

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE



En vue de l'obtention du
DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse Capitole

École doctorale : **Droit et Science Politique**

Présentée et soutenue par

LEBEY Camille

Le 13 juin 2022

L'anticipation du divorce par le contrat de mariage

Discipline : **Droit**

Spécialité : **Droit Privé et Sciences Criminelles**

Unité de recherche : **IDP – Institut de Droit Privé**

Directeur de thèse : **Monsieur Marc NICOD, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole**

JURY

Rapporteurs	Madame Anne KARM, Professeur à l'Université Paris-Dauphine Madame Gulsen YILDIRIM, Maître de conférence HDR à l'Université de Limoges
Suffragants	Monsieur Raymond LE GUIDEC, Professeur émérite à l'Université de Nantes Madame Sarah TORRICELLI-CHRIFI, Maître de conférence HDR à l'Université Toulouse 1 Capitole
Directeur de thèse	Monsieur Marc NICOD, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

*« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les
opinions particulières de l'auteur. »*

REMERCIEMENTS

Tout d'abord, je souhaiterai remercier l'Université Toulouse I Capitole, cette grande maison qui m'a ouvert ses portes quand d'autres se fermaient et qui m'a réappris à rêver.

Particulièrement, je voudrais remercier Monsieur le Professeur Marc Nicod pour la confiance qu'il m'a témoignée et pour tous ses conseils avisés, sa patience et son soutien tout au long de mon travail de thèse. Ce fut un honneur d'être votre élève.

Je remercie également ceux qui m'ont fait l'honneur d'accepter de composer mon jury de thèse, c'est un privilège que de soumettre ce travail de recherche à votre expertise.

A tous les praticiens, avocats ou notaires, employeurs ou confrères, qui m'ont vu et fait grandir : Merci.

Qu'il me soit permis de remercier tous ceux sans qui cette aventure n'aurait pas été la même : Mathilde, Nadja, Myriam, Sandra, Marine et tous les autres... Vous avez fait de ces années de fac de merveilleux souvenirs. En particulier, je tiens à remercier Mélanie, Noémy, Stella et Selmen qui m'ont soutenu souvent, pousser parfois, supporter toujours, toutes les fois, et elles furent nombreuses, où mes doutes m'empêchaient d'avancer.

Je souhaite également remercier mes parents qui, chacun à leur manière, m'ont toujours soutenu.

Enfin, je souhaite remercier mon soutien le plus indéfectible pour ce projet comme pour tous les autres. Benoit, tu es le meilleur allié que la vie ait pu mettre sur mon chemin.

A tous : Merci !

SOMMAIRE

INTRODUCTION	9
PREMIERE PARTIE : LE CONTRAT DE MARIAGE, OUTIL CLE DE L'ANTICIPATION	17
TITRE I : UN CONTRAT PARTICULIER SOUMIS AU DROIT INTERNE	19
CHAPITRE 1. L'ENCADREMENT LEGAL DU CONTRAT DE MARIAGE, ENTRE RIGUEUR ET ASSOUPLISSEMENT	21
CHAPITRE 2 : LE NOTAIRE, INTERMEDIAIRE PRIVILEGIE DU COUPLE	41
TITRE II : UN CONTRAT PARTICULIER SOUMIS AU DROIT INTERNATIONAL PRIVE	63
CHAPITRE 1 : LA DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE, UN IMBROGLIO JURIDIQUE	65
CHAPITRE 2 : LA DESIGNATION DE LA LOI APPLICABLE : UN PALLIATIF EFFICACE.....	89
DEUXIEME PARTIE : L'ANTICIPATION DU DIVORCE PAR LE CHOIX DU REGIME MATRIMONIAL	109
TITRE I : LES REGIMES COMMUNAUTAIRES : LE CHOIX DE LA FUSION PATRIMONIALE.....	111
CHAPITRE 1 : LE CHOIX, OU L'ABSENCE DE CHOIX, DU REGIME LEGAL	113
CHAPITRE 2 : LE RENFORCEMENT DE LA FUSION PATRIMONIALE, UNE SOLUTION CLASSIQUE.....	137
TITRE II : LE REGIME DE LA SEPARATION DE BIENS, ESSENCE DES REGIMES SEPARATISTES	159
CHAPITRE 1 : LA PROMOTION DE L'INDEPENDANCE ET DE L'AUTONOMIE	161
CHAPITRE 2 : LIMITES ET ILLUSIONS DE L'INDEPENDANCE	181
TITRE III : LES REGIMES ATYPIQUES, L'EQUILIBRE ENTRE FUSION ET INDEPENDANCE	205
CHAPITRE 1 : LA SOCIETE D'ACQUETS, UNE SOLUTION « SUR-MESURE ».....	207
CHAPITRE 2 : LA PARTICIPATION AUX ACQUETS, UN REGIME HYBRIDE	233
TROISIEME PARTIE : L'ANTICIPATION PAR LE CHOIX DES CLAUSES	263
TITRE I : LES CLAUSES COMMUNES A TOUS LES REGIMES	265
CHAPITRE 1 : L'AMENAGEMENT DE LA CONTRIBUTION AUX CHARGES DU MARIAGE.....	267
CHAPITRE 2 : L'AMENAGEMENT DES REGLES LIEES A LA LIQUIDATION.....	301
TITRE 2 : LES CLAUSES PARTICULIERES A CERTAINS REGIMES	329
CHAPITRE 1 : LES CLAUSES PROPRES AUX REGIMES COMMUNAUTAIRES.....	331
CHAPITRE 2 : LES CLAUSES PROPRES AU REGIME DE PARTICIPATION AUX ACQUETS.....	381
CONCLUSION GENERALE.....	405

LISTE DES ABREVIATIONS

Abréviation	Terme développé
Act. Prat. Strat. Pat.	Actes pratiques et stratégie patrimoniale
al.	Alinéa
Aj. Fam.	Actualité juridique famille (Dalloz)
ap.	Après
art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée Plénière
B	Arrêt publié au Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull.	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. Ass. Plén.	Bulletin des arrêts rendus en assemblée plénière
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. ch. mixte	Bulletin des arrêts de chambre mixte
c/	Contre
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. rur.	Code rural et de la pêche maritime
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CGI	Code général des impôts
Chr.	Chronique
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusion
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CPC	Code de procédure civile
Cridon	Centre de recherches, d'information et de documentation notariales

Cvt.	Convention
D.	Recueil Dalloz
D. actu.	Dalloz actualités
D&P	Droit & Patrimoine (LGDJ)
DH	Recueil Dalloz hebdomadaire
Dir.	Direction
Dr.	Droit
Dr. Fam.	Revue Droit de la famille et des personnes (LexisNexis)
Doctr.	Doctrine
éd.	Edition
Ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais (Lextenso)
I	Arrêt diffusé sur le site internet de la Cour de cassation
<i>Infra</i>	Ci-dessous
<i>Ibid.</i>	Au même endroit
JCP	Jurisclasseur périodique – semaine juridique (LexisNexis)
JCP G	Jurisclasseur périodique – semaine juridique édition générale
JCP E	Jurisclasseur périodique – semaine juridique éd. entreprise et affaires
JCP N	Jurisclasseur périodique – semaine juridique édition notariale
JORF	Journal officiel de la République Française
L.	Loi
LEFP	L'essentiel droit de la famille et des personnes (Lextenso)
Loyers et copr.	Loyers et copropriété (LexisNexis)
Mél.	Mélanges
N°	Numéro
n.	Note
NP	Arrêt de la Cour de cassation n'ayant pas fait l'objet d'une publication au Bulletin d'information de la Cour de cassation
Obs.	Observation
Ord.	Ordonnance
Op. cit.	Cité précédemment
p.	Page

P	Arrêt de la Cour de cassation publié au Bulletin
PACS	Pacte civil de solidarité
PUF	Presses universitaires de France
R	Règlement
Rapp.	Rapport
RDC	Revue Droit des contrats (Lextenso)
Rép. Min.	Réponse ministérielle
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurances (LexisNexis)
Rev. Crit. Législ. et jurisp.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. Crit. DIP.	Revue critique de droit international privé
RLDC	Revue Lamy Droit civil
RJPF	Revue juridique personne famille (Lamy)
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil (Dalloz)
RTD com	Revue trimestrielle de droit commercial (Dalloz)
s.	Suivant(s)
SNH	Solution Notaire Hebdo (Francis Lefebvre)
ss	Sous
Somm.	Sommaire
Somm. Comm.	Sommaire commenté
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Spéc.	Spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
t.	Tome
TGI	Tribunal de Grande Instance
TI	Tribunal d'Instance
v.	Voir

INTRODUCTION

1. **Introduction.** « *Le droit au bonheur s'oppose au mariage à perpétuité* »¹. Comme l'illustre cette citation empruntée au 106^{ème} Congrès des notaires de France, le divorce est aujourd'hui devenu une fin si ce n'est normale, tout au moins probable, du mariage. En conséquence, le droit des régimes matrimoniaux et le droit du divorce sont intrinsèquement liés du fait des événements dont ils fixent les règles. A ce titre, le droit des régimes matrimoniaux est l'outil essentiel de l'anticipation des conséquences de l'union comme de la désunion. Son évolution permet de constater parallèlement celle des mœurs de notre société. C'est sous le prisme de la profession notariale que nous étudierons l'outil clé de l'anticipation des conséquences du divorce : le contrat de mariage. L'objectif de ce travail de recherche est de mettre en lumière les possibilités d'anticipation et l'importance du rôle de conseil du notaire lors de l'établissement de ce contrat. Ce conseil peut intervenir aussi bien en présence d'époux en instance de divorce que, plus tôt dans l'union, lorsque les (futurs) époux souhaitent anticiper les risques d'une telle dissolution. Ainsi, grâce au notaire, les époux pourront dire, comme l'a fait en son temps Claude Nougaro, « *L'amour se divorce à l'amiable.* »².

2. **Le mariage, un contrat entre deux familles.** Avant d'être la célébration de l'amour, le mariage était historiquement un contrat entre deux familles, deux clans. L'enjeu était alors principalement politique. Le mariage permettait, d'une part, la transmission d'un patrimoine ; d'autre part, la création et la protection d'alliances entre les familles. De ce fait, dans l'Antiquité, le mariage était une transaction dans laquelle les époux eux-mêmes n'avaient que peu de place pour exprimer leur volonté. A l'époque romaine, il devint une institution à part entière et acquit, peu à peu, une symbolique plus personnelle. Son but était alors d'assurer la descendance et la pérennité de l'union en consacrant une communauté indivisible. Celle-ci se reflétait dans la définition donnée au mariage : « *Viri et mulieris conjunctio, individuum vitae consuetudinem continens* »³.

3. **Pluralité.** A cette époque, plusieurs types d'unions aux conséquences très variables cohabitaient selon la qualité de chacun des époux. Lorsqu'un citoyen romain

¹ 106^{ème} Congrès des notaires de France, « *Couple, Patrimoine : Les défis de la vie à 2* » - Bordeaux Mai 2010.

² C. NOUGARO, *La statue de l'homme*.

³ Qui peut être traduit de la manière suivante : « *c'est l'union de l'homme et de la femme entraînant l'obligation de vivre dans une communauté indivisible* ».

épousait une femme libre, pour en faire sa légitime épouse, il s'agissait de noces légitimes dites « *Justae nuptiae* ». *A contrario*, si un citoyen romain entendait contracter une union avec une femme qu'il ne voulait, ou ne pouvait, voir reconnaître comme sa légitime épouse⁴, cette union était alors nommée « *concubinatus* ». Néanmoins, contrairement à la définition actuelle du concubinage, cette union correspondait alors à un réel engagement juridique viager. Ce type de noces se différenciait principalement des noces légitimes par le fait que les enfants nés d'une telle union ne bénéficiaient pas des droits de famille et que le père n'avait pas sur eux la « puissance paternelle ». Lorsque l'homme et la femme n'étaient pas des citoyens romains, avant l'édit de Caracalla⁵, leur union était appelée « *matrimonium* » et n'emportait alors que des droits naturels et non des droits civils. Enfin, l'union entre deux esclaves, ou l'union entre un homme ou une femme libre et un esclave, s'appelait « *contubernium* ». Cette distinction des unions selon la qualité des membres du couple n'est pas une exception romaine. On la retrouve également plusieurs siècles plus tard, notamment au Moyen Âge, en Prusse. Il y était alors possible de contracter soit un mariage classique qui entraînait toutes les conséquences civiles de l'union vis-à-vis de l'épouse comme des descendants, soit un mariage dit « *de la main gauche* » ou « *morganatique* »⁶. Les descendants issus de ce second type d'union ne pouvaient prétendre ni aux titres, ni à l'hérédité de leur père mais seulement à une quote-part définie de son patrimoine.

4. **Une institution religieuse.** Au Moyen Âge, avec la montée en puissance de l'Église, la conception du mariage évolua. Il acquit alors un objectif moral : organiser les unions afin de réduire le nombre d'unions libres et de les officialiser. Le caractère sacré et indissoluble du mariage n'est apparu qu'au XIII^e siècle. Toutefois, malgré cette sacralisation, le mariage connaissait toujours une importance politique et demeurait un élément essentiel des jeux de pouvoirs. Au fil du temps, le mariage d'amour fit son apparition. Mais ce n'est qu'avec la loi du 20 septembre 1792 que le mariage devint une institution civile et non plus religieuse, actant ainsi la dissociation de l'Église et de l'État. Par cette loi, l'acte civil du mariage fut séparé du sacrement religieux. L'évolution du mariage est plurielle. D'une union politique de familles, il est devenu l'union sentimentale de deux êtres indépendants. Comme le définissait, en 1813, Maître Massé⁷, le mariage est devenu « *un contrat par lequel l'homme et*

⁴ Tel était notamment l'hypothèse d'un sénateur entendant épouser une esclave affranchie.

⁵ Édit de l'an 212, aussi nommé « *Constitutio antoniniana* » qui accorde la citoyenneté romaine à tout homme libre de l'Empire.

⁶ Cette expression vient du vieil allemand « *morgangeba* » signifiant « *don du matin* ».

⁷ Notaire honoraire à Paris et ancien professeur de notariat à l'académie de législation.

la femme s'associent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider, par des secours mutuels, à parcourir la carrière de la vie, et pour partager leur commune destinée »⁸.

5. **La liberté matrimoniale.** Le mariage est aujourd'hui défini juridiquement comme « *l'union légitime (...) résultant d'une déclaration reçue en forme solennelle par l'officier d'état civil qui a reçu auparavant les consentements des futurs, en vue de la création d'une famille et d'une aide mutuelle dans la traversée de l'existence* »⁹. En application de l'article 143 du Code civil, il permet désormais d'unir des personnes de sexe différent comme de même sexe¹⁰. En France, la liberté matrimoniale est devenue un droit fondamental et constitutionnel¹¹. Chacun est libre de se marier, sous réserve des limites fixées par la loi afin de préserver l'ordre public et les bonnes mœurs. Nul ne peut par convention porter atteinte à cette liberté¹².

6. **Vers un mariage « contrat ».** L'évolution du mariage tend à sa contractualisation. Ce « contrat » est toutefois particulier car il doit impérativement avoir vocation à régir les relations entre les époux dans un objectif d'union matrimoniale. A défaut, ainsi que l'a souligné la Cour de cassation dans son célèbre arrêt « *Appieto* »¹³ : « *Le mariage est nul faute de consentement, lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale (et) est, au contraire, valable lorsque les conjoints ont cru pouvoir limiter ses effets légaux* »¹⁴. Mais, s'il s'en différencie par certains points, comme tout contrat, il est possible d'y mettre un terme : c'est l'objet du divorce. Aussi, si le mariage est devenu un contrat, il convient de constater que le divorce a suivi une évolution semblable. Son histoire est marquée par des hésitations autant quant à sa validité que quant à son fonctionnement. Il ne peut être traité des conséquences et de l'anticipation du divorce sans s'interroger sur son origine. Dans une société en mouvement, à l'ère de l'hyper consommation, le mariage ne fait pas exception à la règle. Le divorce est, de nos jours, devenu fréquent, si ce n'est commun¹⁵.

⁸ A.-J. MASSE, *Le parfait notaire, ou la science des notaires*, t. 2, 4^e éd., Mame Frères, 1813.

⁹ S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 26^e éd., Dalloz, 2018.

¹⁰ Depuis la loi L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (JORF n°0114 du 18 mai 2013, p.8253).

¹¹ Cons. Const., 13 août 1993, n°93-325 (JO 18 août 1993, p. 11722).

¹² Cass., Ass. Plén., 19 mai 1978, n°76-41.211 : Bull. Ass. Plén., n°1, p.1 ; L. ANTONINI-COHCUN et C. COURTIN, *L'essentiel de la jurisprudence civile : Famille*, 2^e éd., Carrés Rouge, Gualiano, 2010.

¹³ Cass., 1^{ère} civ., 20 novembre 1963 : Bull. n°506 ; D. 1964. 465, n. RAYMOND ; *Gaz. Pal.* 1964, 1, 327 ; *JCP* 1964. II. 13498, n. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1964. 286, obs. DESBOIS.

¹⁴ V. pour une application récente de ce principe : Cass., 1^{ère} civ., 11 juillet 2019, n°18-17.574 : NP.

¹⁵ En 2017, 90 600 divorces ont été prononcés par un juge contre 128 000 en 2016 selon les chiffres de l'INSEE (*TEF, éd. 2019 – Insee Références, p.28*). Ce delta s'explique par l'entrée en vigueur du divorce par

7. **Le divorce de l'Antiquité au Code civil.** L'évolution du droit du divorce permet de mettre en lumière les différentes conceptions de cette institution au cours de l'Histoire. Si le droit romain semble l'avoir admis depuis la fondation de Rome¹⁶, il n'en va pas de même de notre Ancien Droit. En effet, dès le Moyen Âge, le droit canonique a fait prévaloir la thèse de l'indissolubilité du mariage liée à son caractère d'union sacrée. Cette thèse souffrait toutefois deux tempéraments. D'une part, il était possible de voir se relâcher les liens conjugaux par le biais d'une forme de séparation de corps, dénommée « *Divortium quoad torum et mensam* », mais celle-ci ne pouvait intervenir que par décision de justice, à l'exclusion de toute voie amiable. D'autre part, par le jeu de la théorie des nullités, alors d'une large application, il était possible de voir annuler le mariage¹⁷. L'argument principal étant qu'un mariage nul fut réputé n'avoir jamais existé et, par suite, le sacrement reçu n'avait pu ni consacrer, ni sanctifier une union n'ayant jamais existé. Reste que ce dernier palliatif ne pouvait alors concerner que des faits antérieurs ou concomitants au mariage à la seule exception du défaut de « consommation » du mariage¹⁸.

8. **Une conception évolutive.** Cette conception stricte de la désunion a subi d'importantes modifications lors de la Révolution française. Le législateur révolutionnaire a, en effet, fait prévaloir le retour à un important libéralisme en matière de divorce sur le fondement de la liberté individuelle et inaliénable de l'homme « *dont un engagement indissoluble serait la perte* »¹⁹. En outre, la Constitution du 3 septembre 1791 ayant consacré la nature contractuelle du mariage, la loi du 20 septembre 1792 n'a alors fait que tirer les conséquences de cette qualification en rétablissant le principe du divorce. Déjà le mariage était perçu comme un contrat civil entre deux parties. La loi permettait alors la dissolution du mariage par consentement mutuel, ou sur demande d'un seul époux, par simple allégation d'une incompatibilité d'humeurs, de caractères ainsi que pour divers autres motifs²⁰. Cette loi

consentement mutuel sans juge par acte sous-seing privé contresigné par avocats à compter du 1^{er} janvier 2017 (issu de la L. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (JORF n°0269 du 19 novembre 2016)).

¹⁶ Une Loi de ROMULUS aurait permis au mari de répudier sa femme en cas de « *transgression des tabous du mariage* » (Plutarque, Rom., 22).

¹⁷ V. pour une application récente de l'action en nullité et de l'inopposabilité du mariage : Cass. 1^{ère} civ., 19 septembre 2019, n°18-19.665 : P ; AJ. Fam. 2019, 601, obs. J. HOUSIER ; JCP 2019, n° 1112, n. M. LAMARCHE; Dr. Fam. 2019, n° 214, n. J.-R. Binet.

¹⁸ Sur ce fondement, le Pape Innocent VIII a pu faire annuler le mariage entre Anne de Bretagne et Maximilien I^{er} et valider le mariage de celle-ci avec Charles VIII.

¹⁹ L. du 20 septembre 1792.

²⁰ L'art. IV de la L. du 20 septembre 1792 prévoyait notamment sept motifs à savoir : 1° sur la démence, la folie ou la fureur de l'un des époux; 2° sur la condamnation de l'un d'eux à des peines afflictives ou infamantes; 3° sur les crimes, sévices ou injures graves de l'un envers l'autre; 4° sur le dérèglement de mœurs notoire; 5° sur l'abandon de la femme par le mari, ou du mari par la femme pendant deux ans au moins; 6° sur l'absence de l'un

instaurait une égalité parfaite entre les deux époux sans distinction de sexe, ce qui constituait une grande différence par rapport aux législations étrangères de l'époque²¹. La facilité de divorcer fut encore accrue par deux décrets du 4 floréal an II (24 novembre 1793) et 8 nivôse an VIII (29 décembre 1799)²². Le divorce révolutionnaire devint alors relativement courant.

9. **Le Code civil de 1804.** Les changements de régime politique n'entraînent pas toujours des innovations ou une plus grande libéralisation. Le Premier Consul Napoléon Bonaparte voulant apaiser les relations entre l'État et l'Église catholique, dans un esprit concordataire²³, est revenu sur les excès de ces législations révolutionnaires. Dans un premier temps, la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804)²⁴, bien qu'ayant maintenu la possibilité d'un divorce par consentement mutuel, a réduit à trois les causes admises, à savoir : l'adultère, la condamnation à une peine infamante et les sévices et injures graves. Si le divorce s'est vu maintenu, les procédures étaient plus longues, plus complexes et plus coûteuses que celles instaurées par la loi du 20 septembre 1792. En outre, ces réformes marquèrent la fin de l'égalité entre les sexes notamment en matière d'adultère. Ainsi, si le mari pouvait demander le divorce sur ce fondement, l'épouse ne pouvait, quant à elle, obtenir gain de cause que si l'adultère avait eu lieu au domicile conjugal. Dans un second temps, le Code civil de 1804 restreignit encore les cas de divorce autorisés aux seules hypothèses de faute.

10. **Sous la restauration.** Sous la Restauration, la loi du 8 mai 1816, dite *Loi Bonald*, abolit complètement le divorce et réaffirma l'indissociabilité du mariage. Le divorce était alors considéré comme « *un poison révolutionnaire* » et un « *héritage maléfique* » d'une révolution apostat. De cette manière, le législateur souhaitait revenir à une conception plus ecclésiastique du mariage. Suivant la maxime « *quod Deus conjunxit, homo non separet* »²⁵, le mariage redevint alors quasi-indissoluble. Le seul palliatif au mariage malheureux était alors, comme sous l'Ancien Droit, la séparation de corps. Le divorce, bien que plébiscité par la population²⁶, ne fut rétabli que soixante-huit ans plus tard par la loi *Naquet* du 27 juillet

d'eux, sans nouvelles, au moins pendant cinq ans; 7° sur l'émigration, dans les cas prévus par les lois, notamment par le décret du 8 avril 1792.

²¹ En Angleterre, notamment, un mari pouvait divorcer pour adultère de sa femme mais une femme ne pouvait demander le divorce que pour adultère « aggravé » de son époux.

²² Ce décret instaure une faculté de divorcer après six mois de séparation.

²³ Concordat de 1801.

²⁴ Dont le texte a été codifié aux articles 229 à 311 du Code Napoléon.

²⁵ Qui peut se traduire : « *Ce que dieu a uni, nul ne peut séparer* ».

²⁶ Pendant la période de 1816 à 1884, nombre de français réclament par le biais de lettres et pétitions, aux autorités, des changements de législation et le rétablissement du divorce. L'ensemble de ces pétitions figure désormais dans un dossier conservé aux archives du ministère (direction des affaires civiles et du sceau, sous la cote provisoire FA1240).

1884. Cette loi ne réinstaura toutefois pas une réelle liberté quant au divorce. En effet, s'il fut de nouveau admis, il ne pouvait être reconnu que pour trois causes, similaires à celles prévues sous le Consulat, à l'exclusion absolue du consentement mutuel. Ce faisant, cette loi consacra l'idée d'un « divorce sanction ». Tout était fait pour que les époux ne puissent contourner cette interdiction du divorce par consentement mutuel²⁷. Cependant, cette interdiction de reconnaître la volonté des parties devint, très vite, incompatible avec l'évolution des mœurs de la société moderne.

11. La loi du 11 juillet 1975. La loi du 11 juillet 1975²⁸ portant réforme du divorce est une loi fondamentale dans l'histoire de celui-ci. Elle constitue une refonte totale de la législation vers un libéralisme accru. En effet, elle reconnaît l'existence d'un divorce pluriel en multipliant les cas admis de divorce et en réintroduisant, dans le Code civil, la faculté d'un divorce par consentement mutuel. L'idée prépondérante de cette réforme est la dédramatisation de la procédure de divorce et le règlement rapide du contentieux. Cette loi a eu pour effet une progression importante du nombre de divorces, avec une prédominance du divorce sur requête conjointe et du divorce pour faute. Elle n'a toutefois pas répondu à l'ensemble de ses objectifs. Bien qu'étant parvenue à faire du consentement mutuel l'hypothèse majoritaire, elle n'a pas abouti à la disparition du divorce pour faute. De plus, les autres formes de divorce (divorce pour rupture de la vie commune ou sur requête conjointe) demeuraient très marginales, notamment du fait de leur trop lourd formalisme. Enfin, la faiblesse principale de cette loi résidait dans la durée excessive de ces procédures.

12. La loi de 2004. Dans un souci de simplification et de modernisation des procédures, le législateur a promulgué la loi du 26 mai 2004²⁹, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005. Celle-ci se fonde sur trois grands principes : l'extension du système de la loi de 1975 et le maintien du caractère judiciaire du divorce et de la séparation de corps. Elle est marquée par un renouvellement des formes du divorce, une dissociation des torts et des conséquences financières³⁰ et une simplification de la procédure. En outre, elle réorganise, en l'assouplissant, le système de la prestation compensatoire. Cette loi consacre quatre formes de divorce : le divorce accepté, le divorce pour altération définitive du lien conjugal remplaçant le divorce pour rupture de la vie commune, le divorce pour faute et le divorce par

²⁷ Le législateur avait notamment prévu le rejet de la preuve par aveu et l'impossibilité d'acquiescer au jugement prononçant le divorce.

²⁸ L. n°75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce (JORF n°0161 du 11 juillet 1975).

²⁹ L. n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce (JORF n°122 du 27 mai 2004, p. 9319).

³⁰ La survie des avantages matrimoniaux n'est désormais plus liée aux torts de chacun des époux dans le divorce (art. 265 C. civ.).

consentement mutuel. Cette loi tend à la simplification du divorce pour consentement mutuel³¹ comme du divorce pour « rupture de la vie commune ». Ce dernier, remplacé par le divorce pour altération définitive du lien conjugal, permet désormais aux époux, séparés depuis au moins un an³², d'obtenir le prononcé du divorce, contre six ans auparavant. Dans le même sens, le divorce accepté leur permet d'obtenir plus rapidement la dissolution de leur union³³. Le divorce pour faute est maintenu mais limité aux cas les plus graves, notamment ceux de violences conjugales. L'objectif de cette réforme est ainsi la simplification de la désunion par la simplification des procédures, le développement de passerelles entre elles et la promotion de la médiation.

13. **La consécration d'un droit.** L'évolution de notre droit en matière de divorce est profonde. Le Conseil constitutionnel a consacré, parallèlement à la liberté matrimoniale, la « *liberté de mettre fin aux liens du mariage* »³⁴. Certains auteurs voient dans cette consécration une évidence factuelle. A ce titre, Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron souligne que « *Le divorce n'est pas un accident, c'est un risque « normal » du mariage, une probabilité (statistique) que les époux doivent prendre en considération ab initio* »³⁵. D'autres, au contraire, comme Monsieur le Professeur Hilt, craignent que « *La libéralisation du divorce affaibli(sse) incontestablement l'union matrimoniale. Le mariage ne sera plus l'espace de protection quasi inébranlable qu'il a toujours été. Sa puissance symbolique à tisser les liens indispensables qui lient les individus, les familles et la société sera remise en cause* »³⁶. Sans nul doute, un tel droit au divorce a des conséquences sur le mariage. Mais il n'est que le constat que le divorce n'échappe pas au processus de contractualisation plaçant les volontés individualistes des époux au centre de leur union comme de leur désunion.

14. **Vers un divorce « contrat ».** La contractualisation du divorce a été consacrée par la loi du 18 novembre 2016³⁷. Cette loi permet aux époux de divorcer sans recourir à un juge en constatant leur divorce par consentement mutuel par un acte sous-seing privé sous

³¹ La double comparution devant le juge est remplacée par une comparution unique.

³² Ce délai initialement fixé à deux ans a été réduit à un an aux termes de la L. n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (JORF n°0071 du 24 mars 2019).

³³ Et ce, sans avoir à fournir d'explication quant à la motivation de leur décision.

³⁴ Cons. const., 29 juill. 2016, n°2016-557 QPC : AJ. Fam. 2016, p.542, obs. S. DAVID ; Dr. Fam. 2016, n°10, p.44-45, comm. J.-R. BINET ; RJPF 2016, n°10, p. 23 et s., comm. T. GARE.

³⁵ H. FULCHIRON : « Les solidarités dans les couples séparés : renouveau ou déclin ? » : D. 2009, p.1703, spéc. 1706.

³⁶ P. HILT, « L'incontournable droit au divorce », *actu-juridique.fr*, 29 décembre 2017.

³⁷ L. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (JORF n°0269 du 19 novembre 2016).

signatures d'avocats³⁸ déposé au rang des minutes d'un notaire. Le but principal du législateur était de désengorger les tribunaux. Malgré leur séparation, il appartient aux époux de régir ensemble et en bonne harmonie, autant que faire se peut, les conséquences patrimoniales et extrapatrimoniales de leur séparation. Ils pourront alors, avec l'assistance de leurs avocats et, éventuellement, d'un notaire, « négocier » leur séparation. Le divorce est désormais perçu comme le simple constat de l'échec du couple.

15. Objectif poursuivi. « *Le Droit est la plus puissante des écoles de l'imagination* »³⁹. En matière d'union et de désunion, nombreuses sont les règles qui coexistent, tantôt se complétant, tantôt s'opposant. Ces interactions entre droit des régimes matrimoniaux et droit du divorce soulèvent un grand nombre d'interrogations. Parmi elles, celle de l'anticipation du divorce est, chaque jour un peu plus, d'actualité. En dehors même de la procédure du divorce, il existe un champ ouvert à l'imagination des professionnels du droit afin d'anticiper et de tenter de pallier les conséquences d'une éventuelle désunion. Dans ce prisme d'anticipation, le notaire va, et doit, jouer un rôle prépondérant. La présente étude a ainsi pour objet d'établir un état des lieux des solutions offertes aux époux afin de pacifier leurs rapports et d'anticiper un éventuel divorce, au début comme au cours de leur union, par l'établissement d'un contrat de mariage.

16. Annonce du plan. C'est sous ce prisme qu'il conviendra d'aborder notre analyse. L'objectif poursuivi est d'identifier les outils juridiques à la portée des époux afin d'anticiper contractuellement les conséquences d'un divorce. Sur ce sujet, les époux ne sont pas liés par la loi et sont donc libres d'utiliser le contrat de mariage dans une perspective d'anticipation d'une éventuelle désunion. Ce contrat, du fait de sa plasticité, est l'outil clé de cette anticipation et le notaire, en sa qualité de rédacteur d'acte, en sera le maître d'œuvre. Il ne peut être traité du contrat de mariage sans en définir les contours et les règles qui le régissent (Partie 1). Le contrat de mariage est intrinsèquement lié au choix du régime matrimonial lui-même. Il conviendra donc d'analyser les solutions offertes aux époux par le choix de leur régime matrimonial en vue de prévenir les éventuels litiges au jour du divorce (Partie 2). Mais si ce choix apparaît essentiel, il n'est souvent pas suffisant à lui seul afin de se prémunir contre les aléas d'une désunion contentieuse. En ce sens, le notaire devra accompagner les époux afin d'analyser les clauses particulières qui pourraient opportunément être insérées dans leur contrat de mariage (Partie 3).

³⁸ Art. 229-1 C. civ.

³⁹ J. GIRAUDOUX, *La Guerre de Troie n'aura pas lieu*, Acte II, scène 5. Grasset, 1935.

PREMIERE PARTIE : LE CONTRAT DE MARIAGE, OUTIL CLE DE L'ANTICIPATION

17. **L'évolution du mariage.** « *Toi qui veux te marier et qui te marieras, as-tu jamais médité sur le Code civil ?* »⁴⁰. Dans la littérature comme ailleurs, le mariage ne peut aujourd'hui être dissocié de ses conséquences juridiques. De nos jours, le mariage n'est plus ce « *contrat perpétuel par sa destination* »⁴¹ que décrivait le Conseiller d'État Portalis. Afin de tenir compte de cette évolution, la loi offre aux époux la possibilité de choisir eux-mêmes les règles ayant vocation à régir leur association patrimoniale. Pourtant, les interrogations ne surviennent, souvent, qu'au jour du divorce. Or, comme le souligne à juste titre Maître Bruno Bédaride, notaire, « *l'absence de planification de la gestion-transmission de son patrimoine est un facteur de risques économiques ou de contentieux* »⁴².

18. **Contractualisation.** De tout temps, le mariage a été une question clé au centre de la vie sociale. De ce fait, les contrats de mariage ont toujours revêtu une importance particulière. La liberté des conventions matrimoniales, notion qui existait déjà dans l'Ancien droit dès le XVI^e siècle⁴³, a été proclamée par le Code Napoléon⁴⁴. Ce principe n'a depuis subi que peu de modifications. Face à la contractualisation du droit et à l'apparition de nouveaux modes de conjugalité, il est toujours plus opportun de tenter d'anticiper, dès l'union, les conséquences néfastes d'une liquidation longue et contentieuse. Afin de pallier les effets d'un éventuel divorce, les époux peuvent donc user de la liberté des conventions matrimoniales. Par le jeu de cette liberté, les époux auront ainsi la faculté de choisir et d'aménager leur régime matrimonial en vue de prévenir les conséquences de celui-ci en cas de séparation et, de manière plus générale, de permettre une gestion optimisée de leurs patrimoines conformément à leur vision du mariage. L'élément essentiel de l'anticipation est alors la volonté des époux eux-mêmes. Le contrat de mariage est l'outil prépondérant de ce choix et donc, corrélativement, de l'anticipation d'une éventuelle désunion.

⁴⁰ H. DE BALZAC, *La Comédie humaine, étude de mœurs, scènes de la vie privée. Le contrat de mariage*, t. III, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1990.

⁴¹ PORTALIS J.-E.-M., *Discours préliminaire au premier projet du Code civil*, du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801).

⁴² B. BEDARIDE, « Pourquoi et comment un couple doit organiser une planification patrimoniale », *L'Agefi Actifs* n°39, septembre 2013, 1288095.

⁴³ V. sur ce point : P. OURLIAC et J. De MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, T.III « Le droit familial », Thémis, PUF, 1968.

⁴⁴ Cette liberté fortement affirmée s'expliquait alors par la difficulté d'unification des régimes liée à l'attachement à des types opposés de régime entre les pays de droit écrit et les pays de coutumes.

19. Un contrat pour régir l'union. Ce contrat est une boîte à outils mise à la disposition des époux afin de répondre à une pluralité d'objectifs : gestion de leurs patrimoines, rapports entre eux, protection vis-à-vis des tiers et anticipation d'un éventuel divorce. Du fait de la nature contractuelle de cet outil, il conviendra de s'attacher à identifier les conditions d'application et de formation d'un tel contrat qui, bien que dépendant du droit des contrats, demeure un contrat spécial (Titre 1). En outre, dans un contexte de mondialisation où l'international devient parfois la norme, les problématiques liées à des éléments d'extranéité ne peuvent être écartées. Aussi, préalablement à tout établissement d'un contrat de mariage ou choix d'un régime matrimonial, le notaire devra s'assurer de déterminer convenablement la loi applicable au régime matrimonial et le cas échéant, procéder, si nécessaire à une désignation de celle-ci (Titre 2).

TITRE I : UN CONTRAT PARTICULIER SOUMIS AU DROIT INTERNE

20. **Un rôle prépondérant.** Le choix des époux lors de l'établissement d'un contrat de mariage s'avère souvent complexe. Nombreux sont les aspects qui devront être pris en compte afin de répondre au mieux à leurs objectifs particuliers. Intermédiaire privilégié du couple en matière de régime matrimonial, le notaire aura alors un rôle incontestable. Outre son devoir de rédacteur d'acte, il aura, à ce sujet, un devoir accru de conseil et d'information. En effet, il est fréquent que leur choix se fonde sur une méconnaissance ou une vision erronée d'un régime. Il sera alors impératif de s'assurer de leur parfaite compréhension du fonctionnement du régime choisi et de ses conséquences au cours de l'union comme à sa dissolution. En outre, compte tenu de l'importance des variations jurisprudentielles en la matière, il est indispensable que le notaire s'assure de sa parfaite maîtrise de cette évolution pour en informer au mieux ses clients.

21. **Audit patrimonial.** Afin d'orienter les (futurs) époux vers le régime le plus adéquat, compte tenu de leur situation spécifique, il incombe au notaire de procéder à un audit patrimonial. Cet audit va consister en une analyse complète et circonstanciée de la situation particulière, patrimoniale et professionnelle, de chacun des membres du couple afin d'identifier tous les facteurs déterminant le choix du régime. En outre, la situation patrimoniale des époux peut être amenée à évoluer au cours de l'union. Il conviendra alors de procéder à un nouvel audit afin de permettre une adaptation éventuelle du régime initialement choisi. Toutefois, il convient de rappeler au couple que si l'anticipation est un outil précieux, elle ne doit pas être la seule raison d'être du contrat. En effet, un tel contrat ne peut être perçu comme ayant pour seul objectif de régler l'éventuelle dissolution de l'union. Il a également, si ce n'est principalement, pour but de régir le fonctionnement du régime en cours d'union.

22. **Un acte spécial.** Le contrat de mariage incarne ainsi l'outil clé du choix du régime matrimonial. Il répond, à la fois, au droit général des contrats et au droit spécial des régimes matrimoniaux. En ce sens, il s'agit d'un contrat spécial qui doit respecter des conditions strictes de validité. Seul habilité à établir un tel contrat, le notaire est le maître d'œuvre de son établissement et le responsable de son efficacité. Il engage, par conséquent, sa responsabilité vis-à-vis d'un tel contrat aussi bien quant à son efficacité que quant aux conseils donnés et aux informations fournies aux époux lors de son établissement.

23. **Conditions et responsabilité.** Avant d'étudier plus amplement les opportunités rédactionnelles d'anticipation qui peuvent être incluses dans un contrat de mariage, il apparaît essentiel de préciser, en amont, les conditions de validité d'un tel outil (Chapitre 1). Au surplus, il convient également de souligner l'importance de la responsabilité du notaire vis-à-vis d'un tel contrat autant quant à l'efficacité de sa rédaction que quant à son obligation de conseil (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. L'ENCADREMENT LEGAL DU CONTRAT DE MARIAGE, ENTRE RIGUEUR ET ASSOUPPLISSEMENT

24. **Un contrat.** « *Specilia generalibus derogant* »⁴⁵. En sa qualité de contrat spécial du droit des régimes matrimoniaux, le contrat de mariage doit répondre à un certain nombre de règles qui lui sont propres. Toutefois, bien que spécial, ce contrat relève avant tout du droit commun des contrats. A ce titre, il est donc comme tout contrat, « *un accord de volontés entre deux (...) personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* »⁴⁶. Il résulte de cette définition que l'élément fondamental de son établissement est la volonté des époux eux-mêmes. Par le jeu de ce contrat, le législateur leur offre la faculté de choisir leur régime matrimonial. Mais leur liberté contractuelle ne se limite pas à ce choix. En effet, ils ont également la possibilité de déterminer en amont le statut de leurs biens en cours d'union, le devenir de ceux-ci au jour de la dissolution comme l'ensemble des règles particulières qu'ils entendent mettre en œuvre. Le contrat de mariage sera alors le support aussi bien du choix des époux que de l'ensemble des aménagements qu'ils entendraient y inclure.

25. **Conditions et évolution.** Compte tenu de l'importance prépondérante qu'aura ce contrat sur les relations du couple, autant entre eux qu'à l'égard des tiers, le législateur a pris soin d'en encadrer strictement les conditions. Du fait de sa spécificité, il doit répondre aux conditions issues du droit commun des contrats comme du droit spécial des régimes matrimoniaux, qui pourraient y déroger (Section 1). En outre, si les époux ont la faculté d'établir un tel contrat dès la célébration de leur union, la liberté ne cesse d'exister une fois le contrat régularisé et le mariage célébré. Il leur est désormais possible, s'ils constataient que le régime choisi ne convient pas, ou plus, à leur situation, d'opter pour un nouveau régime ou d'aménager, plus ou moins largement, le régime existant. Toutefois, si une telle modification est possible, les conditions de ce changement, bien qu'assouplies par les dernières réformes, sont plus strictes que celles d'un contrat de droit commun (Section 2).

⁴⁵ Locution latine qui signifie que les lois spéciales dérogent aux lois générales.

⁴⁶ Art. 1101 C. civ.

Section 1 : Un contrat complexe relevant de législations plurielles

26. **Une pluralité de conditions.** Il appartient au notaire, rédacteur du contrat de mariage, de s'assurer du respect des règles classiques du droit commun des contrats autant quant à la forme que quant au fond (§1). Au-delà du droit commun, le contrat de mariage demeure un contrat spécial intrinsèquement lié au droit des régimes matrimoniaux et doit donc, à ce titre, répondre à des règles spéciales qui en sont issues (§2).

§1 : Un contrat « classique » régi par le droit commun

27. **Un contrat de droit commun.** En application de l'article 1105 du Code civil, le contrat de mariage doit respecter les conditions de validité de tout contrat, énoncées à l'article 1128 dudit Code⁴⁷, à savoir : le consentement, la capacité à contracter et un contenu licite et certain. De ce fait, il peut faire l'objet d'une annulation sur le fondement des vices du consentement ou pour défaut de capacité. Ces fondements sont, en pratique, rarement utilisés. Toutefois, la Cour de cassation a eu l'occasion de retenir la nullité sur le fondement du dol d'un contrat de mariage ayant adopté la communauté universelle au motif que l'époux n'aurait jamais consenti à se marier sous ce régime s'il n'avait pas « *été persuadé, à tort par les manœuvres mises en œuvre (...) que ses enfants l'avaient abandonné et méritaient d'être déshérités* »⁴⁸. Cette solution, bien que peu utilisée, demeure toujours d'actualité.

28. **Un contrat solennel.** Le contrat de mariage est, au-delà de sa nature contractuelle, un acte solennel. De ce fait, il doit être dressé en minute et, à peine de nullité absolue, être passé devant notaire. Ce dernier délivrera aux époux une attestation mentionnant l'existence dudit contrat⁴⁹. Cette solennité s'explique sans nul doute par la volonté du législateur de contraindre les époux souhaitant y recourir à recueillir, au préalable, les conseils d'un notaire. L'objectif recherché est d'assurer la parfaite compréhension des époux, ainsi que la conservation de l'acte et sa publicité. Ce contrat doit être passé, selon les termes de l'article

⁴⁷ Issu de l'ord. n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁴⁸ V. sur ce fondement : Cass., 1^{ère} civ., 4 juillet 1995, n°93-15.005 : Bull. civ. I, n°291 ; D. 1996, 233, n. F. BOULANGER ; Defrénois 1996, 321, obs. J. MASSIP ; Defrénois 1997, 407, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD civ. 1996, 866, obs. J. HAUSER ; *ibid.* 205, obs. B. VAREILLE.

⁴⁹ Art. 1394, al.2, C. civ. : « *Au moment de la signature du contrat, le notaire délivre aux parties un certificat sur papier libre et sans frais, énonçant ses nom et lieu de résidence, les noms, prénoms, qualités et demeures des futurs époux, ainsi que la date du contrat. Ce certificat indique qu'il doit être remis à l'officier de l'état civil avant la célébration du mariage.* ».

1394 alinéa 1, « *en la présence et avec le consentement simultanés de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires* ». Il ne peut, par conséquent, avoir plusieurs dates à peine de nullité absolue⁵⁰. La nullité sur le fondement de l'absence de simultanéité dans l'expression des consentements⁵¹ ne peut toutefois être requise concernant un contrat passé avant l'entrée en vigueur de ce texte⁵². De plus, il résulte de la lettre de ce texte, par l'emploi du terme « *ou de leurs mandataires* », que les parties peuvent être représentées. Cette représentation ne peut toutefois résulter que d'une procuration authentique spéciale qui doit relater l'ensemble des caractéristiques et des clauses spécifiques dudit contrat⁵³. En outre, les époux ne sont pas forcément les seules parties à l'acte. Il est envisageable de faire intervenir un tiers, notamment dans le but d'insérer dans le contrat une donation au profit des époux, ou de constater l'assistance d'un curateur ou d'un tuteur⁵⁴.

29. **Sanctions et publicité.** Comme tout contrat, l'inobservation de ses conditions de fond et de forme entraîne des sanctions. S'agissant d'un contrat solennel, les conditions de forme sont sanctionnées par une nullité absolue empêchant toute ratification ou confirmation postérieure. Les conditions de fond sont, quant à elles, sanctionnées selon la nature de la règle transgressée. Ainsi, le non-respect des règles de protection sera sanctionné par une nullité relative⁵⁵. Le contrat de mariage est également soumis à des mesures de publicité obligatoires. Son existence doit, à ce titre, être mentionnée aux termes de l'acte de mariage⁵⁶. A défaut, ce contrat demeurerait valable entre les parties mais serait inopposable aux tiers qui pourraient alors considérer les époux comme mariés sous le régime légal. En ce sens, la Cour de cassation a déclaré que l'énonciation dans l'acte de mariage de l'absence de contrat fait foi jusqu'à preuve du contraire⁵⁷. *A contrario*, cette inopposabilité est exclue lorsque les époux rappellent l'existence d'un contrat de mariage dans les actes passés avec ces tiers⁵⁸. Il

⁵⁰ Cass., 1^{ère} civ., 5 février 1957 : Bull. civ. I, n°57 ; D. 1957, 196 ; Defrénois 1957, 89 ; JCP 1957, II, 10051, n. A. COLOMER.

⁵¹ Art. 21 de la L. n°75-570 du 13 juillet 1965, op. cit.

⁵² Entrée en vigueur le 1^{er} février 1966 en application de la L. n°75-570 du 13 juillet 1965, op. cit.

⁵³ Il est également envisageable d'annexer le projet dudit contrat à cette procuration afin d'éviter tout litige postérieur quant à son contenu.

⁵⁴ Art. 1399, al. 1, C. civ.

⁵⁵ Tel sera notamment le cas des règles relatives à la capacité ou au consentement.

⁵⁶ Art. 1394, al. 3, C. civ.

⁵⁷ Cass., 1^{ère} civ., 6 mai 1985, n°84-10.362 : Bull. civ. I, n°138 ; JCP 1985, II, 20485, concl. GULPHE.

⁵⁸ Art. 1394, al.3 C. civ.

conviendra de prêter une attention particulière à la rédaction de ces actes comme aux formalités postérieures afférentes au contrat de mariage afin d'en assurer l'opposabilité⁵⁹.

§2 : Un contrat « spécial » soumis au droit des régimes matrimoniaux

30. **Un contrat spécial.** Du fait de sa spécificité, le contrat de mariage connaît également des règles qui lui sont propres. Celles-ci sont principalement liées au fait que ce contrat spécial de droit de la famille peut être considéré comme un accessoire du mariage. A ce titre, il doit répondre à des règles de capacité spécifique (A). Pour les mêmes raisons, il connaît également des règles propres quant à sa caducité et à sa nullité (B).

A. Une capacité spéciale : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptiala*⁶⁰

31. **Des règles spécifiques.** Le contrat de mariage connaît des règles spécifiques qui dérogent aux règles de droit commun notamment en matière de capacité des parties. En effet, la capacité à régulariser un contrat de mariage est offerte de manière plus large que celle des actes de droit commun. L'objectif recherché par cette reconnaissance large de la capacité est de reconnaître à toute personne ayant la capacité de se marier, celle de conclure un contrat de mariage⁶¹. Il en va notamment ainsi pour les mineurs. L'article 1398 du Code civil offre aux mineurs, ayant la capacité de contracter un mariage, la capacité de contracter « *toutes les conventions dont ce contrat est susceptible et les conventions et donations qu'il y a faites sont valables, pourvu qu'il ait été assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage* ». Toutefois, cette extension n'a désormais vocation à s'appliquer que de manière très ponctuelle⁶² puisque l'âge légal du mariage est aujourd'hui fixé à 18 ans pour l'homme comme pour la femme⁶³.

32. **Incapables majeurs.** Concernant les majeurs protégés⁶⁴, c'est l'article 1399 du Code civil qui prévoit la possibilité de passer un tel acte avec l'assistance du curateur ou du

⁵⁹ Sur ce point, il convient de préciser que les formalités particulières de publicité qui s'imposaient lorsque l'un des époux avait la qualité de commerçant ont été supprimées par l'ord. 2005-428 du 6 mai 2005 relative aux incapacités en matière commerciale et à la publicité du régime matrimonial des commerçants.

⁶⁰ Locution latine qui peut se traduire : *celui qui a la capacité pour se marier est également capable de donner son consentement au contrat de mariage qui le concerne*.

⁶¹ C'est ce que traduit l'adage « *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptiala* ».

⁶² Elle reste toutefois applicable en cas de dispense d'âge pour motif grave de l'art. 145 C. civ.

⁶³ Art. 144 C. civ. dans sa rédaction issue de la L. n°2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs (JORF n°81 du 5 avril 2006, p.5097).

⁶⁴ Art. 460 C. civ.

tuteur. Notons sur ce point que la personne protégée interviendra à l'acte avec l'assistance de son tuteur ou son curateur et ne sera donc pas représentée mais bien assistée audit acte. Le rédacteur du contrat devra prendre garde à ne pas tomber dans les habitudes liées aux autres contrats et s'attacher à bien stipuler cette intervention directe de l'époux bien qu'incapable. Depuis la loi du 23 mars 2019⁶⁵, la législation ne fait désormais plus de distinction selon la mesure de protection et prévoit, de manière générale, l'information de la personne chargée de l'assistance ou de la représentation préalablement au projet de mariage. Cette information incombe aux futurs époux qui devront en justifier⁶⁶. Par voie de conséquence, il n'y a plus, contrairement à ce qui était exigé par l'article 460 du Code civil avant l'entrée en vigueur de cette loi, d'autorisation préalable au mariage⁶⁷.

33. Outils de protection. Le curateur et le tuteur n'ont, cependant, pas perdu tout droit de regard vis-à-vis de cette union et disposent désormais d'un droit d'opposition⁶⁸. Cette opposition est semblable à celle offerte aux ascendants⁶⁹ et peut être exercée pour tous motifs légaux, comme le défaut de consentement ou la fraude. Ils bénéficient, en outre, de la possibilité de saisir le juge pour être autorisés à conclure seuls une convention matrimoniale afin de préserver les intérêts de la personne protégée⁷⁰. Si la lettre de ce texte peut porter à confusion, il ne semble pas envisageable que la personne en charge de la mesure de protection puisse régulariser seul le contrat de mariage sans l'intervention du second époux. Il conviendrait de faire intervenir à la fois le curateur ou le tuteur et l'époux non soumis à la mesure de protection. Il serait opportun que le législateur s'attache à préciser l'obligation de la présence du second époux afin d'éliminer tout doute sur ce point. Une fois encore, on peut constater la nécessité pour le législateur d'une rédaction précise et rigoureuse des textes de lois établis en la matière afin d'éviter tout débat pratique postérieur.

B. Des sanctions spécifiques, corollaire de ce caractère spécial

34. Un contrat complexe. La capacité nécessaire à l'établissement d'un contrat de mariage n'est pas le seul particularisme de ce type de contrat. En effet, il est d'autant plus original qu'il n'est pas limité, quant à son contenu, uniquement au choix du régime

⁶⁵ L. n° 2019-222 du 23 mars 2019, op. cit.

⁶⁶ Art. 63, 1° C. civ.

⁶⁷ Pour une dernière occurrence d'une telle autorisation avant l'entrée en vigueur de la réforme, v. Cass., 1^{ère} civ., 26 juin 2019, n°18-15.830 : P ; Dr. Fam., 1^{er} septembre 2019, n. G. RAOUL-CORMEIL.

⁶⁸ Art. 175 C. civ.

⁶⁹ Art. 173 C. civ.

⁷⁰ Art. 1399, al. 3 nouveau C. civ.

matrimonial et aux clauses relatives à son fonctionnement. Il est ainsi possible pour les époux de prévoir en son sein des stipulations indépendantes de leur régime, tout en demeurant liées au mariage lui-même. Tel sera, par exemple, le cas d'époux qui souhaiteraient y stipuler une donation consentie par les époux eux-mêmes ou par un tiers⁷¹ à leur profit ou au profit des enfants à naître de leur union, comme le permet l'article 1082 du Code civil. Ils pourront également y prévoir un mandat, une reconnaissance de dettes ou même une reconnaissance d'enfants. Cette liberté est seulement limitée par l'ordre public⁷², la loi, les bonnes mœurs et l'économie du régime⁷³. Outre la multiplicité des conventions que peut inclure ce contrat, c'est, sans nul doute, les impératifs qui lui sont propres qui en font un contrat spécial.

35. Un contrat préalable à l'union. L'article 1395 du Code civil énonce clairement que ce contrat doit être établi « *avant la célébration du mariage* ». Toutefois, aucun délai n'est prévu pour la régularisation qui peut donc intervenir longtemps avant l'union et jusqu'au jour de la célébration⁷⁴. En ce sens, la jurisprudence a pu valider l'hypothèse d'un contrat régularisé préalablement au mariage alors même que le futur époux n'était pas encore divorcé de sa première union⁷⁵. Une fois régularisé, son efficacité est conditionnée à la célébration du mariage. C'est pourquoi si le mariage n'a pas lieu, en application de la condition *si nuptiae sequantur*, le contrat sera caduc et ne produira aucun effet⁷⁶. Compte tenu de cette efficacité différée, il demeure possible pour les époux de procéder à des modifications avant la célébration du mariage. Toutefois, ces modifications doivent respecter le parallélisme des formes et être passées en la forme authentique devant notaire en la présence simultanée de toutes les parties présentes dans le contrat de mariage initial⁷⁷. Afin de produire effet, ce changement devra être rédigé à « *la suite de la minute du contrat de mariage* »⁷⁸.

36. Omission. En cas d'omission des époux avant la célébration, ils seront automatiquement soumis au régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts. Si le délai de deux ans n'est désormais plus nécessaire⁷⁹ afin d'entamer une procédure de changement de régime, les époux devront toutefois respecter les conditions spécifiques à ce

⁷¹ Cette possibilité est offerte à tout tiers, y compris un étranger à la famille.

⁷² Général comme spécial au droit de la famille, et notamment le régime primaire des art. 212 à 226 C. civ.

⁷³ V. *infra*, spéc. 68 et s.

⁷⁴ Dans cette hypothèse, il peut être opportun de stipuler dans le contrat l'heure de la régularisation afin de se constituer un moyen de preuve contre toute action en annulation ; V. Cass, civ., 18 août 1840 : D. 1840, 1, 327.

⁷⁵ Paris, 22 juin 1954 : D. 1955. 662, n. A. WEILL ; JCP 1954, II, 8263.

⁷⁶ Paris, 1^{ère} ch. civ., 14 décembre 1999 : JurisData n°104435.

⁷⁷ Art. 1396, al. 1, C. civ.

⁷⁸ Art. 1396, al. 2, C. civ.

⁷⁹ Nouvelle rédaction de l'art. 1397 C. civ. issue de la L. n°2019-222 du 23 mars 2019, op. cit.

changement. De ce fait, ils seront contraints de consulter à nouveau un notaire afin d'établir ce nouveau contrat et, si nécessaire, de liquider le régime existant. Cette solution pourrait donc générer un coût supplémentaire. Notons, en outre, que, du fait du principe d'immutabilité du régime matrimonial, il ne paraît pas envisageable d'admettre la validité d'une clause qui stipulerait une entrée en vigueur différée du régime choisi, ni même qui soumettrait le choix du régime à une condition suspensive ou résolutoire.

Section 2 : Le changement de régime, de l'immutabilité à la mutabilité contrôlée

37. **Principe** Historiquement, les relations contractuelles des époux mariés étaient fondées sur le principe de l'immutabilité absolue des régimes matrimoniaux⁸⁰. Jusqu'à l'entrée en application de la loi du 13 juillet 1965, le 1^{er} février 1966, la loi n'offrait aucune possibilité aux époux de revenir sur leur choix initial. De ce fait, un certain nombre d'entre eux divorçait afin de se remarier en optant pour un régime matrimonial différent. Cette loi a offert un renouveau à la liberté des conventions matrimoniales en portant pour la première fois atteinte au principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux. Elle a ainsi permis aux époux de changer de régime matrimonial en cours d'union tout en limitant cette possibilité par l'intervention systématique du juge. Par la suite, la loi du 23 juin 2006⁸¹ est venue aggraver l'atteinte au principe d'immutabilité en contractualisant et déjudiciarisant partiellement la procédure de changement de régime matrimonial. Ce faisant, elle a limité le contrôle du juge à la présence d'enfants mineurs ou d'opposition des créanciers ou des enfants majeurs. A défaut, une simple convention notariée, répondant à un certain nombre de conditions, mais sans homologation, était alors devenue suffisante.

38. **Évolution.** C'est la loi du 23 mars 2019⁸² qui est réellement venue contractualiser cette procédure en prescrivant sa déjudiciarisation quasi-totale par la suppression de la procédure dite « longue », sauf cas exceptionnels. Désormais, en présence de mineurs, l'intervention du juge ne sera plus automatique. Il incombera au notaire, dans l'hypothèse d'une administration légale, de saisir, s'il le pense nécessaire, le juge des tutelles. Par cette loi, le législateur encre, encore d'avantage, sa volonté de placer le notaire au cœur des relations du couple en qualité de « magistrat de l'amiable ». Si le principe d'immutabilité demeure, la loi offre par ce biais aux époux la possibilité de modifier tout ou partie du régime choisi en cours de leur union⁸³. Cette possibilité est aujourd'hui un outil efficace à la disposition des couples.

⁸⁰ Art. 1395 ancien C. civ.

⁸¹ L. n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et de libéralités (JORF n°145 du 24 juin 2006).

⁸² L. n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (JORF n°0071 du 24 mars 2019).

⁸³ Art. 1397 C. civ.

Elle demeure toutefois encadrée par des règles strictes (§1) bien qu'ayant évolué vers une plus grande liberté (§2).

§1 : Le changement de régime matrimonial, un encadrement strict protecteur des tiers

39. **Le principe d'immutabilité.** Si la liberté de choisir ou de changer de régime matrimonial est aujourd'hui prégnante dans notre droit, il ne faut en aucun cas omettre le principe d'immutabilité du régime matrimonial qui demeure en vigueur. En effet, bien qu'amoindri par la faculté des époux de changer de régime en cours d'union, ce principe survit par l'interdiction qui leur est faite d'aménager leur régime dans un autre cadre que celui délimité par la loi. Ainsi, il convient de rappeler que, malgré la possibilité de changer de régime, les époux ne peuvent, indépendamment d'une procédure encadrée par le notaire, faire varier la qualification de leurs biens selon leur bon vouloir, ni procéder à des transferts de biens d'un patrimoine propre à un patrimoine commun, ou inversement. De ce fait, le principe d'immutabilité du régime matrimonial a survécu aux réformes visant à le limiter. Les époux devront donc toujours respecter les conditions légales imposées au changement de régime matrimonial (A), contrat spécial du droit des régimes matrimoniaux (B). Cette limitation est particulièrement opportune afin de protéger les tiers et les créanciers (C).

A. Une faculté soumise à des limites légales

40. **Un changement encadré.** Les époux ont la faculté d'aménager au cours de leur union tout ou partie⁸⁴ de leur régime afin de l'adapter à l'évolution de leur contexte familial ou professionnel, de la loi ou de la jurisprudence. Ce changement devra prendre la forme d'un contrat de mariage. De ce fait, il sera soumis aux conditions de droit commun et, notamment, aux règles de capacité et de consentement précédemment étudiées. Toutefois, il connaît également des conditions qui lui sont propres aux termes de l'article 1397 du Code civil. Cet article encadre la réalisation d'un tel changement en énonçant des conditions parmi lesquelles le respect de l'intérêt de la famille apprécié dans sa globalité, la rédaction d'un nouveau contrat en la forme notariée, en la présence et avec le consentement simultanés des époux, et, si nécessaire, la liquidation du régime précédent à peine de nullité. Le changement de régime

⁸⁴ Il leur est, par exemple, possible de ne modifier que la qualification d'un bien déterminé. V. Cass., 1^{ère} civ., 21 janvier 1992, n°90-14.459 : Bull. civ. I, n°24 ; D. 1993, somm. 218, obs. F. LUCET ; Defrénois 1992, 844, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP N 1992, II, 375, n°7, obs. G. WIEDERKEHR ; RTD civ. 1992, 812 et 813, obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

matrimonial peut opérer un changement total de régime ou un simple aménagement du régime actuel.

41. L'intérêt de la famille. L'intérêt de la famille demeure une problématique récurrente en matière de changement de régime matrimonial. La définition de cette notion « cadre » est laissée au pouvoir souverain des juges du fond qui en font une appréciation large et variable. C'est la raison pour laquelle il est aujourd'hui complexe d'en énoncer une définition stricte et exhaustive. A ce titre, il convient donc de retenir une certaine souplesse quant à l'analyse de cet intérêt⁸⁵. L'intérêt de la famille recouvre ainsi, à la fois, l'intérêt des époux pris individuellement, l'intérêt du couple et l'intérêt de la famille dans son ensemble⁸⁶. Si le contrôle du respect de cet intérêt est du pouvoir des juges du fond, l'évolution de la procédure tendant à sa déjudiciarisation offre au notaire, rédacteur de l'acte support, un rôle de contrôle initial de cet intérêt. En conséquence, il pourrait engager sa responsabilité professionnelle sur ce fondement. Il doit donc s'attacher à recueillir l'ensemble des informations requises à l'analyse complète du contexte familial. S'il existe un doute quant à l'opportunité et au respect de cet intérêt, le notaire doit s'assurer la preuve de la réalisation de son devoir de conseil notamment par la régularisation d'une reconnaissance d'avis donné. Sur ce point, il convient de préciser que l'intérêt de la famille ne peut être contrôlé qu'*ab initio* au jour de la convention ou au cours de la procédure d'homologation en cas d'opposition. La jurisprudence refuse tout contrôle *a posteriori* postérieurement à la procédure d'homologation ou, à défaut d'une telle procédure, à la régularisation de l'acte de changement de régime⁸⁷.

42. La nécessité d'une liquidation. La question de la nécessité d'une liquidation incombe à l'appréciation du notaire instrumentaire. En effet, s'il a pu être établi, par une réponse ministérielle du 11 novembre 2008⁸⁸, que celle-ci était nécessaire en cas de changement d'un régime communautaire vers un régime séparatiste, le législateur n'a pas pris soin d'établir, de manière exhaustive, les hypothèses où une telle liquidation serait nécessaire. D'autres hypothèses pourraient donc nécessiter une telle liquidation. En conséquence, le notaire devra s'attacher à identifier les hypothèses où une telle liquidation sera

⁸⁵ S. GAUDEMET, « ‘L'intérêt de la famille’, élément de l'ordre public familial », *In Mélanges en l'honneur du professeur G. Champenois*, Defrénois, 2012.

⁸⁶ Cass., 1^{ère} civ., 6 janvier 1976, n°74-12.212, *Alessandri* : Bull. civ. I, n°4 ; GAJC, 12^e éd., n°90 ; D. 1976, 253, n. A. PONSARD ; Defrénois 1976, 787, n. A. PONSARD ; JCP N 1976, II, 18461, n. J. PATARIN.

⁸⁷ Cass., 1^{ère} civ., 29 mai 2013, n°12-10.027 : Bull. 2013, I, n°115 ; AJ. Fam. 2013, p. 453, obs. P. HILT ; D.2013, p. 2088, obs. J. SOUHAMI ; Defrénois, 2013, n°23, 114g1 ; *ibid.* 2014, 114q9, n. E. ROUSSEAU ; Gaz. Pal. 24 août 2013, n°236, p. 31, 143r1, obs. J. CASEY ; JCP N 2013, n°38, 1221, n. R. LE GUIDEDEC.

⁸⁸ Rép. Min. JOAN Q 11 novembre 2008, p. 9788, F. CALVET.

« nécessaire »⁸⁹. Précisons que si celle-ci s'avérait nécessaire, elle n'impliquerait cependant pas l'obligation de procéder à un partage⁹⁰.

B. La reconnaissance attendue de la nature contractuelle du changement de régime matrimonial

43. **Nature contractuelle.** Le notaire rédacteur de tout changement de régime matrimonial doit impérativement rappeler aux époux qu'une fois régularisé, ce nouveau contrat s'imposera à chacun d'eux et ce, même s'il contient des stipulations déséquilibrées entre eux. La Cour de cassation a, sur ce point, clairement rappelé ce principe en énonçant que : « *le changement de régime matrimonial ayant produit effet s'impose à chacun des époux, de sorte que, à défaut d'invoquer un vice du consentement ou une fraude, aucun d'eux ne peut être admis à le contester sur le fondement de l'article 1397 du Code civil* »⁹¹. Par ce rappel, elle a définitivement consacré le caractère contractuel du changement de régime matrimonial. Ce faisant, elle poursuit le courant jurisprudentiel déjà initié depuis l'arrêt du 14 janvier 1997⁹² qui soulignait déjà le caractère contractuel d'un tel changement en énonçant que : « *l'homologation judiciaire laisse subsister le caractère contractuel du changement de régime matrimonial des époux, de sorte que la convention des parties peut être annulée pour des causes qui lui sont propres* ». Deux causes de nullité sont expressément visées par cet arrêt : les vices du consentement et la fraude.

44. **Fraude.** La fraude est « *l'action révélant chez son auteur la volonté de nuire à autrui (conjoint, cocontractant, copartageant, plaideur) ou de tourner certaines prescriptions légales* »⁹³. S'il ne peut être désormais contester la possibilité d'agir contre le changement de régime matrimonial sur ce fondement, une telle action semble toutefois limitée aux seuls époux. En effet, la Haute Juridiction semble considérer que l'existence de l'action en retranchement exclue la possibilité pour l'enfant non commun dont l'existence aurait été frauduleusement dissimulée d'agir sur le fondement de la fraude à ses droits successoraux à

⁸⁹ Le critère « nécessaire » est parfois complexe à établir. La pratique s'oriente alors fréquemment vers la mise en place d'un bilan patrimonial tenant lieu de liquidation dans les actes de changement de régimes matrimonial. En ce sens, v. M. DAGOT : « Changement de régime matrimonial et liquidation », JCP N 2008, n°23, 1217 – B. VAREILLE : « La loi du 23 juin 2006 et les régimes matrimoniaux », JCP N 2007, n°26, 1200

⁹⁰ Rép. Min. JOAN Q 23 décembre 2008 : « *Le partage n'est pas une condition pour que le changement de régime matrimonial prenne effet* ».

⁹¹ Cass., 1^{ère} civ., 29 mai 2013, n°12-10.027 : op. cit.

⁹² Cass., 1^{ère} civ., 14 janvier 1997, n°94-20.276 : Bull. civ. I, n°20 ; D. 1997, p. 273, rapp. X. SAVATIER ; Defrénois 1997, p. 420, n°36526, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP G 1997, I, 4047, obs. G. WIEDERKEHR ; *ibid.*, II, 22912, n. E. PAILLET ; RTD civ. 1997, p. 985, obs. B. VAREILLE.

⁹³ *Lexique des termes juridiques*, op. cit.

défaut de pouvoir démontrer l'atteinte à ses droits⁹⁴. Une telle possibilité demeure cependant dans l'hypothèse où il serait en mesure de démontrer cette atteinte⁹⁵.

45. Formulation critiquable. Si la reconnaissance jurisprudentielle du caractère contractuel du changement de régime matrimonial est à encourager, la formulation retenue par la Cour nous semble critiquable. En effet, dans son attendu, la Cour régulatrice souligne la possibilité pour les époux de contester la validité du contrat contenant le changement de régime matrimonial en limitant celle-ci aux deux hypothèses que sont les vices du consentement et la fraude. Or, du fait même du visa choisi par cet arrêt (anciens articles 1134 et 1108 du Code civil), une telle limitation paraît douteuse. La reconnaissance de la faculté d'agir sur le fondement de la fraude et des vices du consentement est tout à fait logique. Un époux ayant réalisé un tel changement par erreur, sous réserve que cette erreur fasse réellement obstacle à son consentement, ou sous l'influence d'un dol⁹⁶ ou d'une violence exercée par son conjoint, doit pouvoir contester celui-ci *a posteriori*. Il s'agit là d'une simple application du droit des contrats⁹⁷.

46. Portée. Toutefois, quid d'un époux qui serait en mesure de démontrer qu'il n'avait pas, au jour de la régularisation du contrat, la capacité juridique ? La formulation retenue par la Cour de cassation semble exclure la possibilité d'agir sur ce fondement. Or il nous paraît qu'une telle solution serait contraire à l'idée même de reconnaissance du caractère contractuel de ce changement. Il nous semble donc que l'ensemble des critères définis par l'ancien article 1108 du Code civil, aujourd'hui repris à l'article 1128 dudit Code, devrait pouvoir faire l'objet d'une action en nullité. Les options formulées par la Cour nous semblent devoir être considérées comme non exhaustives, laissant ouverte la faculté d'agir sur d'autres fondements, à l'exception toutefois du contrôle *a posteriori* de l'intérêt de la famille.

⁹⁴ Cass., 1^{ère} civ., 14 juin 2005, n°02-20.840 : Bull. civ. I, n°264 ; Defrénois 2005, 38244, obs. G. CHAMPENOIS ; Dr. Fam. 2005, 218, n. B. BEIGNIER ; JCP G 2005, IV, 2747, obs. M.-C. ROUAULT – Cass., 1^{ère} civ., 17 février 2010, n°08-14.441 : Bull. civ. I, n°42 ; Defrénois 2010, 39121, n. J. MASSIP ; JCP G 2010, n°243, obs. P. HILT ; JCP N 2010, 1220, n. J. VASSAUX-BAREGE.

⁹⁵ Pour une application récente, v. Cass. 1^{ère} civ., 11 juillet 2019, n°18-20.235 : P ; Dr. Fam., 1^{er} octobre 2019, n°9, p.6, obs. N. PETERKA.

⁹⁶ Cass., 1^{ère} civ., 2 novembre 1977 : Bull. civ. I, n°397 ; Defrénois 1978, 375, obs. G. CHAMPENOIS.

⁹⁷ V. sur ce point : E. ROUSSEAU, « Mutabilité et cohérence du régime matrimonial », Thèse, Paris II, 2007, LGDJ, ss. Dir. G. CHAMPENOIS.

C. Une législation protectrice des tiers

47. **Les tiers.** Afin de protéger leurs intérêts, les personnes parties à l'acte initial, ainsi que les enfants majeurs et les créanciers disposent d'un droit d'opposition. Ils seront donc informés de la modification envisagée. Cette information prendra une forme différente selon l'identité du tiers. A la suite de cette notification, il leur sera possible de former opposition à ce changement. Dans cette hypothèse, le recours au juge sera alors obligatoire afin de procéder à l'homologation dudit changement. Sur ce point, il convient de souligner que cette procédure d'homologation, bien que résultant d'une opposition « conflictuelle », relève de la matière gracieuse comme en dispose l'article 1301 du Code de Procédure civile. La Cour de cassation a d'ailleurs réaffirmé cette solution légale⁹⁸.

48. **Parties à l'acte initial et enfants majeurs.** Les parties à l'acte initial ainsi que les enfants majeurs, communs ou non, seront informés personnellement par une notification de cette volonté réalisée par lettre recommandée avec accusé de réception, par exploit d'huissier ou par une remise en main propre selon les formes prescrites par l'article 667 du Code de Procédure civile. Le contenu de cette notification est exhaustivement prévu par les textes⁹⁹. Il s'agit d'une formalité postérieure à l'acte de changement de régime matrimonial qui doit impérativement être réalisée par le notaire instrumentaire afin d'assurer la protection du droit des tiers. Sur ce point, le législateur est venu, de manière opportune, combler une lacune de l'ancienne loi concernant l'information des enfants majeurs incapables. Désormais, en présence d'enfants majeurs faisant l'objet d'une mesure de protection, l'information sera délivrée à son représentant légal qui pourra agir sans autorisation préalable du conseil de famille ou du juge des tutelles. Précisons sur ce point, qu'en matière de curatelle comme de sauvegarde de justice, la notification sera délivrée au majeur protégé, s'agissant de mesures d'assistance et non de représentation. Une fois la notification réalisée, les parties à l'acte initial, au même titre que les enfants majeurs, bénéficieront d'un délai de trois mois pour former opposition. Ce délai ne peut être restreint et ce, même à la demande expresse de l'enfant majeur qui souhaiterait y renoncer¹⁰⁰.

⁹⁸ Cass., 1^{ère} civ., 19 mars 2008, n°05-21.924 : Bull. civ. I, n°87 ; D. 2008, 2042, n. A. LE NINIVIN ; Defrénois 2008, 38854, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD civ. 2008, p.725, obs. R. PERROT.

⁹⁹ Arrêté du 23 décembre 2006 fixant le modèle de l'information délivrée aux enfants des époux et aux tiers, dans le cadre d'une procédure de changement de régime matrimonial (JORF n°303 du 31 décembre 2006).

¹⁰⁰ Rép. Min. n°28467 : JOAN, 23 décembre 2008, p.11172, F. CALVET.

49. **Créanciers et autres tiers.** Concernant les créanciers et autres tiers, ils seront, quant à eux, informés par l'insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales. Ils bénéficieront alors d'un délai de trois mois afin de former opposition contre ce changement et soumettre celui-ci à une procédure d'homologation. Il convient de préciser que les créanciers bénéficient, pour assurer la protection de leurs intérêts, d'un second outil : l'action de paulienne¹⁰¹. Enfin, afin de préserver l'intérêt des tiers, l'opposabilité d'une telle modification vis-à-vis de ceux-ci est soumise à un délai de trois mois suivant la mention en marge dudit changement sur l'extrait d'acte de mariage. Par suite, un tel changement sera inopposable aux créanciers antérieurs¹⁰². Les époux devront donc anticiper cette solution afin qu'elle puisse être réellement efficace. En présence d'époux faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, le changement ou la modification devra être soumise à l'autorisation préalable du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il a été constitué¹⁰³.

§2 : Une réglementation évolutive, vers une procédure simplifiée

50. **Évolution et révolution.** La loi du 23 mars 2019¹⁰⁴ a permis une simplification et une mise en œuvre plus rapide de la procédure de changement de régime matrimonial¹⁰⁵. Le législateur a ainsi répondu aux demandes de la doctrine et des praticiens notamment sur deux points. D'une part, elle a supprimé l'exigence d'un délai minimum entre tout changement ou aménagement du régime (A). D'autre part, elle a encore accru la déjudiciarisation de cette procédure (B).

A. La disparition du délai de deux ans, une réforme attendue

51. **L'évolution du délai.** La loi du 23 mars 2019 est venue supprimer, dans son article 8, le délai de deux ans qui était autrefois exigé avant tout changement. Ce délai était pris en compte depuis la célébration de leur union ou depuis la dernière modification¹⁰⁶. Il était relativement mal perçu par la doctrine car il pouvait freiner certaine création d'entreprise du fait de l'absence de possibilité d'adapter le régime des époux à cette nouvelle activité. En effet, il était fréquent que des époux peu diligents ou mal informés ne s'inquiètent de la

¹⁰¹ Art. 1397, al. 9 C. civ.

¹⁰² Cass., 1^{ère} civ., 22 mars 2017, n°16-13.365 : PB ; AJ. Fam. 2017, p.364, n. M. SAULIER.

¹⁰³ Art. 1397, al. 7 C. civ.

¹⁰⁴ L. n°2019-222 du 23 mars 2019, op. cit.

¹⁰⁵ A. TANI, « La nouvelle procédure de mutation du régime matrimonial », JCP N 2019, 1159

¹⁰⁶ Rép. Min. n°18469, JOAN Q 13 avril 1987, p. 2160.

question de leur régime matrimonial qu'au jour de la création de leur entreprise. Or, compte tenu de l'exigence du délai de deux ans, il ne leur était pas toujours possible d'aménager ce régime à leur nouvelle activité. Nombreux étaient alors les époux qui repoussaient leur projet ou s'orientant vers une solution mal ou peu adaptée à leur situation. Le législateur a donc souhaité assouplir ce délai qui ne correspondait plus « *à l'heure actuelle à la nécessité pour des époux de pouvoir adapter leur régime à leur situation professionnelle* »¹⁰⁷.

52. **Une recherche d'égalité.** Cette solution se justifiait également par le déséquilibre que l'exigence de ce délai entraînait entre les différents types d'union. En effet, en présence de partenariats civils, la modification de la convention est possible à tout moment. Les couples mariés se trouvaient alors dans une situation plus défavorable que les partenaires de PACS. De même, en présence d'époux « mixtes », ceux-ci pouvaient contourner ce délai par une désignation de loi applicable. La disparition de ce délai a été saluée par la doctrine comme permettant une adaptation plus rapide du régime matrimonial¹⁰⁸ et assurant, enfin, une égalité entre les couples.

B. La disparition de l'homologation systématique en présence de mineur : la consécration du « rôle d'alerte » du notaire

53. **Disparition.** Parallèlement à la disparition du délai de deux ans, et dans une volonté de simplification et de minimisation des coûts de la procédure, le législateur a tranché en faveur de la suppression de l'homologation judiciaire systématique en présence d'un enfant mineur. Ce faisant, la loi a consacré la déjudiciarisation quasi-complète de la procédure de changement de régime matrimonial. L'homologation n'est désormais plus exigée qu'en cas d'opposition. Ce faisant, le législateur a encore accru le rôle du notaire en la matière. Il lui appartiendra désormais de saisir le juge aux affaires familiales, dans les conditions prévues à l'article 387-3, alinéa 2 du Code civil, lorsqu'il aura « *connaissance d'actes ou d'omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci* ». Bien que ces hypothèses semblent, en pratique, rares, il conviendra d'attendre que la jurisprudence apporte progressivement des précisions quant aux contours de cette notion.

¹⁰⁷ Projet de L. de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, n°463, 2017-2018, étude d'impact, p.65.

¹⁰⁸ N. BAILLON-WIRTZ, « La loi du 23 mars 2019 et les nouvelles mesures de déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille », RJPF, Lamy, n°5, mai 2019, p.5.

