

Régimes matrimoniaux - Les aménagements conventionnels du régime de la participation aux acquêts - Etude par Claude BRENNER et Bertrand SAVOURÉ

Actes pratiques et stratégie patrimoniale n° 4, Octobre 2015, dossier 28

Les aménagements conventionnels du régime de la participation aux acquêts

Etude par Claude BRENNER Professeur à l'université Panthéon-Assas

et Bertrand SAVOURÉ Notaire à Paris

1. - Utilité des aménagements conventionnels et nécessité d'en convenir dans le contrat de mariage ou à l'occasion du changement de régime matrimonial.

- Du fait de la position intermédiaire qu'il occupe dans l'éventail des régimes matrimoniaux, le régime de la participation aux acquêts présente objectivement de réels atouts par rapports aux régimes communautaires ou purement séparatistes, notamment pour les couples dont chaque membre exerce une profession ou pour les époux dont l'un exploite une entreprise à risque. Son organisation peut toutefois paraître trop tiède à certains : trop séparatiste pour les uns (ceux qui aspirent à plus d'association patrimoniale dans l'optique notamment de la protection à cause de mort du conjoint survivant), elle peut apparaître trop communautariste à d'autres (spécialement à ceux qui redoutent le divorce). Le reproche de la complexité liquidative est aussi souvent formulé et n'est sans doute pas étranger à la relative désaffection dont souffre ce régime depuis qu'il a été transplanté en droit français par la loi du 13 juillet 1965. Ces regrets ou reproches ne doivent cependant pas conduire à délaisser le régime de la participation aux acquêts. D'autant moins que son adoption est subordonnée, par hypothèse, à la rédaction d'un contrat de mariage antérieurement à l'union ou lors d'un changement de régime matrimonial. Leur expression ou mise en évidence doit être l'occasion d'explorer les possibilités de l'aménager conventionnellement.

2. - Principe et étendue de la liberté d'aménagement conventionnel.

- Comme tous les régimes matrimoniaux qu'organise le Code civil, le régime de la participation aux acquêts est en effet simplement supplétif de volonté dans une large mesure : il s'accommode de toutes clauses dérogoires que « *les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs* » ni aux dispositions impératives de la loi, en particulier les droits et devoirs du mariage qui résultent de ce que l'on a coutume d'appeler le « régime primaire impératif » ou statut de base des époux (*C. civ., art. 1387 et 1388 qui renvoient aux articles 212 à 226 du même code*). Ce que rappelle précisément l'article 1581 du Code civil en son premier alinéa^{Note 1}. En somme, dans la participation aux acquêts comme sous les autres régimes matrimoniaux, la liberté d'aménagement conventionnel est le principe, l'interdiction l'exception. Sous réserve naturellement de ne pas porter atteinte à l'économie même du régime matrimonial adopté ou si l'on préfère à son essence : on ne peut en effet exprimer une volonté créatrice de droit et vouloir son contraire. Ainsi une clause qui priverait systématiquement l'un des époux de toute vocation à participer aux acquêts de son conjoint serait certainement nulle comme contraire à l'économie de la participation aux acquêts (ainsi qu'au principe de l'égalité conjugale) qui veut que chacun puisse éventuellement profiter de l'enrichissement de l'autre. De même la clause qui prétendrait adjoindre au régime une société d'acquêts heurterait sa logique qui postule l'équivalent d'une séparation de biens pendant le cours du régime avec une mise en communauté (en principe en valeur) différée à sa liquidation.

3. - Aménagements de la séparation de biens. - Au-delà, la participation aux acquêts peut comporter les mêmes aménagements que la séparation de biens puisque, pendant tout son cours, elle repose sur le même modèle. Par exemple, le contrat de mariage peut **aménager la contribution aux charges du mariage (C. civ., art. 214) et contenir la même présomption de contribution au jour le jour qu'un contrat de séparation de biens ou toute autre stipulation mieux adaptée à la compréhension actuelle que la jurisprudence se fait de l'obligation légale**^{Note 2}. Rien n'interdit non plus aux époux de **stipuler que le survivant ou l'un d'eux, s'il survit, aura la faculté de se faire attribuer moyennant indemnité (ses modalités d'évaluation étant précisément fixées) tel ou tel bien de son conjoint** : logement, fonds de commerce ou autre entreprise par exemple. Cette **clause dite commerciale** est en effet autorisée sous les différents régimes matrimoniaux par les articles 1390 et suivants du Code civil. En stipulant que le prix d'acquisition du ou des biens ainsi attribués sera réglé prioritairement par imputation sur la créance de participation aux acquêts éventuellement due à l'époux acquéreur et, au-delà, s'il y a lieu, sur ses droits dans la succession du prédécédé, elle est de nature à simplifier utilement les opérations de liquidation du régime matrimonial et de partage de la succession en conférant au survivant des droits en nature particulièrement appréciables et considérablement moins sujets à contestation que ceux qui pourraient résulter par exemple d'un droit d'attribution préférentielle.

