



# UN AVANTAGE MATRIMONIAL EST –IL REVOCABLE DANS LE CADRE D’UN CONTRAT DE MARIAGE DE PARTICIPATION AUX ACQUETS ?

Fiche pratique publié le **02/04/2020**, vu **3497 fois**, Auteur : [Murielle Cahen](#)

**Le Code civil réglemente deux régimes conventionnels dits séparatistes : le régime de la séparation de biens et le régime de la participation aux acquêts.**

**La clause d'exclusion des biens professionnels du calcul de la créance de participation constitue un avantage matrimonial prenant effet à la dissolution du régime matrimonial qui est révoqué de plein droit par le divorce en application de l'article 265 du Code civil.**

**Le Code civil réglemente deux régimes conventionnels dits séparatistes : le régime de la séparation de biens et le régime de la participation aux acquêts.**

**La participation aux acquêts est un régime matrimonial conventionnel qui tient à la fois d'un régime séparatiste et d'un régime communautaire. Dans le régime de participation aux acquêts, pendant la durée du mariage, chaque époux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens.**

Il devient communautaire à la dissolution du régime où l'on établit au nom de chaque époux un compte dégageant une plus-value éventuelle de son patrimoine final sur son patrimoine originaire donnant lieu à une participation de son conjoint. Dans la mesure où, pour l'un des époux, la comparaison en valeur du patrimoine final et du patrimoine originaire laisse apparaître un déficit, celui-ci est entièrement supporté par cet époux.

A la dissolution du régime de la participation aux acquêts, chacun des époux a 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 (Code civil, art. 1569, al. 1). Les époux, en optant pour ce régime, peuvent valablement prévoir une clause de partage inégal ou stipuler que le survivant d'entre eux aura droit à la totalité des acquêts nets de l'autre (Code civil, art. 1581, al. 2).

La liquidation du régime de participation aux acquêts implique de déterminer d'abord pour chacun des époux un patrimoine originaire, lequel comprend les biens qui appartenaient à l'époux au jour du mariage et ceux reçus durant le mariage par succession ou libéralité ainsi que tous les biens qui, dans le régime de la communauté légale, forment des propres par nature sans donner lieu à récompense.

Ensuite, doit être fixé le patrimoine final, composé de tous les biens appartenant à l'époux au jour où le régime matrimonial est dissous, y compris, le cas échéant, ceux dont il aurait disposé à cause de mort et sans en exclure les sommes dont il peut être créancier envers son conjoint

(Code civil, art. 1572). On y ajoute fictivement les biens ne figurant pas dans le patrimoine originaire et dont l'époux a disposé par donation entre vifs sans le consentement de son conjoint, ainsi que ceux qu'il aurait aliénés frauduleusement (Code civil, art. 1573).

Cependant, [la Cour de cassation, chambre civile 1 dans son arrêt du 18 décembre 2019 en se prononçant sur l'article 265 du Code civil, vient apporter du nouveau aux régimes de participation aux acquêts et un coup d'arrêt à la liberté des conventions matrimoniales toute entière.](#)

## **I) Participation aux acquêts, clause d'exclusion des biens professionnels, avantage matrimonial et divorce.**

Les quelques notaires pratiquant le régime de la participation aux acquêts seront très sensibles à l'arrêt présenté. Il est le premier à notre connaissance à qualifier la clause d'exclusion des biens professionnels d'avantage matrimonial.

Deux époux, 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 », divorcent et lors des opérations de liquidation et de partage de leur régime matrimonial, l'époux demande 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.

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.

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.

Viola l'article 265 du Code civil la cour d'appel qui, pour dire que la clause d'exclusion des biens professionnels insérée dans le contrat de mariage ne constitue pas un avantage matrimonial et ordonner, en conséquence, l'exclusion de leurs biens professionnels du calcul de leurs patrimoines originaires et finaux, 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.

Elle ajoute qu'en adoptant un tel régime, dès lors que l'épouse était pharmacienne et l'époux 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, alors que cette clause constitue un avantage matrimonial révoqué de plein droit par le divorce.