54. **Rôle d'alerte.** Aux termes de cette réforme législative, le notaire a ainsi acquis un nouveau rôle d'alerte. Ce rôle a été précisé par la circulaire ministériel du 25 mars 2019 : *« Dans les situations où le notaire identifie un risque pour les intérêts patrimoniaux d'un mineur, il pourra saisir le juge des tutelles des mineurs sur le fondement de l'article 387-3 du code civil afin que celui-ci décide, le cas échéant, d'instaurer un contrôle renforcé et de soumettre le changement de régime matrimonial à son autorisation »*¹⁰⁹. Toutefois, si cette mission peut sembler opportune, elle n'est pas exempte de critiques. En effet, cette possibilité n'est en rien une obligation formelle mais une simple possibilité mise à la disposition du notaire. Or, si celui-ci suspecte une fraude à l'intérêt de la famille ou à l'intérêt du mineur, il est fort probable qu'il refusera plus simplement d'instrumenter, ou d'en dissuader les époux, plutôt que de saisir le juge afin de demander une autorisation judiciaire en ce sens. En l'absence de fraude, le notaire devra attirer l'attention des époux sur la portée des modifications ou aménagements envisagés et leur indiquer son point de vue quant au respect de l'intérêt de la famille. Toutefois, en dehors des cas de fraude, la majorité de la doctrine s'accorde à penser que même dans l'hypothèse où le changement envisagé ne lui paraîtrait pas totalement conforme à l'intérêt de la famille celui-ci ne pourrait refuser d'instrumenter¹¹⁰. En ce sens, le Recteur Bernard Beignier énonçait déjà quant au rôle de conseil du notaire, que *« le notaire exerce la « juridiction volontaire », l'État lui donne mandat de contrôler certains actes dans un souci d'effectivité du droit et de pacification des rapports sociaux ; il apparaît comme un « suppléant de justice » »*¹¹¹. L'objectif du législateur n'apparaît pas ici comme la création d'un nouveau contrôle « extra-judiciaire » par le notaire mais comme la simplification d'une procédure. Ce nouveau rôle ne doit être perçu que comme un garde-fou.

55. **Une disparition justifiée.** La disparition de l'intervention résiduelle du juge¹¹² a longtemps été mise en doute¹¹³ notamment afin de maintenir un niveau de protection suffisant des enfants mineurs. Toutefois, compte tenu de l'évolution législative actuelle, cette disparition se justifie par plusieurs fondements. D'une part, la loi du 28 novembre 2016¹¹⁴ a consacré l'avènement du divorce sans juge, même en présence d'enfant mineur. De plus,

¹⁰⁹ Circ. Min. Just., n°JUST1906695L, 25 mars 2019, annexe 6

¹¹⁰ V. notamment : Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, op cit. – N. PETERKA, *Régimes matrimoniaux*, Dalloz, coll. Hypercours, 3^e éd., n°537 et s.

¹¹¹ B. BEIGNIER, *Les régimes matrimoniaux*, Montchrestien, 2008, n°96, p.205 et 206.

¹¹² L'intervention du juge n'intervenait de manière automatique qu'en présence d'enfant mineur depuis la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006, op. cit.

¹¹³ V. notamment : art. 2, Projet relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures déposé au Sénat le 26 novembre 2013.

¹¹⁴ L. n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (JORF n°0269 du 19 novembre 2016).

l'ordonnance du 15 octobre 2015¹¹⁵ a consacré une présomption de bonne gestion des biens du mineur par ses représentants légaux. Compte tenu de ces évolutions législatives, il semblait peu justifié de permettre aux époux de divorcer sans contrôle du juge et de soumettre l'aménagement de leur régime matrimonial à un tel contrôle. D'autre part, cette solution poursuit également un but de simplification et de réduction du coût de la procédure, ainsi que de désengorgement des tribunaux. En effet, ces procédures, peu fréquentes en pratique¹¹⁶, n'aboutissaient, que rarement à un refus d'homologation¹¹⁷. Il semblait donc inopportun de conserver cette procédure gracieuse¹¹⁸ qui générait un coût important pour les époux et n'aboutissait qu'à peu de refus. Suivant cette logique, il convient de déconseiller aux notaires de procéder à des « saisines de précaution ». Il doit limiter la saisine du juge aux hypothèses exceptionnelles où il constatera une atteinte « manifeste » et « substantielle » à l'intérêt du mineur. A défaut, un excès de vigilance de sa part pourrait aboutir à faire primer le droit des mineurs sur celui des régimes matrimoniaux, portant alors atteinte à la liberté des époux. Indubitablement, l'évolution législative offre au notaire un rôle, de plus en plus, prégnant au sein du droit des régimes matrimoniaux. Ce rôle ne s'arrête toutefois pas à un simple contrôle formel.

¹¹⁵ Ord. n°2015-1288 du 15 octobre 2015 en matière d'administration légale.

¹¹⁶ Environ 1 500 décisions en 2017 selon les chiffres du ministère de la justice.

¹¹⁷ Selon l'étude d'impact du Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, op. cit., le taux de rejet total était de 2,27% et celui de rejet partiel de 3,40%.

¹¹⁸ L'opposition ne fait pas perdre sa nature gracieuse à la procédure (Cass., 1^{ère} civ. 19 mars 2008, n°05-21.924 : Bull. 2008, I, n°87 ; JurisData n°2008-0432227 ; JCP N 2008, n°14, act. 354).

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

56. **Un encadrement strict.** Le contrat de mariage est l'outil support de toutes décisions relatives aux conventions matrimoniales établies par les époux qu'il s'agisse du choix du régime matrimonial lui-même ou de l'option en faveur de l'insertion d'une ou plusieurs clauses spécifiques. Du fait de l'objectif qu'il poursuit et de la particularité des clauses qu'il contient, le législateur a pris soin d'en encadrer strictement les conditions de validité aussi bien quant à la forme que quant au fond. La parfaite maîtrise de cet outil implique la parfaite connaissance des règles auxquelles il est soumis. C'est la raison pour laquelle il nous est apparu nécessaire de procéder à cet état des lieux des règles applicables en la matière. En ce sens, le rédacteur du contrat de mariage devra contrôler que ce contrat réponde aux exigences inhérentes à tout contrat mais également à des conditions qui lui sont propres.

57. **Mutabilité.** En outre, bien que soumis au principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, le contrat de mariage est loin d'être un contrat immuable. Par suite des différentes évolutions législatives, le législateur consacre dorénavant une mutabilité contrôlée. De ce fait, les époux ont la faculté de faire correspondre leurs conventions matrimoniales à l'évolution de leur situation personnelle. S'ils doivent pour se faire remplir un certain nombre de conditions, leur nombre va en s'amenuisant. En effet, les dernières réformes relatives aux changements de régime matrimonial tendent à consacrer une plus grande liberté en supprimant de manière quasi-totale le recours au juge.

58. **Appel au législateur.** Si les règles encadrant l'établissement d'un tel contrat tendent ainsi à s'assouplir, il existe un sujet sur lequel l'attention du législateur doit être attirée. En effet, si les règles de forme et de fond afférentes au contrat de mariage prêtent peu à confusion, il serait opportun que le législateur s'attache à reprendre la formulation de l'alinéa 3 de l'article 1399 du Code civil en précisant l'obligation de la présence du second époux afin d'éliminer tout doute sur ce point. La formulation suivante pourrait, à notre sens, être retenue :

« Toutefois, la personne en charge de la mesure de protection peut saisir le juge pour être autorisée à conclure, sans l'intervention de la personne protégée, une convention matrimoniale avec le futur conjoint, en vue de préserver les intérêts de la personne protégée. »

59. **Notaire.** Face à ce contrat atypique, le notaire ne peut se limiter à son rôle de rédacteur d'actes. Il aura, à ce titre, plusieurs « casquettes » : intermédiaire privilégié des époux, garant de l'efficacité et de l'opposabilité de ce contrat et conseil particulier des parties. C'est la complexité de ce rôle pluriel qui justifie son analyse indépendante.

CHAPITRE 2 : LE NOTAIRE, INTERMEDIAIRE PRIVILEGIE DU COUPLE

60. **Notaire.** « *Le notaire est traditionnellement le généraliste des patrimoines. Il intervient sur leur constitution et leur transmission et, par voie de conséquence, sur leur organisation. Ces trois composantes : création, organisation, transmission, sont indissolublement liées dans la démarche et le notaire doit développer une approche globale du patrimoine prenant en compte l'environnement économique, social et professionnel du client ainsi que celui de sa famille et envisageant ces demandes et les solutions apportées dans une perspective à long terme* »¹¹⁹. Comme le souligne le Conseil Supérieur du Notariat¹²⁰ du fait des missions qui lui sont attribuées, le notaire ne peut qu'incarner l'intermédiaire privilégié des époux en matière de régime matrimonial. Ce constat est d'autant plus évident, concernant l'établissement d'un contrat de mariage, que la régularisation d'un tel acte est incluse dans leur monopole.

61. **Un rôle pluriel.** « *La science d'un notaire ne doit pas consister seulement à posséder le style et la forme usités des actes ; il faut, pour remplir dignement son ministère, qu'il ait une parfaite connaissance des principes sur lesquels ces actes se rédigent, et des clauses particulières qui peuvent y être insérées* »¹²¹. Dès 1701, Claude de Ferrière soulignait déjà le rôle pluriel du notaire vis-à-vis des actes qu'il établit. La complexité et la pluralité de cette mission n'ont fait que croître au cours des ans. De ce fait, le rôle du notaire ne peut, en aucun cas, être limité à celui d'un simple rédacteur d'acte, simple contrôleur du respect des conditions légales. Compte tenu de sa place particulière, il se doit d'assurer la parfaite information et compréhension des parties. Son devoir de conseil est alors primordial. En outre, si la liberté des conventions matrimoniales demeure prépondérante, elle n'en connaît pas moins certaines limites dont le notaire se doit d'assurer le respect (Section 1). Enfin, dans un contexte mondialisé, le notaire doit également être garant de l'efficacité d'un tel contrat autant en droit interne qu'en droit international (Section 2).

¹¹⁹ Charte du notaire conseil patrimonial du 30 octobre 2008, Conseil Supérieur du Notariat.

¹²⁰ Aussi connu sous l'acronyme CSN.

¹²¹ C. de FERRIERE, *La science parfaite des notaires, ou le parfait notaire*, 1701.

Section 1 : Le notaire, garant de l'efficacité du contrat de mariage

62. **Une liberté limitée.** « *Le mariage chez toutes les nations du monde, est un contrat susceptible de toutes les conventions, et on n'en dut bannir que celles qui auraient pu en affaiblir l'objet* »¹²². Déjà au XVI^e siècle, Montesquieu constatait que, si la liberté des conventions matrimoniales était essentielle à la stabilité de l'union, elle ne pouvait être que limitée. Aujourd'hui encore, l'article 1387 du Code civil¹²³ énonce clairement le principe fondamental¹²⁴ de la liberté des conventions matrimoniales. Si cette liberté peut s'entendre de la liberté des époux quant à l'établissement d'une convention matrimoniale répondant à leurs besoins spécifiques, elle ne se limite pas à cela. En effet, la loi leur offre également la liberté de ne pas choisir. Même en l'absence de choix exprès, tout couple marié doit être soumis à un régime matrimonial. De ce fait, l'article 1387 prévoit *ab initio* la possibilité pour la loi de suppléer aux époux, à défaut de conventions spéciales entre eux, en déterminant à leur place le régime qui leur sera applicable. Toutefois, si cette liberté est vaste, elle n'en connaît pas moins des limites qu'il appartiendra aux (futurs) époux, comme à leur conseil, de respecter (§1). Au-delà du contrôle de ces limites, le notaire sera également le conseil privilégié des couples en la matière. Sur ce sujet, son obligation de conseil se mue, peu à peu, d'une obligation de moyen à une obligation de résultat (§2)

§1 : Limites au principe de liberté des conventions matrimoniales, un contrôle nécessaire

63. **Limites.** L'article 1387 du Code civil énonçant cette liberté la limite concomitamment. Cet article dispose *in fine* que « *les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent* ». Deux types de limites sont donc à identifier : les limites intrinsèques à l'article 1387 du Code civil liées aux bonnes mœurs et à l'ordre public (A) et celles liées à la loi (B).

¹²² Ch. L. de S. MONTESQUIEU, *Lettres Persanes CXVI*, Œuvres Complètes, éd. Laboulaye.

¹²³ Issu de la L. n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux (JORF 14 juillet 1965).

¹²⁴ Cass., Ass. Plén., 19 mai 1978, *Dame Roy*, n°76-41.211 : Bull. Ass. Plén., n°1, p.1 ; JPC, 1978, II, 19009.

A. Les limites intrinsèques à l'article 1387 du Code civil

64. **Les bonnes mœurs.** L'article 1387 du Code civil ne prévoit pas exhaustivement les clauses qu'il considère comme contraires aux bonnes mœurs. Cela s'explique sans doute par la volonté du législateur de laisser aux juges un large champ d'appréciation. Sur ce fondement, les clauses qui stipuleraient, par exemple, l'interdiction pour l'un des époux de se remarier en cas de divorce sont proscrites. Si cette limite demeure, il convient de constater qu'elle ne porte que rarement atteinte à la liberté des époux. La pluralité des régimes matrimoniaux ainsi que la liberté offerte aux époux quant au choix du régime est un important marqueur de l'évolution de la société.

65. **L'ordre public.** En sus des bonnes mœurs, l'ordre public vient également limiter la liberté des conventions matrimoniales au même titre qu'il entend limiter toute liberté. Cette limitation concerne autant les règles d'ordre public indépendantes du droit de la famille¹²⁵ que celles relevant de la capacité des époux. La Cour de cassation rappelait déjà, au visa de l'article 6 du Code civil, dans un arrêt ancien, que « *les lois qui régissent l'état et la capacité des personnes sont d'ordre public* », et que « *en dehors des cas spécialement prévus par la loi, les stipulations ou conventions ayant pour objet de modifier ou de restreindre la capacité légale de la femme mariée, sont radicalement nulles.* »¹²⁶. Dès lors, il n'est pas permis aux époux de priver contractuellement l'un d'eux de ses droits ou libertés, ni de le priver de sa capacité. Cette interdiction se traduit également par le principe d'égalité entre époux¹²⁷. Il est également impossible vis-à-vis de l'ordre public français de proscrire toute prestation compensatoire dès le contrat de mariage¹²⁸. En ce sens, l'ordre public et le principe d'égalité proscrivent également un certain nombre de régimes anciennement admis. Tel est notamment le cas du régime dotal¹²⁹ ou encore du régime dit « sans communauté »¹³⁰. Cette limite permet ainsi d'assurer une égalité de pouvoirs au sein du couple et interdit toute tentative de

¹²⁵ V. en matière de droit rural : Cass., 3^{ème} civ., 28 juin 2006, n°05-20.860 : Bull. 2006 III, n°162, p.134 ; JurisData n°2006-034263 ; AJ. Fam. 2006, p.331, obs. P. HILT ; JCP G 2006, I, 193, n°5, obs. G. WIEDERKEHR ; RTD civ. 2006, p. 819, obs. B. VAREILLE.

¹²⁶ Cass., civ., 22 décembre 1879.

¹²⁷ Principe consacré par la L. n°85-1372 du 23 décembre 1985 sur l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs (JORF 26 décembre 1985).

¹²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 8 juillet 2015, n°14-17.880 : Bull. civ. 2016, n°834 ; JurisData 2015-008406 ; D. 2015. 1539 ; *ibid.* 2016, 1045, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; AJ. Fam. 2015, 492, obs. A. BOICHE.

¹²⁹ Les biens immobiliers de l'épouse étaient exclusivement gérés par l'époux, l'épouse ne jouissant que de droits paraphernaux.

¹³⁰ Régime au sein duquel les époux ne vivent pas ensemble et où l'époux gère et administre les biens de l'épouse.

restauration de la « puissance maritale »¹³¹. L'article 213 du Code civil¹³² rappelle en ce sens que « *Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille.* ». A ce titre, s'il est possible contractuellement de convenir d'une inégalité entre les époux quant au devenir des biens¹³³ ou d'élargir le principe de la cogestion, il ne leur est plus, désormais, possible d'éteindre les pouvoirs de l'un d'eux sur ses biens¹³⁴ ou de faire disparaître totalement la cogestion, notamment vis-à-vis du logement de la famille.

B. Les limites extrinsèques à l'article 1387 du Code civil

66. **Régime primaire.** Outre les limites liées aux bonnes mœurs et à l'ordre public, la loi vient également prescrire un certain nombre de limites à cette liberté. Tout d'abord, quel que soit le régime choisi par les époux, ces derniers demeureront soumis au régime dit « primaire » prévu aux articles 212 à 226 du Code civil. Ce régime impératif s'applique ainsi de manière permanente à tous les couples mariés. Il prévoit notamment une solidarité quant aux dettes ménagères¹³⁵, la protection du logement de la famille¹³⁶ ou encore un devoir de secours entre époux¹³⁷. Par ce biais, le législateur a entendu prévoir un socle commun minimum de règles auquel tous les époux doivent se soumettre afin d'assurer un cadre *a minima* du mariage. Toute clause qui aboutirait à porter atteinte aux règles impératives du régime primaire serait frappée de nullité absolue.

67. **Limites légales.** Il résulte des dispositions combinées des articles 1387 *in fine*, 1388 et 1389 dudit Code que le législateur a également prévu des limites expresses à la liberté des conventions matrimoniales. Malgré la large liberté qui leur est offerte, les époux ne peuvent en aucun cas déroger aux droits et devoirs qui résultent du mariage, ni aux règles liées à l'autorité parentale, à l'administration légale ou à la tutelle¹³⁸. Ils ne peuvent pas non plus stipuler des pactes sur succession future¹³⁹, autres que ceux expressément autorisés par la

¹³¹ Théorie de droit civil romain selon laquelle le mari a, sur la personne et les biens de son épouse, un contrôle total. L'épouse demeure dépendante de l'homme, incapable sous la tutelle de son époux.

¹³² Article d'ordre public faisant partie du régime primaire.

¹³³ Il leur est, par exemple, possible de prévoir une clause de prélèvement au profit d'un seul d'entre eux (art. 1511 C. civ.).

¹³⁴ Il est d'ordre public que chaque époux a le pouvoir d'administrer seul ses biens propres (art. 225 C. civ.).

¹³⁵ Art. 220 C. civ.

¹³⁶ Art. 215 al. 3 C. civ.

¹³⁷ Art. 212 C. civ.

¹³⁸ Art. 1388 C. civ.

¹³⁹ Un pacte sur succession future se définit comme « *convention qui a pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant* » selon la loi du 23 juin 2006, op. cit.

loi¹⁴⁰, afin de déroger à l'ordre légal des successions¹⁴¹. Ainsi, s'il n'est pas possible de nier l'importance de la liberté des conventions matrimoniales, il convient de pondérer celle-ci au regard des limites morales et textuelles qu'elle connaît.

68. **L'économie du régime.** En dernier lieu, il existe une limite qui ne résulte pas de l'article 1387 du Code civil. En effet, il n'est pas possible de concevoir qu'une telle liberté puisse aboutir à contredire l'économie même du régime choisi. Le choix d'un type de régime devra déterminer, tout au moins partiellement, le fonctionnement de celui-ci. En application de cette limite, il ne semble pas concevable pour des époux mariés sous le régime de la communauté d'exclure de la communauté l'ensemble des éléments essentiels à celle-ci. Tel est, par exemple, le cas des gains et salaires. La mise en commun des richesses issues du travail de chacun des membres du couple résulte de l'essence même du régime communautaire¹⁴². Par conséquent, l'exclusion de cette mise en commun reviendrait à priver le régime de son essence et donc à le dénaturer. Dans le même sens, dans le cadre d'une communauté légale, il semble difficile d'admettre l'exclusion de tout passif commun. *A contrario*, il demeure possible pour les époux d'exclure conventionnellement les passifs liés à des biens propres de la communauté. Tout aménagement doit, outre la lettre du texte, en respecter l'esprit. Le notaire devra s'attacher à respecter ces limites afin d'assurer aux époux la parfaite efficacité du contrat établi par ses soins.

§2 : Le conseil du notaire : vers la consécration d'une obligation de résultat

69. **Responsabilité.** « *Le notaire doit à sa clientèle sa conscience professionnelle, ses égards, l'impartialité, la probité et l'information la plus complète* »¹⁴³. Ainsi qu'il résulte de cet article du Règlement National du notariat, le devoir de conseil du notaire est une obligation inhérente à son statut. Bien que la Loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803) ayant organisé le notariat ne le visait pas expressément, ce devoir a rapidement été affirmé par la jurisprudence¹⁴⁴. Très tôt, le devoir de conseil a été considéré, par la jurisprudence comme par

¹⁴⁰ Les époux peuvent prévoir, par contrat de mariage ou en dehors, la donation d'une quote-part de leur succession (art. 1093 C. civ.). Il est également possible d'y stipuler une clause dite « commerciale » permettant de prélever un bien de la succession en contrepartie d'une indemnité (art. 1390 C. civ.).

¹⁴¹ Art. 1389 C. civ.

¹⁴² Cass., 1^{ère} civ., 8 février 1978, n°75-15.731 : Bull. civ. I, n°53.

¹⁴³ Art. 3.2.1 R. National, 24 décembre 2009.

¹⁴⁴ Cass. civ., 2 avril 1872 : DP 1872, 1, p.363.

la doctrine, comme indissociable de la fonction du notaire qui ne peut s'y soustraire¹⁴⁵. Comme le soulignaient Messieurs Jean-François Sagaut et Mathias Latina, le devoir de conseil « *synthétise l'essence même de l'activité notariale* »¹⁴⁶. Cette obligation s'impose quels que soient la nature et l'objet de l'acte établi. Il ne peut s'en dispenser ni en arguant la compétence personnelle de son client, ni même en présence d'un autre notaire¹⁴⁷. La Cour de cassation considère que « *la présence d'un conseiller personnel aux côtés d'un client ne saurait dispenser le notaire de son devoir de conseil* »¹⁴⁸. En la matière, « *les conseils s'additionnent, ils ne s'évincent pas* »¹⁴⁹.

70. **Contenu.** Le notaire doit, à ce titre, garantir à l'ensemble de sa clientèle¹⁵⁰ une information et des conseils pertinents et circonstanciés afin de permettre le choix de la solution juridique la mieux adaptée aux préoccupations réelles des parties. Il lui incombe de renseigner ses clients autant sur le droit positif que sur le droit prospectif pouvant être anticipé, tout au moins pour les changements législatifs et jurisprudentiels les plus prévisibles¹⁵¹. Il lui appartient également de s'assurer de la parfaite compréhension des parties. En vue de répondre à cette obligation, il devra s'attacher à parfaire et à actualiser ses connaissances juridiques et suivre l'évolution des positions jurisprudentielles récentes. S'il n'est pas tenu de prévoir l'évolution du droit¹⁵², il a « *l'obligation de se documenter plus spécialement et surtout de porter à la connaissance de ses clients l'existence même de cette controverse ou le caractère incertain de l'acte envisagé* »¹⁵³. L'objectif est ainsi de garantir la parfaite efficacité de l'acte établi en assurant le consentement éclairé des parties. En matière d'établissement d'un contrat de mariage, ce devoir se traduit par l'obligation d'éclairer les époux en leur fournissant un « mode d'emploi » du régime choisi et de ses conséquences quant à leur situation particulière. Ce *vademecum* doit être complet.

¹⁴⁵ V. notamment en ce sens : Cass., 1^{ère} civ., 19 mai 1992, n°90-18.227 : Bull. civ. I, n°147 ; JCP N 1993, II, 280

¹⁴⁶ J.-F. SAGAUT et M. LATINA, *Déontologie notariale*, 3^e éd., Defrénois, 2017, spéc. 268.

¹⁴⁷ Cass., 3^{ème} civ., 28 novembre 2007, n°06-17.758 : Bull. 2007, III, n°213 ; JCP N 2007, 814 ; Resp. civ. et assur. 2008, comm. 63.

¹⁴⁸ Cass., 1^{ère} civ., 10 juillet 1995, n°93-16.894 : Bull. civ. 1995, I, 312 ; Resp. civ. et assur. 1995, comm. 332.

¹⁴⁹ J. de POULPIQUET, « Fasc. 420-430 : Notaire – Devoir de conseil », In *JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances*. 420-430, 1^{er} août 2006, mis à jour 25 février 2015.

¹⁵⁰ Cass., 1^{ère} civ., 16 février 1994, n°91-20.463 : Bull. civ. 1994, I, n°69, p.54.

¹⁵¹ Cass., 1^{ère} civ., 12 octobre 2016, n°15-18.659 : JCP N 2017, n°23, 1198, obs. Ph. PIERRE ; RDC 2017. 48, n. S. PELLET ; RTD civ. 2017. 161, obs. P. JOURDAIN.

¹⁵² Cass., 1^{ère} civ., 25 novembre 1997, n°95-22.240 : Bull. 1997, I, n°328, p.222 ; Bull. Joly 1998. 159, n. ROUZET ; Defrénois 1998, art. 36753, n°28, obs. J.-L. AUBERT ; JCP N 1998, 893, n. C. GERAUD ; LPA 12 octobre 1998, n°122, p. 7 ; RTD civ. 1998, 210, obs. N. MOLFESSIS ; *ibid.* 367, obs. J. MESTRE.

¹⁵³ CA Amiens, 29 janvier 1959 : JCP N 1959, II, 11212

71. **Jurisprudence.** Jusqu'à une période proche, la Cour de cassation avait tendance à refuser d'indemniser, sur le fondement de la perte de chance, les ex-époux qui reprochaient à leur notaire une omission dans le conseil fourni¹⁵⁴. En outre, jusqu'alors, la Cour régulatrice considérait que « *le devoir de conseil auquel est tenu le rédacteur d'actes s'apprécie au regard du but poursuivi par les parties et de leurs exigences particulières lorsque, dans ce dernier cas, le praticien du droit en a été informé* »¹⁵⁵. Par la combinaison de ces deux positions, il était donc rare qu'un notaire soit condamné pour défaut de conseils en matière de choix d'un régime matrimonial. En effet, il demeure peu fréquent que les époux revendiquent ouvertement leur volonté claire d'anticiper l'hypothèse d'une éventuelle désunion.

72. **Revirement.** Dans un arrêt récent, la Haute juridiction est venue préciser¹⁵⁶ que ce rôle de conseil ne devait pas se limiter à l'exposé « abstrait » des différents régimes existants mais bien à une information complète et circonstanciée. C'est ce qu'il résulte d'ailleurs clairement de son attendu de principe dont la formulation mérite notre attention :

« *Le notaire chargé de rédiger le contrat choisi par des futurs époux est tenu, non pas de les informer de façon abstraite des conséquences des différents régimes matrimoniaux, mais de les conseiller concrètement au regard de leur situation, en les éclairant et en appelant leur attention, de manière complète et circonstanciée, sur la portée, les effets et les risques des régimes matrimoniaux pouvant répondre à leurs préoccupations* »¹⁵⁷.

73. **Une solution stricte.** Si cette solution peut paraître logique compte tenu de la prépondérance du rôle du notaire et de son monopole quant à l'établissement de ce type de contrat, elle apparaît également très sévère. Suivant cette logique, le notaire doit apporter à chaque couple qu'il reçoit un éclairage complet sur l'ensemble des conséquences de leur choix ainsi que sur la portée du régime choisi, autant par ses effets que par les risques qui en

¹⁵⁴ Cass., 1^{ère} civ., 30 avril 2014, n°13-16.380 : Bull. civ. I, n°76 ; AJ. Fam. 2014, 570, obs. S. THOURET ; D. 2014. 1040 ; D. actu., 15 mai 2014, obs. N. KILGUS ; D. 2014. 1040 ; *ibid.* 2015. 124, obs. P. BRUN et O. GOUT.

¹⁵⁵ Cass., 1^{ère} civ., 25 mars 2010, n°09-12.294 : Bull. civ. I, n°72 ; Defrénois 2010, 39175, p.2214, obs. M. LATINA ; Gaz. Pal. 2010, I. 1720, n. M. MEKKI ; *ibid.* 2011. I. 338, n. B. DONDERO ; RDC 2010. 851, n. G. VINEY.

¹⁵⁶ Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2018, n° 16-19.619 ; AJ. Fam. 2018, p.621, n. P. HILT ; Defrénois 2019, n°16, p.42, M. LATINA ; Dr. Fam. 2018, comm. 278, n. S. TORRICELLI-CHRIFI ; JCP G 2018, 1355, n°2, obs. G. WIEDERKEHR ; JCP G, 1355, n°14, obs. M. STORCK ; RTD. Civ. 2018, p.957, n. B. VAREILLE.

¹⁵⁷ Au cas d'espèce, un couple avait décidé d'adjoindre deux clauses spécifiques à une communauté réduite aux acquêts : d'une part, une clause d'attribution intégrale au conjoint survivant, et, d'autre part, une donation entre époux sur l'universalité des biens mobiliers et immobiliers composant la succession. Les époux ont, par la suite, reprocher au notaire rédacteur de ne pas les avoir orientés vers un régime de séparation de biens compte tenu de la situation professionnelle de l'époux exerçant une profession libérale.

résultent vis-à-vis de leur situation personnelle¹⁵⁸. La Cour de cassation vient, par ce biais, préciser qu'il lui incombe de fournir aux parties des renseignements concrets, complets et circonstanciés au regard de leur situation spécifique. Le devoir d'information doit être complet. Il doit s'assurer que les parties sont parfaitement informées et éclairées aussi bien quant à la portée des actes régularisés¹⁵⁹ que quant à leurs effets¹⁶⁰. Il ne s'agit donc plus de se contenter de faire un exposé des principes applicables à chaque régime mais bien d'investiguer afin d'établir, pour chaque époux et pour chaque situation particulière, un état des lieux des conséquences spécifiques applicables à chaque situation. Par cette décision, la Cour de cassation est venue accroître de manière drastique l'étendue du rôle d'informations et de conseils du notaire en la matière. S'il ne peut choisir pour les époux leur régime matrimonial, il devrait les déconseiller d'opter pour un régime inadéquat ou, tout au moins, s'aménager la preuve d'un tel avertissement.

74. Modification. Ce devoir de conseil ne se limite pas au choix initial du contrat de mariage. En effet, il persiste lorsque le notaire est amené à recommander l'aménagement ou la modification du contrat de mariage que ce soit à la demande expresse des clients ou à la suite d'une analyse patrimoniale établie par ses soins. Tel serait notamment le cas si les prévisions des époux s'avéraient déjouées par l'application du nouvel article 265 du Code civil¹⁶¹. En ce sens, la Cour régulatrice a récemment précisé que « *Le notaire est tenu d'informer et d'éclairer les parties sur la portée et les effets ainsi que sur les risques de l'acte auquel il prête son concours, et, le cas échéant, de le leur déconseiller* ». De manière plus inédite, elle a ajouté que « *Cette obligation doit prendre en considération les mobiles des parties, extérieurs à l'acte, lorsque le notaire en a eu précisément connaissance.* »¹⁶². Le courant jurisprudentiel actuel tend ainsi à consacrer une responsabilité accrue du notaire face à son devoir de conseil et d'information. Celui-ci ne peut se contenter d'une position passive face à la volonté de ses clients. Il doit impérativement les alerter dans l'hypothèse où la solution qu'ils envisagent n'est pas ou peu adéquate. S'il lui appartient de conseiller, il doit également être en mesure de « déconseiller » certaines solutions. Une fois encore, si cette solution peut

¹⁵⁸ Étant ici précisé que pour tous les points qui ne seraient pas régis par la volonté des époux, c'est le régime légal qui a vocation à s'appliquer de manière supplétive (art. 1497 C. civ.).

¹⁵⁹ Cass., 1^{ère} civ., 6 avril 1965, n°63-13.497 : Bull. civ. I, n° 252 ; D. 1965, 448.

¹⁶⁰ En ce sens, dans une autre matière : Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2000, n°96-21.732 : Bull. civ. I, n°282 ; Defrénois 2001, 261, obs. J.-L. AUBERT ; JCP E 2001. 372, n. D. LEGEAIS ; JCP N 2002, 1105, étude MONTRAVERS ; RTD civ. 2001. 627, obs. P. CROCQ.

¹⁶¹ Pour la reconnaissance de la responsabilité du notaire sur ce fondement : Cons. Const. 29 janvier 2021, n°2020-880, QPC : A. TANI, « Révocation des avantages matrimoniaux : prudence, cas contracter c'est prévoir... que la loi peut changer ! », JCP N 2021, n°7-8, act. 240.

¹⁶² Cass., 1^{ère} civ., 3 mars 2021, n°19-16.05 : I.

apparaître stricte¹⁶³, elle se limite à suivre les prescriptions du Règlement national intérieur de la profession. En effet, l'article 3.2.3 de ce Règlement énonce clairement que « *le notaire est tenu de prêter son ministère lorsqu'il en est requis, sauf à le refuser (...) pour l'élaboration de conventions (...) qu'il sait inefficaces ou inutiles* ».

75. **Preuve.** Au-delà du devoir de conseil inhérent au notaire, la Haute juridiction est surtout venue préciser qu'il lui appartenait de se ménager la preuve de l'exécution de ce devoir¹⁶⁴. Nul doute que les juges n'auraient pu condamner le notaire s'il avait été en mesure de démontrer qu'il avait informé les époux des conséquences de leur choix et que ces derniers avaient, en parfaite connaissance de cause, opté pour celui-ci malgré les risques encourus. Cette solution n'est pas nouvelle. La jurisprudence a, de longue date, rappelé que « *celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation* »¹⁶⁵. Le notaire doit donc impérativement se constituer la preuve de la réalisation de son devoir de conseil¹⁶⁶.

76. **Forme.** Il est toutefois permis de regretter l'absence de précision quant aux modes de preuve reconnus comme efficaces. Une telle précision aurait notamment clos le débat sur l'opportunité des reconnaissances d'avis donnés. A défaut de précision, il semble que cette preuve puisse résulter d'une clause dans l'acte soulignant le risque éventuel du choix réalisé. Il peut également être opportun d'y faire mention des objectifs poursuivis par les époux et des motifs justifiant leur choix. Enfin, il est possible d'établir une « note de contexte » signée par les époux résumant les thèmes abordés pendant le rendez-vous et les tenants et aboutissants des problématiques mises en exergue, ou encore une reconnaissance d'avis donné circonstanciée¹⁶⁷. De plus, il est essentiel que la pratique notariale évolue sur ce point et que les notaires cessent de se contenter des clauses prévues par les logiciels métiers, se réappropriant la rédaction de ces clauses. Ce faisant, il leur sera possible de s'assurer de leur parfaite intelligibilité et, éventuellement, d'y adjoindre des notices explicatives voire des

¹⁶³ Bien qu'au cas d'espèce, la responsabilité du notaire n'a finalement pas été retenue. Celui-ci a, en effet, pu démontrer que les époux « *avaient manifestement l'intention d'équilibrer les droits patrimoniaux* » et qu'ils avaient reçu « *une information du notaire relative à la notion de la communauté, à son ampleur ainsi qu'aux conséquences de l'inclusion ou de l'exclusion des biens de celle-ci* ».

¹⁶⁴ Cass., 1^{ère} civ., 26 février 2020, n°18-25.115 : NP ; Dr. Fam. 2020, comm. 101, n. S. TORRICELLI-CHRIFI ; JCP N 2020, n°17, 1089, obs. M. STORCK ; RTD civ. 2020, 690, obs. B. VAREILLE.

¹⁶⁵ Cass., 1^{ère} civ., 25 février 1997, n°94-19.685 : Bull. civ. I, n°75 ; D. 1997, p.319, obs. J. PENNEAU ; Defrénois 1997, p.751, obs. J.-L. AUBERT ; JCP G 1997, I, 4025, obs. G. VINEY ; RTD civ. 1997, p.434, obs. P. JOURDAIN ; *ibid.* p.924, obs. J. MESTRE.

¹⁶⁶ Cass., 1^{ère} civ., 3 février 1998, n°96-13.201 : Bull. civ. I, n°44. – Cass., 1^{ère} civ., 15 février 2005, n°03.12.553 : NP.

¹⁶⁷ Cette solution pourrait notamment être opportune lorsque le choix des époux se porte sur une solution que le notaire aurait déconseillée.

avertissements. C'est ainsi par le développement de ce travail de rédaction que le notaire assurera son devoir de conseil sans engager sa responsabilité.

Section 2 : Efficacité et inefficacité du contrat face aux lois étrangères

77. **Garantir l'efficacité.** S'il est classique pour un notaire français d'encourager les époux à opter pour l'application de la loi française en tant que loi applicable au régime matrimonial, ce choix n'est toutefois pas automatique. Ainsi, le notaire peut être amené, par ce biais, à faire application d'une loi étrangère (§1). A ce titre, il conviendra de prêter notamment une attention particulière aux époux ayant des liens plus ou moins étroits avec les États de Common Law¹⁶⁸ (§2).

§1 : Anticipation et extranéité, un devoir de contrôle accru

78. **Choix d'une loi étrangère.** En application de l'article 25 du Règlement européen du 24 juin 2016¹⁶⁹, il conviendra pour le notaire de respecter toutes formalités supplémentaires qui seraient imposées en vertu des règles édictées par la loi applicable. Afin d'éviter tout manquement sur ce point, il est vivement recommandé de prendre contact avec un juriste local dans l'objectif de recueillir l'ensemble des informations juridiques nécessaires, voire d'obtenir un certificat de coutume. En outre, toute situation présentant un risque d'extranéité doit être consolidée par le contrôle du formalisme afin de s'assurer de la bonne efficacité du contrat au sein de l'État tiers. Il convient, sur ce point, d'attirer l'attention des futurs époux en leur précisant que toute modification de leur situation peut générer des conséquences importantes sur leur régime. De ce fait, il serait judicieux pour les époux de consulter leur notaire avant tout changement essentiel pour être parfaitement informés des conséquences de celui-ci sur leur situation patrimoniale comme extrapatrimoniale. Une telle recherche sera d'autant plus nécessaire que l'article 24-2 de ce Règlement prévoit expressément la faculté pour l'un des époux d'établir « *son absence de consentement* », en se fondant sur « *la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle au moment où la juridiction est saisie s'il ressort des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cet époux conformément à la loi visée au*

¹⁶⁸ Système juridique non-écrit dont les règles sont principalement fondées sur les précédents jurisprudentiels au fur et à mesure des décisions individuelles.

¹⁶⁹ R. (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

paragraphe 1 ». Ainsi, il conviendra de s'assurer que le consentement des époux ne puisse être remis en cause au jour d'une éventuelle séparation¹⁷⁰.

79. Formalisme et efficacité. Parallèlement au contrôle du respect des conditions légales classiques, le notaire doit également s'assurer de l'efficacité du contrat qu'il a rédigé. Comme le soulignait Monsieur Louis Perreau-Saussine, « *le devoir de l'efficacité du notaire n'est pas seulement une obligation de régularité de son acte. Il est l'obligation de proposer un outil utile aux parties susceptible de leur permettre d'atteindre les objectifs poursuivis* »¹⁷¹. Dans ce but, il devra, classiquement, s'assurer du bon respect des conditions de forme et de fond de ce contrat. Il devra également s'attacher à rédiger des clauses précises et éviter les formulations imprécises ou contradictoires qui pourraient engager sa responsabilité¹⁷². Mais son devoir de contrôle ne peut, ni ne doit, se limiter à ce contrôle formel. En effet, compte tenu de la mondialisation et du développement des unions « mixtes », il est primordial que le notaire tienne également compte de ces paramètres. Il devra donc s'interroger sur la présence d'éléments d'extranéité. Certains seront parfois évidents. Tel sera, notamment, le cas d'un couple « mixte » unissant des personnes de nationalités différentes ou d'un couple ayant la volonté de s'unir à l'étranger. Au contraire, certaines situations relevant de l'international pourront se révéler plus complexes à détecter. Il conviendra alors pour le notaire d'interroger les époux sur une éventuelle volonté de partir vivre ou travailler à l'étranger. En présence d'un élément d'extranéité actuel ou envisageable, le notaire devra s'assurer que le contrat conclu réponde également aux conditions de forme de l'État lié à l'union envisagée. A défaut, ce contrat pourrait n'avoir aucun effet dans le pays de destination, voire faire l'objet d'une annulation. En ce sens, la jurisprudence récente a pu considérer que la décision d'une juridiction étrangère refusant de donner effet à un contrat de mariage reçu en France n'est pas, sur le principe, contraire à l'ordre public international¹⁷³.

80. Exemple. Afin d'illustrer ce risque de contentieux, il est possible de prendre un exemple. Un couple de français qui souhaite partir s'installer aux États-Unis d'Amérique après avoir régularisé un contrat de mariage en France. Le notaire français, qui ne s'inquiéterait pas de cette situation, établirait un simple contrat de mariage en respectant

¹⁷⁰ V. quant aux risques liés à cet article : *infra*, spéc. 153 et s.

¹⁷¹ L. PERREAU-SAUSSINE, « Les prenuptials agreement et le notaire français », JCP N 1225, n°49, 4 décembre 2015, p.20.

¹⁷² CA Versailles, 15 janvier 2004 : JurisData n°2004-274991.

¹⁷³ Cass., 1^{ère} civ., 2 décembre 2020, n°18-20.691 : FS-P ; JurisData n°2020-020129 ; AJ. Fam. 2021, 134, obs. A. BOICHE ; D. 2020. 2457 ; Dr. Fam. 2021, comm. 50, A. DEVERS ; JCP N 2021, n°3, act. 162, n. C. LATIL.

uniquement le formalisme prévu par la loi française. Or les États-Unis exigent un formalisme beaucoup plus lourd¹⁷⁴ pour rendre applicable tout « prenuptial agreement ». En principe, la loi désignée par le choix de loi détermine les conditions de ce choix de loi. Toutefois, un époux pourrait tenter de remettre en cause le contrat de mariage sur le fondement de l'absence de consentement, en application de la loi de sa résidence habituelle au jour de la saisine du juge. Ainsi, il pourrait faire valoir la nullité dudit contrat et l'application du régime légal. Une telle solution entraînerait alors le non-respect des prévisions initiales des époux et, par suite, une importante insécurité juridique. On constate alors le risque d'un tel manque de diligence.

§2 : L'anticipation contractuelle face aux pays de Common Law

81. Limite à l'anticipation. En France, la discussion préalable des termes de l'union peut paraître gênante, voire en contradiction avec la volonté même d'union matrimoniale. Ainsi, en droit français, s'il est possible d'intégrer le risque d'un divorce par le jeu des conventions matrimoniales, il n'est pas, en principe, possible d'anticiper les conséquences financières du divorce : ni par une liquidation anticipée en dehors de la procédure de divorce¹⁷⁵, ni par des clauses de non-divorce¹⁷⁶, ni encore par une anticipation conventionnelle relative à une éventuelle prestation compensatoire¹⁷⁷. Cette dernière faculté est toutefois plébiscitée par la doctrine comme par la pratique¹⁷⁸. En ce sens, les notaires ont, au cours des 106^e et 110^e Congrès des notaires de France, appelé de leurs vœux la possibilité de permettre légalement aux époux de contractualiser la prestation compensatoire en encadrant notamment son mode de calcul au sein du contrat de mariage. Si le contrat de mariage « à la française » peut apparaître comme un « prenuptial agreement » abouti, il n'est cependant pas complet puisqu'il ne permet pas d'anticiper l'intégralité des conséquences, notamment pécuniaires, du divorce. Dans les pays du Common Law, les solutions diffèrent sur ce point notamment entre l'Angleterre (A) et les États-Unis d'Amérique (B).

¹⁷⁴ Notamment, il impose aux futurs époux l'assistance d'un conseil personnel pour chacun des époux et le respect d'un délai de réflexion avant toute régularisation variable selon l'État concerné.

¹⁷⁵ Art. 265-2 C. civ.

¹⁷⁶ Cass., 1^{ère} civ., 14 mars 2012, n°11-13.791 : Bull. 2012, I, n°56 ; JurisData n°2012-0044171 ; Dr. Fam. 2012, comm. 79, n. V. LARRIBAU-TERNEYRE ; JCP G 2012, n°20-21, 607 ; JCP N 2012, n°15, n. C. BRENNER ; RTD civ. 2012, p.300, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p.357, obs. M. GRIMALDI.

¹⁷⁷ Cass., 1^{ère} civ., 8 juillet 2015, n°14-17.880 : Bull. 2016, n°834 ; AJ. Fam. 2015, 492, obs. A. BOICHE ; D. 2015, 1539 ; Rev. Crit. DIP, 2016/I, n°1, obs. P. GRUBER.

¹⁷⁸ M. CAHEN, « Pour un convention pré-nuptiale », Gaz. Pal. 2011, n°144, p.18.

A. Prenuptial agreement et Angleterre : vers une reconnaissance de la validité

82. **Forum shopping.** Nos homologues britanniques sont plus sceptiques quant à la reconnaissance de l'efficacité générale des « prenuptial agreement ». Pendant longtemps, la jurisprudence anglaise refusait de reconnaître à ce type de contrat un caractère contraignant. En effet, le juge anglais du divorce a seul pouvoir pour en déterminer les conséquences patrimoniales et les époux ne peuvent se priver contractuellement de la faculté d'agir en justice au titre du partage des biens suite au divorce¹⁷⁹. Il s'ensuivit une réelle insécurité juridique. Le Règlement du Conseil de l'Union Européenne en date du 27 novembre 2003¹⁸⁰ précise, en son article 19, que lorsque les époux ont formé concomitamment des demandes en divorce devant des juridictions d'États membres différents, « *la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie* ». Lorsque cette compétence est établie, la seconde juridiction saisie a l'obligation de se dessaisir. Or, suivant la juridiction saisie, la convention pouvait alors produire ou non ses effets. Cet aléa générerait donc des courses de vitesse entre les époux qui tentaient de saisir par priorité sur leur futur ex-conjoint la juridiction qui aboutirait à la solution la plus avantageuse pour eux. Cette absence de reconnaissance de l'efficacité des « prenuptial agreements » aboutissait souvent à un véritable « forum shopping ».

83. **Vers une reconnaissance.** Toutefois, la jurisprudence récente¹⁸¹ semble tendre à reconnaître la validité de ce type de contrat notamment lorsque celui-ci est encadré par des règles de forme. Dans cette optique et suivant ce raisonnement, la Law Commission a publié, à la suite de consultations réalisées par ses soins¹⁸², un rapport en date du 27 février 2014¹⁸³ prônant la reconnaissance et l'encadrement législatif de ce type de contrats prénuptiaux. Cette proposition de réforme est, encore aujourd'hui, à l'étude par le Parlement. Dans l'attente de la validation de cette proposition, il importe de retenir les conditions établies par la jurisprudence et reprises par la Law Commission. Ainsi, il conviendra que ce contrat soit écrit

¹⁷⁹ Décision de la Chambre des Lords, 30 avril 1920, [1929] AC 601, 629, *Hyman v Hyman*.

¹⁸⁰ Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n°1347/2000.

¹⁸¹ United Kingdom Supreme Court, 20 octobre 2010, [2010] UKSC 42, [2010] 1 AC 534, *Radmacher (formerly Granatino) v Granatino*.

¹⁸² Les deux consultations ont été publiées le 11 janvier 2011 (clôturée le 11 avril 2011) et le 11 septembre 2012 (clôturée le 11 décembre 2012).

¹⁸³ *The Law Commission, Matrimonial Property, Needs and Agreements*, rapp. publié à Londres, le 27 février 2014. Consultable sur Internet : <http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/marital-property-agreements.htm>.

et que les signatures des parties soient authentifiées (forme proche de l'acte authentique dit « deed »). Un délai obligatoire de vingt-huit jours entre la célébration de l'union et la signature du contrat devra être respecté. Enfin, l'information des parties sera au centre de cette convention qui exige : d'une part, la divulgation du patrimoine et des revenus de chacun des époux (« disclosure ») ; d'autre part, la présence d'un conseil indépendant et individuel à chacun d'eux accompagnant les époux dans la recherche d'un contrat équitable. Il convient de préciser que la liberté de ces conventions est limitée à la recherche de l'équité¹⁸⁴ ou à l'obligation de pourvoir aux besoins (« needs ») de l'époux vulnérable ou des enfants du couple¹⁸⁵. Si le juge conserve un certain pouvoir d'appréciation et de contestation de ces conventions, celles-ci pourraient aboutir à des solutions plus complètes que celles offertes aux époux en droit français. En effet, celles-ci peuvent permettre de contractualiser les obligations alimentaires entre ex-époux comme les compensations financières à la suite du divorce (équivalent anglais de notre prestation compensatoire).

B. Les États-Unis : pays de l'anticipation de la désunion

84. **Une solution encadrée.** La solution est toute autre de l'autre côté de l'Atlantique. En effet, aux États-Unis d'Amérique, nombreux sont les contrats qui sont amenés à régir non seulement les relations patrimoniales des époux entre eux mais également le sort de leurs biens en cas de divorce¹⁸⁶, voire parfois les sommes allouées en cas de séparation¹⁸⁷. De telles conventions sont strictement encadrées. A ce titre, toute conclusion d'un « prenuptial agreement » doit être précédée d'un délai de réflexion variable selon l'État concerné et chacun des époux doit être, dans ce but, accompagné de son conseil personnel et distinct de celui de son futur conjoint¹⁸⁸. Les pays de Common Law, qui reconnaissent la validité de ce type de contrat, exigent l'assistance, pour chacun des époux, d'un conseil indépendant, dit « *independent advice* », qui doivent également signer. A défaut, un époux pourrait demander en justice l'annulation du contrat. Chacun des époux doit, en outre, établir un inventaire complet de son patrimoine et de ses revenus, dit « *financial disclosure* », afin d'assurer la

¹⁸⁴ Solution retenue par la jurisprudence *Radmacher v Granatino*.

¹⁸⁵ Solution retenue aux termes du rapport de la Law commission.

¹⁸⁶ F. LAROCHE GISSEROT, « Organiser son divorce en se mariant : l'exemple des pays de common law », In *Mélanges en l'honneur du Professeur G. Champenois*, Defrénois 2012, p. 485 et s.

¹⁸⁷ Dites « maintenance » ou « alimony ».

¹⁸⁸ Les conditions de validité de ces « prenuptial agreement » sont variables en fonction des États. Toutefois, dans une volonté d'harmonisation un texte intitulé « Uniform Premarital Agreement Act » (UPAA) a été adopté en 1983 et intégré dans la législation de 28 États des États-Unis d'Amérique à ce jour. Elle a été mise à jour en 2012 par la Commission d'uniformisation (« Uniform law commission ») qui en a promulgué une version révisée sous l'appellation « Uniform Premarital and Marital Agreement Act » (UPMAA).

parfaite information de son futur conjoint. Celui-ci prend en pratique la forme d'un inventaire remis aux parties au jour de la signature du contrat ou annexé à l'acte. Sur ce point, et en cas de refus des époux d'établir un tel inventaire, il convient *a minima* d'indiquer dans le contrat que les époux « *ont été informés du patrimoine respectif de l'un et de l'autre et dispensent expressément le notaire soussigné d'établir plus amplement l'inventaire de chaque patrimoine* ». A défaut, la responsabilité du rédacteur de l'acte pourrait être engagée vis-à-vis de l'efficacité du contrat qui serait alors mise en péril.

85. Divorce et extranéité. En présence d'un élément d'extranéité, il est impératif, plus encore que dans les autres hypothèses, que la convention soit équitable et « équilibrée » sous peine de voir celle-ci écartée par le juge au jour du divorce. Cette dernière condition est certainement la plus complexe à apprécier vis-à-vis d'États où les « *prenuptial agreement* » contiennent, outre les clauses relatives à la vie du couple, des clauses relatives aux conséquences financières et aux concessions consenties par chacun d'eux en cas de séparation. Force est de constater que les juristes français ont à apprendre, en matière d'anticipation, de leurs homologues américains. Le juge saisi pourrait, en effet, remettre en cause la convention établie sur ce fondement. Il est alors impératif d'attirer l'attention des époux sur un tel risque et s'assurer du parfait respect des conditions de forme prescrites par la loi de l'État où les époux ont vocation à habiter ou dont l'une des parties a la nationalité. Il est conseillé de se rapprocher d'un juriste spécialisé du pays concerné afin d'éviter tout oubli concernant le formalisme obligatoire ou les pratiques courantes.

86. Un contrat unique. Il convient absolument d'éviter la régularisation de deux contrats distincts, un contrat de mariage de droit français et un « *prenuptial agreement* » par exemple. Si cette solution a pu être proposée pour éviter les problématiques liées à la reconnaissance de l'efficacité de l'un ou l'autre de ces contrats, elle apparaît particulièrement dangereuse. D'une part, elle crée des problèmes quant à la compatibilité et à l'articulation de chacun de ces contrats l'un par rapport à l'autre. En effet, notamment en droit français en application du Règlement européen du 24 juin 2016¹⁸⁹, la désignation d'une loi applicable porte sur l'universalité du patrimoine mondial et aucun morcellement n'est désormais admis. D'autre part, ces contrats intervenant tous deux avant le mariage, il conviendrait alors de s'interroger sur la validité du premier contrat régularisé si le second vient à le contredire. C'est la raison pour laquelle, il est impératif pour le notaire confronté à une telle situation de

¹⁸⁹ Art. 21, R. (UE) 2016/1103, op. cit.

s'attacher à rédiger une convention valable et efficace dans l'ensemble des États concernés. Sur ce point, la rédaction des conventions matrimoniales est donc essentielle. Le notaire ne peut se contenter d'utiliser les trames fournies par ses logiciels métiers et doit apporter son savoir-faire rédactionnel et sa rigueur.

87. **Un conseil approfondi.** Face à des époux originaires des pays de Common Law, il peut également être judicieux de préciser, par le jeu d'une consultation, les conséquences du choix d'une loi par rapport à l'autre et d'un régime par rapport à un autre afin d'éviter tout conflit postérieur. En effet, les pays du Common Law, habitués au « *prenuptial agreement* » sont parfois confus, si ce n'est frileux, face aux contrats de mariage se contentant de rappeler les textes applicables sans préciser les concessions consenties et les conséquences par chacun des époux, notamment en cas de divorce. En tant que professionnel du droit, il appartient aux conseils des époux, qu'ils soient avocats ou notaires, d'attirer l'attention des époux sur l'opportunité, voire la nécessité, d'anticiper la dissolution de leur régime dès la conclusion de l'union afin de pallier les problématiques qui pourraient alors survenir. En outre, il sera également important, afin d'assurer la reconnaissance de l'efficacité du contrat de mariage français dans ces États, d'y inclure une clause désignant la loi applicable.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

88. **Monopole.** Le notaire est l'intermédiaire privilégié des couples en matière de régimes matrimoniaux. A ce titre, il sera amené à établir, en concours avec les époux, leur contrat de mariage, que ce soit à l'aube de l'union ou au cours de celle-ci. Sa mission lors de l'établissement d'un tel acte est plurielle. De manière évidente, il doit s'assurer d'établir un contrat efficace permettant de répondre au mieux aux volontés des époux. Il a donc le rôle d'un rédacteur minutieux et rigoureux devant s'attacher à élire au sein du panel de solutions offertes par la loi, celles qui semblent les plus adéquates à la situation particulière du couple. Mais son rôle ne peut, ni ne doit, se limiter à cela. Il devra également répondre à une obligation de conseil et d'information. Son rôle sera alors celui du pédagogue devant s'assurer de la parfaite compréhension de chacun des membres du couple quant aux solutions proposées. Enfin, il devra s'assurer de l'efficacité d'un tel contrat. Ce contrôle consistera, en droit français, autant à la vérification du respect des règles légales prescrites par le Code civil qu'au contrôle des limites inhérentes à ce contrat. En outre, face à un monde empreint de mondialisation, il devra également s'assurer que le contrat ainsi établi puisse produire ses effets en France comme à l'étranger en sa qualité de garant de l'efficacité du contrat établi.

89. **Péril.** Si la pluralité du rôle du notaire en matière de régimes matrimoniaux lui assure un rôle central dans les rapports entre les époux, celle-ci connaît également des conséquences plus néfastes pour celui-ci. En effet, elle ne fait qu'accroître l'engagement de sa responsabilité vis-à-vis des époux. En ce sens, la jurisprudence tend à consacrer une obligation de résultat, et non plus de moyens, vis-à-vis du devoir de conseil et d'information du notaire. Ainsi, pour reprendre les termes employés, en son temps, par Claude de Ferrière :

« La profession de notaire est d'une étendue immense, puisqu'à proprement parler, il n'y a point d'affaire qui ne puisse être de son ressort, ni de personne qui n'en éprouve tous les jours la nécessité.

*Mais si sa vaste étendue fait son éloge, on ne saurait disconvenir qu'elle n'en fasse aussi la difficulté : l'emploi de dépositaire de la confiance de tout le monde, demande des qualités extraordinaires dans celui qui l'exerce ; et il est assez difficile d'avoir de si grandes et si fréquentes liaisons avec le public, sans courir souvent le risque de lui nuire. »*¹⁹⁰

¹⁹⁰ C. de FERRIERE, *La science parfaite des notaires, ou le parfait notaire*, 1701, op. cit., spéc. p.1.

CONCLUSION DU TITRE I

90. **Un outil clé.** Le contrat de mariage incarne l'outil idéal pour l'anticipation patrimoniale du couple quel que soit l'objectif poursuivi. En effet, il est amené à régir l'ensemble des problématiques liées à l'association conjugale et non, seulement, une opération ponctuelle. Il offre ainsi aux époux la faculté d'anticiper un grand nombre de difficultés liées à leur éventuelle désunion. Ce contrat mêle à la fois des règles de droit commun et des règles de droit spécial des régimes matrimoniaux. Si celles-ci peuvent paraître particulièrement strictes, elles tendent à s'assouplir dans une volonté certaine du législateur d'offrir aux époux une plus grande marge de manœuvre dans l'anticipation et la contractualisation de leur union.

91. **Limites.** Bien qu'étant un outil efficace d'anticipation, il ne permet toutefois pas, à ce jour, de régir l'ensemble des conséquences du divorce notamment car il ne peut contenir de dispositions relatives aux éventuels pensions alimentaires et prestations compensatoires. A ce titre, nous ne pouvons qu'encourager le législateur à offrir aux époux la possibilité de contractualiser, en amont, les conséquences d'une éventuelle désunion. Il serait, en ce sens, opportun de leur permettre de prévoir *ab initio* les règles de calcul d'une éventuelle pension alimentaire comme d'une prestation compensatoire. Une telle solution pourrait aboutir à pacifier encore d'avantage le divorce et, par voie de conséquences, à encourager les couples mariés à s'orienter vers un divorce par consentement mutuel sans juge, désengorgeant ainsi les tribunaux.

92. **Missions plurielles.** Le notaire, rédacteur d'acte et conseil des parties, est le maître d'œuvre de ce contrat. De ce fait, il doit s'attacher à en assurer l'efficacité par une rédaction claire et rigoureuse. Toutefois, son rôle ne s'arrête pas à la seule rédaction d'un acte efficace et conforme à la loi. Il doit, en outre, s'assurer de la parfaite compréhension des époux quant à l'ensemble des conséquences juridiques et économiques du régime choisi, que ce soit en cours d'union ou au jour de sa dissolution. L'évolution jurisprudentielle actuelle tend, peu à peu, à consacrer sur ce sujet une obligation de résultat plus que de moyen à l'égard du notaire. Si cette solution nous paraît sévère, il convient de s'y adapter et de répondre aux exigences toujours plus strictes de la jurisprudence à ce sujet.

93. **Palliatifs.** Face à une responsabilité accrue, le notaire ne peut se contenter de la délivrance d'une information orale. Nous ne pouvons qu'encourager celui-ci à inclure aux termes des actes qu'il établit une explication circonstanciée des raisons comme des conséquences des choix des (futurs) époux sur leur situation particulière. En outre, si la solution envisagée, ou choisie, par le couple ne lui paraît pas opportune, nous ne pourrions que lui recommander d'établir, avant toute régularisation d'un tel contrat, une reconnaissance d'avis donné circonstanciée exposant les risques et les conséquences éventuellement néfastes d'un tel choix. Ce faisant, il s'assurerait un moyen de preuve de la bonne réalisation de son devoir d'information et de conseil. En effet, si aux prémices de l'union une solution peut leur apparaître idéale, bien que conférant à l'un d'eux des droits exorbitants, ce choix peut apparaître préjudiciable lorsque la situation des époux vient à se tendre. Il sera alors fréquent que l'un d'eux se retourne contre le notaire pour défaut de conseil. L'établissement et la conservation d'une reconnaissance d'avis donné lui permettrait alors de prouver que le conseil avait bien, en son temps, été délivré, même si celui-ci n'avait pas été suivi d'effet. A l'heure où les conflits tendent à se judiciaireiser de manière quasi-systématique, le notaire doit se ménager la preuve de la délivrance de l'information et du recueil du consentement éclairé des parties.

94. **International.** En outre, face à des situations de plus en plus mondialisées, le notaire est tenu d'accroître encore sa vigilance. Il devra, ainsi, s'attacher à rechercher l'existence de tout élément d'extranéité afin d'identifier les conditions de forme et de fond nationales comme internationales à respecter afin d'assurer l'efficacité d'un tel contrat. De plus, et avant tout choix d'un régime matrimonial, il conviendra de s'attacher à identifier au sein d'un panel législatif dense les règles permettant la détermination de la loi applicable. Il lui appartiendra alors d'orienter au mieux les époux dans ce panel de législations afin de sécuriser leur situation juridique et, éventuellement, de procéder à une désignation de loi applicable.

TITRE II : UN CONTRAT PARTICULIER SOUMIS AU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

95. **Couple et mondialisation.** Compte tenu de l'évolution de la société et des moyens modernes de communication, il est, de plus en plus, fréquent d'identifier au sein des couples des éléments d'extranéité qui se traduisent par une pluralité de nationalités, des propriétés dans plusieurs États ou encore une résidence, ou un mariage, à l'étranger. La fréquence des mariages « mixtes » est également en hausse. Il ressort des dernières statistiques fournies par l'INSEE pour l'année 2015¹⁹¹ que 14% des mariages célébrés en France sont des mariages « mixtes »¹⁹². Ce chiffre est encore accru concernant les mariages célébrés à l'étranger et transcrits à l'état civil français qui concernent 91% de mariages « mixtes ». En 2015, 27% des mariages ayant concerné au moins une personne de nationalité française étaient des mariages « mixtes ». L'intérêt de la maîtrise du droit international en matière de droit de la famille est donc évident. Le notaire ne doit en aucun cas passer outre les interrogations qui y sont liées.

96. **Une détermination essentielle.** Lors de tout entretien, en tant que question préliminaire, il convient d'interroger le couple sur l'existence d'un élément d'extranéité. A ce titre, le notaire devra se renseigner sur le lieu du mariage des époux, leur lieu de résidence présente et envisagée ainsi que la situation géographique de leurs patrimoines. A défaut de contrat de mariage, la première interrogation que doit se poser le professionnel du droit est celle de la loi applicable. Cette problématique cruciale est parfois, si ce n'est trop souvent, omise. Or une telle omission peut avoir des conséquences très importantes, voire dramatiques, pour les époux. En effet, à défaut de contrat de mariage, c'est le régime légal qui s'applique. Selon les pays, ce régime légal peut être extrêmement variable¹⁹³. La détermination de la loi applicable sera alors prépondérante. Face à une « mondialisation » des couples, les situations apparaissent de plus en plus complexes. Le rôle du notaire, bien que souvent restreint à l'application du droit français, se doit d'évoluer en conséquence. Il lui appartient de s'assurer une connaissance précise des règles en vigueur et de se tenir constamment informé de toutes

¹⁹¹ <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2656612>.

¹⁹² Cette appellation désigne les mariages conclus entre époux de nationalité différente.

¹⁹³ Par exemple, en France, le régime légal est un régime communautaire alors qu'*a contrario*, dans les pays d'obédience musulmane, tels que le Maroc ou la Tunisie, le régime légal est plutôt d'esprit séparatiste.

les évolutions du droit international privé en la matière. La détermination de la loi applicable doit demeurer un préliminaire à l'établissement de tout contrat.

97. **Une analyse nécessaire.** Il appartiendra au notaire d'établir un audit juridique afin de déterminer la loi applicable au régime matrimonial en tenant compte de tous les paramètres. Pour ce faire, il devra identifier la règle applicable au sein du « mille-feuille » législatif que sont les Conventions et Règlements internationaux (Chapitre 1). Une fois la loi applicable déterminée, et si le régime applicable qui en découle ne convient pas aux époux, il lui appartiendra de les accompagner dans l'établissement d'un acte contenant la désignation de la loi applicable. Cette désignation peut également intervenir *a posteriori* et devient alors un outil précieux, notamment en cas de dissolution de l'union (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LA DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE, UN IMBROGLIO JURIDIQUE

98. **Une détermination complexe.** Avant tout choix du régime et en présence à un élément d'extranéité, il appartiendra au professionnel du droit de déterminer la loi applicable au régime matrimonial. Celle-ci aura un impact prépondérant autant quant à la détermination du régime légal à défaut de contrat de mariage et à sa liquidation, que quant à la composition des patrimoines. Déterminer le régime matrimonial des époux implique de connaître la loi applicable à cette détermination. La résolution des conflits de lois est donc intrinsèquement liée aux problématiques issues du régime matrimonial. C'est la raison pour laquelle, de tous temps, la détermination de la loi applicable au régime matrimonial des époux a été une question prépondérante préalable au règlement des situations contentieuses des époux.

99. **Une pluralité de sources.** Nombreux sont les textes nationaux et internationaux qui ont tenté de trancher ces problématiques. Ils sont ainsi venus se superposer les uns aux autres. Or du fait du principe de non-rétroactivité de la loi dans le temps, il conviendra de les appliquer en fonction de leur champ temporel d'application. Cette question connaît une pluralité de réponses selon la date de célébration de l'union. Certaines solutions demeurent applicables pour les époux mariés avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye ou du Règlement européen, ainsi que pour les États non-signataires de ces textes. En outre, cette problématique connaissant également des réponses de sources internes, il advient des hypothèses où la solution différera selon le lieu de situation du litige.

100. **Un audit nécessaire.** L'absence de rétroactivité et la multiplicité des textes en la matière ont créé un véritable imbroglio juridique qui aboutit parfois à des situations particulièrement complexes à démêler. Afin d'assurer la parfaite compréhension des époux et de leur offrir une véritable sécurité juridique quant à leur régime matrimonial, il appartiendra au notaire de procéder, avec une vigilance particulière, à une analyse *in concreto* permettant de déterminer la loi applicable à chaque couple. Cette détermination aboutira à l'application d'un important panel de textes de sources nationales et internationales (Section 1). Afin de pallier les lacunes et inconvénients créés par ces situations et cette pluralité de textes, le dernier Règlement européen en la matière tente de créer une harmonisation et de régler les défauts de ses prédécesseurs. De ce fait, il mérite une analyse séparée (Section 2).

Section 1 : D'un droit de source nationale à un droit international

101.Pluralité de sources. En matière de droit des régimes matrimoniaux, les textes, tout comme leurs origines, sont nombreux. Les interrogations en la matière ne sont pas récentes. Les législateurs, au plan national comme international, ont, de tout temps, cherché à répondre à ces problématiques. Le développement des outils de mondialisation et l'internationalisation des couples ont accru la nécessité d'une solution uniformisée. Dès 1978, la Convention de La Haye¹⁹⁴ tentait déjà de proposer des solutions pour les couples internationaux. Le Règlement européen de 2016¹⁹⁵ est également venu apporter sa pierre à cet édifice législatif. Mais, malgré cette volonté d'uniformisation, deux problématiques demeurent toujours d'actualité. D'une part, en dehors du cadre de l'Union Européenne, comme au sein de celle-ci, nombreux sont les États non-signataires de ces textes. Or si elles ont vocation à s'appliquer de manière universelle, elles ne sont pas universellement appliquées. Il peut donc persister une pluralité de solutions selon le tribunal saisi. D'autre part, l'absence de rétroactivité de la loi dans le temps entraîne l'application de solutions variables selon la date de célébration de l'union. De ce fait, le notaire doit « jongler » entre plusieurs systèmes juridiques distincts.

102.La loi dans le temps. En application du principe de non-rétroactivité, les règles applicables au conflit de lois ont vocation, non pas à se remplacer, mais bien à se « superposer » créant ainsi un « mille-feuille » juridique. Cette pluralité de textes peut, parfois, aboutir à des solutions difficiles à comprendre pour les époux comme pour les juristes. Afin de respecter ce principe et d'identifier la loi réellement applicable au cas d'espèce, il conviendra de s'attacher à identifier la date de célébration de l'union pour en déduire les règles applicables à cette détermination. Lorsque les époux ont célébré leur union avant le 1^{er} septembre 1992, ils demeurent soumis au droit commun d'origine jurisprudentielle (§1). Les époux mariés entre le 1^{er} octobre 1992 et le 29 janvier 2019 restent, quant à eux, soumis au dispositif instauré par la Convention de La Haye de 1978 (§2). Enfin, les époux mariés à compter du 29 janvier 2019 sont soumis aux règles issues du Règlement européen de 2016 susvisé.

¹⁹⁴ Cvt. de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

¹⁹⁵ R. (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016, op. cit.

§1 : Avant 1978, un droit international interne de source nationale

103. **La loi d'autonomie.** Antérieurement à la Convention de La Haye de 1978, il n'existait pas de règle de conflit commune et, par conséquent, aucune harmonisation entre les États. Le droit commun, de source nationale, avait alors pour rôle d'établir les règles de conflit applicables concernant, notamment, la détermination de la loi applicable au régime matrimonial. Les règles applicables étaient donc personnelles à chaque État, ce qui engendrait des solutions différentes selon le juge compétent pour statuer quant au litige. En droit international privé français, ce droit commun avait principalement une origine jurisprudentielle. Il érigeait en principe fondamental l'autonomie de la volonté. Sur ce fondement, les époux pouvaient librement désigner la loi de tout État, qu'ils aient ou non des liens avec celui-ci et, au sein de cette loi, opter aussi bien pour le régime légal que pour un régime conventionnel. La loi ainsi déterminée par les époux demeurerait applicable et ce, même dans l'hypothèse d'un changement de nationalité de l'un ou des époux¹⁹⁶. Cette désignation devait, en principe, emprunter la forme imposée au contrat de mariage selon le lieu de conclusion du contrat, en application de la règle « *Locus regit actum* » (A). A défaut de désignation, la règle de conflit quant au fond reposait sur une présomption en faveur de la loi du premier domicile (B) qui connaissait cependant un certain nombre de limites et d'incertitudes (C).

A. La règle de conflit quant à la forme : *locus regit actum*

104. **Locus regit actum.** Cette maxime est l'une des plus anciennes règles de conflit de lois. Elle renvoie au principe selon lequel le lieu de régularisation de l'acte ou de la décision judiciaire conditionne les règles de forme qui lui sont applicables. C'est ainsi, en principe, le lieu de conclusion qui va régir les règles de validité formelle d'un acte juridique. Ce principe est classiquement reconnu dans la plupart des États du fait de sa simplicité d'application. En effet, il est, en pratique, plus aisé pour les parties de connaître les exigences formelles du lieu où celles-ci ont conclu leur convention. Toutefois, en matière contractuelle, ce principe n'est que supplétif et non d'ordre public. Il est donc possible d'y déroger comme l'a rappelé la Cour de cassation notamment en matière de contrats internationaux¹⁹⁷. L'autonomie de la

¹⁹⁶ Cass., 1^{ère} civ. 12 mai 2010, n°09-65.524 : NP ; JurisData n°2010-006120 ; Dr. Fam. 2010, comm. 136, n. M. FARGE ; JCP G 2010, 1220, n°6, obs. G. WIEDERKEHR.

¹⁹⁷ Cass., civ., 28 mai 1963, *Charlie Chaplin* : GAJDIP n° 40. Cet arrêt est venu clarifier et confirmer l'arrêt *Viditz* (Cass., civ., 20 juillet 1909) quant au caractère facultatif du principe « *locus regit actum* ».

volonté prime sur le principe légal qui n'est alors que supplétif à la volonté des parties. Il convient de souligner que ce principe est encore applicable de nos jours et a été repris dans de nombreuses conventions et règlements internationaux¹⁹⁸. Toutefois, cette liberté contractuelle quant à la forme demeure encadrée afin d'éviter tout abus. Elle se limite, en principe, à la loi applicable au lieu régissant le fond du contrat ou au lieu de sa conclusion¹⁹⁹. En outre, dans certaines hypothèses, ce principe peut revêtir un caractère impératif, notamment en présence de règles de forme ayant un caractère de loi de police. Tel sera le cas pour la forme authentique du contrat de mariage régularisé par un notaire français.

B. La règle de conflit quant au fond : la loi du premier domicile

105. Présomption. A défaut de désignation expresse par la conclusion d'un contrat de mariage, la règle de conflit prévoyait de rechercher la volonté présumée des époux quant à la loi applicable à leur régime. La doctrine²⁰⁰ comme la jurisprudence retenaient alors une présomption en faveur de la loi du premier domicile des époux comme étant celle que les époux avaient implicitement entendu retenir²⁰¹. Cette solution prend ses racines dans une célèbre consultation donnée aux époux Ganay en 1525 par Maître Charles Dumoulin, avocat parisien²⁰². Au terme de cette consultation, ce dernier proposa de retenir que les époux avaient, par l'absence d'établissement d'un contrat de mariage, décidé tacitement de se soumettre à la coutume de leur domicile. Il s'agissait alors d'établir un critère objectif permettant d'établir la loi désignée implicitement par les époux. Il convient de clarifier sur ce point que la loi ainsi désignée est celle du droit interne et non celle du droit international privé de l'État désigné, excluant tout renvoi²⁰³.

¹⁹⁸ V. notamment : Cvt. de Rome du 19 juin 1980, remplacée par le Règlement (CE), n°593/2008 du 17 juin 2008, dit ROME I, ou encore la Cvt. de La Haye du 14 mars 1978.

¹⁹⁹ Précision étant ici faite que cette dualité de choix connaît des tempéraments notamment concernant les contrats conclus par un consommateur ou concernant des droits réels immobiliers.

²⁰⁰ M. REVILLARD, « La détermination de la loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat avant le 1^{er} septembre 1992 », Defrénois 2006, art. 38403, p.873.

²⁰¹ Cass. Req., 4 juin 1935, *Zelcer* : *Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, D., 5^e éd. 2006, n°15, p.129, n. B. ANCEL et Y. LEQUETTE ; DP 1936, 1, p.7, n. R. SAVATIER ; Rev. Crit. DIP 1936, p.755, n. J. BASDEVANT.

²⁰² En l'espèce, le couple possédait des biens à Paris et dans le Lyonnais. Or, classiquement, les biens immeubles dépendaient de la coutume du lieu de situation et les biens mobiliers du lieu de domicile.

²⁰³ Cass, 1^{ère} civ., 27 janvier 1969, *Lardans* : Defrénois, 1970, art. 29731 ; Cass, 1^{ère} civ., 1^{er} février 1972, *Goutherz*, n°70-11953 : Bull. civ., 1, n°35, p.32 ; JCP G 1972, II, 17096.

106. Consécration jurisprudentielle. L'établissement de ce critère comme élément principal de détermination²⁰⁴ a été validé par la jurisprudence à plusieurs reprises²⁰⁵. Le domicile était alors entendu, selon une définition proposée par les professeurs Henri Batiffol et Paul Lagarde comme « *le lieu où les époux entendent fixer et fixent effectivement leur établissement d'une manière stable* »²⁰⁶. Il appartient aux juges du fond de déterminer le domicile à retenir. Cette détermination se fonde notamment sur la durée de ce premier « domicile ». Les juges ont alors tendance à retenir une durée de deux ans afin de qualifier celui-ci.

C. Limites et incertitudes

107. Présomption simple. Cette solution, bien que simple dans son principe, n'était pas exempte de toutes critiques. En effet, la notion de domicile, qui était placée au cœur de la détermination de la loi applicable, demeurait relativement floue du fait de l'absence de fondement juridique et pouvait également apparaître subjective. Elle n'était, en outre, analysée que comme une présomption simple qui pouvait donc être démentie par tout autre élément de preuve démontrant une volonté de localisation dans un autre État que celui ainsi désigné²⁰⁷. Il était également possible de consolider cette présomption par le cumul de plusieurs éléments de présomption tel que le lieu de célébration de l'union lorsqu'il coïncidait avec l'État du domicile commun des époux. En conséquence, il incombait aux juges du fond d'identifier les éléments de présomption au jour de la célébration de l'union. En outre, la jurisprudence a pu être amenée à considérer, lorsque les époux n'avaient pas manifesté leur volonté de maintenir un domicile stable dans l'État de célébration de l'union, que le premier domicile devait être considéré comme situé dans l'État où les époux avaient l'intention de s'installer de manière durable²⁰⁸.

²⁰⁴ Cass., 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n°05-12253 : Bull. 2006, I, n°472, p.405 : « *Mais attendu que la loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat est déterminée principalement en considération de la fixation de leur premier domicile conjugal* ».

²⁰⁵ V. notamment : Cass., 1^{ère} civ., 5 novembre 1996, n°94-21.603 : Bull. 1996, I, n°371, p.260 ; JurisData n°1996-004139 ; RTD civ. 1998, p.176, obs. B. VAREILLE – Plus récemment : Cass., 1^{ère} civ., 24 septembre 2014, n°13-17.593 : NP ; JurisData n°2014-021896 ; Dr. Fam. 2014, comm. 172, M. FARGE.

²⁰⁶ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, 7^e éd, T. II, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1983.

²⁰⁷ Cass., 1^{ère} civ., 22 novembre 2005, n°03-12.224 : Bull. 2005 I, n°431 ; JurisData n°2005-030819 ; Dr. Fam. 2006, comm. 139, n. M. FARGE – Cass., 1^{ère} civ., 22 mai 2007, n°05-20.953 : Bull. civ. I, n°198 – Cass. 1^{ère} civ., 11 mai 2012, n°11-20.462, D – Cass. 1^{ère} civ., 8 juillet 2015, n°14-19.948 : D ; Defrénois 15 mai 2016, n°123e4, p.478, obs. P. CALLE ; Defrénois flash 3 août 2015, n°129t8, p.10 – Cass. 1^{ère} civ., 19 octobre 2016, n°15-26.767 : D ; Defrénois 7 septembre 2017, n°127u5, p.52, obs. P. CALLE.

²⁰⁸ Cass., 1^{ère} civ., 24 septembre 2014, n°13-17.593 : NP ; JurisData n°2014-021896 ; Dr. Fam. 2014., comm. 172, n. M. FARGE ; JCP N 2015, 1352, n°2, obs. A. DEVERS.

108. Situation incertaine. Pour toutes les raisons exposées ci-dessus, il était fréquent que cette détermination aboutisse à des incertitudes ou des discussions ouvrant lieu à de nombreux contentieux. Tel était notamment le cas lorsque le premier domicile n'avait été que temporaire ou qu'il ne pouvait être identifié. Les juges devaient alors rechercher les éléments permettant de déterminer la volonté des époux quant à la loi d'autonomie applicable à leur union. Cela aboutissait fréquemment à des situations complexes, voire incertaines, lorsque les époux s'étaient unis à un moment d'instabilité de leur vie²⁰⁹. En outre, les juges allaient même parfois jusqu'à utiliser des circonstances postérieures à la célébration de l'union afin de déterminer la volonté des époux au jour du mariage indépendamment du lieu de situation de leur domicile commun²¹⁰. Cette faculté a, d'ailleurs, été rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt récent : *« cette règle ne constituant qu'une présomption, qui peut être détruite par tout autre élément de preuve pertinent, les juges du fond peuvent prendre en considération des circonstances postérieures au mariage si elles éclairent la volonté des époux quant à la localisation de leurs intérêts pécuniaires au moment de leur union »*²¹¹. La Convention de La Haye comme le Règlement européen n'ayant pas d'effet rétroactif, les dilemmes engendrés par ces solutions continuent à se rencontrer pour l'ensemble des époux mariés non soumis à ces textes. De nouveaux arrêts en la matière continueront donc à faire écrire la doctrine. Afin d'assurer une certaine sécurité juridique sur ce sujet, le notaire doit encourager les époux à procéder à une désignation de loi applicable et ce, même si celle-ci aboutit, en pratique, à désigner la loi qui aurait sans doute été retenue par le juge en cas de litige. Afin de pallier ces problématiques, pour les mariages postérieurs, une première convention a alors vu le jour : la Convention de La Haye du 14 mars 1978.

²⁰⁹ Tel sera notamment le cas d'étudiants se mariant dans un pays avant de repartir dans leur pays d'origine, d'époux se mariant avant le départ de l'un d'entre eux dans un autre pays pour des raisons professionnelles ou encore, pour des époux étant amenés à changer de pays fréquemment.

²¹⁰ Cass., 1^{ère} civ., 24 mai 2018, n°17-20.110 : D ; D. 2019, 1016 ; Defrénois 6 septembre 2018, n°139m4, p.36, obs. P. CALLE ; Defrénois flash 25 juin 2018, n°145x9, p.9.