Exemple de clause :

Faculté par le conjoint survivant d'acquérir ou de se faire attribuer certains biens personnels du prémourant

En cas de dissolution du mariage par décès – et dans ce cas seulement *et où lors du décès il n'existerait aucune instance en séparation de corps ou en divorce constatée par une requête enregistrée ou une ordonnance de non conciliation, non plus qu'aucun divorce ni aucune séparation de corps passés en force de chose jugée* – le survivant des futurs conjoints aura la faculté d'acquérir, ou le cas échéant, de se faire attribuer dans le partage de la succession du prémourant, les biens et droits ci-après indiqués, dans la mesure, bien entendu, où ces biens existeront dans le patrimoine du prémourant, qu'ils fassent partie des acquêts ou du patrimoine originaire.

1°) – les biens et droits par lesquels sera assurée la résidence principale de la famille, que ces biens et droits consistent notamment en une maison d'habitation, en un appartement dans un immeuble en copropriété, en des parts ou actions de société détenant directement ou indirectement la résidence principale, ou encore en des titres de société immobilière donnant vocation à la jouissance ou à la propriété d'un local d'habitation, ou encore en un droit au bail portant sur un local d'habitation.

2°) – Les meubles meublants et objets mobiliers de quelque nature qu'ils soient sans exception, qui garniront les habitations tant celle principale que celles secondaires.

3°) – Tous véhicules à l'usage personnel du conjoint prédécédé.

4°) – Et tous fonds de commerce ou établissement commercial, industriel, financier ou agricole appartenant au prémourant, avec tous les éléments corporels et incorporels en dépendant, ou encore les droits que le prémourant possèdera dans une société ayant pour objet une exploitation de même nature, à l'exclusion toutefois des actions inscrites à une cote officielle.

Le survivant qui voudra se prévaloir de ces dispositions devra, à peine de déchéance, notifier aux héritiers son option dans le délai de deux mois à compter du jour où ceux-ci l'auront mis en demeure de prendre parti. Cette mise en demeure ne pourra avoir lieu avant l'expiration du délai prévu par le Code civil au titre "Des successions", pour faire inventaire et délibérer.

Les biens dont le conjoint survivant demandera l'acquisition ou l'attribution seront évalués d'un commun accord entre les parties ou, à défaut, par expert sur requête de la partie la plus diligente.

La somme dont le bénéficiaire sera redevable envers la succession du prédécédé, s'imputera sur les droits lui revenant à titre de créance de participation ou dans la succession, en commençant par les droits en pleine propriété.

La somme restant due après cette imputation sera payable dans un délai de cinq années du jour où le survivant aura eu la jouissance des biens acquis ou attribués. Le paiement aura alors lieu par cinquième chaque année, avec intérêts au taux légal alors en vigueur, lesdits intérêts payables en même temps que chacune des échéances. En cas de non-paiement à l'échéance, le solde sera exigible un mois après une sommation de payer contenant intention d'user du bénéfice de la présente clause.

Cette somme sera en outre immédiatement exigible en cas d'aliénation du bien, d'apport en société, de cessation d'exploitation s'il s'agit d'une entreprise ou d'un commerce, de liquidation judiciaire du débiteur. Pour le logement de la famille et les meubles le garnissant, en cas de ventes partielles, la fraction de la soulte encore due s'imputera sur le produit de ces ventes.

4. - Comparaison avec la communauté de biens et incidence du régime franco-allemand. - La participation aux acquêts étant au plan liquidatif une espèce de diminutif en valeur du régime de communauté, on peut aussi poser en règle générale que les aménagements conventionnels qui peuvent y être apportés doivent permettre d'atteindre les mêmes résultats comptables qu'une communauté conventionnelle quelle qu'elle soit. Dans toute la mesure où la liberté contractuelle laisse aux époux la possibilité d'accroître ou au contraire de restreindre leur association patrimoniale réciproque, on ne voit pas en effet ce qui pourrait interdire d'atteindre le même résultat en valeur sous le régime de la participation aux acquêts. Également, puisque le régime franco-allemand de la participation aux acquêts nouvellement institué peut-être adopté par des couples franco-français sans condition particulière d'extranéité^{Note 3}, les points sur lesquels il se sépare du régime qu'organisent les articles 1569 et suivants du Code civil français doivent pouvoir être transposés à titre de modifications conventionnelles dans ce dernier régime. L'ordre public n'étant, par hypothèse, pas heurté par ces solutions, on ne voit pas ce qui interdirait de « panacher » les deux régimes de participation aux acquêts que le droit français ouvre désormais concurremment à ses nationaux.

5. - Aménagements de la créance de participation aux acquêts : plan. - Au total, de très larges possibilités s'offrent ainsi à la liberté des époux dans l'aménagement de la créance de participation qui constitue le cœur véritable du régime de la participation aux acquêts et ce qui le fait choisir par les couples soucieux tout à la fois de liberté et de protection. Ces possibilités peuvent être recherchées dans trois directions^{Note 4} : l'aménagement des règles de preuve et d'évaluation (I), l'aménagement du quantum de la participation (II) et l'aménagement de ses modalités d'exercice.

