'une telle clause et qui pourrait donc manifester la volonté de conserver son efficacité à la clause devant le juge du divorce est celui des époux qui a « vu ses actifs nets professionnels croître de manière plus importante en diminuant la valeur de ses acquêts dans une proportion supérieure à celle de son conjoint ».

²⁷ C'est également en ce sens que s'était prononcée la Chancellerie dans une réponse ministérielle (RM n° 601, 17 oct. 1988 : JCPN 1989, 1, obs. P. Simler). La doctrine n'était pas unanime sur l'extension de cette qualification à la clause d'exclusion professionnelle : N. Duchange, Quelques précisions sur l'évaluation des avantages matrimoniaux à propos d'une formule de participation aux acquêts : Defrénois 1993, art. 35618. - F. Letellier, La clause d'exclusion des biens professionnels sous le régime de la participation aux acquêts à l'épreuve du divorce : JCPN 2008, 1150. - C. Fénardon, La participation aux acquêts et la protection des biens professionnels : des billevesées ? : JCPN 2009, 1245. - E. Rousseau, De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial, in Mél. G. Champenois ; Defrénois 2012, p. 711.

²⁸ Cass. civ. 1^{re}, 29 nov. 2017, n° 16-29.056 : JCPN 2018, n° 1, 1002, note B. Beignier et F. Collard ; GP 2018, n° 12, p. 50, obs. Q. Guiguet-Schiélé.

II. Critique de la décision

6. La décision commentée est à plusieurs titres déconcertante.

A. L'impossibilité d'anticiper le risque de divorce dans le contrat de mariage de participation aux acquêts

7. Voilà un régime matrimonial, introduit dans notre droit par la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965, qui paraissait idéal en ce qu'il permettait, grâce à une rédaction soignée, de concilier protection de l'outil professionnel et protection du conjoint survivant ; en ce qu'il permettait donc à de futurs époux de ne pas systématiquement opter pour le régime de la séparation de biens lorsque, conscients du risque de divorce au moment du mariage (pour l'avoir déjà vécu dans une vie matrimoniale antérieure ou pour connaître les statistiques de divorce), ils n'acceptaient de faire jouer à plein l'association conjugale au plan patrimonial qu'en cas de dissolution du mariage par décès.

De plus, le régime de participation aux acquêts fonctionnant pendant le mariage comme une séparation de biens, laisse chaque époux à l'abri des créanciers de son conjoint. Enfin, le régime de participation aux acquêts conserve de manière presque entière²⁹ une maîtrise de gestion de chaque époux sur les biens qui composent son patrimoine : il n'y a pas de biens « communs » et la participation à l'enrichissement du conjoint se fait uniquement en valeur, sauf rares exceptions.

Encore fallait-il pour que le régime de participation aux acquêts présente tous ces attraits, et soit considéré comme le contrat de mariage idéal pour les dirigeants d'entreprises, qu'il soit possible d'anticiper les conséquences d'un divorce au moment de la conclusion du contrat de mariage en y insérant des clauses protectrices des actifs professionnels. La pratique pensait pouvoir le faire en insérant des clauses, ou bien d'exclusion des biens professionnels du calcul de la créance de participation, ou bien d'intégration des biens professionnels, créés ou acquis pendant le mariage, dans le patrimoine originaire, ou bien de plafonnement de la créance de participation, ou bien de minoration du taux de participation.

8. Au cas particulier, le contrat de mariage adopté semblait avoir été construit autour de cet équilibre recherché par les époux entre la protection de l'outil professionnel et la protection du conjoint survivant. Il y a fort à parier que cette double protection et cette liquidation alternative de la créance de participation selon la cause de dissolution du mariage était déterminante du consentement des époux à conclure un contrat de mariage autre que celui de la séparation de biens pure et simple. D'ailleurs, certains contrats de mariage ont pu être rédigés avec la précision expresse du caractère déterminant du consentement au choix de la participation aux acquêts de ladite clause d'exclusion.

29 Sur les limites au principe de gestion indépendante, v. Dalloz action Droit patrimonial de la famille, n° 171.81 et s., éd. 2018/19.