## **A) Le fonctionnement de la clause d'exclusion des biens professionnels du calcul de la créance de participation**

La définition des biens professionnels, discutable, doit être précisément réglée au contrat de mariage selon la volonté des époux : l'objectif peut être de préserver strictement l'outil de travail ou, également, les biens procédant d'une activité professionnelle antérieure (hypothèse de la conservation de certains actifs dans une structure professionnelle).

La clause d'exclusion des biens professionnels a été conçue comme une protection contre certains effets néfastes des régimes de participation aux acquêts.

Sous ces régimes, l'époux qui s'est le plus enrichi doit verser à l'autre une créance de participation d'un montant égal à la moitié de la différence des enrichissements respectifs. À titre d'exemple, si Z s'est enrichi de 120 et Y de 60, alors Z doit payer à Y une somme équivalente à  $(120 - 60) / 2 = 30$ . Z, débiteur de la créance, voit ainsi son enrichissement diminuer :  $120 - 30 = 90$ . Y, quant à lui, voit son enrichissement augmenter :  $60 + 30 = 90$ . Grâce à la créance, chaque époux s'est donc enrichi dans les mêmes proportions : 90.

Or, si le patrimoine du débiteur Z est composé majoritairement de biens professionnels (115 par exemple), il pourrait arriver que le montant de la créance de participation qu'il doit verser à son ex-conjoint soit bien supérieur aux liquidités dont il dispose (5 selon l'exemple).

Il se verrait ainsi contraint de vendre ses actifs professionnels pour trouver les liquidités manquantes (vendre le bien valant 120 pour obtenir 25 de liquidités). Il en résulte une sérieuse menace sur son activité professionnelle. À la double douleur du divorce et du paiement s'ajouterait alors peut-être la perte de l'emploi, donc la précarité.

La clause d'exclusion vise à remédier à cette difficulté en excluant les actifs et passifs professionnels du patrimoine final et, le cas échéant, du patrimoine originaire (la comparaison du patrimoine originaire et du patrimoine final permet de calculer l'enrichissement :  $PF - PO =$  enrichissement, ou acquêts nets).

Autrement dit, grâce à la clause et par dérogation aux règles du régime de participation aux acquêts, les biens professionnels ne sont pas comptés comme des enrichissements. Cette clause peut bénéficier aux deux époux, comme en l'espèce, ou n'être stipulée qu'au profit de l'un d'eux.

Elle aboutit nécessairement à priver un époux d'une partie de l'enrichissement de l'autre. Elle permet à l'un et/ou à l'autre de ne pas partager toutes ses richesses. Elle constitue donc un « avantage », au sens courant du terme, pour l'un des époux et un « inconvénient » pour l'autre. Mais est-elle pour autant un « avantage matrimonial » ? Oui, selon la Cour de cassation.

## **B) La qualification de la clause : un avantage matrimonial prenant effet à la dissolution du régime matrimonial**

[La licéité de la clause d'exclusion doit être doublement préservée](#) . D'une part, pour éviter que [le conjoint](#) du chef d'entreprise n'invoque une atteinte à sa liberté de divorcer, en ce que la mise en œuvre de la clause risquerait de se retourner contre lui, il importe de retenir une rédaction bilatéralisée de celle-ci, en sorte qu'elle puisse, a priori, profiter à chacun des époux.

D'autre part, pour dissuader le chef d'entreprise de sacrifier la vocation participative de son conjoint par affectation systématique des bénéfices d'exploitation au développement des biens professionnels, il apparaît prudent d'associer à la clause d'exclusion un chef spécial de réunion fictive en cas de fraude.

L'article 1527 du Code civil nous apprend en effet qu'un tel avantage n'est pas [une donation](#), mais ce texte n'a pas pour ambition de nous dire ce qu'est précisément un avantage matrimonial. La raison en est simple : le concept est en principe utilisé pour exclure la règle de droit, non pour organiser son application.