²¹¹ Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2019, n°18-22.945 : D ; AJ Fam. 2019, 657, obs. A. GUICHARD ; P. CALLE, « Détermination de la loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat en 1982 », Defrénois, 27 février 2020, n°9, 157, p.8.

§2 : La Convention de La Haye de 1978, premier pas vers l'harmonisation

109. Recherche de simplification. Dans une volonté de simplification et d'uniformisation, l'Union Européenne a tenté à plusieurs reprises d'établir des normes permettant une réponse facilitée à l'ensemble de ces interrogations. Ainsi, la Convention de la Haye du 14 mars 1978²¹² est venue instaurer un certain nombre de dispositifs permettant d'établir la loi applicable aux régimes matrimoniaux pour l'ensemble des couples mariés après le 1^{er} septembre 1992. Cette convention ne nie toutefois pas la place prépondérante de l'autonomie de la volonté en la matière mais tend à réaliser une simplification de la détermination de la loi applicable. Celle-ci repose sur deux principes : un principe « subjectif » (A) et un principe « objectif » (B). Ce faisant, cette convention crée un raisonnement binaire permettant de pallier l'ensemble des cas où la volonté des parties n'est pas, ou pas suffisamment, clairement exprimée.

A. Le principe « subjectif » de l'autonomie de la volonté

110. Le principe « subjectif ». Le premier principe, dit « subjectif », offre aux époux la possibilité de choisir la loi applicable à leur régime. Toutefois, le panel de lois pouvant être choisies est plus restreint que la liberté absolue qu'offrait le principe d'autonomie de droit commun²¹³. Cette restriction peut s'expliquer par la volonté des rédacteurs de la Convention de limiter le choix des époux à la désignation d'une loi ayant un lien réel avec leur situation personnelle afin d'éviter tout abus ou fraude à la loi. Dès lors, les époux ne pouvaient opter que pour la loi nationale de l'un d'eux au jour de la désignation, la loi de la résidence habituelle de l'un d'eux ou la loi de la première résidence habituelle de l'un d'eux postérieurement à la célébration du mariage. Ce dernier critère devait toutefois être appliqué avec rigueur et devait correspondre à une réalité de faits. A défaut, la désignation réalisée ne pouvait créer ses effets et le couple était considéré comme n'ayant pas procédé à une désignation de loi applicable²¹⁴. Le but était ici d'éviter la désignation arbitraire d'une loi sans lien avec les époux permettant ainsi une meilleure cohérence et compréhension du choix de la loi désignée. En outre, en application des articles 3 et 6 *in fine*, il était possible de réaliser un

²¹² Convention de La Haye du 14 mars 1978, op. cit.

²¹³ L'art. 3, al. 2 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 ne prévoit que six possibilités contre une liberté totale antérieurement à celle-ci.

²¹⁴ E. FONGARO et C. GERAUD, « Pratique notariale et droit international privé », Brochure du CRIDON Bordeaux-Toulouse, septembre 2009, § 63 et s.

« dépeçage » de la loi applicable en prévoyant que pour l'ensemble des immeubles (voire non encore entré dans le patrimoine) ou pour un immeuble déterminé, c'est « *la loi du lieu où ces immeubles sont situés* » qui leur serait applicable et non la loi applicable au régime lui-même.

111. Une désignation expresse. La désignation pouvait, quant à sa forme, faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter « *indubitablement des dispositions du contrat de mariage* »²¹⁵. Concernant la forme du contrat de mariage, l'article 12 de ladite Convention disposait qu'il est valable quant à la forme « *si celle-ci répond soit à la loi interne applicable au régime matrimonial, soit à la loi interne en vigueur au lieu où le contrat a été passé* ». L'objectif de cette liberté formelle était de valider un plus grand nombre de conventions. Toutefois, l'article 13 venait, en ce sens, préciser l'exigence d'un certain formalisme en précisant : « *La désignation par stipulation expresse de la loi applicable doit revêtir la forme prescrite pour les contrats de mariage, soit par la loi interne désignée, soit par la loi interne du lieu où intervient cette désignation. Elle doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux* ». Il demeurerait donc primordial de s'attacher à respecter les règles de forme imposées par l'une de ces lois. Nul doute que pour l'établissement d'un tel contrat en France, il soit nécessaire de recourir à un acte authentique passé devant notaire.

B. Les critères objectifs de rattachement

112. La résidence habituelle. A défaut de désignation expresse, et dans une volonté de simplification et d'unification, il a été instauré une solution de principe selon laquelle pour tous les époux mariés à compter de l'entrée en vigueur de la Convention, la loi applicable est déterminée par la résidence habituelle des époux après leur mariage²¹⁶. La Convention abandonne la notion de « domicile » au profit de celle de « résidence », plus factuelle. Cette notion n'implique par ailleurs aucun délai minimum²¹⁷.

113. Exceptions. A défaut de résidence habituelle commune, et par exception, c'est alors la loi nationale commune des époux qui est applicable²¹⁸. Cette exception en faveur de la loi nationale commune est également applicable dans l'hypothèse où l'État dont les époux ont tous deux la nationalité a procédé à la déclaration d'application de sa loi interne

²¹⁵ Art. 11 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, op. cit.

²¹⁶ Art. 4 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, op. cit.

²¹⁷ Cass., 1^{ère} civ., 12 avril 2012, n°10-27.016 : Bull. 2012, I, n°90 ; Dr. Fam., juin 2012, comm. 109, obs. L. ABADIE.

²¹⁸ En ce sens : Cass., 1^{ère} civ., 14 mai 2014, n°12-29.922 : Defrénois, 30 décembre 2014, 118h6, n. P. CALLE ; Defrénois Flash 3 juin 2014, p. 7, n°123K7.

conformément à l'article 5²¹⁹ de ladite Convention²²⁰. Cette exception trouve également à s'appliquer lorsque les époux ont la nationalité d'un État non partie à la Convention, que la loi interne de cet État est applicable selon son droit international privé et que les époux établissaient leur résidence habituelle soit dans un État ayant fait la déclaration prévue à l'article 5 – et donc renvoyant à la loi nationale – soit dans un État non partie à la Convention et dont le droit international privé prescrit l'application de la loi nationale des époux comme loi applicable. Enfin, à défaut de la loi nationale commune ou en cas de pluralité de nationalités communes, c'est alors la loi interne de l'État avec lequel le couple présentait les « *liens les plus étroits* »²²¹ qui était applicable. Cette dernière catégorie réunit autant le lieu de leurs intérêts pécuniaires, que le lieu de situation de leurs biens ou encore la nationalité de l'un des époux. Même si le Règlement européen de 2016 est venu modifier ce dispositif, il convient ici d'en parler au présent car ces règles de détermination demeurent applicables pour les époux mariés entre le 1^{er} septembre 1992 et le 28 janvier 2019.

C. Mutabilité et adaptabilité

114. **Mutabilité.** Au-delà de la volonté de simplification, les rédacteurs de la Convention ont instauré la possibilité d'une mutabilité de la loi désignée afin de l'adapter au mieux à la situation évolutive des époux. Cette mutabilité pouvait prendre deux formes : la mutabilité volontaire (1) et la mutabilité involontaire dite « automatique » (2).

1. La mutabilité volontaire, un outil précieux

115. **Mutabilité volontaire.** L'article 6 de la Convention prévoit la possibilité pour les époux de procéder au cours de celle-ci à une désignation d'une nouvelle loi applicable à « *l'ensemble de leurs biens* ». Cette désignation pouvait être réalisée par tous les époux, quelle que soit la date de célébration de leur union²²² et même s'ils avaient établi *ab initio* un contrat de mariage²²³. Si les bénéficiaires de cette faculté étaient largement définis, les lois pouvant être désignées étaient, quant à elles, limitées. Il ne pouvait s'agir que de la loi nationale de l'un des époux ou de la loi de la résidence habituelle de l'un des époux. Celles-ci devaient être

²¹⁹ Cet article prévoit la possibilité pour les États signataires de faire une déclaration entraînant l'application de la loi interne.

²²⁰ Précision étant ici faite que la Convention de La Haye de 1978 n'a été ratifiée que par trois États membres (France, Pays-Bas et Luxembourg) et que seul le Pays-Bas a fait application de cet article.

²²¹ Art. 4, al. 3 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, op. cit.

²²² Cette faculté était donc également offerte aux époux mariés avant l'entrée en vigueur de cette Convention.

²²³ V. M. REVILLARD, « Dix ans d'application de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », Defrénois 1992, art. 37573, p.893.

appréciées au jour où la désignation était réalisée. Au sein de ces lois, la liberté était totale et les époux pouvaient donc choisir un régime légal comme un régime conventionnel prévu par celle-ci. Toutefois, concernant la loi française, cette possibilité de choix d'un régime conventionnel n'a été consacrée qu'à compter de la loi du 28 octobre 1997²²⁴. Une telle désignation permettait ainsi aux époux de changer de régime applicable à leur union en évitant une procédure de changement de régime matrimonial de droit interne plus restrictive, voire parfois plus coûteuse²²⁵.

116. Une désignation rétroactive. La nouvelle loi ainsi désignée pouvait avoir vocation à s'appliquer de manière rétroactive ou non²²⁶, selon la volonté des époux. Ce caractère rétroactif entraînait en conflit avec notre droit interne. En effet, l'article 1397-4 du Code civil prévoit que la désignation prenne effet « *entre les parties à compter de l'établissement de l'acte de désignation et, à l'égard des tiers, trois mois après que les formalités de publicité prévues à l'article 1397-3 auront été accomplies* ». Toutefois, en principe, les conventions internationales priment sur le droit interne²²⁷ en application de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958. Il incombait au notaire de préciser le caractère rétroactif ou non de cette désignation en s'assurant de l'efficacité de celle-ci, notamment quant à une éventuelle liquidation, ainsi que de son opposabilité²²⁸. Le rôle de conseil du notaire était alors fondamental afin d'orienter au mieux les époux vers la solution la mieux adaptée à leur situation particulière.

2. Les périls de la mutabilité automatique

117. La mutabilité automatique. De manière plus critiquable et d'ailleurs plus critiquée²²⁹, l'article 7 de la Convention a instauré des hypothèses où, si les époux n'avaient procédé ni à une désignation de loi applicable, ni à l'établissement d'un contrat de mariage, la loi applicable à leur régime matrimonial était amenée à changer de manière automatique en fonction de situations factuelles. Le but louable de cette mutabilité automatique était d'éviter

²²⁴ Art. 1397-3 C. civ. issu de la L. n°97-987 du 28 octobre 1997 modifiant le code civil pour l'adapter aux stipulations de la convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux et organiser la publicité du changement de régime matrimonial obtenu par application d'une loi étrangère (JORF n°252 du 29 octobre 1997).

²²⁵ Notamment du fait de la procédure d'homologation par la juge alors obligatoire.

²²⁶ A défaut de rétroactivité, il convenait de liquider le régime au moment de la désignation.

²²⁷ Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, n°73-13.556, *Jacques Vabre* : Bull. Ch. mixte, n° 4, p. 6 ; Rev. Crit. DIP 1976, p. 347, n. J. FOYER et D. HOLLEAUX – CE, 20 octobre 1989, *Nicolo* : Rev. Crit. DIP 1991, p. 125, n. P. LAGARDE.

²²⁸ Art. 1303-3 et 1305-5 CPC.

²²⁹ V. R. CRONE, « Le changement automatique de la loi applicable au régime matrimonial : une bombe à retardement », Defrénois 2001, art. 37396, p.1026.

que les époux ne soient liés de manière involontaire à une loi avec laquelle ils n'avaient, du fait de l'évolution de leur situation, plus aucun lien. Elle ne concernait, et ne concerne encore aujourd'hui, que les époux mariés à compter de son entrée en vigueur et jusqu'au 28 janvier 2019 et qui n'ont pas procédé à une désignation de la loi applicable, ni régularisé un contrat de mariage. Elle entre en application au profit de la loi interne de l'État de la résidence habituelle dans trois hypothèses. Tout d'abord, elle s'applique immédiatement dès la fixation de résidence habituelle dans le cas où l'État de la nouvelle résidence est également celui de la nationalité commune des époux, ou dès qu'ils en acquièrent la nationalité²³⁰. Ensuite, elle s'applique également lorsque la résidence habituelle commune a duré dix ans ou plus dans ledit État. Enfin, elle s'applique dès la fixation de la résidence habituelle si le régime était soumis à la loi de l'État de la nationalité commune à défaut de résidence habituelle commune des époux²³¹. Il convient de souligner que cette mutabilité ne s'applique que pour l'avenir. Les couples concernés peuvent donc, au cours de leur union, subir plusieurs mutations et voir, par ce biais, s'appliquer une pluralité de régimes successifs, sans même en avoir connaissance.

118. Le danger de l'automatisme. Cette mutabilité, plus fréquente en pratique qu'il ne peut y paraître, entraîne de nombreuses incertitudes et éléments de complexité. Ces incertitudes sont notamment liées au fait qu'elle se réalise de manière automatique sans qu'aucune démarche, ni aucune mesure de publicité, n'aient à être accomplies. Il est ainsi fréquent de rencontrer des époux ignorant que la loi applicable à leur régime n'est plus celle initialement fixée et ignorant, par voie de conséquence, le changement de leur régime matrimonial. Nombreux sont les époux qui se retrouvent alors mariés sous un régime légal communautaire en pensant être mariés sous un régime séparatiste et inversement. En outre, une telle mutabilité ouvre lieu à un important contentieux notamment quant à la date de cette mutation. En effet, rien ne permet légalement de déterminer strictement la date à laquelle les époux ont réellement « fixé » leur nouvelle résidence habituelle. L'application de ce principe a ainsi créé une importante insécurité juridique autant pour les époux, concernant leurs prévisions matrimoniales, que vis-à-vis des tiers.

²³⁰ Dans cette hypothèse, c'est la date de l'arrêté de naturalisation qui sera également celle de la mutation de la loi applicable.

²³¹ Cass., 1^{ère} civ., 12 avril 2012, n°10-27.016 : Bull. civ. 2012, I, n°90 ; Dr. Fam., juin 2012, comm. 109, obs. L. ABADIE – Cass., 1^{ère} civ., 12 février 2014, n°12-29.297 : NP ; *JurisData* n°2014-002460 ; Dr. Fam., avril 2014, comm. 70, obs. M. FARGE ; JCP N 2014, n°9, act. 334.

119. La complexité de la non-rétroactivité. Du fait de l'absence de rétroactivité et de l'application immédiate de cette mutabilité, il est fréquent de voir s'appliquer au régime la loi de plusieurs États en fonction de différentes périodes temporelles. Cette situation conduit à devoir disséquer les lois applicables en fonction des dates d'entrée des biens dans le patrimoine du ou des époux. Au jour de la liquidation, il incombe alors au notaire d'appliquer à chacun des biens, en fonction de cette date, la loi qui lui est applicable. La multiplicité des règles applicables génère ainsi une importante complexité liquidative et un risque évident de contestations.

120. Exemple. La Cour de cassation a eu à se prononcer concernant des époux français mariés aux États-Unis d'Amérique, ayant établi leur première résidence habituelle à New-York et revenant vivre en France après seulement un an. Lors de leur divorce, les juges du Quai de l'Horloge ont considéré que la fixation de la résidence à New-York, même pour une durée de seulement un an, était suffisante pour voir appliquer la loi américaine et donc le régime légal applicable à cet État (assimilable à une séparation de biens). Par le jeu de la mutabilité automatique, les deux époux ayant la nationalité française, à leur retour en France, la loi applicable est automatiquement devenue la loi française. A défaut de contrat, c'est le régime légal français qui a eu dès lors vocation à s'appliquer. Ainsi, il « *convenait de diviser en deux masses les biens des époux pour dissocier ceux soumis au droit américain de ceux soumis au droit français, afin de prendre en compte le sort des biens dépendant de leur premier régime pour envisager le résultat prévisible de la liquidation de leur second régime* »²³². Cet arrêt est un parfait exemple de la complexité générée par cette mutabilité automatique.

121. Les problèmes liés à la non-ratification. La Convention de La Haye avait une vocation universelle et devait donc être applicable à tous les mariages célébrés après son entrée en vigueur²³³ et ce, même si la loi désignée par application de ses dispositions n'était pas celle d'un État contractant²³⁴. Toutefois, bien que répondant à un besoin de simplification, elle n'a pas reçu le succès attendu et n'a été ratifiée que par un très petit nombre d'États²³⁵. Cela a pu entraîner des problèmes de détermination de la règle de conflit applicable au-delà des questions de détermination de la loi applicable. En effet, il était possible qu'une loi

²³² Cass., 1^{ère} civ., 12 avril 2012, n°10-27.016 : Bull. 2012, I, n°90, op. cit.

²³³ Art. 2 de la Convention du 14 mars 1978, op. cit.

²³⁴ Cass., 1^{ère} civ., 12 novembre 2009, n°08-18.343 : Bull. 2009, I, n° 224 ; JurisData n°2009-050243 ; Dr. Fam. 2009, comm. 165, n. M. FARGE ; JCP G 2009, act. 478 ; JCP N 2010, 1006, n. D. BOULANGER.

²³⁵ A savoir : les Pays-Bas, le Luxembourg et la France.

désignée par l'application de la Convention de La Haye procède à un renvoi de sa compétence en faveur d'une loi tierce ou de la loi de la juridiction initialement saisie. Cela pouvait aboutir à un imbroglio législatif souvent complexe pour les époux et, de ce fait, porter atteinte à la sécurité juridique. Ainsi, malgré la mise en place de règles unifiées et la volonté de simplification, la loi applicable demeurait complexe à déterminer compte tenu des nombreuses exceptions susvisées. En outre, le risque de mutabilité automatique accroissait encore d'avantage la complexité et la précarité de cette détermination. C'est la raison pour laquelle les législateurs européens ont tenté d'établir un Règlement Européen sur ce thème, sans toutefois dénoncer cette convention.

Section 2 : Les apports du Règlement européen du 24 juin 2016

122. Une volonté d'unification. Le Conseil de l'Union Européenne a démontré sa volonté d'unification du droit international européen de la famille par l'établissement de nombreux règlements en la matière au cours des dernières années²³⁶. Après le droit du divorce et celui des successions, c'est au tour du droit des régimes matrimoniaux, et parallèlement des partenariats enregistrés, de faire l'objet d'un nouveau règlement. Ce Règlement, établi par le jeu de la procédure de coopération renforcée, a été adopté le 24 juin 2016²³⁷ à l'initiative de dix-huit États membres²³⁸, dont la France²³⁹. Il a pour but de renforcer la lisibilité, la prévisibilité et la sécurité juridique²⁴⁰ des solutions en matière de régimes matrimoniaux. Il a ainsi pour objectif d'harmoniser les solutions et d'assurer la reconnaissance et l'exécution des décisions prononcées et des actes dressés en la matière. Entré en vigueur depuis le 29 janvier 2019, il est amené à régir autant les questions de compétences juridictionnelles et de circulation des décisions et actes authentiques, que celles de la détermination de la loi applicable.

123. Un objectif pluriel. Ce Règlement poursuit une pluralité d'objectifs. Sa finalité principale est de simplifier la détermination du régime matrimonial applicable aux époux. Il permet, en outre, de faciliter la circulation des actes entre les États membres en supprimant les exigences de légalisation et d'apostille²⁴¹. Si la solution de détermination demeure relativement classique (§2), son champ d'application est plus large que celui des conventions précédentes (§1). Il a, en outre, pour objectif secondaire de pallier les problématiques liées à l'application des règles antérieures et, notamment, la suppression attendue de la règle la plus décriée : la mutabilité automatique (§3).

²³⁶ R. (CE) n°4/2009 du 18 décembre 2008, en matière d'obligations alimentaires ; R. (UE) n°1259/2010, du 20 décembre 2010, en matière de loi applicable au divorce et à la séparation de corps ; R. (UE) n°650/2012 du 4 juillet 2012, en matière de règlement des successions.

²³⁷ Le même jour que le R. (UE) n°2016/1104 sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

²³⁸ Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Croatie, Espagne, France, Finlande, Grèce, Italie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Portugal, République Tchèque, Slovaquie et Suède.

²³⁹ L'Estonie a annoncé son intention de rejoindre la coopération renforcée.

²⁴⁰ Considérant 72 R. (UE) n°2016/1103, op. cit.

²⁴¹ Art. 61 R. (UE) n°2016/1103, op. cit.

§1 : La reconnaissance d'un champ d'application élargi

124. Champ d'application territorial et temporel. Sur le plan temporel, ce Règlement est applicable à tous les couples mariés à compter de son entrée en vigueur ou ayant procédé à une désignation de loi applicable à compter de cette date, soit à compter du 29 janvier 2019 inclus. Sur le plan territorial, il est applicable à l'ensemble des États membres de l'Union européenne ayant instauré la coopération renforcée susvisée²⁴². Toutefois, de par sa vocation universelle, ce Règlement va s'appliquer même lorsque la loi désignée n'est pas celle d'un État membre²⁴³. En outre, son article 21 précise expressément que la loi ainsi désignée est appelée à s'appliquer à l'ensemble du patrimoine quelle que soit la nature des biens qui le composent et quelle que soit leur localisation. En ce sens, il fait disparaître aussi bien la possibilité de réaliser un « dépeçage », au titre de la *lex rei sitae*, prévue par les articles 3 et 6 de la Convention de La Haye de 1978, que celle d'un renvoi. Cette dernière exclusion est d'ailleurs expressément visée par son article 32. Cet article précise que le rattachement permet la désignation de la loi interne à l'État désigné à l'exception de son droit international privé, évitant, par ce biais, les complexités liées aux renvois multiples.

125. Champ d'application matériel. Ledit Règlement est amené à régir de manière extrêmement large « *tous les aspects de droit civil des régimes matrimoniaux, concernant tant la gestion quotidienne des biens des époux que la liquidation du régime, survenant notamment du fait de la séparation du couple ou du décès de l'un de ses membres* »²⁴⁴. Il exclut toutefois expressément les aspects fiscaux des relations entre époux. Il convient de souligner, face à cette volonté de régir de manière quasi-universelle les règles relatives aux régimes matrimoniaux, que ce règlement va même jusqu'à étendre l'acception classiquement retenue pour les « régimes matrimoniaux ». En effet, il s'agit en droit international privé d'une notion autonome. En ce sens, le considérant 18 du Règlement précise clairement qu'il entend régir, outre les rapports patrimoniaux des époux entre eux et à l'égard des tiers, les règles facultatives prévues par les époux entre eux mais également l'ensemble des règles

²⁴² Concernant l'application outre-mer de ce Règlement, la circulaire du 24 avril 2019 est venue préciser qu'il s'applique « *au régions ultrapériphériques (RUP) de l'article 349 du TFUE c'est-à-dire pour la France : la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, la Réunion, Saint-Martin ainsi que Mayotte. En revanche, sauf décision d'association outre-mer, ils ne s'appliquent pas aux pays et territoires d'outre-mer (PTOM) de la quatrième partie du TFUE, tels que listés dans l'annexe II : la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française, les Terres australes et antarctiques françaises, Wallis-et-Futuna, Saint-Pierre-et-Miquelon ainsi que Saint-Barthélemy* ». A ce jour, il n'y a pas eu d'association outre-mer des PTOM français et, par suite, c'est la Convention de La Haye de 1978 qui demeure applicable à ces territoires.

²⁴³ Art. 20, R. (UE) 2016.1103, op. cit.

²⁴⁴ Considérant 18 R. (UE) n° 2016/1103, op. cit.

auxquelles les époux ne peuvent déroger. A ce titre, sont visés tous les régimes légaux et conventionnels ainsi que l'ensemble des règles impératives du régime primaire. Cette analyse a d'ailleurs été confirmée par la Circulaire du 24 avril 2019²⁴⁵ qui a précisé que « *la notion de régime matrimonial englobe non seulement les règles auxquelles les époux ne peuvent pas déroger mais aussi toutes les règles facultatives qui peuvent être fixées par les époux conformément à la loi applicable, ainsi que les règles supplétives de la loi applicable* ».

126. Règlement et régime primaire. Or les règles du régime primaire sont classiquement rattachées à la loi des effets du mariage et non à celle du régime matrimonial. Ce règlement a ainsi vocation à une application très étendue. Toutefois, il apparaît nécessaire d'opérer une distinction selon la nature des règles du régime primaire. Il convient sur ce point d'appliquer une approche « distributive »²⁴⁶. S'il s'applique concernant les règles du régime primaire régissant les rapports patrimoniaux des époux entre eux et à l'égard des tiers, la solution diffère concernant celles ayant la qualité de lois de police. Ces dernières devraient échapper au rattachement compte tenu de leur nature²⁴⁷. Tel sera notamment le cas des règles relatives à la protection du logement de la famille, énoncées à l'article 215 du Code civil, en droit français. En effet, comme cette faculté est soulignée aux termes de l'article 30, le juge saisi pourra toujours appliquer ses propres lois de police²⁴⁸. Il conviendra également d'exclure des règles de rattachement, les règles du régime primaire qui concernent les seules relations personnelles des époux (articles 212 et 213 du Code civil) et qui ne relèvent donc pas de son champ d'application matérielle²⁴⁹ ainsi que, pour les mêmes raisons, les règles relatives à la protection personnelle de l'époux en cas d'incapacité (articles 217 et 219 du même code). En effet, ces dernières semblent d'avantage relever du domaine de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes. Bien que particulièrement étendu, ce rattachement n'est donc pas absolu.

²⁴⁵ Circulaire du 24 avril 2019 de présentation des dispositions des règlements (UE) n°2016/1103 et n°2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, en matière de régimes matrimoniaux et d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (Circ. JUSC1911990C).

²⁴⁶ J. GASTE et C. NOURISSAT, « Règlement régimes matrimoniaux et convention de La Haye du 14 mars 1978 : Une similitude en trompe-l'œil ? », JCP N, n° 47, 23 novembre 2018, 1346.

²⁴⁷ Art. 31 R. (UE) n° 2016/1103, op. cit. : « *l'application d'une disposition de la loi d'un État désigné par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du fort* ».

²⁴⁸ Considérant 53 R. (UE) n° 2016/1103, op. cit. : « *la notion de « loi de police » devrait englober des règles à caractère impératif telles que celles relatives à la protection du logement familial* ».

²⁴⁹ M. REVILLARD, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, 9^e éd., 2018, Defrénois.

§2 : Une solution de détermination classique mais aménagée

127. **Une solution classique.** Pour tous les couples mariés après le 29 janvier 2019, à la suite de l'adoption du Règlement européen, la loi applicable aux régimes matrimoniaux est désormais déterminée selon une nouvelle règle de conflit. Toutefois, celle-ci n'est pas totalement nouvelle. En effet, ce Règlement a repris le principe de la loi d'autonomie et la place prépondérante de la résidence habituelle dans cette détermination. Par suite, l'autonomie de la volonté demeure le principe. En conséquence, les règles de détermination ne s'appliquent qu'à défaut de désignation volontaire de la loi applicable par les époux (A). Le Règlement a, en outre, prévu une clause d'exception, source de nouvelles incertitudes (B).

A. La consécration de nouveaux critères de rattachement

128. **Pluralités de critères.** L'article 26 du Règlement prévoit, à défaut de choix de loi applicable, l'application de trois critères objectifs et hiérarchisés de rattachement. Il pose ainsi le principe de la loi de la première résidence habituelle commune des époux après le mariage comme loi de rattachement. Sur ce point, il convient de souligner la nécessité d'une résidence commune et non d'une résidence dans un même État. Ce critère ne sera donc pas rempli si les deux époux vivent dans un même État sans communauté de vie. Cette notion de « résidence » est une notion autonome du droit de l'Union européenne et ne connaît pas de définition précise dans le Règlement. Dans un souci de simplification, la Circulaire du 24 avril 2019²⁵⁰ est venue en préciser les contours : *« Les critères dégagés par la jurisprudence de la CJUE en application des autres règlements fournissent cependant des éléments d'appréciation : la résidence doit correspondre au lieu qui traduit une certaine intégration de la personne dans un environnement social et familial. Concrètement, des facteurs tels que la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour de la personne sur le territoire des différents États en cause pourraient constituer des critères pertinents. »*

129. **Le défaut de résidence habituelle commune.** A défaut de résidence habituelle commune, c'est la loi nationale commune des époux au moment du mariage qui leur sera applicable. Cette deuxième option n'est toutefois applicable que si les époux n'ont qu'une seule nationalité commune. En cas de pluri-nationalité, le critère de la nationalité disparaît²⁵¹

²⁵⁰ Circulaire du 24 avril 2019, op. cit

²⁵¹ V. MARMAY-RAVAU et F. VARIN, « Plurinationnalité : un choix délicat en matière de régimes matrimoniaux et de partenariats », Solution notaire hebdo, n°18, 30 mai 2019.

afin d'éviter toute ambiguïté. En effet, aucune des dispositions du Règlement ne permet de déterminer laquelle des nationalités des époux il conviendrait de faire prévaloir. La solution contraire aurait abouti à une impasse et à une insécurité juridique évidente. Enfin, à défaut de résidence habituelle commune et de loi nationale commune unique, c'est la loi de l'État avec lequel les époux ont les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage, compte tenu de toutes les circonstances, qui sera applicable. L'objectif est ici d'offrir un palliatif, une « clause balai », permettant de répondre à l'ensemble des hypothèses pratiques auxquelles pourront être confrontées les praticiens.

B. La clause d'exception, nouvelle source d'incertitudes

130. La clause d'exception. L'article 26-3 du Règlement prévoit, en outre, une clause d'exception à ce principe. Par l'application de celle-ci, la loi de la dernière résidence habituelle commune des époux peut être substituée à la loi de la première résidence commune, sous certaines conditions cumulatives. Tout d'abord, les époux ne doivent pas avoir établi de convention matrimoniale. Ensuite, cette clause d'exception ne peut entrer en application que si l'un des époux le demande à l'autorité judiciaire compétente pour statuer sur les questions relatives au régime matrimonial. En effet, seule l'autorité judiciaire compétente peut décider de faire application de cette clause. Enfin, l'époux demandeur devra parvenir à démontrer que le couple avait sa dernière résidence habituelle pendant une période « *significativement plus longue que dans l'État désigné* » et que « *les deux époux s'étaient fondés sur la loi de cet autre État pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux* ». Si l'ensemble de ces conditions est réalisé, cette loi substituée sera applicable à la date de la célébration du mariage sauf opposition d'un époux²⁵². Cette faculté peut être perçue comme une forme de « mutabilité judiciaire ».

131. Source d'insécurité. Cette clause d'exception est mal perçue par la doctrine qui y voit une source d'insécurité juridique notamment du fait de l'imprécision des termes utilisés et de la difficulté de preuve²⁵³. En effet, en cas d'accord entre les époux, ceux-ci bénéficient d'une faculté de modifier la loi applicable à leur régime en application de l'article 22 du Règlement. Cette clause d'exception n'aura donc vocation qu'à intervenir en présence d'époux en désaccord. Ainsi, malgré une volonté claire de simplification, la détermination de la loi

²⁵² En cas d'opposition, elle sera applicable à partir de la date d'établissement de la dernière résidence habituelle commune dans cet autre État.

²⁵³ S. DESSIS, « Le changement de la loi applicable au régime matrimonial dans le Règlement (UE) 2016/1103 », Act. Prat. Strat. Pat., n°3, Juillet 2018, dossier 27.

applicable demeure, aujourd'hui encore, complexe et source de contentieux. Il convient toutefois de préciser que cette clause d'exception ne joue qu'à défaut de choix exprès par les époux. L'importance de procéder à la désignation de la loi applicable est, de ce fait, encore accrue. C'est un outil essentiel à la portée des époux afin d'éviter toute modification postérieure contraire à leurs prédictions juridiques. Le notaire se doit d'attirer l'attention des époux sur ce risque et de les orienter, afin de sécuriser et de pérenniser leur situation, vers l'établissement d'un contrat de mariage contenant une désignation de loi applicable au régime matrimonial.

§3 : Un palliatif attendu mais incomplet

132.**Palliatif.** Au sein des règles prescrites par la Convention de La Haye de 1978, la mutabilité automatique est, sans nul doute, celle qui ouvre lieu au plus grand nombre de contentieux. Face à cette problématique récurrente, le Règlement européen du 24 juin 2016 a répondu à une demande persistante de la doctrine comme de la pratique : la suppression pure et simple de cette mutabilité (A). Toutefois, bien qu'il ait pour but de simplifier les solutions antérieurement applicables, il n'en demeure pas moins qu'un certain nombre de complexités persistent pour les praticiens (B).

A. La suppression de la mutabilité automatique, une solution plébiscitée

133.**Une suppression attendue.** Un des points clés de ce Règlement est sa volonté de promouvoir la permanence du rattachement par la suppression pure et simple de la mutabilité automatique instaurée par la Convention de La Haye pour les époux mariés après son entrée en vigueur. Désormais, en l'absence de désignation de loi applicable, la loi applicable demeurera, tout au long de l'union, la loi de rattachement établie selon les critères objectifs au jour de la célébration. Cette solution permet de supprimer tout risque de modification de la loi applicable à l'insu des époux²⁵⁴ et, ainsi, d'éviter les risques liés à cette « *bombe à retardement* »²⁵⁵.

134.**Non rétroactivité.** Compte tenu du principe de non-rétroactivité de la loi dans le temps, cette mutabilité automatique n'en demeure pas moins applicable aux époux mariés

²⁵⁴ Considérant n°46, R. (UE) 2016/1103, op. cit.

²⁵⁵ Selon l'expression consacrée par R. CRONE, Defrénois, 2001, n°18, op. cit.

avant la date d'entrée en vigueur de ce règlement, soit le 29 janvier 2019, et n'ayant pas procédé à une désignation de loi applicable. Il convient donc toujours pour le praticien du droit de s'interroger sur le risque de mutabilité automatique et d'identifier si celle-ci a pu entrer en application pour les époux concernés. Il conviendra, à ce titre, de les orienter vers la régularisation d'un contrat contenant une désignation de loi applicable afin de pallier les effets, souvent désastreux, d'une mutabilité incontrôlée.

B. Une simplification incomplète

135.Lacune. Une des premières critiques qui peut être émise concerne la rédaction de ce Règlement et son manque de précision concernant la définition des notions qu'il place au cœur du dispositif de désignation. En effet, il aurait été opportun que les rédacteurs s'attachent à définir précisément la notion et les critères de la résidence habituelle afin d'éviter tout aléa sur ce point. Une telle lacune est à déplorer quand on sait que cette désignation est souvent sujette à discussion. A ce titre, la solution proposée par la circulaire du 24 avril 2019 susvisée doit être encouragée.

136.Une pluralité de solution. En outre, selon la date de la célébration de l'union, les solutions applicables sont différentes. En conséquence, le praticien devra être particulièrement vigilant afin d'identifier, pour chaque cas d'espèce, le système juridique à retenir et de déterminer, en application de la règle de conflits ainsi retenue, la loi applicable au régime matrimonial. Concernant les autres conventions internationales, l'article 62 permet leur conciliation avec le Règlement. De ce fait, pour les États n'ayant pas participé à la coopération renforcée et pour les États non-membres de l'Union Européenne, les conventions bilatérales concernant cette matière continuent à s'appliquer²⁵⁶. En cas de doutes ou d'éléments de complexité, il appartiendra au notaire d'orienter les époux vers une désignation de la loi applicable *a posteriori* afin de régler l'ensemble des difficultés liées à cette mutabilité.

137.Un exercice complexe. La détermination de la loi applicable au régime matrimonial demeure, malgré les tentatives de simplification au niveau européen, un exercice complexe. La non-rétroactivité de la loi aboutit à une pluralité de solutions suivant la date de célébration du mariage. Ainsi, pour l'ensemble des époux mariés avant le 1^{er} septembre 1992,

²⁵⁶ Tel sera notamment le cas de la Convention bilatérale Franco-polonaise du 5 avril 1967 et de la Convention Franco-yougoslave du 18 mai 1971 mais uniquement entre la France et la Serbie, le Monténégro, la Bosnie-Herzégovine et le Kosovo, à l'exception de la République de Macédoine et de la Croatie avec lesquelles celles-ci a été dénoncée et qui font partis de la coopération renforcée.

les principes du droit commun continuent à s'appliquer. Entre le 1^{er} septembre 1992 et le 29 janvier 2019, les règles issues de la Convention de La Haye de 1978 seront applicables. Enfin, les solutions issues du Règlement de 2016 ne sont applicables qu'aux époux mariés depuis le 29 janvier 2019 inclus. Le notaire, principal interlocuteur des époux en la matière, doit donc s'attacher à maîtriser l'ensemble de ces solutions juridiques afin de déterminer le plus rigoureusement possible la loi applicable aux époux. En outre, et dans l'hypothèse où les époux informeraient celui-ci de leur intention de s'établir dans un État ne figurant pas parmi les États membres, participants à la coopération renforcée, ou, *a fortiori*, dans un État tiers à l'Union Européenne, le notaire devra s'attacher à vérifier les conditions de fond et de forme supplémentaires à respecter pour que le contrat puisse y produire ses effets. Si ce Règlement européen a vocation à s'appliquer de manière universelle, le notaire ne doit pas perdre de vue qu'il n'est pas universellement appliqué.

138. Palliatifs et conseils. Dans toutes les hypothèses, et *a fortiori* en présence d'incertitudes ou de doutes légitimes des époux quant à la loi applicable à leur régime matrimonial, il conviendra de les orienter vers un outil contractuel : la désignation de la loi applicable. Cette solution pourra alors être perçue par les époux autant comme un palliatif du manque de diligence au jour de leur union que comme un outil de conciliation au jour d'une éventuelle séparation ou de sécurisation de leur situation actuelle même en dehors de tout conflit. Le notaire doit se saisir de cet outil afin de le proposer aux époux concernés par ces problématiques juridiques.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

139. « **Mille-feuilles** ». Le droit international privé apparaît souvent complexe en matière de régimes matrimoniaux. En effet, du fait du principe de non rétroactivité de la loi dans le temps, il laisse se superposer une pluralité de textes ayant vocation à régir des problématiques identiques suivant des temporalités différentes. Ainsi, suivant la date de célébration de l'union, plusieurs textes législatifs, d'origine interne ou internationale, devront être mis en œuvre. Dans ce panel législatif, le notaire devra donc identifier, d'une part, le texte applicable et, d'autre part, au sein de ce texte, l'élément essentiel de cette détermination. Toutefois, au sein de ce « mille-feuilles » législatif, il s'avérera parfois complexe de déterminer ces éléments. A ce titre, le notaire doit impérativement s'assurer de sa maîtrise complète des règles applicables en la matière. Il ne peut se suffire de la maîtrise des règles nouvelles car des règles plus anciennes demeurent applicables aux couples mariés antérieurement à leur entrée en vigueur.

140. **Similitude**. En droit international privé français comme européen, quel que soit le corps de règles applicable, le principe prépondérant est, et demeure, l'autonomie de la volonté des époux. Cette autonomie se traduit, en principe, par l'établissement d'un contrat de mariage. Toutefois, à défaut de régularisation d'un tel contrat, il conviendra alors de rechercher l'existence des critères objectifs de rattachement. Ces critères, bien que similaires, varient suivant la réglementation applicable. A ce titre, il conviendra de s'attacher à déterminer puis à mettre en œuvre ces critères de rattachement suivant la date de célébration de l'union et la situation particulière de chaque couple.

141. **Loi et régime**. L'application des règles du droit international privé doit être un prérequis à toute analyse du choix du régime matrimonial des époux. Cette problématique ne peut, ni ne doit, en aucun cas être omise. Le notaire aura, à ce sujet, un devoir d'alerte vis-à-vis des époux ayant un élément d'extranéité ou envisageant un départ à l'étranger. Il devra procéder à une série de questionnements relatifs à leur nationalité, leur patrimoine et leur parcours de vie²⁵⁷. En outre, dans l'hypothèse d'une analyse *a posteriori*, il lui appartiendra d'identifier dans le panel de textes existants, le texte applicable à la situation des époux. Une fois celui-ci déterminé, il sera alors en mesure d'identifier la loi applicable au régime

²⁵⁷ V. notamment : H. BOIDIN, « Loi applicable au régime matrimonial : Les 5 questions indispensables à poser au client pour ne pas manquer un élément d'extranéité », AJ. Fam. 2019, 150.

matrimonial. Si celle-ci ne correspond pas aux attentes des époux, il lui sera possible de les orienter vers la régularisation d'une désignation de la loi applicable ou vers un changement de régime matrimonial.

CHAPITRE 2 : LA DESIGNATION DE LA LOI APPLICABLE : UN PALLIATIF EFFICACE

142. **Un outil efficace.** Nombreuses sont les hypothèses où les prévisions des époux quant à la loi qui leur est applicable sont déjouées. Or cette loi a vocation à déterminer le régime applicable à leur union. Il est alors fréquent de rencontrer des époux ignorant leur régime matrimonial, voire croyant à tort être unis sous un régime différent de celui qui leur est applicable. La situation pourra alors s'avérer dommageable notamment dans la perspective d'une séparation imminente. Les projections réalisées par les époux pourraient alors se révéler contraires à la réalité. Il appartient au notaire d'identifier cette loi et de leur en exposer les conséquences. Une fois cette information réalisée, et dans l'hypothèse où le régime applicable ne leur conviendrait pas ou aboutirait à une situation incertaine, il est possible de procéder au choix de la loi applicable. Ce choix connaît diverses opportunités. Il peut permettre de pallier les difficultés de détermination et de compenser le manque de diligence des époux au jour de l'union, leur permettant de désigner la loi correspondant à leur volonté. Procéder à une désignation de loi applicable est également un outil efficace afin de pallier les risques liés à la mutabilité automatique. Enfin, ce choix peut aussi permettre d'éviter l'application d'une loi qui pourrait aboutir à une situation discriminante pour l'un des époux.

143. **Le rôle du notaire.** Le Règlement Européen²⁵⁸, comme l'avait fait en son temps la Convention de La Haye²⁵⁹, offre aux couples mariés ayant un élément d'extranéité²⁶⁰, de choisir, aussi bien en amont de leur union qu'au cours de celle-ci, la loi qui sera applicable à leur régime. En droit international privé français, et sous réserve de cas d'exception, il incombera au notaire d'établir, en accord et à la demande des époux, un contrat contenant cette désignation. Spécialiste du droit de la famille, il lui appartiendra de répondre aux exigences des époux afin de déterminer avec eux la loi qui correspond le mieux à leur volonté dans le panel de choix qui leur est offert. A défaut de volonté d'établir un tel contrat, il lui appartiendra également de les avertir sur les risques et les conséquences de l'absence de choix. La désignation de la loi applicable doit répondre à des exigences formelles comme à un certain nombre de conditions de fond afin d'éviter tout abus (Section 1). Une fois ces conditions respectées, cette faculté connaîtra de multiples intérêts (Section 2).

²⁵⁸ Art. 22 du Règlement Européen du 24 juin 2016, op. cit.

²⁵⁹ Art. 3 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, op. cit.

²⁶⁰ L'élément d'extranéité doit exister au jour de la désignation ou du changement de loi applicable.

Section 1 : Une désignation strictement encadrée

144. **Un encadrement nécessaire.** Comme tout contrat régissant le régime matrimonial, c'est, en droit français, au notaire qu'il incombera d'établir un tel acte. Toutefois, si cette opportunité confère aux époux une importante liberté, celle-ci doit impérativement être encadrée afin d'éviter tout abus ou fraude à la loi. C'est la raison pour laquelle toutes les Conventions et tous les Règlements ayant prévu cette faculté en ont concomitamment encadré les applications, offrant aux époux un choix limité de lois (§1). En outre, et afin d'assurer une certaine sécurité juridique, il convient de s'attacher au respect d'exigences formelles permettant un meilleur contrôle des actes établis (§2). Le notaire devra alors respecter autant les conditions de fond que celles de forme d'un tel contrat afin d'assurer au couple sa parfaite applicabilité et son efficacité.

§1 : Un choix complet mais limité

145. **Le choix d'une loi et d'un régime.** La question fondamentale de savoir si la désignation du choix de loi peut inclure le choix d'un régime déterminé au sein de la loi ainsi désignée a longtemps été débattue. En effet, la Convention de La Haye de 1978 demeurerait muette sur ce point. En 1997²⁶¹, le législateur français est venu trancher cette problématique, par la rédaction des articles 1397-2 et 1397-3 du Code civil. Le troisième alinéa de l'article 1397-3 prévoit expressément cette possibilité dans une rédaction d'une clarté limpide : « *A l'occasion de la désignation de la loi applicable, avant le mariage ou au cours de celui-ci, les époux peuvent désigner la nature du régime matrimonial choisi par eux.* » Toutefois, le Règlement européen relatif aux régimes matrimoniaux, désormais applicable, n'a pas non plus explicitement prévu cette possibilité. Or l'article 1397-3 vise expressément et exclusivement la Convention de la Haye²⁶².

146. **Incertitudes.** Certains auteurs ont alors considéré que cet article n'est plus désormais applicable et que cette possibilité n'est, par voie de conséquences, plus offerte aux

²⁶¹ L. n° 97-987 du 28 octobre 1997, op. cit.

²⁶² Art. 1397-2 C. civ. : « *Lorsque les époux désignent la loi applicable à leur régime matrimonial en vertu de la convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, faite à La Haye le 14 mars 1978, il est fait application des dispositions des articles 1397-3 et 1397-4.* ».

époux en l'attente d'une intervention du législateur²⁶³. En ce sens, les notaires ont, au cours du 115^e Congrès des Notaires de France²⁶⁴, sollicité de leurs vœux, à une grande majorité²⁶⁵, un « *éclaircissement* » concernant l'application de ces textes²⁶⁶. *A contrario*, d'autres auteurs se sont accordés à penser, en se fondant notamment sur le 18^{ème} considérant dudit Règlement, que cette faculté est toujours offerte aux époux²⁶⁷. En ce sens, la circulaire du 24 avril 2019²⁶⁸, bien que n'ayant pas de valeur législative, est venue préciser la bonne application de ce règlement et confirmer cette possibilité en énonçant : « *ce choix n'oblige pas les parties à se soumettre impérativement au régime légal de la loi choisie. Ils (époux et partenaires) pourraient ainsi choisir un régime conventionnel permis par cette loi* ». A notre sens, il paraît donc toujours possible pour les époux de choisir n'importe quel régime que la loi désignée prévoit. Il serait toutefois opportun, afin d'éviter tout débat, que le législateur vienne préciser ce point au sein même de notre Code civil²⁶⁹. En pratique, il conviendra de s'attacher à rédiger de manière claire la clause de désignation de la loi applicable en précisant de manière explicite si les époux ont choisi de se soumettre au régime légal applicable selon cette loi ou à un régime conventionnel prévu par celle-ci. Cette désignation peut intervenir en amont du mariage comme postérieurement à celui-ci. Ainsi, par la possibilité offerte aux époux de choisir au sein de la loi désignée un régime conventionnel, la désignation de loi applicable peut aboutir à réaliser un changement de régime en dehors du cadre prescrit par l'article 1397 du Code civil.

147. Une possibilité limitée. Si la désignation est possible, les époux n'ont pas un choix illimité quant à la loi désignée. Le Règlement est, sur ce point, plus restrictif que ne l'était la Convention de La Haye. En effet, il n'offre aux époux que deux options. Ils peuvent choisir de se soumettre à la loi nationale d'au moins l'un d'entre eux au moment de la désignation ou à la loi de résidence habituelle d'au moins l'un d'eux au moment de la désignation. Selon Madame Marielle Revillard, « *Toute nationalité possédée par l'un des*

²⁶³ M. LOPEZ DE TEJADA, « Règlement n°2016/1103 sur les régimes matrimoniaux : le notaire doit connaître les règles de forme relatives à la désignation de la loi applicable et à la conclusion d'une convention matrimoniale », Bulletin du CRIDON de Paris, n°8, 15 avril 2019, p.6.

²⁶⁴ 115^e Congrès des Notaires de France, *L'internationale : Qualifier. Rattacher. Authentifier*, Bruxelles, 2 au 5 juin 2019.

²⁶⁵ 96% des votes favorables à cette proposition.

²⁶⁶ Proposition 2, Commission 3, « *Vivre : La famille dans un contexte international* », présidée par Me V. MARMEY RAVAU et Me F. VARIN, rapporteur.

²⁶⁷ V. notamment, C. NOURISSAT et M. REVILLARD, « Pour une bonne application des règlements européens sur les régimes matrimoniaux et les partenariats enregistrés », Defrénois, n°41, p.17, 18 octobre 2018.

²⁶⁸ op. cit.

²⁶⁹ M. REVILLARD et C. NOURISSAT, « Circulaire du 24 avril 2019 relative aux règlements européens sur les régimes matrimoniaux et les partenariats enregistrés », Defrénois, 19 septembre 2019, n°151G6, p.25.

époux au moment de la désignation est considérée comme un lien suffisant pour que la loi interne de l'État de cette nationalité puisse être choisie, qu'il s'agisse de celle d'un État membre ou de celle d'un État tiers. Lorsqu'un époux a plusieurs nationalités, la loi de chacune d'elles peut être choisie, ce qu'exprime la formule « loi d'un État » »²⁷⁰. Cette solution, en présence d'époux ayant une pluralité de nationalités, est également retenue par certains auteurs de la doctrine²⁷¹ en se fondant sur le considérant 49 du Règlement. Ce Règlement a ainsi exclu la possibilité antérieurement offerte par la Convention de La Haye²⁷² d'opter pour l'application de la loi de la future résidence habituelle d'au moins l'un des époux après le mariage. Cette solution s'explique par la volonté d'éviter tout abus ou fraude à la loi. Elle permet également d'éviter le risque de remise en question causée par la non-effectivité d'une telle résidence. Elle est d'autant plus opportune que cette possibilité était souvent utilisée pour faire l'application d'une loi sans lien réel avec les époux.

148. Une limitation opportune. Dans une recherche de simplification, le Règlement affirme, en outre, l'impérative unicité du régime matrimonial et proscrit, à ce titre, toute pluralité de lois applicables. Ce faisant, il interdit la possibilité d'un « dépeçage » de la loi. Il n'est plus désormais possible, contrairement à ce que permettait la Convention de La Haye, d'opter concernant les immeubles, ou certains d'entre eux, pour la loi de leur lieu de situation. Si cette limitation peut être perçue comme une limitation à la liberté des époux, il conviendrait plutôt de l'analyser comme une volonté de simplification. En effet, si l'opportunité de cette application ponctuelle d'un régime déterminé à un bien pouvait notamment résider dans une volonté d'optimiser, civilement ou fiscalement, la transmission par le jeu du régime désigné, ce « dépeçage » de la loi aboutissait fréquemment à des situations complexes. Par l'application de celui-ci, il convenait au jour de la liquidation d'identifier dans chacune des lois applicables la solution à retenir. Cela pouvait alors aboutir à des contradictions et des incongruités. Dans une volonté de simplification et de clarification des situations, il est apparu opportun d'exclure cette possibilité afin d'unifier le régime applicable aux époux et de préserver ainsi la sécurité juridique.

²⁷⁰ M. REVILLARD, *Droit international privé et européen : pratique notarial*, Defrénois 2018, spéc. 600.

²⁷¹ P. WAUTELET, « Le Droit Européen des régimes patrimoniaux des couples, Commentaires des Règlements 2016/1103 et 2016/1104 », Coll. Trans Europe Expert, p.207.

²⁷² Art. 3, §3 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, op. cit.

§2 : Une désignation encadrée par des conditions de forme

149.**Conditions minimales.** Une fois déterminée la loi choisie par les époux, il conviendra de constater juridiquement ce choix. Cette possibilité était également offerte par la Convention de La Haye de 1978. Quant à la forme, la Convention prévoyait de manière alternative soit l'application des règles de l'État de régularisation du contrat, selon le principe *Locus regit actum*, soit les règles issues de la loi applicable au fond. Le Règlement prévoit également une grande liberté. Toutefois, il n'admet pas de choix implicite et exige un encadrement des règles de forme. Il énonce pour seule obligation la présence d'une convention formulée par écrit, datée et signée par les époux et admet même l'écrit sur support électronique durable²⁷³. Toutefois, il convient d'ajouter à ces conditions minimales, voire minimalistes, les exigences de forme supplémentaires prévues par les textes de droit interne.

150.**Lieu de résidence.** Face à un couple présentant des éléments d'extranéité, le notaire devra, dans un premier temps, distinguer selon que les époux ont ou non leur résidence habituelle en France. S'ils ont tous deux leur résidence habituelle en France, il ne semble pas envisageable d'établir un tel choix en dehors d'un acte notarié. Le choix de la loi applicable répondra alors aux mêmes règles de forme qu'un contrat de mariage classique²⁷⁴. Si l'un d'eux n'a pas sa résidence principale en France, il faudra alors distinguer selon qu'il a ou non sa résidence dans l'un des dix-huit États membres participant à ce Règlement. S'il a sa résidence dans un autre État membre participant, et que cet État prévoit des règles différentes pour les conventions matrimoniales, la convention devra alors satisfaire aux conditions fixées par au moins l'une de ces lois. Les époux auront, dans cette hypothèse, la possibilité de choisir la loi applicable au formalisme de leur convention. Ainsi, il convient de souligner qu'un acte non authentique pourrait contenir cette désignation de loi applicable à condition que les époux aient leurs résidences habituelles dans deux États membres participants, et que l'un au moins de ces États autorise la désignation par un acte sous-seing privé²⁷⁵ ou autrement²⁷⁶. *A contrario*, si le couple a sa résidence dans un État non-membre ou non participant, c'est alors impérativement les règles de forme de l'État membre participant qui devront être respectées. Le recours à l'acte authentique devrait être utilisé par préférence afin

²⁷³ Art. 23 du R (UE) n°2016/1103 du 24 juin 2016, op. cit.

²⁷⁴ V. *supra*, spéc. 26 et s.

²⁷⁵ Ex : la Finlande.

²⁷⁶ Tel serait notamment le cas d'un couple franco-italien, puisque la loi italienne prévoit que l'option quant au choix du régime doit être mentionnée sur l'acte de mariage daté et signé par les époux. Dans cette hypothèse, la forme authentique exigée en droit français ne serait pas obligatoire.

de faciliter la circulation et la reconnaissance des actes entre les États participants en application de l'article 58 du Règlement. En outre, il appartiendra au rédacteur de l'acte de s'assurer de respecter, outre ces règles de forme, l'ensemble des règles de police de l'État du lieu de régularisation du contrat.

151. Acte support. En présence d'époux diligents, ayant leur résidence habituelle en France, le notaire devra donc, en principe, établir un contrat de mariage, en la forme authentique, conformément au droit français contenant, outre le choix du régime, la désignation de la loi applicable. Il devra s'assurer que les conditions propres à l'établissement d'un tel contrat, décrites à l'article 1394 du Code civil, sont bien respectées. Il sera également impératif, comme pour tout contrat, de contrôler les conditions de droit commun et notamment la capacité des époux. Une fois régularisée, cette désignation devra faire l'objet d'une mention en marge de l'extrait d'acte de mariage. Toutefois, contrairement à l'établissement d'un contrat de mariage, cette désignation peut, selon le Règlement, être établie avant, pendant ou après la célébration de l'union.

152. Stipulation expresse. Si la liberté de forme du contrat contenant la désignation semble relativement large, il n'en demeure pas moins que cette désignation doit faire l'objet d'une « *stipulation expresse* »²⁷⁷ ou résulter indubitablement du contrat de mariage. Elle doit être incluse dans un acte autonome et spécial qui ne poursuit pas un autre objectif que la désignation de loi applicable. Par suite, une simple déclaration dans un acte ayant un autre objet ne peut être considérée comme suffisante pour traduire la volonté non équivoque des époux de soumettre leur régime à une loi désignée. En ce sens, la Cour de cassation a pu être amenée à étudier le cas d'époux mariés sans contrat de mariage en Algérie, avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye de 1978 et s'étant installés en France plusieurs années plus tard. Ils avaient acquis la nationalité française et acheté ensemble un bien immobilier. L'acte d'achat mentionnait qu'ils étaient « *soumis au régime de la communauté, selon le droit français* ». Lors du divorce, un litige survint quant à la détermination du régime matrimonial. La Haute juridiction a considéré que la déclaration faite dans l'acte d'acquisition, portant sur un autre objet, « *ne traduisait pas la volonté non équivoque des époux de soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle le régissant jusqu'alors et ne pouvait constituer une stipulation expresse* »²⁷⁸. On ne manquera pas de soulever l'imprécision du

²⁷⁷ Art. 21 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, op. cit.

²⁷⁸ Cass., 1^{ère} civ., 13 décembre 2017, n°16-27.216 : P ; JurisData n° 2017-025514 ; D. 2018, 339, n. M. FARGE ; AJ. Fam., 2018, 129, obs. A. BOICHE ; JCP 2018, n°73, n. G. WIEDERKEHR.

notaire rédacteur qui aurait dû interroger les époux sur leurs éléments d'extranéité afin d'identifier correctement le régime applicable. Nul doute qu'une recherche approfondie aurait permis de mieux identifier les éléments d'identification de la loi applicable et, parallèlement, d'informer les époux quant à la précarité de leur situation.

153. Le consentement. *« Il est quelquefois nécessaire de changer certaines lois. Mais le cas est rare ; et lorsqu'il arrive, il n'y faut toucher que d'une main tremblante »*²⁷⁹ rappelait Montesquieu. Il semble que les rédacteurs de ce Règlement en souhaitant procéder à une simplification des textes aient abouti à créer une nouvelle *« bombe à retardement »*²⁸⁰ dans le paragraphe 2 de son article 24. En effet, comme dans tout contrat, la question du consentement ne doit en aucun cas être omise. Or la convention sur le choix de la loi est soumise à la loi choisie en application de l'article 22 du Règlement. Cette loi peut ainsi être la loi de l'État de la résidence habituelle d'un des époux ou la loi nationale de l'un des époux appréciée au jour de la régularisation de la Convention. Toutefois, par dérogation, l'article 24 prévoit, aux termes de son paragraphe 2, la possibilité pour un époux d'établir son absence de consentement en se fondant sur la loi de l'État de sa résidence au jour de la saisine de la juridiction *« s'il ressort des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cet époux conformément à la loi visée au paragraphe 1 »*. Si le but de cet article est louable car il a pour objectif d'aboutir à une meilleure adaptation aux circonstances d'espèce, il demeure particulièrement dangereux. En effet, il pourrait conduire à remettre en cause des contrats valablement formés. Afin d'anticiper cette éventualité, il appartiendra au notaire instrumentaire de s'assurer la preuve de la parfaite compréhension des époux. Si cette obligation existe envers les époux ne présentant aucun élément d'extranéité, elle sera encore accrue en présence de tels éléments.

154. La désignation en cours d'union. Une fois le formalisme maîtrisé, l'article 69 du Règlement autorise les époux, comme le prévoyait déjà la Convention de La Haye de 1978, à procéder à une mutabilité volontaire de la loi applicable. Cet article les autorise ainsi, quelle que soit la date de célébration de leur mariage²⁸¹, à changer la loi applicable en cours d'union et ce, qu'ils aient ou non procédé à une désignation de la loi applicable *ab initio*. Le notaire aura sur ce point un rôle de conseil essentiel.

²⁷⁹ MONTESQUIEU Ch. L. de S., *Lettres Persanes*, XXIV, 1721.

²⁸⁰ J. GASTE et C. NOURISSAT, JCP N, n° 47, 23 novembre 2018, op. cit.

²⁸¹ Art. 69 §3 du Règlement (UE) du 24 juin 2016, op. cit.

Section 2 : La désignation de la loi applicable, un outil à la portée du notaire

155. **Une solution plurielle.** Risque de mutabilité, méconnaissance de la loi applicable, erreur quant au régime applicable... Nombreuses sont les hypothèses où l'acte contenant désignation de la loi applicable, voire du régime applicable, s'avérera opportun. En droit international privé, il n'existe pas de *vademecum* unique et universel. Chaque couple devra donc faire l'objet d'une analyse *in concreto* afin de déterminer ses besoins et ses problématiques propres. En effet, la pluralité de lois et les aléas de la vie du couple emporteront en la matière de nombreuses variations. Le notaire se doit, compte tenu de la mondialisation actuelle, de se tenir informé et d'informer ses clients de ces solutions nouvelles. Bien que limitée dans son champ d'application, la désignation de loi applicable sera un outil souvent opportun (§1). Cet outil pourra également être employé afin d'anticiper les risques de dissolution de l'union (§2)

§1 : Le rôle pluriel du notaire face à une solution opportune mais limitée

156. **Une solution opportune.** Lorsque la situation pourrait le nécessiter, le notaire devra être en mesure de proposer aux époux l'établissement d'un acte contenant la désignation de loi applicable afin de répondre à leurs besoins. Face à des éléments d'extranéité, le notaire se doit d'expliquer aux époux, ou futurs époux, la possibilité de procéder à un changement de loi applicable à tout moment de leur union et, si l'opportunité existe, leur conseiller l'établissement d'un tel acte. Il aura alors un rôle prépondérant de conseil et devra, à ce titre, faire œuvre de pédagogie. Ce rôle sera encore accru par la complexité de chaque situation individuelle (A). Cette désignation a des opportunités plurielles qu'elle intervienne *ab initio* ou en cours d'union (B).

A. L'obligation de contrôle et de conseil du notaire

157. **Une obligation de contrôle.** Compte tenu des éléments de complexité liés à la situation des époux, le notaire ne pourra, en aucun cas, se contenter des éléments transmis ou des déclarations faites par les époux. Il lui incombera, au titre de son devoir de conseil, face à des époux non diligents, ou non informés, de s'assurer qu'ils connaissent les conséquences de

l'absence de désignation de la loi applicable. Il devra ainsi tenter de déterminer la loi applicable à leur situation particulière et les informer des conséquences de celle-ci sur la composition et le devenir de leurs patrimoines.

158.Exemple. L'exemple de ces risques a notamment pu être illustré par le cas d'époux mariés avant l'entrée en vigueur du Règlement européen et ayant établi leur premier domicile en Suisse. Lors de l'acquisition d'un bien en France, il a été stipulé une acquisition à concurrence de moitié par chacun des époux. Or l'ancien régime légal suisse de « l'union des biens » prévoyait en cas de liquidation un partage inégal au profit de l'époux qui l'amenait à recevoir deux tiers des biens au détriment de l'épouse qui ne recevait, quant à elle, que le tiers de surplus. L'absence de recherche par le notaire du régime matrimonial et de la loi applicable aux époux aboutissait alors à une situation particulièrement défavorable pour l'épouse qui, alors même qu'elle avait financé la moitié du bien, ne pouvait prétendre qu'à une créance d'un tiers à l'encontre de son époux. Au cas d'espèce, la Cour de cassation est venue préciser²⁸² l'inapplicabilité de cette règle compte tenu de la « *discrimination à l'encontre de la seule épouse dans la liquidation et le partage des biens de l'union conjugale* » afin de rétablir entre eux l'égalité des droits. Nul doute, toutefois, que la responsabilité du notaire aurait pu être engagée par l'épouse pour défaut de conseil et d'information sur les conséquences de l'application de ce régime si elle avait abouti à une situation dommageable pour elle.

159.La désignation d'un régime étranger. Lorsque le notaire sera amené à établir un acte contenant la désignation d'une loi applicable, il sera principalement consulté en vue de l'application de sa loi nationale. Toutefois, tel ne sera pas toujours le cas. Les époux peuvent, en effet, désigner une autre loi que la loi française et, par exemple, leur loi nationale²⁸³. Le notaire instrumentaire sera alors amené à établir un contrat reprenant des principes qui peuvent lui être inconnus. La connaissance de tous les régimes matrimoniaux étrangers nécessiterait un savoir encyclopédique, objectivement inaccessible. Il conviendra alors de prendre contact avec un juriste local afin de s'assurer des règles applicables et d'informer les époux de l'ensemble des conséquences de leur choix. Si un débat doctrinal existe quant à la précision de l'exposé relatif aux règles applicables qu'il convient d'insérer dans un tel acte, il nous semble préférable que ce choix s'accompagne d'un exposé complet des règles qu'il entraîne. Cette solution s'explique par une volonté pédagogique de s'assurer de la parfaite

²⁸² Cass., 1^{ère} civ., 24 février 1998, n°95-18.647 : Bull. 1998, I, n°71, p.47 ; D. 1999, 309, n. J. THIERRY.

²⁸³ Notons que, même en l'absence d'élément d'extranéité, grâce à la liberté des conventions matrimoniales, des époux pourraient se soumettre à un régime légal ou conventionnel étranger.

compréhension des règles applicables autant par les tiers que par le couple lui-même. Cette volonté doit être d'autant plus prégnante que ces règles auront vocation à s'appliquer aussi bien au régime lui-même qu'à tout changement de régime matrimonial éventuel. En effet, elles seront également applicables concernant la possibilité²⁸⁴ et les conditions de fond comme de forme d'un tel changement. En vue d'établir cet exposé, le notaire pourra notamment s'appuyer sur un certificat de coutume fourni par un juriste local²⁸⁵. En matière de droit international privé, la confraternité et l'inter-professionnalité sont primordiales.

B. La désignation a posteriori : une solution aux multiples opportunités

160. Une solution maintenue. La possibilité de procéder à une désignation de loi applicable en cours d'union était déjà offerte aux époux par la Convention de La Haye de 1978. Le nouveau Règlement européen a maintenu cette faculté tout en modifiant son fondement. En effet, l'article 6 de la Convention n'est désormais plus applicable et toute désignation doit désormais être fondée sur l'article 22 du Règlement à peine de nullité. Sur ce point, les notaires doivent être particulièrement attentifs à la rédaction de leurs actes afin de s'assurer de leur efficacité. En application du nouvel article 22 du Règlement, l'ensemble des couples mariés peuvent procéder à une telle désignation qui connaît une importante opportunité (1), encore accrue par la possibilité de prévoir la rétroactivité de celle-ci (2).

1. Une solution palliative au changement de régime matrimonial

161. Opportunités postérieures. S'il est possible d'utiliser cette solution afin de déterminer *ab initio* la loi applicable à l'union, elle sera plus fréquemment utilisée *a posteriori*. Dans cette hypothèse, elle pourra alors répondre à une pluralité d'objectifs. Elle peut parfois permettre de pallier l'absence de diligence initiale des époux en évitant la soumission à une loi dont le régime légal serait défavorable à leur situation. En effet, par absence de diligence ou méconnaissance, il est fréquent que les époux aient la surprise de découvrir qu'ils sont soumis à la loi d'un État avec lequel ils n'ont plus aucun lien ou à une loi dont ils ignoraient l'existence et, *a fortiori*, les conséquences. Cette désignation pourra également répondre à un besoin de sécurisation. En effet, la mutabilité automatique demeure

²⁸⁴ Cass., Req., 4 juin 1935, *Zelcer*, op. cit.

²⁸⁵ Dans ce but, le notaire pourra notamment faire usage de la plateforme EUFides mise en place pour les notaires d'Europe.

un risque à ne pas omettre pour un certain nombre d'époux. Un tel acte permettra d'identifier définitivement la loi applicable et ainsi d'éviter le risque de mutabilité involontaire.

162.Changement de régime. Comme le soulignait, à juste titre, Monsieur Simon Dessis, « *Le temps où l'on choisissait un régime matrimonial pour la vie est depuis longtemps révolu* »²⁸⁶. En ce sens, la désignation peut également permettre de tenir compte de l'évolution de la situation des époux et, par ce biais, de procéder à un changement de régime matrimonial sans avoir à remplir les conditions légales prescrites par l'article 1397 du Code civil. En effet, en application de l'article 1397-3, alinéa 3 du Code civil²⁸⁷, cette désignation semble permettre, sous les réserves énoncées ci-dessus, de déterminer au sein de la loi désignée le régime auquel les époux entendent soumettre leur union. Sur ce point, le professeur Éric Fongaro précisait « *une chose est le changement de régime matrimonial, autre chose la modification de la loi applicable au régime matrimonial* »²⁸⁸. Suivant ce raisonnement, il semble ainsi possible d'utiliser la présence d'un élément d'extranéité pour permettre aux époux de rattraper une situation mal comprise ou mal choisie, ou pour adapter au mieux le choix du régime à cette situation en cours d'union. A ce titre, le changement de loi applicable, intervenant en cours d'union, n'aurait donc pas à répondre aux conditions exigées pour le changement de régime matrimonial en droit interne. Cette position n'est toutefois pas partagée par la totalité de la doctrine. Afin d'assurer l'efficacité de ce changement, il conviendra de s'intéresser à la reconnaissance de cette solution dans les États étrangers ayant des liens avec les époux. A défaut, une telle désignation pourrait s'y avérer inefficace et cette solution perdrait, tout au moins en partie, son opportunité. Il conviendra alors d'orienter, selon les cas, les époux vers un changement de régime matrimonial, plus facilement reconnu dans les États non-participants ou en dehors de l'union européenne, ou vers un changement de loi applicable.

2. Le péril de la rétroactivité face aux créanciers

163.L'atout de la rétroactivité. Concernant l'application dans le temps de cette désignation, le principe est celui d'une application de la loi désignée à compter de l'acte contenant cette désignation. Toutefois, ce Règlement prévoit expressément la possibilité pour

²⁸⁶ S. DESSIS, « Le changement de la loi applicable au régime matrimonial dans le règlement (UE) 2016/1103 », Act. Prat. Strat. Pat., n°3, Juillet 2018, dossier 27, op. cit.

²⁸⁷ Art. 1397-3, al. 3 C. civ. : « *A l'occasion de la désignation de la loi applicable, avant le mariage ou au cours de celui-ci, les époux peuvent désigner la nature du régime matrimonial choisi par eux* ».

²⁸⁸ E. FONGARO, « Le choix de loi applicable au régime matrimonial », Dr. Fam. 2017, dossier 31, n°13.

les époux de rendre un tel choix rétroactif²⁸⁹ sans que cela ne puisse porter « *atteinte aux droits des tiers résultant de cette loi* »²⁹⁰. Il est ainsi possible pour les époux de décider que la désignation réalisée postérieurement à leur union a vocation à s'appliquer dès la célébration de celle-ci. Par le jeu de cette clause de rétroactivité, les époux seront réputés avoir toujours été mariés en application de la loi désignée et selon le régime choisi au sein de cette loi. Cette possibilité de rétroactivité est un outil précieux pour le notaire, notamment en présence d'une hypothèse de mutabilité automatique. Dans une démarche de qualité, il aura alors un rôle de conseil essentiel afin d'orienter les époux vers cette solution. En effet, elle pourra s'avérer plus efficace²⁹¹ et moins onéreuse²⁹² qu'un changement de régime matrimonial classique. Il pourra également être judicieux, notamment lorsque les époux n'entendent pas faire rétroagir les effets de cette désignation, de leur conseiller de liquider leur régime en application de la loi initialement choisie. L'opportunité de cette liquidation se justifie, d'une part, par une facilité de preuve accrue et, d'autre part, par une plus grande diligence de leur part lors d'une liquidation amiable que lors d'une liquidation contentieuse.

164. Opposabilité et créancier. Face à toute déclaration de loi applicable, il convient de s'intéresser à la question de l'opposabilité vis-à-vis des tiers. Dans ce but, l'article 28 du Règlement est venu prévoir les règles applicables à une telle opposabilité. Par le jeu de cet article, la loi applicable ne peut être opposée à un tiers, lors d'un différend, que si l'époux est en mesure de démontrer que le tiers « *a eu connaissance de cette loi ou aurait dû en avoir connaissance en faisant preuve de la diligence voulue* ». Cet article précise également les hypothèses où cette connaissance sera présumée. Tel sera notamment le cas lorsque la loi applicable est celle de l'État dont la loi est applicable à la convention, celle de la résidence habituelle de l'ensemble des parties (époux et tiers) ou celle de la loi de situation de l'immeuble objet du contrat. Il sera également possible pour l'époux de se prévaloir de la publicité ou de l'enregistrement dudit régime conformément aux dispositions légales prescrites par les mêmes lois. A défaut, la loi réputée être la loi applicable pour le tiers sera celle de la convention ou du lieu de situation de l'immeuble objet de la convention. Toutefois, il est possible pour l'époux contractant de s'assurer de la parfaite information du tiers sur sa

²⁸⁹ Art. 22 §2 du Règlement (UE) du 24 juin 2016, op. cit.

²⁹⁰ Art. 22 §3 du Règlement (UE) du 24 juin 2016, op. cit.

²⁹¹ Notamment du fait de la possibilité de prévoir une rétroactivité de ladite désignation.

²⁹² Un couple, présentant un élément d'extranéité, pourrait utiliser une telle désignation afin de passer d'un régime communautaire à un régime séparatiste sans avoir à procéder à un partage des biens en optant pour une rétroactivité de ce choix au jour de leur union. Ainsi, le régime de séparation s'appliquerait *ab initio* et les biens seraient réputés être détenus indivisément, évitant donc de procéder à un partage et, en conséquence, évitant par la même la taxation liée à un tel acte.

situation matrimoniale en insérant dans la convention une information expresse sur ce point. Le rédacteur d'une telle convention, qu'il soit notaire ou avocat, devra donc impérativement s'assurer de la parfaite information du tiers à ce sujet afin d'éviter tout litige postérieur.

§2 : Un outil inattendu face au divorce

165. Un palliatif méconnu. Si cela peut paraître anecdotique, bien que de plus en plus fréquent, la désignation de loi applicable peut, dans certain cas, s'avérer être un outil précieux en cas d'anticipation de la séparation des époux. Tel pourra notamment être le cas face à des époux, non diligents ou mal informés, ou encore ayant subi à leur insu une mutabilité automatique, qui se comporteraient tout au long de leur union comme un couple « séparatiste » mais qui seraient, en réalité, mariés sous un régime d'esprit communautaire. La désignation de loi applicable apparaîtra alors comme un outil permettant de « réparer » cette situation afin qu'elle corresponde, par le jeu de la rétroactivité, à l'intention initiale des époux. Cette solution permettra ainsi d'accorder la volonté des parties avec la réalité du droit. Cette solution pourrait également permettre, lorsque l'application de la loi applicable pourrait aboutir à une inégalité, voire à une discrimination, de pallier avant tout partage un tel risque et, ainsi, de réduire, voire d'éviter, le contentieux. De ce fait, cette solution offre aux époux la faculté de choisir ou d'orienter les règles applicables à leur séparation afin que, en cas d'accord entre eux, elles puissent aboutir à une liquidation plus apaisée.

166. Contourner le partage. Parallèlement, la désignation de la loi applicable pourrait, de manière plus anecdotique, être utilisée afin d'éviter un partage couteux aux époux. Dans l'hypothèse d'époux mariés sous un régime communautaire, n'ayant pas acquis de biens immobiliers, en cas de séparation, ces derniers seraient contraints, en principe, de procéder au partage des droits et biens qu'ils détiennent en commun. L'actif net ainsi établi serait alors soumis au droit de partage au taux de 1,10%²⁹³. Cette taxation entraîne fréquemment un blocage dans l'établissement des partages et génère un important contentieux entre les époux qui perçoivent mal cette taxation. Afin de contourner cette fiscalité, il pourrait être envisagé de procéder à une désignation de loi applicable et de faire opter les époux pour une loi connaissant un régime séparatiste en stipulant une application de ce choix rétroactive au jour du mariage. Dans cette hypothèse, chacun détenant ses biens personnellement, aucun

²⁹³ Art. 746 CGI modifié par la L. n°2019-1479 de finances pour 2020 du 28 décembre 2019 (JORF n°0302 du 29 décembre 2019) : le taux était de 2,5% jusqu'au 1^{er} janvier 2020 et de 1,8% du 1^{er} janvier 2020 au 1^{er} janvier 2022.

partage n'aurait à intervenir et les époux éviteraient ainsi le droit de partage. Toutefois, il convient d'attirer l'attention des époux sur le risque de requalification en abus de droit fiscal d'une telle solution et de s'assurer que d'autres éléments peuvent être mis en exergue quant à l'intérêt de cette opération afin d'éviter que celle-ci soit considérée comme ayant un but principalement fiscal²⁹⁴ et soit, à ce titre, sanctionnée. Ainsi, il sera essentiel de mettre en lumière l'intérêt des époux d'opter pour un régime leur permettant une gestion indépendante de leurs biens et les protégeant des créanciers personnels de chacun d'eux, ou encore, de rappeler que la désignation ne vient, au cas d'espèce, que pallier un manque de diligence ou une incompréhension des époux *ab initio*. Il pourra également être mis en exergue que cette désignation a vocation à permettre un consensus entre les époux afin d'aboutir à une situation pacifiée en évitant ainsi un contentieux judiciaire.

167. Un outil de médiation. Grâce à la possibilité de fixer la loi applicable de manière rétroactive, il est également possible de conforter les situations telles que les époux pensaient les avoir établies et, ainsi, de ne pas créer de contentieux au sein même d'une situation déjà contentieuse. De plus, elle pourrait aussi être utilisée comme outil de médiation afin de permettre certains consensus, ou certaines concessions, et d'aboutir, ainsi, à des situations plus apaisées. Cet outil, encore mal connu de la pratique, bien qu'existant depuis plusieurs années, devrait être mieux appréhendé par les praticiens du droit afin d'en développer l'usage. En effet, il pourrait permettre de sortir de certaines situations inextricables dont le principal élément de difficulté réside dans la désignation de la loi applicable alors même que les époux seraient d'accord pour opter pour un régime déterminé. Cette solution permettra alors de trancher cet élément de difficulté et, ainsi, d'aboutir au divorce dans un délai plus restreint et un contexte plus apaisé. *A contrario*, en cas de contestation de l'un des époux du régime applicable, il pourrait être utilisé comme un élément de négociation afin d'aboutir à un consensus en vue de sortir de situation parfois complètement figée. La désignation de loi applicable devrait donc apparaître, en présence d'éléments d'extranéité, comme un outil d'harmonisation, voire de médiation.

²⁹⁴ Nouvelle définition de l'abus de droit fiscal issue de la L. n°2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019 (JORF n°0302 du 30 décembre 2018).

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

168.**Désignation.** Dans l'hypothèse où la détermination de la loi applicable aboutirait à une situation non conforme à la volonté des époux, le notaire aura la possibilité de les orienter vers la régularisation d'un changement de régime matrimonial « classique » ou vers l'établissement d'un contrat contenant la désignation de la loi applicable. Une telle désignation est un outil précieux, à plus d'un titre, du fait des possibilités qu'elle offre aux époux. Bien qu'elle soit encadrée par des prescriptions légales et que les époux n'aient pas la liberté totale quant à la loi désignée, un tel outil leur permettra, notamment, de pallier un manque de diligences de leur part *ab initio* comme de procéder à un changement de régime en dehors des règles prescrites par le Code civil. En outre, cette désignation pourra également, dans certaines hypothèses, apparaître comme un outil précieux face au divorce.

169.**Appel au législateur.** Afin d'assurer l'efficacité d'une telle désignation, il serait opportun que le législateur français s'attache à procéder à une réécriture de l'article 1397-2 du Code civil afin que, par la combinaison de cet article et des articles 1397-3 et 4 du même Code, tout doute quant à la faculté des époux de désigner au sein de la loi choisie un régime déterminé soit évincé. A ce titre, la rédaction dudit article pourrait alors être la suivante :

Article 1397-2 : *Lorsque les époux désignent la loi applicable à leur régime matrimonial autant en vertu de la convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, faite à La Haye le 14 mars 1978, qu'en vertu du Règlement européen 2016/1103 du 24 juin 2016, il est fait application des dispositions des articles 1397-3 et 1397-4.*

170.**Limites intrinsèques.** Si la désignation de loi applicable est une solution efficace, elle n'en demeure pas moins limitée. De ce fait, le praticien du droit qui verrait dans cet outil un palliatif universel, ne doit pas omettre son application limitée. Il est tenu de s'assurer d'éviter les effets néfastes d'un « *forum shopping* ». Dans un contexte international, il est nécessaire de prêter attention à l'efficacité des actes réalisés aussi bien dans l'État où l'acte est réalisé que dans celui avec lequel les époux ont également des liens. Il conviendra donc de s'intéresser à l'efficacité d'une telle désignation dans l'ensemble de ces États. Dans ce but, il lui incombe d'identifier les États avec lesquels les époux, ou futurs époux, entretiennent des liens étroits. Lorsque ceux-ci sont partis à la coopération renforcée susvisée, la désignation recevra une application complète. *A contrario*, cette désignation peut avoir des conséquences

limitées, voire inexistantes, face à des États non-participants à la coopération ou tiers à l'Union Européenne. Dans ces hypothèses, et afin de pallier les risques de l'inefficacité, il sera parfois judicieux de s'orienter vers un changement de régime matrimonial classique. Afin d'assurer une information complète du couple, il peut être opportun de stipuler une clause comme suit :

« Avertissement :

Les parties au présent contrat reconnaissent avoir été expressément informées par les soins du notaire soussigné que la loi ainsi désignée sera reconnue dans tous les États participants à la coopération renforcée en matière de régime matrimonial (Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Croatie, Espagne, France, Finlande, Grèce, Italie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Portugal, République Tchèque, Slovaquie et Suède) mais pas nécessairement dans les autres États membres de l'Union européenne n'y participant pas, et, a fortiori, dans des États tiers »²⁹⁵.