Les conseils étaient conscients des risques encourus par la stipulation d'une telle clause au regard de sa possible qualification d'avantage matrimonial rentrant dans le champ d'application du très problématique article 265, al. 2 du code civil, et comme tel insusceptible de produire ses effets au moment même où il était prévu qu'elle joue. Pour cette raison, ils faisaient signer des reconnaissances d'avis donné, alertant les clients du risque de contentieux. Mais ils étaient globalement relativement confiants sur une issue favorable au maintien de ces clauses si la question était posée à la Cour de cassation. Ils pouvaient notamment s'appuyer sur une doctrine universitaire hostile à la qualification d'avantage matrimonial³⁰, sur une jurisprudence des juges du fond qui avait écarté l'application de l'article 265, al. 2 du code civil³¹... et aussi sur un certain bon sens, car si prévoir moins de participation doit être considéré comme un avantage matrimonial ne faudra-t-il pas en conclure que la séparation de biens est « le régime le plus porteur d'avantages matrimoniaux »³² ?

Pour autant, des vœux et avis issus d'un congrès des notaires³³ et de la Fédération Nationale Droit du Patrimoine (FNDP)³⁴ avaient été émis pour solliciter une intervention du législateur afin de sécuriser les situations matrimoniales créées.

9. La présente décision de la Cour de cassation rend maintenant urgente une évolution de l'article 265 du code civil. Il faudrait sans doute que le législateur réfléchisse plus globalement à la place qu'il souhaite laisser aux futurs époux pour organiser à l'avance les conséquences patrimoniales de leur éventuel divorce³⁵. En faisant, ou pas, la distinction entre ce qui pourrait être réglé par le régime matrimonial le quel, parce qu'il relève du principe de liberté des conventions matrimoniales³⁶, devrait être laissé entre les mains des époux dotés d'un consentement éclairé grâce à l'accompagnement d'un expert, et la prestation compensatoire qui, elle, resterait à négocier au cas par cas au moment du divorce en fonction de la situation de fait à ce moment-là. Sauf à intégrer dans notre système juridique interne, ce qui est déjà admis non seulement outre-Atlantique mais aussi en Angleterre, en Allemagne et en Suisse : les « *prenups* » ou « *pre-nuptial agreements* » c'est-à-dire des conventions matrimoniales qui décident à l'avance des conséquences de l'éventuelle désunion.

30 V. not. E. Rousseau, De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial, in Mél. G. Champenois, préc., p. 711, spéc. p. 717 : « L'avantage matrimonial naît seulement de ce qui est mis en commun et non pas de ce qui en est écarté ».

31 CA Paris, 27 avr. 2011, n° 10/08818 : JCPN 2013, n° 41, note N. Duchange.

32 N. Duchange, Peut-on traiter des avantages matrimoniaux sans évoquer les simples bénéficiaires ? : AJ Famille févr. 2020, 126.

33 V. la proposition émise par le 106^e congrès des notaires de France, p. 832, note 837 : « Le divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial par le décès des époux. A contrario, les avantages matrimoniaux prenant effet à la dissolution du régime matrimonial par le divorce des époux auront un plein effet ».

34 C. Farge, E. Naudin et J.-F. Desbuquois, Pour une réécriture de l'article 265, alinéa 2 du code civil : JCPN 2018, n° 39, 1289.

35 V. not. G. Escudey, Faut-il permettre l'insertion de clauses relatives à la désunion dans les contrats de mariage ? : Dr. famille 2019, n° 12, étude 17.

36 C. civ., art. 1387.

Cette évolution de la lettre de la loi est d'autant plus urgente que **la Cour de cassation, par cette décision, semble ne laisser place à aucune anticipation du divorce dans le contrat de mariage de participation aux acquêts** des futurs époux, sauf à considérer que ce qu'elle a jugé à propos de la clause d'exclusion des biens professionnels ne vaudrait pas nécessairement pour d'autres clauses protectrices du dirigeant, telles la clause de plafonnement ou de minoration de la créance de participation (alors pourtant que c'était la solution inverse qui était parfois soutenue par la doctrine³⁷). En effet, la Cour de cassation ne permet que soit écarté le jeu de l'article 265, al. 2 du code civil que par une volonté de l'époux qui a consenti l'avantage matrimonial énoncée au moment du divorce. Elle ne laisse apparemment donc pas la porte ouverte à une volonté qui aurait été exprimée en amont dans le contrat de mariage lui-même ainsi que le permettait la réponse ministérielle du 26 mai 2009³⁸. Cette décision, mise en perspective avec l'arrêt de 2012 ayant condamné les clauses de non-divorce dans les donations de biens présents entre époux³⁹ laisse ainsi penser que l'article 265 du code civil est, dans toutes ses dispositions, impératif.