1. Aménagements des règles de preuve et d'évaluation

6. - Preuve de la consistance et de l'évolution des patrimoines. - Même si l'article 1581 du Code civil n'en dit mot, les époux peuvent établir dans leur contrat de mariage des règles destinées à simplifier la preuve de la consistance et de l'évolution de leurs patrimoines en cours de régime. La participation aux acquêts fonctionnant pendant le mariage comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens ainsi que le précise l'article 1569 du même code, on admet ainsi qu'ils puissent l'assortir des mêmes présomptions d'appartenance à chaque époux de tel type ou catégorie de biens futurs à condition que ces présomptions souffrent la preuve contraire (*C. civ., art. 1538, al. 2*)^{Note 5}. À vrai dire, la preuve de l'existence des biens et de leur propriété n'ayant pas du tout la même finalité sous les deux régimes, le parallèle que l'on prétend opérer entre eux est discutable et c'est pourquoi, du reste, les articles 1570 et 1572 du Code civil organisent cette preuve sur un mode restrictif^{Note 6} alors que le principe de liberté prévaut sous la séparation de biens (*C. civ., art. 1538, al. 1er*). Les présomptions conventionnelles que l'on envisage sont toutefois conformes aux prévisions de l'article 1572, elles sont donc assurément licites.

7. - Evaluation des biens et des créances entre époux. - Le régime français de la participation aux acquêts repose sur la technique de la dette de valeur : sauf leur éventuelle aliénation, les biens appartenant au patrimoine originaire sont estimés dans leur état au jour du mariage ou de l'acquisition et d'après leur valeur au jour où le régime matrimonial est liquidé » (*C. civ., art. 1571*) ; ceux qui composent le patrimoine final sont estimés dans leur état à l'époque de la dissolution du régime (ou, pour les biens réunis fictivement, au jour de leur sortie du patrimoine) et d'après leur valeur au jour de la liquidation (*C. civ., art. 1574*) ; le tout sauf le correctif d'équité que l'article 1579 du Code civil ouvre, le cas échéant, au juge. Ces règles visent à garantir le respect d'une parfaite justice entre les époux, mais elles ont l'inconvénient de compliquer parfois gravement les opérations liquidatives. Comme les règles de calcul des récompenses dont elles s'inspirent, elles peuvent être écartées par les stipulations du contrat de mariage au profit d'un système d'évaluation

plus simple. Les époux pourraient s'inspirer à cet égard des solutions applicables au régime franco-allemand en ce qu'il écarte pour les biens non immobiliers du patrimoine originaire le système de la dette de valeur au profit de celui de l'indexation et limite dans le temps la valorisation du patrimoine final^{Note 7}. Toutefois, le bénéfice économique que cette dérogation aux règles légales conférerait, le cas échéant, à l'un des époux devrait *a priori* être tenu pour un avantage matrimonial^{Note 8}. La matière étant disponible, le contrat de mariage devrait aussi pouvoir priver le juge de son pouvoir de correction en équité des résultats de la liquidation si du moins les époux ont aménagé à leur convenance les règles liquidatives^{Note 9}.

2. Aménagements du *quantum* de la participation

8. - Modifications du taux de participation. - Aux termes de l'article 1581, alinéa 2, du Code civil, les époux en adoptant la participation aux acquêts peuvent « *convenir d'une clause de partage inégal, ou stipuler que le survivant ou l'un d'eux s'il survit, aura droit à la totalité des acquêts nets faits par l'autre* ». La clause de partage inégal qu'il est préférable d'intituler « **clause de participation inégale** » est l'équivalent de la clause de partage inégal d'une communauté conventionnelle (*C. civ., art. 1520 et s.*). Comme sous la communauté, elle peut jouer au profit de tel époux, quelle que soit la cause de dissolution du régime, et venir ainsi compenser dans le divorce l'exclusion de la prise en compte de certains biens (en particulier les biens professionnels) dans le calcul de la créance de participation lorsqu'une telle exclusion a été convenue^{Note 10}. Ou bien, elle peut être conçue comme un gain de survie au profit du survivant en cas de dissolution du régime par décès. Elle peut être stipulée selon des modalités très variables : à l'un le quart ou le tiers seulement des acquêts nets réalisés pendant le cours du régime, l'autre recevant le surplus ; au survivant la totalité des acquêts nets réalisés par son conjoint (il s'agira d'un quasi-usufruit si la participation est maintenue en valeur seulement), tandis que la succession du conjoint n'en conservera que la nue-propriété, etc.