²⁹⁵Clause proposée par R. CRONE in « Choix d'une loi applicable par des époux ou des partenaires après le 29 janvier 2019 », Solution notaire hebdo, n°9, 15 mars 2018, p.10.

CONCLUSION DU TITRE II

171. Une problématique mondialisée. Le contrat de mariage ne peut être totalement distingué d'un contrat de droit commun. A ce titre, l'analyse de sa validité comme de son efficacité doit être appréciée autant sous le prisme du droit national que du droit international vis-à-vis des États avec lesquels les époux entretiennent des liens plus ou moins étroits. Toute analyse du régime matrimonial du couple doit donc passer par un préalable qu'est l'audit de leur patrimoine mondial et de l'identification des liens juridiques actuels ou à venir avec un ou plusieurs États. Le raisonnement suivi par le notaire devra être le suivant :

- 1) Identification de la date de célébration de l'union : permettant l'analyse des lois, conventions et Règlements applicables à celle-ci ;*
- 2) Identification du premier domicile à la suite de l'union (ou de la première résidence si les époux sont mariés postérieurement au 29 janvier 2019) ;*
- 3) Localisation des éléments du patrimoine du couple et identification des États avec lesquels le couple entretient ou entend entretenir dans l'avenir des liens : permettant d'identifier les règles de forme et de fond qui devront être ajoutées aux règles imposées par le lieu de régularisation du contrat afin d'en assurer l'efficacité et la reconnaissance dans les États concernés ;*
- 4) Recherche des éventuels cas de mutabilité volontaire ou subie : par l'analyse du parcours de vie des époux, le notaire pourra identifier si la loi applicable au régime matrimonial des époux a subi une ou plusieurs modifications et pourra ainsi identifier le régime matrimonial actuel des époux ;*
- 5) Contrôle, établissement ou modification éventuelle du contrat de mariage : une fois la situation des époux analysée et la loi applicable identifiée, le notaire devra accompagner les (futurs) époux dans le choix de loi applicable – en présence d'élément d'extranéité – comme dans le choix du régime le plus adapté. En présence de clients déjà mariés, il devra s'attacher à contrôler le contrat de mariage existant afin de s'assurer de son efficacité comme de sa compatibilité avec la volonté des époux. Lorsque le régime matrimonial applicable n'est pas ou plus adapté, il lui appartiendra de les orienter vers l'aménagement du régime ou le changement complet de celui-ci. Il sera également possible, en présence d'éléments d'extranéité, de procéder en cas de doute ou si la loi identifiée ne correspond pas ou plus à la volonté des parties, à une désignation de loi applicable.*

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

172.**Un outil contractuel.** En présence d'époux ayant la volonté de prévenir une éventuelle désunion, le contrat de mariage apparaît comme l'outil incontournable. Sa plasticité leur offre un panel important d'aménagements afin de répondre au mieux à leurs objectifs. Compte tenu de l'importance d'un tel contrat, le législateur encadre strictement son établissement. Le notaire rédacteur devra s'assurer du parfait respect de ces conditions qu'elles soient issues du droit commun des contrats ou du droit spécial des régimes matrimoniaux. Ainsi, l'analyse complète des règles applicables à ce contrat s'avère un prérequis essentiel. En effet, il ne nous paraît pas envisageable de procéder à une étude approfondie de cet outil sans en comprendre le fonctionnement et les limites. Son efficacité est intrinsèquement liée à sa maîtrise.

173.**Extranéité.** Dans un contexte mondialisé, ce contrat doit, en outre, respecter un certain nombre de normes nationales et internationales afin d'assurer son efficacité et la pérennité des règles qu'il contient. Face à des époux peu diligents, le notaire aura pour rôle d'identifier, à la fois, le corps de règles applicables à leur union en fonction de la date de célébration de celle-ci et, au sein de ce corpus législatif, les critères de rattachement permettant de déterminer la loi applicable à l'union. Une fois la loi ainsi déterminée, il lui sera alors possible d'exposer aux époux le régime matrimonial auquel ils sont soumis. Dans l'hypothèse où cette détermination s'avérerait contestable ou aboutirait à une solution contraire aux intérêts des époux, il pourra leur conseiller de procéder à une désignation de la loi applicable et d'y inclure le choix, au sein de cette loi, d'un régime matrimonial déterminé. Cette mutabilité volontaire est un outil précieux pour les époux.

174.**Choix du régime.** Toutefois, si ce contrat est un outil indispensable en matière d'anticipation du divorce, en droit interne comme en droit international, il n'en demeure que le support. En effet, le contrat n'est rien sans les clauses qui le composent. Il est indissociable du choix du régime matrimonial. Ce régime aura alors vocation à régir l'ensemble des règles applicables aux époux entre eux et à l'égard des tiers, d'un point de vue patrimonial et extrapatrimonial. Dans une volonté de prendre en compte la diversité des situations et l'originalité de chaque union, le législateur offre à chaque couple la faculté de choisir le régime matrimonial le mieux adapté à ses besoins et à sa vision de l'union. Il met à leur disposition un éventail diversifié de contrats nommés ou innommés, généraux ou « sur-

mesure ». C'est ce choix qui offrira aux époux une certaine marge d'anticipation face au risque d'une éventuelle séparation. Il conviendra alors d'analyser plus amplement les opportunités offertes aux époux par le choix de leur régime matrimonial.

DEUXIEME PARTIE : L'ANTICIPATION DU DIVORCE PAR LE CHOIX DU REGIME MATRIMONIAL

175. Une popularité en hausse. « *Le seul mauvais choix est l'absence de choix* »²⁹⁶. En matière de régimes matrimoniaux, c'est aux époux qu'incombera ce choix. Il peut se traduire autant par l'établissement d'un contrat de mariage que par l'inaction des futurs époux. Or, si le taux de nuptialité tend à diminuer de manière quasi-constante²⁹⁷, le pourcentage des couples mariés sous un régime dérogeant au régime légal est à revoir à la hausse ainsi qu'il résulte d'une étude réalisée, pour l'INSEE, par Monsieur Nicolas Frémeaux et Madame Marion Leturcq²⁹⁸. Selon cette même étude, pour l'année 2010, le taux de contrats de mariage pour les couples récemment mariés atteignait 17%²⁹⁹. Déjà une telle hausse avait été constatée aux termes d'une étude menée en 1996 par Mesdames Alice Barthez et Anne Laferrère, « *en France, 16% des couples établissent contrat au moment de leur mariage, 3% dans les années qui suivent, soit au total 19% des couples mariés.* »³⁰⁰.

176. Réticences. Bien que ce taux soit croissant, la majorité des couples demeurent mariés sous le régime légal par choix, par défaut d'informations ou par facilité. Ainsi, malgré cette progression, le nombre de contrats de mariage demeure encore trop faible. Cette réticence peut s'expliquer par une crainte des époux d'aborder les « questions qui fâchent » au jour de leur union ou par une méconnaissance de ces derniers de l'intérêt d'un tel contrat. En ce sens, il est fréquent que des futurs époux, notamment les moins aisés, s'interrogent sur son utilité alors même que leurs patrimoines sont, au jour de leur union, de faible importance. Il apparaît alors primordial de leur rappeler que le mariage doit être considéré comme une « association conjugale »³⁰¹ dont il convient de régir le fonctionnement. Dans ce but, ils seront alors confrontés à une problématique décisive : définir ensemble *ab initio* le degré de participation auquel ils entendent se soumettre ainsi que la vision du couple qu'ils entendent adopter. Aussi, même s'il peut paraître déroutant d'aborder la question du divorce au jour du

²⁹⁶ A. NOTHOMB, *Métaphysique des tubes*, éd. Albin Michel, 2000.

²⁹⁷ 227 000 mariages en 2019 contre 234 735 mariages en 2018, 393 686 en 1970 et 516 882 en 1946 (source INSEE).

²⁹⁸ N. FREMEAUX et M. LETURCQ, « Age et génération », *Économie et Statistique* n°462-463, 2013.

²⁹⁹ Historiquement, un taux aussi élevé ne s'était pas retrouvé depuis la réforme de 1965.

³⁰⁰ A. BARTHEZ et A. LAFERRERE, « *Économie et Statistique, Le patrimoine des Français : comportements et disparités* », n°296-297, 1996, Insee.

³⁰¹ Art. 1387 C. civ.

mariage, celle-ci ne doit en aucun cas être omise. Il serait judicieux qu'une meilleure information des futurs époux soit délivrée afin de leur permettre de faire un choix raisonné en parfaite connaissance de cause. Cette consultation préalable à l'union permettrait alors d'aborder l'ensemble des questions relatives aussi bien au fonctionnement de l'union qu'aux hypothèses de dissolution de celle-ci et, ainsi, de permettre d'orienter les époux vers les stipulations contractuelles les mieux adaptées à leur situation particulière.

177. Rôle de conseil. Le notaire sera l'interlocuteur privilégié du couple confronté au choix de leur régime matrimonial que ce soit au jour de l'union ou au cours de celle-ci. La notion de régime matrimonial peut être définie comme « *le statut qui gouverne les intérêts pécuniaires des époux, dans leurs rapports entre eux, et dans leurs rapports avec les tiers et dont l'objet est de régler le sort des biens actifs et passifs des époux pendant le mariage et à sa dissolution* »³⁰². Une importante liberté transparaît quant à l'établissement et à l'adaptation des règles le régissant. A ce titre, il lui appartiendra d'aider les couples à identifier l'ensemble des particularités qui leur sont inhérentes et de mettre en exergue les éléments clés de ce choix. Toutefois, c'est aux époux qu'il incombera, en dernier lieu, de déterminer le régime auquel ils entendent se soumettre.

178. Pluralité de choix. Bien que ce choix soit pluriel, si ce n'est quasi-illimité, il est possible d'identifier deux grands types de régimes : les régimes séparatistes et les régimes communautaires. Cette opposition dichotomique incarne les deux visions du mariage : la recherche d'une fusion patrimoniale confrontée à la volonté d'indépendance. Dans une volonté de clarté, il sera étudié indépendamment ces deux grands types de régimes. Chacun présente, en effet, des atouts dans la recherche d'une pacification de la désunion. Les régimes communautaires, parmi lesquels le régime légal français, impliquent une mise en commun, plus ou moins large, de l'enrichissement procuré aux époux pendant leur union (Titre 1). A l'opposé, les régimes séparatistes incarnent, quant à eux, l'indépendance et l'autonomie des patrimoines (Titre 2). Toutefois, si cette *summa divisio* ne peut être contestée, elle doit être nuancée. En effet, il existe à côté de ces deux types de régimes, des régimes plus atypiques où s'entremêlent des règles et principes attachés à la fois aux régimes communautaires et aux régimes séparatistes. Parmi ces régimes « hybrides », il conviendra d'étudier de manière plus approfondie le régime innommé de la séparation de biens avec adjonction d'une société d'acquêts et le régime de la participation aux acquêts (Titre 3).

³⁰² *Lexique des termes juridiques*, op. cit.

TITRE I : LES REGIMES COMMUNAUTAIRES : LE CHOIX DE LA FUSION PATRIMONIALE

179.**Fusion.** « *L'amour, c'est la fusion, l'identification de deux êtres qui s'admirent et s'adorent l'un l'autre* »³⁰³. Cette citation de George Sand peut permettre de résumer l'esprit communautaire. En effet, l'objectif poursuivi par les époux est alors de procéder à une « fusion » de leurs patrimoines par la création d'un patrimoine commun. Ainsi, quel que soit le régime communautaire élu par les époux, celui-ci va entraîner une mise en commun patrimoniale plus ou moins complète. Cette fusion patrimoniale est « *un concept évolutif, né du rapprochement entre la volonté de construire un projet de vie à deux, et la méfiance inconsciente de « l'autre* » »³⁰⁴. Si par la mise en œuvre de celle-ci, les époux communautarisent leurs intérêts patrimoniaux, un tel choix peut également permettre un désarmement mutuel face à un éventuel divorce, en neutralisant, dans certaines hypothèses, leurs intérêts pécuniaires.

180.**Popularité.** Parmi les options offertes aux époux, le régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts demeure, en droit français, le plus populaire. S'il est à regretter le manque de données statistiques en la matière, nous pouvons nous fonder sur les données fournies par l'INSEE pour l'année 2010³⁰⁵. Aussi, si seuls 17% des couples ont eu recours à un contrat de mariage, pour l'année 2010, il est possible d'en déduire que 83% des couples étaient alors mariés sous le régime légal à défaut d'un tel contrat. S'il s'agit souvent du résultat d'une attitude passive, voire d'un manque de diligences des futurs époux, le choix d'un régime communautaire peut également résulter d'une réelle volonté des époux. Cette volonté peut se traduire par leur inaction comme par leur action. En effet, l'établissement d'un contrat de mariage n'exclut pas d'office le choix du régime légal. Ce régime peut être expressément désigné par les époux qui pourraient entendre s'assurer de pérenniser leur choix, notamment face à une éventuelle expatriation. Cette solution sera d'autant plus opportune qu'en cas de conflit, il appartient aux juges de rechercher le régime applicable car il n'existe pas de présomption d'application du régime légal³⁰⁶.

³⁰³ G. SAND, *Le diable aux champs*, 1855.

³⁰⁴ 106^{ème} Congrès des notaires, des notaires de France, 2010, op. cit., Deuxième commission « *Investir* », p.283.

³⁰⁵ N. FREMEAUX et M. LETURCQ, « Age et génération », *Économie et Statistique* n°462-463, 2013.

³⁰⁶ Cass., 1^{ère} civ, 24 mars 1987, n°85-15.816 : Bull. civ. 1987, n°109 ; JurisData n°1987-000600 ; Defrénois 1987, p.947, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP N 1987, prat. 345.

181. **Pluralité.** Face à des époux d'esprit communautaire, la solution la plus classique consistera à les orienter vers le régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts. Ce régime est d'application supplétive à défaut d'établissement d'un contrat de mariage par les époux. Or sa mise en œuvre aura des conséquences liquidatives, au jour de la dissolution de l'union, du fait de la fusion patrimoniale qu'elle engendre. Il incombe au notaire de s'assurer de la parfaite compréhension de celles-ci par l'époux (Chapitre 1). Toutefois, le régime légal n'est pas le seul régime communautaire inclus dans notre droit. En effet, les époux ont également la faculté d'opter pour un régime ayant vocation à accroître plus ou moins largement la fusion patrimoniale créée par leur union. Une telle solution n'est pas sans conséquences et pourra s'avérer tantôt opportune, tantôt inopportune dans une recherche d'anticipation d'un éventuel divorce (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LE CHOIX, OU L'ABSENCE DE CHOIX, DU REGIME LEGAL

182. **Évolution des mœurs.** « *Lorsqu'une chose évolue, tout ce qui est autour évolue de même* »³⁰⁷. Aussi l'évolution de notre société, et au sein de celle-ci, l'évolution de la place des femmes, ne pouvait qu'aboutir à l'évolution des règles régissant les régimes matrimoniaux. En effet, le Code civil de Napoléon de 1804 consacrait la puissance maritale de l'homme sur la femme. Or la reconnaissance de droits individuels à l'épouse et la recherche d'une égalité plus marquée entre les membres du couple a nécessité une profonde réforme de notre droit. Celle-ci s'est traduite par le choix, en 1965³⁰⁸ après la fin de l'incapacité totale de la femme mariée, d'un nouveau régime légal : la communauté de biens réduite aux acquêts. Cette loi accorde historiquement d'avantage de pouvoirs aux épouses quant à leur liberté de gestion des biens comme au sein du couple³⁰⁹. Elle marque une importante révolution de la place de la femme dans notre société³¹⁰. Toutefois, cette réforme n'a, en réalité, pas entraîné de modification profonde à l'égard des pouvoirs de l'époux qui demeuraient prépondérant en conservant les pouvoirs de gérant principal de la communauté, exception faite des biens réservés de l'épouse. C'est la loi du 23 décembre 1985³¹¹ qui est venue parachever cette réforme en octroyant à celle-ci des pouvoirs similaires à ceux de son époux³¹². La communauté devint alors un vecteur d'égalité des pouvoirs dans le couple.

183. **Opportunités.** Depuis le 1^{er} février 1966, à défaut de contrat de mariage, les époux seront soumis aux règles de ce régime, dit « régime légal ». S'il est d'application systématique pour tous les époux n'ayant pas entendu y déroger, il connaît également des opportunités pour les époux diligents s'interrogeant sur le choix de leur régime. A ce titre, dans une volonté d'anticipation d'un éventuel divorce, le choix de ce régime peut se justifier par la mise en commun qu'il engendre (Section 1). Toutefois, si celle-ci connaît des atouts évidents, elle entraîne également des conséquences néfastes qui ne peuvent être négligées et qui justifie l'analyse d'éventuels aménagements (Section 2).

³⁰⁷ P. COELHO, *L'alchimiste*, 1988, éd. Anne Carrière.

³⁰⁸ L. n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, op. cit.

³⁰⁹ Les décisions lourdes doivent désormais être prises avec l'autorisation de chacun des époux. Tel est notamment le cas des actes de disposition relatif au domicile conjugal (art 215, al. 3, C. civ.) ou des achats à tempérament (art. 1414 C. civ.).

³¹⁰ Possibilité d'ouvrir un compte bancaire à leur nom propre et de travailler sans l'aval préalable de leur époux.

³¹¹ L. n°85-1372 du 23 décembre 1985, op. cit.

³¹² Il convient de souligner que, pour illustrer cette volonté, il a été supprimé des textes toute référence au « mari » ou à « la femme ».

Section 1 : La fusion patrimoniale du régime légal, une solution parfois opportune

184.**Esprit communautaire.** Le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts est marqué par une volonté de mise en commun des patrimoines. Cet esprit communautaire fort peut correspondre à la vision du couple de certains (futurs) époux qui ne se retrouvent pas dans la vision plus indépendantiste offerte par les régimes de type séparatiste. Il a pour conséquence la création d'un nouveau patrimoine commun aux époux. Ainsi, la célébration de l'union consacre l'existence de trois patrimoines : un patrimoine propre à chacun des époux et un patrimoine commun. Bien que cela puisse paraître surprenant, le choix en faveur de ce régime peut permettre de répondre à certains objectifs liés à l'anticipation de la désunion. D'une part, grâce à la communautarisation qu'il engendre, il peut permettre d'éviter certains désaccords au jour d'une éventuelle séparation (§1). D'autre part, certains mécanismes existent afin de permettre aux époux d'assurer la protection d'une partie de leur patrimoine face à la dissolution de l'union (§2).

§1 : La composition des patrimoines propres et commun face au divorce

185.**Pluralité.** Le principe est relativement simple : tout ce qui n'est pas propre est réputé commun. La fusion patrimoniale ainsi consacrée est fondamentale et peut apparaître comme un outil de simplification de la désunion (A). Elle connaît toutefois certaines limites garantissant une certaine indépendance des patrimoines et permettant leur préservation au jour de la liquidation (B).

A. La fusion patrimoniale, outil de pacification de la désunion

186.**Principe.** L'objectif principal poursuivi par le régime légal est clairement énoncé dès le premier article le régissant. Il s'agit de mettre en commun, à la fois, l'enrichissement des époux et les biens acquis au cours de l'union. En ce sens, l'article 1401 du Code civil énonce le principe selon lequel toute acquisition réalisée en cours d'union, conjointement ou séparément, est un acquêt *stricto sensu* et tombe en communauté quel qu'en soit le mode de financement ou le montant du prix³¹³. En contrepartie, la communauté sera composée

³¹³ V. pour l'hypothèse d'un prix symbolique : Cass., 1^{ère} civ., 17 janvier 1995, n°93-10.462 : Bull. civ., I, n°33 ; D. 1995, 401, n. D. MARTIN ; Defrénois 1995, 1313, obs. J. HONORAT ; *ibid.*, 1480, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP G 1995, I 3869, n°12, obs. Ph. SIMLER ; RTD civ. 1996, obs. B. VAREILLE.

passivement³¹⁴ « à titre définitif ou sauf récompense, des dettes nées pendant la communauté et que celles résultant d'un emprunt contracté par un époux sans le consentement exprès de l'autre doivent figurer au passif définitif de la communauté dès lors qu'il n'est pas établi qu'il a souscrit cet engagement dans son intérêt personnel »³¹⁵. En vue de simplifier et afin d'éviter, au mieux, les contestations au jour d'une éventuelle séparation, l'article 1402 énonce une présomption permettant à la communauté d'absorber l'ensemble des biens qui ne pourraient être qualifiés à défaut de preuve.

187. Conséquences. Du fait de cette fusion patrimoniale, les intérêts des époux seront, tout au moins en partie, confondus. En conséquence, le choix en faveur de ce régime peut apparaître comme celui de la simplification des rapports patrimoniaux pour des époux désireux de fusionner leurs patrimoines et, ce faisant, de limiter l'apparition de litiges au jour d'un éventuel divorce. Toutefois, il convient d'attirer leur attention sur le fait que le terme d'« acquêts » ne désigne pas uniquement les acquisitions réalisées. En effet, la mise en communauté concernera également l'ensemble des biens issus de l'industrie des époux. Ainsi, les biens fabriqués, comme ceux créés, seront absorbés par la communauté. En matière d'œuvre, le droit de la propriété intellectuelle prévoit, toutefois, une distinction. Le droit moral de propriété littéraire ou artistique demeure propre à son auteur³¹⁶ au même titre que celui de supprimer l'œuvre, de la modifier et de se la faire attribuer dans le partage³¹⁷. *A contrario*, les produits provenant de l'exploitation ou de la cession de ces œuvres en cours d'union tomberont en communauté³¹⁸ ainsi que, par un raisonnement analogue, l'œuvre elle-même dans son aspect matériel. Le sort de tels biens est souvent méconnu des époux. Il est donc primordial de les informer sur les conséquences de telles créations en cours d'union afin d'éviter qu'un contentieux ne puisse naître à ce sujet au jour de la désunion.

³¹⁴ Art. 1409 C. civ.

³¹⁵ Cass., 1^{ère} civ., 17 octobre 2018, n°17-26.713 : PB ; JurisData n°2018-017989 – Dans le même sens : Cass., 1^{ère} civ., 19 septembre 2007, n°05-15.940 : Bull. 2007, I, n° 278 ; JurisData n° 2007-040385 ; AJ. Fam. 2007, p.438 obs. P. HILT ; D. 2007, p.3112, n. V. BARABE-BOUCHARD ; Defrénois 2008, p.2207, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP G 2007, I, 208, n°13, obs. Ph. SIMLER ; JCP N 2007, n°42, act. 648 – Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} juillet 2009, n°09-14.230 : Bull. 2010, I, n°166 ; JurisData n°2010-011135 ; Defrénois 2011, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP N 2011, 1001, n°17, obs. Ph. SIMLER.

³¹⁶ Art. L. 121-9, al. 1 CPI

³¹⁷ Cass., 1^{ère} civ., 4 décembre 1956, *Bonnard* : Bull. civ. I, n°440 ; JCP 1959, II, 11141, n. A. WEILL – V. pour une œuvre non divulguée, Cass., 1^{ère} civ., 4 juin 1971, n°69-13.874, *Picabia* : Bull. civ. I, n°177 ; D. 1971, 585, concl. R. LINDON ; JCP 1972, II, 17164, n. J. PATARIN – Cass., 1^{ère} civ., 12 mai 2011, n°10-15.667 : Bull. civ. I, n°88 ; D. 2011, 1413, obs. J. MAROCHELLA ; Dr. Fam. 2011, n°112, obs. B. BEIGNIER ; JCP N 2011, 890, n. F.-X. LUCAS ; *ibid.* n°4, obs. Ph. SIMLER ; RTD civ. 2012, 144, obs. B. VAREILLE.

³¹⁸ Art. L. 121-9, al. 2 CPI.

188. **Gains et salaires.** Outre les biens acquis ou créés en cours d'union, l'élément essentiel, ressource fondamentale de la communauté, demeure les gains et revenus des époux. Cette solution est consacrée de longue date par la jurisprudence³¹⁹. En ce sens, la doctrine considère qu'il s'agit d'un « *acquêt de source* »³²⁰. Par cette lecture de l'article 1401, les revenus du travail des époux sont, du seul fait de leur nature, communs. Cette notion de « gains et salaires » vise l'ensemble des revenus professionnels quelle que soit leur nature³²¹. Elle ne se limite cependant pas aux revenus *stricto sensu* et englobe également l'ensemble des substituts aux revenus professionnels³²². L'étendue de cette notion a donné lieu à un important contentieux jurisprudentiel. En ce sens, la jurisprudence est notamment venue préciser que le seul fait générateur de tels revenus est suffisant sans qu'il soit nécessaire qu'ils aient été perçus³²³. En pratique, cette communautarisation des revenus du travail des époux est souvent mal comprise par les époux eux-mêmes. Force est alors de constater que les velléités de fusion patrimoniale sont souvent regrettées, si ce n'est contestées, au jour du divorce. Le notaire, conseil des parties au jour de l'union, doit donc impérativement attirer l'attention des époux sur l'importance du choix du régime à ce sujet.

B. Le patrimoine propre, élément d'indépendance et de protection au cœur de la communauté

189. **Principe.** Les époux communs en biens conservent une certaine autonomie vis-à-vis des biens propres dont ils conservent la libre disposition³²⁴. Ces biens sont expressément et exhaustivement visés par les articles 1404 à 1409 du Code civil. A ce titre, leur qualification s'avère, en principe tout au moins, relativement aisée. Il appartiendra au liquidateur, au jour de la dissolution, de s'attacher à rechercher de manière rigoureuse : la nature des biens³²⁵, leur origine³²⁶ ainsi que les modalités de leur entrée dans le patrimoine de l'époux. Une fois ces éléments identifiés, il lui sera possible de procéder à la qualification de

³¹⁹ Cass., 1^{ère} civ., 8 février 1978, n°75-15.731 : Bull. civ. I, n°53 ; D. 1978, 238, obs. D. MARTIN ; JCP N 1981, II, 114, n. H. THUILLIER ; RTD civ. 1979, 592, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI.

³²⁰ G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux* : Thémis, 9^e éd., 1997, n°40, p.255.

³²¹ Ex : salaires, honoraires, primes, etc.

³²² Ex : indemnisation d'une incapacité, d'un licenciement (Cass., civ. 1^{ère}, 23 juin 2021, n°19-23.614 : D. 2021, 1238 ; AJ Fam. 2021, 501, obs. J. CASEY ; Dr. Fam. 2021, Comm. 131, n. B. BEIGNIER ; RTD civ. 2021, 693, obs. M. NICOD) ou encore d'un départ à la retraite. - V. concernant l'aide personnalisée au logement (APL) : Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} décembre 2021, n°20-10.956 : P ; D. actu., 14 décembre 2021, obs. Q. GUIGUET-SCHIELE.

³²³ Cass., 1^{ère} civ. 13 octobre 1993, n°91-19.234 : NP ; JCP G 1994, I, 3785, n. Ph. SIMLER ; RTD civ. 1994, 926, obs. B. VAREILLE.

³²⁴ Art. 1428 C. civ.

³²⁵ Art. 1404 C. civ.

³²⁶ Art. 1405 C. civ.

chaque bien par l'application rigoureuse de ces articles. Si le bien n'entre dans aucune des hypothèses visées par la loi, ou s'il est impossible de le prouver, il sera alors présumé commun en application de la présomption de l'article 1402.

190. Atouts. La survivance de patrimoines propres au côté du patrimoine commun est un atout de ce régime et un élément essentiel à la protection de leurs intérêts personnels. Effectivement, elle permet aux époux de conserver une certaine indépendance, bien que limitée. Celle-ci pourra s'avérer primordiale au jour du divorce, notamment afin d'assurer la conservation des biens d'origine familiale. L'objectif ainsi poursuivi est alors celui de la préservation, au jour de la dissolution de l'union, des intérêts intrinsèquement liés à la personne de l'époux que ce soit par leur origine familiale ou par leur nature (vêtements et linges, réparation d'un dommage corporel ou moral, pension d'invalidité, etc.). En ce sens, l'article 1404, dans son alinéa premier *in fine*, vise « *plus généralement, tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne* ». Le législateur offre ainsi aux époux, ou en cas de conflit aux juges du fond, un moyen de constater le caractère propre de certains biens déterminés dont la qualification pourrait avoir pour eux des conséquences dommageables. Bien que l'opportunité de cette exclusion « balai » soit évidente, elle n'en demeure pas moins l'objet de nombreux contentieux au jour de la dissolution de l'union. En effet, il apparaît souvent complexe de déterminer l'élément déterminant de ce rattachement. Si le seul attachement émotionnel ne semble pas suffisant, il pourrait être retenu la dépendance d'un tel bien à la personne de l'époux³²⁷.

191. Outils professionnels. La question de l'outil professionnel est souvent au cœur du contentieux de la désunion. En la matière, l'alinéa 2 de l'article 1404 prévoit que seront exclus de la communauté, mais sans préjudice économique pour celle-ci par le jeu du mécanisme des récompenses, les instruments de travail de chacun des époux. Cette exclusion est toutefois doublement conditionnée. D'une part, la profession concernée ne doit être exercée que par un seul des époux. A défaut, ces instruments seraient présumés communs. D'autre part, il exclue expressément l'hypothèse où ceux-ci seraient l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation à caractère commun. Dans ce cas, ils suivront, à titre d'accessoire, la même qualification que l'exploitation ou le fonds principal³²⁸. Cette solution permettra ainsi à l'époux exploitant de conserver la maîtrise comme la propriété de l'ensemble des éléments nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle et ce, même

³²⁷ Ex : diplômes, décorations, droit au bail rural ou créance de salaire différé de l'art. L. 321-14 C. rur., etc.

³²⁸ Cass., 1^{ère} civ., 23 janvier 1979 : Bull. civ. I, n°32 ; Defrénois 1979, 624, n. A. COLOMER.

dans l'hypothèse d'un divorce. Toutefois, cette qualification ne sera pas neutre financièrement puisqu'il résulte de ce texte que l'époux propriétaire en propre de ces instruments a, en principe, l'obligation d'indemniser la communauté par le jeu de la théorie des récompenses. Or, selon le coût de ces instruments, une telle indemnisation pourra, parfois, mettre en péril l'activité de l'exploitant qui pourrait ne pas être en mesure de régler celle-ci.

192. Distinction prétorienne. Toutefois, il semble que cette règle légale doit désormais être nuancée. En effet, la Cour de cassation, faisant une application extensive de l'arrêt *Authier*, a considéré « *que n'ouvre pas droit à récompense au profit de la communauté le paiement, au moyen des revenus bruts d'une exploitation propre à un époux, des dépenses résultant de la gestion courante de celle-ci, tels le remplacement d'un matériel amorti ou l'entretien des biens mobiliers ou immobiliers affectés à l'exploitation* »³²⁹. Il semble donc aujourd'hui nécessaire de dissocier le sort des accessoires nouvellement acquis de ceux acquis en remplacement ou de l'entretien de ceux existants déjà dans le patrimoine propre de l'époux exploitant. Contrairement à ce qui était traditionnellement admis³³⁰, seuls les premiers donneront désormais systématiquement lieu à récompense. Face à cette nouvelle position jurisprudentielle, il serait opportun de rappeler aux époux, que l'article 1387-1 du Code civil leur offre la possibilité, au jour où le divorce est prononcé, de demander au tribunal judiciaire de faire supporter la charge exclusive des dettes ou sûretés consenties dans le cadre de la gestion d'une entreprise « *au conjoint qui conserve le patrimoine professionnel ou, à défaut, la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise* ». Dans une recherche d'anticipation du divorce, il conviendra d'attirer l'attention de l'époux exploitant quant à ce risque et au coût d'un éventuel partage.

§2 : Les propres par rattachement, une opportunité à la portée des époux

193. Rattachement. Les principes généraux du droit ont vocation à s'appliquer aux relations patrimoniales du couple. Toutefois, les particularités inhérentes aux régimes de communauté tendent à en altérer la mise en œuvre. Ainsi, outre les biens qui sont « naturellement » propres par nature ou par origine, le législateur a consacré des hypothèses qui contredisent, à la fois, le principe même de la mise en commun des biens acquis en cours d'union et l'absence d'enrichissement individuel des époux communs en biens. Ces

³²⁹ Cass., 1^{ère} civ., 13 octobre 2021, n°19-24.008 : P ; D. actu., 16 nov. 2021, obs. S. BERNARD ; AJ. Fam. 2021. 635, obs. J. CASEY ; D. 2021, 1920 ; *ibid.* 2022, p.56, obs. F. HARTMAN ; Droit rural, n°501, mars 2022, comm. 53, obs. R. LE GUIDEC et H. BOSSE-PLATIERE.

³³⁰ J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, op. cit., spéc. n°309.

exceptions visent les biens qui sont destinés à être liés ou à remplacer un bien propre préexistant. Il s'agit, en pratique, de la mise en œuvre de deux mécanismes juridiques distincts : la théorie de l'accessoire (A) et la subrogation (B). De tels mécanismes ont un rôle prépondérant en matière d'anticipation du divorce. En effet, leur mise en œuvre permet aux époux de conserver, voire de développer, leur patrimoine propre indépendamment de la masse commune et, ainsi, d'exclure le risque d'un partage quant à ces biens au jour du divorce.

A. *Accessorium sequitur principale*³³¹

194.Principe. Bien que la théorie de l'accessoire connaisse des conséquences en matière de régimes matrimoniaux, celles-ci sont limitées aux hypothèses visées par la loi. L'hypothèse la plus évidente est celle prévue par l'article 1406 alinéa 1^{er}. Il s'agit des biens acquis à titre d'accessoire. Ce principe ne génère que peu d'interrogations du fait de la logique qu'il poursuit. Cependant, il connaît une application altérée en matière mobilière. En effet, en présence d'un régime de communauté, les fruits et revenus issus des biens propres sont communs³³². Exception faite de cette limite, son efficacité est liée : d'une part, à un critère subjectif à savoir l'affectation du bien nouvellement acquis à un bien propre préexistant et, d'autre part, à un critère objectif consistant en la dépendance économique et pratique de ces deux biens. La jurisprudence a, en outre, précisé qu'il convient que l'acquéreur du bien accessoire soit le propriétaire du bien principal³³³. Les époux communs en biens conservent ainsi la faculté d'acquérir en cours d'union un bien qui leur soit propre, sous réserve que celui-ci ait la qualité d'accessoire d'un bien propre préexistant. Une telle solution leur permettra alors de protéger les accessoires d'un bien propre, acquis en cours d'union, face à une séparation contentieuse. Si cette théorie est destinée à s'appliquer majoritairement en matière mobilière³³⁴, la jurisprudence a pu reconnaître son efficacité en matière immobilière dans l'hypothèse où le bien acquis est indissociable du bien propre préexistant³³⁵.

195.Accroissement. L'article 1408 vise une deuxième solution dérogatoire en matière d'accroissements. Cette exception concerne, notamment, l'acquisition d'une quote-part d'un

³³¹ L'accessoire suit le principal.

³³² V. *infra*, spéc. 205 et s.

³³³ Cass., 1^{ère} civ., 4 janvier 1995, n°92-20.013 : Bull. 1995, I, n°4 ; D. 1995, somm. 328, obs. M. GRIMALDI ; Defrénois 1996, 36358, n°82, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP G 1995, I, 3869, n°7, obs. Ph. SIMLER ; RTD civ. 1996, 369, obs. B. VAREILLE.

³³⁴ Notamment pour les accessoires de l'activité professionnelle.

³³⁵ Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 1990, n°89-10.188 : Bull. civ. I, n°292 ; D. 1992, 37, n. R. LE GUIDEDEC ; *ibid.* somm. 221, obs. M. GRIMALDI ; Defrénois 1992, art. 35303, obs. G. CHAMPENOIS.

bien dont l'un des époux était indivisément propriétaire. Elle s'explique par la volonté du législateur de proscrire toute qualification mixte d'un bien, évitant ainsi qu'une indivision « classique » entre patrimoine propre et patrimoine commun vienne s'adjoindre à l'indivision « spéciale » à laquelle sont soumis les biens communs. Elle a vocation à s'appliquer que cette acquisition soit financée par des fonds propres ou par des fonds communs, pour partie comme en totalité³³⁶. Si des sommes communes sont employées, la communauté ne pourra prétendre qu'à une récompense et non à la qualification commune de la quote-part ainsi acquise. Il en ira de même que cette quote-part représente une part supérieure ou inférieure à celle dont l'époux est déjà propriétaire en propre³³⁷. Cette règle est d'ordre public et les époux ne peuvent y déroger conventionnellement³³⁸, sauf pendant l'instance de divorce ou postérieurement à celui-ci³³⁹. Une telle solution permet ainsi à l'époux commun en bien d'assurer le maintien dans son patrimoine, notamment en présence d'un risque de séparation, d'un bien présent ou d'origine familiale dont il entendrait acquérir la totalité.

196. Accession. Enfin, en matière immobilière, c'est la théorie de l'accession qui s'applique de manière efficace. Existant depuis 1804, elle est énoncée par les articles 551 et suivant du Code civil. En ce sens, « *Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire* ». Elle se traduit de deux manières. D'une part, les plus-values générées sur un bien propre, quelle que soit l'origine de celles-ci³⁴⁰, demeurent propres et, par voie de conséquences, permettent l'enrichissement du patrimoine propre. D'autre part, le propriétaire du sol sera propriétaire des espaces situés au-dessus comme en dessous. Ainsi, par le jeu de l'incorporation³⁴¹, le propriétaire du sol ou de l'immeuble devient, au fur et à mesure de la construction ou de l'incorporation, propriétaire de la construction ou des améliorations réalisées³⁴². La Cour de cassation a pu admettre que le propriétaire soit en mesure de renoncer

³³⁶ Cass., 1^{ère} civ., 10 mai 2007, n°05-17.189 : NP ; JCP G 2007, I, 208, obs. Ph. SIMLER.

³³⁷ Cass., 1^{ère} civ., 14 mai 1991, n°90-12.254 : Bull. civ. I, n°15 ; D. 1991, IR, 154 ; JCP G 1992, II, 21820, n. J.-F. PILLEBOUT.

³³⁸ Cass., 1^{ère} civ., 13 octobre 1993, n°91-21.132 : Bull. civ. I, n°276 ; D. 1993, IR, 242 ; Defrénois 1994, 438, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP G 1994, I, 3733, n°10, obs. Ph. SIMLER ; RTD civ. 1994, 408, obs. B. VAREILLE.

³³⁹ Cass., 1^{ère} civ., 11 juin 2003, n°99-14.612 : Bull. civ. I, n°141 ; D. 2004, somm. 2259, obs. J. REVEL ; Defrénois 2004, 1464, obs. G. CHAMPENOIS ; Dr. Fam. 2003, n°101, n. H. LECUYER ; *ibid.* n°133, n. B. BEIGNIER ; JCP G 2004, I, 129, n°11, obs. Ph. SIMLER ; RTD civ. 2003, 691, obs. J. HAUSER ; *ibid.* 2004, 128 et 130, obs. B. VAREILLE.

³⁴⁰ La plus-value advenant sur un bien peut avoir de multiples causes et origines : érosion monétaire, évolution de la commercialité de l'emplacement du local dans lequel est exploité le fonds, évolution de l'environnement du bien immobilier, travaux réalisés par l'un des époux, etc.

³⁴¹ Art. 552 C. civ.

³⁴² Cass., 1^{ère} civ., 6 juin 1980, n°88-10.532 : Bull. civ. I, n°134

au bénéfice de l'accession par une stipulation expresse³⁴³. Toutefois, en régime de communauté, aucune dérogation à ce principe ne peut être admise. La solution contraire reviendrait à porter atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales en altérant l'économie du régime³⁴⁴. Or nombreux sont les époux qui entendent, pour des raisons pratiques ou financières, édifier un bien sur un terrain propre détenu par l'un d'eux. Ce mécanisme connaît donc, en pratique, une importance primordiale et s'avère source d'un important contentieux. Cette situation doit donc être anticipée, voire aménagée³⁴⁵.

B. Subrogatum capit naturam subrogi³⁴⁶

197.**Principe.** Le second mécanisme dérogatoire est celui de la subrogation. Il connaît également des conséquences importantes en matière d'anticipation de la désunion. A ce titre, il convient, de distinguer les hypothèses de subrogations « automatiques » de celles concernant lesquelles les époux conservent une certaine maîtrise. En effet, par le seul jeu de ce mécanisme, les sommes reçues en remplacement d'un bien propre sont également propres de plein droit³⁴⁷. Il en va ainsi aussi bien du prix de vente que des dommages et intérêts ou indemnités reçues après la disparition ou la destruction de ce bien. Suivant un raisonnement analogue, les biens acquis en échange d'un bien propre à l'un des époux sont également propres, sans qu'il y ait besoin de procéder à un formalisme particulier dans ce but³⁴⁸, sous réserve d'une récompense éventuellement due à la communauté au titre du financement réalisé. Enfin, il est également admis, de manière constante, que les parts ou actions reçues en rémunération de l'apport d'un bien propre seront également propres³⁴⁹.

198.**Emploi et remploi.** Si les hypothèses de subrogation automatique ne laissent aucune latitude aux époux, le législateur a, *a contrario*, prévu des hypothèses dans lesquelles la maîtrise de la qualification est laissée entre leurs mains. Ainsi, dans une perspective de pacification des dilemmes nés de l'encaissement par la communauté de sommes propres, il peut être conseillé aux époux de procéder à leur emploi, ou remploi, dans l'acquisition d'un bien qui sera, par l'effet de ce mécanisme, lui-même propre. Cette solution est clairement

³⁴³ V. Cass., 3^{ème} civ., 6 novembre 1970, n°69-11.900 : Bull. civ. 3 n°592 p.432 ; D. 1971, 395

³⁴⁴ Cass., 1^{ère} civ., 24 novembre 1987, n°85-18.479 : Bull. 1987, I, n° 308, p. 220 ; Defrénois, 1988, art. 34289, n°69, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP N 1987, II, p. 325, obs. M. DAGOT.

³⁴⁵ V. *infra*, spéc. 584 et s.

³⁴⁶ La chose subrogée prend la nature de la chose à laquelle elle est subrogée.

³⁴⁷ Art. 1406 al. 1 C. civ.

³⁴⁸ Art. 1407 C. civ.

³⁴⁹ Cass., 1^{ère} civ., 21 novembre 1978, n°76-13.275, *Dewever* : Bull. civ. I, n°353 ; D. 1979, 254, obs. D. MARTIN ; Defrénois, 1979, 32038, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP G 1980, I, 18451, n. R. LE GUIDEC.

énoncée par l'article 1434 du Code civil. Il convient alors de distinguer deux hypothèses : soit les sommes propres employées sont inférieures aux sommes communes et le bien est commun à charge de récompense³⁵⁰ ; soit le complément fourni par les fonds communs est inférieur aux sommes propres employées et le bien est alors propre à charge de récompense. Il s'agit de l'application de la règle dite *major pars trahit ad se minorem*³⁵¹. Si cette solution ne permet pas toujours de maintenir une qualification de propre quant au bien nouvellement acquis, elle a le mérite d'assurer la reconnaissance d'une récompense au jour de la liquidation et, ce faisant, d'anticiper les contentieux au jour d'une éventuelle dissolution de l'union.

199. Anticipation. Bien que ce principe semble ne laisser que peu de place à la volonté des époux, il n'en est rien. En effet, afin d'être efficace, un tel remploi doit répondre à deux conditions cumulatives : d'une part, une déclaration relative à l'origine des fonds employés ; d'autre part, une déclaration quant à son intention que cette opération lui tienne lieu d'emploi ou de remploi. Cette déclaration doit désormais³⁵² impérativement être expresse³⁵³. A défaut de telles déclarations, le bien acquis tombera, de plein droit, en communauté. En ce sens, la Haute Juridiction est venue préciser qu'il s'agit de règles de fond et non simplement probatoires³⁵⁴. En outre, l'efficacité de cette double déclaration n'est, en aucun cas, conditionnée à l'intervention à l'acte du conjoint³⁵⁵. Celle-ci peut cependant permettre la parfaite information du conjoint quant à la qualification du bien acquis et éviter toute contestation postérieure quant à la réalité du remploi, notamment au jour de la désunion.

200. Maîtrise. L'époux « apporteur » n'a pas l'obligation légale de procéder à de telles déclarations. Par le seul jeu du droit des régimes matrimoniaux, il a la possibilité de décider de la qualification du bien nouvellement acquis. Une telle solution peut alors permettre d'accroître la fusion patrimoniale des époux et, ainsi, d'anticiper tout conflit quant au bien acquis, notamment lorsque des travaux sont envisagés sur ce bien. La limite à cette fusion demeure la possibilité pour l'époux propriétaire en propre des fonds employés de revendiquer

³⁵⁰ Art. 1436 C. civ.

³⁵¹ H. ROLAND, *Lexique juridique des expressions latines* : 6^e éd., Lexis Nexis : La plus grande partie attire à elle la moindre.

³⁵² La jurisprudence antérieure à la réforme de 1965 a pu admettre une déclaration tacite. V. en ce sens : Req, 11 mai 1931 : S. 1932, I, 41, n. crit. Ch. LYON-CAEN.

³⁵³ Cass., 1^{ère} civ., 5 février 1985, n°83-15.895, *Dame Force* : Bull. civ. I, n°54 ; Defrénois 1985, 858, obs. G. CHAMPENOIS.

³⁵⁴ Cass., 1^{ère} civ., 20 septembre 2006, n°04-18.384 : Bull. civ. I, n°404 ; AJ. Fam. 2006, 423, obs. P. HILT ; JCP N 2007, II, 10005, n. J.-C. MAHINGA ; *ibid.* I, 142, n°18, n. Ph. SIMLER ; RJPF 2006, 12/30, obs. F. VAUVILLE ; RTD civ. 2007, 621, obs. B. VAREILLE.

³⁵⁵ Cass., 1^{ère} civ., 19 mai 1998, n°95-22.083 : Bull. civ. I, n°175 ; Defrénois 1998, 1466, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP 1998, I, 183, n°2, obs. Ph. SIMLER ; *ibid.* 1999, II, 10127, n. J.-C. MAHINGA ; RTD civ. 1999, 458, obs. B. VAREILLE.

au jour de la liquidation du régime une récompense à ce titre. C'est la raison pour laquelle il convient d'encourager l'époux « apporteur » à procéder, tout au moins, à la déclaration d'origine des deniers afin de se préconstituer la preuve d'un tel versement.

201. Temporalité. En outre, si la double déclaration doit, en principe, intervenir au jour de l'acte support, l'article 1434 *in fine* prévoit la possibilité d'un remploi *a posteriori*, sous réserve de l'accord réciproque des époux. Un tel remploi à retardement ne sera, toutefois, efficace que dans les rapports entre époux et sera inopposable aux tiers et, notamment, aux créanciers. Le législateur a également consenti aux époux, aux termes de l'article 1435 du Code civil³⁵⁶, la faculté de procéder à un remploi par anticipation. Cette possibilité est toutefois conditionnée au règlement de la communauté dans les cinq années suivant l'opération stipulant ce remploi. La doctrine tend à ajouter deux conditions complémentaires. La première relève de l'antériorité de l'acquisition ainsi réalisée par rapport à la dissolution de l'union. La seconde est plus débattue. Certains auteurs considèrent que l'époux doit déjà être propriétaire d'un bien propre³⁵⁷. D'autres, au contraire, estiment que l'« *espérance d'une succession* » suffit³⁵⁸. La jurisprudence est venue préciser que le consentement du conjoint n'est pas une condition d'efficacité d'un remploi par anticipation³⁵⁹. Afin de se prémunir contre tout contentieux, il demeure essentiel pour le conjoint acquéreur de s'aménager la preuve du remboursement de la communauté postérieurement à la vente ayant permis le remploi. Une telle preuve peut résulter de l'acte de vente lui-même comme d'un acte séparé. A défaut, le risque de contestation au jour d'un éventuel divorce serait élevé.

202. Fongibilité. Concernant le versement réalisé, la fongibilité de la monnaie ne fait pas obstacle à un tel emploi ou remploi de fonds propres. Sur ce point, la jurisprudence est venue préciser, suivant l'avis de la doctrine majoritaire, qu'il n'était pas nécessaire que les sommes employées pour une telle opération soient matériellement identiques aux fonds propres reçus par l'époux. En ce sens, elle a expressément prévu qu'il faut, mais qu'il suffit, que les deniers employés « *représentent le prix ou la valeur de l'aliénation d'un bien propre à l'époux, sans qu'il soit nécessaire que ces deniers soient exactement ceux provenant de cette*

³⁵⁶ Une telle solution était déjà admise antérieurement à la réforme de 1965 par la jurisprudence. V. notamment en ce sens : Cass. Req., 23 novembre 1826.

³⁵⁷ J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit.

³⁵⁸ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, op. cit. ; G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit.

³⁵⁹ Cass., 1^{ère} civ., 27 mars 2007, n°05-16.434 : NP ; AJ. Fam. 2007, 359, obs. P. HILT ; RTD civ. 2007, 789, obs. B. VAREILLE.

aliénation »³⁶⁰. Suivant le même raisonnement, une importante partie de la doctrine considère que la faculté d'employer ou de remployer des fonds propres demeure offerte aux époux tout au long de leur union et ce, même si l'entrée dans le patrimoine propre de l'un des époux a été réalisée de longue date. Il sera, en outre, possible de revendiquer, sur ce fondement, une récompense à la communauté toutes les fois où celle-ci aura employé des fonds propres pour l'acquisition d'un bien commun et ce, même si aucune déclaration d'emploi ou de remploi ne figure aux termes de l'acte d'acquisition. Les sources de contentieux liés à l'encaissement de sommes propres sont ainsi nombreuses, si ce n'est inépuisables, au jour du divorce. En ce sens, le régime légal de la communauté qui pouvait apparaître, de prime abord, comme celui de la simplicité peut parfois aboutir à des solutions conflictuelles quasi-inextricables.

³⁶⁰ Cass., 1^{ère} civ., 5 janvier 1999, n°96-11.512 : Bull. 1999, I, n°3, p.2 ; Dr. Fam. 1999, comm. 29, obs. B. BEIGNIER ; Defrénois 1999, p.432, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP N 1999, 1165, n. J. CASEY ; JCP G 1999, I, 154, n°7, obs. Ph. SIMLER ; RTD civ. 1999, p. 456, obs. B. VAREILLE.

Section 2 : Le régime légal, une source de contentieux au jour du divorce

203.**Limites.** Si le régime légal peut permettre de répondre à certains objectifs de pacification de la désunion, il n'est pas exempt d'inconvénients. En effet, il est fréquent que les époux aient une mauvaise compréhension de la mise en commun générée par la mise en œuvre de ce régime. Nombreuses seront alors les hypothèses où la seule mise en commun sera la cause des déconvenues des époux autant en cours d'union qu'au jour d'une éventuelle séparation (§1). En outre, le comportement des époux entraîne souvent l'apparition de flux financiers qui auront pour conséquence de créer une certaine confusion entre le patrimoine commun et les patrimoines propres des époux. L'apparition de tels flux aura des conséquences importantes au jour de la liquidation du régime et les époux doivent en être informés (§2).

§1 : Les affres d'une entrée en communauté mal maîtrisée

204.**Fusion.** La fusion patrimoniale engendrée par ce régime s'avère loin d'être neutre au jour de la dissolution. Il est ainsi fréquent que les époux, ou l'un d'entre eux, aient mal compris les conséquences de ce choix, notamment vis-à-vis de certains biens ayant un attachement personnel marqué. En ce sens, la qualification des fruits et revenus des biens propres sera souvent source de contentieux au jour du divorce (A). Tel sera également le cas de certains biens à usage professionnel par le jeu de la théorie du titre et de la finance (B).

A. Le dilemme des fruits et revenus des biens propres

205.**Alerte.** La communauté a vocation à absorber les fruits et revenus des biens communs comme des biens propres des époux. Si la première solution paraît évidente, la seconde a généré un important contentieux jurisprudentiel qui démontre la place prépondérante de cette question au jour du divorce. Un premier arrêt de principe dit « *Authier* »³⁶¹ a tenté de clarifier la situation en précisant que « *la communauté, à laquelle sont affectés les fruits et les revenus des biens propres, doit supporter les dettes qui sont la*

³⁶¹ Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 1992, n°90-17.212 : Bull. Civ. 1992, I, n°96 ; JurisData n°1992-000856 ; D. 1992, IR. 137 ; Defrénois 1992, art. 35348, obs. G. CHAMPENOIS ; GAJC, 11^e éd., D. 2000, p.441 ; Fr. TERRE et Y. LEQUETTE, GAJ civ. 2015, p.538 ; JCP N 1992, II, p.333, n. J.-Fr. PILLEBOUT ; RTD civ. 1993, p.401, obs. Fr. LUCET et B. VAREILLE.

charge de la jouissance de ces biens ». Toutefois, la formulation retenue laissait persister un certain nombre d'interrogations en ne précisant pas de manière claire le sort des revenus des biens propres et en employant le terme ambigu d'« affectation »³⁶². Malgré cette formulation non explicite, la majorité de la doctrine a considéré que cet arrêt emportait la confirmation tant attendue, bien que sous-jacente³⁶³, de la nature commune des fruits et revenus des biens propres. Des jurisprudences ultérieures ont également repris cette solution³⁶⁴, voire cette formulation, bien que critiquable³⁶⁵. Enfin, dans un effort de pédagogie³⁶⁶, la Cour de cassation est venue préciser le principe³⁶⁷.

206.Solution de principe. Celui-ci est désormais clairement établi : les fruits et revenus des propres tombent en communauté. En contrepartie, les charges usufruituaires des biens propres doivent être supportées par la communauté et ne donnent pas lieu à récompenses³⁶⁸. Il s'agit d'une application du principe selon lequel « *Là où est le gain, est la charge* »³⁶⁹. Une interrogation demeure toutefois quant à la date d'entrée en communauté. La majorité des auteurs s'accorde à limiter celle-ci au jour de la perception, suivant une lecture stricte de l'article 1403. Toutefois, cette position a pu être contestée³⁷⁰ car elle entraîne une dissociation des solutions selon la nature des revenus. Suivant un tel raisonnement, les revenus des propres ne seraient communs qu'au jour de leur perception alors que les gains et salaires le seraient dès l'origine³⁷¹. Cette solution, bien que regrettée par certains auteurs de la

³⁶² B. VAREILLE, RTD civ. 1993, op. cit : « *En effet, qui parle d'affectation définit la destination des revenus et non pas leur nature. Un caporal le sait : être affecté dans un corps ne signifie pas que l'on en est issu !* ».

³⁶³ B. VAREILLE, RTD civ. 2001, p.650 : « *la première Chambre civile se contente de suggérer ce qu'on se plaît à entrevoir, sans pour autant dévoiler ce que l'on eût aimé contempler, et en laissant à notre imagination le soin voluptueux de faire le reste...* ».

³⁶⁴ Cass, 1^{ère} civ., 4 janvier 1995, n°92-20.013 : Bull. civ. 1995, I, n°4, p.2 ; D. 1995. Somm. 328, obs. M. GRIMALDI ; Defrénois, 1996. 818, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP G 1995, I, 3869, obs. Ph. SIMLER ; RTD civ. 1996, 932, obs. F. ZENATI ; *ibid.* 972, obs. B. VAREILLE.

³⁶⁵ Cass, 1^{ère} civ., 26 janvier 1994, n° 92-10.029 : D. 2001, somm. 2936, obs. M. NICOD ; Dr. Fam. 2000, n°145, n. B. BEIGNIER ; RTD civ. 2001, 650, obs. B. VAREILLE – Puis, Cass, 1^{ère} civ., 24 octobre 2000, n°98-19.767 : NP ; D. 2001. somm. 2936, obs. M. NICOD ; RJP 2001, 2/40, obs. F. VAUVILLE ; RTD civ. 2001. 650, obs. VAREILLE.

³⁶⁶ Dans son attendu de principe, la Cour énonce « *Attendu que les fruits et revenus des biens propres ont le caractère de biens communs ; que, dès lors, donne droit à récompense au profit de la communauté l'emploi des revenus d'un bien propre à son amélioration* ».

³⁶⁷ Cass., 1^{ère} civ., 20 février 2007, n°05-18.066 : Bull. civ. 2007, I, n°67 ; D. 2007, p.1578, n. M. NICOD ; JCP G 2007, I, 208, n°11, obs. Ph. SIMLER ; RTD civ. 2007, p.618, obs. B. VAREILLE.

³⁶⁸ V. en ce sens : Cass., 1^{ère} civ., 15 mai 2008, n°07.11-460 : Bull. 2008, I, n°131 ; AJ. Fam., 2008, 352, obs. P. HILT ; RTD civ., 2009, 160, obs. B. VAREILLE.

³⁶⁹ *Ubi emolumentum, ibi onus*.

³⁷⁰ V. en ce sens, M. NICOD, D. 2007, 1578, op.cit.

³⁷¹ Cass., 1^{ère} civ., 13 octobre 1993, n°91-19.234 : NP ; JCP G 1994, I, 3785, n. Ph. SIMLER ; RTD civ. 1994, 926, obs. B. VAREILLE.

doctrine³⁷², est désormais clairement établie. Elle emporte notamment comme conséquence que ces revenus pourraient être saisis par le créancier personnel du conjoint³⁷³.

207. Contentieux. Une fois encore, cette mise en commun est souvent mal perçue, si ce n'est ignorée, par les époux et pourra générer, au jour de la désunion, un important contentieux. Tel sera notamment le cas lorsque de tels fruits auront permis de réaliser sur le bien propre des travaux importants. En effet, le propriétaire de ce bien sera alors débiteur à ce titre d'une récompense envers la communauté. Or, il est fréquent qu'il ait cru employer des fonds lui appartenant en propre comme provenant d'un bien également propre. De tels transferts de fonds incontrôlés sont souvent la cause d'un contentieux important au jour de la dissolution de l'union. Face aux risques d'un éventuel divorce, outre l'information des époux, des aménagements peuvent alors leur être conseillés³⁷⁴.

B. La théorie du titre et de la finance, une source de contentieux

208. Distinction. Certaines exploitations nécessitent un diplôme particulier, une autorisation particulière ou, encore, des droits de propriété littéraire ou artistique. A ce titre, et contrairement à l'application classique de l'entrée en communauté des biens créés, il convient d'appliquer la théorie dite du « *titre et de la finance* ». Par la mise en œuvre de celle-ci, seule la valeur patrimoniale du fonds ou de la clientèle tombe en communauté. Le « titre » reste attaché à l'époux exploitant qui est seul titulaire des diplômes ou autorisations nécessaires à l'exploitation. Cette distinction a été consacrée par la jurisprudence dès le XIX^e siècle et maintenue depuis que ce soit pour des officines de pharmacie³⁷⁵, des offices ministériels³⁷⁶, des licences de taxi³⁷⁷ ou des fonds libéraux³⁷⁸. Elle s'applique également pour les droits sociaux dans les sociétés de personnes³⁷⁹ ainsi qu'aux droits de propriété littéraire et

³⁷² J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, A. COLIN, 2^e éd. 2001, n°442.

³⁷³ En ce sens, v. A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux*, Litec, 10^e éd., n°803.

³⁷⁴ V. *infra*, spéc. 608 et s.

³⁷⁵ Cass., 1^{ère} civ., 18 octobre 2005, n°02-20.329 : Bull. civ. 2005, I, n°373 ; AJ. Fam., 2005, obs. P. HILT.

³⁷⁶ Cass., 1^{ère} civ., 4 janvier 1835 : DP 1853, I, 73, S. 568 – Dans le même sens : Cass., 1^{ère} civ., 21 octobre 1959 : Bull. 1959, I, 424 ; JCP 1959, II, 11353, n. J. BECQUE ; Gaz. Pal. 1960, I, 44.

³⁷⁷ Cass., 1^{ère} civ., 16 avril 2008, n°07-16.105 : Bull. civ. 2008, I, n°121 ; D. 2008, 2264, n. T. DOUVILLE ; JCP 2008, I, 144, n°10, obs. Ph. SIMLER.

³⁷⁸ Cass., 1^{ère} civ., 12 janvier 1994, n°91-18.104 et n°91-15.562 : Bull. civ. 1994, I, n°10 et 11 ; D. 1994, jurispr. p. 311, n. C. CABRILLAC ; D. 1995, somm. p. 41, obs. M. GRIMALDI ; JCP N 1994, II, p. 329, obs. J.-F. PILLEBOUT – Dans le même sens : Cass. 1^{ère} civ., 2 mai 2001, n°99-11.336 : Bull. civ. 2001, I, n°110 ; D. 2002, p.759, n. W. DROSS ; JCP G 2002, I, 103, n°11, obs. Ph. SIMLER ; *ibid.* II, 10062, n. O. BARRET ; Defrénois, 2001, p. 1579, obs. G. CHAMPENOIS.

³⁷⁹ Cass., 1^{ère} civ., 9 juillet 1991, n°90-12.503 : Bull. civ. 1991, I, n°232 ; Defrénois 1992, art. 35202, n. X. SAVATIER – Dans le même sens : Cass., 1^{ère} civ., 12 juin 2014, n°13-16.309 : Bull. 2014, I, n°108 ; JurisData

artistique³⁸⁰. Elle permet d'éviter, au jour d'un éventuel divorce, le partage de ces patrimoines professionnels qui sont intrinsèquement liés à la qualité de l'exploitant et qui pourrait aboutir à la disparition de l'activité professionnelle elle-même. La mise en œuvre de cette théorie protège donc les intérêts de l'époux auxquels sont attachés ses droits, tout en préservant les intérêts de la communauté en intégrant à celle-ci leur valeur pécuniaire. Elle permet ainsi un équilibre en valeur entre les membres du couple vis-à-vis de ces patrimoines professionnels.

209.L'élément de qualification. Bien que cette solution puisse paraître simple dans son application, nombreuses sont les hypothèses qui pourront donner lieu à contestation au jour du divorce. Tel est notamment le cas concernant les clientèles créées en cours d'union. A ce sujet, la jurisprudence est venue préciser qu'il convient de retenir la date d'ouverture au public comme date de création du fonds. Cette position se justifie par le fait que la clientèle incarne l'élément essentiel du fonds, qu'elle qu'en soit la nature. L'ouverture du fonds au public entraînant la création de la clientèle, il convient de retenir cette date pour qualifier la valeur ainsi créée. Ainsi, la Haute Juridiction a pu exprimer de manière claire et explicite sa position selon laquelle « *seule l'ouverture au public entraînait la création d'une clientèle réelle et certaine* »³⁸¹. La jurisprudence consacre donc une distinction entre la création « administrative », par l'obtention des autorisations, et la création réelle, par l'ouverture au public. Seule cette dernière permet la création du fonds du fait de la création d'une clientèle. Cette solution déterminante entraîne des conséquences importantes en présence d'époux ayant créé un fonds. Selon sa date de création, le bien sera considéré comme propre ou commun et la valeur de celui-ci devra, ou non, être intégrée dans l'actif de communauté³⁸². Comme le soulignait Philippe Simler, « *c'est, en somme, le premier client qui – sans le savoir – crée le fonds de commerce* »³⁸³. Le notaire, conseil des parties au jour du choix du régime, devra s'attacher à informer les époux sur les conséquences et les risques d'une telle qualification au jour d'un éventuel divorce. Nul doute qu'en matière de biens professionnels, l'anticipation est, peut être encore plus qu'ailleurs, fondamentale.

n°2014-012769 ; JCP N 2015, n°6, 1072, n. J.-P. GARCON ; D. 2014, p.1908, n. V. BREMOND – Cass., 1^{ère} civ., 22 octobre 2014, n°12-29.265 ; Bull. civ. 2014, I, n°176 ; JurisData n°2014-024917.

³⁸⁰ Art. L. 121-9 du C.P.I.

³⁸¹ Cass., 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, n°12-28.076 ; Bull. 2013, I, n°238 ; Defrénois, 30 novembre 2014, 117x8, n. G. CHAMPENOIS ; Defrénois flash 23 décembre 2013, p.1, n°120y8 ; Dr. Fam. 2014, comm. n°37, n. B. BEIGNIER ; JCP G 2014, doct.668, n°8, obs. Ph. SIMLER ; JCP N 2014, n°8, 1099, n. V. BARABE-BOUCHARD.

³⁸² Étant ici précisé qu'en application de la théorie du titre et de la finance, seul l'exploitant pourra se voir attribuer ce type fonds. Ainsi, seule la valeur du fonds aura vocation à être réincorporée dans la liquidation de la communauté.

³⁸³ JCP G 2014, doct. 668, n°8, obs. P. SIMLER, op. cit.

§2 : La porosité des patrimoines, limite au contrôle des patrimoines propres des époux

210. **Dilemme récurrent.** Les époux agissent souvent, au cours de leur union, sans tenir compte de l'origine des fonds qu'ils emploient. Or l'utilisation faite au moyen de ces fonds n'est que rarement analysée strictement par les époux. De nombreuses situations pourront alors générer une confusion et des interférences entre leurs patrimoines. Ce déséquilibre pourrait se traduire par l'appauvrissement d'un patrimoine au détriment de l'autre et, corrélativement, par l'enrichissement injustifié³⁸⁴ de ce dernier. Le constat de ces flux apparaît au jour de la dissolution de l'union. Il est alors, souvent, une source de contentieux au jour de la liquidation. Afin d'assurer l'équité et l'équilibre entre ces patrimoines, le Code civil consacre le principe des récompenses en tant que mécanisme correctif (A). Nombreuses seront les hypothèses concernées par ces flux financiers. Parmi elles, la moins bien maîtrisée par les époux demeure celle de l'encaissement par la communauté de fonds propres (B).

A. Le mécanisme des récompenses, une recherche d'équité au jour de la dissolution du régime

211. **Un mécanisme correctif.** Pour reprendre la définition énoncée par Messieurs Philippe Malaurie et Laurent Aynes, « *au sens technique du mot, des récompenses sont dues chaque fois qu'il y a eu des déplacements de valeurs de la communauté à un propre ou inversement d'un propre à la communauté.* »³⁸⁵. Ainsi, le mécanisme des récompenses consiste en la constatation d'une indemnité ayant pour but de restaurer, au jour de la liquidation du régime, la composition exacte de chaque masse de biens, tout au moins en valeur. Le Code civil vise l'ensemble des flux financiers, qu'ils aient profité à la communauté³⁸⁶ ou au patrimoine propre de l'un des époux³⁸⁷. La qualification d'une récompense implique toutefois nécessairement l'existence d'une communauté. A ce titre, ne pourront donc pas ouvrir droit à récompense les créances nées antérieurement au mariage ou postérieurement au divorce. L'époux, ou ex-époux, créancier de l'indivision post ou pré-

³⁸⁴ Cette terminologie, qui remplace l'appellation d'« enrichissement sans cause » est issue de l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. V. sur ce sujet : G. Yildirim, « L'enrichissement injustifié, nouveau visage de l'enrichissement sans cause », *AJ. Fam.*, n° 10, 2016, p.472.

³⁸⁵ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit des régimes matrimoniaux*, L.G.D.J. Droit civil, 7^e éd., 2019.

³⁸⁶ Art. 1433, al. 1 C. civ.

³⁸⁷ Art. 1437 C. civ.

communautaire ne pourrait alors prétendre qu'à une indemnisation sur le fondement de l'article 815-13 du Code civil³⁸⁸.

212. Une apparente simplicité. L'identification d'une récompense semble, au premier abord, d'une évidente simplicité : une récompense est due chaque fois que l'un des patrimoines a tiré profit de sommes issues de l'autre. Il faut, mais il suffit, de constater l'existence des deux éléments qui fondent la récompense : un transfert de valeur d'un patrimoine à l'autre et le profit procuré au patrimoine destinataire de ce transfert. Les occurrences seront diverses et variées. En outre, une récompense est également due à la communauté pour les fruits issus de biens propres que l'époux propriétaire aurait négligé de percevoir ou frauduleusement consommés au cours des cinq années précédant la dissolution de la communauté³⁸⁹. Cette obligation est souvent, si ce n'est toujours, méconnue des époux. Il sera essentiel, en présence d'un bien propre frugifère, de les en informer dès l'union afin d'éviter que ce défaut d'information ne se transforme, au jour du divorce, en conflit.

213. Exclusion légale. Si les cas de reconnaissances d'une récompense sont nombreux, il existe également, des hypothèses qui sont expressément exclues par la loi. Tel est notamment le cas des charges usufruituaires incombant à la communauté. Il s'agit de la contrepartie logique de l'affectation à la communauté des fruits et revenus des biens propres. A ce titre, incomberont définitivement à la communauté les charges de la jouissance³⁹⁰ liées à ces biens que ce soient les travaux d'entretien ou les intérêts de tout emprunt en cours qui leur seraient liés. Il en va de même de l'industrie personnelle déployée par l'un des époux sur un bien propre³⁹¹ comme sur un bien commun³⁹². Certaines hypothèses spécifiques sont également légalement exclues³⁹³. Les époux ignorent parfois ces exceptions légales et peuvent alors se voir nier, au jour du divorce, un droit à récompense qu'ils pensaient avoir acquis.

³⁸⁸ Cass., 1^{ère} civ., 9 juillet 1991, n°89-11.341 : Bull. civ. I, n°234; JCP N 1992, 211, n°17.

³⁸⁹ Art. 1403, al. 2 C. civ

³⁹⁰ Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 1992, n°90-17.212 : Bull. 1992 I N° 96 p.64 ; D. 1992, IR 137 ; Defrénois 1992, 1121, n. G. CHAMPENOIS ; JCP 1993, II, 22003, n. J.-F. PILLEBOUT ; *ibid.*, 22041, n. A. TISSERAND ; GAJC, 12^e éd., 2007, 567, obs. F. TERRE et Y. LEQUETTE ; RTD civ. 1993, 401, obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

³⁹¹ Cass., 1^{ère} civ., 30 juin 1992, n°90-19.346 : NP ; JCP 1993, I, 3656, n°11, obs. A. TISSERAND ; RTD civ. 1993, 410, obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

³⁹² Cass., 1^{ère} civ., 5 avril 1993, n°91-15.139 : Bull. 1993, I n°137 p.92 ; Defrénois 1993, 800, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP 1994, I, 3733, n°20, obs. A. TISSERAND ; RTD civ. 1993, 638, obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

³⁹³ V. en ce sens : art. L. 132-16, al. 2 Code des assurances excluant la reconnaissance d'une récompense en raison des primes payées par la communauté, sous réserve que celles-ci ne soient pas manifestement exagérées et que le contrat d'assurance-vie ait été souscrit au profit du conjoint – Art. 1439 C. civ. concernant la dot au profit d'un enfant commun.

214. Fait juridique. Bien que le mécanisme des récompenses soit légalement encadré, force est de constater qu'il est source d'un important contentieux lié autant à la méconnaissance de ce principe par les époux qu'au défaut de preuve de l'existence des flux revendiqués. L'établissement d'une récompense peut s'analyser en un fait juridique qui ne peut cependant être caractérisé qu'au jour de la dissolution du régime matrimonial³⁹⁴. Les récompenses ainsi établies constitueront les éléments d'un compte unique « de récompenses » et sont donc, en principe, indivisibles, indisponibles et insaisissables jusqu'à la constatation de la dissolution du régime³⁹⁵. Lorsqu'il s'agira d'établir et de quantifier l'existence d'une récompense au profit de la communauté, il conviendra de démontrer, outre le transfert de valeur, que l'époux « emprunteur » en a retiré un profit personnel³⁹⁶. Cette démonstration peut intervenir par tout moyen. *A contrario*, l'époux qui entend revendiquer l'existence de tels transferts au détriment de son patrimoine propre et au profit de la communauté devra apporter la preuve que celle-ci a en tiré profit³⁹⁷. La règle probatoire en la matière est celle de la liberté quant aux moyens de preuve³⁹⁸. Il incombera alors à l'époux demandeur de démontrer, par tout moyen, le profit tiré par le patrimoine « emprunteur » des fonds issus du second. A ce titre, il pourra se prévaloir de preuves écrites (facture, relevé bancaire, acte notarié, etc.) ou orales (témoignages, etc.), voire de présomptions. Il incombera au pouvoir souverain des juges du fond d'apprécier l'existence d'un tel profit et l'efficacité des présomptions énoncées par l'époux demandeur. La constatation de l'existence comme du montant de ces flux est source d'un important contentieux au jour du divorce et peut, si ce n'est doit, être anticipé dès la consécration de l'union³⁹⁹.

B. La communautarisation des comptes bancaires, une source intarissable de contentieux

215. Communautarisation. En application de la présomption de communauté, toute somme présente sur les comptes des époux est présumée commune, quel que soit le titulaire du compte sur lequel elle se trouve placée. La Cour de cassation est venue rappeler que « *la nature propre des fonds versés ne peut être présumée du seul fait qu'il provenait d'un compte*

³⁹⁴ Art. 1468 C. civ.

³⁹⁵ Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 1990, n°88-20.148 : Bull. civ. I, n°293 ; Defrénois, 1991, 1171, n. R. SAVATIER ; RTD civ. 1991, 786, obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

³⁹⁶ Cass., 1^{ère} civ. 13 janvier 1993, n°89-21.900 : Bull. civ. I, n°10 ; Defrénois 1993, 1445, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD civ. 1995, 424, obs. B. VAREILLE.

³⁹⁷ Cass., 1^{ère} civ., 8 février 2005, n°03-13.456 et 03-15.384 : Bull. civ. I, 2005, n°65 et 66 ; op. cit.

³⁹⁸ Art. 1433, al. 3 C. civ.

³⁹⁹ V. *infra* spéc. 503 et s.

personnel »⁴⁰⁰. Cette présomption se justifie par la nature intrinsèquement commune des gains et salaires dans les régimes de communauté⁴⁰¹. Or il est fréquent que les époux considèrent être indépendamment propriétaires des comptes dont ils sont les seuls titulaires. Au jour du divorce, l'annonce par le notaire liquidateur des conséquences de cette présomption vis-à-vis des comptes bancaires est alors souvent, si ce n'est toujours, source de tensions. Celles-ci seront encore accrues lorsqu'ils se seront comportés, tout au long de leur union, comme des époux séparatistes et que l'un d'eux aura eu un comportement plus prolixe ou, au contraire, plus économe que son conjoint. L'époux parcimonieux pourrait alors regretter ses économies au jour où il comprendra qu'elles ont vocation à être partagées à parts égales avec son conjoint. Le notaire confronté au choix du régime des époux devra attirer leur attention sur les conséquences d'une telle mise en commun afin d'anticiper les éventuels conflits liés à une méconnaissance ou à une confusion mal maîtrisée des patrimoines.

216. Encaissement. Ces conflits s'avéreront encore plus nombreux lorsque des sommes propres auront été encaissées sur ces comptes présumés communs. Comme le soulignaient Messieurs François Terré et Philippe Simler, « *tant qu'ils n'ont été ni employés, ni consommés, les deniers propres encaissés, en quelques mains qu'ils se retrouvent, conservent leur qualification* »⁴⁰². Suivant ce raisonnement, la qualification ne devrait pas dépendre de la date de l'encaissement. Toutefois, un problème de preuve demeure. La problématique naît alors de la fongibilité de ces sommes avec celles déjà présentes sur ce compte comme avec les intérêts générés par celles-ci. En effet, du fait de leur fongibilité, ces sommes propres versées sur des comptes de nature commune finissent par ne plus être individualisables et, donc, par être présumées communes à leur tour. Or chaque époux peut, en application des règles régissant le régime légal, librement disposer des deniers communs⁴⁰³. Il est alors fréquent que la communauté tire profit de tels encaissements. Il convient de trouver un mécanisme permettant de réguler et de rééquilibrer ces flux patrimoniaux.

⁴⁰⁰ Cass., 1^{ère} civ., 9 juillet 2008, n°07-16.545 : NP ; AJ. Fam. 2008. 438, obs. P. HILT ; JCP 2008, I, 202, n° 7, obs. Ph. SIMLER ; RTD civ. 2009, p. 158, obs. B. VAREILLE.

⁴⁰¹ Cass., 1^{ère} civ., 8 février 1978, n°75-15.731 : Bull. civ. I, n°53 ; D. 1978, IR 238, obs. D. MARTIN ; JCP N 1981, II, 114, n. H. THUILLIER ; RTD civ. 1979, 592, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI.

⁴⁰² F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, 5^e éd., Dalloz, 2008, n°653.

⁴⁰³ A condition d'informer, s'il en est requis, son conjoint sur l'affectation de ses fonds qui est présumée réalisée dans l'intérêt de la communauté (V. Cass., 1^{ère} civ., 11 juillet 2019, n°18-21.574 : NP – Cass., 1^{ère} civ., 14 février 2006, n°03-20.082 : Bull. civ. I, n°66 – Cass., 1^{ère} civ., 13 juillet 2016, n°15-14.178 : NP).

217. **Correctifs.** Outre l'emploi de ces sommes⁴⁰⁴, deux mécanismes coexistent : les reprises et les récompenses. Sur le plan purement civil, ces deux solutions permettent d'aboutir à un résultat identique au jour du partage. Toutefois, ils entraînent des conséquences fiscales opposées. En effet, la reprise permet, en application de l'article 1467 du Code civil, à chacun des époux de « *reprendre ceux des biens qui n'étaient point entrés en communauté, s'ils existent en nature, ou les biens qui y ont été subrogés* ». La reprise intervenant préalablement au partage, les biens ainsi repris ne figurent plus dans la masse à partager et ne sont donc pas inclus dans l'assiette du droit de partage. *A contrario*, en présence de récompenses dues par la communauté, l'administration fiscale considère que celles-ci ne peuvent être déduites pour la détermination de l'assiette du droit de partage⁴⁰⁵. Les conséquences de cette qualification sont essentiellement fiscales. Le droit positif demeure incertain sur la question de savoir si la reprise de deniers encaissés est possible. Dès lors, si elle peut paraître envisageable⁴⁰⁶, il convient de souligner, qu'à ce jour, aucune garantie n'existe quant à l'opposabilité d'une telle solution vis-à-vis de l'administration fiscale. En pratique, il apparaît alors nécessaire de s'assurer que les fonds objets de cette reprise puissent être clairement individualisés⁴⁰⁷ afin de permettre la mise en œuvre d'une telle solution au jour d'une éventuelle séparation.

218. **Une jurisprudence plurielle.** En l'absence de reprise, l'alinéa 2 de l'article 1433 du Code civil prévoit expressément la possibilité d'établir une récompense au titre de l'encaissement de deniers propres. La Cour de cassation a eu, à de nombreuses reprises, à se prononcer sur l'existence d'une récompense sur ce fondement. Selon la jurisprudence, l'encaissement de deniers propres par la communauté est nécessaire pour faire présumer le profit⁴⁰⁸. Toutefois, les positions jurisprudentielles divergent selon la titularité du compte. Ainsi, lorsque les sommes propres ont été encaissées sur un compte-joint entre époux, la jurisprudence considère qu'il peut être présumé un bénéfice par la communauté et, à ce titre, qu'il existe une récompense due par la communauté⁴⁰⁹. *A contrario*, lorsque lesdites sommes

⁴⁰⁴ V. *supra*, spéc. 198 et s.

⁴⁰⁵ BOI-ENR-PTG-10-50-20120912 n°360.