Ce n'est qu'exceptionnellement que l'avantage matrimonial est soumis au droit (l'action en retranchement par exemple) ; son rôle est d'en exclure l'application (les règles contraignantes des actes à titre gratuit : réduction, imputation sur les droits légaux du conjoint, causes de révocation, etc.). Or l'article 265 du Code civil utilise le concept d'« avantage matrimonial » afin de le soumettre à une règle, ce qui est pour le moins singulier et qui aurait mérité au minimum d'en proposer une définition et d'en faire une réelle notion juridique.

Certes, le terme est connu depuis longtemps et des solutions pertinentes sont mises en œuvre pour l'appréhender (la technique de la « double liquidation » permet de chiffrer l'avantage matrimonial afin de le soumettre à l'action en retranchement).

Mais l'avantage matrimonial s'entend très différemment au sens de l'article 265 du Code civil (en cas de divorce) et au sens de l'article 1527 du même Code (en cas de décès). Dans le contexte du décès, donc pour l'application de l'action en retranchement, l'appréhension est globale : la convention matrimoniale produit un avantage matrimonial, profitant à un époux et résultant de l'effet combiné de toutes les dispositions du régime.

En effet, le but est ici de déterminer si l'appauvrissement effectif de l'époux qui a consenti l'avantage global excède ou non la quotité disponible. En revanche, dans le contexte du divorce, l'appréhension est plurale : la convention matrimoniale produit plusieurs avantages matrimoniaux, profitant potentiellement aux deux époux et résultant de chacune des dispositions du régime.

Un exemple simple permet de bien comprendre la différence entre les deux perceptions. Le régime de communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au profit du conjoint survivant (avantage matrimonial par excellence) réalise un seul avantage matrimonial au sens de l'article 1527 du Code civil : cet avantage résulte de l'effet combiné de la mise en communauté des biens et de leur attribution intégrale au survivant.

En revanche, au sens de l'article 265 du Code civil, il y a au moins deux avantages matrimoniaux : la mise en communauté (qui prend effet au cours du mariage et que le divorce ne remet pas en cause) et l'attribution intégrale (qui ne prend effet qu'au décès et dont le divorce entraîne la révocation de plein droit).

Or cette différence fondamentale rend très incertaine l'application au contexte du divorce des solutions pragmatiques dégagées par la doctrine et la pratique notariale dans le contexte du décès : il n'est nullement question de procéder ici à une « double liquidation » et peut-être même n'est-il pas pertinent de raisonner par comparaison avec un régime de référence.

À la vérité, c'est plus l'énoncé de la clause que son effet réel qui est appréhendé par l'article 265 du Code civil au stade de la notion. L'effet n'est utilisé que pour faire le tri entre ce qui doit être révoqué (car n'ayant pas encore pris effet) et ce qui doit être maintenu (car ayant déjà pris effet), mais pas pour désigner ce qu'est un avantage. Dès lors, l'avantage matrimonial s'entend très largement dans ce contexte, car il est identique à la stipulation elle-même. Autrement dit, selon la logique de l'article 265 du Code civil, l'avantage, c'est la clause.

## **II) Les conséquences de la qualification : révocation et limitation drastique de la liberté des conventions matrimoniales**

### **A) La qualification et la révocation provoquée aboutissent à priver d'effet, à cause du divorce, une clause du contrat de mariage censée s'appliquer justement : le cas du divorce.**

L'article 265 du Code civil, censé protéger les époux des conséquences du divorce, provoque ici la disparition de la protection conventionnelle. L'époux débiteur ne pourra plus compter que sur une minoration de la créance par le juge à condition de le convaincre que son montant est « manifestement contraire à l'équité » (Code civil, art. 1579).

La clause d'exclusion des biens professionnels voit donc ses effets annihilés par l'article 265 du Code civil. On lui reproche d'aboutir à des résultats que les parties n'avaient pas recherchés, comme le renversement de la titularité de la créance : dans l'exemple précédent, l'application de la clause pourrait conduire à rendre Y débiteur de l'indemnité, alors qu'il en était créancier.