Exemple de clause : : Exemple de clause de participation inégale :

Version 1 : La participation inégale sur la différence entre les acquêts nets

Par dérogation à l'article 1569 du Code civil et conformément aux dispositions de l'article 1581 deuxième alinéa du Code civil, les conjoints stipulent que, lors de la dissolution du régime par le décès de l'un d'eux, *et dans ce cas seulement, et où lors du décès il n'existerait aucune instance en séparation de corps ou en divorce constatée par une requête enregistrée ou une ordonnance de non conciliation, non plus qu'aucun divorce ni aucune séparation de corps passés en force de chose jugée*, le survivant, s'il est débiteur de la participation, ne sera tenu de payer la créance de participation envers la succession du conjoint prédécédé qu'à concurrence du tiers (ou toute proportion < 1/2) de l'excédent d'acquêts nets. Le surplus de cette créance lui restera acquis à titre d'avantage matrimonial dans les termes de l'article 1527 du Code civil. Si le conjoint survivant est créancier de la participation, la créance de participation lui sera due intégralement.

Version 2 : La participation inégale sur les acquêts nets

Par dérogation à l'article 1569 du Code civil et conformément aux dispositions de l'article 1581 deuxième alinéa du Code civil, les conjoints stipulent que, lors de la dissolution du régime par le décès de l'un d'eux, *et dans ce cas seulement, et où lors du décès il n'existerait aucune instance en séparation de corps ou en divorce constatée par une requête enregistrée ou une ordonnance de non conciliation, non plus qu'aucun divorce ni aucune séparation de corps passés en force de chose jugée*, le survivant aura droit aux 3/4 (ou toute autre proportion) des acquêts nets réalisés ensemble par les deux époux (acquêts totaux). Dans l'hypothèse où les acquêts nets réalisés par le conjoint survivant excèderaient les 3/4 des acquêts totaux, il serait débiteur d'une créance de participation au profit de la succession de l'époux prédécédé. Dans l'hypothèse inverse, il serait créancier d'une créance de participation due par la succession de l'époux prédécédé.

Ainsi que le prévoit l'article 1581, alinéa 2, les époux peuvent aller plus loin et stipuler que le survivant ou celui d'entre eux qu'ils désignent, s'il survit, aura droit à la totalité des acquêts nets faits par l'autre. Cette **clause d'attribution intégrale des acquêts nets** est l'équivalent de la clause d'attribution intégrale de la communauté au survivant des époux. Comme cette dernière, elle ne peut jouer, cette fois, qu'au profit du survivant des époux. Théoriquement, il serait possible de la stipuler applicable, sous réserve du jeu de l'article 265 du Code civil, quelle que soit la cause de dissolution du mariage, ses effets étant simplement reportés au décès d'un époux (*C. civ., art. 1518 et 1524*). Mais il va sans dire qu'elle est toujours limitée dans

les faits au seul cas de dissolution du régime par le décès.

Attention :

Le rédacteur d'une clause de participation inégale ou d'attribution intégrale des acquêts au survivant des époux devra porter une attention particulière à la détermination de l'objet précis de la clause. Dans le cas de la stipulation d'une attribution intégrale, la clause portera naturellement sur l'intégralité des acquêts réalisés par les deux époux et non seulement sur la différence entre leurs acquêts respectifs, si la rédaction se conforme à la lettre de l'article 1581, alinéa 2, du Code civil, puisqu'il est dit que le survivant « aura droit à la totalité des acquêts nets faits par l'autre ». Dans le cas de la clause de participation inégale, il est important de prévoir qu'elle se rapporte également à la totalité des acquêts réalisés par les deux époux si l'on veut qu'elle remplisse le même objectif qu'une clause de partage inégal de la communauté, ce que rien ne saurait interdire^{Note 11}.

Exemple :

Les acquêts nets du mari sont de 100, ceux de l'épouse de 80. Il est stipulé qu'elle aura droit à une participation des trois quarts. Si l'on fait porter cette clause de participation inégale sur la totalité des acquêts nets des époux, l'épouse recueillera 135 (180 × 3/4). Si, en revanche, la participation inégale se rapporte à la seule différence entre les acquêts nets de chacun, l'épouse ne recueillera que 95 (15 au titre de la participation inégale et 80 au titre de ses acquêts) contre 90 si la participation avait eu lieu à égalité.

9. - Modification des bases de calcul de la créance de participation : limites générales. - Encore que l'article 1581 du Code civil ne l'envisage pas, les époux peuvent aussi modifier conventionnellement les bases de calcul de la créance de participation aux acquêts, cette liberté d'aménagement devant naturellement être contenue dans les limites générales. Ce qui exclut, en particulier, l'introduction dans le contrat de mariage d'éléments potestatifs incompatibles avec le pacte matrimonial. Par exemple, il est permis de limiter les effets du consentement d'un époux à la donation ou à l'aliénation à charge de rente viagère que ferait le conjoint d'un bien ne figurant pas dans son patrimoine originaire en prévoyant que ce consentement n'aura pas d'incidence sur le calcul de la créance de participation contrairement à ce que prévoit l'article 1573 du Code civil^{Note 12}. En revanche, il est plus que douteux que les époux puissent écarter dans leur contrat de mariage l'exigence de ce consentement en stipulant qu'une telle donation ou aliénation même non consentie par le conjoint n'aura pas à être prise en compte dans le calcul de la créance de participation, parce que cela laisserait chacun maître de diminuer unilatéralement les droits de l'autre.