⁴⁰⁶ V. en ce sens : consultations CRIDON, PAL05-2021 du 2 mai 2016 et CRIDON, PAL01-7554 du 9 janvier 2012.

⁴⁰⁷ Un moyen d'éviter cette confusion serait de placer ces sommes sur un compte *ad hoc* ouvert au nom de l'époux propriétaire et en prenant soin de n'y verser aucune somme commune et de retirer de manière systématique tout intérêt qui pourrait entacher la nature propre de ces sommes.

⁴⁰⁸ Cass., 1^{ère} civ., 19 septembre 2007, n°06-20.132 : I ; *Rapport annuel* 2005, p.143.

⁴⁰⁹ Cass., 1^{ère} civ., 8 février 2005, n°03-13.456 et n°03-15.384 : Bull. 2005, I, n°65 et n°66 ; *Rapport annuel* 2005, p.215 ; AJ. Fam. 2005, p.149, n. P. HILT ; Defrénois 2005, p.1506, n. G. CHAMPENOIS ; Dr. Fam. 2005, n°80, n. B. BEIGNIER ; RJPF n°5, 1^{er} mai 2005, p.14, n. F. VAUVILLE ; RTD civ. 2005, p.445, n. B. VAREILLE.

ont été encaissées sur un compte au seul nom du propriétaire, la Cour régulatrice considère qu'il n'est pas possible de se prévaloir, sans preuve, d'une présomption de profit de la communauté et, de ce fait, d'une récompense⁴¹⁰ alors même que ces sommes sont, lors de la liquidation, présumées communes. Elle crée ainsi une présomption de profit, à défaut de preuve contraire, sous réserve de deux conditions cumulatives : d'une part, un encaissement de fonds propres et, d'autre part, l'encaissement sur un compte-joint aux deux époux. A défaut de ce dernier critère, il incombera à l'époux revendiquant la récompense de démontrer que la communauté a tiré profit de l'encaissement desdites sommes et ce, par tous moyens.

219.Contentieux. Ces aléas jurisprudentiels sont sources d'une grande insécurité juridique et, corrélativement, d'un important contentieux. La simplicité apparente du principe des récompenses est alors grandement complexifiée par l'analyse qui en est faite par la Cour de cassation. De ce fait, il sera fréquent que la solution d'apparence la plus logique pour les époux – en l'occurrence, l'encaissement sur un compte au seul nom de l'époux propriétaire – s'avère la solution la moins sûre pour l'époux n'entendant pas employer les fonds dans un avenir proche. La simplicité n'est donc que factice. Nombreuses seront les hypothèses où les pronostics des époux seront déjoués par leur méconnaissance de la loi, de la jurisprudence ou de l'évolution de celle-ci. En outre, rares sont les époux qui ont conscience, si ce n'est connaissance, du fait que les transferts patrimoniaux qui interviennent entre le patrimoine commun et leurs patrimoines propres pourront donner lieu à une indemnisation. Il sera opportun de les en avertir dès la conclusion de leur contrat de mariage et, le cas échéant, de leur proposer d'encadrer les règles d'exigibilité ou de calcul de telles récompenses⁴¹¹.

⁴¹⁰ Cass., 1^{ère} civ., 8 novembre 2005, n°03-14.831 : Bull. 2005, I, n°403, p.337 ; AJ. Fam. 2006, p.33, n. P. HILT ; D. 2006, somm.2066, n. J. REVEL ; RTD civ. n°4, 1^{er} octobre 2006, p.815, n. B. VAREILLE – Dans le même sens : Cass., 1^{ère} civ., 15 février 2012, n°11-10.182 : Bull. 2012, I, n°33 ; AJ. Fam. 2012, p.232, n. P. HILT ; Dr. Fam. n°4, avril 2012, comm.70, obs. B. BEIGNIER ; Gaz. Pal. n°76-77, 16 mars 2012, p.41, n. J. CASEY ; JCPN n°28, 13 juillet 2012, 1295, n. E. NAUDIN ; RTD civ. n°2, avril 2012, p.364, n. B. VAREILLE ; RJP 1^{er} juin 2012, 6/13, n. F. VAUVILLE.

⁴¹¹ V. *infra*, spéc. 503 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

220.**Cinquante ans.** Si le régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts peut, parfois, apparaître désuet compte tenu de l'évolution de notre société et de l'accroissement du nombre de divorces, il ne peut être nié qu'il brille par sa pérennité. En effet, il incarne le régime légal français depuis 1965, soit depuis plus de cinquante ans. Or force est de constater qu'une telle longévité est désormais exceptionnelle dans notre droit soumis à des réformes incessantes. La place de ce régime n'est aujourd'hui contestée ni par les auteurs de la doctrine – bien que certains aient pu appeler un changement –, ni par les époux eux-mêmes. En effet, malgré la hausse du nombre de contrats de mariage et l'attrait toujours plus évident des couples français pour les régimes séparatistes, le nombre de couples mariés sous ce régime demeure prépondérant. Selon une étude réalisée pour l'INSEE⁴¹², pour l'année 2010, le taux de contrats de mariage pour les couples récemment mariés atteignait les 17%⁴¹³. Si ce chiffre permet de constater la hausse de l'intérêt des époux pour la contractualisation de leur union, il n'en demeure pas moins que 83% des couples n'ont pas conclu de contrat de mariage. De ce fait, ils demeurent soumis à l'actuel régime légal. Si ce chiffre peut se justifier par un manque d'informations des couples, il ne peut être nié un attrait réel de certains (futurs) époux pour les régimes de communautés.

221.**Opportunités.** La première qualité qui peut être reconnue à ce régime est, sans nul doute, son apparente simplicité. En effet, le principe est relativement simple pour les époux : tout ce qui n'est pas propre à l'un des époux est commun aux époux. Par suite, le fonctionnement de ce régime peut leur apparaître facilité et, notamment, lorsque leurs patrimoines seront, au jour de l'union, peu développés ou équivalents. De plus, cette fusion patrimoniale peut également correspondre à la vision de certains couples permettant une mise en commun de l'enrichissement lié aux fruits de leur travail. Cette fusion peut également, et paradoxalement, être un outil de pacification de la désunion. En effet, les époux ayant des intérêts patrimoniaux communs seraient alors davantage enclin, si ce n'est contraints, à rechercher un consensus amiable.

⁴¹² N. FREMEAUX et M. LETURCQ, « Age et génération », Économie et Statistique n°462-463, 2013.

⁴¹³ Historiquement, un taux aussi élevé ne s'était pas retrouvé depuis la réforme de 1965.

222.**Limites.** Toutefois, si la mise en œuvre du régime légal peut résulter d'une réelle volonté des époux, ce « choix » résulte souvent d'une attitude passive de leur part liée à une méconnaissance ou à un manque de diligences. Or, si les principes inhérents au régime légal peuvent parfaitement satisfaire certains époux, ils peuvent aboutir à des situations complexes, voire inextricables. Assurément, ce régime connaît les défauts de ses qualités. Ainsi, la présomption de communauté qu'il entraîne peut aboutir à des confusions ou à des incompréhensions lorsque les époux n'ont pas pris conscience de son importance ou de ses conséquences. La communauté aura alors vocation à « absorber » les biens dont les époux n'auront pu démontrer le caractère propre. En outre, la séparation entre les patrimoines propres des époux et le patrimoine commun n'étant pas étanche, des flux financiers pourront apparaître entre eux. De tels flux pourraient, au jour d'un éventuel divorce, ouvrir lieu à un important contentieux. C'est la raison pour laquelle ce régime qui pouvait apparaître, au jour de l'union, comme celui de la simplicité, peut s'avérer, au jour de la désunion, source de conflits et de tensions. Pour parfaire l'anticipation d'une éventuelle séparation, il conviendra alors soit d'aménager ce régime afin d'anticiper les situations sources d'un potentiel contentieux, soit d'orienter les époux vers un autre régime mieux à même de répondre à leurs demandes.

CHAPITRE 2 : LE RENFORCEMENT DE LA FUSION PATRIMONIALE, UNE SOLUTION CLASSIQUE

223.**La genèse de conflits.** « *Ignorance est mère de tous les maux* »⁴¹⁴. Nombreux sont les litiges qui naissent, en cours d'union comme au jour de la désunion, de la mauvaise compréhension ou de la méconnaissance des époux des conséquences du choix de leur régime matrimonial. Or, si l'anticipation ne permet pas d'éviter le divorce, elle connaît toutefois un atout majeur en la matière : l'information des époux. Par suite, au jour d'une éventuelle séparation, les époux avertis ne se déchireront pas sur des problématiques qu'ils auraient découvertes, ou comprises, seulement lors du divorce. Aussi, si l'anticipation permet de pacifier certains conflits grâce à l'information qu'elle confère aux époux, elle peut également permettre d'éviter, voire d'annihiler, certains désaccords en en supprimant la cause.

224.**Pluralités.** Afin d'éviter certains contentieux, dans un esprit d'anticipation de la dissolution de l'union ou, plus simplement, dans une volonté d'assouplir le cloisonnement des patrimoines, il peut être envisagé d'élargir la communauté créée entre les époux. Dans ce but, ils peuvent décider de s'orienter vers un régime conventionnel de communauté plus élargie que le régime légal. En ce sens, le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts n'est pas le seul régime proposé aux époux à l'esprit communautaire. En effet, au sein des régimes nommés, deux autres régimes communautaires figurent à ses côtés : le régime de la communauté de meubles et acquêts et celui de la communauté universelle. Le premier de ces régimes permet une mise en commun accrue quant au mobilier. Le second offre aux époux la faculté de pousser le curseur de la fusion patrimoniale à son maximum et, ce faisant, de simplifier au maximum les rapports entre eux. Ainsi, l'anticipation d'un éventuel divorce peut parfois se traduire par le choix d'un régime de communauté élargie : partiellement, en optant pour le régime de meubles et acquêts (Section 1) ou quasi-totalement, par le choix de la communauté universelle (Section 2).

⁴¹⁴ F. RABELAIS, *Le cinquième livre*, 1564.

Section 1. Le régime de meubles et acquêts : un élargissement partiel source de pacification

225.**Meubles et acquêts.** L'élargissement de la communauté peut permettre de pallier certains défauts de la communauté légale dans un objectif de pacification de la désunion. Dans ce but, il est possible d'accroître la fusion patrimoniale des époux par la mise en commun de l'ensemble de leurs biens meubles. Il conviendra alors d'orienter le choix des époux en faveur de la communauté de meubles et acquêts, régi par les articles 1498 et suivants du Code civil. Ce régime conventionnel peut s'apparenter à l'ancien régime légal, qui demeure applicable, sous certaines limites⁴¹⁵, à tous les époux mariés sans contrat avant le 1^{er} février 1966⁴¹⁶. Ce régime peut, par la mise en commun de l'ensemble des biens meubles⁴¹⁷, permettre d'anticiper et de pallier un certain nombre de problématiques (§1). Toutefois, ce choix entraînera également de nombreuses conséquences qui pourraient s'avérer dommageables pour l'un ou l'autre des époux lors de la liquidation (§2).

§1 : Une solution palliative dans une perspective d'anticipation de la désunion

226.**Principe.** Bien qu'elle demeure peu fréquente en pratique, l'option en faveur de l'adoption du régime conventionnel de la communauté de meubles et acquêts offre un certain nombre d'opportunités. En effet, elle permet aux époux de faire entrer dans la masse commune l'ensemble des biens meubles qu'ils détiennent sans distinction d'origine. Cette solution a pour but d'accroître la mise en commun des biens du couple (A). De ce fait, elle pourra permettre, notamment vis-à-vis de l'encaissement de sommes qui auraient été propres en régime légal, d'anticiper certains litiges (B).

⁴¹⁵ Notamment liées à l'égalité désormais consacrée entre les époux quel que soit leur genre.

⁴¹⁶ Sous réserve qu'ils n'aient pas procédé à la déclaration d'option en faveur du nouveau régime légal avant le 31 décembre 1967.

⁴¹⁷ A l'exception des biens qui seraient considérés comme propres par nature en application de l'art. 1404 C. civ.

A. Une fusion patrimoniale élargie en matière mobilière

227. Un élargissement partiel. La loi du 13 juillet 1965 a offert aux époux la possibilité d'opter pour un régime conventionnel reprenant, tout au moins quant à la composition de la masse commune⁴¹⁸, les dispositions de l'ancien régime légal issu du Code de 1804. Par l'application des règles de ce régime, et contrairement à l'actuel régime légal, tous les biens meubles détenus par les époux avant le mariage ou reçus au cours de l'union par donation ou succession tombent en communauté. En ce sens, par l'application de l'article 1498 du Code civil, ce régime tend à étendre la qualification de biens communs à tout le patrimoine mobilier quels qu'en soient la date ou le mode d'acquisition, à l'exclusion toutefois des biens propres par nature définis par l'article 1404 du Code civil. La distinction fondamentale de la mise en communauté tient donc à la qualification de meuble ou d'immeuble de ces biens.

228. Extensions aux immeubles. En principe, ce régime n'accroît la fusion patrimoniale des époux que quant aux biens meubles qui en auraient été exclus dans l'actuel régime légal. Toutefois, deux hypothèses peuvent aboutir à un élargissement portant également sur des immeubles. D'une part, la jurisprudence a pu considérer que tombaient également en communauté, par la mise en œuvre du mécanisme de la subrogation, les biens immobiliers attribués en contrepartie de parts sociales communes⁴¹⁹. D'autre part, l'article 1498 *in fine* prévoit expressément que « *Si l'un des époux avait acquis un immeuble depuis le contrat de mariage, contenant stipulation de communauté de meubles et acquêts, et avant la célébration du mariage, l'immeuble acquis dans cet intervalle entrera dans la communauté, à moins que l'acquisition n'ait été faite en exécution de quelque clause du contrat de mariage, auquel cas elle serait réglée suivant la convention* ». Le choix d'un tel régime, en amont de la célébration de l'union, pourra permettre au mariage de produire des effets avant même sa célébration. Ceux-ci ne seront toutefois que rétroactifs puisque si la célébration du mariage n'a finalement pas lieu, le contrat serait caduc et, par suite, sans effet autant entre les parties que vis-à-vis des tiers. Le rôle d'alerte du notaire sera accru en présence d'un achat entre le contrat de mariage et la célébration de l'union quant à la qualification des biens objets de cet acte. A

⁴¹⁸ A l'exception des règles liées à la gestion des patrimoines et à l'obligation aux dettes qui ont été profondément modifiées par la L. n°85-1372 du 23 décembre 1985 (op. cit.).

⁴¹⁹ Cass., 1^{ère} civ, 9 juillet 1991, n° 89-18.504 : Bull. civ. I n°233 ; JurisData n°1991-001961 ; JCP N 1992, II, p.207, n. Ph. SIMLER.

défaut d'une telle information, le notaire pourrait voir engager sa responsabilité pour défaut de conseil par l'époux acquéreur du bien devenu commun acquis avant le mariage.

229.Limitation. Comme pour tout régime, il est possible d'aménager celui-ci afin, notamment, de pallier les risques d'une fusion patrimoniale trop importante. Dans ce but, il est possible d'exclure l'entrée en communauté de certains biens par la stipulation d'une clause d'exclusion dans les actes de donation. Cette possibilité est expressément prévue par l'alinéa premier *in fine* de l'article 1498. La jurisprudence admet que cette exclusion puisse être tacite et résulter des circonstances de fait qu'il appartiendra aux juges du fond de contrôler⁴²⁰. Lors de la rédaction des actes de donation, le notaire instrumentaire devra s'attacher à contrôler la volonté des donateurs ainsi que de l'époux donataire et de son conjoint à ce sujet. En outre, au même titre que pour tout régime de communauté, il sera possible pour les époux d'exclure conventionnellement un ou plusieurs biens déterminés de la mise en commun⁴²¹.

230.Opportunités. Du fait de l'élargissement des biens visés par la mise en commun, la fusion patrimoniale sera donc accrue. Cette solution peut permettre le partage des richesses mobilières de l'époux fortuné par le jeu de l'avantage matrimonial ainsi procuré à l'époux impécunieux. En outre, une telle solution pourra également être opportune, d'un point de vue fiscal, dans un but de transmission patrimoniale par la communautarisation des biens donnés pouvant aboutir à une réduction de l'assiette fiscale taxable d'une éventuelle donation. Toutefois, en vue d'anticiper la désunion, une telle solution peut apparaître désavantageuse pour l'époux le plus fortuné qui se verrait alors contraint de partager, en cas de dissolution de l'union, sa fortune mobilière par moitié. Cette solution, si elle peut paraître risquée, connaît toutefois un intérêt vis-à-vis des difficultés inhérentes à l'encaissement des sommes propres par la communauté.

B. Un outil de prévention face à l'encaissement des sommes propres

231.Atouts. Ce régime peut permettre d'éviter les contentieux relatifs à d'éventuels encaissements de sommes propres par la communauté au jour de la séparation. A l'heure où le couple se déchire, il est fréquent de constater que les époux conservent la trace, ou tout au moins le souvenir, de toutes les sommes propres que la communauté a encaissées. Le divorce des époux est alors, souvent, l'occasion de constater ce que Machiavel avait déjà relevé en son

⁴²⁰ Cass., 1^{ère} civ., 24 novembre 1993, n°91-18.261 : NP ; JurisData n°1993-002653 ; JCP 1994, I, 3785, n°4, obs. Ph. SIMLER ; JCP N 1995, 1663, n. H. HOVASSE.

⁴²¹ V. *infra*, spéc. 590 et s.

temps : « *Les hommes oublient plus facilement la mort de leur père que la perte de leur patrimoine* »⁴²². Sur ce point, et contrairement à l'adage connu, l'évolution du temps semble ne pas avoir affecté celle des mœurs. Or l'encaissement de sommes propres par la communauté en présence d'un régime légal est source de contentieux. L'anticipation de la désunion peut se traduire par la volonté des époux de se désarmer mutuellement dès avant le mariage. Dans ce but, et afin d'éviter les problématiques liées à de tels encaissements, les époux peuvent souhaiter se priver mutuellement de la faculté de revendiquer à ce titre d'éventuelles récompenses. L'option en faveur du régime conventionnel de la communauté de meubles et acquêts offre cette possibilité. En effet, ce régime a pour conséquence de faire entrer en communauté l'ensemble des sommes détenues par les époux quelle que soit leur origine. En conséquence, leur encaissement ne sera destiné à générer aucune récompense puisqu'elles seront, par définition, qualifiées de bien commun. Cette solution, si elle n'assure pas une égalité entre les époux, a le mérite de mettre fin à tout contentieux sur ce fondement.

232. Preuve. Au-delà de la question des récompenses, cette solution peut également permettre de résoudre les problématiques et les contentieux liés aux questions de preuve de la propriété. En effet, l'ensemble du patrimoine mobilier tombe en communauté, à l'exception des biens propres par nature et des biens expressément exclus dans les donations ou legs. Cette mise en communauté plus large permet de minimiser les difficultés liées à la qualification des biens en évinçant, à la fois, les problématiques liées aux biens meubles eux-mêmes mais également les problématiques liées à l'acquisition de biens immobiliers. En la matière, il existe un contentieux dense concernant le financement par des sommes propres d'un bien immobilier⁴²³. Nombreux sont les arrêts qui tentent d'imposer les règles relatives à l'emploi ou au remploi de ces sommes⁴²⁴ afin de permettre le calcul de la contribution communautaire⁴²⁵ ou propre en vue d'établir la qualification du bien et le chiffrage d'une éventuelle récompense. Par le jeu de la communauté de meubles et acquêts, l'intégralité des sommes détenues avant le mariage tombent en communauté. Cette solution permet de limiter le nombre de contentieux liés au financement d'un bien immobilier par des sommes propres aux seules sommes reçues par donation ou legs stipulant expressément une exclusion de

⁴²² N. MACHIAVEL, *Le prince*, éd. Antonio Blado d'Asola, 1532.

⁴²³ V. *supra*, spéc. 216 et s.

⁴²⁴ Cass., 1^{ère} civ., 19 mai 1998, n°95-22.083 : Bull. civ. I, n°175 ; Defrénois 1998. 1466, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP 1998, I, 183, n° 2, obs. Ph. SIMLER ; JCP 1999, II, 10127, n. J.-G. MAHINGA ; RTD civ. 1999. 459, obs. B. VAREILLE.

⁴²⁵ Cass., 1^{ère} civ., 15 juin 1994, n°92-20.201 : Bull. civ. I, n°210 ; D. 1995. Somm. 40, obs. M. GRIMALDI ; Defrénois 1995. 439, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP 1995, I, 3821 ; JCP N 1995, II, 692, n°14, obs. Ph. SIMLER ; RTD civ. 1995. 422, obs. B. VAREILLE.

communauté. Ainsi, l'anticipation du divorce peut se traduire par une solution de fusion accrue de la communauté aboutissant à la minimisation du nombre des causes éventuelles de litiges. Toutefois, si cette solution connaît des avantages, il ne faut pas en omettre les inconvénients.

§2 : Une solution à l'opportunité limitée et parfois dommageable

233. La mise en commun du passif. L'accroissement de la fusion patrimoniale générée par ce régime incarne une différence marquée avec le régime légal actuel. Toutefois, elle n'est pas la seule différence existante entre ces deux régimes. En effet, ils diffèrent également quant à la mise en commun du passif. En ce sens, l'article 1499, alinéa 1^{er} du Code civil accroit cette mise en commun en ajoutant à celle engendrée par le régime légal actuel, la mise en commun d'« *une fraction de celles dont les époux étaient déjà grevés quand ils se sont mariés, ou dont se trouvent chargées des successions et libéralités qui leur échoient durant le mariage* ». Lorsque les époux décident d'opter pour le régime conventionnel de la communauté de meubles et acquêts, il convient d'attirer leur attention quant aux conséquences de cette mise en commun quant au passif.

234. Une dette proportionnelle. Par l'application de l'alinéa 2 de ce texte, le législateur prévoit une mise en commun définitive d'une fraction des dettes proportionnelle à la « *fraction d'actif qu'elle recueille, (...), soit dans le patrimoine de l'époux au jour du mariage, soit dans l'ensemble des biens qui font l'objet de la succession ou libéralité* »⁴²⁶. Si elle peut paraître cohérente comme étant la juste compensation de la mise en commun de l'actif, cette précision n'est pas neutre. Le but du législateur est d'éviter toute pénalisation des créanciers dont la créance est née antérieurement à la célébration du mariage ainsi que des créanciers successoraux. Ceux-ci conservent, par l'application de l'article 1501 du Code civil, le droit de saisir les biens qui formaient auparavant leur gage. Ils sont donc, en principe, protégés. En effet, soit leur gage portait sur un bien meuble entré en communauté, le passif lié à ce bien entre corrélativement en communauté par le jeu de la proportionnalité. Ils peuvent alors saisir ledit bien, le passif lié à celui-ci incombant définitivement à la communauté. Soit leur gage portait sur un bien demeuré propre, le passif lié conserve la même qualification. Les créanciers conservent alors leur droit de poursuite sur ledit bien au sein du patrimoine propre

⁴²⁶ Notons que cette solution diffère de l'ancien régime légal. En effet, aux termes des règles de cet ancien régime, les passifs présents comme successoraux tombaient en communauté lorsqu'ils étaient de nature mobilière. Or, la nature mobilière de ces passifs étant systématiques, la proportionnalité entre l'entrée dans la communauté du passif et de l'actif pouvait s'avérer déséquilibrée.

de l'époux débiteur. En conclusion, les créanciers antérieurs ont, par le jeu de cet article, la possibilité de poursuivre le paiement de leurs créances, classiquement, sur les biens propres de l'époux débiteur mais, également, sur les biens communs proportionnellement à l'actif tombé en communauté⁴²⁷.

235. Confusion des patrimoines. Par ce biais, le gage des créanciers peut, parfois, se trouver élargi. En effet, la confusion des patrimoines mobiliers antérieurs et postérieurs au mariage peut leur permettre d'écarter la règle de la proportionnalité. En ce sens, l'article 1501 du Code civil prévoit notamment qu'« *Ils peuvent même poursuivre leur paiement sur l'ensemble de la communauté lorsque le mobilier de leur débiteur a été confondu dans le patrimoine commun et ne peut plus être identifié selon les règles de l'article 1402* ». Cette règle, commune avec le régime légal actuel, permet aux créanciers de saisir l'intégralité de ces biens, à l'exception toutefois des gains et salaires du conjoint non débiteur qui demeurent protégés du fait de leur nature particulière. Le choix en faveur de ce régime peut alors aboutir à une mise en danger du patrimoine commun plus importante qu'en présence du régime légal. En outre, nul doute qu'une telle action des créanciers pourra engendrer des reproches, voire des conflits, au jour de la désunion. En effet, dans l'hypothèse où l'époux non débiteur aurait le plus « apporté » à la communauté, il est à craindre qu'il entende reprocher à son conjoint la mise en commun de ce passif.

236. Une solution peu usitée. Si le choix en faveur de ce régime peut paraître opportun du fait de la simplification qu'il peut engendrer dans certaines hypothèses et de son opportunité fiscale en matière de transmission, il convient de constater que le choix des époux en sa faveur ne demeure que ponctuelle. Son manque de popularité s'explique notamment par les conséquences qu'il entraîne. En effet, l'adage « *res mobilis, res vilis* », entraînant la confusion des biens mobiliers des époux, peut provoquer un certain nombre de conséquences dommageables aux époux, autant du fait d'une mise en communauté complexe à contrôler que par l'entrée en communauté de passifs. La réticence à l'encontre de ce type de régime se constatait d'ailleurs dès avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 juillet 1965. En effet, nombreux étaient les couples qui usaient de la liberté des régimes afin de limiter la mise en communauté engendrée par l'ancien régime légal en optant pour un régime proche du régime légal actuel. C'est sans nul doute l'une des raisons de l'avènement d'un nouveau régime légal lors de la réforme de 1965.

⁴²⁷ Étant ici précisé que les gains et salaires de l'époux non débiteur demeurent extérieurs au gage des créanciers (art. 1414 C. civ.).

Section 2 : La communauté universelle : le choix d'un élargissement total

237. **Une volonté de mise en commun totale.** S'il est possible de limiter l'accroissement de la mise en commun à un type de biens déterminé, les époux ont également la faculté de diriger le curseur de la fusion patrimoniale vers son maximum. Ils peuvent ainsi prévoir une mise en commun plus totale par le jeu de l'adoption du régime de la communauté universelle. Cette solution qui peut paraître extrême est pourtant choisie par près de 11% des couples qui procèdent à l'établissement d'un contrat de mariage⁴²⁸. Elle est, toutefois, rarement choisie par les époux jeunes *ab initio*. Il est plus fréquent qu'elle soit adoptée dans une seconde partie de vie, après un départ à la retraite ou à un remariage afin de protéger le conjoint survivant. Bien que la protection du conjoint survivant soit au cœur de ce régime, une telle option peut également répondre à certains objectifs liés à l'anticipation d'une éventuelle désunion (§1). Toutefois, elle peut également s'avérer dommageable si les conséquences qu'elle entraîne s'avéraient mal appréhendées (§2).

§1 : L'universalité, outil de simplification de l'union comme de la désunion

238. **Un régime singulier.** Le régime de la communauté universelle est, sans nul doute, un régime atypique. En ce sens, il se distingue, notamment, des autres régimes par son apparente simplicité autant quant à la gestion du patrimoine en cours d'union, qu'au jour de sa dissolution. Une telle simplification a des conséquences importantes en matière de dissolution de l'union qui pourront alors s'avérer opportunes dans une volonté d'anticipation (A). En outre, l'option pour ce régime aura des répercussions particulières en matière de mise en commun du passif (B).

A. Le régime de la simplicité

239. **Une volonté de simplification.** L'atout principal de ce régime est indéniablement sa simplicité. Celle-ci se retrouve, d'ailleurs, dans le Code civil puisque ce régime n'est régi que par le seul article 1526. Il a pour but de créer une masse commune ayant vocation à

⁴²⁸ A. BARTHEZ et A. LAFERRERE, « Économie et Statistique, Le patrimoine des Français : comportements et disparités », op. cit.

recueillir la quasi-totalité des biens des époux⁴²⁹. Elle va ainsi intégrer tous les biens « *tant meubles qu'immeubles, présents et à venir* »⁴³⁰ quels que soient leur origine et leur financement. La seule exception à cette mise en commun concerne, en principe, les biens propres par nature, tels que définis par l'article 1404 du Code civil. Toutefois, cette exception peut également faire l'objet d'un aménagement. En effet, les époux ont la faculté de prévoir une communauté complètement universelle en y incluant tous types de biens sans distinction de leur nature. La fusion patrimoniale serait alors totale. Outre la simplicité de sa composition, ce régime brille également par la simplicité de son fonctionnement et de la gestion du patrimoine des époux. Pour l'ensemble des difficultés non envisagées par l'article 1526, il convient de se référer, à titre supplétif, aux règles issues du régime légal. Au cours du fonctionnement du régime et à défaut de clause contraire, la gestion des biens par les époux obéit donc aux règles des articles 1421 à 1427 du Code civil. Cette gestion concurrente et cogestion volontaire concerneront, par la mise en commun totale, l'intégralité du patrimoine des époux⁴³¹. Une telle solution permettra alors d'éviter toute contestation qui pourrait naître, au jour du divorce, quant aux actes de gestion réalisés en cours d'union.

240. Une limitation possible. Toutefois, même en présence d'une communauté universelle, la liberté contractuelle permet de limiter la mise en commun ainsi consacrée entre les époux. A ce titre, le donateur ou testateur conserve la faculté de prévoir une exclusion expresse de la communauté concernant les biens transmis⁴³². A défaut d'une telle clause, les biens tomberont en communauté et ce, même si la donation contient un droit de retour ou une interdiction d'aliéner. En effet, la jurisprudence considère que les clauses de droit de retour et d'inaliénabilité affectant les droits du donataire sur le bien donné ne font pas obstacle, sauf exclusion expresse, à son entrée dans la communauté universelle⁴³³. Notons qu'en cas d'application de la clause de droit de retour légal et ce, même en présence d'une attribution intégrale au conjoint survivant, le droit de retour fera opposition au droit viager au logement de l'article 764 du Code civil⁴³⁴. Les époux ne peuvent contrevenir à une telle clause au risque d'entraîner la nullité de la donation pour inexécution des charges. De ce fait, l'universalité

⁴²⁹ Les masses propres continuent à exister mais en étant limitée à leur plus stricte définition.

⁴³⁰ Art. 1526 C. civ.

⁴³¹ Sous réserve des domaines réservés à la gestion exclusive (art. 223 C. civ et 1421, al.2 C. civ.).

⁴³² La jurisprudence a pu admettre que la volonté d'exclure le bien donné de la communauté puisse être tacite et résulter des circonstances. V. en ce sens : Cass., 1^{ère} civ., 24 novembre 1993, n°91-18.261 : NP ; JurisData n°1993-002563 ; JCP G 1994, I, 3785, III, n. Ph. SIMLER ; JCP N, 1995, n°47, 1663, obs. H. HAVASSE.

⁴³³ Cass., 1^{ère} civ. 18 mars 2015, n°13-16.567 : Bull. 2015, I, n°60 ; AJ. Fam. 2015, 296, obs. P. HILT ; D. 2015. 2094, obs. J. REVEL ; JCP 2015, n°690, n. F. SAUVAGE ; RTD civ. 2016. 172, obs. B. VAREILLE.

⁴³⁴ Cass., 1^{ère} civ., 23 septembre 2015, n°14-18.131 : Bull. 2016, n°836, 1^{ère} civ., n°215 ; Defrénois Flash 12 octobre 2015, p.1, n°130 ; Dr. Fam. 2015, comm. 204, obs. M. NICOD.

connaît une certaine limite face à une volonté contractuelle d'éviter l'entrée en communauté du bien transmis. Par ce biais, il est possible de protéger les biens donnés ou légués face au risque d'une séparation.

241.**Simplicité de preuve.** Du fait de la mise en commun quasi-universelle qu'il entraîne, ce régime peut paraître antinomique avec une volonté d'anticipation d'un éventuel divorce. Toutefois, il n'en est rien. En effet, la simplicité liée à la composition de la masse commune peut permettre d'éviter un certain nombre de litiges liés aussi bien à l'entrée en communauté de sommes propres qu'à un défaut de preuve de la qualification de certains biens. Du seul fait de sa mise en œuvre, les époux ont la possibilité de se « désarmer » l'un l'autre en neutralisant les intérêts pécuniaires entre eux. Si cette solution n'aboutit pas à assurer la conservation des patrimoines « propres » des époux, selon la définition qui en est donnée par le régime légal, il a le mérite de simplifier grandement les rapports entre eux. Ils évitent alors toutes les controverses qui pourraient survenir au jour de la liquidation du régime quant à la qualification d'un bien du fait de son financement ou de son origine. En évinçant ces difficultés, il résout ainsi les contentieux liés à la preuve. En outre, toutes les sommes, quelle que soit leur origine, entrent en communauté⁴³⁵. En conséquence, ce régime permet, au même titre que celui de la communauté de meubles et acquêts, d'évincer les dilemmes liés à l'encaissement des sommes propres par la communauté⁴³⁶.

242.**Dissolution simplifiée.** Corrélativement, en cas de dissolution de l'union, la liquidation de ce régime s'avère d'autant plus aisée. En principe et sauf de rares exceptions, il n'y aura à procéder à aucune recherche de récompense, ni de créance entre époux. L'ensemble des biens tombant en communauté, il n'y aura pas, non plus, à réaliser un travail de qualification des biens du couple, ni à rechercher l'origine de chacun d'eux. En outre, à défaut de clause contraire, le professionnel du droit chargé de la liquidation n'aura qu'à procéder à un partage par moitié de la communauté. Il s'agira alors d'une simple division sans complexité apparente. Une telle simplification peut alors permettre de pacifier la désunion en supprimant les intérêts financiers des époux au terme du partage, chacun d'eux ayant vocation à recueillir exactement la même chose que son conjoint. Le prix de la pacification de la désunion peut alors être l'égalité entre les époux.

⁴³⁵ Exception faite de l'exclusion expresse d'une telle entrée en communauté aux termes du testament ou de l'acte de donation.

⁴³⁶ V. *supra*, spéc. 215 et s.

B. L'universalité face au passif, entre simplicité et paradoxe

243. Un droit de gage limité. La communautarisation accrue engendrée par ce régime a également des conséquences vis-à-vis du droit de gage des créanciers. En effet, la limitation établie en la matière par l'article 1415 du Code civil s'applique également en présence d'époux mariés sous ce régime⁴³⁷. En application de ce texte : « *Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres.* ». La jurisprudence apprécie de manière stricte la condition du consentement exprès du conjoint. Il convient que les époux s'engagent ensemble dans le même acte ou que le consentement du conjoint du débiteur résulte également du même acte⁴³⁸. En ce sens, elle a pu préciser que le cautionnement d'une même dette par les deux époux en deux actes distincts n'est pas, en principe, l'équivalent du consentement exigé par l'article 1415⁴³⁹ puisque ces consentements séparés n'impliquaient pas « *le consentement exprès de chacun d'eux à l'engagement de caution de l'autre* ». Par suite, seuls les biens propres de chacun des époux et leurs revenus pouvaient être saisis à l'exception des biens communs⁴⁴⁰. A défaut d'un tel consentement, en régime de communauté universelle, les créanciers ne peuvent poursuivre le débiteur que sur ses seuls revenus et sur ses biens propres, par définition limités dans ce type de régime.

244. Jurisprudence et revirement. La jurisprudence a longtemps fait une application étendue de ce principe⁴⁴¹. Cette solution était d'autant plus avantageuse qu'elle conduisait les hauts magistrats à considérer en présence d'une clause d'attribution intégrale de la communauté que le survivant ne pouvait être tenu de payer, sur les biens communs attribués,

⁴³⁷ Cass. 1^{ère} civ., 5 octobre 2016, n°15-24.616 : Bull. civ. 2017, I, n°858 – Dans le même sens, Cass., 1^{ère} civ., 3 mai 2000, n°97-21.592 : Bull. 2000, I, n°125 ; D. 2000, 546, n. J. THIERRY ; *ibid.* 2001, 693, obs. L. AYNES ; RTD civ. 2000. 889, obs. B. VAREILLE ; *ibid.* 890, obs. B. VAREILLE.

⁴³⁸ Cass., 1^{ère} civ., 13 octobre 1999, n°96-19.126 : Bull. 1999, I, n°273, p.178 ; JurisData n° 1999-003442 ; Dr. Fam. 2000, comm.25, obs. B. BEIGNIER ; RTD civ. 2000, p.393 obs. B. VAREILLE – Cass. com., 5 février 2013, n°11-18.644 : Bull. 2013, IV, n°22 ; JurisData n°2013-001596 ; D. 2013, p.1253 obs. A. MOLIERE ; JCP N 2013, n°20, 1135, n. S. PIEDELIEVRE.

⁴³⁹ Cass., 1^{ère} civ., 15 mai 2002, n°00-13.527 : Bull. 2002, I, n°128, p.98 ; JurisData n°2002-014340 ; Dr. Fam. 2002, comm. 90, n. B. BEIGNIER ; D. 2002, p.1780, n. C. BARBEROT – Plus récemment : Cass., 1^{ère} civ., 13 juin 2019, n°18-13.524 : D ; JurisData n° 2019-010349 ; D. 2019, 2216, obs. S. GODECHOT-PATRIS et C. GRARE-DIDIER ; JCP 2019, 1682, obs. Ph. SIMLER ; RTD civ. 2019. 645, obs. M. NICOD.

⁴⁴⁰ Cette solution peut toutefois avoir une opportunité selon la composition des patrimoines propres des époux et le montant de leurs revenus. En effet, le patrimoine commun n'est pas toujours le plus opportun économiquement à saisir.

⁴⁴¹ Cass., 1^{ère} civ., 3 mai 2000, n°97-21.592 : Bull. civ. I, n°125 ; D. 2000, p.546, n. J. THIERRY ; *ibid.* 2001, 693, obs. L. AYNES ; RTD civ. 2000. 889, obs. B. VAREILLE ; *ibid.* 890, obs. B. VAREILLE.

l'emprunt ou la caution souscrit par le défunt⁴⁴². Il incombait au notaire d'attirer l'attention des créanciers sur les effets néfastes de cette solution concernant les suretés prises à leur profit⁴⁴³ et de leur conseiller de s'orienter de préférence vers une garantie réelle sur un bien immobilier. Toutefois, par un arrêt récent⁴⁴⁴, la Cour de cassation a procédé à un revirement complet de sa jurisprudence. Elle a énoncé que le conjoint survivant qui « *reçoit toute la communauté au décès de son mari doit payer l'emprunt contracté par le défunt dès lors qu'il n'est pas démontré que ce dernier l'avait souscrit dans son intérêt exclusif* ». Si ce revirement peut paraître sévère pour le conjoint survivant, la solution semble, quant à elle, plus protectrice pour les créanciers. Cette solution est également juridiquement plus compréhensible sur le fondement de l'article 1409 du Code civil, sous réserve que le passif n'ait pas été souscrit dans l'intérêt personnel de l'époux débiteur⁴⁴⁵. La Cour régulatrice a ainsi pu considérer que la contribution à la dette incombait à la communauté et donc à l'attributaire de celle-ci, c'est-à-dire au conjoint survivant. La situation est désormais moins avantageuse pour le conjoint attributaire et, par voie de conséquence, plus protectrice pour les créanciers.

245.Limite. Cependant, la Haute juridiction fonde également son raisonnement sur l'article 1524 du Code civil en application duquel « *L'époux qui retient ainsi la totalité de la communauté est obligé d'en acquitter toutes les dettes.* ». Il est possible de considérer que par le choix d'asseoir sa décision sur ce fondement, la Cour a tenu à limiter celle-ci au seul conjoint attributaire de l'intégralité de la communauté. Il semble toujours admissible que les créanciers ne puissent pas saisir les biens communs sur le fondement de l'article 1415, à défaut de consentement exprès du conjoint à la garantie prise. En ce sens, la Cour de cassation a énoncé, dans un arrêt plus récent, que « *si l'acte de prêt souscrit par un seul époux sous le régime de la communauté n'est pas inefficace, la mise en œuvre du privilège de prêteur de deniers est subordonnée au consentement de son conjoint à l'emprunt* »⁴⁴⁶. Ainsi, paradoxalement, le choix en faveur de ce régime peut permettre au débiteur d'être mieux protégé vis-à-vis des créanciers qu'en régime de communauté légale. Il convient de souligner

⁴⁴² Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 2016, n°15-24.616 : PB ; Defrénois 2017, p.367, obs. G. CHAMPENOIS.

⁴⁴³ La jurisprudence a pu ainsi considérer que le notaire commettait une faute s'il s'abstenait de vérifier le régime matrimonial de la caution et de rechercher le consentement du conjoint. V. en ce sens : CA Paris, 16 mars 2003 : RJDA, 02/04, n°225.

⁴⁴⁴ Cass., 1^{ère} civ., 5 décembre 2018, n°16-13.323 : PBI ; JurisData n° 2018-022070 ; D. 2018. 2362 ; AJ Fam. 2019. 45, obs. J. HOUSIER ; RTD civ. 2019. 173, obs. B. VAREILLE.

⁴⁴⁵ Cass., 1^{ère} civ. 19 septembre 2007, n°05-15.940 : Bull. civ. I, n°278 ; AJ. Fam. 2007, 438, obs. P. HILT ; Defrénois 2008, 2207, n. G. CHAMPENOIS ; JCP 2007, I, 208, n°13, obs. Ph. SIMLER – Dans le même sens : Cass., 1^{ère} civ., 17 octobre 2018, n°17-26.713 : PB ; D. 2018. 2137 ; AJ. Fam., 2018, 700, obs. P. HILT.

⁴⁴⁶ Cass., 1^{ère} civ., 5 mai 2021, n°19-15.072 : PB ; AJ. Fam. 2021, 377, obs. S. FERRE-ANDRE ; D. 2021. 904 ; Dr. Fam. 2021, comm. 111, B. BEIGNIER ; D. actu., 17 mai 2021, com. M. COTTET ; JCP N, I, 2021, 1238, n. F. VAUVILLE.

qu'aux termes de cet arrêt, les hauts magistrats ont pris soin de rappeler que l'omission de cet accord du conjoint aux termes de l'acte de prêt était un manquement du notaire instrumentaire à l'obligation d'assurer l'efficacité d'un tel acte. Par suite, ce dernier engageait sa responsabilité professionnelle. Il est donc impératif que le notaire instrumentaire d'un tel acte s'attache à vérifier la nécessité de l'intervention du conjoint afin de recueillir, le cas échéant, son consentement et d'assurer l'efficacité de l'acte.

246. Anticipation du divorce. Le régime de la communauté universelle peut apparaître comme protecteur du conjoint autant vis-à-vis des créanciers qu'en cas de dissolution de l'union par décès. Toutefois, en matière d'anticipation de la désunion, cette mise en commun accrue peut apparaître périlleuse pour le conjoint. En effet, elle entraîne des conséquences importantes dont les (futurs) époux doivent impérativement prendre conscience avant de s'orienter vers un tel régime. Il conviendra d'attirer leur attention sur cette communautarisation comme sur ses conséquences. Le rôle d'information et de conseil du notaire sera prépondérant en présence d'époux envisageant un tel choix.

§2 : Les périls de l'universalité

247. Le transfert des richesses. La communauté universelle consacre une fusion patrimoniale globale. Par ce biais, elle permet un important transfert de richesses notamment en présence d'époux ayant des patrimoines déséquilibrés au jour de leur union. La mise en commun de la quasi-totalité de leurs biens aboutira à un transfert de richesses au profit de l'époux le moins fortuné. Si cette solution peut se justifier à l'aube de l'union, elle est souvent critiquée, si ce n'est contestée, lorsque celle-ci vient à échouer. Il s'agit là de l'exemple classique d'un avantage matrimonial. Or l'article 265 du Code civil prévoit expressément, aux termes de son alinéa 1^{er}, que « *Le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage (...)* ». En conséquence, le transfert de richesse ainsi consacré ne pourra être remis en cause au jour d'un éventuel divorce. Il convient d'attirer l'attention des époux, et notamment de l'époux le plus fortuné, sur le caractère définitif de cet avantage. A défaut, nul doute que le devoir d'information du notaire pourrait être mis en exergue sur ce fondement.

248. Attribution intégrale. Il convient de souligner que ce régime est rarement choisi *ab initio* par les jeunes époux mais est d'avantage mis en place en cours d'union, notamment suite au départ en retraite des membres du couple. En effet, le régime, qui peut s'imposer aux

époux au début de leur mariage ou compte tenu de leur profession respective, peut se révéler moins justifié après des décennies de vie commune. Il apparaîtra alors fréquemment comme un outil d'anticipation de la fin de vie et de la protection du conjoint survivant. Le choix en faveur de ce régime se justifiait notamment par un intérêt fiscal. Toutefois, cette solution a perdu de son attrait depuis l'abolition des droits de mutation à cause de mort du conjoint survivant⁴⁴⁷ par la loi du 21 août 2007⁴⁴⁸. Dans une volonté de protection du conjoint survivant, elle sera fréquemment accompagnée, « *lorsque la traversée tire à sa fin* »⁴⁴⁹, d'une stipulation d'attribution intégrale au conjoint survivant. Une telle stipulation n'est pas automatique et doit être réalisée de manière expresse dans la convention matrimoniale. Elle permet alors d'assurer au conjoint survivant des conditions de ressources similaires à celles connues au cours de l'union puisque le patrimoine ne sera pas partagé mais transmis au seul survivant en cas de décès. L'attribution intégrale permettra également au survivant de ne pas avoir à subir les « affres » d'une indivision souvent complexe à gérer. Par l'application de cette clause, il sera seul maître à bord et seul propriétaire des biens. En outre, la stipulation d'une telle clause n'est pas un danger vis-à-vis d'un éventuel divorce. En effet, et contrairement à la mise en commun accrue du patrimoine, une telle stipulation ne prendra effet qu'au jour de la dissolution de l'union par décès. Or s'agissant d'un avantage matrimonial à effet différé, le divorce emportera, sauf volonté contraire des époux, sa révocation de plein droit⁴⁵⁰. L'anticipation de la protection du conjoint survivant ne porte donc pas atteinte, sur ce sujet tout au moins, à celle de l'anticipation du divorce.

249. Les enfants d'un premier lit. Par ailleurs, la stipulation d'une clause d'attribution intégrale est souvent déconseillée en présence d'enfant d'un premier lit. En effet, l'adjonction d'une telle clause pourrait aboutir, à défaut d'action en retranchement⁴⁵¹, à les déshériter totalement. Ce risque ne suffit pas à interdire le changement du régime matrimonial au profit d'une communauté universelle sur le fondement de l'intérêt de la famille. La Cour de cassation est venue préciser, dans le célèbre arrêt « Alessandri »⁴⁵², que « *l'existence et la légitimité d'un tel intérêt doivent faire l'objet d'une appréciation d'ensemble* ». Ainsi, le fait qu'un tel changement ne soit pas dans l'intérêt des enfants n'interdit pas qu'il puisse être dans l'intérêt de la « famille » conformément à l'article 1397 du Code civil. En outre, la

⁴⁴⁷ Art. 796-0 bis C.G.I.

⁴⁴⁸ L. n°2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, op. cit.

⁴⁴⁹ P. CATALA, « Variations autour de la communauté universelle », In *Mélanges à la mémoire de Daniel HUET-WEILLER*, PUF-LGDJ 1994, p.46.

⁴⁵⁰ Art. 265, al.2 C. civ.

⁴⁵¹ Art. 1527 C. civ.

⁴⁵² Cass., 1^{ère} civ., 6 janvier 1976, *Alessandri*, n°74-12.212 : op. cit.

jurisprudence considère que la réserve des enfants d'un premier lit est protégée par le jeu de l'action en retranchement⁴⁵³. En effet, les enfants non communs, et eux uniquement⁴⁵⁴, bénéficient de l'action en retranchement leur permettant de soumettre les avantages matrimoniaux consentis au conjoint survivant aux règles de réduction des libéralités. Outre cette action, il demeure possible d'adapter la clause d'attribution intégrale afin de tenir compte de la situation patrimoniale respective de chacun des époux. L'article 1524 du Code civil permet de dissocier les situations en fonction de l'époux décédé. Il énonce que l'attribution intégrale peut être stipulée « *soit au profit d'un époux désigné, soit au profit de celui qui survivra quel qu'il soit* ». A ce titre, il peut être opportun de ne stipuler l'attribution intégrale qu'au profit du conjoint survivant ayant des enfants. Une telle stipulation peut ainsi permettre, en plus de la protection des enfants du premier lit, de leur transmettre le patrimoine du premier conjoint qui n'est pas leur auteur. Il ne doit pas être omis d'adapter cette clause afin de protéger à la fois le conjoint et les enfants d'un premier lit, suivant la volonté des époux.

250.Créanciers. Contrepartie de la mise en commun du patrimoine, la communauté universelle emporte la mise en commun définitive de « *toutes les dettes des époux, présentes et futures* »⁴⁵⁵, à l'exception toutefois des passifs grevant, le cas échéant, les biens demeurés propres. En outre, par le jeu de la fusion des patrimoines, l'obligation comme la contribution à la dette sont communes. En conséquence, le paiement d'une dette, même antérieure au mariage, par des biens communs n'ouvre pas droit à récompense au profit de ladite communauté⁴⁵⁶. Cette solution est identique quelle que soit l'origine du bien commun et ce, même s'il s'agit de bien détenu par le conjoint du débiteur dès avant l'union ou des gains et salaires de l'époux non débiteur. Soulignons que si cette communauté est complétée d'une attribution intégrale, l'attribution de l'intégralité du patrimoine entraîne également l'attribution des créances détenues par le défunt. Il est donc impératif d'avertir les époux quant à l'impact d'un tel choix. En effet, au jour de la dissolution de l'union, l'époux ayant plus apporté et dont les biens mis en communs auront permis de solder les créances nées sur la tête de son conjoint pourrait regretter de ne pouvoir obtenir aucune « indemnisation » sur ce fondement. A défaut

⁴⁵³ V. TGI Bordeaux, 18 mars 1992 : JCP N 1993 – Cass., 1^{ère} civ., 22 juin 2004, n°02-10.528 : NP.

⁴⁵⁴ Cass., 1^{ère} civ., 13 avril 1976, n°74-12.192 : Bull. civ. 1, n°128, p.102 ; Defrénois 1976, p.1547, n. G. MORIN.

⁴⁵⁵ Art. 1526, al. 2 C. civ.

⁴⁵⁶ V. en ce sens, concernant la dette de salaires différés d'un exploitant agricole : Cass., 1^{ère} civ., 18 janvier 2012, n°10-24.892 : Bull. civ. I, n°10 ; AJ. Fam., 2015, 238, obs. J. CASEY ; Defrénois 2012. 1201, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP N, 2012, 1118, obs. R. LE GUIDEDEC et H. BOSSE-PLATIERE, Fr. ROUSSEL ; *ibid.* 2012, 2477, obs. J. REVEL ; JCP 2013, 250, obs. R. LE GUIDEDEC ; RTD civ. 2012, 350, obs. M. GRIMALDI.

d'avertissement des époux quant à ce risque, la responsabilité du notaire sur le fondement de son devoir d'information pourrait être engagée.

251. Transmission. Au-delà de la protection du conjoint survivant, le régime de la communauté universelle pourra également, de manière plus anecdotique, répondre à d'autres objectifs. Ce régime peut, en effet, permettre de répondre à une recherche d'anticipation de la transmission. D'une part, la mise en place d'une communauté universelle aboutira à un « lissage » des droits de succession dus par les héritiers en leur permettant de bénéficier des abattements fiscaux à chacun des décès. Dans cette hypothèse, en présence de patrimoines déséquilibrés, cette solution pourrait avoir un résultat fiscal favorable pour les héritiers. La mise en commun pourra alors s'avérer un outil efficace d'anticipation de la transmission, en matière de succession comme de donation. *A contrario*, en cas d'adjonction d'une clause d'attribution intégrale de la communauté au survivant, la fiscalité sera alourdie pour les héritiers. Aucun bien ne leur étant transmis au premier décès, ils ne recueilleront l'intégralité du patrimoine qu'au second décès et ne pourront donc bénéficier du barème progressif des droits de succession et des abattements légaux qu'au titre du dernier décès. D'autre part, cette solution pourra également s'avérer opportune lorsque l'objectif recherché par les époux est le transfert à terme d'une partie du patrimoine de l'époux fortuné à l'enfant de son conjoint. En effet, du fait de la mise en commun, au jour du décès de son auteur, l'enfant héritera de droits et biens ayant appartenu au conjoint de ce dernier. Or s'il les avait reçus directement de celui-ci, il aurait subi une fiscalité lourde⁴⁵⁷. Par l'application de ce régime, il bénéficie d'une fiscalité plus avantageuse du fait de son lien de descendance avec son auteur. Le régime de la communauté universelle peut ainsi permettre de répondre à des objectifs de transmission et d'anticipation de la dissolution par décès. Il s'avère toutefois peu à même de répondre aux contingences de l'anticipation d'une séparation.

252. Anticipation. La communauté universelle incarne, pour nombre d'hypothèses, le régime le plus avancé concernant la protection du conjoint survivant face à une dissolution de l'union à cause de mort. Comme a pu l'écrire le Doyen Gérard Cornu, ce régime peut, à ce titre, être perçu comme une sorte de « régime matrimonial à cause de mort »⁴⁵⁸ ayant principalement pour but de protéger le conjoint d'une dissolution par décès de l'union. Son opportunité est toutefois moins évidente dans un objectif de pacification de la désunion. Toutefois, il peut également répondre à cet objectif du fait de la simplicité qu'il engendre. En

⁴⁵⁷ Droits de mutation à titre gratuit à hauteur de 60% (art. 777 CGI, tableau III).

⁴⁵⁸ G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, Thémis, 5^e éd. 1989, PUF, p. 669.

application de celui-ci, le partage de la communauté sera simplifié et aucune récompense, ni créance entre époux ne devrait pouvoir être réclamée. Par ce choix, les époux aboutiront donc à une égalité parfois inéquitable mais qui aura le mérite d'une pacification forcée de la désunion.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

253.**Fusion patrimoniale.** L'objectif principal visé par l'ensemble des régimes de communauté est la fusion patrimoniale. Les époux sont en mesure, autant par le choix d'un régime de communauté conventionnelle que par les clauses qu'ils insèrent dans leur contrat de mariage, de faire varier le « curseur » de cette fusion. Ainsi, dans une volonté d'accroître celle-ci, les époux peuvent décider d'y inclure une catégorie de bien qui n'y serait pas incluse par le régime légal ou de manière plus générale, de l'étendre à l'ensemble des biens composant leurs patrimoines. Toutefois, ces aménagements nécessitent une analyse *in concreto* afin d'assurer la parfaite compréhension des époux quant à leurs conséquences civiles comme fiscales. Une telle fusion patrimoniale est loin d'être neutre et aura des répercussions importantes en présence d'une éventuelle séparation.

254.**Meubles et acquêts.** Parmi les outils de l'anticipation, les (futurs) époux peuvent ainsi décider d'opter pour un régime différent du régime légal tout en conservant une vocation communautaire. Pour ce faire, ils peuvent élire le régime de la communauté de meubles et acquêts. Celui-ci leur permettra alors d'accroître la mise en commun de leurs biens en y incluant l'ensemble des biens mobiliers. Par ce biais, ils auront la faculté de partager leurs richesses mobilières et d'éviter tout contentieux lié à l'encaissement de sommes qui auraient été propres par l'application du régime légal. Toutefois, une telle solution pourrait s'avérer dommageable du fait de la confusion des patrimoines à laquelle elle peut aboutir. Il conviendra d'attirer l'attention des époux sur ses conséquences.

255.**Communauté universelle.** Dans une perspective similaire, les époux pourraient également décider de fusionner totalement leurs patrimoines par l'option en faveur du régime de la communauté universelle. Bien que cette solution puisse paraître contraire à l'objectif d'anticipation d'un éventuel divorce, elle peut connaître un atout en la matière. En effet, les époux ayant fusionné intégralement leurs patrimoines auront des intérêts équivalents au jour du partage et aucun d'eux ne sera alors en mesure de réclamer plus que l'autre. Ainsi, les conflits liés à la répartition du patrimoine suite au divorce seront évités. Toutefois, cette solution, si elle s'avère simplificatrice, peut s'avérer coûteuse pour l'époux le plus aisé. Par suite, elle ne doit en aucun cas être conseillée sans une information complète et circonstanciée des époux sur les conséquences qu'elles engendrent.

256. Anticipation et fusion. L'anticipation d'un éventuel divorce peut ainsi se traduire par le choix d'un régime entraînant une communauté élargie. Une telle solution aura pour principal objectif de pacifier la désunion en désarmant les époux. Toutefois, il ne peut être contesté que ces solutions sont rarement utilisées dans une telle perspective et répondent, le plus souvent, au double objectif de protection du conjoint survivant et d'optimisation fiscale de la transmission. Une fois encore, nous pouvons constater que les problématiques d'anticipation sont plurielles en matière de régimes matrimoniaux et qu'il s'avèrera souvent complexe de répondre à la fois à la volonté de protection du conjoint survivant en cas de dissolution de l'union par décès et à celle de protection du patrimoine individuel des époux en cas de divorce.

CONCLUSION DU TITRE I

257.**Anticipation.** « *Faire des concessions, ce n'est pas lâcheté mais salut. C'est souci de conservation.* »⁴⁵⁹. Si les régimes communautaires ne sont pas intuitivement les régimes les plus plébiscités par les praticiens confrontés à des couples recherchant une certaine anticipation d'un éventuel divorce, ils n'en demeurent pas moins à même de répondre à certains objectifs d'anticipation. En effet, la fusion patrimoniale, plus ou moins accrue, qu'ils entraînent peut permettre de désarmer les époux en égalisant leurs rapports économiques et créant entre eux une certaine interdépendance. Celle-ci permettra souvent de pacifier les rapports entre les futurs ex-époux qui seront alors économiquement liés. La réalisation du partage sera alors souvent simplifiée.

258.**Fusion patrimoniale.** Par le jeu de la fusion patrimoniale, les époux peuvent assurer la pérennisation de leurs patrimoines. En effet, une telle fusion, comme l'accroissement de celle-ci, peut permettre de garantir une certaine égalité au jour d'une éventuelle séparation. Les concessions consenties, au jour de l'union ou durant son fonctionnement, par le jeu de cette mise en communauté accrue permettront de désamorcer les éventuels conflits pouvant survenir au jour de la désunion. Aussi, bien que cela puisse paraître paradoxal, l'accroissement de la fusion patrimoniale peut, dans certaines hypothèses, permettre de répondre aux problématiques spécifiques à l'anticipation du divorce. Une telle anticipation peut ainsi être réalisée par un « désarmement » mutuel des époux, tous deux ayant des intérêts pécuniaires communs. L'égalité, bien que parfois inéquitable, est alors parfois le prix de la paix.

259.**Pluralités.** Face à des époux désireux d'anticiper leur désunion, il sera également possible de les orienter vers des régimes ayant pour objet de pousser le curseur de la fusion patrimoniale vers son minimum. S'éloignant alors de la vision communautaire du couple, le notaire pourra les orienter vers des régimes séparatistes plus ou moins classiques souvent mieux à même de répondre aux problématiques liées à l'anticipation d'un éventuel divorce.

⁴⁵⁹ A. PONTAUT, *La Sainte Alliance*, éd. Leméac, coll. Roman Québécois, 1977.

TITRE II : LE REGIME DE LA SEPARATION DE BIENS, ESSENCE DES REGIMES SEPARATISTES

260. **Évolution sociale.** « *Autres temps, autres mœurs* »⁴⁶⁰. Selon Monsieur Nicolas Frémeaux et Madame Marion Leturcq, « *L'évolution du recours à la séparation de biens s'explique principalement par le changement des caractéristiques des couples, en particulier par l'augmentation du patrimoine des ménages et des inégalités entre conjoints* »⁴⁶¹. Nombreux sont les facteurs qui permettent de comprendre la montée en puissance des régimes séparatistes, et notamment de celui de la séparation de biens pure et simple⁴⁶². Parmi ces facteurs, l'évolution des mœurs et la multiplicité du nombre de divorces⁴⁶³ sont, certainement, prépondérants. Comme le soulignait, en son temps, Friedrich Carl Von Savigny⁴⁶⁴, le droit reflétant « *l'âme des peuples* », il doit évoluer avec elle. Or ce type de régimes permet d'offrir aux époux « frileux » de fusionner leurs patrimoines, une option acceptable d'indépendance et d'autonomie, leur permettant ainsi de se « *désarmer mutuellement* »⁴⁶⁵ et de protéger le patrimoine de leur conjoint en présence d'une profession « à risques »⁴⁶⁶. Il apparaît alors comme protecteur, à la fois, des patrimoines, du conjoint et des enfants des unions précédentes.

261. **Popularité.** C'est, sans nul doute, l'aspect psychologique et familial de ce caractère protecteur qui explique sa popularité. L'étude réalisée pour l'INSEE⁴⁶⁷ met en lumière une hausse de 64% des couples mariés sous le régime de la séparation de biens pure et simple entre 1992 et 2010⁴⁶⁸. Ce régime apparaît aujourd'hui comme le régime séparatiste par excellence. Ses attraits principaux résident dans l'indépendance et l'autonomie qu'il confère aussi bien dans les relations des époux entre eux qu'à l'égard des tiers. Il apparaît protecteur du patrimoine et garant de l'autonomie de chacun des époux. Outre sa popularité auprès des couples nouvellement unis, ce régime est également devenu le régime favori des

⁴⁶⁰ PINDARE, *Les odes isthmiques* - V^e s. av. J.-C.

⁴⁶¹ N. FREMAUX et M. LETURCQ, « Age et génération », Économie et Statistique, op. cit.

⁴⁶² Régi par les art. 1536 à 1568 C. civ.

⁴⁶³ Les statistiques de l'INSEE faisaient état de 44,7% des mariages ayant fini par un divorce en 2011. v. V. BELLAMY et C. BEAUMEL, « Bilan démographique 2012 », INSEE, janvier 2013, n°1429.

⁴⁶⁴ Fondateur de l'école historique du droit.

⁴⁶⁵ Q. GUIGUET-SCHIELE et W. BABY, « Les conventions organisant par avance les conséquences d'une rupture », Dr. Fam., n°3, mars 2015, dossier 3.

⁴⁶⁶ Tel est notamment le cas des professions libérales ou des commerçants et industriels.

⁴⁶⁷ N. FREMEAUX et M. LETURCQ, « Age et génération », op. cit.

⁴⁶⁸ Le pourcentage des couples mariés sous le régime de la séparation de biens pure et simple est ainsi passé de 6,1% des couples mariés en 1992 à 10% en 2010.

familles recomposées et des secondes unions. Il semble, en effet, permettre de créer une « nouvelle famille » tout en protégeant la précédente par une fusion des patrimoines mieux maîtrisée. C'est, en quelque sorte, l'outil d'un « *mariage non de raison mais raisonnable* »⁴⁶⁹. Souvent mieux adapté à la vision actuelle du mariage, certains praticiens considèrent d'ailleurs que ce régime possède les atouts pour incarner le prochain régime légal⁴⁷⁰.

262. Avantages et limites. Le régime de la séparation de biens pure et simple est certainement l'exemple le plus évident de régime séparatiste et ce, pour deux raisons. D'une part, il s'agit d'un régime nommé expressément prévu par le Code civil⁴⁷¹ et de ce fait, les époux d'esprit séparatiste peuvent se contenter de renvoyer à l'application de ces articles. D'autre part, outre sa popularité, il possède les caractéristiques de tout régime séparatiste efficace en limitant l'association conjugale et assurant, en conséquence, une certaine indépendance patrimoniale des époux. Du fait de sa nature même, ce régime présente un certain nombre d'avantages (Chapitre 1). Toutefois, il ne faut pas s'y tromper, en droit français, les régimes séparatistes tendent parfois, par l'action de la jurisprudence, à devenir d'avantage « communautarisés » que le régime légal de communauté. L'indépendance et l'autonomie ainsi conférées connaissent donc des limites. Le régime de la séparation de biens pure et simple ne fait pas exception à la règle (Chapitre 2).

⁴⁶⁹ E. FREMONT, « Le choix du régime matrimonial - A chacun son mariage, à chacun son contrat », Act. Prat. Strat. Pat., n°2, Avril 2008, dossier 8.

⁴⁷⁰ P. DAUPTAIN, *50 ans de mariage*, éd. Pepper - L'Harmattan.

⁴⁷¹ Art. 1536 à 1568 C. civ.

CHAPITRE 1 : LA PROMOTION DE L'INDEPENDANCE ET DE L'AUTONOMIE

263. Indépendance et autonomie. L'indépendance et l'autonomie sont les deux caractéristiques le plus souvent mises en exergue par les époux pour justifier l'option en faveur de ce type de régime. Contrairement aux régimes communautaires, ce choix leur permet de contrôler leur fusion patrimoniale et de limiter celle-ci, en principe tout au moins, aux seules hypothèses où ils décident volontairement de créer un patrimoine indivis. Ainsi, ils évitent les aléas créés par les présomptions de communauté et limitent les problématiques liées à d'éventuels flux financiers entre les différentes masses de biens. Par l'application de ces règles, il confère aux époux une autonomie et une indépendance quasi-complète⁴⁷² quant à la gestion de leurs biens personnels. De ce fait, il est souvent le régime retenu par les époux d'esprit séparatiste ayant opté pour la régularisation d'un contrat de mariage. C'est cette séparation des intérêts des époux qui explique que certains auteurs ont pu considérer que ce régime n'était pas un réel régime matrimonial mais plutôt « l'absence de régime »⁴⁷³.

264. Principe de la séparation. Par l'application du régime de la séparation de biens pure et simple, chaque époux reste personnellement propriétaire des biens qu'il possédait avant le mariage comme des biens qu'il acquerra seul au cours de celui-ci⁴⁷⁴. En contrepartie, l'époux propriétaire demeure également seul débiteur des dettes y afférentes ainsi que des dettes nées en sa personne avant ou pendant l'union⁴⁷⁵. La différence principale entre ce régime et un régime communautaire est que celui-ci ne crée pas de nouvelle masse de biens mais laisse perdurer une dualité de patrimoines : un patrimoine dit « personnel » pour chacun des époux. Cette dualité n'interdit en rien la constitution d'un patrimoine « commun » par le jeu de l'indivision. En ce sens, ce régime connaît un certain nombre d'avantages autant au cours du fonctionnement du régime qu'au jour de la dissolution de l'union. Il permet une gestion simplifiée des patrimoines des époux qui s'avérera particulièrement opportune dans une volonté d'anticipation d'un éventuel divorce (Section 1). En outre, il ne limite pas ceux-ci quant à la création d'un patrimoine conjoint (Section 2).

⁴⁷² Réserve faite des limites prescrites par le régime primaire des art. 212 à 226 du C. civ.

⁴⁷³ R. SAVATIER : « Des inconvénients du régime conventionnel de séparation de biens », DH, 1929, chron. 21

⁴⁷⁴ Les gains et salaires demeurent également personnels à chacun des époux.

⁴⁷⁵ A l'exception toutefois des dettes ménagères prévues à l'art. 220 C. civ.

Section 1 : Une gestion facilitée et protectrice, outil de simplification du divorce

265. **L'indépendance.** Maître Elodie Fremont, Notaire à Paris, illustre parfaitement la vision actuelle d'un certain nombre de couples en énonçant que « *nos futurs époux entendent majoritairement vivre comme des concubins durant leur union et décéder comme des époux connaissant une transmission universelle des patrimoines* »⁴⁷⁶. Dans une telle perspective, le régime de séparation de biens pure et simple apparaît comme le régime de la simplicité et de l'indépendance. Il offre aux époux la possibilité de continuer à se comporter, presque, comme des concubins par le choix d'un régime dépourvu de toute vocation communautaire. En effet, il leur permet d'éviter, en principe, la confusion de leurs patrimoines en excluant la création de toute masse commune. L'option en faveur de ce régime peut s'avérer un outil efficace d'anticipation des litiges (§1) comme un outil de simplification du partage au jour de la séparation des époux (§ 2).

§1 : Un régime source de pacification de la désunion

266. **Simplicité.** La séparation de biens pure et simple brille par son caractère protecteur vis-à-vis des patrimoines. En cloisonnant ceux-ci, ce régime offre aux époux une forte indépendance. De ce fait, chaque époux conserve seul la jouissance, l'administration et la disposition de son patrimoine personnel⁴⁷⁷. En contrepartie, il reste seul tenu des dettes nées en sa personne quelles qu'en soient l'origine ou la cause⁴⁷⁸, à l'exception de celles mentionnées à l'article 220 du Code civil. Aussi, il n'y aura pas lieu d'établir de distinction selon la date d'entrée dans le patrimoine des biens, ni selon leur origine. La qualification des biens sera, de ce fait, grandement simplifiée et, en conséquence, source de moins de contentieux au jour d'une éventuelle séparation. Ce régime offre ainsi aux époux une certaine autonomie, protectrice de leur patrimoine, notamment face au risque d'une désunion (A). En outre, il peut apparaître comme un outil de simplification de la preuve de la composition de leurs patrimoines personnels respectifs (B).

⁴⁷⁶ E. FREMONT, Act. Prat. Strat. Pat. n°2, Avril 2008, dossier 8, op. cit.

⁴⁷⁷ Art. 1536, al. 1 C. civ.

⁴⁷⁸ Art. 1536, al. 2 C. civ.

A. Un régime vecteur d'autonomie, protecteur des patrimoines

267. Autonomie. Ce régime offre aux époux une large autonomie de gestion en contournant le principe de cogestion des régimes communautaires. Or cette cogestion s'avère source de nombreux contentieux au jour du divorce. Sans nul doute, la matière dans laquelle l'opportunité de cette facilité de gestion trouvera le plus à s'exprimer est la gestion de l'outil professionnel. En effet, l'autonomie offerte par ce régime confèrera à l'époux exploitant des pouvoirs quasi-illimités quant à la gestion de son patrimoine professionnel. Il sera alors libre d'apporter en société, de céder comme de nantir son exploitation sans avoir à obtenir l'accord préalable de son conjoint, sauf mandat conféré à l'époux non exploitant. De plus, la limitation issue de l'article 215 alinéa 3 du Code civil ne sera applicable que dans l'hypothèse marginale où l'aliénation du fonds comprendrait le droit au bail d'un bien immobilier mixte à usage professionnel et d'habitation constituant le logement de la famille. Ce cas d'exception sera donc relativement rare. En outre, l'indépendance patrimoniale offerte par ce régime assurera également à l'époux propriétaire de son outil professionnel, la préservation de celui-ci en cas de divorce. Cette liberté de gestion comme la protection ainsi conférée vis-à-vis de l'outil professionnel font que ce régime est fréquemment choisi par les époux ayant une activité professionnelle indépendante.

268. Fruits et comptes. Cette gestion facilitée se retrouve également vis-à-vis des liquidités encaissées par les époux. En effet, les époux mariés sous ce régime conservent la propriété exclusive de leurs gains et salaires, des revenus issus de leurs patrimoines personnels ainsi que des biens acquis en leur nom personnel. A ce titre, les comptes ouverts au nom personnel d'un époux sont réputés lui appartenir personnellement. *A contrario*, les comptes joints ouverts au nom des deux époux sont présumés leur appartenir en indivision pour moitié, sauf preuve contraire⁴⁷⁹. Une telle solution permet d'évincer, ou tout au moins de limiter, les litiges liés à l'encaissement de sommes détenues antérieurement au mariage ou reçues par donation ou succession⁴⁸⁰. En outre, comme les fruits et revenus des biens personnels leur demeurent également personnels, ils pourront les utiliser librement, notamment, en vue de travaux envisagés sur ces biens. L'époux propriétaire n'aura alors pas à s'interroger sur le rééquilibrage de ces flux financiers au jour de la liquidation du régime. Par

⁴⁷⁹ Cass., 1^{ère} civ., 22 juin 2004, n°02-20.398 : Bull. 2004, I, n°179, p.148 ; AJ. Fam. 2004, 365, obs. F. BICHERON ; Defrénois 2004, 38033, obs. B. BEIGNIER ; JCP 2005. I, 128, n°19, obs. M. STORCK ; RTD civ. 2006, 361, obs. B. VAREILLE.

⁴⁸⁰ Concernant les litiges nés de tels encaissements en régime de communauté : V. *supra* spéc. 216 et s.

le choix de ce régime, les époux évitent les difficultés que connaissent les époux mariés sous un régime communautaire⁴⁸¹. La gestion des biens personnels et des travaux liés à ceux-ci est, en conséquence, grandement simplifiée et le contentieux sur ce sujet peut donc être évité.

269.Limitation du gage. L'indépendance offerte par ce régime connaît également des conséquences importantes vis-à-vis des créanciers. En effet, les créanciers, personnels comme professionnels, ne pourront saisir que le patrimoine personnel de leur débiteur à l'exclusion de tout autre bien⁴⁸². L'indépendance ainsi consacrée est un élément essentiel du choix en faveur de ce régime. Toutefois, elle ne leur interdit pas de s'engager solidairement et, dans cette hypothèse, d'engager ensemble leurs patrimoines personnels respectifs⁴⁸³. Vis-à-vis des biens indivis des époux, il conviendra de différencier entre les créanciers de l'indivision – dont la créance résulte notamment de la conservation ou de la gestion de tels biens – et les créanciers personnels de chacun d'eux. Les créanciers ayant pour débiteurs solidaires les deux époux seront assimilés à des créanciers de l'indivision. Ils pourront, de ce fait, poursuivre le paiement de leurs créances sur les biens indivis dès avant le partage. *A contrario*, les créanciers personnels de chacun des époux ne pourront que provoquer le partage et saisir les biens qui seront mis dans le lot de leur débiteur⁴⁸⁴. Ils sont, par conséquent, dépendants de l'attribution réalisée lors du partage. Si cette problématique peut paraître neutre dans une perspective d'anticipation d'une éventuelle séparation, il n'en est rien. En effet, il est fréquent que des litiges apparaissent quant au règlement au moyen d'un bien appartenant aux deux époux d'une dette personnelle de l'un d'eux ou du fait de la saisie par le créancier personnel de l'un des époux d'un tel bien. Par la limitation du gage des créanciers, ce régime limite corrélativement les litiges qui pourraient apparaître sur ce fondement au jour d'une éventuelle désunion. Seuls subsisteront les litiges liés à la caution volontairement consentie par le conjoint du débiteur.

B. Simplification de la preuve et présomption

270.Simplicité de preuve. Le régime de la séparation de biens pure et simple permet, outre une facilité de gestion, la simplification des difficultés relatives à la preuve de la consistance du patrimoine de chacun des époux. Celle-ci est notamment liée aux présomptions de propriété édictées par l'article 1538 du Code civil. Cet article dispose, en son

⁴⁸¹ V. *supra*, spéc. 204 et s.

⁴⁸² Art. 1536, al.2 C. civ.

⁴⁸³ Cass., 1^{ère} civ., 24 avril 1968 : JCP G 1968, II, 15602.

⁴⁸⁴ Art. 815-17 C. civ.

premier alinéa, un principe de liberté de preuve de la propriété entre époux comme à l'égard des tiers. Afin de pallier les difficultés qui pourraient apparaître sur ce point, il met également en place, dans son dernier alinéa, une présomption légale d'indivision. Celle-ci n'est toutefois applicable qu'à défaut de preuve d'une propriété exclusive. Selon l'ensemble de la doctrine, cette présomption est opposable *erga omnes*. Les époux peuvent donc prouver « *par tous les moyens* » leur propriété exclusive. Ils pourront, dans ce but, se prévaloir de factures⁴⁸⁵, même non acquittées⁴⁸⁶, de témoignages, d'inventaires insérés dans le contrat de mariage ou encore de conventions passées directement entre eux. Il convient, toutefois, de préciser que la présentation de facture ne sera qu'un outil de présomption qui pourrait être contesté⁴⁸⁷.

271. Inventaire. Dans certaines hypothèses, il pourra être opportun de conseiller aux époux d'établir un inventaire des biens. Cela pourra être utilisé comme moyen de preuve face à un éventuel contentieux⁴⁸⁸. Tel sera notamment le cas en présence de mobilier de valeur ou d'œuvres d'art. L'inventaire peut valablement recenser autant le mobilier que les comptes de bancaires ou les assurances-vie. La jurisprudence a, en effet, confirmé qu'une telle convention puisse être valide comme moyen de preuve simple sans constituer une convention modificative du régime matrimonial⁴⁸⁹. Concernant les biens mobiliers, l'application du principe selon lequel « *en fait de meubles, la possession vaut titre* »⁴⁹⁰ est rendue complexe par la cohabitation des époux. En effet, cette cohabitation peut aboutir à rendre équivoque toute possession. C'est sur ce fondement que la jurisprudence a pu considérer que l'application de l'article 1538 du Code civil fait échec à la présomption de l'article 2276 du même Code⁴⁹¹. La jurisprudence considère, en ce sens, que la possession n'est efficace qu'en cas d'usage exclusif du bien par l'un des conjoints⁴⁹². En pratique, notamment face à un redressement judiciaire, en application de l'article L. 624-5 du Code de commerce, il apparaîtra également opportun de faire établir par le conjoint un inventaire de ses biens personnels afin d'éviter tout

⁴⁸⁵ Cass., 1^{ère} civ., 10 mars 1993, n°91-13.923 : Bull. 1993, I, n°107 ; D. 1995, somm.45, obs. F. LUCET ; Defrénois 1993, art. 35-617, p.1083, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP 1994, I, 3733, n°22, obs. M. STORCK ; RTD civ. 1993, 872, obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

⁴⁸⁶ Cass., 1^{ère} civ., 14 janvier 2003, n° 00-16.612 : NP ; D. 2003, somm. 1868, obs. J. REVEL.

⁴⁸⁷ J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, Armand Colin, 2001, § 743.

⁴⁸⁸ Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} décembre 1999, n°97-20.965 : Bull. 1999, I, n°331.

⁴⁸⁹ Cass., 1^{ère} civ., 30 juin 1993, n°90-17.602 : Bull. 1993, I, n°239 ; D. 1994, 42, n. R. LE GUIDEDEC ; RTD civ. 1993, 872, obs. F. LUCET et B. VAREILLE ; JCP 1994, I, 3733, n°22, obs. M. STORCK.

⁴⁹⁰ Art. 2276 C. civ.

⁴⁹¹ Cass., 1^{ère} civ., 27 novembre 2001, n°99-10.633 : Bull. 2001, I, n°297, p.188 ; Dr. Fam. 2002, comm. 9, n. B. BEIGNIER ; JCP 2002, II, 10050, n. S. PIEDELIEVRE ; JCP 2002, I, 167, n°16, obs. M. STORCK ; Defrénois 2002, 37584, p.1019, obs. G. CHAMPENOIS.

⁴⁹² Cass., 1^{ère} civ., 11 juin 1991, n°89-20.422 : Bull. 1991, I, n°199 ; « *la détention de titres au porteur, non susceptibles d'un usage commun, dans un coffre qu'elle avait loué sans se dissimuler n'est pas de nature à vicier la possession de Mme Z., qui, (...) n'avait pas à prouver l'origine de ces meubles, sa seule possession valant titre* ».

risque lié à une application trop large de la présomption d'indivision de l'article 1538 susvisé. En outre, un tel inventaire permettra de se prémunir contre toute éventuelle contestation au jour d'une séparation.

272. Présomptions contractuelles. Indépendamment de la présomption générale de l'article 1538 *in fine*, le deuxième alinéa de ce même article énonce la faculté pour les époux d'instituer des présomptions d'origine contractuelle. Il est ainsi loisible aux époux de prévoir dans leur contrat de mariage que certains biens déterminés, ou déterminables, seront présumés être la propriété de l'un ou l'autre des époux. Une telle convention sera applicable entre époux⁴⁹³ et opposable aux tiers⁴⁹⁴, sous réserve d'une éventuelle preuve contraire. Il est, par exemple, envisageable de stipuler une clause présumant la propriété des meubles meublant au profit du propriétaire ou du locataire de l'immeuble qu'ils garnissent. Dans le même sens, il est possible de prévoir une présomption en faveur du titulaire de la carte grise d'un véhicule ou du contrat de location d'un coffre-fort. Toutefois, cette présomption n'est qu'une présomption simple qui peut, par voie de conséquence, être combattue par tous moyens. En effet, il résulte du même alinéa que « *la preuve contraire sera de droit, et elle se fera par tous les moyens propres à établir que les biens n'appartiennent pas à l'époux que la présomption désigne, ou même, s'ils lui appartiennent, qu'il les a acquis par une libéralité de l'autre époux* ».