On lui préfère ainsi le plus souvent une simple clause de plafonnement du montant de la créance qui n'influe pas sur le calcul de la créance, mais limite tout de même son résultat final.

Une réponse ministérielle a précisé qu'une telle stipulation dans la convention matrimoniale elle-même était parfaitement envisageable (rép. min. n° 18632 à L. Huyghe, JOAN 26 mai 2009, p. 5148 : « la volonté des époux de maintenir les 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 peut être manifestée dans le contrat de mariage, le changement de régime matrimonial ou la libéralité. Ainsi, une clause comme celle de l'espèce qui serait stipulée uniquement pour le cas du divorce comporterait nécessairement une dérogation au texte et serait maintenue en cas de divorce.

La règle selon laquelle le divorce est sans effet sur [les donations de biens présents et avantages matrimoniaux](#) ayant déjà pris effet est dépourvue d'utilité : elle résulte de l'irrévocabilité des donations et de la non-rétroactivité inhérente aux effets du divorce (les époux n'étant pas divorcés pour le passé, les effets que le régime matrimonial a déjà produits demeurent nécessairement).

La révocation de plein droit des libéralités à cause de mort n'est pas non plus indispensable. [Ces libéralités](#) étant librement révocables, pourquoi ne pas simplement s'en remettre à la volonté du disposant ? Révoque qui veut ! Tel est déjà le cas des clauses de réversion d'usufruit entre époux : nul ne s'émeut qu'elles ne soient pas révoquées de plein droit par le divorce, car, en toutes hypothèses, elles demeurent librement révocables.

## **B) La question de la révocation de plein droit de certains avantages matrimoniaux est plus complexe.**

Elle peut sembler inutile, car la disparition du régime matrimonial inhérente au divorce fait nécessairement échec à la délivrance des gains de survie. Il est ainsi évident qu'une clause d'attribution intégrale de communauté ne prend pas effet au moment du divorce ni même plus tard, au décès de l'époux divorcé, dans la mesure où elle procède d'un régime matrimonial auquel le divorce aura mis fin. Le nœud du problème se situe ailleurs, dans les avantages dont les époux prévoient la réalisation à la dissolution du régime matrimonial, quelle que soit la cause de cette dissolution.

L'article 265 du Code civil tend à révoquer de plein droit des avantages qui, sans être stipulés expressément en cas de décès, ont été imaginés par les époux comme devant se réaliser à ce moment. Tel est le cas d'une clause de parts inégales dans une communauté de biens qui ne réserverait pas expressément une application au décès (car les heureux futurs époux, persuadés de ne jamais divorcer, n'ont même pas envisagé d'autres causes de dissolution que le décès).

Autrement dit, le texte part du principe que les époux n'ont pas assez précisé leur pensée parce qu'au jour de la rédaction de la convention matrimoniale, l'idée même du divorce leur semblait invraisemblable. Ainsi, la loi se fait-elle un devoir d'organiser une protection rendue nécessaire par les lacunes du contrat de mariage.

Mais n'est-il pas temps de responsabiliser les époux et d'octroyer pleine confiance aux notaires et autres conseillers juridiques pour rédiger une charte patrimoniale qui s'adapte véritablement aux prévisions des parties ?

Supprimer l'article 265 du Code civil et faire confiance [aux notaires](#) pour délimiter les effets de la convention matrimoniale ne paraît pas déraisonnable. Peut-être la Cour de cassation a-t-elle d'ailleurs cherché à provoquer des interrogations légitimes sur la pertinence ou simplement la rédaction du texte lui-même. Plus largement, c'est encore une fois le concept d'"avantage matrimonial" qui pose difficulté. Peut-être est-il temps de lui faire emprunter le même chemin que la cause du contrat : faire disparaître la "notion" tout en maintenant ses fonctions.

## **SOURCES :**

**(1)**

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000033460833&cidTexte=LEGITE>

**(2)**

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT00003613642>

**(3)**

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT00003969212>

**(**

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT00000705077>