10. - Non prise en compte d'un bien : cas de l'exclusion des biens professionnels du calcul de la créance de participation. - Sous cette réserve, les époux peuvent, par contrat de mariage, prévoir de ne pas comptabiliser tel ou tel bien dans le patrimoine qui le contient. Ils peuvent ainsi convenir que tels biens présents ou futurs (voire l'ensemble) ne seront pas pris en compte dans le patrimoine originaire mais seront regardés comme figurant dans le patrimoine final, ce qui aura pour effet d'accroître la créance de participation du conjoint. Inversement, ils peuvent décider que tels acquêts seront fictivement compris dans le patrimoine originaire de l'époux propriétaire afin de les exclure du calcul de la créance de participation du conjoint, ce qui est l'équivalent d'une stipulation de bien propre sous le régime de la communauté^{Note 13}. Une stipulation que l'on retrouve ainsi fréquemment dans les contrats de participation aux acquêts consiste ainsi dans la **clause d'exclusion des biens professionnels** du calcul de la créance^{Note 14}.

Attention :

Une attention particulière doit être apportée à cette clause d'exclusion dans ses aspects pratiques. La difficulté est double : La qualification et le périmètre

D'une part, la qualification de biens professionnels suppose que l'on y exerce une profession, ce qui sous-entend que l'on exerce, au moyen de ces biens, une activité, sans doute rémunérée. La pratique prévoit généralement que la qualification s'apprécie au jour de la dissolution du mariage. Mais que se passera-t-il alors si cette activité n'est plus exercée, au temps de la retraite par

exemple, mais que les actifs sont conservés ? Ce sera le cas, toutes les fois que l'un des époux développe une activité sous forme sociale et que cette société représente une part importante de son patrimoine. Le chef d'entreprise peut conserver tout ou partie de sa participation dans la société tout en réduisant significativement ou complètement son activité. Devoir une somme importante au titre de la participation l'expose à de graves difficultés financières potentielles.

D'autre part, le périmètre des biens professionnels doit être précisé avec beaucoup de soin pour éviter toute fraude ou toute difficulté d'interprétation. Que penser, par exemple, d'un bien immobilier inscrit au bilan d'une entreprise ou à l'actif d'une société ? Que penser également de filiales nécessaires à l'activité principale dans lesquelles l'époux concerné n'exerce pas d'activité directe ?

C'est pourquoi, en pratique, cette clause devrait être réservée à des situations dans lesquelles l'actif à exclure existe déjà et peut être défini avec précision. Ce sera le cas d'une profession libérale, d'un artisan, ou parfois d'un commerçant qui serait animé par une volonté communautaire mais ne souhaiterait pas mettre en péril son outil de travail lors de la dissolution du mariage. Dans les autres cas, on préférera peut-être un régime de séparation de biens, éventuellement assortie d'une société d'acquêts.

11. - Plafonnement de la créance de participation. - Cette clause d'exclusion des biens professionnels peut toutefois avoir des effets injustes. Car son résultat est fonction de l'importance des acquêts par ailleurs réalisés par chaque époux. Si le propriétaire des biens professionnels exclus du calcul de la créance de participation est finalement titulaire d'autres acquêts d'un montant supérieur à ceux de son conjoint, il en résultera une diminution de sa dette, ce qui est l'objectif recherché. Mais si le conjoint s'est enrichi pendant le mariage pour un montant supérieur aux acquêts non-professionnels du bénéficiaire de la clause, c'est alors lui qui sera débiteur au titre de la créance de participation, serait-il le moins fortuné des deux époux.

Exemple :

Deux époux dont l'un envisage de créer une entreprise adoptent le régime de la participation aux acquêts avec exclusion des biens professionnels de la créance de participation. Les biens dont ils sont propriétaires à l'époque du mariage sont d'une valeur négligeable. Au jour de la liquidation du régime, les acquêts nets de l'épouse se chiffrent à 200, ceux du mari à 1000, compte tenu de l'entreprise qu'il a créée et qui peut être valorisée 900. En l'absence de la clause d'exclusion des biens professionnels, l'épouse aurait droit à une créance de participation de 400. Du fait de la stipulation de ladite clause, elle devra 50 à son mari.

Des aménagements de la clause permettent de réduire ce risque sans toutefois le faire disparaître.

Exemple de clause : : Exemple de clause d'aménagement de la clause d'exclusion des biens professionnels :

La clause d'exclusion du patrimoine professionnel est un outil apprécié des entrepreneurs mais dont l'efficacité ne peut être garantie en cas de divorce au regard des incertitudes sur la notion d'avantage matrimonial.