273. Simplification. L'insertion d'une telle présomption permettra, en pratique, de simplifier la résolution des problématiques liées à la preuve au jour de la dissolution de l'union afin de pallier l'absence de diligence des époux au cours de celle-ci. Il conviendra toutefois d'attirer l'attention particulière des époux quant au sort des œuvres d'art et antiquités qui sont, ou pourraient être, collectionnées par chacun d'eux afin d'éviter que leur localisation, en tant que meubles meublants au sein du logement du couple notamment, ne puisse entraver la démonstration d'une propriété individuelle à chacun d'eux⁴⁹⁵. Une fois encore, les clauses stipulées au sein des contrats de mariage doivent impérativement être analysées en tenant compte de la situation particulière de chaque couple. L'efficacité du régime de la séparation de bien demeure dépendante de la rigueur des époux. Il ne peut que

⁴⁹³ Cass., 1^{ère} civ., 20 février 2007, n°04-20.626 : NP ; Dr. Fam. 2007, n. B. BEIGNIER : « *la clause en question stipulait qu'à défaut de preuve légale contraire, les effets, bijoux, fourrures et objets à usage personnels de l'un ou de l'autre des époux seraient présumés appartenir à celui d'entre eux à l'usage personnel ou plus particulier duquel la nature de ces biens indiquerait qu'ils doivent servir, chacun des époux étant réputé rester propriétaire des bijoux de famille possédés par lui avant le mariage même s'ils sont à l'usage personnel de son conjoint et même s'ils ont été recueillis par lui à titre gratuit pendant le mariage* ».

⁴⁹⁴ Cass., 1^{ère} civ., 4 janvier 1977, n°75-13.572 : Bull. civ. I, n°7, p.5.

⁴⁹⁵ Cass., 1^{ère} civ., 23 juin 2021, n°19-21.784 : D ; AJ Fam. 2021. 502, n. J. CASEY ; Defrénois, 2021, n°202j7, p.11 ; RTD civ. 2021, p.694, somm. M. NICOD.

leur être conseillé, malgré la stipulation d'une clause de présomption, de conserver précieusement l'ensemble des factures correspondantes aux acquisitions les plus onéreuses.

§2 : D'une séparation de biens à une séparation de faits « simplifiée »

274.L'atout de l'indépendance. Compte tenu de la préservation de patrimoines distincts, la dissolution de l'union dans ce type de régime est, en théorie tout au moins, simplifiée et, par voie de conséquence, moins conflictuelle. En effet, en principe, aucun des époux n'a vocation à participer à l'enrichissement de l'autre. Chacun d'eux est sensé avoir conservé la propriété de ses biens personnels et fait prospérer, indépendamment de son conjoint, son patrimoine personnel. En l'absence de masse commune, la séparation des époux ne devrait donc donner lieu qu'à une liquidation simplifiée limitée aux seuls biens indivis des époux⁴⁹⁶. Cette liquidation sera établie selon les mêmes règles que celles régissant l'hypothèse d'une dissolution à cause de mort. Du fait de la liberté contractuelle, les époux peuvent, toutefois, stipuler une solution différente au sein même de leur contrat de mariage.

275.Secondes unions. Cette indépendance des patrimoines justifie, sans nul doute, que ce régime soit également fréquemment choisi pour protéger le patrimoine des époux en présence de familles recomposées. Cet aspect, autant psychologique que sociologique, ne doit en aucun cas être omis. En effet, il est fréquent que des époux en seconde union entendent concilier plusieurs objectifs : la protection de leur nouveau conjoint et celle de leurs descendants issus d'un lit différent. En outre, « frileux » d'un nouvel échec, il sera fréquent qu'ils entendent adjoindre à ces deux objectifs principaux un troisième consistant à simplifier et minimiser le coût d'un éventuel échec de cette nouvelle union. Pour ce faire, il apparaît alors souvent opportun de les orienter vers le régime de la séparation de biens. En effet, ce choix leur permettra de conserver la propriété comme les pouvoirs sur leur patrimoine personnel. La limitation de la fusion patrimoniale incarne alors une forme de protection face à un éventuel échec de cette nouvelle union, élément clé du choix de ce régime. En outre, un tel choix est souvent plébiscité à la fois par les époux eux-mêmes et par leurs enfants. En effet, il est fréquent que les héritiers de l'un ou l'autre des époux, si ce n'est des deux, ne perçoivent pas d'un bon œil cette nouvelle union et souhaitent protéger leur ascendant contre une mésalliance. Ils entendent également protéger, par la même occasion, leurs intérêts au jour de

⁴⁹⁶ Art. 1542 C. civ.

la succession de leur auteur. Ainsi, il convient de ne jamais omettre l'aspect psychologique dans le choix du régime matrimonial qui est souvent, si ce n'est toujours, prépondérant.

276. Une simplicité fictive. Cette apparente simplicité ne doit pas masquer la réalité des faits. En effet, bien que les règles inhérentes à ce régime aboutissent à une distinction claire des patrimoines, la vie commune comme le comportement des époux entraînent fréquemment une confusion des patrimoines plus ou moins importante. Tel sera notamment le cas lorsque les époux auront financé des acquisitions sans respecter les proportions stipulées aux termes de l'acte d'acquisition. Ainsi, il est courant de constater l'existence de flux financiers entre les patrimoines personnels de chacun des époux. Afin d'assurer un équilibre entre ces patrimoines, ces flux devront faire l'objet d'un rééquilibrage par le jeu des créances entre époux. En outre, la liquidation sera également l'occasion d'indemniser celui des époux qui se serait appauvri au bénéfice de son conjoint, notamment par son industrie dans l'entreprise personnelle de ce dernier.

277. Les créances entre époux. Chaque fois que le patrimoine personnel de l'un des époux aura tiré profit du patrimoine personnel de l'autre, les flux financiers seront compensés par des créances entre époux. De telles créances peuvent également exister dans un régime communautaire lorsqu'il existe des flux financiers entre les patrimoines propres de chacun des époux. La doctrine tend également à assimiler à ces créances les créances entre futurs époux. Contrairement aux récompenses, ces créances sont exigibles sans attendre la dissolution complète du régime⁴⁹⁷. Leur remboursement peut donc être exigé à tout moment au cours de l'union. Liberté est laissée aux époux pour convenir d'un mode de règlement alternatif aux termes de leur contrat de mariage. Il leur est, à ce titre, possible de stipuler un remboursement forfaitaire ou encore un mode de calcul alternatif⁴⁹⁸. A défaut de convention contraire, ces créances sont réglées en application du droit commun selon les principes posés par l'article 1543 du Code civil. Cet article renvoie à l'article 1479 du même code relatif aux règles applicables en matière de créances entre époux dans les régimes communautaires. Or cet article renvoie à son tour, concernant l'évaluation de ces créances, aux règles édictées par le troisième alinéa de l'article 1469 du Code civil relatif au règlement des récompenses. Ainsi, sauf convention contraire des époux, ces créances seront calculées comme les récompenses liées aux dépenses d'acquisition, de conservation et d'amélioration en régime communautaire.

⁴⁹⁷ Cass., 1^{ère} civ. 26 septembre 2012, n°11-22.929 : Bull. 2012, I, n° 184 ; D. 2012. 2307 ; AJ. Fam. 2012, 564, obs. P. HILT ; RJP 2013, 2/21, obs. F. VAUVILLE ; RTD civ. 2012. 766 et 767, obs. B. VAREILLE.

⁴⁹⁸ V. *infra*, spéc. 518 et s.

Force est de constater que, bien qu'elle ne soit pas réservée au régime de la séparation de biens pure et simple, l'apparition de telles créances entre époux pourra donner lieu à un important contentieux au jour d'un éventuel divorce. Ce régime ne permet donc pas d'éliminer toute source de contentieux au jour de la désunion.

278. **Un partage à tout moment.** Outre la simplicité de fonctionnement de ce régime, son atout réside dans la liberté qu'il offre. En effet, les époux mariés sous un régime communautaire ne peuvent opérer en cours d'union de partage concernant leurs biens communs au risque de porter atteinte au principe de l'immutabilité. *A contrario*, il est possible pour les époux soumis à un régime séparatiste de procéder à un partage de leurs biens indivis à tout moment⁴⁹⁹. Cette différence fondamentale se justifie par l'existence dans ce type de régime d'une indivision de droit commun. Or, en application de l'article 1542 du Code civil, nul ne pouvant être contraint à demeurer dans l'indivision. Le partage peut être demandé à tout moment pendant la durée du mariage. Par ailleurs, ce partage n'aboutira pas à changer la nature des biens ainsi partagés puisqu'ils demeureront personnels à l'un ou l'autre des époux. Cette solution peut ainsi permettre de réaménager les patrimoines des époux en cours d'union et ce, sans procéder à un changement de régime matrimonial en bonne et due forme. Une fois de plus, ce régime brille, sur ce point, par une plus grande simplicité. Cette solution est d'autant plus avantageuse face à des époux en instance de divorce ou envisageant la séparation qui pourront, par ce biais, acter le partage de leurs biens sans conditionner celui-ci au prononcé du divorce. Elle permettra de gérer les problématiques patrimoniales indépendamment des problématiques extrapatrimoniales et, de ce fait, de pacifier grandement la désunion par la dissociation de ces deux problématiques.

⁴⁹⁹ Cass., 1^{ère} civ., 5 mai 1987, n°85-14.772 : Bull. civ. I, n°139 ; JCP G 1988, II, 20996, n. Ph. SIMLER ; JCP N, 1988, II, 32 : « *comme elle l'a décidé à bon droit, l'article 1450, alinéa 2, du Code civil peut s'appliquer au partage de biens indivis entre époux séparés de biens* ».

Section 2 : La création d'un patrimoine conjoint face au risque de divorce

279. **Une acquisition commune choisie.** Bien que ce régime soit marqué par une volonté d'indépendance, les époux conservent la faculté d'acquérir ensemble des biens sous le régime de l'indivision⁵⁰⁰, issu de la loi du 31 décembre 1976⁵⁰¹. Son attrait principal est le choix qu'il offre aux époux : acquérir ensemble à concurrence de quotités choisies ou individuellement. Par ce biais, les époux d'esprit séparatiste peuvent opérer, ainsi, une fusion patrimoniale « sur mesure ». Une telle faculté leur permet d'anticiper les risques d'un éventuel divorce en leur conférant une maîtrise dans la composition de leurs patrimoines. Deux hypothèses doivent être envisagées comme étant source d'un contentieux potentiel au jour de la désunion : l'acquisition conjointe (§1) et le principe de l'accession (§2).

§1 : L'importance de la maîtrise de l'acquisition conjointe

280. **Acquisition.** Les époux séparatistes sont libres d'acquérir des biens ensemble ou individuellement. Si cette dernière possibilité n'entraîne que peu d'incertitudes au jour d'une éventuelle dissolution de l'union, la première hypothèse engendre, quant à elle, un contentieux fourni. Lorsque les époux auront choisi d'acquérir un bien indivisément, il leur appartiendra d'établir les quotités de détention de ces biens. Le notaire devra, à ce titre, attirer leur attention sur l'importance d'une telle détermination (A). En ce sens, il pourra également leur conseiller l'établissement d'une convention d'indivision (B).

A. La présomption d'indivision, un péril au jour du divorce

281. **Faculté.** Lorsque des époux mariés sous le régime de la séparation de biens entendent acquérir conjointement un bien, il leur sera possible, et fortement conseillé, de tenir compte des apports réalisés par chacun d'eux afin de déterminer leurs quotes-parts indivises respectives. En effet, et contrairement aux époux soumis au régime légal, les sommes présentes sur les comptes bancaires dont ils sont titulaires leur appartiennent personnellement. En conséquence, ils ont la faculté d'investir à concurrence de proportions différentes dans chacune des acquisitions envisagées, voire d'acquérir un bien de manière complètement

⁵⁰⁰ Art. 815 et s. C. civ.

⁵⁰¹ L. n°76-1286, 31 décembre 1976 relative à l'organisation de l'indivision (JORF 1^{er} janvier 1977).

autonome. Cette possibilité leur confère un contrôle sur la création et la maîtrise de leur patrimoine indivis.

282.Preuve. A défaut d'une mention spécifique ou d'une convention indépendante établie entre les époux, les biens acquis seront réputés leur appartenir indivisément à chacun pour moitié⁵⁰². Dans le même sens, le prêt éventuellement souscrit par les époux sera présumé avoir été conclu solidairement entre eux et pour moitié chacun. Or, en cas de divergence entre les clauses stipulées aux termes de l'acte et le financement réel, il appartiendra à celui qui se prévaudrait d'une répartition différente de la propriété d'en apporter la preuve. Celle-ci peut être fournie par tous moyens par l'époux demandeur. A défaut de preuve contraire, la jurisprudence actuelle est particulièrement stricte vis-à-vis de l'époux ayant le plus contribuer⁵⁰³. Force est alors de constater que de nombreux conflits pourront survenir à ce sujet au jour de la désunion.

283.Anticipation. Dans la perspective de l'anticipation d'un éventuel divorce, la faculté de constituer un patrimoine « sur mesure » permet aux époux d'assurer la préservation des investissements réalisés par chacun d'eux. Afin de poursuivre cet objectif, il conviendra de prêter une attention particulière à la rédaction des clauses relatives aux quotités d'acquisition. Cette mention est essentielle car elle prévaudra afin d'établir la propriété du bien et ce, quel que soit le financement réel⁵⁰⁴. La jurisprudence considère que « *sous le régime de la séparation de biens, le bien appartient à celui dont le titre établit la propriété sans égard à son financement* »⁵⁰⁵. Afin d'anticiper toutes contestations ou divergences au jour d'une éventuelle désunion, le notaire devra conseiller aux époux d'établir entre eux, aux termes de l'acte ou en dehors de celui-ci, une convention afin de mentionner les apports réalisés, la prise en charge convenue du prêt. Une telle convention leur permettra de se préconstituer un moyen de preuve quant à leur financement et d'anticiper le règlement de tout contentieux qui pourrait subvenir entre eux sur cette question au jour du partage du prix en cas de vente comme de partage. Cette solution sera alors un outil précieux notamment si la dissolution de l'union survient à la suite d'un divorce. Force est de constater que le choix du régime de la séparation de biens ne permet pas à lui seul d'anticiper tout conflit au jour d'une éventuelle désunion.

⁵⁰² Art. 1538 *in fine* C. civ.

⁵⁰³ V. *infra*, spéc. 318 et s.

⁵⁰⁴ Cass., 1^{ère} civ., 3 décembre 2002, n°00-18.869 : NP ; « *Attendu cependant, qu'un bien appartient à celui qui l'a acquis sans qu'il y ait lieu d'avoir égard à la façon dont l'acquisition a été financée [...]* ».

⁵⁰⁵ Cass., 1^{ère} civ., 31 mai 2005, n°02-20.553 : Bull. 2005, I, n°236; AJ. Fam. 2005, 325, obs. P. HILT ; D. 2005, 1734 ; Dr. Fam. 2005, comm. 168, n. B. BEIGNIER ; JCP N 2005, n°25, act. 320.

B. L'opportunité des conventions d'indivision

284. **L'indivision conventionnelle.** Les époux ayant acquis conjointement un bien immobilier peuvent décider de se soumettre aux règles légales de l'indivision⁵⁰⁶ ou d'y déroger⁵⁰⁷. Dans ce dernier cas, l'article 1873-1 du Code civil offre aux époux, au même titre qu'à tout indivisaire, la possibilité de conclure des « *conventions relatives à l'exercice de leurs droits* ». L'établissement d'une telle convention permet de fixer les règles applicables entre les époux quant au bien ainsi acquis, à son usage et à sa gestion. Elle a pour but de régir notamment la répartition des dépenses liées au bien concerné ou encore les pouvoirs quant à l'administration de ce bien ou quant aux règles relatives à la jouissance de celui-ci entre les indivisaires. Il sera également possible de prévoir dans cette convention un blocage de l'indivision, sous réserve d'obtenir l'accord de l'ensemble des indivisaires⁵⁰⁸. Cette convention permet alors de « verrouiller » l'indivision pendant une durée donnée et d'éviter que l'un ou l'autre des époux puisse, pendant cette période, en exiger le partage. Dans ce but, elle doit mentionner en son sein la durée pour laquelle elle est établie. Cette durée peut être déterminée ou indéterminée. Dans le premier cas, elle sera limitée à cinq ans renouvelables par une décision expresse des parties⁵⁰⁹. Dans le second, la convention durera jusqu'au partage. Dans cette hypothèse, le partage pourrait cependant être provoqué à tout moment⁵¹⁰. Il est, en outre, possible de prévoir que cette convention se renouvellera par tacite reconduction. A défaut de convention d'indivision, ou à l'expiration sans renouvellement d'une telle convention, les époux seront soumis aux règles légales de l'indivision.

285. **Formalisme.** Afin de répondre aux exigences légales⁵¹¹, une telle convention doit impérativement, à peine de nullité, être établie par écrit, désigner un ou plusieurs biens déterminés en précisant pour chacun d'eux les quotes-parts détenues par chaque indivisaire. En outre, en présence d'un bien immobilier, elle devra impérativement faire l'objet d'une publication au service de la publicité foncière et donc être établie par devant notaire. Toutefois, cette dernière exigence n'est pas sanctionnée avec la même force par la jurisprudence qui considère qu'une telle inobservation « *n'est pas sanctionnée par la nullité de*

⁵⁰⁶ Art. 815 et s. C. civ.

⁵⁰⁷ Art. 1873-1 et s. C. civ.

⁵⁰⁸ Art. 1873-2 C. civ.

⁵⁰⁹ Art. 1873-3 C. civ.

⁵¹⁰ A condition que ce ne soit pas de mauvaise foi ou à contretemps.

⁵¹¹ Art. 1873-2, al. 2 C. civ.

la convention »⁵¹². Il s'agit alors simplement d'une sanction liée à l'inopposabilité aux tiers d'une telle convention.

286.Utilité. La régularisation d'une convention d'indivision peut être un outil d'anticipation en matière d'incapacité comme en matière de divorce. En effet, au jour de la dissolution de l'union, les époux sont dans la nécessité de procéder à la liquidation de leur régime. Or, notamment lorsque les époux auront choisi un divorce par consentement mutuel sans juge, une telle convention permettrait de constater que le sort de l'ensemble des biens, ainsi que l'ensemble des conséquences patrimoniales du divorce relatives à ces biens, est régi par une convention. Cette solution permettra alors d'éviter toute demande de partage qui pourrait générer une insécurité juridique si le bien fait l'objet d'un engagement de conservation. Elle peut donc être un outil de négociation permettant le maintien d'un patrimoine indivis offrant aux futurs ex-époux du temps afin de décider du devenir du ou des biens indivis. Cela pourra être d'autant plus opportun que le divorce surviendrait dans une période peu profitable sur un plan économique ou vis-à-vis de biens ayant fait l'objet d'engagement fiscaux particuliers conférant aux époux un avantage fiscal non encore terminé.

287.Intérêt fiscal. Cette solution pourra, en outre, connaître une opportunité en matière fiscale. En effet, à défaut d'une telle convention, les époux seraient contraints de procéder à un acte de partage générant une fiscalité au titre du droit de partage. De plus, un tel acte pourrait également engendrer des litiges entre les époux quant à l'attribution des biens⁵¹³. Or, en cas de maintien dans l'indivision, les époux pourront, suite au divorce, décider de vendre le bien à un tiers. Sur ce point, il convient de souligner que la réponse ministérielle *Beauguitte*⁵¹⁴ a confirmé que la simple répartition du prix de vente entre des indivisaires n'ouvrait pas lieu à la perception d'un droit de partage. Ainsi, les époux ayant procédé à la vente, postérieurement à leur divorce, ne seront pas soumis au droit de partage sur le partage de ce prix⁵¹⁵. Toutefois, afin d'éviter de tomber sous le coup de la nouvelle définition de l'abus

⁵¹² Cass., 1^{ère} civ. 10 juillet 2013, n°12-12.115 : Bull. 2013, I, n°154 ; Defrénois 2014, 13, obs. S. PIEDELIEVRE.

⁵¹³ Cette solution peut aussi être utilisée en présence d'époux mariés en communauté permettant d'éviter l'obligation du partage des biens communs et le maintien dans l'indivision des époux.

⁵¹⁴ Rép. Min. n°4813 : JOAN, 18 mai 1960, p.909, *Beauguitte A.*, reprise au BOFIP (BOI-ENR-PTG-10-10-20150903, n°65).

⁵¹⁵ En l'état actuel du droit fiscal, cette solution sera encore plus avantageuse vis-à-vis de la vente d'un bien commun par des époux mariés sous un régime de communauté. Dans une telle hypothèse, si la vente intervient avant le divorce, le prix reçu sera un bien commun et devra, au cours du divorce, faire l'objet d'un partage. *A contrario*, si les époux régularisent une convention d'indivision et vendent postérieurement au divorce ledit bien, le partage verbal du prix ne sera pas soumis au droit de partage. L'avantage fiscal est donc évident.

de droit « principalement » fiscal⁵¹⁶, les époux devront s'assurer la preuve que l'établissement d'une telle convention poursuit avant tout un autre objectif. Dans le cadre d'un divorce, il semble tout à fait plausible d'arguer l'importance d'un accord transactionnel aboutissant à un maintien dans l'indivision afin de mettre fin à des désaccords persistants permettant d'aboutir à un divorce amiable. Le notaire et l'avocat devront, de notre point de vue, en cas de contrôle de l'administration fiscale, orienter leurs argumentaires en ce sens.

§2 : Le contentieux lié à la théorie de l'accession

288.Face à l'accession. Parallèlement à leur volonté d'acquérir, et pour des raisons pratiques ou financières, il arrive que des époux décident de construire sur le terrain appartenant personnellement à l'un d'entre eux. C'est alors la théorie de l'accession qui aura vocation à s'appliquer (A). Toutefois, afin d'anticiper tout contentieux au jour de la désunion, cette solution peut être aménagée (B).

A. La théorie de l'accession et le régime de la séparation de biens

289.Principe. Au même titre que pour les époux communs en biens, les dispositions des articles 551 et suivants du Code civil sont applicables aux époux mariés sous le régime de la séparation de biens⁵¹⁷. Par le jeu de la théorie de l'accession, l'époux propriétaire du sol sera de plein droit propriétaire de la construction, quel que soit le financement effectivement réalisé⁵¹⁸. Il lui incombera d'indemniser son conjoint si celui-ci est intervenu dans le financement de la construction sur le fondement de l'article 555 du Code civil⁵¹⁹. De ce fait, les créanciers de l'époux propriétaire pourraient saisir la construction au même titre que le terrain et ce, même si cette construction a été intégralement financée par l'autre époux⁵²⁰.

290.Une solution à parfaire. Lorsque le terrain est de nature mixte comme appartenant séparément ou indivisément aux deux époux, la solution diffère. Si le principe légal devait s'appliquer de la même manière, la solution tendrait à aboutir à une situation

⁵¹⁶ Art. L.64 A LPF suivant sa rédaction issue de la L. n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019 (JORF n°0302 du 30 décembre 2018).

⁵¹⁷ V. en ce sens : Cass., 1^{ère} civ., 9 octobre 1991, n°90-15.073 : Bull. 1991, I, n°260, p.172 ; JCP N 1992, II, 129 ; *ibid.*, II, 214 – Cass., 3^{ème} civ., 27 mars 2002, n°00-18.201 : Bull. 2002 III, n°78, p.68, JCP G 2003, I, 111, obs. M. STORCK.

⁵¹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 1967 : Bull. civ. 1967, I, n°216

⁵¹⁹ Cass., 1^{ère} civ., 22 avril 1981, n°80-11.944 : Bull. civ. I, n°127 ; D. 1996, 396 ; Gaz. Pal. 1981, 2, p.583, n. D. DE LA MARNIERRE.

⁵²⁰ Cass. 3^{ème} civ., 6 juillet 2005, n°04-12.571 : Bull. 2005, III, n°151, p.139 ; JCP G 2005, IV, 2974.

insoluble autant quant à l'identification de la propriété respective de l'époux et de l'indivision que quant à la répartition du passif. Afin de pallier ce dilemme, la jurisprudence a recherché une solution permettant d'aboutir à une qualification unique. En effet, au lieu de considérer que le sort du bien suit la nature du terrain d'assise, elle considère que c'est le terrain ayant la plus grande emprise qui détermine la nature de la construction, sauf à indemniser le conjoint ainsi lésé. La Cour de cassation tend donc à étendre le principe de la confusion des biens utilisé en matière de preuve.

291.**Extension.** La jurisprudence a appliqué cette solution aussi bien pour des terrains d'assiette pour partie indivis et pour partie personnel à l'un des époux⁵²¹, que pour des terrains d'assiette respectivement personnels à chacun des époux⁵²². Toutefois, cette position jurisprudentielle pâtit d'une absence de fondement légal et aboutit à une solution contestable, si ce n'est critiquable⁵²³. De plus, bien que simple en principe dans son application, elle ne permet pas de régler l'intégralité des problématiques générées par cette situation de fait. A ce titre, chaque parcelle conserve sa propre qualification. Or, comme le soulignait le Professeur Gilles Goubeaux, « *sans aucune prérogative lui permettant d'imposer le maintien d'un ouvrage sur un terrain ne lui appartenant pas, l'époux serait dans la situation d'un propriétaire dont la construction empiète sur le fonds voisin et pourrait être contraint à la démolition* »⁵²⁴. En outre, cette solution aboutit à une situation de blocage complet face à l'hypothèse, certes proche d'un cas d'école, dans laquelle le terrain appartient pour moitié à chacun des époux. Ainsi, si cette solution peut sembler idéale de par sa simplicité, elle demeure perfectible.

292.**Notaire et conseil.** En présence d'une construction érigée sur le terrain d'autrui, il demeure possible pour l'époux propriétaire du sol mais non de la construction, d'en exiger la destruction en se fondant sur la base de la théorie de l'empiétement⁵²⁵. La Cour de cassation est encore récemment venue rappeler que « *tout propriétaire est en droit d'obtenir la démolition d'un ouvrage empiétant sur son fonds, sans que son action puisse donner lieu à*

⁵²¹ Cass. 1^{ère} civ., 25 février 1986, n°84-13.738 : Bull. 1986, I, n°35 ; JCP G 1986, II, 20702, n. Ph. SIMLER ; RTD civ. 1987, 135, obs. J. PATARIN.

⁵²² Cass. 1^{ère} civ., 17 décembre 2002, n°00-16790 : Bull. 2002, I, n°308, p.242 ; D. 2003, somm.1869, obs. V. BREMOND ; Defrénois 2003, art.37791, p.1003, n. G. CHAMPENOIS ; RTD civ. 2003.342, obs. B. VAREILLE.

⁵²³ V. en ce sens : V. BREMOND, « Quand l'accession tourne à la confusion (A propos de Cass. 1^{ère} civ., 17 déc. 2002) », JCPN, n°11, 12 mars 2004, 1133.

⁵²⁴ V. G. GOUBEAUX, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière », In *Études dédiées à Alex WEILL*, p.279 et s., n°12.

⁵²⁵ Théorie fondée sur l'art. 544 C. civ.

faute ou à abus »⁵²⁶. Ainsi, et ce, même si les époux ont entendu construire ensemble le bien dans leur intérêt commun⁵²⁷, l'époux non-propriétaire détiendrait sur son conjoint un moyen de pression important. Il appartient alors au notaire, conseil privilégié des époux au jour de l'acquisition, d'attirer l'attention du couple sur les risques engendrés par cette opération. Au jour de l'acquisition du terrain, il conviendra de leur rappeler les conséquences d'une acquisition personnelle par un seul des époux en cas de construction conjointe. A ce sujet, le notaire se doit d'insister sur le fait que la solution sera identique quel que soit le financement de la construction. Il pourra alors être opportun de les orienter vers une acquisition indivise.

B. Une solution aménageable

293.Solutions plurielles. Lorsque le terrain est déjà la propriété de l'un des époux et que ceux-ci entendent y ériger une construction, plusieurs solutions semblent envisageables. Il pourra leur être conseillé de procéder à la donation ou à la vente d'une quote-part indivise de ce bien afin d'assurer le devenir du bien en cas de litige. Dans le même sens, il pourra également être envisagé l'apport de ce bien à une société d'acquêts par le jeu d'un aménagement du régime matrimonial. Le but du notaire est alors de tenter d'unifier la qualification du terrain d'assiette et de la construction afin d'éviter toute problématique liée à celle-ci. Il convient toutefois de constater qu'il est fréquent que le notaire ne soit pas contacté lorsque le bien est déjà détenu par l'un des époux. Il apparaît alors essentiel d'interroger les époux lorsqu'ils reçoivent un terrain constructible aux termes d'une donation ou dans le cadre d'une succession sur leur intention quant au devenir de ce bien et de les orienter vers une consultation notariée au jour où la construction sera envisagée. En pratique, cette situation est bien plus fréquente qu'il n'y paraît et génère de nombreux contentieux au jour de la désunion. Outre ces solutions classiques, et afin d'anticiper les litiges potentiels, le notaire pourra également orienter les époux vers l'établissement d'une convention afin d'encadrer la situation autant quant au droit de construction que quant au droit à indemnisation de l'époux lésé.

294.Divergences. Quel que soit le régime choisi, le propriétaire du terrain devient par voie d'accession propriétaire de la construction qui y est érigée. Toutefois, le fondement de cette solution diffère selon le régime matrimonial des époux. Dans un régime communautaire, cette solution se fonde sur l'application de l'article 1406 du Code civil. En régime séparatiste, elle se fonde sur les articles 551 et suivants du Code civil. Si les solutions consacrées par ces

⁵²⁶ Cass., 3^{ème} civ., 21 décembre 2017, n°16-25406 : Bull. 2017, III, n°144.

⁵²⁷ Cass., 3^{ème} civ., 14 mars 1973, n°72-11752 : Bull. civ. 1973, III, n°206, p.149.

articles peuvent sembler identiques, il en résulte toutefois une différence fondamentale. En effet, un certain nombre d'auteurs s'accordent à considérer que sur le fondement de l'article 551 du Code civil, et contrairement aux solutions envisagées en régimes de communauté, il serait possible de déroger au principe de l'accession⁵²⁸.

295. Pactes de renonciation. Cette dérogation pourrait consister en une convention relative à l'indemnisation du constructeur, voire aboutir à un pacte de renonciation à l'accession. Les auteurs favorables à cette dernière solution se fondent notamment sur un arrêt ancien de la Haute juridiction⁵²⁹. Il serait alors possible pour les époux d'établir des conventions, notamment par le jeu d'un bail à construction, *a priori* voire *a posteriori*. Une telle convention aurait alors pour vocation de conférer à l'époux constructeur un droit de superficie sur le terrain d'assise. Cette solution pourrait également être envisagée afin de conférer un droit de superficie aux deux époux sur une assise foncière personnelle à un seul d'entre eux. Toutefois, il convient de souligner que cette solution bien qu'envisageable, en théorie, n'a que peu d'écho dans la pratique notariale. En effet, elle tend à aboutir à une solution complexe autant dans sa mise en place que dans son application. Du fait de cette complexité, la pratique notariale préférera s'orienter vers une application de la théorie de l'accession à charge de créance accompagnée d'une déclaration d'emploi, d'une reconnaissance de dettes ou, encore, d'un changement de régime matrimonial, solutions plus claires et mieux appréhendées par les époux.

⁵²⁸ V. notamment : F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, D., 6^e éd. 2002, n°264.

⁵²⁹ Cass., 1^{ère} civ., 4 juin 1956 : Bull. civ. 1956, I, n°217, p.175.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

296.**Simplicité.** Le régime de la séparation de biens incarne pour nombre d'époux le régime le mieux adapté car il paraît leur offrir une autonomie et une indépendance quasi-complète sur leurs patrimoines personnels respectifs. Plaçant le curseur de la fusion patrimoniale à son minimum, il semble ainsi offrir aux époux la faculté de s'unir sans unir leurs patrimoines. En ce sens, dans une perspective d'anticipation d'une éventuelle désunion, tout comme dans une recherche de protection face à d'éventuels créanciers, ce régime est souvent l'outil favori des couples comme des praticiens.

297.**Protection.** L'atout essentiel du régime de la séparation de biens pure et simple est, sans nul doute, la protection et la sécurité patrimoniale qu'il confère aux époux. En ce sens, il offre aux époux la faculté de préserver leur indépendance patrimoniale autant entre eux qu'à l'égard des tiers. Par ce biais, ils seront protégés des créanciers personnels comme professionnels de leur conjoint. Ils seront également assurés de conserver la maîtrise de leur patrimoine et pourront en disposer librement sans être astreints à une cogestion. En ce sens, la gestion des patrimoines sera simplifiée. On constate ici le principe d'autonomie et d'indépendance prégnant en régime de séparations de biens.

298.**Maîtrise.** En outre, ce régime ne prive pas les époux de la possibilité de constituer ensemble un patrimoine indivis. L'atout de ce régime est qu'il permet la faculté de choisir d'acquérir ensemble ou séparément un bien déterminé et, même en présence d'une acquisition conjointe, de stipuler précisément les quotes-parts de propriété de chacun d'eux. De ce fait, les époux auront alors la faculté de maîtriser *ab initio* la composition de leurs patrimoines et d'assurer corrélativement la pérennité de ceux-ci en se ménageant la preuve des fonds investis.

299.**Limites.** Toutefois, si ce régime peut apparaître comme le régime idéal pour les époux désireux de conserver leur indépendance, il est souvent idéalisé. En effet, il n'est en aucun cas exempt de certaines limites. Le notaire chargé d'accompagner les époux dans le choix de leur régime matrimonial devra donc impérativement leur exposer les limites à l'indépendance qu'elles soient liées au comportement des époux eux-mêmes ou aux règles issues du régime primaire.

CHAPITRE 2 : LIMITES ET ILLUSIONS DE L'INDEPENDANCE

300.**Théorie.** En théorie et compte tenu de ses atouts, le régime de la séparation de biens apparaît comme le régime de la simplicité. En effet, il semble offrir aux époux la faculté de maintenir, malgré l'union, une indépendance parfaite de leur patrimoine respectif et leur conférer une autonomie totale de gestion. A ce titre, face à une éventuelle séparation, ils ne devraient pas être confrontés à des difficultés quant au partage de leurs patrimoines, ceux-ci n'ayant, en principe tout au moins, pas été confondus. Le partage consécutif à la désunion serait alors largement facilité. En outre, compte tenu de la maîtrise offerte par ce régime quant aux acquisitions conjointes réalisées par les époux, ces derniers devraient avoir convenu, dès l'acquisition de chacun des biens, à la fois, leur quote-part de détention respective et les conditions de répartition du prix en cas de revente ou de partage. A ce titre, la liquidation du régime ne devrait pas laisser apparaître de flux financier entre les époux. Le choix en faveur de ce régime devrait permettre d'offrir aux époux une dissolution déconflictualisée.

301.**Pratique.** Toutefois, force est de constater que les litiges opposant des époux séparés de biens sont nombreux. Ce régime ne tient donc pas tous ses engagements en matière de pacification de la désunion. En pratique, il connaît certaines limites qui peuvent aboutir à des situations complexes et contentieuses. Elles ont, pour la majorité d'entre elles, deux fondements : le comportement des époux eux-mêmes et le régime primaire. En effet, il est fréquent que des époux, bien que mariés sous un régime séparatiste, se comportent sans tenir compte des règles spécifiques au régime qu'ils ont eux-mêmes choisi (Section 1). Ces comportements peuvent aboutir à une confusion des patrimoines et créer ainsi des litiges au jour de la liquidation du régime. Ces contentieux seront d'autant plus marqués lorsque la liquidation surviendra par suite d'un divorce plus ou moins bien vécu par les époux. Toutefois, il ne peut être nié que la limite essentielle à la simplicité et à l'efficacité de ce régime a pour origine le régime primaire. Au sein de ce corps de règles, ce sont principalement les règles liées aux contributions aux charges du mariage qui méritent une attention particulière tant elles sont génératrices d'un contentieux fourni (Section 2).

Section 1 : Le comportement des époux, cause d'une vision faussée de l'indépendance des patrimoines

302.**Fiction.** Afin de permettre aux époux de bénéficier des atouts des régimes séparatistes, ils doivent s'astreindre à une certaine rigueur dans les relations patrimoniales entre eux comme à l'égard des tiers. Or du fait de l'existence même du couple, il est fréquent que la séparation de biens ne devienne qu'une fiction, une illusion juridique. En effet, les époux se comportent souvent sans tenir compte des spécificités liées au régime qu'ils ont élu. Ce décloisonnement naturel des patrimoines tend alors à fausser le principe même de ce régime. Comme le soulignait Monsieur Robert Savatier, « *voilà le gros problème de la séparation de biens, celui où l'individualisme des fortunes se heurte aux réalités de la vie* »⁵³⁰.

303.**Un comportement « communautaire ».** Du fait de la fusion patrimoniale opérée par le comportement des époux et des difficultés de preuve liées à ce fonctionnement aléatoire, la séparation des patrimoines s'avère alors bien souvent illusoire. L'établissement de créances entre époux sera souvent complexe à déterminer au jour de la liquidation. La qualification des biens sera également faussée par ces comportements qui aboutiront à une présomption d'indivision⁵³¹ complexe à contrer. C'est la raison pour laquelle, en pratique, le régime de la séparation de biens pure et simple est statistiquement celui qui soulève le plus de difficultés liquidatives. Sans nul doute, les conflits les plus fréquents sont liés aux comptes joints alimentés de manière inégale, voire aléatoire (§1) ainsi qu'aux acquisitions indivises financées selon des quotités ne correspondant pas à celles stipulées dans l'acte (§2).

§1 : Le compte-joint, une source constante d'incertitudes

304.**Présomption.** Parmi les causes de fusions patrimoniales involontaires ou mal maîtrisées, l'ouverture d'un compte-joint est, certainement, la plus fréquente. En pratique, ce n'est pas l'ouverture elle-même d'un tel compte qui peut être source de confusion mais bien son fonctionnement. Lorsqu'ils s'orientent vers le régime de la séparation de biens, les époux optent pour une indépendance claire de leurs patrimoines comme de leurs revenus. Toutefois,

⁵³⁰ R. SAVATIER, Rev. Crit. Législ. et jurispr. 1937, p.50.

⁵³¹ Sur le fondement de l'art. 1538 C. civ. *in fine*.

il est fréquent qu'ils utilisent ce compte sans tenir compte des conséquences de cette indépendance quant à la qualification de leurs biens.

305.Créanciers et compte-joint. La première difficulté évidente est liée à l'identification des fonds placés sur ce compte-joint. A défaut pour les époux de parvenir à démontrer qu'il s'agit de fonds personnels⁵³², ce compte sera réputé être la propriété de chacun des époux pour moitié indivise, en application de la présomption de l'article 1538 du Code civil. Or cela aura des conséquences importantes notamment quant au gage des créanciers. Sur ce point, la situation des couples mariés en séparation de biens se distinguent résolument de la situation des concubins et de celles des époux mariés en communauté. En présence d'un compte-joint souscrit entre deux concubins ou deux tiers, le titulaire non-débiteur devra prouver sa propriété exclusive sur les fonds. A défaut, le créancier pourrait saisir l'intégralité du compte⁵³³. *A contrario*, en présence d'époux communs en biens, la jurisprudence constante considère, sur le fondement de l'article 1415 du Code civil, « *après avoir relevé que le compte, objet de la saisie, était alimenté par les revenus de chacun des époux, (...), que, faute pour le créancier d'identifier les revenus de l'époux débiteur, ce compte n'est pas saisissable.* »⁵³⁴. Ainsi, du fait de la présomption de communauté et du phénomène de fongibilité, le créancier devrait prouver que le compte objet de la saisie n'est alimenté que par des revenus de l'époux débiteur afin que celle-ci puisse être efficace⁵³⁵. A défaut, le compte deviendrait alors insaisissable.

306.Une situation moins sécurisée. Paradoxalement, la situation des époux séparés de biens semble moins sécurisée sur ce point. L'article 1415 du Code civil n'est applicable qu'aux époux communs en biens. C'est alors la présomption de l'article 1538 du Code civil qui va permettre d'aboutir à une situation semblable mais non identique. En effet, par le jeu de cette présomption, à défaut pour le créancier de démontrer que le compte est alimenté par les

⁵³² La Cour de cassation est venue confirmer que la preuve contraire pouvait être apportée par l'époux demandeur (Cass., 1^{ère} civ., 2 avril 2008, n°07-13.509 : Bull. civ. I, n°102).

⁵³³ Cass., 2^{ème} civ., 24 avril 1985, n°84-11.234 : Bull. civ. 1985, II, n°87 ; D. 1986, inf. rap. p.315, obs. M. VASSEUR ; RTD com. 1986, p.129, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE ; RTD civ. 1986, p.645, obs. R. PERROT.

⁵³⁴ Cass., 1^{ère} civ., 3 avril 2001, n°99-13.733: Bull. civ. 2011, I, n°92; JurisData n°2001-009004 ; D. 2001, somm., p.2933, obs. M. NICOD ; Defrénois 2001, p. 939, obs. Ph. THERY et p. 1129, obs. G. CHAMPENOIS ; Dr. Famille 2001, p.22, obs. B. BEIGNIER; JCP 2002, II, 10080, n. C. BOURDAIRE; RJPF 2001, 7-8/30, obs. F. VAUVILLE.

⁵³⁵ Cass., 1^{ère} civ., 14 janvier 2003, n°00-16.078 : Bull. civ. I, 2003, n°2 ; JurisData n°2003-017244 ; D. 2003. IR 398 ; JCP 2003, I, 214, n° 5, obs. Ph. SIMLER ; JCP N 2003, 1604, obs. J. CASEY ; Dr. Fam. 2003, n°48, n. B. BEIGNIER (1^{re} esp.) ; RTD civ. 2003. 339, obs. B. VAREILLE.

seuls biens personnels de l'époux débiteur⁵³⁶, le compte sera présumé être détenu indivisément pour moitié par chacun des époux⁵³⁷. Or l'article 815-17 du Code civil dispose que « *Les créanciers personnels d'un indivisaire ne peuvent saisir sa part dans les biens indivis, meubles ou immeubles.* ». De ce fait, seule la quote-part détenue par l'époux débiteur pourrait alors faire l'objet d'une saisie-attribution⁵³⁸. Sur ce point, une partie de la doctrine estime que cette action ne peut être intentée directement et que, conformément à l'article 815-17, le créancier devrait intenter une action en partage afin de lui permettre de saisir la quote-part attribuée à l'époux débiteur⁵³⁹. En ce sens, la situation des époux séparés de biens est plus sécurisée que celle des concubins car elle protège la quote-part du co-titulaire. Elle est cependant moins sécurisée que celle des époux communs en biens qui, par l'application de l'article 1415 du Code civil, voient leur compte-joint rendu quasiment insaisissable. Ainsi, paradoxalement, le régime de la communauté de biens s'avère parfois plus protecteur que celui de la séparation de biens. En ce sens, la présomption de l'article 1538 du Code civil est moins opportune pour les époux que celle de l'article 1415 du même Code. Comme le soulignait à juste titre Monsieur Vincent Brémond : « *La présomption d'indivision ne constitue en réalité qu'un pis-aller, un remède légal au risque, réel et quasi inéluctable, de confusion des meubles appartenant à un couple marié* »⁵⁴⁰.

307.Compte unique. Une autre problématique classique naît du fait que certains couples n'ont qu'un compte-joint unique. Or, si le montant de leurs revenus diffère, cette situation va entraîner un déséquilibre dans l'approvisionnement du compte qui pourra s'avérer source de contentieux au jour de la dissolution de l'union. Outre ce déséquilibre factuel, cette solution pâtit également de la présomption bancaire de l'article 221 du Code civil. Cet article, inclus dans le régime primaire, prévoit une présomption irréfragable selon laquelle « *A l'égard du dépositaire, le déposant est toujours réputé, même après la dissolution du mariage, avoir la libre disposition des fonds et des titres en dépôt* ». Par suite, chacun des époux pourra librement disposer des sommes présentes sur le compte sans obtenir l'accord de son conjoint et ce, même s'il n'est pas à l'origine du dépôt. Si cette présomption ne joue qu'en faveur du

⁵³⁶ Ce qui revient à renverser la présomption de l'article 1538 C. civ.

⁵³⁷ V. en ce sens : Cass., 1^{ère} civ., 21 juin 1983 : Bull. civ. 1983, I, n°180 – Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 1994, n°92-19.169 : Bull. civ. 1994, I, n°273 ; JCP G 1995, I, 3821, obs. M. STORCK – Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} octobre 1985, n°84-12.476 : Bull. civ. I, n°237.

⁵³⁸ Cass., 1^{ère} civ., 20 mai 2009, n°08-12.922 : Bull. 2009, I, n°102 ; JurisData n°2009-048243 ; JCP N, n°41, 9 octobre 2009, 1286, comm. V. BREMOND.

⁵³⁹ J. MIGUET, « Saisie-Attribution : conditions générales », JCL. Procédure, Fasc. 2240, spéc. n°117.

⁵⁴⁰ V. BREMOND, « Saisi des fonds versés sur un compte joint entre époux séparés de biens : même cause et (presque) mêmes effets que sous le régime de la communauté ! », JCP N, n°41, 9 octobre 2009, 1286.

dépositaire, c'est-à-dire en pratique du banquier lui-même, elle pourra aboutir à des conflits au jour du divorce lorsque l'un des époux aura vidé, par ce biais, le compte-joint des époux.

308.Utilisation des fonds. Le financement d'un bien immobilier au moyen de fonds placés sur ces comptes peut également être source de contentieux. Si l'acquisition est réalisée à parts égales, cette solution n'aura que peu de conséquences. *A contrario*, si elle a pour but de financer un bien de manière inégalitaire, elle risque d'engendrer des difficultés probatoires quant à l'appartenance des fonds en cas de litige. En effet, par le jeu des présomptions, les sommes versées au moyen de ce compte seront présumées appartenir indivisément à chacun des époux pour moitié, sauf preuve contraire de l'époux demandeur. Cette problématique est récurrente lorsque l'acquisition par les époux est réalisée, tout au moins pour partie, au moyen de deniers personnels. Le notaire devra alors attirer l'attention des époux sur le fait que l'option en faveur d'un régime séparatiste ne les protège pas contre une certaine confusion de leur patrimoine. A ce titre, il conviendra de s'attacher à une rigueur particulière face aux acquisitions réalisées par les époux en cours d'union.

§2 : L'acquisition, source d'une fusion patrimoniale mal maîtrisée

309.Divergences de financement. Le comportement le plus à risques des époux séparatistes survient lors de l'acquisition d'un bien immobilier. Il advient des hypothèses où la titularité et la contribution financière divergent. Les clauses mentionnées dans l'acte ne sont alors pas le reflet de la réalité. Lorsque la réalité du financement est en désaccord avec les quotités stipulées, celui des époux qui aura bénéficié de ses flux devrait, en principe, être débiteur d'une créance entre époux⁵⁴¹. Cette créance sera calculée, en application de l'article 1479 du Code civil, d'après le profit subsistant⁵⁴² si la créance a servi « *à acquérir, à conserver ou à améliorer un bien qui se retrouve, au jour de la liquidation de la communauté, dans le patrimoine emprunteur* »⁵⁴³. En outre, s'il est possible de considérer que les fonds investis par l'un des époux sont issus de sommes données par son conjoint, la propriété du bien lui demeure acquise. En effet, l'objet de la donation demeure la somme d'argent⁵⁴⁴ et non le bien qu'elle a permis de financer. En conséquence, la source du financement n'est pas à

⁵⁴¹ Art. 1543 C. civ.

⁵⁴² Art. 1469, al. 3 C. civ.

⁵⁴³ Cass., 1^{ère} civ., 6 mars 2013, n°12-13.890 : NP.

⁵⁴⁴ Art. 1099-1, al.1 C. civ.

prendre en compte⁵⁴⁵. La jurisprudence considère qu'en présence d'un écrit, la nature personnelle ou indivise du bien acquis sera déterminée au jour de son acquisition et ce, même si le propriétaire désigné ne s'est pas réellement acquitté du prix⁵⁴⁶. Cette solution est une application classique de l'adage selon lequel le titre prévaut sur la finance⁵⁴⁷.

310. Conseils pratiques. Il apparaît essentiel de s'assurer que les époux ont parfaitement conscience des conséquences des stipulations énoncées dans leur acte d'acquisition et de les orienter vers une adéquation entre le titre et la finance. Il sera également opportun de leur conseiller d'insérer dans leur acte d'acquisition, ou dans une convention sous-seing privé séparée, une déclaration d'origine des deniers ainsi qu'une convention relative à la répartition du prix en cas de vente. Comme l'a souligné à juste titre le rapport du 106^{ème} Congrès des Notaires de France, « *Le sort du droit de propriété doit, en effet, toujours être le reflet des fonds investis par chacun dans le projet* »⁵⁴⁸. En outre, à défaut d'une telle convention, il sera fréquent qu'un problème de preuve survienne quant aux versements effectivement réalisés par chacun des époux au jour de la séparation. Cette problématique est malheureusement fréquente comme en atteste le contentieux fourni existant sur ce sujet⁵⁴⁹.

311. Un rôle de conseil prépondérant. Le notaire ne devra pas limiter son conseil au seul exposé des règles applicables à ce type de régime. Il lui incombe d'expliquer également aux époux la conduite à tenir afin d'éviter tout risque de confusion des patrimoines. Il lui appartient de leur exposer les solutions envisageables et les conséquences d'une fusion patrimoniale mal ou non maîtrisée autant, vis-à-vis d'une question de preuve, que quant aux incidences fiscales éventuelles ou à la répartition du prix postérieurement à la vente du bien ainsi acquis. Il est nécessaire que les époux puissent avoir pleinement conscience des conséquences de leur comportement quant à une confusion des patrimoines complexe à liquider au jour de la dissolution de l'union. Ainsi, le choix d'un régime séparatiste n'entraîne une réelle simplification quant à la gestion et à la liquidation de l'union que si les époux s'attachent à en respecter les limites. En effet, la création d'une indivision entre les époux,

⁵⁴⁵ Cass., 1^{ère} civ., 9 octobre 1991, n°90-15.073 : Bull. civ. 1991, I, n°260, p.172 ; Defrénois 1992, p.1558, obs. G. CHAMPENOIS – Cass. 1^{ère} civ., 17 décembre 1991, n°89-20.219 : Bull. I, n°362, p.238 ; D. 1993, p.580, n. C. COURTINE ; JCP N 1992, II, p.213, n°19, obs. M. STORCK ; Defrénois 1992, p.1558, obs. G. CHAMPENOIS – Cass. 1^{ère} civ., 18 novembre 1997, n°95-19.103 : Bull. civ. 1997, I, n°314 ; JCP G 1998, I, 135, n°17, obs. M. STORCK.

⁵⁴⁶ Cass., 1^{ère} civ., 3 décembre 2002, n°00-18.869 : NP.

⁵⁴⁷ M. STORCK, « Le titre ou la finance ? Le droit de propriété dans les régimes de séparation de biens », D. 1994, p.61.

⁵⁴⁸ 106^{ème} Congrès des notaires de France, 2010, op. cit., spéc. p.373.

⁵⁴⁹ V. *infra*, spéc. 318 et s.

quel que soit le bien sur lequel elle porte, est une première forme de « communautarisation ». Toutefois, le comportement des époux est loin d'être la seule limite à l'indépendance et à l'autonomie créées par ce régime.

Section 2 : Le régime primaire, limitation légale à l'efficacité du caractère séparatiste du régime

312. **Un corps de règle impératif.** Afin d'éviter tout débordement et d'assurer un cadre législatif minimal et équitable aux époux, le législateur a instauré le régime dit « primaire »⁵⁵⁰ qui a, par la suite, été complété par un certain nombre de lois⁵⁵¹. Ce régime primaire s'applique indifféremment à l'ensemble des couples mariés, quels que soient la date et le lieu de célébration de l'union⁵⁵². Sur le plan international, une grande partie de ces règles est assimilée par la Cour de cassation à des lois de police⁵⁵³. Il peut ainsi être résumé comme le « statut fondamental des gens mariés »⁵⁵⁴.

313. **Des principes élémentaires.** Ce corpus de règles a vocation à s'appliquer aux époux au quotidien comme en situations de crises⁵⁵⁵. Certaines de ces règles se contentent de rappeler l'impossibilité de limiter la liberté d'un époux vis-à-vis de la gestion de ses biens⁵⁵⁶ ou de son activité professionnelle⁵⁵⁷. D'autres rappellent les obligations inhérentes au mariage ou, encore, les règles relatives à la direction morale et matérielle de l'union⁵⁵⁸. De nos jours, ces textes n'ouvrent lieu qu'à peu de contentieux. *A contrario*, certaines de ces règles génèrent d'importantes limites à la liberté des époux et, en conséquence, un contentieux plus fourni. A ce titre, l'une de ces règles crée une cogestion forcée quant à leur résidence principale⁵⁵⁹. Toutefois, s'agissant d'une loi de police⁵⁶⁰ applicable à tous les couples mariés, qui ne peut être ni aménagée, ni anticipée, elle ne peut caractériser un élément de choix en faveur d'un régime déterminé. Sans nul doute, les règles qui donnent lieu au plus grand nombre de contentieux sont celles qui ont pour but de limiter l'indépendance des époux vis-à-vis des dettes ménagères et des charges du mariage. Si ces deux notions peuvent sembler proches (§1), la jurisprudence tend à opérer une « communautarisation » des couples

⁵⁵⁰ Art. 212 à 226 C. civ.

⁵⁵¹ v. notamment L. n°2001-1135, 3 décembre 2001, relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral (JO 4 décembre 2001, p.19279) et L. n°2002-73, 17 janvier 2002 de modernisation sociale (JO 18 janvier 2002, p.1008).

⁵⁵² Art. 226 C. civ.

⁵⁵³ Cass., 1^{ère} civ., 20 octobre 1987, n°85-18.877 : Bull. 1987, I, n°275, p.198.

⁵⁵⁴ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit.

⁵⁵⁵ Art. 217 à 219 C. civ.

⁵⁵⁶ Art. 216, 221 et 225 C. civ.

⁵⁵⁷ Art. 223 C. civ.

⁵⁵⁸ Art. 212 et 213 C. civ.

⁵⁵⁹ Art. 215 al. 3 C. civ.

⁵⁶⁰ Cette disposition est expressément visée par le Considérant 53 du R. (UE) 2016/1103 du 24 juin 2016, op. cit.

séparatistes par le jeu de la contribution prévue à l'article 214 du Code civil (§2). Toutefois, cette position jurisprudentielle semble désormais pouvoir être pondérée (§3).

§1 : La recherche d'une association minimale

314.Similitudes. Le législateur a tenté par la rédaction des articles 214 et 220 du Code civil de créer une limitation à l'autonomie et à l'indépendance des patrimoines. En principe, en présence d'époux séparatistes, chacun d'eux n'est tenu que des dettes qu'il a personnellement contractées. Toutefois, afin de faciliter la gestion de leur vie courante et de protéger les créanciers, le régime primaire prévoit expressément, en son article 220, que chacun des époux ait « *pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants* ». Ce faisant, il institue une solidarité vis-à-vis de ces dettes dites « ménagères » actuelles ou futures⁵⁶¹. Cette solidarité est une notion consubstantielle du mariage et perdure tout au long de celui-ci, y compris durant l'instance de divorce⁵⁶², et jusqu'à sa transcription en marge des registres de l'état civil⁵⁶³. Dans le même sens, l'article 214 instaure, quant à lui, un minimum d'association conjugale des époux, sauf convention contraire⁵⁶⁴, « *à proportion de leurs facultés respectives* ». Ces règles tendent à créer une interdépendance des époux, une association conjugale minimale.

315.Définitions. Si la limite au caractère séparatiste est intrinsèque à ces articles, c'est principalement l'analyse jurisprudentielle qui en est faite qui génère un important contentieux. La « solidarité des dettes ménagères » a vocation à s'appliquer à toute dette « *même non contractuelle* »⁵⁶⁵ répondant à cet objet, c'est-à-dire à toutes celles dont l'objet est nécessaire à la vie du couple. Tel pourra notamment être le cas des dépenses liées au logement (loyer, fourniture d'électricité et de gaz, etc.) ou des dépenses de santé⁵⁶⁶. Seules les dépenses nécessaires au ménage sont visées. Par conséquent, cela exclut les dépenses professionnelles, d'investissement ou de loisir. Toutefois, compte tenu de l'absence de définition claire de la

⁵⁶¹ Ex : Cass, 1^{ère} civ., 9 octobre 1991, n°89-16.111 : Bull. civ. I, n°255 – Cass., 1^{ère} civ., 17 mai 1993, n°91-17.144 : Bull. civ. I n°178 ; Defrénois 1993, 1363, obs. J. MASSIP ; JCP N 1994, 223, n° 6, obs. G. WIEDERKEHR.

⁵⁶² Cass., 1^{ère} civ., 10 mars 1998, n°96-15.829 : Bull. civ. I, n°101 ; D. 1998. IR 94 ; Dr. Fam. 1998, n°72, obs. B. BEIGNIER.

⁵⁶³ Cass., 1^{ère} civ., 7 juin 1989, n°87-19.049, op. cit. – Dans le même sens, sur ce point : Cass., 2^{ème} civ., 3 octobre 1990, n°88-18.453 : Bull. civ. II, n°177 ; D. 1992, somm. 219, obs. F. LUCET ; Defrénois 1991, 1126, obs. G. CHAMPENOIS.

⁵⁶⁴ Quant aux aménagements envisageables : V. *infra*, spéc. 463 et s.

⁵⁶⁵ Cass., 1^{ère} civ., 7 juin 1989, n°87-19.049 : NP ; D. 1990, 21, n. J. MASSIP.

⁵⁶⁶ Cass., 1^{ère} civ., 17 décembre 2014, n°13-25.117 : Bull. 2014, I, n°212 ; Dr. Fam. 2015, comm.74, n. B. BEIGNIER ; JCP G 2015, 253, n. J. CASEY.

notion de « dettes ménagères », cet article a ouvert lieu à un grand nombre de contentieux tendant à voir inclure ou exclure un certain nombre de dépenses en son sein. Ainsi, par un travail d'analyse *in concreto*, la jurisprudence est venue préciser que cette notion comprenait notamment les dettes relatives aux charges liées au bien objet du logement de la famille⁵⁶⁷, aux loyers afférents à ce bien⁵⁶⁸ ainsi qu'aux dépenses de santé du couple⁵⁶⁹. En demeurent exclues les dépenses liées aux investissements immobiliers du couple⁵⁷⁰, y compris si le bien objet de l'investissement a pour objet le logement de la famille⁵⁷¹. Par le jeu de cette solidarité, il n'existe donc pas d'étanchéité totale entre les patrimoines des époux. Ainsi, au jour d'un éventuel divorce, les époux pourraient se prévaloir de cette solidarité pour refuser le remboursement de passifs souscrits en cours d'union. Force est de constater, compte tenu de l'importance du nombre de jurisprudence en la matière, que cette question est loin d'être anodine au jour du divorce.

316.Tempéraments. Afin d'éviter tout abus, cet article énonce plusieurs tempéraments à cette solidarité. D'une part, la solidarité n'a pas lieu lorsque les dépenses sont manifestement excessives⁵⁷² au regard du train de vie du ménage, à l'opportunité de l'opération et à la bonne foi du tiers. Ce premier tempérament a pour but d'éviter que cette solidarité ne devienne un fardeau pour le conjoint de l'époux prolixe. D'autre part, elle ne s'appliquera pas non plus concernant les achats à tempérament⁵⁷³, ni vis-à-vis des emprunts ne portant pas sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante⁵⁷⁴. La jurisprudence tend à faire prévaloir la destination de la dépense afin d'opérer la qualification.

317.Contribution aux charges. Bien que la notion de charges du ménage visée par l'article 214 et celle de dettes ménagères puissent apparaître comme dépendantes l'une de l'autre, cette notion ne peut ni ne doit se limiter à ces dettes et connaît une acception plus large. Il est à déplorer que l'article qui consacre cette obligation demeure taisant quant à la

⁵⁶⁷ Cass., 3^{ème} civ., 1^{er} décembre 1999, n°98-11.726 : NP ; D. 2001, somm. 346, obs. C. GIVERDON ; JCP N 2000, II, 643, comm. A. DJIDO ; JCP G 2000, I, 245, n°7, obs. G. WIEDERKEHR.

⁵⁶⁸ Cass., 2^{ème} civ., 3 octobre 1990, n°88-18.453 : op cit. – Cass., 1^{ère} civ., 9 octobre 1990, n°89-10.924 : Bull. civ. I, n°210.

⁵⁶⁹ Cass., 1^{ère} civ., 17 décembre 2014, n°13-25.117 : Bull. 2014, I, n°212 ; AJ. Fam. 2015, 109, obs. P. HILT ; RTD civ. 2015, 116, obs. J. HAUSER.

⁵⁷⁰ Cass., 1^{ère} civ., 11 janvier 1984, n°82-15.461 : Bull. civ. I, n°13 ; Defrénois 1984, 933, obs. G. CHAMPENOIS ; Gaz. Pal. 1984, obs. M. GRIMALDI.

⁵⁷¹ Cass., 1^{ère} civ., 4 juillet 2006, n°03-13.936 : Bull. 2006, I, n°351, p.302 ; AJ. Fam. 2006, 329, obs. J. CHENEDE ; JCP G 2006, I, 193, n°5, obs. G. WIEDERKEHR ; RTD civ. 2006, 811, obs. B. VAREILLE.

⁵⁷² Le caractère « manifeste » de l'excès est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond.

⁵⁷³ V. en ce sens : Cass., 1^{ère} civ., 12 juillet 1994, n°92-16.659 : Bul. civ. I, n°252 ; D. 1996, 117, obs. A. GUINERET-BROBELLE DORSMAN.

⁵⁷⁴ Cette dernière exclusion est issue de la L. n°85-1372 du 23 décembre 1985, op. cit.

définition de cette notion. Or, dans le silence de la loi, c'est à la jurisprudence qu'il incombe de procéder à ce travail de définition. A ce jour, la Cour de cassation n'a jamais circonscrit de manière précise et exhaustive cette notion. Les juges du fond ont pu s'y essayer en précisant que « *les charges du mariage comprennent toutes les dépenses qui permettent aux époux de vivre suivant leur rang social, même les dépenses qui, sans être nécessaire à l'existence, contribuent au bien être des époux...* »⁵⁷⁵. Il s'agit donc des dépenses relatives à la vie courante (aliments, vêtements, logement⁵⁷⁶, santé⁵⁷⁷, etc.), celles relatives à l'entretien et l'éducation des enfants⁵⁷⁸ mais également les dépenses d'agrément compatibles avec le train de vie des époux⁵⁷⁹.

318. Difficultés. On perçoit dans cette tentative toute la difficulté d'établir une telle définition et d'en circonscrire les limites. Contrairement aux dépenses ménagères définies à l'article 220 du Code civil, le caractère excessif ou inutile de la dépense n'est pas à prendre en compte. Le Recteur Bernard Beignier a, en ce sens, pu préciser que « *l'article 220 se distingue précisément de l'article 214 par le fait qu'il n'est pas dicté par la nécessité* »⁵⁸⁰. Toutefois, force est de constater que, pour la majorité des couples au patrimoine modeste, ces deux types de dépenses seront souvent confondus. C'est ce défaut de définition précise qui engendre un grand nombre de contentieux car la jurisprudence a alors tendance à retenir une acception particulièrement large de cette catégorie de charges. Dans un objectif d'anticipation d'éventuelles turbulences conjugales au sein du couple, il pourra alors apparaître opportun de tenter de contractualiser la définition de cette notion afin d'en déterminer les contours⁵⁸¹.

⁵⁷⁵ CA Paris, 17 février 1996 : D. 1996, p.546.

⁵⁷⁶ Notamment le paiement du loyer : v. Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 1995, n°92-21.276 : Bull. civ. I, n°394, p.275 ; JCP G 1996, I, 3908, n°1.

⁵⁷⁷ Cass., 1^{ère} civ., 28 février 1938 : DH, 1938, 241.

⁵⁷⁸ Cass., 1^{ère} civ., 6 avril 1994, n°93-12.976 : D.

⁵⁷⁹ Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 2013, n°12-17.420 : Bull. civ. I, n°249 ; JurisData n° 2013-029967 AJ. Fam. 2014, 129, obs. P. HILT ; D. 2014. 527, note G. VINEY ; *ibid.* 2014, 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; Dr. Fam. 2014, n° 61, obs. B. BEIGNIER ; JCP N 2014, 1117, obs. F. VAUVILLE ; RTD civ. 2014, 698, obs. B. VAREILLE ; *ibid.* 2014, 704, obs. B. VAREILLE.

⁵⁸⁰ Dr. Fam., mars 1997, n°49, n. B. BEIGNIER, op. cit.

⁵⁸¹ V. *infra*, spéc. 450 et s.

§2 : Une « communautarisation » prétorienne par le jeu de la contribution

319.Un contentieux fourni. L'analyse jurisprudentielle de l'article 214 ouvre lieu à un contentieux particulièrement fourni s'agissant d'acquisitions immobilières et ce, notamment lorsque la contribution réelle diffère des quotités contractuellement stipulées. Il est de jurisprudence constante que seul le titre d'acquisition définit les quotités acquises même dans l'hypothèse où le financement réel en différerait⁵⁸². Cette dissociation entre contribution réelle et quote-part de détention génère un flux patrimonial entre les patrimoines personnels des époux et crée, de fait, un déséquilibre économique. C'est alors la qualification de ce transfert financier qui va soulever une incertitude pouvant aboutir à un contentieux. Plusieurs fondements juridiques pourraient être retenus parmi lesquels le prêt, la donation, *l'action de in rem verso*⁵⁸³ ou encore la contribution, ou l'excès de contribution, aux charges du mariage.

320.Conséquences. Les conséquences de chaque qualification diffèrent, si ce n'est souvent s'opposent. Ainsi, en présence d'un prêt, les sommes « prêtées » devront incontestablement faire l'objet d'un remboursement. Toutefois, s'il est souvent mentionné au moyen de l'époux *solvens*, ce fondement n'est que peu fréquemment retenu du fait de l'absence de preuve suffisante quant à l'existence d'un tel contrat. Un autre argument, autrefois fréquemment utilisé, était la donation indirecte. L'objectif était alors, une fois cette qualification retenue, d'invoquer la révocation d'une telle donation entre époux⁵⁸⁴. Cependant, depuis la réforme du 26 mai 2004⁵⁸⁵, ce fondement a perdu son utilité puisque les donations de biens présents entre époux sont devenues irrévocables. En outre, une telle requalification pourrait avoir des conséquences fiscales coûteuses pour les époux notamment du fait de l'assujettissement aux droits de mutation à titre gratuit⁵⁸⁶ de telles donations, éventuellement assorti d'un intérêt de retard. Il est donc à prévoir que cette solution ne sera désormais plus utilisée dans ce cadre, exception faite des hypothèses où les règlements objets du litige seraient antérieurs au 1^{er} janvier 2005, date d'entrée en vigueur de cette loi⁵⁸⁷. De plus, cette

⁵⁸² Cass., 1^{ère} civ., 19 mars 2014, n°13-14.989; Bull. 2014, I, n°46; JurisData n°2014-0055225; AJ. Fam. 2014, 312, obs. N. LEVILLAIN ; JCP N 2014, n°19, 1187, chron. H. PERINET-MARQUET ; RTD civ. 2014. 626, obs. J. HAUSER.

⁵⁸³ Sur le fondement des art. 1303 et s. C. civ.

⁵⁸⁴ Sur le fondement de l'ancien art. 1096 C. civ. permettant une révocation *ad nutum* de ces donations.

⁵⁸⁵ L. n°2004-439 du 26 mai 2004, relative au divorce (JORF n°122 du 27 mai 2004).

⁵⁸⁶ Art. 777 C.G.I.

⁵⁸⁷ En effet, cette loi ne prévoit pas de caractère rétroactif au principe de l'irrévocabilité des donations. Les actes réalisés avant son entrée en vigueur demeurent donc révocables *ad nutum*. Si cette question a longtemps créé des

solution restait à parfaire car la jurisprudence, favorable à l'époux le plus impécunieux, opérait souvent une requalification en donation rémunératoire. Suivant un raisonnement similaire, elle a également pu considérer que ce paiement « *pouvait constituer un supplément de rémunération pour la collaboration de la femme, ou le versement de la contribution du mari aux charges du mariage* »⁵⁸⁸. Cette solution a aussi été reconnue concernant l'activité de la femme au foyer⁵⁸⁹.

321. Une solution d'équité. Outre la requalification en donation rémunératoire, il est fréquent que, dans un but d'équité et plus souvent de justice que de droit, la Haute juridiction use, et abuse, du fondement de l'article 214 afin de protéger l'époux le plus impécunieux. Ainsi, elle a pu, tour à tour, qualifier ces transferts financiers de contribution aux charges du mariage de l'époux le plus prospère ou de rémunération de la « sur-contribution » de l'époux ayant participé par son industrie auxdites charges ou à l'entretien de ce bien. La jurisprudence utilise alors souvent cet article afin de pallier les déséquilibres financiers entre les époux séparatistes dont les patrimoines diffèrent. Selon Monsieur Vincent Brémont, « *cette analyse extensive de la notion de charge du mariage, appliquée à une dépense d'investissement, s'explique sans doute par la volonté des juges de réduire la rigueur individualiste du régime de la séparation de biens en permettant l'association patrimoniale d'un époux aux ressources de son conjoint par le biais de l'obligation instituée par l'article 214* »⁵⁹⁰.

322. L'objectif poursuivi. La position établie par la Cour de cassation tend à étendre la notion de contribution aux charges du mariage selon l'objectif visé par l'acquisition de l'immeuble, c'est-à-dire selon l'objet de l'obligation contributive. A ce titre, il est de jurisprudence constante que le seul fait que l'immeuble acquis constitue le logement de la famille est suffisant pour qualifier automatiquement de « charges du mariage », au sens de cet article, le paiement réalisé par l'un des époux et, en conséquence, suffisant pour exclure toute

débats au sein de la doctrine et de la jurisprudence, elle est désormais réglée par la nouvelle rédaction de l'art. 265 C. civ issue de la L. n°2006-728 du 23 juin 2006, op. cit.

⁵⁸⁸ Cass., 1^{ère} civ., 19 mai 1976, n°75-10.558 : Bull. civ. I, n°183 – Dans le même sens : Cass., 1^{ère} civ., 24 octobre 1978, n°76-12.557, *Bitter* : Bull. civ. I, n°316 ; D. 1979, IR, 75 ; Defrénois 1979, art. 32038, n°40, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP G 1979, II, 19220, n. J. PATARIN – Cass., 1^{ère} civ., 20 mai 1981, n°79-17.171 : Bull. civ. I, n°176, p.143 – Plus récemment : Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 2013, n°12-17.420 : Bull. civ. I, n° 249 ; D. 2014, 527, n. F. VINEY ; *ibid.* 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *ibid.* 1905, obs. V. BREMOND, M. NICOD et J. REVEL ; AJ. Fam. 2014, 129, obs. P. HILT ; RTD civ. 2014, 698, obs. B. VAREILLE ; *ibid.* 704, obs. B. VAREILLE.

⁵⁸⁹ C. PHILIPPE, *Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale*, Thèse, Strasbourg, LGDJ, 1981, spéc. p.78-100.

⁵⁹⁰ V. BREMOND, « Remarques sur l'article 214 du Code civil entre époux séparés de biens », JCP N, n°12, 20 mars 1998, p.435.

créance entre époux sur ce fondement⁵⁹¹. Elle a même pu considérer que l'acquisition d'une résidence secondaire⁵⁹², d'agrément plus que de besoin, pouvait participer à une telle contribution. Toutefois, dans cette hypothèse, il ne s'agit alors que d'une possibilité qui doit être justifiée par une appréciation *in concreto* des juges du fond en tenant compte des revenus du couple. Cette extension jurisprudentielle est donc relativement large.

323.Limitation. La jurisprudence est, toutefois, venue limiter cette extension en précisant qu'en sont exclues les acquisitions d'immeubles de rapport et investissements locatifs destinés à constituer une épargne⁵⁹³. Cette nuance, si elle peut paraître opportune, semble toutefois complexe à consacrer à l'ère des « Airbnb »⁵⁹⁴, et autres plateformes internet de location saisonnière, où tout un chacun peut investir dans une résidence secondaire occasionnellement, si ce n'est habituellement, mise en location par ce biais. La problématique sera alors pour les juges de déterminer le seuil à partir duquel un bien à usage familial devient un bien à usage locatif et inversement. Il est indéniable que les litiges sur ce point devraient encore être nombreux.

324.Une jurisprudence critiquable. La jurisprudence actuelle tend à déduire de cette extension de qualification l'absence de remboursement sur le fondement de la contribution aux charges du mariage. Cette solution semble particulièrement défavorable à l'époux *solvens*. Ainsi, elle a pu retenir que « *le financement de ce bien immobilier destiné à l'usage de la famille, même s'il ne constituait pas le domicile conjugal, est inclus dans la contribution de l'époux aux charges du mariage, dès lors que celui-ci ne démontre pas que sa participation*

⁵⁹¹ V. Cass., 1^{ère} civ., 14 mars 2006, n°05-15.980 : Bull. civ. I, n°160 ; AJ. Fam. 2006, p.293, obs. P. HILT ; JCP G 2006, I, 193, obs. G. WIEDERKEHR – Cass., 1^{ère} civ., 15 mai 2013, n°11-26.933 : Bull. civ. 2013, I, n°94 ; Dr. Fam. 2013, n°110, obs. B. BEIGNIER ; RTD civ. 2013, p.582, obs. J. HAUSER – Cass., 1^{ère} civ., 25 septembre 2013, n°12-21.892 : Bull. 2013, I, n°189 ; JurisData n°2013-020492 ; AJ. Fam. 2013, p.647, obs. P. HILT ; Dr. Fam. 2014, n°38, obs. B. BEIGNIER ; JCP N 2013, n°41, act. 992 ; RTD civ. 2013, p.821, obs. J. HAUSER – Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} avril 2015, n°14-14.349 : Bull. civ. 2015, I, n°78 ; JurisData n°2015-006961 ; D. 2015, 1408, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; D. 2015, p. 2094, obs. J. REVEL ; Gaz. Pal. 2015, n°284-286, p.24, S. TORRICELLI-CHIRIFI ; JCP N 2015, n°16, act. 513 ; RTD civ. 2015, p.362, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p.687, obs. B. VAREILLE.

⁵⁹² V. notamment : Cass., 1^{ère} civ., 20 mai 1981, n°79-17.171 : Bull. civ. I, n°176 ; D. 1983, 289, n. J. DEVEZE – Dans le même sens : Cass., 1^{ère} civ., 15 mai 2013, n°11-26.933 : Bull. 2013, I, n° 94.

⁵⁹³ Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 2016, n°15-25.944 : PB ; AJ. Fam. 2016, 544, obs. J. CASEY ; D. 2016, 470, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *ibid.* 1082, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; D. 2017, 2119, obs. V. BREMOND ; Defrénois 2017, 126c5, 366, obs. G. CHAMPENOIS ; Defrénois 2018, 131q2, 35, obs. A. CHAMOULAND-TARPIERS ; Dr. Fam. 2016, comm. 256, obs. S. TORRICELLI-CHIRIFI ; Gaz. Pal. 29 novembre 2016, n°281e6, p.18, n. S. PIEDELIEVRE ; JCP N 2016, 1107 ; JCP N 2017, 1259, n°1, obs. G. WIEDERKEHR ; RTD civ. 2017, 105, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p.416, obs. B. VAREILLE ; RJP 2017, 1/31, n. E. FRAGU.

⁵⁹⁴ M. LOMAZZI, « Cet été, 8,5 millions de Français ont utilisé Airbnb », Le Parisien, 3 septembre 2019.

ait excédé ses facultés contributives »⁵⁹⁵. Cette position entraîne en pratique, un certain nombre d'interrogations et de craintes. L'aspect positif de cette décision est qu'elle ouvre la porte à une démonstration par l'époux demandeur d'une sur-contribution aux charges du mariage⁵⁹⁶. Toutefois, cette solution demeure pleinement critiquable en ce qu'elle tend à élargir le champ de la contribution aux charges du mariage sans limiter celles-ci au seul bien objet du logement du couple. En ce sens, la jurisprudence tend à créer une réelle insécurité juridique, autant du fait de l'absence de définition claire de la notion même de charges du mariage, que du fait du risque lié à des décisions jurisprudentielles aléatoires⁵⁹⁷. Cette extension jurisprudentielle est perçue par la doctrine comme une « communautarisation » des régimes séparatistes car elle revient à considérer que les revenus investis en vue de ce financement « *se voient assigner une vocation communautaire contre nature* »⁵⁹⁸. En outre, cette solution engendre une situation inéquitable à l'encontre des époux séparatistes et contraire à la logique même du régime. Ils sont alors soumis à une solution plus contraignante que celle des époux communautaristes qui pourraient, quant à eux, se prévaloir dans un pareil cas d'espèce d'un rééquilibrage de leurs patrimoines par le jeu des récompenses⁵⁹⁹.

§3 : Coup d'arrêt et pondérations de l'extension jurisprudentielle

325. Tempérament quant à la preuve. Si la jurisprudence est aléatoire sur ce sujet, il convient de souligner que des arrêts récents semblent entendre, enfin, tempérer ces solutions extensives. Dans un premier temps, par un arrêt publié du 16 janvier 2019⁶⁰⁰, la Cour de cassation a considéré que les juges du fond devaient, face à toute demande de remboursement, rechercher au préalable « *quelle était la contribution de chaque époux aux charges du mariage au regard de leurs conditions de vie et de leurs revenus respectifs* ». Ce faisant, la Cour régulatrice valide, par ce nouvel arrêt publié, la solution proposée par deux arrêts

⁵⁹⁵ Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2018, n°17-25.858 : JurisData n° 2018-017975 ; AJ. Fam. 2018, p. 697 et s., obs. J. CASEY ; Dr. Fam. 2018, comm. 279, obs. S. TORRICELLI-CHRIFI ; Gaz. Pal. 8 janv. 2019, p. 63 et s., obs. A-L. CASADO – Cass., 1^{ère} civ., 20 mars 2019, n°18-14.571 : NP ; AJ. Fam. 2019, 348, obs. J. CASEY.

⁵⁹⁶ Cette formulation demeure critiquable, et peu compréhensible, compte tenu de l'attendu précédant qui prévoit le caractère irréfutable de la clause de contribution incluse dans le contrat de mariage.

⁵⁹⁷ V. en ce sens, J. CASEY, « Saga du logement et de la contribution aux charges du mariage : un arrêt qui interroge... », AJ. Fam. 2018, p.406.

⁵⁹⁸ A. KARM, « Financement d'un bien immobilier par des époux séparés de biens : à quand le rétablissement de la logique séparatiste ? », JCP N, n°17-18, 26 Avril 2019, 1174.

⁵⁹⁹ J-F. PILLEBOUT, « Les illusions de la séparation de biens », Defrénois 1981, art. 32646, p.641.