Il est bien **regrettable que cette intervention du législateur, souhaitée de longue date, n'ait pas eu lieu déjà l'année dernière**, soit dans la loi de programmation et de réforme pour la justice qui a revu la procédure de changement de régime matrimonial⁴⁰ soit dans la loi PACTE⁴¹ qui avait à cœur de résoudre les problématiques liées à l'entreprise.

B. Une participation aux acquêts plus communautaire que la communauté

10. Il est également notable que dans l'espèce jugée le 18 décembre 2019, les futurs époux, à la lecture des moyens produits devant la Cour de cassation, avaient déjà constitué leur entreprise au moment du mariage et cherchaient à travers la clause d'exclusion à éviter d'avoir à partager l'éventuelle plus-value acquise, pendant leur union, par leurs entreprises respectives. Cela explique que l'exclusion ait été prévue à la fois du patrimoine originaire (constitué des biens existants dans le patrimoine au jour du mariage) et à la fois du patrimoine final (composé de tous les biens existant dans le patrimoine des époux au moment de la dissolution) : s'il s'était agi d'exclure de toute participation l'entreprise créée pendant le mariage, une exclusion du patrimoine final suffisait.

37 En ce sens, C. Fénardon, La participation aux acquêts et la protection des biens professionnels, des billesvesées ?, préc.

38 RM Huyghe, n° 18632 : JOAN 26 mai 2009.

39 Cass. civ. 1^{re}, 14 mars 2012, n° 11-13.791.

40 L. n° 2019-222, 23 mars 2019, art. 8 : IP 2-2019, n° 4, § 26, comm. C. Grare-Didier.

41 L. n° 2019-486, 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dont les mesures intéressant l'ingénierie patrimoniale sont présentées dans le n° 2-2019 de la présente revue.

11. Lorsque le bien existant dans le patrimoine au moment du mariage est une entreprise (commerciale, agricole ou libérale), la **question de son évaluation dans le patrimoine originaire au moment de la liquidation de la créance de participation pose problème** : faut-il tenir compte de toutes les plus-values advenues à l'outil professionnel pendant le mariage ? La réponse est donnée par l'article 1571 du code civil qui commande d'évaluer les biens originaires au jour de la liquidation mais compte tenu de leur « état au jour du mariage ». Cette notion d'état, couramment utilisée par la loi en droit patrimonial de la famille, conduit à ne retenir que les plus-values fortuites advenues au bien, celles qui se seraient produites sans l'intervention de l'époux. La Cour de cassation, en considérant que la clause d'exclusion des biens professionnels des patrimoines originaires et finaux des époux avantage celui des époux dont l'entreprise, déjà existante au moment du mariage, a le moins pris de valeur pendant le mariage, considère par là-même que les plus-values advenues à une entreprise dont l'époux est le propriétaire sont toutes dues à l'entrepreneur et qu'ainsi **l'entreprise doit être évaluée dans le patrimoine originaire pour sa valeur au jour du mariage**. Cette solution, qui ne va pas de soi et qui n'avait à notre connaissance jamais été énoncée, rejoint la solution prévue expressément dans le cadre du régime optionnel de participation franco-allemand lequel, rappelons-le, bien que fruit d'un accord bilatéral entre la France et l'Allemagne, peut être choisi par contrat de mariage y compris dans une situation franco-française. Une telle règle liquidative aboutit à rendre le régime de participation aux acquêts plus communautaire que la communauté légale elle-même puisque si les époux avaient été mariés sous le régime de la communauté, ils auraient pu, au moment du divorce, reprendre leur entreprise, en qualité de bien propre - puisqu'existant au jour du mariage - sans devoir partager la plus-value acquise pendant leur union.

Exemple : La pharmacie de Mme vaut 100 au jour du mariage et 500 au jour de la liquidation du régime matrimonial. Le laboratoire d'analyses médicales de Monsieur vaut 100 au jour du mariage et 300 au jour de la liquidation

Hyp. 1 : Époux mariés sous le régime de la participation aux acquêts

	Patrimoine originaire	Patrimoine final	Enrichissement
Mme	100	500	400
M.	100	300	200

Monsieur a donc une créance de participation sur Madame de $(400-200)/2 = 100$.

Hyp. 2 : Époux mariés sous le régime de la communauté légale

Chacun reprend son entreprise en qualité de bien propre sans devoir aucune récompense à la communauté, à condition toutefois qu'il n'y ait eu aucun mouvement de fonds opéré entre la communauté et le patrimoine propre.