Afin de limiter les risques de révocation et de gagner en équité, il peut être conseillé d'accompagner l'exclusion en stipulant la réintégration fictive des sommes investies par l'entrepreneur dans son patrimoine final.

Ainsi à l'instar du régime de communauté légale dans lequel l'outil professionnel est propre à charge de récompense, les acquêts nets seraient calculés en tenant compte des sommes versées lors de la création ou de l'acquisition et lors d'investissements exceptionnels.

La somme à réintégrer serait cependant limitée au montant nominal (éventuellement indexé pour lutter contre l'inflation) afin que la plus-value générée par l'entrepreneur ne profite qu'à lui seul.

Le conjoint ne s'appauvrit donc pas du fait des investissements de son époux entrepreneur et ce dernier profite seul du produit de son développement.

Aurélien DELMAU

Cridon Ouest

D'où la suggestion de préférer à la clause d'exclusion des biens professionnels, une clause de plafonnement

de la créance de participation à la moitié du montant des acquêts non professionnels de manière à éviter à l'époux propriétaire des biens professionnels d'avoir à liquider des actifs originaires pour régler son éventuelle dette de participation^{Note 15}.

Exemple :

En reprenant les données de l'exemple précédent, par l'effet de la clause de plafonnement de sa créance, l'épouse ne pourra prétendre qu'à 50, le mari conservant lui-même la moitié de la valeur de ses acquêts non professionnels soit 50.

Autre stipulation possible :

Une autre possibilité, qui présente l'avantage de gommer toute référence au caractère professionnel ou non professionnel des biens, consiste à réduire la créance de participation à une fraction inférieure à la moitié de l'excédent d'acquêts de l'époux débiteur, telle que le tiers ou le quart par exemple, en jouant, comme il a été expliqué plus haut, sur le taux de la participation pour tenir compte de la valeur supposée des biens professionnels par rapport aux autres biens^{Note 16}. Mais cette clause présente la difficulté de déterminer un tel taux en anticipant sur des fluctuations de valeurs futures.

12. - Clause de liquidation alternative. - Les clauses d'exclusion ou de plafonnement de la créance de participation peuvent présenter de grands attraits suivant la situation et les objectifs du couple, mais stipulées sans autre précision, elles ont l'inconvénient de jouer systématiquement, quelle que soit la cause de dissolution du régime matrimonial, alors que la volonté des époux est souvent de limiter leur association patrimoniale dans l'hypothèse du divorce tout en conservant à l'époux survivant des droits intacts ou améliorés. La conciliation de ces objectifs contraires peut être satisfaite par la stipulation d'une clause de liquidation alternative^{Note 17}. Par exemple, les époux peuvent convenir dans le contrat de mariage que l'exclusion des biens professionnels de la créance de participation ou le plafonnement de celle-ci seront limités au seul cas du divorce. Dans une autre perspective, une dispense de versement de la dette de participation en cas de dissolution du régime par le décès de l'époux le moins enrichi peut être utilement stipulée. Cette clause qui réalise un diminutif de l'attribution intégrale des acquêts au survivant en ce qu'elle lui permet de conserver la différence en sa faveur entre ses acquêts nets et ceux de son conjoint, lui évite d'avoir à subir la liquidation du régime dans le bref délai de prescription (trois ans) de l'article 1578 du Code civil. Elle le place ainsi dans une situation équivalente à celle du conjoint survivant commun en biens maintenu en indivision avec les enfants du couple.

Pour aller plus loin : : Formule :

À titre de convention de mariage, les époux conviennent ceci :

En cas de dissolution du régime matrimonial par le décès de l'un des époux, – et dans ce cas seulement, et où lors du décès il n'existerait aucune instance en séparation de corps ou en divorce constatée par une requête enregistrée ou une ordonnance de non conciliation, non plus qu'aucun divorce ni aucune séparation de corps passés en force de chose jugée –, l'époux survivant, s'il est débiteur d'une créance de participation déterminée selon les modalités ci-dessus sera dispensé du paiement de cette créance, à titre d'avantage matrimonial, celle-ci lui restant définitivement acquise.

Ces clauses figurant dans le contrat de mariage, on ne saurait utilement leur opposer le principe de l'immutabilité (ou de la mutabilité contrôlée), non plus que celui de l'unicité du régime matrimonial. Car elles constituent précisément le pacte matrimonial et elles n'ont nullement pour objet d'organiser la succession de deux régimes différents. Elles assortissent seulement les règles liquidatives de modalités. Or, rien n'interdit de prévoir une liquidation alternative du régime matrimonial suivant la cause de sa dissolution, le Code civil en donnant lui-même divers exemples tant sous la communauté que sous la participation aux acquêts^{Note 18}.