⁶⁰⁰ Cass., 1^{ère} civ., 16 janvier 2019, n°18-10.459 : NP ; D. 2019, 910, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; RTD civ. 2019. 638, obs. B. VAREILLE.

antérieurs non publiés⁶⁰¹ qui semblaient ouvrir la porte à la preuve par l'époux *solvens* de sa sur-contribution. L'absence de publication de ces jurisprudences avaient laissé planer le doute quant à leur portée. Compte tenu de la publication de ce nouvel arrêt, la Cour semble ainsi mettre fin à cette incertitude. Elle exige, afin de déterminer l'existence d'un éventuel droit à remboursement au titre d'une sur-contribution, que les juges du fond recherchent *in concreto* si l'époux demandeur a suffisamment contribué à ces charges indépendamment du remboursement de l'emprunt. Par cette position jurisprudentielle nouvelle, la Haute Juridiction offre, par ce biais, à l'époux *solvens* un outil lui permettant d'apporter la preuve de son excès de contribution. Si cette solution ne permet pas de résoudre l'ensemble des problématiques étudiées, elle a tout au moins le mérite d'en réduire l'étendue. En effet, par cette position, la jurisprudence met enfin un frein à la « communautarisation » engendrée par ses jurisprudences antérieures. Elle offre à l'époux ayant procédé au remboursement l'opportunité de démontrer que sa contribution était déjà réalisée par un autre biais et ce, quel que soit l'objectif visé par l'acquisition.

326. Tempérament quant à l'origine et à la forme du versement. Dans un arrêt de principe du 3 octobre 2019⁶⁰², la Cour de cassation est venue apporter une précision bienvenue quant à la contribution aux charges du mariage. Ainsi, selon les termes de l'attendu de principe : « *sauf convention matrimoniale contraire, l'apport en capital provenant de la vente de biens personnels, effectué par un époux séparé de biens pour financer la part de son conjoint lors de l'acquisition d'un bien indivis affecté à l'usage familial, ne participe pas de l'exécution de son obligation de contribuer aux charges du mariage* ». Par cette formulation lapidaire, la Haute juridiction crée une nouvelle distinction. Si jusqu'alors la distinction à opérer se limitait à la destination du bien objet de l'acquisition, il convient désormais d'opérer également une distinction selon l'origine du financement et la réalisation de celui-ci. Si les fonds utilisés proviennent d'un capital issu, notamment de « *la vente d'un bien personnel* », alors, sauf convention contraire, cet investissement ne procèdera pas de l'exécution de l'obligation de contribution aux charges du mariage à condition que l'investissement soit réalisé par un versement unique en capital.

⁶⁰¹ Cass., 1^{ère} civ., 11 avril 2018, n°17-17.457 : NP ; AJ. Fam. 2018, p. 406, n. J. CASEY ; RTD civ. 2018, p.956, obs. B. VAREILLE – Cass., 1^{ère} civ., 5 décembre 2018, n°18-10.488 : NP.

⁶⁰² Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2019, n°18-20.828 : PBI ; AJ Fam. 2019 p.604 obs. J. CASEY ; D. 2020, p.906, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; D. actualité, 22 octobre 2019, n. M. COTTET ; Defrénois, 2020, 154g6, n°3, n. H. LEYRAT ; Defrénois, 2020, n°160b9, obs. N. COUZIGOU-SUHAS ; Dr. Fam. 2019, comm. 242, obs. S. TORRICELLI-CHIRIFI ; SNH 34/19 inf. 1, n. A. CHAMOULAND-TRAPIERS.

327.**Doutes.** La formulation de cet attendu de principe soulève toutefois certaines interrogations. D'une part, le terme « biens personnels » semble ici improprement utilisé. En effet, le principe de la contribution aux charges du mariage dépend du régime primaire, impératif pour tous les époux quel que soit le régime choisi. Or la terminologie « personnels » n'est, en principe, utilisée que dans les régimes séparatistes. Cette solution semble toutefois pouvoir être étendue à l'ensemble des couples mariés sans distinction de régime. En outre, une incertitude demeure. Au vu de la formulation et de l'esprit de cet attendu, il est possible de s'interroger sur le point de savoir si cette exception ne concerne que les fonds issus de la vente de biens qui auraient été propres dans un régime de communauté ou s'étend à l'ensemble des biens propres ou personnels des époux⁶⁰³. La seconde solution nous paraît devoir être retenue compte tenu de l'esprit de cette décision. D'autre part, le point déterminant de cette solution jurisprudentielle semble être le versement unique en capital. Du fait de la formulation employée, la Cour semble créer une présomption d'excès de contribution en cas d'investissement en capital. Suivant l'analyse des faits ayant abouti à cette solution, il apparaît que la volonté de la Cour régulatrice était ici de créer un traitement différencié en présence d'un versement unique en capital. Il s'agirait alors d'une distinction créée, outre l'origine, également quant à la forme du versement. Restait donc à savoir si un versement unique réalisé au moyen de fonds économisés par l'un des époux connaîtrait la même exclusion⁶⁰⁴.

328.**Confirmation.** Dans un nouvel arrêt du 17 mars 2021⁶⁰⁵, la Haute juridiction est venue confirmer sa nouvelle position jurisprudentielle en énonçant que « *sauf convention contraire des époux, l'apport en capital de fonds personnels, effectué par un époux séparé de biens pour financer la part de son conjoint lors de l'acquisition d'un bien indivis affecté à l'usage familial, ne participe pas de l'exécution de son obligation de contribuer aux charges du mariage* ». Elle entérine ainsi la nouvelle distinction fondée sur la forme du versement. Toutefois, si elle semble reprendre trait pour trait la solution déjà énoncée en 2019, elle y apporte une précision bienvenue. En effet, elle n'a opportunément pas repris la mention de la provenance des fonds énoncée dans sa solution précédente. Il nous paraît, en conséquence, possible d'en déduire que tout apport en capital de fonds personnel sera concerné par cette exclusion et non uniquement l'apport réalisé au moyen de fonds « *provenant de la vente de*

⁶⁰³ V. en ce sens : M. COTTET, « L'apport en capital n'est pas une forme de contribution au jour le jour », D. actu., 22 octobre 2019.

⁶⁰⁴ V. contre une telle extension : H. LEYRAT, « Précisions bienvenues sur la contribution aux charges du mariage », Defrénois 2020, 154g6, n°3.

⁶⁰⁵ Cass., 1^{ère} civ. 17 mars 2021, n°19-21.463 : FS-P ; JurisData n°2021-003605 ; AJ. Fam. 2021, p.314, obs. J. CASEY ; Defrénois 8 avril 2021, n°15, 200a8 ; Dr. Fam. 2021, comm.72, n. S. TORRICELLI-CHRIFI ; La quotidienne, éd. Francis Lefebvre, 4 mai 2021, obs. F. GALL-KIESMANN.

biens personnels ». En ce sens, il semble qu'il ne faille plus s'attacher à identifier la provenance de ces fonds personnels mais uniquement la modalité du versement. Ainsi, le remboursement par un versement unique de fonds économisés par l'un des époux semble pouvoir être exclu, suivant cette analyse, de la contribution aux charges de l'article 214. En outre, il résulte de l'analyse des faits de l'espèce, qu'une clause de présomption de contribution au jour le jour ne ferait pas obstacle à cette exclusion puisque ce versement est exclu du champ d'application de l'article 214 et, en conséquence, de celui d'une telle clause.

329. Une réserve conventionnelle. Notons, de plus, que les juges de la Cour de cassation ont pris soin de mentionner expressément le « *défaut de convention matrimoniale contraire* »⁶⁰⁶. Il est, une fois de plus, mis en exergue l'impérative nécessité d'anticiper ces problématiques par une rédaction affinée du contrat de mariage. Soulignons alors sur ce point que si une telle convention peut être prévue dès le contrat de mariage, il a pu être admis qu'elle soit insérée dans un acte indépendant⁶⁰⁷. Il ne nous paraît pas opportun de prévoir une clause incluant de manière automatique les versements en capital au titre de ladite contribution. En effet, une telle stipulation engendrerait alors un risque important pour l'apporteur que les versements réalisés soient systématiquement considérés comme sa contribution aux charges du mariage. Une telle solution aboutirait à complexifier pour celui-ci toute demande en remboursement sur ce fondement. En outre, en présence d'enfants issus d'un premier lit, ces derniers pourraient subir un préjudice. En effet, un tel versement relevant de la contribution aux charges du mariage ne pourrait faire l'objet d'une demande en remboursement – sauf à démontrer, chose peu aisée, l'excès de contribution –, ni d'une action en retranchement, l'avantage matrimonial semblant impossible à admettre dans un régime de séparation de biens pure et simple à défaut d'aménagement.

330. Qualification. En outre, dans un effort de pédagogie, la Cour de cassation a tenté dans un arrêt récent largement commenté⁶⁰⁸ de trancher de manière définitive la qualification de tels flux réalisés lors de l'acquisition indivise d'un bien immobilier. Elle s'est alors intéressée à la difficulté de savoir s'il s'agissait d'une créance entre indivisaire ou d'une

⁶⁰⁶ Soulignons que l'arrêt du 17 mars 2021 ne précise pas « *matrimoniale* » et se limite à viser le défaut de « *convention contraire* ».

⁶⁰⁷ Cass., 1^{ère} civ., 3 février 1987, n°84-14.612 : Bull. civ. I, n°41 ; D. 1987, IR. 37 ; Defrénois 1987, 765, obs. J. MASSIP ; Gaz. Pal. 1987 II p.384 ; JCP G 1987, IV, 120 ; JCPN 1988 II, p.65, n. Ph. SIMLER.

⁶⁰⁸ Cass., 1^{ère} civ., 26 mai 2021, n°19-21.302 : P ; JurisData n°2021-007855 ; AJ. Fam. 2021, p.435, obs. S. DAVID ; D. 2021, p. 1615, n. E. ROUSSEAU ; *ibid.* 2064, obs. S. GODECHOT-PATRIS ; D. actu., 15 juin 2021, n. Q. GUIGUET-SCHIELE ; Defrénois, 30 sept. 2021, p. 43, obs. B. VAREILLE et A. CHAMOULAUD-TRAPIERS ; Dr. Fam. 2021, comm. 112, S. TORRICELLI-CHIRIFI ; JCP N, n°11, 18 mars 2022, obs. V. ZALEWSKI-SICARD.

créance contre l'indivision. Si, jusqu'alors, la qualification de créance contre l'indivision semblait convaincre une partie importante de la doctrine comme de la jurisprudence⁶⁰⁹, la Haute Juridiction se positionne désormais en faveur de la qualification de créance entre indivisaires. Elle fonde son raisonnement sur la lettre de l'article 815-13 qui ne vise que les dépenses nécessaires ou d'amélioration et non les dépenses d'acquisition. Cet argumentaire nous paraît limité car il demeurerait possible de considérer qu'une telle dépense puisse être qualifiée de créance contre l'indivision et être soumise, cet article ne s'appliquant pas, au principe du nominalisme monétaire⁶¹⁰. Toutefois, suivant ce raisonnement, la Cour de cassation énonce par un attendu explicite qu'« *Il en résulte qu'un époux séparé de biens qui finance, par un apport de ses deniers personnels, la part de son conjoint dans l'acquisition d'un bien indivis peut invoquer à son encontre une créance évaluable selon les règles auxquelles renvoie l'article 1543 du code civil* ». Ce faisant, elle semble trancher définitivement la question de la qualification de cette créance en faveur de la créance entre indivisaires.

331. Conséquence. Une telle qualification n'est pas neutre. Elle connaît notamment un enjeu en matière d'évaluation. En effet, une créance entre indivisaire doit être évaluée, pour les époux séparés de bien, en application de l'article 1543 du Code civil. *A contrario*, une créance contre l'indivision est évaluée, quelle que soit la nature de l'indivision concernée, en application de l'article 815-13 du même code. Tirant les conséquences de ses propres conclusions, la Cour déduit à juste titre de cette qualification qu'une telle créance ne peut qu'être évaluée en application des règles relatives aux créances entre époux énoncées par l'article 1543. Une telle solution n'est pas exempte de doutes notamment lorsqu'il s'agira de qualifier, et par voie de conséquence de quantifier, des dépenses intervenues en cours de remboursement d'un prêt ou lors d'un remboursement anticipé. Cependant, s'agissant d'époux, l'impact réel de cette distinction doit être modéré. Ainsi que le souligne Maître Stéphane David⁶¹¹, qu'il s'agisse de l'application stricte de l'article 815-13 ou de la jurisprudence relative aux créances entre époux⁶¹², la créance sera valorisée à concurrence de la plus forte des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant. En

⁶⁰⁹ Cass., 1^{ère} civ., 27 janvier 1987, n°85-10.803 : Bull. civ. I, n°28, p.19 – Cass., 1^{ère} civ., 26 septembre 2012, n°11-22.929 : Bull. 2012, I, n°104 ; AJ. Fam. 2012, p.564, obs. P. HILT ; RJP 2013/2, p.21, obs. F. VAUVILLE ; RTD civ. 2012, p.766, obs. B. VAREILLE.

⁶¹⁰ V. en ce sens : Cass., 1^{ère} civ., 4 juin 2007, n°05-15.253 : Bull. civ. I, n°226 ; JurisData n°2007-039216.

⁶¹¹ S. DAVID : « Paiement en capital au moment d'une acquisition indivise : *exit* l'indivision... : autre regard », AJ. Fam. 201, 435.

⁶¹² Cass., 1^{ère} civ., 24 septembre 2008, n°07-19.710 : Bull. civ. I, n°213 ; AJ. Fam. 2008, 437, obs. P. HILT ; D. 2008, 3050, n. V. BARABE-BOUCHARD ; JCP 2008, I, 202, n°18, obs. M. STORCK ; RTD civ. 2009, 162, obs. B. VAREILLE.

outre, une telle distinction aura également des conséquences incontestables en matière de prescription puisque les dépenses entre indivisaires se prescrivent selon les règles de droit commun édictées par l'article 2224. Toutefois, le risque ainsi créé est anéanti, concernant les couples mariés ainsi que les partenaires de PACS, par l'application de l'article 2236 du Code civil. Une telle solution ne sera donc particulièrement dangereuse que s'agissant de concubins ou de tiers.

332. Une solution équitable. Par ces nouvelles positions, la jurisprudence tend donc à tempérer ses solutions antérieures qui aboutissaient à créer un paradoxe juridique dans lequel les époux communautaristes voyaient leurs patrimoines propres mieux protégés, par le jeu des récompenses, que les époux séparatistes. Désormais, les deux types de régime entraînent les mêmes conséquences sur ce point bien que sur des fondements juridiques différents. Lorsque le bien ainsi acquis est financé au moyen d'économies, il ne génère aucun droit à récompense pour les époux communautaires et sera considéré, en fonction de la destination donnée, comme une contribution aux charges du mariage irrépétible pour les époux séparatistes. Lorsque le bien est financé au moyen de deniers issus de la vente d'un bien propre ou de deniers personnels par un versement unique en capital, il générera un droit à récompense pour les époux communautaires et un droit à remboursement sur le fondement de l'article 815-2 du Code civil pour les époux séparatistes. Ainsi, cette nouvelle position jurisprudentielle tend à réajuster l'équilibre entre ces régimes qui avait été mis à mal par les jurisprudences antérieures. Toutefois, cette solution n'est pas sans critique car elle revient à créer une distinction sans fondement légal. Bien que tempérées ces jurisprudences perturbent le paysage des régimes matrimoniaux. En effet, elles tendent à créer une sorte de régime hybride de séparation de biens communautarisée. Or, il existe déjà une possibilité contractuelle pour les époux séparatistes souhaitant accroître leur fusion patrimoniale : l'adjonction d'une société d'acquêts.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

333.**Fiction.** « *Les apparences sont souvent trompeuses* »⁶¹³. En matière de droit des régimes matrimoniaux, cette célèbre citation prend tout son sens. En effet, si le régime de séparation de biens pure et simple apparaît pour la majorité des couples, voire des praticiens, comme celui de la simplicité et de l'indépendance, l'analyse jurisprudentielle qui en est faite tend parfois à des solutions plus « communautarisées » que la communauté de biens elle-même. A ce titre, le choix de ce régime pourra alors aboutir à des solutions plus conflictuelles, voire plus inéquitables, que le choix en faveur du régime légal.

334.**Limites.** L'anticipation d'une éventuelle désunion par le choix d'un régime de séparation de biens est essentiellement limitée par deux éléments. D'une part, la mise en œuvre des règles issues du régime primaire a pour conséquence une cogestion minimum et une solidarité relative. Mais ces deux règles ne sont pas les plus mal perçues par les époux car l'objectif qu'elles poursuivent apparaît compréhensible pour ces derniers. Indubitablement, en matière de régime primaire, c'est la question de la contribution aux charges du mariage qui entraîne le plus grand nombre de contentieux et d'incompréhensions.

335.**Anticipation.** Afin de pallier les conséquences d'une jurisprudence aléatoire, nous ne pouvons qu'encourager les époux à organiser aux termes de leur contrat de mariage les règles afférentes à cette contribution⁶¹⁴. L'anticipation ne pourra alors être efficace qu'en présence d'une réelle analyse des règles contractuelles à insérer dans le contrat de mariage. Mais cette anticipation, qu'elle se traduise par le choix du régime ou la stipulation de clauses spécifiques, ne sera réellement efficace que si, et seulement si, les époux s'attachent à respecter les règles inhérentes au régime choisi. Ainsi, souvent les époux sont eux-mêmes le plus grand obstacle à l'anticipation de la désunion qu'ils avaient mise en place.

⁶¹³ W. PENN, *Les fruits de l'amour d'un père*, 1790.

⁶¹⁴ V. *infra*, spéc. 447 et s.

CONCLUSION DU TITRE II

336.**Anticipation.** Limiter la fusion patrimoniale par le choix d'un régime de séparation de biens pure et simple apparaît comme un outil évident de l'anticipation d'une éventuelle désunion. En effet, si les époux ont moins mis « en commun », les conséquences d'un éventuel partage ne pourraient, en principe, être que moins dommageables. C'est la raison pour laquelle les régimes séparatistes, et en particulier le régime de la séparation de biens pure et simple, sont aujourd'hui si populaires. Ils permettent ainsi d'offrir aux époux une union de l'être sans l'union de l'avoir.

337.**Limites.** Cependant, si le choix en faveur de ce régime peut sembler optimal dans son principe, il n'en demeure pas moins que l'application pratique de celui-ci connaît des conséquences parfois imprévisibles, si ce n'est dommageables, pour les époux ayant opté en faveur de ce type de régime. En effet, la jurisprudence tend souvent à entraîner une certaine « communautarisation » de ces régimes sur le fondement du régime primaire. A ce titre, nous ne pouvons qu'encourager les rédacteurs des contrats de mariage à encadrer au mieux les clauses relatives aux modalités de ces règles d'ordre public pouvant être aménagées. En outre, la limite intrinsèque à toute séparation de biens est une limite d'ordre psychologique liée au comportement des époux eux-mêmes. En effet, il est rare que des couples mariés tiennent compte de manière précise et rigoureuse des règles auxquelles ils ont entendu se soumettre. Ainsi, l'anticipation contractuelle ne peut pallier le manque de diligence des époux. Le notaire confronté à des actes juridiques concernant des couples mariés, en dehors même de l'établissement d'un contrat de mariage, devra s'attacher à leur exposer les conséquences de leur choix vis-à-vis de leur régime matrimonial.

338.**Pluralités.** Bien que le régime de la séparation de biens pure et simple incarne, aujourd'hui, l'essence même des régimes séparatistes, le législateur consacre un autre régime nommé qualifié de séparatiste : la participation aux acquêts. En outre, la pratique a également créé un régime hybride principalement séparatiste : la séparation de biens avec société d'acquêts. Ces deux régimes peuvent permettre d'offrir aux époux un panel de solutions « sur mesure » en alliant les avantages des régimes communautaires avec ceux des régimes séparatistes.

TITRE III : LES REGIMES ATYPIQUES, L'EQUILIBRE ENTRE FUSION ET INDEPENDANCE

339.**Une pluralité de régime.** L'opposition dichotomique entre régimes séparatistes et régimes de communauté n'est pas absolue et certains régimes peuvent être considérés comme « hybrides ». En effet, il existe d'autres régimes de type séparatiste moins usités que le régime de la séparation de biens pure et simple comme des aménagements aboutissant à la création au sein d'un régime séparatiste d'un « îlot communautaire ». Cette pluralité se justifie par la réticence de certains époux à consacrer une indépendance trop marquée entre leurs patrimoines et à priver leur conjoint de leur enrichissement en cours d'union. Le régime de la séparation de biens peut alors parfois apparaître comme trop « égoïste » pour ces époux.

340.**Société d'acquêts.** Aussi, lorsque le régime de la séparation de biens pure et simple leur apparaît comme trop indépendant, il leur est possible d'adjoindre à celui-ci une société d'acquêts permettant alors d'allier le meilleur des « deux mondes » en permettant la mise en commun d'une partie déterminée de leurs biens. Ce faisant, les époux auront la faculté d'anticiper l'ensemble des problématiques liées autant au fonctionnement de leur union qu'à celui de leur désunion. Il est ainsi possible d'atténuer le caractère séparatiste du régime de la séparation de biens. Toutefois, ce régime étant un régime innommé consacré par la pratique et la doctrine, il appartiendra au notaire rédacteur d'anticiper l'entière des problématiques auxquelles les époux pourraient être confrontés. La bonne rédaction des clauses du contrat est donc essentielle afin de permettre d'aboutir à une solution correspondant à la volonté des parties (Chapitre 1).

341.**Participations aux acquêts.** Au-delà de l'aménagement du régime classique de la séparation de biens, il est possible pour les époux de s'orienter vers un régime encore plus atypique. En effet, un régime détonne dans le paysage des régimes séparatistes du fait de son caractère hybride : le régime de la participation aux acquêts. Ce régime confèrera aux époux les avantages d'une séparation de biens en cours d'union tout en leur permettant de partager, au jour de la dissolution de l'union, l'enrichissement généré. Toutefois, il s'avère souvent complexe à mettre en œuvre et nécessite une analyse séparée (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS, UNE SOLUTION « SUR-MESURE »

342. **Une création notariale.** Du fait de l'absence d'enrichissement commun, le régime de la séparation de biens a pu être perçu comme « *égoïste et contraire à l'idée du mariage* »⁶¹⁵. Afin d'adoucir cette indépendance, la pratique notariale, a tenté de concevoir un régime hybride mêlant des règles issues de la séparation de biens à d'autres issues des régimes communautaires. C'est ainsi qu'est née la société d'acquêts. Pure création de la pratique du milieu du XIV^e siècle⁶¹⁶, elle n'était initialement prévue par aucun texte. Consacrée par le Code de 1804 en son article 1581 relatif au régime dotal⁶¹⁷, elle était validée par la doctrine et la jurisprudence concernant la séparation de biens⁶¹⁸. Son insertion dans le Code civil ne fut, toutefois, que temporaire car toute mention relative à cette faculté disparut avec l'avènement du nouveau régime légal en 1965⁶¹⁹. Nombre d'auteurs ont alors pu considérer que l'avènement de ce nouveau régime faisait perdre à la société d'acquêts tout opportunité⁶²⁰ en permettant une forme d'organisation patrimoniale similaire⁶²¹. Toutefois, il n'en fut rien. En effet, ce régime tend à créer un certain équilibre entre indépendance et fusion patrimoniale en alliant le meilleur des « deux mondes ». Il crée ainsi un correctif à la trop grande indépendance du régime séparatiste pour les époux ayant une appétence pour la fusion patrimoniale tout en souhaitant limiter celle-ci. Il a d'ailleurs trouvé un écho important au Québec qui l'a érigé comme régime légal⁶²² depuis le 1^{er} juillet 1970⁶²³. Il peut parfois s'avérer opportun en présence d'époux souhaitant opérer une fusion patrimoniale maîtrisée, notamment face à l'anticipation d'une éventuelle désunion (Section 1). Compte tenu des conséquences patrimoniales qu'il entraîne, il soulève un certain nombre de problématiques en cas de dissensions au sein du couple (Section 2).

⁶¹⁵ J.-F. PILLEBOUT, « Les illusions de la séparation de biens », Defrénois 1981, art. 32646.

⁶¹⁶ J. LAFOND, « Les régimes matrimoniaux et mutations sociales : Les époux bordelais (1450-1550) » : Annales de Démographie Historique, 1972, Paris, École pratique des Hautes Études, Centre de recherches historiques, SEVPEN.

⁶¹⁷ Cet article énonçait : « *En se soumettant au régime dotal, les époux peuvent néanmoins stipuler une société d'acquêts, et les effets de cette société d'acquêts sont réglés comme il est dit aux articles 1498 et 1499* ».

⁶¹⁸ Cass. Req., 25 janvier 1904 : DP 1904, 1, 105, n. L. GUILLOUARD ; S. 1904, 1, p.305, n. C. LYON-CAEN.

⁶¹⁹ L. 13 juillet 1965, op. cit.

⁶²⁰ A. FREJAVILLE, « Les répercussions de la capacité de la femme sur le régime de la séparation de biens avec société d'acquêts », JCP G 1944, I, 397.

⁶²¹ A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux*, 12^e éd. Litec, LexisNexis, 2005, n°1217 – V. dans le même sens : A. FREJAVILLE, JCP G 1944, I, 397, op. cit.

⁶²² B. BEIGNIER, « Séparation de biens avec société d'acquêts : la solution québécoise », Dr. Fam. 1997, chron.1.

⁶²³ Art. 432 C. civ. du Québec.

Section 1 : Vers une fusion patrimoniale contrôlée

343. **Un panel étendu de solutions.** L'adjonction d'une société d'acquêts est une solution atypique qui peut s'avérer opportune en matière d'anticipation de la désunion. Il convient de préciser, avant toute analyse, que le terme de « société » est ici improprement utilisé car il ne s'agit en aucun cas ni d'une société au sens de l'article 1832 du Code civil⁶²⁴, ni d'une société en participation, ni même d'une société créée de fait. De nos jours⁶²⁵, ce terme est ici emprunté afin de figurer l'association conjugale ainsi créée. Une telle adjonction offre une très grande souplesse aux époux afin de maîtriser la fusion patrimoniale. En présence d'époux souhaitant, à la fois, accroître la fusion patrimoniale entre eux et anticiper les risques d'une éventuelle séparation, cette maîtrise apparaîtra comme un outil précieux. Toutefois, afin d'assurer l'efficacité de cette anticipation et d'éviter les travers d'une fusion patrimoniale mal maîtrisée, il est nécessaire d'instaurer un cadre précis quant à la composition de la société d'acquêts (§1). La précision rédactionnelle doit s'attacher à identifier les objectifs poursuivis par les époux et à définir les règles régissant chacune de ces masses de biens afin d'anticiper les contentieux éventuels (§2). Toutefois, pour bénéficier des atouts de ce régime, il convient de tout prévoir. Ce régime est très certainement celui qui nécessite le plus d'anticiper, au plan rédactionnel, l'ensemble des conséquences d'une éventuelle désunion.

§1 : Une composition « sur-mesure », outil d'une anticipation efficace

344. **L'importance de la rédaction.** Adjoindre une société d'acquêts à un régime de séparation de biens revient à créer une nouvelle masse à côté des masses personnelles à chacun des époux. Ces derniers ont alors la liberté de régir l'ampleur de celle-ci par un travail de définition de sa composition. Ce régime est un parfait exemple de la liberté des conventions matrimoniales dont ils bénéficient en leur offrant la faculté de délimiter librement la fusion patrimoniale qu'ils entendent voir créée entre eux. Il permet ainsi d'atténuer « *la rigueur individualiste du régime de séparation de biens en les dispensant des complications*

⁶²⁴ La société d'acquêts ne possède pas de personnalité morale.

⁶²⁵ *A contrario*, au XVIII^e siècle, il résulte d'une consultation de Me DUMOULIN, en date du 23 septembre 1759, que ce type de société d'acquêts était soumis au droit commun des sociétés : « *quand il s'agit d'une société d'acquêts conventionnelle en pays de droit écrit, on ne peut la régler qu'en conformité avec des lois civiles qui concernent les sociétés* » (M. TROPLONG, *Droit civil expliqué du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, 3^e éd., PARIS, 1857, spé n°1853).

du régime de participation aux acquêts »⁶²⁶. La rédaction des clauses relatives à la composition de cette société d'acquêts doit être un réel travail de « sur-mesure ». Dans une volonté d'anticipation et de pacification de la désunion, deux solutions peuvent être envisagées. D'une part, il pourra apparaître judicieux de restreindre l'objet de cette société d'acquêts afin d'assurer la pérennité des patrimoines personnels des époux au jour du divorce (A). D'autre part, il peut également être envisagé d'accroître cette fusion patrimoniale afin de simplifier leurs rapports face à la désunion (B).

A. Le choix d'une fusion patrimoniale limitée : solution classique d'anticipation

345. Objet limité. L'adjonction d'une société d'acquêts à un régime séparatiste a pour but de permettre aux époux la création d'un régime hybride par l'adjonction d'un appendice communautaire composé d'un ou plusieurs biens déterminés tout en conservant, pour le reste de leur patrimoine, les atouts issus du régime élu. Sur ce point, il convient de préciser qu'une telle adjonction ne fait pas perdre au régime son caractère séparatiste comme a pu le rappeler la jurisprudence⁶²⁷. En ce sens, les époux peuvent décider de restreindre la fusion patrimoniale à un ou plusieurs biens déterminés ou à une catégorie déterminée de biens, présents ou futurs. De plus, cet apport peut être réalisé en pleine propriété, en nue-propriété ou en usufruit⁶²⁸. Ce type d'aménagement permet un total contrôle de la fusion patrimoniale et laisse aux époux la faculté de soustraire certains biens à celle-ci afin de permettre à leurs patrimoines personnels de prospérer individuellement. Toutefois, bien que les solutions envisageables soient quasi-illimitées, il existe des solutions plus fréquemment usitées.

346. Solutions classiques. Il est ainsi fréquent de rencontrer une stipulation limitant cette société d'acquêts au bien immobilier constituant la résidence principale du couple et aux meubles le garnissant. Cette solution apparaît d'autant plus opportune, notamment quant aux meubles meublants, qu'elle permettra d'éviter les problématiques liées à la preuve de la propriété de ces biens. Toutefois, bien qu'elle permette d'assurer la pérennité du logement de la famille, cette solution peut aboutir à des situations contestables⁶²⁹. En outre, il conviendra d'attacher une attention particulière à la définition de ces meubles meublants afin d'éviter que

⁶²⁶ B. BEIGNIER, *Manuel de droit des régimes matrimoniaux*, PUF, 2003, n°105, p.246.

⁶²⁷ CA Paris, pôle 3, ch. 1, 24 avr. 2013, n°12/09407 : JurisData n°2013-007843 ; JCP G 2013, n°25, doct. 721-20, obs. M. Storck ; Gaz. Pal. 15 juin 2013, n°134r4, obs. M. LEROY.

⁶²⁸ Dans cette dernière hypothèse, il conviendra de prévoir si l'usufruit est constitué sur la seule tête de l'apporteur – et s'éteindra alors du seul fait de son décès – ou sur la tête des deux époux.

⁶²⁹ V. *infra*, spéc. 365 et s.

des œuvres d'arts ou objets de collection qui seraient placés dans le logement de la famille puissent y être inclus sans maîtrise. Ainsi, et afin d'éviter toute incertitude, il pourra être opportun de procéder, au sein du contrat de mariage, à un inventaire des biens détenus préalablement par les époux, des biens volontairement inclus dans la société d'acquêts et des biens qui en seront exclus. Une autre solution fréquente consiste à la limiter à l'ensemble des biens immobiliers acquis par les époux au cours du mariage à l'exclusion des biens de toute autre nature. La mise en « commun » de tous, ou de certains biens immobiliers du couple permet de limiter le contentieux liquidatif quant à la propriété de ces biens. En outre, l'apport d'un bien immobilier, ou d'une catégorie de biens déterminée, à une société d'acquêt permet également d'éviter les difficultés nées de la précarité de l'achat indivis réalisé, si ce n'est systématiquement, tout au moins fréquemment par les époux séparatistes. En effet, contrairement aux biens acquis dans une séparation de biens pure et simple, il n'est pas possible pour un époux de demander le partage judiciaire en cours d'union sur le fondement de l'article 815 du Code civil⁶³⁰. Cette solution se justifie par l'application aux biens inclus dans la société d'acquêts, à défaut de clause contraire, des règles inhérentes au régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts. En conséquence, les biens qui y sont inclus suivent les mêmes règles que les biens « communs » et non celles applicables aux biens indivis. Les règles classiques de l'indivision ne pourront donc trouver application. De ce fait, les époux ne peuvent en exiger le partage à tout moment sans porter atteinte au principe d'immutabilité du régime.

347.Outil professionnel. Nombreux sont les époux qui s'orientent vers le choix d'un régime de séparation de biens afin de se prémunir des risques liés à leur profession. Or, à défaut d'aménagement, ils se privent parallèlement de la possibilité de créer un patrimoine commun au sein du couple. Lorsque l'outil professionnel est la propriété personnelle de l'un des époux et que l'autre participe à l'activité, ce dernier ne bénéficie alors pas de l'enrichissement généré par la valorisation de ce fonds. Au jour de la dissolution de l'union, cette contribution de l'époux non propriétaire pourrait se traduire par une action en sur-contribution. Par le jeu d'une société d'acquêts, il est ainsi possible de « mettre en commun » ce fonds et, par ce biais, de permettre le partage du développement de la valeur de celui-ci entre les époux. Cette solution permet de protéger le conjoint participant en lui offrant la possibilité de bénéficier de l'enrichissement généré par le fonds. Ce faisant, elle permettrait

⁶³⁰ CA Montpellier, 1^{ère} ch., 21 mai 1990 : JurisData n°1990-034188 ; JCP G 1992, I, 3567, n°22, n. M. STORCK.

d'éviter toute action en sur-contribution de l'époux participant, ce dernier ayant bénéficié de la valorisation du fonds. Cette solution trouvera également une opportunité fiscale lorsque la volonté de l'époux sera de transmettre l'entreprise en permettant, par cette « communautarisation » l'application de l'abattement légal de chacun des parents et, par ce biais, une diminution de l'assiette fiscale. Sur le plan fiscal, les droits détenus dans la société d'acquêts par l'un des époux sur un tel bien sont considérés comme ayant le caractère d'un élément de patrimoine professionnel et ce, même si, celui-ci ne participe pas à l'activité professionnelle concernée. Ils pourront, de ce fait, donner lieu à imposition selon le régime applicable aux plus-values professionnelles, régi par les articles 39 duodecies et suivants du Code général des Impôts⁶³¹. Les conséquences fiscales d'un tel apport ne sont pas neutres et doivent être anticipées.

B. Le choix d'une fusion patrimoniale étendue : partager pour pacifier

348. Objet étendu. Dans une volonté d'anticipation des contentieux liés à la désunion, les époux peuvent décider d'étendre la composition de la société d'acquêts à tous les biens acquis ou créés à l'exclusion d'une catégorie ou d'un bien déterminé. Une telle solution permet de réduire les contestations au jour de la liquidation car les biens inclus dans cette société d'acquêts appartiendront à chacun d'eux pour moitié. Elle permet ainsi de limiter autant les problématiques liées à la preuve de la propriété quant à ces biens que celles liées à leur financement. Cette mise en commun peut alors aboutir à pacifier les relations des époux en égalisant leurs intérêts patrimoniaux quant aux biens inclus dans cette société d'acquêts.

349. Fonctionnement. Dans cette perspective, il est admis, aussi bien par la jurisprudence que par la doctrine, de constituer une société d'acquêts en empruntant les règles régissant le régime légal et en excluant un ou plusieurs biens, ou catégories de bien, déterminés. Dans cette hypothèse, une telle société d'acquêts aura une composition identique à celle de la « masse commune » du régime légal à l'exclusion, toutefois, des dérogations qui auront été volontairement stipulées par les époux. Face à des époux qui n'entendraient exclure aucun bien de cette « mise en commun », il conviendra de les orienter en faveur du choix d'un régime de communauté. En effet, à défaut de limitation, l'adjonction d'une société d'acquêts n'aura aucune opportunité. Il pourrait alors être reproché au notaire de ne pas avoir attiré

⁶³¹ CE, 9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies, 27 septembre 2017, n°395159.

l'attention des époux sur la perte de l'efficacité du caractère séparatiste de ce régime. Face à des conséquences similaires, si ce n'est identiques, le notaire devrait toujours privilégier la solution la plus évidente et simple de compréhension pour les époux. Il doit impérativement éviter de leur laisser croire qu'ils bénéficieront des atouts d'un régime séparatiste si les clauses stipulées aboutissent à une solution contraire. Le choix en faveur d'un régime de communauté, éventuellement aménagé afin d'exclure un ou plusieurs biens déterminés, pourra alors être privilégié. En ce sens, certains auteurs ont pu considérer que l'adjonction d'une société d'acquêts ayant vocation à recueillir de manière universelle l'ensemble des acquêts aboutirait à une confusion risquant de faire perdre à ce régime son caractère séparatiste⁶³². Nul doute cependant qu'une telle requalification ne pourrait être envisagée si la convention matrimoniale exclut expressément la mise en commun des revenus et salaires, considérés comme des « acquêts de sources » des régimes communautaires.

350.Élargissement. S'il est classique de considérer que la société d'acquêts peut, sous réserve de la volonté des époux, être constituée comme la « masse commune » du régime légal, le fait qu'elle puisse excéder cette masse commune a pu être questionné. Toutefois, la Haute Juridiction a confirmé que les époux « *peuvent convenir de clauses relatives à la consistance de la masse commune et notamment étendre la société d'acquêts par rapport à la communauté légale* »⁶³³. Cette société d'acquêts n'est donc pas limitée aux seuls « acquêts » au sens strict du terme et peut être à l'origine d'avantages matrimoniaux⁶³⁴. La liberté est telle qu'il est possible aux époux d'accroître la composition de la société d'acquêt par rapport à une communauté légale.

351.L'éviction des présomptions. Face à ce type de société d'acquêts à l'objet étendu, le rôle de rédacteur du notaire est prépondérant. En effet, si la composition de la société d'acquêts renvoie par défaut aux règles issues du régime légal⁶³⁵, l'ensemble des biens acquis postérieurement à la conclusion de ce contrat seront présumés « acquêts » entrant dans ladite société d'acquêts, exceptions faites des cas de dérogations prévus par le Code civil. Ainsi, les époux devront, notamment, procéder aux formalités d'emplois et de remplois des

⁶³² Ph. SIMLER : « Régime juridique de la société d'acquêts adjointe à une séparation de biens », Defrénois n° 24 (30 décembre 2012), 111f3.

⁶³³ Cass., 1^{ère} civ., 25 novembre 2003, n° 02-12.942 : Bull. 2003, I, n°236, p.186 ; *JurisData* n° 2003-021056 ; AJ. Fam. 2004, 28 ; D. 2004, somm. 2335, obs. J. REVEL ; Defrénois 2004, art.1467, obs. G. CHAMPENOIS ; Dr. Fam. 2004, n°8, n. B. BEIGNIER ; JCP G 2004, I, 129, n°20, obs. STORCK ; RTD civ. 2004, 335, obs. B. VAREILLE.

⁶³⁴ Cass., 1^{ère} civ., 29 novembre 2017, n° 16-29.056 : NP ; *JurisData* n°2017-024283 ; JCP N 2018, n°1, 1002, obs. B. BEIGNIER et F. COLLARD ; RTD civ. 2018, 204, obs. B. VAREILLE.

⁶³⁵ Art. 1402 C. civ. et s.

articles 1434 et 1436 du Code civil afin de faire échec à la qualification d'acquêts des biens acquis postérieurement à l'adjonction de cette société d'acquêts⁶³⁶. Il est toutefois possible d'exclure par une stipulation claire la présomption de communauté issue de l'article 1402 du Code civil. Cette solution, validée par la jurisprudence⁶³⁷, permet aux époux de sécuriser la nature séparatiste du régime qu'ils ont choisi. L'éviction de cette présomption peut, en outre, être consolidée par l'insertion d'une clause de présomption de propriété, voire d'une clause de dispense conventionnelle de telles déclarations d'emploi ou de remploi.

352. Outil professionnel. Il est également envisageable de rencontrer des époux qui décident de s'orienter vers une séparation de biens dans un but de protection de l'outil professionnel mais qui souhaiteraient mettre en commun certains, si ce n'est tous, de leurs autres biens. Il peut alors leur être conseillé de créer une société d'acquêts comprenant l'ensemble des biens acquis à l'exclusion des biens professionnels⁶³⁸. Cette exclusion leur permettra d'associer leur enrichissement respectif tout en soustrayant les biens professionnels de la fusion patrimoniale ainsi générée. En outre, cela permettra également de soustraire l'outil professionnel des aléas d'une éventuelle séparation en assurant son maintien dans le patrimoine de l'exploitant. Dans cette hypothèse, il est alors impératif que le notaire s'attache à analyser deux points essentiels : le financement de l'outil professionnel et sa définition.

353. Financement. Concernant son financement, comme celui de tout bien exclu de la société d'acquêts, il convient d'attirer l'attention des époux sur le fait que si l'ensemble des revenus y est inclus, l'utilisation de ces fonds pour le fonctionnement ou le financement de cette exploitation va conduire à des flux financiers entre les masses. Or ces flux financiers vont générer des récompenses⁶³⁹. Face à ce dilemme, deux palliatifs peuvent être envisagés. D'une part, les époux peuvent stipuler une dispense de récompenses⁶⁴⁰. D'autre part, il est également possible de régler cette problématique par la rédaction de la clause relative à la composition de cette masse commune. Ainsi, afin d'éviter que l'usage des sommes issues de l'exploitation génère une récompense, il est possible d'opérer une distinction selon la nature de celles-ci. A ce titre, les époux peuvent décider d'exclure tous les fruits, revenus et salaires issus de ces biens, cela évitera toute création de récompense sur ce fondement. Toutefois, cela ne permet pas d'aboutir à la fusion patrimoniale espérée. Soit les époux peuvent décider de

⁶³⁶ Cass., 1^{ère} civ., 5 février 1985, n°83-15.895 : Bull. civ. I, n°54 ; op. cit.

⁶³⁷ Cass., civ., 14 juin 1954 : Gaz. Pal. 1954, 2, p.175.

⁶³⁸ V. en ce sens, la formule proposée par F. COLLARD, « La séparation de biens avec société d'acquêts : un contrat d'avenir », JCP N n°37-38, 15 septembre 2017, 1262.

⁶³⁹ Cass., 1^{ère} civ., 25 février 1997, n°94-21.623 : NP ; JurisData n°1997-000859.

⁶⁴⁰ V. *infra*, spéc. 506 et s.

limiter la fusion patrimoniale aux seuls bénéfices générés par l'exploitation à l'exclusion des fruits nécessaires à l'exploitation. Cette solution semble toutefois complexe à mettre en œuvre du fait de la difficulté liée à la distinction entre ces fruits et bénéfices.

354. Un travail de définition. Concernant la définition de l'outil professionnel, le notaire doit s'attacher à établir de manière rigoureuse et minutieuse, la notion de biens professionnels autant par la nature de l'activité concernée que par l'étendue de cette notion. En ce sens, il paraîtra opportun de préciser que celle-ci concerne aussi bien l'exploitation elle-même, que le bail permettant celle-ci ou encore la clientèle qui y est rattachée. Cela permettra d'éviter, en outre, toute contestation quant à sa qualification. Dans le même sens, le notaire devra conseiller aux époux d'exclure de ladite société d'acquêts tout fonds de commerce, ou nouvelle branche d'activités, qui pourrait être créé en cours d'union. Cette solution permettra d'éviter tout contentieux lié à la qualification d'un tel fonds. La question de la qualification de la création d'un fonds de commerce par la jurisprudence est variable en fonction des cas d'espèce. En matière de séparation de biens, une telle création n'est pas, en principe, considérée comme un acquêt inclus dans la société d'acquêts et demeure, par voie de conséquence, personnel à l'époux créateur⁶⁴¹. Toutefois, cette solution implique l'exclusion de la présomption de communauté issue du régime légal et n'est pas clairement prévue par les textes. Il apparaît donc judicieux de prévoir l'exclusion d'un tel fonds afin d'éviter les conséquences liées à un revirement de jurisprudence ou à une jurisprudence vacillante⁶⁴².

355. Prix de vente. En pratique, il conviendra également de préciser que le prix de vente de tels biens doit être exclu de la mise en commun. A défaut, par le jeu de la présomption de communauté, la mise en commun serait automatique et la clause d'exclusion des biens professionnels perdrait alors son intérêt. Il conviendra de stipuler que le prix de vente demeurera personnel à l'époux cédant et qu'il pourra le réemployer comme il l'entend. Il sera toutefois opportun que celui-ci le remploie dans l'acquisition d'un bien professionnel afin d'éviter toute confusion. A défaut de réemploi de ces sommes, il conviendra également de préciser qu'elles conserveront une nature personnelle à l'époux cédant. Si les biens professionnels sont exclus de la société d'acquêts, il demeure tout à fait envisageable d'y inclure les revenus générés par ces biens permettant ainsi une mise en commun de l'enrichissement procuré par ces biens, sous les réserves exposées ci-dessus. Cette solution a

⁶⁴¹ CA Douai, 8^{ème} ch., 5 avril 1990 : JurisData n°1990-048048 ; JCP G 1992, I, p.136, n°22, obs. M. STORCK.

⁶⁴² V. en sens contraire mais non publié : Cass., 1^{ère} civ., 25 février 1997, n°94-21.623 : NP ; JurisData n°1997-000859 ; Dr. Fam. 1997, comm. 63, n. B. BEIGNIER.

pour but de protéger le patrimoine professionnel, en assurant son sort en cas de dissolution de l'union, tout en associant le conjoint à l'enrichissement. En ce sens, la société d'acquêts porte bien son nom.

§2 : Une rédaction minutieuse, outil d'une identification claire des régimes applicables

356. Un travail d'analyse. Face à la multiplicité des solutions envisageables, la rigueur et la minutie de la rédaction s'avèrent primordiales. Le notaire devra établir une consultation circonstanciée afin d'identifier les objectifs recherchés par les époux. Il lui appartient également, afin de s'assurer la preuve de la réalisation de son devoir de conseil, de conserver précieusement les informations relatives aux objectifs visés par les époux. Dans ce but, il lui sera possible de les stipuler expressément dans le contrat de mariage lui-même. Dans une perspective d'anticipation d'une éventuelle désunion, il lui incombe de s'assurer de la parfaite compréhension des époux quant aux conséquences de cette mise en commun. Il devra également s'attacher à délimiter précisément les contours de cette société d'acquêts afin d'éviter qu'une rédaction imprécise puisse aboutir à des incertitudes ou à des contestations au jour de la liquidation du régime. Face à ce régime plus que face à tout autre, le notaire ne peut se contenter de renvoyer à un régime nommé et doit définir et préciser l'ensemble des règles qui seront mise en œuvre. L'établissement de ce contrat est un travail minutieux de « sur-mesure » qui ne peut se suffire d'un contrat « prêt à porter ».

357. Maîtrise et limite. L'aménagement de la composition de cette société d'acquêts permet aux époux d'avoir une maîtrise complète de la fusion patrimoniale qu'ils entendent voir opérer entre eux. Sur ce point, il convient de préciser qu'une clause trop restrictive n'est pas forcément opportune car elle aboutirait à contraindre les époux à procéder à un changement de régime matrimonial pour y inclure d'autres biens que ceux initialement prévus. Une clause trop large aboutirait à porter atteinte à l'esprit séparatiste du régime et ne serait donc pas non plus opportune. Enfin, la rédaction de la clause relative à la composition de la société d'acquêts ne peut en aucun cas porter atteinte au principe d'immutabilité des régimes matrimoniaux. En effet, il ne pourrait être admis une clause permettant, par la seule volonté des époux et en dehors de toute procédure de changement de régime matrimonial, de faire varier la composition de cette société d'acquêts. Les critères retenus doivent impérativement être objectifs. Une fois la composition des masses établie, il conviendra de s'attacher à identifier et aménager les règles applicables à chacune d'elles.

358. Un régime mixte. La constitution d'une société d'acquêts permet aux époux de créer un « *îlot ou un archipel dans un océan de biens personnels* »⁶⁴³. Si les époux bénéficient d'une importante liberté quant à la composition même de la société d'acquêts, cette souplesse se traduit également concernant les règles relatives au fonctionnement de celle-ci. Par le jeu de cette clause, coexistent trois masses de biens, à savoir : les biens personnels de chacun des époux et les biens inclus dans la société d'acquêts ainsi créée. A défaut de clause contraire, la majorité de la doctrine⁶⁴⁴ considère qu'il y a lieu de faire application de deux régimes distincts. D'une part, les biens personnels demeurent assujettis aux règles issues des articles 1536 et suivant régissant la séparation de biens. D'autre part, les biens inclus dans la société d'acquêts seront, quant à eux, soumis aux règles issues du régime légal. De ce fait, ces deux catégories de biens seront soumises à des régimes différents par le jeu d'une application distributive. C'est ce qu'a rappelé la Cour de cassation en énonçant que la « *société d'acquêts adjoint à un régime principal de séparation de biens est soumise, en principe, aux règles de la communauté (...)* »⁶⁴⁵.

359. Biens personnels. L'existence d'une société d'acquêts, sous réserve qu'elle n'ait pas une vocation universelle⁶⁴⁶, permet la persistance de patrimoines indépendants personnels à chacun des époux. Ainsi, ces derniers bénéficieront quant à ces biens des atouts propres au régime de la séparation de biens. Ils conserveront donc la gestion exclusive de leurs biens personnels⁶⁴⁷, sous les réserves déjà énoncées. Passivement, ils resteront seuls tenus de leurs dettes personnelles, sauf les limites prévues par les règles du régime primaire. A ce titre, l'adjonction d'une société d'acquêts n'aboutira pas à faire perdre toute indépendance des patrimoines et permettra d'assurer, quant aux biens qui en seront exclus, une pérennité au sein du patrimoine propriétaire. Cette solution s'avérera d'autant plus opportune face à un risque de divorce qui aurait pu aboutir à un partage de ces biens en cas de mise en commun. Elle permet ainsi de répondre, à la fois, à une volonté de mise à commun et à une recherche de protection d'une partie du patrimoine des époux.

⁶⁴³ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les régimes matrimoniaux* : Defrénois, 2010, n°818.

⁶⁴⁴ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. IX, J. BOULANGER, Paris, 1960, LGDJ – A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit. – Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Droit civil français*, op. cit. – F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit. – G. CORNU, *Régimes matrimoniaux*, op. cit.

⁶⁴⁵ Cass., 1^{ère} civ., 15 mai 1974, n°72-14.668 : Bull. civ. I, n°148 ; JurisData n°1974-000148 ; JCP G 1975, II, 17910, obs. A. PONSARD – V. dans le même sens : Cass. 1^{ère} civ., 12 décembre 1962 : D. 1964, jurispr. p.85, n. P. ESMEIN.

⁶⁴⁶ Ce qui ferait alors perdre à ce régime son opportunité.

⁶⁴⁷ CA Douai, 8^{ème} ch., 5 avril 1990 : JurisData n°1990-048048 ; JCP G 1992, I, 3567, obs. M. STORCK.

360.Acquêts. Concernant les biens inclus dans la société d'acquêts, la solution n'est pas aussi définitive. En effet, elle bénéficie d'une large souplesse. Les époux ont ainsi la faculté de prévoir expressément les règles auxquelles ils entendent soumettre les biens qui y sont inclus. A défaut de clause contraire, il y a lieu d'appliquer les règles issues du régime légal. En conséquence, seront inclus dans cette société d'acquêts l'ensemble des biens acquis au cours de l'union, les revenus et salaires comme les fruits et revenus de ces biens. Sur ce point, il peut être envisagé l'ensemble des ajustements et aménagements possibles concernant les régimes communautaires. A ce titre, les époux peuvent, si ce n'est doivent, encadrer les conséquences de ce choix dès la rédaction de leur contrat de mariage. Il serait ainsi opportun de leur expliquer les conséquences de la présomption de communauté issue du régime légal et de leur proposer d'y déroger si celle-ci excède leur volonté de mise en commun. La pluralité de solutions envisageables permet une grande souplesse dans l'usage de ce régime.

361.Flux financiers. Les rapports entre les biens personnels et les biens inclus dans la société d'acquêts sont, sauf stipulation contraire des époux, similaires à ceux prévus dans le cadre du régime légal de la communauté réduite aux acquêts. En conséquence, en présence de flux financiers entre ces masses, il sera, en principe, possible de constater l'existence d'une récompense due par la société d'acquêts à l'une des masses personnelles ou inversement. Le notaire devra encourager les époux à stipuler des clauses relatives à ces éventuelles récompenses qui permettront notamment d'éviter tout litige lié au règlement par l'un ou l'autre des époux. Ces clauses peuvent permettre la reconnaissance ou l'exclusion de telles récompenses ou encore prévoir des règles dérogatoires quant à leur calcul⁶⁴⁸. Il pourra également être stipulé une clause de reprise des biens apportés en cas de divorce⁶⁴⁹.

362.Pouvoirs et aménagement. Outre l'aménagement des règles relatives à la composition de ces masses, il pourra être utile d'aménager celles relatives aux pouvoirs des époux quant aux biens mis en commun. Un tel aménagement est d'autant plus intéressant qu'il permet aux époux de créer une distinction entre les corps de règles applicables aux masses ainsi créées. En effet, les biens personnels demeurent soumis au régime de la séparation de biens et bénéficient, de ce fait, de l'indépendance procurée par ce régime. Les biens inclus dans la société d'acquêts pourraient, quant à eux, être soumis au principe de la cogestion, comme à une gestion indépendante. Cette pluralité de possibilités peut permettre

⁶⁴⁸ V. *supra*, spéc. 503 et s.

⁶⁴⁹ V. *infra*, spéc. 613 et s.

d'aboutir à des solutions inexistantes autant en régime de communauté qu'en régime de séparation de biens pure et simple.

363.Solutions plurielles. Les époux pourront décider, sous réserve du respect du régime primaire, de supprimer purement et simplement le principe de cogestion en prévoyant pour l'ensemble de ces biens une gestion indépendante. Une telle solution pourrait notamment s'avérer opportune en présence d'un bien professionnel vis-à-vis duquel ce principe pourrait être une entrave à l'efficacité de la gestion elle-même. Une telle exclusion du principe de la cogestion ne serait toutefois qu'illusoire dans l'hypothèse où la société d'acquêts ne serait composée que du seul logement de la famille. En effet, dans cette hypothèse l'alinéa 3 de l'article 215 du Code civil priverait une telle clause de ses effets⁶⁵⁰. Certains auteurs ont même pu envisager de donner un pouvoir exclusif à l'un d'eux en lieu et place d'une cogestion ou d'une gestion concurrente. Les pouvoirs seraient ainsi attribués selon la volonté des époux à l'un ou à l'autre selon la nature des biens ou leur objet, voire de manière alternative selon une temporalité choisie. Toutefois, une telle solution pourrait se voir opposer le principe d'ordre public prônant l'égalité entre les époux. A ce titre, il apparaîtra plus sécuritaire face à des époux souhaitant aboutir à une telle répartition des pouvoirs de les encourager à préférer l'établissement d'un mandat entre époux⁶⁵¹. *A contrario*, il est également possible de prévoir une cogestion systématique pour l'ensemble des biens afin d'assurer aux deux époux un contrôle total des biens mis en commun. En présence de ce type de régime, la lecture attentive du contrat de mariage est impérative afin de connaître les pouvoirs de chacun des époux et la qualification des biens. Compte tenu de toutes ces facultés d'aménagement, le rôle de rédacteur du notaire en la matière sera prépondérant. Il ne peut, ni ne doit, se contenter d'un simple renvoi au régime légal : l'efficacité de l'anticipation ainsi créée en dépend.

⁶⁵⁰ Cass., 1^{ère} civ., 28 novembre 1978 : Bull. civ. 1978, I, n°365.

⁶⁵¹ Art. 218 C. civ.

Section 2 : L'anticipation, maître mot de la société d'acquêts

364. **Des solutions complexes.** Le régime de la séparation de biens avec société d'acquêts peut paraître idéal du fait de son caractère hybride. En effet, il permet de bénéficier des avantages de la séparation de biens quant à certains biens et de la fusion patrimoniale issue des régimes communautaires pour d'autres. Toutefois, ce régime connaît les inconvénients de ses avantages. En effet, il aboutit fréquemment à des solutions plus complexes, et donc souvent plus contentieuses, que celles issues de l'un ou l'autre de ces régimes. En tant que régime séparatiste, le choix en faveur de ce régime devrait permettre de procéder à une liquidation simplifiée du régime au jour de la dissolution de l'union. Or, du fait de l'existence de la société d'acquêts, la liquidation et le partage de la société d'acquêts vont être complexifiés. En effet, celle-ci va être liquidée, sauf clause contraire, en application des règles inhérentes au régime légal⁶⁵². De ce fait, il pourra y être constaté des avantages matrimoniaux ou des récompenses qu'il conviendra de quantifier. Fiscalement, le partage d'une société d'acquêts générera l'assujettissement de l'actif net partageable au droit proportionnel de partage⁶⁵³. Il est ainsi possible d'étudier les conséquences de cette adjonction sur deux fondements. D'une part, ce contrat connaîtra des implications vis-à-vis d'un éventuel partage et de la qualification des biens qui y figurent (§1). D'autre part, il pourra également être une source de confusions ou de contentieux en présence de flux financiers entre les patrimoines ou vis-à-vis des créanciers (§2).

§1 : Un contrat, source de complexités

365. **Un partage complexe.** Si les époux ont la liberté de convenir au sein de leur contrat de mariage de la composition exacte de la société d'acquêts, il convient, toutefois, de leur rappeler les conséquences d'un tel choix afin d'anticiper toute problématique liée à une éventuelle dissolution de l'union. Une clause trop vague ou imprécise pourrait, en effet, engendrer un contentieux au jour d'une éventuelle séparation. Dans le même sens, certaines clauses, de par l'aléa qu'elles créent, devront également être évitées ou, tout au moins, encadrées. Deux risques importants se dégagent lors de l'établissement des règles inhérentes à

⁶⁵² Cass., 1^{ère} civ., 21 mars 2000, n°98-14.163 : NP ; JurisData n°2000-001201.

⁶⁵³ Rép. Min. n°19512 : JOAN 4 septembre 1971, p.4060.

cette société d'acquêts : la question de la définition des biens par leur destination (A) et la question des ressources (B).

A. Les risques liés à la définition par la destination

366.Destination. Il est fréquent que l'option en faveur de ce régime hybride soit justifiée par la volonté des (futurs) époux de mettre « en commun » le logement de la famille. Toutefois, si cette clause est habituelle, elle n'est pas exempte de risques et d'incertitudes. En effet, si cette stipulation peut avoir un sens au jour de sa rédaction, elle entraîne un important aléa pour les époux s'ils n'envisagent pas le sort de ce bien en cas de changement d'affectation. Or il est fréquent que les époux entendent établir leur logement dans un bien puis changent d'avis en faveur d'un autre de leurs biens ou d'un bien qu'ils entendent acquérir au moyen du prix de vente issu du premier bien.

367.Subrogation. En cas de vente du bien objet du logement de la famille, la problématique sera alors liée à la qualification du prix de vente du bien. En effet, si la clause ne le prévoit pas, un débat pourrait naître au jour de la séparation quant à la qualification de cette somme et générer un important contentieux. Il conviendra de s'attacher à stipuler une clause de subrogation de plein droit, sans formalisme particulier, d'un tel prix. A défaut, il suffirait aux époux de vendre ledit bien pour vider la société d'acquêts de son contenu en dehors de toute procédure de changement de régime matrimonial. Cela paraît contraire au principe d'immutabilité du régime. De manière opportune, l'acte d'achat du nouveau bien devra également mentionner l'origine des fonds afin de faire taire tout contentieux sur ce point. En principe, si la part contributive représentant le prix de vente est inférieure à la moitié du prix d'acquisition majoré des frais, le bien ainsi acquis sera alors personnel à l'époux ayant financé le surplus à charge de récompense. En effet, la subrogation de plein droit du prix de vente ne permet pas de faire échec aux règles de l'article 1436 du Code civil quant au remploi. Toutefois, rien n'empêche de faire conventionnellement échec à la règle *majors pars*, à charge de récompense au profit du patrimoine ayant financé le solde du prix. En outre, à défaut de remploi du prix de vente, il sera opportun de conseiller aux époux de s'attacher à conserver la preuve du sort de celui-ci.

368.Le changement d'affectation. En cas de changement de résidence principale, l'ancien logement, devenu résidence secondaire, perdrait, en principe, du seul fait de ce changement de statut son caractère « commun » en faveur d'un caractère personnel. Cette

déqualification du bien en dehors de toute procédure de changement de régime matrimonial pourrait porter atteinte au principe même de l'immutabilité des régimes matrimoniaux posé par l'article 1396 alinéa 1 du Code civil⁶⁵⁴. Le travail du notaire face à ce type de clause est donc encore accru. Il doit s'assurer de son efficacité et de sa correspondance avec la volonté des époux. Il lui incombe, en outre, de les informer quant aux conséquences de celle-ci vis-à-vis des créanciers de tous types. Afin d'éviter que la seule volonté des époux ne puisse entraîner la requalification d'un bien personnel en bien « commun » ou inversement, il sera opportun de stipuler que l'entrée dans la société d'acquêts est définitive afin d'éviter cette oscillation de qualification⁶⁵⁵. Il sera également conseillé de régler le sort du passif lié à ce bien en lui faisant suivre la même qualification juridique afin d'éviter tout litige postérieur. Suivant le même raisonnement, on conseillera également de prévoir que les fruits issus dudit bien conserveront également la même qualification juridique.

369. Biens futurs et immutabilité. S'il est parfaitement admis que la société d'acquêts puisse se composer de biens futurs non encore acquis par les époux, une incertitude demeure si ceux-ci sont définis en fonction de leur affectation par les époux. Un certain nombre d'auteurs, parmi lesquels Messieurs Claude Brenner et Bertrand Savouré⁶⁵⁶, considèrent qu'une telle stipulation serait contraire au principe d'immutabilité. De leur point de vue, cela permettrait aux époux de maîtriser de manière discrétionnaire la composition de cette société d'acquêts. Ce qui serait contraire autant au principe d'immutabilité qu'à l'intérêt des créanciers. Il conviendrait alors de limiter cette possibilité aux biens déjà acquis ou, tout au plus, aux biens en cours d'acquisition par les époux. *A contrario*, le Centre de recherches, d'informations et de documentations notariales⁶⁵⁷ confirme cette faculté comme découlant de la liberté des conventions matrimoniales⁶⁵⁸. Cette position en faveur d'une plus grande liberté est également soutenue par certains auteurs de la doctrine tel que Monsieur Jean-François Pillebout⁶⁵⁹.

⁶⁵⁴ V. en ce sens, Ph. SIMLER, Defrénois 30 décembre 2012, n°111f3, op. cit.

⁶⁵⁵ V. en ce sens : 96^e Congrès des Notaires de France, Lille, 28-31 mai 2000, *Le patrimoine au XXI^e siècle*, rapport, n°4079.

⁶⁵⁶ C. BRENNER et B. SAVOURE, « La société d'acquêts » In *Quelle association pour le couple ?*, D. 2010, ss dir. I. DAURIAC, C. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, p.86 – Dans le même sens : Ph. SIMLER, Defrénois 30 décembre 2012, n°111f3, op. cit.

⁶⁵⁷ Mieux connu sous l'acronyme : CRIDON.

⁶⁵⁸ R. BROCHARD, « Le renouveau du régime de séparation de biens avec société d'acquêts », Brochure CRIDON Ouest, 1998.

⁶⁵⁹ J.-F. PILLEBOUT, « Formules particulières de contrat de mariage, une séparation de biens limitée », JCP N 1993, I, n°13, p.141.

370. Géométrie variable. Suivant le principe de la liberté des conventions matrimoniales, certains auteurs soutiennent même la possibilité pour les époux de stipuler une société d'acquêts « ouverte » permettant aux époux de décider, au jour de l'acquisition, si le bien sera ou non inclus en son sein⁶⁶⁰. Toutefois, dans l'hypothèse où une telle clause pourrait être admise, il conviendrait alors d'y adjoindre une clause précisant que la qualification retenue au jour de l'acquisition ne pourra faire l'objet d'une modification postérieure par les époux afin d'éviter toute atteinte au principe d'immutabilité. La question demeure, toutefois, quant au caractère potestatif d'une telle clause⁶⁶¹. La doctrine lui reproche notamment l'absence de critère objectif permettant de caractériser l'entrée dans la société d'acquêts⁶⁶². Selon ces auteurs, une telle sanction ne pourrait être retenue à condition que les époux aient consenti ensemble à l'entrée de ce bien dans la société d'acquêts. Suivant leur raisonnement, le caractère hybride de ce régime permettrait alors aux époux, d'un commun accord, d'opter selon leur volonté pour une acquisition indivise, en fonction de quotité définie, ou pour une acquisition commune⁶⁶³.

371. Risque et sanction. Suivant notre analyse, le risque d'une requalification sur ce fondement n'est pas à craindre. En effet, si la réforme des obligations⁶⁶⁴ a abandonné le terme « potestatif » dans la rédaction des articles du Code civil, la sanction d'une condition de cette nature demeure. Désormais, l'article 1304-2 du Code civil dispose : « *Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur.* ». Toutefois, et comme antérieurement, une telle sanction demeure hypothétique car elle reviendrait à ne viser que l'hypothèse où la partie au profit de laquelle est stipulée une telle condition pourrait se désengager selon sa seule volonté. Dans cette hypothèse, il serait alors possible de fonder l'action en nullité sur les articles 1113 et suivants concernant l'absence d'acceptation ferme et définitive. C'est alors l'existence même du consentement qui serait remise en doute. En ce sens, il nous paraît cohérent de penser que, si les deux époux interviennent à l'acte en vue de confirmer l'entrée ou l'exclusion de ce bien de la société d'acquêts de manière définitive, une telle stipulation ne pourrait être remise en cause sur le

⁶⁶⁰ Y. DELACRAZ, « Le recours à la convention fondatrice : la maîtrise du périmètre de l'association patrimoniale », JCP N, n°22, 20 mai 2015, 1167.

⁶⁶¹ S. CHAINE et M. IWANESKO, Congrès des Notaires de Lille, 2000, n° 4016, p. 725 ; F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit.

⁶⁶² C. BRENNER et B. SAVOURE, « La société d'acquêts » in *Quelle association pour le couple ?*, Dalloz 2010, ss dir. I. DAURIAC, C. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET.

⁶⁶³ V. en ce sens : G. CHAMPENOIS et J. COMBRET, « Quelle place pour la société d'acquêts dans les régimes matrimoniaux ? », Defrénois 2012, p. 1247.

⁶⁶⁴ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

fondement du caractère potestatif. Une critique doit toutefois être émise à l'encontre de cette solution. Elle pourra, en effet, générer des contentieux importants au jour de la dissolution de l'union notamment lorsque les époux n'auront pas pris conscience des conséquences de ces stipulations. Le rôle de conseil du notaire sera, une fois encore, prépondérant.

372. Clause alternative. Certains auteurs vont même jusqu'à admettre la licéité d'une clause faisant entrer dans la société d'acquêts, en cas de dissolution par décès, le logement de la famille au jour de la dissolution⁶⁶⁵. Cette liberté est toutefois limitée par le fait qu'elle ne doit pas porter atteinte aux droits des tiers, et notamment à ceux des créanciers. Cette dernière solution semble toutefois contestable car la nature du bien doit, en principe, être déterminée au jour de l'entrée du bien dans le patrimoine. En présence d'époux souhaitant créer ce type de montage, il serait alors opportun de les orienter vers un régime de participation aux acquêts⁶⁶⁶ permettant une solution similaire, tout au moins en valeur. Pour conclure sur ce point, les clauses fixant l'entrée d'un bien dans la société d'acquêts en fonction de sa destination peuvent être admises à condition que la qualification ainsi opérée demeure définitive.

B. Le dilemme des ressources

373. Le dilemme des ressources. S'agissant d'un régime « sur-mesure », il incombe aux époux d'en encadrer strictement les règles. S'ils décident de soumettre la société d'acquêts ainsi créée aux règles de la communauté légale, il conviendra d'en faire application autant pour sa composition que pour la gestion des biens qui y seront inclus. En conséquence, si les époux n'ont pas pris soin d'en délimiter clairement les contours, les gains et salaires, au même titre que les fruits et revenus des biens personnels, devraient, en principe, être inclus dans cette société d'acquêts. Cette solution est aujourd'hui admise par une grande partie de la doctrine⁶⁶⁷ comme par la jurisprudence⁶⁶⁸. Or cela peut aboutir à une mise en commun plus importante que celle initialement souhaitée par les époux. En effet, cela aurait pour conséquence de créer une communauté similaire à celle issue du régime légal. Si tel est le souhait des époux, il sera alors opportun de les orienter directement vers une telle communauté.

⁶⁶⁵ V. en ce sens : G. CHAMPENOIS et J. COMBRET, Defrénois 2013, n°24, p. 1247, op. cit.

⁶⁶⁶ V. *infra*, spéc. 386 et s.

⁶⁶⁷ V. en ce sens notamment : J.- L. FILLETE, « A propos des récentes tentatives de résurrection de la séparation de biens avec société d'acquêts », Defrénois 1996, art. 36369, n°12 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit.

⁶⁶⁸ Cass., 1^{ère} civ., 10 mai 1984, n°83-12.370 : Bull. civ. 1984, I, n°153 ; D. 1985, IR, somm. 173, n. A. BENABENT ; Defrénois 1985, art. 33560, n. G. CHAMPENOIS.

374. **Exclusion.** Face à des époux souhaitant conserver le caractère séparatiste de leur régime et créer accessoirement une société d'acquêts, il est alors possible de leur conseiller d'exclure conventionnellement cette mise en commun des revenus et salaires ainsi que des fruits et revenus de leurs biens personnels. Cette solution permettra de respecter l'esprit même de la séparation de biens initialement choisie. Une telle solution pourrait également être retenue en présence d'époux souhaitant fusionner une partie importante de leurs patrimoines. En effet, elle leur permettrait de créer une communauté aussi large, si ce n'est plus large, que la communauté légale, tout en excluant les revenus et salaires. Une telle solution ne pourrait donc être consacrée en présence d'un régime de communauté car elle contreviendrait à l'essence même du régime légal. En présence d'un régime séparatiste, cette exclusion semble inhérente à l'esprit même du régime et est, de ce fait, tout à fait admissible. Toutefois, cette exclusion doit être réalisée avec discernement car elle revient à exclure la source de financement de la société d'acquêts. Ainsi, elle pourra être pondérée, notamment en stipulant que les fruits et revenus des biens inclus dans la société d'acquêts demeureront également inclus dans celle-ci, à l'exception de tout autre. Une autre solution pourrait également consister à stipuler la mise en commun des revenus et salaires à l'exclusion de tous les fruits et revenus des biens personnels. Une fois encore, il est possible de constater la prééminence de la liberté des conventions matrimoniales dans ce type de régime.

375. **L'apport de sommes.** Si les époux souhaitent apporter des sommes à cette société d'acquêts, notamment en vue de financer un bien, il conviendra alors d'être particulièrement rigoureux dans la rédaction de cette clause. Il ne paraît pas opportun d'y apporter un compte bancaire précisément désigné car cela laisserait aux époux la possibilité de faire varier le montant des sommes apportées par un simple jeu d'écritures comptables. En effet, seul le titre du compte figurerait au sein de la société d'acquêts et non les sommes y figurant. Les époux demeureraient alors libres de faire varier celles-ci. Une telle faculté serait contraire au principe d'immutabilité du régime matrimonial, qui bien qu'amoindri, demeure toujours applicable. En pratique, il conviendra de stipuler l'apport d'un montant nominal.

376. **Objet limité.** En présence d'une société d'acquêts à objet limité, ce qui sera le cas dans la majorité des hypothèses, l'apport d'un montant nominal pourra aboutir à créer des contentieux. Il sera alors essentiel de s'attacher à prévoir le financement du ou des biens inclus dans cette société d'acquêts, au cours de l'union comme ses conséquences au jour de la

dissolution⁶⁶⁹ notamment en cas de divergence quant au montant de la contribution de chacun des époux. Un défaut d'anticipation sur ce sujet pourrait aboutir à créer un contentieux important au jour de la désunion.

377.Anticipation. A défaut d'anticipation, le choix en faveur de ce régime s'avérera souvent source de confusions, autant du fait de la complexité de sa composition que du fait des flux financiers qui pourront apparaître entre les masses de biens comme au profit des tiers. Or il est rare que la vie quotidienne du couple permette un cloisonnement total entre leurs patrimoines. Afin d'anticiper les contentieux éventuels quant à ces flux, il est possible d'aménager conventionnellement les modalités de contribution aux charges ainsi que le mécanisme des récompenses, voire d'exclure expressément ce dernier quant au financement des biens inclus dans la société d'acquêts. Cette exclusion peut même être limitée au seul cas de décès. A ce titre, il est possible de prévoir une clause alternative prévoyant la reconnaissance d'une récompense en cas de divorce et l'exclusion d'une telle récompense en cas de décès. Une telle clause pourrait se présenter de la manière suivante : « *Les époux conviennent en outre qu'en cas de dissolution du régime par le décès de l'un d'eux, il ne sera dû aucune récompense* »⁶⁷⁰. Le notaire doit impérativement attirer l'attention des époux sur ce sujet et, éventuellement, leur proposer d'en aménager les règles au même titre que pour les régimes communautaires⁶⁷¹. L'efficacité de l'anticipation est intrinsèquement liée à la minutie de la rédaction des clauses stipulées au sein du contrat de mariage.

§2 : Un outil précieux pour l'anticipation du divorce

378.Flux. L'option en faveur du régime de la séparation de biens avec adjonction d'une société d'acquêts est loin d'être neutre dans une perspective d'anticipation de la désunion. En effet, à défaut de texte légaux, ce régime induit une obligation de prévoir l'intégralité des règles qui lui sont applicables. Or la liberté de composition de la société d'acquêts permet une mise en commun plus importante que celle prévue par le régime légal. A ce titre, elle pourra aboutir à la constatation d'avantages matrimoniaux dont les conséquences doivent être analysées face au risque d'un divorce (A). En outre, en présence de créanciers personnels comme « communs » aux époux, il conviendra de s'attacher à identifier

⁶⁶⁹ Ph. SIMLER, Defrénois 30 décembre 2012, 111f3, op. cit.

⁶⁷⁰ Modèle de clause proposé par le 106^e Congrès des notaires de France, op. cit., p.480.

⁶⁷¹ V. *infra*, spéc. 503 et s.

les règles mises en œuvre afin d'éviter tout litige quant à un règlement éventuellement indu au jour d'une éventuelle séparation (B).

A. L'anticipation du sort de l'avantage matrimonial en cas de divorce

379.**Constatation.** Du fait de la liberté des époux quant à la composition de la société d'acquêts, ceux-ci ont la faculté d'étendre la mise en commun ainsi consacrée au-delà des règles régissant le régime légal. Cette solution a d'ailleurs été consacrée par la jurisprudence⁶⁷². Or, comme il résulte du premier alinéa de 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* ». Bien que le régime de la séparation de biens avec adjonction d'une société d'acquêts soit un régime séparatiste, la jurisprudence est venue confirmer que la masse ainsi créée pouvait être le siège d'un avantage matrimonial⁶⁷³. En effet, du fait de la liberté des conventions matrimoniales prégnante dans ce régime, il est parfaitement permis pour l'un des époux d'apporter à cette société d'acquêts un bien lui appartenant personnellement et qui aurait eu la qualification de bien propre dans un régime de communauté. De tels avantages pourront faire l'objet d'une action en retranchement en présence d'enfants issus d'un lit différent au jour du décès de l'époux apporteur.

380.**Étalon.** Si la jurisprudence a admis le principe même de l'existence d'un tel avantage matrimonial, une question demeure toutefois quant à l'étalon pris comme comparatif afin d'en déterminer le montant. Retenir le régime légal aboutirait à limiter l'existence d'un tel avantage au seul cas d'une société d'acquêts étendue. En effet, du fait de la prise en compte globale de l'ensemble du patrimoine des époux, la constatation d'un avantage matrimonial ne pourrait apparaître que dans l'hypothèse isolée où la fusion patrimoniale excéderait celle consacrée par le régime légal lui-même. *A contrario*, retenir la séparation des biens comme étalon aboutirait à une solution extrême revenant à qualifier d'avantage matrimonial toute fusion patrimoniale. Effectivement, le régime de la séparation de biens pure et simple ayant pour objectif d'assurer l'indépendance quasi-totale des patrimoines, toute fusion patrimoniale ainsi consacrée serait de manière quasi-systématique qualifiée d'avantage matrimonial. Cette qualification serait d'autant plus fréquente en présence d'époux aux patrimoines inégaux. Il serait opportun que le législateur, ou tout au moins les juges, viennent préciser le régime

⁶⁷² Cass., 1^{ère} civ., 25 novembre 2003, n° 02-12.942 : op. cit.

⁶⁷³ Cass., 1^{ère} civ., 29 novembre 2017, n° 16-29.056 : op. cit.

étalon à retenir afin d'éviter tout doute qui pourrait aboutir à un contentieux au jour de la désunion.

381.**Divorce.** Le sort des avantages matrimoniaux face au divorce est régi par les deux premiers alinéas de l'article 265 du Code civil. A ce titre, il convient de distinguer selon que l'avantage matrimonial a pris en effet au cours du mariage ou à sa dissolution. Or, s'agissant d'une clause relative à la composition de la société d'acquêts, il ne peut être contesté qu'il a pris effet en cours d'union. En conséquence, en application du premier alinéa de cet article, le divorce sera « *sans incidence* » et l'avantage sera maintenu. Afin d'anticiper l'éventualité d'un divorce, il sera alors opportun de stipuler une clause de reprise des apports réalisés au même titre que ce qui est conseillé en présence d'un apport classique à communauté⁶⁷⁴. Toutefois, cette clause devra être corrélée avec une clause relative aux récompenses afin d'éviter le double effet qui consisterait en un abandon de la récompense et une reprise de ce bien. L'époux non-apporteur se retrouverait alors dans une situation particulièrement défavorable, notamment en présence de travaux réalisés sur ce bien. Il n'en serait plus propriétaire et ne pourrait prétendre à aucun remboursement au titre des sommes avancées quant à ces travaux. Ainsi, si le choix des époux se porte sur l'adjonction d'une société d'acquêts, force est de constater que le rôle de conseil du notaire sera prépondérant. C'est à lui qu'incombera la tâche d'attirer l'attention des époux sur l'ensemble des problématiques juridiques qui pourraient subvenir au jour de la dissolution de l'union. C'est également à lui qu'il appartiendra de rédiger au mieux les clauses du contrat afin d'en assurer l'efficacité.

B. La société d'acquêts face aux créanciers

382.**Incertitudes.** Outre les problématiques liées aux conséquences de ce choix de régime entre les époux, la pluralité de régimes applicables implique également des conséquences à l'égard des tiers. Tel est notamment le cas en ce qui concerne les créanciers. Pour ces derniers, il est déterminant de connaître le régime applicable aux biens des époux notamment vis-à-vis de l'application de l'article 1415 du Code civil relatif à la caution et à l'emprunt. La jurisprudence a confirmé que cet article n'est applicable qu'à la société d'acquêts et non aux masses de biens personnelles⁶⁷⁵, ces dernières n'étant pas soumises aux règles issues des régimes communautaires. Ainsi, la société d'acquêts ne sera engagée concernant le cautionnement ou l'emprunt souscrit par l'un seul des époux qu'« *avec le*

⁶⁷⁴ V. *infra*, spéc. 613 et s.

⁶⁷⁵ Cass., 1^{ère} civ., 25 novembre 2003, n°02-12.942 : op. cit.

consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas n'engage pas ses biens propres »⁶⁷⁶. Comme le soulignait le Professeur Michel Storck, « paradoxalement, il apparaît ainsi que le recours aux règles du régime de communauté peut offrir aux époux une meilleure protection à l'égard de leurs créanciers qu'une application des règles du régime séparatiste et de l'indivision »⁶⁷⁷. Les créanciers devront donc impérativement prendre connaissance du contrat de mariage, et éventuellement, solliciter le consentement du conjoint pour les biens dépendants de la société d'acquêts⁶⁷⁸. Leur attention devra être particulièrement portée sur la lecture de ce contrat, chaque société d'acquêts pouvant avoir une composition et des règles de pouvoir extrêmement variables. Il est fréquent de constater la méconnaissance des risques de ce type de régime par les créanciers. Il conviendra ainsi pour le notaire, garant de l'efficacité des actes, de contrôler les conséquences et les conditions de validité de chaque acte passé.