12. Tel est donc le paradoxe résultant de la décision de la Cour de cassation : en l'état actuel du droit positif, le régime de communauté est plus protecteur que le régime de participation aux acquêts lorsque des dirigeants d'entreprise décident de se marier.

C. De nombreuses zones de flou

13. La décision de la Cour de cassation laisse des zones de flou importantes :

> Quelles sont les clauses dérogatoires au régime légal de calcul de la créance de participation qui relèvent de la qualification d'avantage matrimonial ? Faut-il faire une distinction entre les clauses qui augmentent la participation et les clauses qui la minorent, voire qui modifient la personne de l'époux débiteur de la créance ? Mais il est bien évident que ce qui désavantage l'un avantage l'autre, ce qui pose le problème de savoir où placer le curseur s'il doit y en avoir un.

> Faudra-t-il avoir la même approche de la notion d'avantage matrimonial en cas de dissolution du mariage par le décès de l'un des époux, si l'un des enfants non communs du défunt souhaite exercer l'action en retranchement ? Ou faut-il considérer qu'un avantage matrimonial révocable en cas de divorce ne serait pas nécessairement un avantage retranchable, à l'instar de la clause de prélèvement moyennant indemnité⁴² ?

> Dans le cadre du chiffrage de l'avantage matrimonial pour les besoins de l'action en retranchement, quel doit être le régime de référence : le régime légal de la communauté réduite aux acquêts⁴³ ? Ou le régime conventionnel liquidé dans la stricte application du dispositif légal⁴⁴ ? Ou le régime de séparation de biens pure et simple⁴⁵ ?

14. Ces zones de flou, ajoutées à la solution énoncée clairement par la Cour de cassation dans la décision commentée, **rendent aujourd'hui inutilisable le régime de participation aux acquêts** pour un dirigeant d'entreprise désireux de protéger son outil professionnel en cas de divorce.

42 V. en ce sens B. Varelle, Rép. Civ. Dalloz, V° Avantage matrimonial, n° 158. - E. Rousseau, préc., p. 722

43 En ce sens, E. Rousseau, préc., p. 726.

44 En ce sens, v. not. 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 1981, I, 355.

45 V. N. Duchange, Un inconvénient patrimonial n'est pas un avantage matrimonial : Defrénois 2010, 113.

III. Quelles solutions au regard du droit positif ?

15. Les conseils doivent redoubler de vigilance dans l'accompagnement patrimonial des dirigeants d'entreprise.

Il faut **revoir tous les contrats de mariage** (communauté conventionnelle, participation aux acquêts, séparation de biens) conclus par les dirigeants et vérifier que les clauses envisagées par les époux comme devant les protéger en cas de divorce ne rentrent pas dans le champ d'application de l'article 265, al. 2 du code civil. Les récentes évolutions de la procédure de changement de régime matrimonial qui, notamment, suppriment le délai de deux ans et l'homologation judiciaire en présence d'enfants mineurs devront conduire **à conseiller, à la moindre hésitation, un aménagement du régime matrimonial pour sécuriser les objectifs visés.**

16. Si le choix est fait pour une **séparation de biens pure et simple**, il faudra, dans le conseil, être vigilant à la qualification hasardeuse des flux financiers entre les époux pendant le mariage notamment à l'occasion d'investissements immobiliers réalisés à deux alors qu'un seul des époux finance l'acquisition (généralement le dirigeant, pour compenser l'absence de mise en communauté de son entreprise) : la Cour de cassation a souvent refusé à l'époux qui avait financé plus que sa part de réclamer une quelconque créance à son conjoint à l'occasion d'un divorce au motif que l'époux le plus fortuné avait, de la sorte, contribué selon ses facultés aux charges du mariage, ainsi que le prescrit l'article 214 du code civil⁴⁶.

Et si **une société d'acquêts est adjointe à la séparation de biens** afin d'exprimer la volonté d'association patrimoniale des époux dans des formes juridiques claires (plutôt que par des flux financiers anarchiques), il ne faudra pas oublier de prévoir une clause alsacienne afin de permettre à l'époux qui a apporté un bien en société d'acquêts de le reprendre en cas de divorce. Ici le schéma est validé par la lettre même de l'article 265, al. 3 du code civil : il ne risque pas d'être remis en cause à l'occasion d'un contentieux.

C. FARGE ■

46 V. cependant le récent frein à cette interprétation extensive de l'article 214 du code civil en présence d'un apport en capital personnel réalisé par l'un des époux (Cass. civ. 1^{re}, 3 oct. 2019, n° 18-20.828 : IP 1-2020, n° 4, § 12).