Pour aller plus loin : : Mise en garde :

Il faut toutefois prendre garde à ce qu'en dépit d'une opinion contraire répandue, il y a toute raison de considérer que toute convention aménageant la participation aux acquêts est constitutive d'un avantage matrimonial dans la mesure où elle augmente les droits d'un époux dans la liquidation par rapport à ce qu'ils seraient en application des règles légales, peu important que la clause touche à la composition ou l'évaluation des patrimoines originaires ou finaux, dès lors que leur aménagement est seulement comptable et conçu dans une perspective liquidative, ou qu'elle modifie les règles de calcul proprement dites de la créance de participation^{Note 19}. Il en résulte que l'action en retranchement des avantages matrimoniaux pourrait trouver à s'appliquer, le cas échéant, et que le divorce est susceptible de priver les stipulations voulues de leur effet^{Note 20}. Des précautions rédactionnelles contre cette dernière conséquence sont envisageables^{Note 21}. Mais elles ne doivent pas dissimuler que l'époux dont les conditions de vie seraient fortement dégradées par l'effet du divorce pourrait être admis à réclamer une prestation compensatoire potentiellement importante, ce qui invite, en tout état de cause, à une certaine modération dans le recours aux clauses de liquidation alternative.

3. Aménagement des modalités d'exercice de la créance de participation

13. - Clause de règlement en nature de la créance de participation.. - Suivant l'article 1581, alinéa 3, du Code civil : « *Il peut également être convenu entre les époux que celui d'entre eux qui, lors de la liquidation du régime, aura envers l'autre une créance de participation, pourra exiger la dation en paiement de certains biens de son conjoint, s'il établit qu'il a un intérêt essentiel à se les faire attribuer* ». Le contrat de participation aux acquêts peut ainsi contenir l'équivalent d'une clause de prélèvement d'un bien commun moyennant indemnité (payable en moins prenant dans le partage). La faculté d'attribution ainsi instituée, qui peut évidemment être réservée au seul conjoint survivant, peut même être plus ouverte. Car rien n'interdit de lire le texte comme autorisant une désignation a posteriori des biens susceptibles d'attribution en nature^{Note 22}. Cumulée avec une clause de répartition inégale, cette clause peut ainsi produire un résultat analogue (bien que différent sur le plan technique) à la clause de préciput dans un régime de communauté. L'article 1581, alinéa 3, du Code civil qualifie ses résultats de dation en paiement. Mais, de son côté, l'article 1576, alinéa 3, qualifie le règlement en nature de la créance de participation d'opération de partage dans les hypothèses qu'il envisage : d'où d'une fiscalité correspondante de 2.5%. Lorsque l'effet de la clause de règlement en nature se superpose ainsi avec les prévisions de la loi, l'hésitation entre les deux qualifications est alors permise^{Note 23}. Encore que la lettre de l'article 1581 n'y soit pas favorable, la liberté des conventions matrimoniales autorise à aller plus loin dans cette direction en prévoyant que le règlement en nature de la créance de participation sera de droit pour le conjoint survivant^{Note 24}. Il est ainsi possible de combiner les avantages de la séparation de biens en cours de régime et de la communauté à la dissolution, voire de la communauté universelle avec attribution intégrale au conjoint survivant en adjoignant à la clause d'attribution en nature la stipulation d'une attribution intégrale des acquêts nets au survivant avec inclusion des biens originaires des époux dans leur patrimoine final^{Note 25}. ▀

■ **Egalement dans ce dossier** : articles 25, 26, 27, 29, 30, 31

Note 1 « *En stipulant la participation aux acquêts, les époux peuvent adopter toutes clauses non contraires aux articles 1387, 1388 et 1389.* »

Note 2 Sur cette compréhension, V. par ex. A. Karm, *Le régime primaire* : JCP N 2015, 1120, spéc. n° 12 avec les réf.

Note 3 V. H. Letellier, *Le régime franco-allemand de la participation aux acquêts* : Actes prat. strat. patrimoniale 2015, n° 4, dossier 27.

Note 4 On laissera de côté l'exclusion conventionnelle de la faculté d'inscrire sur les immeubles de l'époux débiteur l'hypothèque légale garantissant la créance de participation (C. civ., art. 2402, al. 1er).

Note 5 V. Ponsard sur Aubry et Rau, *Droit civil français* : Librairies techniques, t. 8, 7e éd., 1973, n° 361. – Terré et Simler, *Régimes matrimoniaux* : Dalloz, coll. précis, 7e éd., 2015, n° 864.

Note 6 Aux termes de l'art. 1570 du Code civil : « La consistance du patrimoine originaire est prouvée par un état descriptif, même sous seing privé, établi en présence de l'autre conjoint et signé par lui » (al. 2) ; « À défaut d'état descriptif ou s'il est incomplet, la preuve de la consistance du patrimoine originaire en peut être rapportée que par les moyens de l'article 1402 » (al. 3). S'agissant du patrimoine final, l'art. 1572, al. 2 dispose que sa consistance « est prouvée par un état descriptif, même sous seing privé, que l'époux ou ses héritiers doivent établir en présence de l'autre conjoint ou de ses héritiers ou eux dûment appelés. Cet état doit être dressé dans les neuf mois de la dissolution du régime matrimonial, sauf prorogation par le président du tribunal statuant en la forme de référé » (al. 2) ; « La preuve que le patrimoine final aurait compris d'autres biens peut-être rapportée par tous les moyens, même par témoignages et présomptions » (al. 3) ; « Chacun des époux peut, quant aux biens de l'autre, requérir l'apposition des scellés et l'inventaire suivant les règles prévues au code de procédure civile » (al. 4).

Note 7 V. H. Letellier, *Le régime franco-allemand de la participation aux acquêts* : Actes prat. strat. patrimoniale 2015, n° 4, dossier 27.

Note 8 V. *infra* : C. Brenner, *Participation aux acquêts et avantage matrimonial* : Actes prat. strat. patrimoniale 2015, n° 4, dossier 29, spéc. n° 9.

Note 9 Sur ce que le pouvoir modérateur du juge ne lui permet pas d'écarter les règles d'évaluation conventionnelles dérogatoires à la loi : Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2007, n° 06-10.930 : *JurisData* n° 2007-040504 ; *Bull. civ.* 2007, I, n° 308.

Note 10 V. *infra*, n° 10.

Note 11 V. Ponsard, *op. cit.*, n° 378. – Terré et Simler, *op. cit.*, n° 868. – *Comp. Flour et Champenois, Les régimes matrimoniaux* : Armand Colin, 2^e éd., 2001, n° 796. – V. cependant Cornu, *Les régimes matrimoniaux* : PUF, 9^e éd., 1997, n° 132, p. 689

Note 12 V. Ponsard, *op. cit.*, n° 372, note 93 et le renvoi. – Terré et Simler, *op. cit.*, n° 848, note 2, p. 698 et 867. La solution est certaine pour les donations, pour les aliénations à charge de rente viagère, elle suppose d'admettre que la présomption de fraude de l'article 1573 ne soit pas irréfragable, ce qui est discuté en doctrine : V. Terré et Simler, *op. cit.*, n° 849.

Note 13 Sur la possibilité de fixer la composition du patrimoine originaire en comptabilisant des opérations antérieures au mariage de manière à tenir compte dans la liquidation du régime d'une collaboration professionnelle entre les membres du couple alors qu'ils vivaient en concubinage ou sous le régime du PACS : N. Duchange, *La participation aux acquêts antérieurs* : *Defrénois* 2009, p. 916.

Note 14 J.-F. Pillebout, *Une nouvelle formule de contrat de mariage : participation aux acquêts avec exclusion des biens professionnels* : *JCP N* 1987, I, 79.

Note 15 N. Duchange, *Quelques précisions sur l'évaluation des avantages matrimoniaux à propos d'une formule de participation aux acquêts* : *Defrénois* 1993, art. 1089. – N. Duchange et J.-F. Pillebout, *La clause d'exclusion des biens professionnels de la participation aux acquêts. Un correctif nécessaire* : *JCP N* 1995, I, 487. – V. aussi pour une autre utilisation de la clause de plafonnement destinée à limiter la créance de participation pour le cas où le patrimoine originaire de l'époux créancier aurait évolué plus favorablement que celui de son conjoint : N. Duchange, *Le régime optionnel franco-allemand et le contrôle des avantages matrimoniaux* : *Defrénois* 2014, art. 1273.

Note 16 N. Duchange, *La minoration du taux de la participation aux acquêts* : *Defrénois* 1993, art. 1393.

Note 17 V. Flament, *Observations sur un régime matrimonial à liquidation alternative* : *Defrénois* 1993, art. 737.

Note 18 V. *supra*, n° 8. – Terré et Simler, *op. cit.*, n° 763.

Note 19 V. *infra*, C. Brenner, *Avantage matrimonial et participation aux acquêts* : Actes prat. strat. patrimoniale 2015, n° 4, dossier 29, n° 9.

Note 20 V. Les stratégies fondées sur les régimes matrimoniaux : Actes prat. strat. patrimoniale 2008, n° 2, dossier 26.

Note 21 V. *infra*, C. Brenner, *Avantage matrimonial et participation aux acquêts* : Actes prat. strat. patrimoniale 2015, n° 4, dossier 29, n° 11 et s.

Note 22 V. Cornu, *op. cit.*, n° 132.

Note 23 Sur la question : V. *infra*, Actes prat. et strat. patrimoniale 2015, n° 4, dossier 30 et 31.

Note 24 Ponsard, *op. cit.*, n° 384. — Flour et Champenois, *op. cit.*, n° 803. — Terré et Simler, *op. cit.*, n° 869. — Malaurie et Aynès, *op. cit.*, n° 862.

Note 25 C. Fenardon, *La participation aux acquêts élargie : vers une participation universelle en nature* : *JCP N* 2009, 1226. Sur la question de savoir si le règlement en nature de la créance de participation doit être regardée comme une opération de partage conformément à l'art. 1576, al. 3, *comp. Flour et Champenois, op. cit.*, n° 804. — Terré et Simler, *op. cit.*, n° 869.