383. Obligation et contribution. Dans une perspective d'anticipation du divorce, une question se pose quant à l'obligation à la dette dans un tel régime. L'existence d'une société d'acquêts ne fait pas opposition à l'indépendance créée par l'article 1536, alinéa 2 du Code civil quant aux biens personnels des époux. La question de la contribution à la dette peut rapidement être évincée. En effet, la doctrine s'accorde à reconnaître qu'il est possible d'insérer une clause restrictive du passif⁶⁷⁹. Il paraît, en effet, opportun d'insérer une telle clause en présence d'une société d'acquêts limitée n'ayant pas vocation à supporter les dettes liées à l'un ou l'autre des époux indépendamment du bien dont elle se compose. La question de l'obligation à la dette crée, quant à elle, d'avantage d'incertitudes. En présence d'une société d'acquêts étendue, il semble que les époux ne puissent exclure le principe selon lequel elle serait engagée par toutes les dettes nées pendant le mariage au même titre qu'une communauté légale. En présence d'une société à objet limité, la solution semble moins certaine. En effet, au regard de la liberté des conventions matrimoniales, il semblerait possible de stipuler expressément les passifs y entrant ou non. Toutefois, cela pourrait aboutir à priver les créanciers d'un droit de gage sur le bien qui, ne figurant pas dans la masse personnelle de l'époux, serait alors insaisissable. La doctrine est divisée sur ce point et la jurisprudence n'a pas, à ce jour, tranché la question⁶⁸⁰. Le notaire devra faire montre de pédagogie afin d'assurer la bonne compréhension des conséquences et risques d'une telle clause. Si ce régime peut

⁶⁷⁶ Art. 1415 C. civ.

⁶⁷⁷ M. STORCK, obs. ss Cass., 1^{ère} civ., 25 novembre 2003, n°02-12.942, op. cit.; JCP G 2004, I, 129, n°20.

⁶⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ., 25 novembre 2003, n°02-12.942 : Bull. civ. I, n°236 ; op. cit.

⁶⁷⁹ V. notamment : J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit.

⁶⁸⁰ V. notamment : F. COLLARD, « La séparation de biens avec société d'acquêts : un contrat d'avenir », JCP N, n°37-38, 15 septembre 2017, 1262.

paraître complexe, il convient de constater qu'il demeure peu fréquemment choisi par les époux ou dans une volonté de fusion patrimoniale relativement limitée. Comme tout régime « hybride », il effraie souvent par sa complexité potentielle.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

384.**Un régime hybride.** L'adjonction d'une société d'acquêts à un régime de séparation de biens est, sans nul doute, un des régimes le mieux adapté à l'anticipation d'une éventuelle désunion. Du fait de la liberté quasi-totale qu'une telle adjonction offre aux époux, autant quant à la définition de la composition des masses qui la composent, que quant aux règles afférentes aux pouvoirs et à la gestion des biens qui y sont inclus, ce régime incarne l'exemple le plus abouti de la liberté des conventions matrimoniales. Les époux ont, à ce titre, la faculté de prévoir sur mesure l'ensemble des règles qui leur sera applicable en cours d'union comme au jour de la dissolution de celle-ci. Les solutions sont donc quasiment illimitées.

385.**Limite.** « *Tout avantage a ses inconvénients et réciproquement* »⁶⁸¹. Si la liberté ainsi conférée aux époux est quasi-totale, la contrainte qui en résulte est également très importante, si ce n'est souvent insurmontable pour les époux. Il leur incombe, accompagnés de leur notaire, de prévoir l'ensemble des règles et d'anticiper l'ensemble des problématiques auxquelles ils pourraient se trouver confrontés au cours de leur union comme au jour d'un éventuel partage. A ce titre, ils sont contraints à tout anticiper. Or un tel travail de rédaction et d'anticipation peut paraître draconien. C'est sans nul doute, la raison pour laquelle, ce régime ne trouve que peu d'écho dans la pratique notariale. Il est alors, le plus souvent, employé uniquement pour résoudre une problématique déterminée quant à un bien ou à une catégorie de biens déterminée.

386.**Anticipation.** S'il est rare pour le notaire de rencontrer des époux prêts à se confronter à l'ensemble des problématiques inhérentes à leurs patrimoines comme au fonctionnement de leur union, cette solution ne peut, ni ne doit, être exclue d'office. En effet, ce régime apparaît, malgré sa complexité, comme celui offrant aux époux le plus large panel d'aménagements en vue de l'anticipation de la désunion éventuelle. Aussi, il nous paraît qu'un travail de sur-mesure, lorsque l'objectif des époux est celui de l'anticipation, ne devrait pas être systématiquement exclu et doit, à notre sens, être fortement encouragé. La mise en place d'un tel régime, accompagnée d'une rédaction rigoureuse du contrat de mariage qui en prévoit les règles, pourrait aboutir à une pacification quasi-totale de la désunion. Ne laissant plus de place aux risques d'un aléa jurisprudentiel, les époux seraient alors *ab initio* informés

⁶⁸¹ J. ROUXEL, *Les shadoks*

de l'ensemble des conséquences d'un éventuel divorce et auraient la faculté d'anticiper celles-ci dès la conclusion de leur union. Une telle solution permettrait donc de pacifier les rapports entre les époux puisque les conséquences de la désunion auraient été prévues par eux.

CHAPITRE 2 : LA PARTICIPATION AUX ACQUÊTS, UN REGIME HYBRIDE

387. **Un régime atypique.** S'il brille par son originalité, le régime de la participation aux acquêts n'en est pas moins un régime nommé régi par le Code civil. Il a été introduit dans notre droit par la loi du 13 juillet 1965⁶⁸² corrigée sur certains points par la loi du 23 décembre 1985⁶⁸³. Toutefois, il n'a pas connu le succès attendu et reste très peu utilisé de nos jours par les couples français. *A contrario*, il connaît un franc succès dans les pays nordiques⁶⁸⁴, comme de l'autre côté du Rhin, en Allemagne, qui a érigé, depuis 1958⁶⁸⁵, un régime similaire en qualité de régime légal, dénommé « *Zugewinnngemeinschaft* ». C'est d'ailleurs pour cette raison que ce régime a servi de modèle pour la création du régime matrimonial franco-allemand⁶⁸⁶. En France, sa faible popularité auprès des praticiens est principalement liée à la mauvaise maîtrise de celui-ci et, notamment, à la complexité de sa liquidation. Ce régime atypique entraîne l'application de deux fonctionnements distincts selon que l'on se situe en cours d'union ou au jour de sa dissolution. En cours d'union, il apparaît et fonctionne comme un régime de séparation de biens classique. A l'heure de la dissolution, la participation aux acquêts déploie des effets proches de ceux d'une communauté en valeur.

388. **Le régime de l'anticipation.** Si ce régime est peu utilisé, il connaît toutefois un certain nombre d'opportunités si l'objectif des époux est d'anticiper la dissolution de l'union et d'assurer une équité aux termes de l'association conjugale. En effet, du fait de son fonctionnement séparatiste, il offre aux époux une protection similaire à celle offerte par une séparation de biens classiques. Il peut être conseillé même à des époux exerçant une profession considérée comme à risques. Outre cette protection, il confère la faculté de partager l'enrichissement au sein du couple. Il allie ainsi deux objectifs qui pourraient paraître inconciliables : protéger et partager.

⁶⁸² L. n° 65-570 du 13 juillet 1965, op. cit.

⁶⁸³ L. n° 85-1372 du 23 décembre 1985, op. cit.

⁶⁸⁴ Ce régime est connu en Norvège, au Danemark, en Finlande ainsi qu'en Suède, où il est le régime légal.

⁶⁸⁵ Régi par les art. 1363 et s. du *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* et issue de la loi sur l'égalité des sexes : *Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts* du 18 juin 1957, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1958.

⁶⁸⁶ Selon l'accord entre la République française et la République fédérale d'Allemagne instituant un régime matrimonial optionnel de la participation aux acquêts, signé à Paris le 4 février 2010 (Décret d'application n°2013-488 du 10 juin 2013).

389. **Un régime hybride.** Le caractère hybride de ce régime apparaît alors clairement. Il allie deux philosophies, en apparence, diamétralement opposées. Séparatiste dans son fonctionnement, il se rapproche d'un régime communautaire au jour de sa dissolution, sans jamais se confondre avec aucun de ces deux régimes. Deux temporalités doivent donc être identifiées. Ainsi, ce régime emprunte les atouts d'un régime séparatiste au cours de son fonctionnement. Mais, contrairement au régime de la séparation de biens pure et simple, ce régime permet de tenir compte de l'interaction du couple au jour de la liquidation se rapprochant alors des régimes de communauté (Section 1). Toutefois, il souffre des inconvénients inhérents à ses qualités : la liquidation en est complexe et, souvent, mal maîtrisée par les praticiens (section 2). C'est, sans nul doute, cette complexité qui en fait un régime « mal aimé » malgré ses qualités.

Section 1 : Un régime alliant indépendance et partage de richesses

390. **Un régime séparatiste.** Bien qu'atypique, le fonctionnement de ce régime s'apparente, au cours de l'union, à celui d'un régime de séparation de biens pure et simple classique. Ainsi, l'article 1569 prévoit expressément que « (...) *chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels, sans distinguer entre ceux qui lui appartenaient au jour du mariage ou lui sont advenus depuis par succession ou libéralité et ceux qu'il a acquis pendant le mariage à titre onéreux* ». Cet article pose le principe d'une indépendance vaste autant qu'à la gestion que quant à la propriété. Ce fonctionnement séparatiste en cours d'union est la raison pour laquelle ce régime est classiquement répertorié parmi les régimes séparatistes. Toutefois, bien que séparatiste dans son fonctionnement, la majorité de la doctrine s'accorde à lui reconnaître un esprit communautaire car il peut s'apparenter lors de sa liquidation à une « *communauté en valeur différée* »⁶⁸⁷. C'est le caractère hybride de ce régime qui en fait un atout dans une volonté d'anticiper un éventuel divorce (§1) mais qui engendre des limitations à l'indépendance qui lui sont propres (§2).

§1 : Un régime au caractère hybride mêlant protection et partage

391. **Hybride.** Le caractère hybride de ce régime est lié à la dualité qui oppose son fonctionnement en cours d'union et le partage des richesses qu'il engendre au jour de sa dissolution. A ce titre, il peut être outil d'anticipation face à un risque de désunion. En effet, il offre aux époux la possibilité de jouir des atouts conférés par l'indépendance et l'autonomie des patrimoines liées aux régimes séparatistes (A), sans les priver du bénéfice d'un éventuel partage des richesses au jour où survient la fin de l'union (B). En ce sens, le régime de la participation aux acquêts est sans doute le régime le plus abouti en matière d'anticipation de la dissolution de l'union puisque l'ensemble des règles le régissant ont pour vocation d'anticiper sa propre dissolution.

⁶⁸⁷ V. Th. LE BARS, « Pour une conception autonomiste du régime matrimonial de la participation aux acquêts », in *Mélanges en l'honneur de Georges WIEDERKEHR*, Dalloz 2009, p.487.

A. Un fonctionnement séparatiste, outil d'une gestion facilitée et protectrice

392. Indépendance et autonomie. En tant que régime d'essence séparatiste, il n'existe aucune masse commune aux époux dans le régime de la participation aux acquêts. Suivant le même raisonnement, ce sont les règles applicables au régime de la séparation de biens pure et simple qui permettront de déterminer la composition des patrimoines personnels des époux⁶⁸⁸. Par l'application de ces textes, chacun d'eux demeure seul propriétaire de l'ensemble des biens, y compris des revenus, acquis avant ou pendant le mariage à titre onéreux comme à titre gratuit. En ce sens, la présomption légale de l'article 1538 du Code civil est également applicable à ce régime. Les époux pourront aussi stipuler contractuellement des présomptions de propriété afin d'éviter les problématiques liées à la preuve au jour de la dissolution⁶⁸⁹. Sous réserve de l'application de ces présomptions, les époux bénéficieront de l'indépendance des régimes séparatistes activement comme passivement. A ce titre, chacun d'eux demeure, en principe, seul débiteur des dettes nées de sa personne, sous réserve des dettes ménagères de l'article 220 du Code civil. Les créanciers personnels de chaque époux ne peuvent donc saisir que les biens figurant dans le patrimoine personnel de leur débiteur sans pouvoir atteindre le patrimoine personnel du conjoint. Du fait de l'autonomie et de l'indépendance similaire à celle d'un régime séparatiste plus classique⁶⁹⁰, ce régime peut être conseillé aux époux dont l'un au moins exerce une profession considérée comme à risques pour le patrimoine du couple.

393. Patrimoine indivis. L'indépendance n'empêche pas tout projet commun. Il est tout à fait possible pour les époux d'acquérir conjointement un bien. Sur ce point, il convient de préciser que ces biens ne seront pas immédiatement qualifiés d'« acquêts » contrairement à ce que laisse présager l'intitulé de ce régime. En effet, cette notion d'« acquêt » n'interviendra qu'au jour de la dissolution et dans un but purement comptable, afin de valoriser la créance de participation. Au cours de l'union, les biens acquis par les époux conjointement seront soumis aux règles de l'indivision des articles 815 et suivants du Code civil. Ces derniers ont également, comme sous le régime de la séparation de biens, la faculté de régulariser entre eux une convention d'indivision afin de contractualiser les règles applicables à cette indivision⁶⁹¹.

⁶⁸⁸ Art. 1536 et s. C. civ.

⁶⁸⁹ V. *supra*, spéc. 270 et s.

⁶⁹⁰ V. *supra*, spéc. 263 et s.

⁶⁹¹ Pour l'opportunité d'une telle convention : V. *supra*, spéc. 284 et s.

394. **Atouts et limites.** Les époux ayant opté pour un tel régime bénéficient des mêmes atouts que les époux ayant opté pour le régime de la séparation de biens pure et simple : une indépendance des patrimoines et une autonomie relative quant à leur gestion. Par voie de conséquence, ce régime connaît également les mêmes limites et réserves quant à cette indépendance que celles propres au régime de la séparation de biens pure et simple⁶⁹² : le régime primaire⁶⁹³, le comportement des époux (acquisition, confusion des patrimoines, engagement conjoint ou solidaire), l'indivision (par le jeu de présomption⁶⁹⁴ ou conventionnelle), etc. Cependant, en tant que régime à part entière, il connaît également des particularités et des limites qui lui sont propres.

B. Une vocation communautaire au jour de la dissolution

395. **Un partage des richesses.** Le régime de la participation aux acquêts est régi par les articles 1569 à 1581 du Code civil. Dès le premier de ces articles, le principe de ce régime est clairement exposé : « (...) *Pendant la durée du mariage, ce régime fonctionne comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens. A la dissolution du régime, chacun des époux a le droit de participer pour moitié en valeur aux acquêts nets constatés dans le patrimoine de l'autre, et mesurés par la double estimation du patrimoine originaire et du patrimoine final.* »⁶⁹⁵. Aussi, la principale particularité de ce régime tient à l'existence d'une créance de participation. Si au cours de son fonctionnement, ce régime ne présente que peu d'originalités vis-à-vis d'un régime de séparation de biens pure et simple, sa liquidation est, quant à elle, tout à fait particulière. En effet, elle s'apparente davantage à celle d'une communauté légale sans toutefois être régie par les mêmes articles. Sur ce point, il convient de souligner, comme l'a déjà rappelé la jurisprudence⁶⁹⁶, que les règles applicables à la participation aux acquêts ne sont pas identiques à celles de la communauté et ce, même si l'application de ces corps de règles distincts aboutit en valeur à des résultats similaires. Par cette liquidation atypique, ce régime permet un partage de l'enrichissement des époux. Cette solution peut ainsi permettre d'assurer à l'époux le moins fortuné un partage des richesses nées de l'union au jour d'un éventuel divorce.

⁶⁹² V. *supra*, spéc. 300 et s.

⁶⁹³ V. en matière d'hypothèque consentie sur le logement de la famille : Cass., 1^{ère} civ., 17 décembre 1991, n°90-11.908 : Bull. civ. I, n°357 ; Defrénois 1992, 396, n. G. CHAMPENOIS.

⁶⁹⁴ Application de l'art. 1538, al. 3 C. civ.

⁶⁹⁵ Art. 1569 C. civ.

⁶⁹⁶ Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 2016, n°14-24.556 : Bull. Info. 2016, n° 848 ; Bull. civ. I, n°1144 ; D. 2016. 1803, n. L. MAUGER-VIELPEAU ; *ibid.* 2086, obs. V BREMOND ; Gaz. Pal. 2016. 916, obs. S. PIEDELIEVRE ; RTD civ. 2016. 919, obs. B. VAREILLE.

396. Protection du conjoint participant. Cette solution pourra notamment trouver application en présence d'un conjoint collaborateur non rémunéré. En régime de séparation de biens pure et simple, dans une telle hypothèse, ce dernier pourrait prétendre à une indemnisation sur le fondement de l'enrichissement injustifié ou de la sur-contribution aux charges du mariage sur le fondement de l'article 214 du Code civil⁶⁹⁷. *A contrario*, en participation aux acquêts, aucune créance ne pourrait être exigée à ce titre. La situation du conjoint collaborateur sera protégée par la créance de participation. En effet, il sera tenu compte de l'évolution du patrimoine de l'époux exploitant afin d'établir une éventuelle créance de participation au profit du conjoint collaborateur. Celui-ci participera ainsi à l'enrichissement du patrimoine généré par sa collaboration à l'entreprise. Ce type de régime permet ainsi d'assurer la propriété pérenne du fonds ou de l'entreprise tout en permettant, au jour de la dissolution de l'union, d'assurer au conjoint participant une participation à l'enrichissement de son conjoint.

§2 : Une protection spécifique de la créance de participation

397. Limites spécifiques. La créance de participation est l'élément clé du régime de participation aux acquêts. Afin d'assurer la protection d'une telle créance deux mécanismes spécifiques à ce régime existent : une cogestion partielle portant sur certains biens (A) et la possibilité pour l'un des époux de demander la liquidation anticipée de la créance de participation (B). Cette créance est, de plus, protégée par une incessibilité de principe tant que l'union n'est pas dissoute⁶⁹⁸.

A. Une cogestion partielle spécifique, obstacle à l'indépendance

398. Principe. En vue de préserver les droits de chacun des époux sur la créance de participation, le législateur a mis en place des protections spécifiques permettant d'assurer la protection de cette créance. Le premier de ces mécanismes tient en la cogestion partielle imposée dans ce type de régime vis-à-vis de certaines opérations déterminées. Si celle-ci n'est pas expressément énoncée par les articles du Code civil, elle découle indirectement de l'application de l'article 1573 du Code civil relatif à son calcul. Cet article dispose que « *Aux biens existants on réunit fictivement les biens qui ne figurent pas dans le patrimoine originaire et dont l'époux a disposé par donation entre vifs sans le consentement de son*

⁶⁹⁷ V. *supra*, spéc. 318 et s.

⁶⁹⁸ Art. 1569, al. 2 C. civ.

conjoint, ainsi que ceux qu'il aurait aliénés frauduleusement. L'aliénation à charge de rente viagère ou à fonds perdu est présumée faite en fraude des droits du conjoint, si celui-ci n'y a consenti. ».

399.Assiette de la cogestion. La cogestion n'est pas systématique mais limitée de manière exhaustive aux opérations visées par cet article à savoir : la donation entre vifs, les aliénations réalisées en fraude des droits du conjoint et l'aliénation à charge de rente viagère ou à fonds perdus. Le législateur ne distinguant pas entre les aliénations à titre gratuit ou à titre onéreux, il convient d'en déduire qu'elles sont toutes concernées par cette cogestion. *Ab initio*, il convient de souligner que cette cogestion ne s'applique qu'aux biens qui « *ne figurent pas dans le patrimoine originaire* », c'est-à-dire qu'aux « acquêts »⁶⁹⁹. Si le législateur prévoit expressément cette limitation concernant les donations entre vifs, il a omis de faire de même concernant les aliénations frauduleuses.

400.Aliénations frauduleuses. Un débat doctrinal demeure sur le point de savoir si les aliénations frauduleuses doivent ou non être limitées aux seuls biens « acquêts ». De notre point de vue, dans le respect de l'esprit de la loi du 23 décembre 1985 ayant abouti à cette limitation, il nous paraît cohérent de penser que cette limitation existe bel et bien autant pour les donations que pour les aliénations frauduleuses. En ce sens, l'absence de précision ne serait alors qu'une omission involontaire. Il serait opportun que le législateur vienne parfaire sa copie en précisant ce point. Les aliénations frauduleuses objets de ce texte ne sont pas exhaustivement listées. Le législateur a toutefois pris soin d'instaurer une présomption de fraude concernant : les aliénations faites à charge de rente viagère et celles faites à fonds perdus. On retrouve ici la présomption de gratuité de ces opérations également mentionnées par l'article 918 du Code civil qui prévoit lui, en outre, l'aliénation « *avec réserve d'usufruit à l'un des successibles en ligne direct* ». On peut en déduire que cette limitation concerne en pratique les opérations ayant l'apparence d'opérations onéreuses mais qui déguisent, dans les faits, une opération à titre gratuit. Une interrogation demeure sur ce point en suspens : la présomption ainsi instaurée est-elle simple ou irréfragable ? Aucun texte, ni aucune jurisprudence n'est, à notre connaissance, venu trancher, à ce jour, la question. Le seul outil de protection d'une telle opération demeure donc, en application de l'article 1573 *in fine* du Code civil : le consentement exprès du conjoint.

⁶⁹⁹ Cette limitation opportune a été instaurée par la L. n°85-1372 du 23 décembre 1985 (op. cit.). Auparavant, toutes les donations entre vifs étaient visées par cette cogestion, ce qui aboutissait à une situation paradoxale de moindre indépendance que les régimes communautaires.

401. Consentement et sanction. Le but de cet article est d'éviter que le patrimoine final de l'époux ne soit vidé de son contenu par le jeu de ces opérations sans l'accord du conjoint. De ce fait, si l'époux propriétaire entend réaliser une telle dépossession, il convient qu'il obtienne le consentement de son conjoint afin d'éviter que cette opération puisse être considérée comme une fraude au droit de ce dernier et que la valeur des biens concernés ne soit réunie fictivement en vue du calcul de la créance de participation. Ainsi, le consentement de l'époux est une condition d'opposabilité de cette opération à celui-ci et permet seulement la renonciation à la réintégration de la valeur de ce bien pour le calcul de cette créance. Cette cogestion n'a donc d'effet qu'entre les époux. Un acte passé sans le consentement du conjoint demeure valable et ne pourrait être annulé sur ce fondement. Toutefois, il conviendra, en pratique, d'obtenir cet accord exprès du conjoint afin d'éviter tout risque d'une action révocatoire pour le bénéficiaire. A défaut, le conjoint créancier d'une créance de participation pourrait prétendre poursuivre le recouvrement de cette créance, à défaut de biens existants, sur les biens « *qui avaient été aliénés par donation entre vifs ou en fraude des droits du conjoint.* »⁷⁰⁰. Cette action est une action paulienne de droit commun⁷⁰¹ soumise aux mêmes conditions d'application, sous réserve d'une prescription expressément abrégée de deux ans à compter de la clôture de la liquidation⁷⁰². Cette action est expressément réservée au conjoint et ne pourra, en conséquence, profiter à ses créanciers. Afin de se prémunir contre ce risque et d'assurer la sécurité juridique de l'opération, cet accord devra être systématiquement demandé par le notaire instrumentaire afin d'assurer les droits des acquéreurs successifs.

B. La faculté d'une demande de liquidation anticipée

402. Une liquidation anticipée. Parallèlement au mécanisme protecteur de la cogestion, les époux bénéficient également de la possibilité de demander en justice la « liquidation anticipée » de la créance de participation sur le fondement de l'article 1580 du Code civil. L'objectif visé par cet article est la protection des intérêts du conjoint en présence de « *désordre des affaires d'un époux, sa mauvaise administration ou son inconduite, donnent lieu de craindre que la continuation du régime matrimonial ne compromette les intérêts de l'autre conjoint* ». Cette solution permet ainsi de liquider par anticipation le régime de la participation aux acquêts afin de soumettre les époux, à la suite de cette liquidation, au régime de la séparation de biens pure et simple des articles 1536 et suivants du Code civil.

⁷⁰⁰ Art. 1577 C. civ.

⁷⁰¹ L'art. 1578 C. civ. renvoie dans son alinéa 4, à l'art. 1341-2 C. civ.

⁷⁰² Art. 1578, al. 4 *in fine* C. civ.

403.**Limites.** Cette liquidation anticipée ne peut, toutefois, intervenir que dans le cadre d'une procédure judiciaire en application de la procédure applicable à la mise en place d'une séparation de biens judiciaire⁷⁰³. Il s'agit, en pratique, d'une cause de dissolution du régime propre à la participation aux acquêts. En dehors d'une telle procédure, il n'est pas possible pour les époux d'établir une convention liquidative ayant pour but de priver l'un d'entre eux de sa créance éventuelle. Une telle convention serait contraire au principe d'immutabilité qui, malgré les atténuations qu'il a subies, demeure encore et toujours en vigueur. La Cour de cassation est sur ce point venue rappeler « *qu'une telle convention était illicite dès lors qu'elle altérerait l'économie du régime de participation aux acquêts et que, de surcroît, elle avait été conclue avant l'introduction de l'instance en divorce* »⁷⁰⁴.

⁷⁰³ Art. 1580, 1444 à 1449 C. civ.

⁷⁰⁴ Cass., 1^{ère} civ., 8 avril 2009, n°07-15.945 : Bull. 2009, I, n°80 ; AJ. Fam. 2009, 219, obs. S. DAVID ; D. 2009. 1201, n. V. EGEA et T. PASQUIER ; Defrénois, 2009, 1483, n. G. CHAMPENOIS ; Dr. Fam. 2009, n°59, n. B. BEIGNIER ; LEFP juin 2009, p.1, obs. N. PETERKA ; RTD. civ. 2009. 516, obs. J. HAUSER.

Section 2 : Une liquidation complexe, hantise des praticiens

404. **Un régime « mal aimé »**⁷⁰⁵. Si ce régime autonome possède des qualités intrinsèques, notamment quant à l'anticipation d'une dissolution et à la protection du conjoint participant, il ne connaît pas une forte popularité auprès des praticiens qui y voient : « *une fausse indépendance suivie d'une participation illusoire* »⁷⁰⁶. Cette faible reconnaissance tient à plusieurs facteurs. Parmi ceux-ci, la complexité de sa liquidation est, sans doute, prépondérante. L'article 1569 du Code civil prévoit qu'« *A la dissolution du régime, chacun des époux a le droit de participer pour moitié en valeur aux acquêts nets constatés dans le patrimoine de l'autre* »⁷⁰⁷. Si le principe semble clair, son application crée souvent d'importantes complications. Il s'agit d'établir, en valeur et non en nature, la créance de participation correspondant à une double estimation du patrimoine originaire et du patrimoine final de chacun des époux. L'objectif est ainsi, par cette double estimation, de faire ressortir l'existence d'une créance de participation éventuellement due. Une telle liquidation impose donc l'identification de deux patrimoines distincts pour chacun des époux : le patrimoine originaire (§1) et le patrimoine final (§2). Il appartient au notaire d'établir, au jour de la liquidation, la consistance de chacun de ces patrimoines afin de permettre l'identification d'une éventuelle créance de participation (§3).

§1 : Le patrimoine originaire

405. **Principe.** La définition du patrimoine originaire est un prérequis à toute identification des biens pouvant y figurer (A). Afin d'éviter au mieux les litiges sur ce sujet, le législateur a prévu des moyens de preuves et des présomptions permettant l'anticipation des éventuels conflits qui pourraient survenir au jour de la désunion (B) ainsi que des règles inhérentes à l'évaluation de ces biens (C).

⁷⁰⁵ L. MAUGER-VIELPEAU, « La participation aux acquêts, cette mal-aimée », in *Quelle association patrimoniale pour le couple ?*, ss dir. I. DAURIAC et Cl. GRARE-DIDIER, Dalloz, coll. Actes, p.43.

⁷⁰⁶ 75^e Congrès des notaires de France, *Le statut matrimonial des français*, La Baule, 1987.

⁷⁰⁷ Ce droit est héréditaire et, en cas de dissolution par décès, les héritiers du défunt pourraient donc y prétendre (art. 1569, al. 2 C. civ.).

A. La définition du patrimoine originaire

406.Définition. Le patrimoine originaire, prévu à l'article 1570 du Code civil, est composé en pratique des biens qui seraient, sous le régime de la communauté légale, propres par origine⁷⁰⁸ ou par nature⁷⁰⁹ sans donner lieu à récompense. La Cour a notamment précisé que l'indemnité reçue par un époux au titre de l'indemnisation de son incapacité permanente partielle relevait de la réparation d'un préjudice corporel et devait être incluse dans le patrimoine originaire⁷¹⁰. Elle applique ainsi de manière logique au régime de la participation aux acquêts, la même solution que celle applicable⁷¹¹ au régime de la communauté légale⁷¹².

407.Spécificités. Si dans la majorité des cas, les règles applicables à ce régime s'apparentent à celles d'un régime de communauté, il demeure un régime à part entière. De ce fait, en certaines occasions, la jurisprudence a pu rappeler cette conception autonomiste. Elle a notamment retenu que devait être prise en compte dans ce patrimoine, l'indemnité de licenciement liée à une rupture de contrat de travail préalable à l'union et ce, même si l'encaissement a été réalisé postérieurement⁷¹³. Ce patrimoine comprendra également l'ensemble des biens qui seront subrogés aux biens précédemment désignés. Sur ce point, le régime de la participation est moins formaliste que celui de la communauté, du fait de son empreinte séparatiste. Il n'exige pas de formalité spécifique quant à cette subrogation qui s'applique de plein droit. Toutefois, si le formalisme n'est pas exigé au titre de l'efficacité d'une telle subrogation, il paraît essentiel dans un intérêt probatoire afin d'éviter tout litige au jour de la dissolution⁷¹⁴. Il devra être encouragé, si ce n'est exigé, par le rédacteur de l'acte.

⁷⁰⁸ Art. 1405 C. civ.

⁷⁰⁹ Art. 1404 C. civ.

⁷¹⁰ Cass., 1^{ère} civ., 28 février 2006, n°03-11.767: Bull. 2006, I, n°107, p.100; AJ. Fam. 2006, p.293, obs. P. HILT; D. 2006, IR p. 882 ; RTD civ. 2006, p.364, obs. B. VAREILLE.

⁷¹¹ Cass., 1^{ère} civ., 12 mai 1981, n°80-10125 : Bull. civ. I, n°156 ; Defrénois 1983, art. 32750, n°98, obs. G. CHAMPENOIS.

⁷¹² Cette solution n'aboutira réellement à une situation identique entre ces deux régimes que si ce bien propre se retrouve en nature ou est subrogé au jour de la dissolution. A défaut, la situation sera plus avantageuse pour l'époux propriétaire en régime de participation qu'en régime de communauté. Dans la première hypothèse, notamment s'agissant de sommes ayant fait l'objet d'une confusion du fait de leur fongibilité, le bien figurera dans le patrimoine originaire pour sa valeur globale et dans le patrimoine final, uniquement pour la moitié (à défaut de preuve de la propriété exclusive). Cette différence d'évaluation va générer un appauvrissement fictif pour le propriétaire et, corrélativement, un enrichissement fictif pour son conjoint. *A contrario*, en régime de communauté, le propriétaire bénéficiera, en cas de confusion avec des fonds propres, d'une récompense liée à l'encaissement (Cass. 1^{ère} civ., 8 février 2005, n°03-13456 : Bull. 2005 I, n°65, p.57). La valeur incluse dans son patrimoine propre sera donc identique que le bien se retrouve en nature ou non au jour de la dissolution.

⁷¹³ Cass., 1^{ère} civ., 15 novembre 2017, n°16-25.023 : PB ; AJ. Fam. 2018, 50, obs. P. HILT ; D. 2018, p.284, n. L. MAUGER-VIELPEAU ; Defrénois 2018, 141b4, p.36, obs. G. CHAMPENOIS ; Dr. Fam. 2018, n°12, n. B. BEIGNIER ; JCP G 2018, 554, n°14, obs. M. STORCK ; RTD civ. 2018, p. 206, obs. M. NICOD.

⁷¹⁴ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 5^e éd., p. 663, n°832.

408. Une définition stricte. L'inclusion dans le patrimoine originaire est plus restrictive que la qualification des biens propres en régime de communauté. En effet, l'article 1570 exclut expressément l'hypothèse où de tels biens généreraient des récompenses. La Cour de cassation apprécie de manière stricte l'application de cet article. Ainsi, les biens acquis à titre d'accessoires de biens y figurant, au même titre que les accroissements attachés à de telles valeurs mobilières, ne figurent pas dans le patrimoine originaire⁷¹⁵. Par suite, seule la quote-part reçue par succession ou libéralité figurera dans le patrimoine originaire et non l'intégralité du bien. Cette solution n'est envisageable que du fait du caractère séparatiste de ce régime. Dans un régime communautaire, il ne peut être envisagé qu'un bien puisse avoir la double qualification de propre et commun.

409. Exclusions. L'article 1570 procède également à l'exclusion expresse d'un certain nombre de biens non inclus dans le patrimoine originaire. La première exclusion tient à la nature même de certains biens. L'ensemble des fruits, ou biens ayant la nature de fruits, sont exclus de ce patrimoine, qu'ils soient ou non issus de biens qui y sont inclus. Les deux membres du couple auront vocation à bénéficier de ces fruits. Il s'agit d'une situation analogue à celle issue de l'application du célèbre arrêt « Authier »⁷¹⁶. La seconde exclusion tient à la liberté de disposer de l'époux propriétaire. Suivant ce principe, les biens du patrimoine originaire dont il a disposé par donation pendant le mariage ne figureront plus dans celui-ci. Ces opérations sont expressément exclues de l'obligation de réunion fictive prescrite par l'article 1573 et ne sont pas soumises à l'obligation de cogestion.

410. Passif. Enfin, il convient également de prendre en compte le passif inhérent à ce patrimoine comme le prévoit l'article 1571 *in fine*. Cet article vise autant le passif afférent à l'époux existant au jour de son mariage que celui lié aux biens inclus à l'actif originaire. Ce passif fait l'objet d'une réévaluation par renvoi aux règles de l'article 1469 du Code civil en fonction de l'objectif poursuivi par les sommes utilisées. En conséquence, l'ensemble des problématiques liées à ce type d'évaluation en régime de communauté existera également lors de la liquidation d'une participation aux acquêts. Enfin, cet article conclut : « *Si le passif excède l'actif, cet excédent est fictivement réuni au patrimoine final.* ». L'objectif est ici de compenser tout déséquilibre né du règlement d'une dette personnelle au moyen d'acquêts⁷¹⁷.

⁷¹⁵ Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 2016, n°14-24.556 : Bull. 2016, n°848, I, n°1144 ; op. cit.

⁷¹⁶ Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 1992, n°90-17.212 : Bull. civ. 1992, I, n°96 ; op.cit.

⁷¹⁷ Cette formulation est issue de la L. n°85-1372 du 23 décembre 1985, op. cit., et avant celle-ci, cet article disposait que : « *Si le passif excède l'actif, cet excédent est fictivement réuni au patrimoine final.* ». Cette modification législative a ainsi permis de corriger les iniquités créées par l'ancienne formulation du texte.

B. Preuves et présomptions

411. **L'exigence d'un état descriptif.** Il est fréquent qu'un litige survienne au jour de la dissolution sur l'inclusion ou non de tel ou tel bien dans le patrimoine originaire. La preuve de cette qualification incombe à celui des époux qui allègue qu'un bien en fait partie. Afin d'anticiper ces litiges, il apparaît judicieux d'encourager les époux à établir un inventaire précis de leur patrimoine personnel existant au jour de leur union. Cet « état descriptif » est expressément admis comme moyen de preuve⁷¹⁸ et crée ainsi une véritable présomption. Il peut être établi en la forme authentique ou sous-seing privé et doit être signé par les deux époux. Sur ce point, il convient de préciser qu'il peut être réalisé lors du mariage ou postérieurement. A ce titre, il est possible de procéder à un état descriptif complémentaire postérieurement à l'union. La seule exigence prescrite par l'article 1570 du Code civil, en son alinéa 2, est la présence et la signature des deux époux. Afin d'assurer la conservation d'un tel inventaire et d'assurer la parfaite compréhension des époux, l'acte authentique devra être encouragé. En principe, selon la lettre du texte, à défaut d'un tel état descriptif, « *le patrimoine originaire est tenu pour nul* ». Dans le but de pallier l'ensemble des hypothèses où les époux n'auraient pas établi ou pas mis à jour un tel état descriptif, l'article 1570 *in fine* renvoie aux moyens de preuve énoncés à l'article 1402. Une fois encore, la relation privilégiée des époux implique une acceptation moins stricte des modes de preuve afin de tenir compte des éventuelles impossibilités morales liées à celle-ci.

412. **Conséquence.** Si l'époux ne parvient pas à démontrer l'appartenance d'un bien à son patrimoine originaire, il sera alors présumé être un acquêt figurant au patrimoine final. A ce titre, il sera pris en compte dans le calcul de la créance de participation. Dans ce type de régime, le manque de rigueur des époux peut donc s'avérer particulièrement coûteux. Le notaire doit impérativement s'assurer de l'établissement, dès la conclusion du contrat, d'un état détaillé de leurs patrimoines respectifs afin de faciliter la liquidation et d'anticiper les éventuels conflits à venir. Il sera également opportun de stipuler expressément la portée de la validation de tout état descriptif établi postérieurement afin d'éviter les contestations à ce titre. En effet, la loi ne précise pas si la signature de l'époux le prive de toute éventuelle contestation postérieure à celle-ci. Il sera essentiel d'encadrer une telle controverse. Il pourra également leur conseiller de prévoir des clauses de présomption simple de propriété afin de simplifier les problématiques liées à la preuve au jour de la liquidation.

⁷¹⁸ Art. 1570, al. 2 C. civ.

C. Évaluation des biens du patrimoine originaire

413.**Principe.** Une fois identifiés les éléments le composant, il convient de procéder à leur évaluation. Ces biens doivent être évalués, aux termes du premier alinéa de l'article 1571, d'après leur état au jour du mariage ou de l'entrée dans ce patrimoine et pour leur valeur au jour de la liquidation. Il s'agit d'une application du principe, bien connu en droit français, de la dette de valeur. Or comme pour tout autre régime, le patrimoine des époux demeure rarement dans l'état où il se trouvait au jour de l'union. Il est alors fréquent que celui-ci ait fait l'objet d'aliénations ou d'améliorations.

414. **Aliénations.** En cas d'aliénation à titre onéreux⁷¹⁹, il convient de distinguer selon que le bien a fait ou non l'objet d'une subrogation. Si aucun bien ne lui a été subrogé, il conviendra de retenir la valeur du bien au jour de l'aliénation selon son état au jour du mariage ou de son entrée dans le patrimoine originaire. Le prix de vente pourra être un élément d'évaluation, sauf pour le conjoint à démontrer que celui-ci était manifestement sous-évalué. Si un nouveau bien lui a été subrogé, la valeur retenue sera alors celle du bien ainsi subrogé⁷²⁰ dans les proportions de cette subrogation. Si le bien aliéné avait une valeur supérieure au bien subrogé, la fraction non utilisée doit être mentionnée pour sa valeur à côté de celle du bien subrogé dans le patrimoine originaire.

415. **Évolution des patrimoines.** La qualification des améliorations et plus-values générées sur les biens figurant au patrimoine originaire est une problématique récurrente. Il conviendra de distinguer selon l'origine de ces améliorations. Si elles sont liées à une évolution naturelle ou fortuite du bien, indépendamment du couple, la solution ne présente pas de complexité. Ces plus-values seront incluses dans le patrimoine originaire de l'époux propriétaire. Étant indépendantes de la volonté de l'époux, elles ne profiteront qu'à lui. *A contrario*, si elles lui sont imputables, du fait notamment d'un investissement de ce dernier, elles seront alors qualifiées d'acquêts et seront, de ce fait, inscrites dans son patrimoine final. Seule la valeur du bien au jour de la liquidation, abstraction faite de l'amélioration apportée par l'époux, figurera alors au patrimoine originaire.

416. **Industrie de l'époux.** Une troisième hypothèse doit également être envisagée concernant la plus-value : celle de l'amélioration liée à l'industrie du ou des époux. La

⁷¹⁹ En cas d'aliénation à titre gratuit, le bien ne figurera plus dans le patrimoine originaire (art. 1570 C. civ.).

⁷²⁰ Art. 1571 C. civ.

doctrine et la jurisprudence sont divisées sur ce point. Une partie de la doctrine⁷²¹, se fondant sur la conception communautariste de ce régime, considère que la solution doit être identique à celle qui serait appliquée en régime de communauté. Or dans ce cas, la jurisprudence considère que la plus-value résultant de l'industrie personnelle ou professionnelle de l'un des époux ne donne pas lieu à récompense⁷²². Par analogie, une telle industrie ne devrait pas, selon eux, donner lieu au partage de l'enrichissement procuré et ladite plus-value devrait être mentionnée dans le patrimoine originaire. A l'opposé, une autre partie de la doctrine⁷²³, suivant une vision autonomiste de ce régime, considère qu'une dissociation avec la communauté est tout à fait réalisable et qu'il y a lieu de partager l'enrichissement ainsi procuré. Afin d'éviter tout contentieux sur ce sujet, il apparaît nécessaire de prévoir la solution de cette problématique au sein même du contrat de mariage : soit en stipulant que seules les plus-values liées à un investissement seront prises en compte dans le calcul de l'enrichissement, soit en stipulant que seules les plus-values volontairement générées (par le financement ou l'industrie de l'époux) seront prises en compte.

417. Perte fortuite. Enfin, une interrogation demeure concernant la perte fortuite des biens. Par un raisonnement par analogie, à défaut d'exclusion légale expresse, il nous paraît concevable d'inclure la valeur de tels biens dans l'actif originaire. On perçoit alors toute la difficulté de la liquidation de ce régime qui implique une gestion rigoureuse du patrimoine de chacun des époux afin de permettre, au jour de sa dissolution, un chiffrage exact de celui-ci.

§2 : L'identification du patrimoine final

418. Définition. Une fois le patrimoine originaire évalué, il conviendra de quantifier le patrimoine final. Sa composition est expressément prévue par les articles 1572, 1573 et 1574 du même Code. Il est composé de l'ensemble des biens appartenant à l'époux au jour de la dissolution. Cette acception est entendue de manière large et comprend, à la fois, les biens originaires ou ceux qui leur auront été subrogés, les biens acquis à titre onéreux pendant le fonctionnement du régime, leurs fruits ainsi que l'ensemble des créances qu'il détiendrait

⁷²¹ V. en ce sens : G. MORIN, « Participation aux acquêts », Defrénois 1987, art. 33836.

⁷²² Cass., 1^{ère} civ., 29 mai 2013, n°11-25.444 : Bull. 2013, n°114 ; JCP N 2013, n°40, n. B. BEIGNIER.

⁷²³ V. en ce sens : J. MAURY, « Le principe participatif en régime matrimonial séparatiste », In *Mélanges offerts à A. COLOMER*, Litec 1993, p.244 et s. – T. LE BARS, « Pour une conception autonomiste du régime matrimonial de la participation aux acquêts », In *Mélanges en l'honneur du Doyen G. WIEDERKHER, De code en code*, Dalloz, 2009, p.487.

contre son conjoint⁷²⁴, contre un tiers ou au titre de leur exploitation⁷²⁵. Il comprendra également tous les biens pour lesquels n'aura pu être ramenée la preuve de leur intégration au patrimoine originaire. En présence de bien indivis, seule la quote-part détenue par l'époux, en vertu du titre de propriété, devrait être comptabilisée au titre de son patrimoine final.

419.Évaluation. Les biens composant le patrimoine final, quelle que soit la nature du bien et sauf dérogation contractuelle contraire, seront estimés « *d'après leur état à l'époque de la dissolution du régime matrimonial et d'après leur valeur au jour de la liquidation de celui-ci* »⁷²⁶. Ce correctif permet de tenir compte de la fin de l'association conjugale. En effet, sur ce fondement, les plus-values ou moins-values résultant de l'activité ou de la négligence de l'époux propriétaire ne doivent plus bénéficier ou préjudicier à l'ex-conjoint à la suite de la dissolution de l'union. Cette solution semble logique puisque l'enrichissement n'a vocation à être partagé qu'au cours de l'union et non à la suite de sa dissolution. En ce sens, cette limitation permet de répondre à cette exigence pratique.

420.Correctif. Sera également incluse dans le patrimoine final la valeur de tous biens dont le conjoint aurait disposé à cause de mort ou qui auraient été aliénés à titre gratuit, sans l'autorisation du conjoint, ou en fraude aux droits de ce dernier⁷²⁷. Ces biens seront alors estimés selon la valeur « *qu'ils auraient eue, s'ils avaient été conservés, au jour de la liquidation* »⁷²⁸, d'après leur état au jour de l'aliénation. De manière plus anecdotique, cet article prévoit que sera également incluse dans le patrimoine final, « *La valeur, au jour de l'aliénation, des améliorations qui avaient été apportées pendant le mariage à des biens originaires donnés par un époux sans le consentement de son conjoint avant la dissolution du régime matrimonial ...* ». Cette précision correspond, en pratique, à l'hypothèse dans laquelle un époux aurait donné un bien issu de son patrimoine originaire, sans le consentement de son conjoint. Dans ce cas, il ne sera pas tenu d'en réintégrer la valeur totale dans le calcul de son patrimoine final⁷²⁹ mais uniquement la plus-value générée par ce bien durant le mariage.

⁷²⁴ Art. 1572, al.1 – Pour une application, v. Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2018, n°17-26.585 : D ; AJ. Fam. 2018, 699, obs. P. HILT.

⁷²⁵ Pour une application au solde créateur du compte exploitant de l'époux qu'il exploite à titre individuel une officine de pharmacie : v. Cass, 1^{ère} civ., 7 novembre 2018, n°17-26.222 : PB ; JurisData n°2018-019562 ; D. actu., 4 décembre 2018, obs. Q. GUIGUET-SCHIELE ; Dr. Fam. 2019, n°31, n. S. TORRICELLI-CHIRIFI ; Defrénois 2019, 147j3, p. 36, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP G 2019, 554, n°12, obs. A. TISSERAND-MARTIN ; JCP N 2019, 1178, obs. A. KARM ; RLDC 6189, n°170, mai 2019, obs. J. CHARLIN ; RTD civ. 2019, 176, obs. M. NICOD.

⁷²⁶ Art. 1574 C. civ.

⁷²⁷ Art. 1573 C. civ.

⁷²⁸ Art. 1574 C. civ.

⁷²⁹ *A contrario*, si le bien donné avait été un acquêt, c'est la valeur totale qui aurait été prise en compte.

Enfin, l'actif ainsi reconstitué sera corrigé en tenant compte de l'ensemble des dettes non encore acquittées affectant ce patrimoine. Il est loisible de constater que, contrairement à l'évaluation du patrimoine initial, l'évaluation du patrimoine final ne génère que peu d'interrogations, sous réserve des cas de fraude parfois mal compris par les époux.

421.Preuves. Contrairement au patrimoine originaire pour laquelle la preuve est limitée par les conditions prévues à l'article 1402 du Code civil, la consistance de ce patrimoine peut être prouvée par tous moyens. Il sera alors établi un état descriptif, sous forme authentique ou sous-seing privé, « *en présence de l'autre conjoint ou de ses héritiers dûment appelés* ». La signature du conjoint n'est, sur ce point, pas exigée. Cet état descriptif devra être dressé dans les neuf mois de la dissolution du régime. Il est toutefois possible d'obtenir une prorogation de ce délai par le Président du tribunal statuant en la forme des référés. Le dépassement de ce délai ne connaît pas de sanction légale. Les époux sont, dans ce régime, moins bien protégés que les époux communautaristes face au recel. En effet, l'article 1477 du Code civil sanctionnant le recel ne vise que la dissimulation ou le détournement de biens communs. Or si ce régime peut, par certains aspects, se rapprocher d'un régime de communauté, les biens détenus conjointement par les époux sont indivis et non communs. Cette solution, rappelée par la jurisprudence⁷³⁰, est juridiquement cohérente même si elle aboutit à une situation critiquable. En effet, une telle omission pourra avoir des conséquences quant au calcul de la créance de participation. Comme le soulignait le Recteur Bernard Beignier, quant à l'analyse de cet arrêt, « *c'est dans la sanction de la fraude que se trouvera la sanction adéquate* »⁷³¹.

422.Passif final. Comme pour le patrimoine originaire, il convient de pondérer l'actif final en tenant compte du passif final. En effet, l'objectif est de valoriser l'enrichissement de l'époux, il est donc essentiel de tenir compte de tout éventuel passif qui viendrait grever celui-ci. A ce titre, l'alinéa 2 de l'article 1574 dispose : « *De l'actif ainsi reconstitué, on déduit toutes les dettes qui n'ont pas encore été acquittées, y compris les sommes qui pourraient être dues au conjoint.* ». Aucune distinction n'est opérée selon que ce passif soit lié à un actif originaire ou final. Le seul critère légal de distinction est ainsi l'existence préalable de la dette à la dissolution de l'union et son absence d'acquittement. De ce fait, toutes les dépenses liées à

⁷³⁰ Cass., 1^{ère} civ., 4 mai 2011, n°10-15.787 : Bull. 2011, I, n°83 ; AJ. Fam. 2011, p.332, obs. P. HILT ; D. 2011, p.2005, n. L. MAUGER-VIELPEAU ; Defrénois 2011, p.1226, n. D. AUTEM ; JCP N 2011, 1283, n. B. BEIGNIER ; RTD civ. 2011, p.579, obs. B. VAREILLE – V. dans le même sens : Cass., 1^{ère} civ., 6 mars 2013, n°11-25.159 : NP.

⁷³¹ JCP N 2011, 1283, n. B. BEIGNIER.

la dissolution ne pourront être prises en compte. Seront également déduites de l'actif final, l'ensemble des créances dues au conjoint. Quant à l'évaluation de ce passif, l'article 1574 ne prévoit, contrairement à l'article 1571, aucun mécanisme correctif tenant compte de l'objet visé par la dette. Il convient, en principe, d'appliquer la règle du nominalisme monétaire qui consiste à tenir compte de sa valeur nominale. Toutefois, sur ce point, un dilemme peut apparaître lorsqu'une dette originaire n'est pas encore réglée au jour de la dissolution. En effet, au titre de l'évaluation du patrimoine originaire, celle-ci devra être mentionnée, en application de l'article 1469 du Code civil, suivant sa destination et, par suite, réévaluée. Or, celle-ci figurera également au patrimoine final comme n'ayant pas encore été soldée mais sera alors retenue pour sa valeur nominale. Cette différence d'évaluation pourrait entraîner des solutions illogiques en créant fictivement des acquêts. Certains auteurs ont, pour cette raison, proposé de soumettre la réévaluation du passif originaire à la condition que celui-ci ait fait l'objet d'un remboursement au jour de la dissolution afin d'éviter cette différence de traitement⁷³².

§3 : Dissolution et créance de participation

423.Date de dissolution Une des particularités de ce régime tenait à la date retenue quant à la dissolution. Face à des époux en instance de divorce, il était de pratique courante que la date de jouissance divise retenue, afin de trancher les problématiques liées à la liquidation, soit celle de l'ordonnance de non-conciliation (dite ONC). Or, une fois encore, la participation aux acquêts brillait, sur ce point, par son originalité. En effet, un texte dérogatoire prévoit expressément en la matière que « *S'il y a divorce, séparation de corps ou liquidation anticipée des acquêts, le régime matrimonial est réputé dissous au jour de la demande.* »⁷³³. Nul ne savait s'il convenait de retenir comme date de « la demande » le jour de la requête en divorce ou celui de l'assignation. La doctrine restait incertaine sur ce point et aucune jurisprudence n'est jamais venue trancher cette question. Toutefois, la loi du 23 mars 2019⁷³⁴, entrée en vigueur pour la partie relative au divorce contentieux au 1^{er} septembre 2020, est venue mettre un point final à l'intérêt de ce débat. D'une part, il n'y a désormais plus lieu de procéder à une requête unilatérale en divorce mais directement à une assignation. D'autre part, du fait de la suppression de la pré-instance, il n'y aura plus d'audience sur

⁷³² T. LE BARS, « Pour une conception autonomiste du régime matrimonial de la participation aux acquêts », In *Mélanges en l'honneur de Georges WIEDERKEHR*, D. 2009, p.487.

⁷³³ Art. 1572, al. 1 *in fine* C. civ.

⁷³⁴ L. n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (JORF n°0071, 24 mars 2019) et Décret n°2019-1380 du 17 décembre 2019 (JORF 19 décembre 2019).

tentative de conciliation et par suite, plus d'ordonnance de non-conciliation⁷³⁵. A la suite de la disparition de l'ONC, le texte de l'article 262-1 du Code civil prévoit désormais que le jugement prendra effet, dans les rapports entre les époux, à la date de la « *demande en divorce* ». Or du fait de la suppression pure et simple de la nécessité d'établir une requête, la demande en divorce est désormais clairement caractérisée au jour de l'assignation en divorce. Le débat sur le point de savoir s'il convient de retenir la date de l'assignation ou de la requête est ainsi définitivement clos. En outre, la nouvelle procédure prévoit expressément que la date des effets du divorce, sauf convention dérogatoire des époux, est désormais la date du jour de la demande, c'est-à-dire celle de l'assignation. Cette réforme a ainsi abouti à une uniformisation des règles applicables à l'ensemble des régimes sur ce point.

424. La créance de participation. Une fois la date de la dissolution fixée et ces deux patrimoines valorisés, il sera possible d'établir l'existence ou non d'une créance de participation (A) ainsi que son règlement (B). La liquidation de ce régime est, sans nul doute, sa caractéristique la plus atypique.

A. Le chiffrage de la créance de participation, une recherche d'équilibre au jour de la dissolution

425. Principe. Si la liquidation du régime de la participation aux acquêts peut s'apparenter à celle d'une communauté légale, elle diffère autant sur le fondement que sur ses conséquences. Contrairement à celle-ci, elle aboutit à conférer à l'époux s'étant le moins enrichi un droit personnel de créance et non un droit réel sur les biens compris dans le patrimoine de son conjoint. Chacun des époux demeure donc seul propriétaire de son patrimoine et seul débiteur de ses créanciers personnels. L'indépendance est maintenue et aucune indivision n'est créée du fait de la liquidation. Cependant, l'époux s'étant le plus enrichi au cours de l'union devra faire bénéficier son conjoint d'une créance permettant d'assurer une équité entre les membres du couple. Ce mécanisme permet de garantir la propriété des biens tout en assurant le partage des richesses.

426. Mécanisme de liquidation. Pour ce faire, il convient de procéder à une opération de soustraction entre le patrimoine final et le patrimoine originaire de chacun des époux afin de chiffrer l'enrichissement net de chacun d'eux. Si le résultat est positif, c'est-à-dire si le

⁷³⁵ Il demeure toutefois possible, à la suite de l'assignation, de demander une audience d'orientation et de mesures provisoires (dite AOMP) qui aura, peu ou prou, le même objet.

patrimoine final est excédentaire par rapport au patrimoine originaire, l'accroissement de ce patrimoine sera qualifié d'« acquêts nets » et donnera lieu à participation. Les acquêts nets correspondront ainsi au montant de l'enrichissement réalisé par l'un des époux au titre de son travail ou de ses économies. *A contrario*, si le résultat de cette opération est négatif, dans l'hypothèse où le patrimoine final serait inférieur au patrimoine originaire, l'article 1575 du Code civil prévoit expressément que l'époux propriétaire supportera seul ce déficit. Les acquêts nets seront retenus pour zéro. En effet, la participation aux acquêts n'a pas pour objet de faire supporter au conjoint un quelconque déficit patrimonial. La « participation » consacrée par ce régime n'a vocation qu'à concerner l'enrichissement des époux⁷³⁶. Une fois cette opération réalisée, il conviendra de procéder à la balance entre les acquêts nets de chacun des époux. Seul l'excédent fera l'objet d'un partage entre eux. Il s'agit donc de procéder à une opération de compensation entre l'excédent généré (acquêts nets) par chacun des époux. L'époux qui aura réalisé le plus d'acquêts nets sera débiteur d'une créance de participation au profit de son conjoint. Cette créance sera, en principe et sauf clause de partage inégale, égale à la moitié de la différence des acquêts nets réalisés par chacun des époux. Parallèlement, sera également réglé l'ensemble des créances entre époux qui pourraient exister entre eux.

427. Correctif. Par l'application de l'article 1579 du Code civil⁷³⁷, le législateur a prévu un correctif lorsque l'application des règles légales aboutit à « *un résultat manifestement contraire à l'équité* ». Dans une telle hypothèse, les juges auront alors la faculté de déroger à ces règles à la demande de l'un des époux. Toutefois, afin d'assurer une certaine sécurité juridique et d'éviter une trop grande immixtion dans les volontés contractuellement exprimées, cette faculté n'est possible que dans l'hypothèse où seraient appliquées les règles légales. Ainsi, le juge ne pourra, sur ce fondement, déroger aux règles contractuellement prévues par les époux aux termes de leur contrat de mariage. A ce titre, il conviendra d'encourager les époux à encadrer l'évaluation de leurs patrimoines ainsi que les présomptions auxquelles ils entendraient les soumettre. Dans le même sens, le juge ne peut se saisir d'office d'une telle solution. Le texte prévoit, en effet, que cette dérogation doive intervenir « *à la demande de l'un des époux* ». Enfin, il convient de souligner que cet article ne vise que la possibilité de déroger aux règles d'évaluation des patrimoines originaire et final.

⁷³⁶ A. MARIE, « Réflexion sur l'appauvrissement des époux dans le régime de communauté légale et de participation aux acquêts », Defrénois 2001, art. 37426.

⁷³⁷ Cet article est issu de la loi du 13 juillet 1965 (op.cit.) et n'a pas subi de modification depuis. Il se justifiait par la méconnaissance des difficultés pratiques que pourraient générer ce régime alors inconnu en droit français.

L'interprétation de cette limitation a pu faire débat au sein de la doctrine. En effet, certains auteurs, parmi lesquels Messieurs Philippe Malaurie et Laurent Aynes⁷³⁸, considéraient que cet article devait permettre de sanctionner les comportements déviants de l'un des époux (mauvaise gestion, fraude, manquement à ses obligations de communication au titre de l'article 1578 du Code civil, etc.). De leur point de vue, une appréciation large permettrait de mieux identifier les hypothèses d'iniquité. Toutefois, si le législateur ne s'est pas encore prononcé sur cette appréciation, la jurisprudence a, quant à elle, retenu une interprétation plus étroite se limitant à la lettre du texte⁷³⁹. Ainsi, ce correctif entraîne une certaine insécurité juridique qui, si elle est justifiable sur le fondement de l'équité, n'en demeure pas moins critiquable. Face à un régime perçu comme complexe à liquider, cette insécurité juridique ne plaide pas en faveur de l'élection de ce régime.

428.Prescription. Enfin, et afin d'éviter que les situations de conflit ne puissent perdurer éternellement et que les éléments de preuve disparaissent, le législateur a expressément prévu que l'action en liquidation se prescrive par trois ans à compter de cette dissolution⁷⁴⁰. Cette prescription est une autre particularité de ce régime. En effet, aucune prescription de ce type n'existe dans les autres régimes. En cas de contestation de l'un des époux, celui-ci devra agir afin d'obtenir une liquidation judiciaire avant la fin du délai de prescription. A défaut, il ne lui sera plus possible d'agir en justice et la seule option qui lui sera alors ouverte sera celle d'un accord amiable. Le point de départ, le *dies a quo*, de cette prescription a longtemps fait débat. Une partie de la doctrine optait pour une application par analogie de l'article 1572 en retenant la date de la demande en divorce. *A contrario*, d'autres auteurs, dans le but d'éviter que cette action ne s'éteigne par prescription alors même que le divorce n'était pas encore prononcé⁷⁴¹, préféraient retenir la date à laquelle le jugement était devenu définitif. La jurisprudence est venue trancher ce débat en faveur de cette seconde solution⁷⁴². Cette prescription ne concerne toutefois que la liquidation elle-même. Ainsi, si

⁷³⁸ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit des régimes matrimoniaux*, L.G.D.J. Droit civil, 7^e éd., 2019.

⁷³⁹ Cass., 1^{ère} civ. 26 septembre 2007, n°06-10.930 : Bull. civ. I, n°308 ; RLDC novembre 2007, n°2754 ; RJPF 2008, 1/15, obs. F. VAUVILLE.

⁷⁴⁰ Art. 1578, al. 4 C. civ.

⁷⁴¹ CA Agen, 3 mars 1988 : « revient à considérer que le délai de prescription serait arrivé à expiration avant même que n'intervienne la décision de justice pouvant faire naître ce délai puisque le divorce et donc la dissolution du régime matrimonial des époux (...) n'ont pas été prononcés, compte tenu de l'effet suspensif des voies de recours » (JCP 1989, II, 21308, n. Ph. Simler).

⁷⁴² Cass., 1^{ère} civ., 14 mai 1996, n°94-11.338 : Bull. 1996, I, n°209, p.145 ; D. 1996, 151 ; Defrénois 1996, art. 36387, n°126, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP G 1996, I, 3962, n°20, obs. M. STORCK ; JCP N 1997, 391, n. J.-F. PILLEBOUT ; RTD civ. 1997, 214, obs. B. VAREILLE.

elle a été réalisée, le paiement de la créance est, quant à lui, soumis au délai de prescription quinquennale de droit commun.

B. Le règlement de la créance de participation

429. Paiement en valeur. En principe, la créance de participation aboutit à une indemnisation en valeur. L'article 1576 du Code civil prévoit que l'époux débiteur devra, à ce titre, verser à son conjoint une somme d'argent. Cette créance est exigible dès la clôture des opérations de liquidation. L'époux créancier devra poursuivre le recouvrement de sa créance d'abord sur les biens existants, puis, subsidiairement⁷⁴³, sur les biens ayant fait l'objet d'une aliénation à titre gratuit sans son autorisation ou en fraude à ses droits au sens de l'article 1573 dudit Code⁷⁴⁴. Toutefois, afin de tenir compte de la nature des patrimoines qui peuvent ne pas être immédiatement liquides, il est expressément prévu la possibilité pour l'époux débiteur de demander des délais de paiement⁷⁴⁵. Ce délai pourra être imposé par le juge sous réserve pour l'époux débiteur de fournir des sûretés⁷⁴⁶ et de verser des intérêts.

430. Paiement en nature. A titre dérogatoire, les époux peuvent convenir d'un commun accord d'un règlement en nature. Cet accord peut résulter autant de l'acte de liquidation que du contrat de mariage initial. En effet, l'article 1581 prévoit expressément, en son alinéa 3, cette faculté⁷⁴⁷. Sous réserve d'en démontrer « *l'intérêt essentiel* », il sera possible d'obtenir un paiement en nature. Une fois encore, l'anticipation *ab initio* pourra permettre d'éviter tout blocage au jour de la liquidation. Cet article n'est pas d'ordre public. Les époux ont la possibilité de dispenser, dans leur contrat de mariage, l'époux créancier d'avoir à démontrer l'intérêt essentiel afin d'exiger un règlement en nature. Il conviendra alors, afin d'assurer une certaine sécurité juridique, de préciser explicitement les biens qui pourraient faire l'objet d'un tel règlement soit de manière générale, notamment en fonction de leur genre, soit de manière précise, en désignant un, ou plusieurs, bien déterminé⁷⁴⁸. Au-delà de l'accord des parties, un tel règlement peut également être décidé en vertu d'une décision du

⁷⁴³ Art. 1577 C. civ.

⁷⁴⁴ Cette action contre les tiers se prescrit par deux ans à compter de la clôture de la liquidation (art. 1578, al. 4, C. civ.).

⁷⁴⁵ Ceux-ci ne pourront pas dépasser cinq (5) ans et donneront lieu à intérêts (art. 1576 C. civ.).

⁷⁴⁶ Il est notamment possible de faire inscrire une hypothèque sur le bien du débiteur (art. 2402 C. civ.).

⁷⁴⁷ Art. 1581, al. 3 C. civ. : « *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* ».

⁷⁴⁸ V. pour une proposition de formulation d'une telle clause : 106^{ème} Congrès des notaires de France, 2010, op. cit., spéc. p.768.

juge⁷⁴⁹, si le conjoint débiteur est en mesure de démontrer l'impossibilité, liée à des « difficultés graves », de procéder à un règlement en valeur⁷⁵⁰. Ce règlement en nature peut porter aussi bien sur des biens figurant au patrimoine originaire que sur des biens du patrimoine final.

431. Qualification. Selon la situation des biens – patrimoine originaire ou patrimoine final –, la qualification de l'opération est amenée à varier. En effet, toutes les fois où le bien attribué en règlement ne fait pas partie du patrimoine originaire de l'époux débiteur ou que le conjoint créancier attributaire vient à la succession de celui-ci, ce règlement sera alors considéré comme une opération de partage, et de ce fait, fiscalisé au titre des droits de partage. Dans les autres hypothèses, ce règlement en nature sera qualifié de dation en paiement et imposable aux droits de mutation à titre onéreux. Sur ce point, il convient de préciser, qu'afin de protéger les droits des créanciers, une telle liquidation ne leur sera pas opposable. Ils conserveront donc le droit de saisir les biens attribués au conjoint de leur débiteur⁷⁵¹.

432. Anticipation. Afin d'anticiper les risques liés à une dissolution pour cause de divorce, le notaire doit attirer l'attention des époux sur l'ensemble des règles et possibilités qui peuvent, si ce n'est doivent, être aménagées. Bien que le régime de la participation aux acquêts ait pour objectif d'anticiper les conséquences de sa propre dissolution en assurant un partage des richesses, il n'est pas exempt de toute nécessité d'anticipation ou de correctifs nécessaires aux règles qui lui sont applicables. En ce sens, il conviendra d'établir aux termes du contrat de mariage autant les règles applicables à la composition des patrimoines des époux (état descriptif, présomptions, etc.) que celles liées à la dissolution et au règlement de la créance de participation qui pourrait être due.

⁷⁴⁹ Cass., 1^{ère} civ., 18 juillet 1995, n°93-15.981 : Bull. civ. I, n°325 ; Defrénois 1996, 411, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD civ. 1997, 212, obs. B. VAREILLE.

⁷⁵⁰ Art. 1576, al.2 C. civ.

⁷⁵¹ Art. 1576, al. 4 C. civ.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

433.**Un régime singulier.** Le régime de la participation aux acquêts, bien qu'expressément visé par le Code civil, ne rencontre pas une popularité similaire à celle des autres régimes nommés. Sans nul doute, ce manque de popularité est lié à la défiance des praticiens vis-à-vis de ce régime. Toutefois, il ne peut être nié qu'il connaît des opportunités, notamment lorsque l'objectif des époux est d'anticiper une éventuelle désunion. En effet, il permet d'offrir aux époux : d'une part, les avantages d'un fonctionnement séparatiste en cours d'union ; d'autre part, les avantages d'un partage de l'enrichissement similaire aux régimes de communauté. De ce fait, il combine l'indépendance des régimes séparatistes et la mise en commun de l'enrichissement d'avantage d'inspiration communautaire. C'est ce caractère hybride qui fait sa singularité. En outre, et bien que ce régime, du fait même de son fonctionnement, ait déjà pour objectif d'anticiper sa dissolution, il demeure possible d'en aménager les contours afin d'en faire un outil efficace d'anticipation, sous certaines réserves.

434.**Appel au législateur.** Afin d'éviter toute incertitude, il serait opportun que le législateur s'attache à préciser aux termes de l'article 1573 du Code civil si les aliénations frauduleuses visées par cet article doivent ou non être limitées aux seuls biens « acquêts », non inclus dans le patrimoine originaire. Sur ce point, et afin d'être en cohérence avec l'esprit de ce texte, il nous semble qu'il devrait retenir que les aliénations frauduleuses n'ont vocation à concerner que les biens non inclus dans le patrimoine originaire. L'article pourrait alors être modifié comme suit :

« Aux biens existants on réunit fictivement les biens qui ne figurent pas dans le patrimoine originaire et dont l'époux a disposé par donation entre vifs sans le consentement de son conjoint, ou qu'il aurait aliénés frauduleusement. L'aliénation à charge de rente viagère ou à fonds perdu est présumée faite en fraude des droits du conjoint, si celui-ci n'y a consenti. ».

435.**Opportunités.** Du fait de son caractère intrinsèquement séparatiste, ce régime offre aux époux, en cours d'union, des avantages similaires à ceux du régime de la séparation de biens pure et simple. Il leur permettra notamment d'assurer une certaine indépendance de leurs patrimoines et une protection vis-à-vis des tiers. Il pourra donc être conseillé aux époux ayant des professions « à risques ». Logiquement, connaissant les mêmes avantages, il connaît

également les mêmes limites que le régime de la séparation de biens⁷⁵². Toutefois, son caractère hybride lui confère un avantage que ne connaît pas la séparation de biens pure et simple : sa vocation communautaire. Ainsi, au jour de la dissolution de l'union, chacun des époux est amené à partager l'enrichissement net de l'autre. De ce fait, ce régime pourra permettre de répondre aux couples désireux de protéger leur patrimoine, notamment vis-à-vis des créanciers, sans priver leur conjoint de leur enrichissement. Il apparaîtra alors moins individualiste.

436.**Limites.** En cours d'union, il connaît des limites similaires à celles de la séparation de biens pure et simple. Toutefois, ce n'est pas ce qui justifie le peu d'engouement en sa faveur. Indubitablement, la principale limite de ce régime vient de la complexité de sa liquidation. Celle-ci explique bien souvent le désamour des praticiens à son égard. En outre, c'est pour cette raison qu'il est souvent perçu comme un régime de juristes, trop complexe à mettre en œuvre pour des époux n'en maîtrisant pas toutes les conséquences.

⁷⁵² V. *supra*, spéc. 300 et s.

CONCLUSION DU TITRE III

437.**Régimes hybrides.** Au-delà de l'opposition dichotomique entre les régimes séparatistes et communautaires, il existe un espace de liberté permettant de consacrer l'existence de régimes hybrides alliant les avantages et les inconvénients de ces deux types de régimes. De tels régimes ont ainsi pu être consacrés par le législateur comme par la pratique. Toutefois, ils ne connaissent pas la même popularité et s'avèrent souvent complexes à mettre en œuvre du fait de la rigueur qu'ils nécessitent pour leur établissement, voire pour leur liquidation.

438.**Société d'acquêts.** Afin de pallier l'individualisme du régime de la séparation de biens pure et simple, les praticiens ont prévu la possibilité pour les époux d'adjoindre à leur séparation de biens une société d'acquêts. Une telle adjonction permet alors de voir apparaître au sein d'un régime séparatiste classique un îlot communautaire. Si ce régime innommé peut alors apparaître comme une solution optimale en vue d'anticiper les conséquences néfastes d'un éventuel divorce, il connaît toutefois un défaut essentiel : tout doit être anticipé. En effet, n'étant pas expressément régi par le Code civil, il convient que le rédacteur du contrat de mariage s'attache à encadrer l'intégralité des conditions et modalités d'application de ce régime. Il devra également tâcher d'anticiper toutes les problématiques pouvant subvenir en fonction de la composition, actuelle comme future, des patrimoines des époux. Cette liberté est un atout évident car elle laisse la place à l'imagination du rédacteur. Toutefois, il pourrait être opportun que le législateur s'attache à encadrer ce régime, tout au moins en prévoyant *a minima* des règles supplétives, notamment afin de pallier les lacunes éventuelles du contrat.

439.**Participation aux acquêts.** Au sein même des régimes hybrides, celui de la participation aux acquêts apparaît comme atypique. En effet, il ne se contente pas d'adjoindre une communauté limitée au sein d'un régime de séparation de biens. Il permet, au contraire, de faire cohabiter deux modes de fonctionnement diamétralement distincts suivant la temporalité à laquelle ses règles devront être mises en œuvre. Séparatiste en cours d'union, la liquidation réalisée au jour de la dissolution s'apparente, tout au moins en valeur, à celle d'un régime communautaire. Le choix de ce régime peut alors permettre aux époux d'anticiper une éventuelle désunion. Il leur offre la faculté de maîtriser la composition des patrimoines en cours d'union par son caractère séparatiste. Mais il ne s'en contente pas. Il leur permet

également de partager l'enrichissement réalisé en cours d'union au jour de la dissolution. Ce faisant, il permet d'allier les avantages de ces deux régimes. En outre, il demeure possible d'aménager les règles de ce régime afin de lui permettre de répondre au mieux aux intérêts des époux.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

440.**Choix.** Le régime matrimonial a vocation à régir l'ensemble des relations patrimoniales des époux entre eux et à l'égard des tiers. Par suite, le choix de ce régime s'avérera prépondérant en matière d'anticipation d'un éventuel divorce. Le législateur met, à ce titre, à la disposition des époux un large panel de solutions permettant de faire varier le « curseur » de la fusion patrimoniale de son minimum à son maximum. Au sein de ces régimes, une opposition dichotomique apparaît, opposant les régimes d'esprit communautaire aux régimes d'esprit séparatiste. Les premiers tendent à consacrer une mise en commun plus ou moins globale des patrimoines des époux. Si une telle solution peut s'avérer contraire à l'idée même d'anticipation de la désunion, elle peut permettre de désarmer les époux en neutralisant leurs intérêts patrimoniaux. Au contraire, les seconds visent à rechercher une indépendance et une autonomie entre les patrimoines personnels des époux. Ils leur offrent un cadre similaire à celui des couples non mariés. Toutefois, si cette solution peut sembler idéale en vue d'anticiper un éventuel divorce, elle donne lieu à un contentieux plus fourni. Enfin, au-delà de cette *summa divisio*, il existe une place pour des régimes hybrides permettant d'allier les atouts, mais également certains inconvénients, de ces types de régimes. C'est ainsi que les époux pourront opter pour le régime de la participation aux acquêts ou pour le régime innommé de la séparation de biens avec société d'acquêts.

441.**Limites.** Quel que soit le régime matrimonial choisi par les époux, force est de constater qu'aucune de ces solutions ne permet de répondre parfaitement à l'ensemble des problématiques mises en exergue. Paradoxalement, la première limite à l'efficacité de ce choix de régime, et ce, peu importe le régime choisi, demeure le comportement des époux. En effet, il est fréquent que, par leurs comportements, les époux déjouent les anticipations qu'ils avaient eux-mêmes mis en œuvre. En outre, la jurisprudence tend, notamment sur le fondement du régime primaire commun à tous les couples mariés, à créer une harmonisation des solutions entre tous les régimes. Or, ce faisant, elle trompe parfois la vigilance et l'anticipation du couple comme de leur conseil juridique. Enfin, chaque régime connaît des limites et inconvénients qui lui sont propres.

442.**Aménagements.** Afin de se prémunir contre les évolutions jurisprudentielles ou tout simplement d'améliorer le régime choisi afin de lui permettre de répondre au mieux aux attentes des époux, le notaire peut, si ce n'est doit, leur proposer d'aménager leur régime

matrimonial. En effet, il est indéniable que le seul choix d'un régime matrimonial n'est pas suffisant afin d'anticiper au mieux un éventuel divorce. Par suite, il devra attirer leur attention sur les lacunes et désagréments de chaque régime matrimonial et leur proposer d'adapter, dans la mesure du possible, les règles du régime choisi à leur situation particulière. Ainsi, le contrat de mariage ne peut se contenter d'élire un régime matrimonial. Il doit également contenir l'ensemble des aménagements permettant l'anticipation complète des problématiques inhérentes à chaque couple particulier. Le « sur-mesure » doit, à ce titre, devenir la norme.

TROISIEME PARTIE : L'ANTICIPATION PAR LE CHOIX DES CLAUSES

443. **Un choix libre.** « *Choisir, c'est renoncer* » dit l'adage commun. Certes. Mais choisir un régime matrimonial n'implique pas toujours de renoncer aux avantages conférés par un autre. En la matière, la liberté des époux est vaste. A ce titre, l'article 1387 du Code civil offre un large panel de solutions leur permettant de régir l'organisation de leur régime matrimonial. Il leur permet d'opter pour un régime nommé, mais également d'en « construire » un intégralement en se fondant, par exemple, sur les règles issues d'un régime étranger et ce, même en l'absence de tout élément d'extranéité. La liberté est telle qu'ils ont la faculté de stipuler autant des clauses expressément prévues par la loi que des clauses qui ne sont qu'implicitement admises. Il leur est, en outre, possible de convenir dès la conclusion du mariage et, sous certaines limites, de ce qu'il adviendra en cas de dissolution de l'union par décès ou par divorce voire de prévoir une solution alternative selon la cause de cette dissolution. La liberté ainsi offerte aux époux est l'exemple même de la liberté contractuelle que la loi offre de manière générale à toutes les parties. Mais elle va également au-delà de cette liberté de droit commun en leur offrant des possibilités non permises entre des tiers.

444. **Aménagements.** Cette liberté jouera un rôle prépondérant en matière d'anticipation d'un éventuel divorce. En effet, les époux pourront, sur ce fondement, choisir le régime matrimonial le mieux adapté à leur situation particulière. Cependant, nombreux seront les cas où un aménagement sera nécessaire afin de pondérer ou de corriger les conséquences de ce choix d'un régime. L'aménagement d'une ou plusieurs clauses du contrat permettra d'aboutir à des solutions mêlant les attraits et les inconvénients des régimes « types ». Le rôle du notaire sera celui de l'orfèvre en vue d'établir, selon la volonté des époux, des clauses « sur-mesure » adaptées à chaque situation singulière. L'anticipation de la dissolution sera alors, souvent, un des objectifs visés, si ce n'est l'objectif principal. A ce titre, il lui appartiendra de rédiger avec minutie et rigueur les clauses incluses dans le contrat de mariage. Incontestablement, l'établissement d'un tel contrat ne doit pas apparaître comme un automatisme se contentant de reprendre les clauses types des logiciels métiers. Le notaire doit prêter une attention particulière à chaque clause qui y sera stipulée.

445.Solutions plurielles. Parmi les aménagements envisageables, un certain nombre de clauses peuvent être stipulées dans des régimes distincts, si ce n'est dans l'ensemble des régimes. C'est la raison pour laquelle nous avons choisi de les étudier indépendamment de l'étude des régimes eux-mêmes (Chapitre 1). Au-delà de ces aménagements généraux, certains régimes connaissent des solutions spécifiques pouvant aboutir à des solutions plus appropriées à l'anticipation d'une éventuelle désunion (Chapitre 2).

TITRE I : LES CLAUSES COMMUNES A TOUS LES REGIMES

446.**Litiges.** La dissolution de l'union devient souvent le « *théâtre d'affrontements où intime et économique se mêlent étroitement jusqu'à se confondre et se perdre* »⁷⁵³. A ce titre, elle ne peut être ni analysée, ni anticipée sans tenir compte des opérations liées au fonctionnement de l'union elle-même. En effet, toutes les opérations réalisées au cours de celle-ci pourront être la cible potentielle de contestations et de remises en cause. Les financements consentis de bonne grâce auront, face au divorce, un goût amer pour l'époux les ayant réalisés. Les propriétés reconnues sans contestation au jour de l'union seront mises en doute. Nombreuses seront les causes de contentieux qui pourront alors aboutir à un blocage au jour de la liquidation du régime. C'est pour ces raisons et afin d'éviter, ou de minimiser, l'apparition des conflits au jour de la dissolution que le notaire doit conseiller aux époux d'aménager, par l'insertion de clauses, certains pans de leur régime matrimonial.

447.**Solutions plurielles.** Bien que le choix d'un régime matrimonial puisse aboutir à une situation diamétralement opposée à celle prévue par un régime distinct, il persiste au sein des couples mariés des similitudes. Indéniablement, certaines problématiques ne sont pas propres à un régime déterminé mais peuvent être constatées dans tous les régimes, si ce n'est la quasi-totalité d'entre eux. D'une part, quel que soit le régime matrimonial choisi par les époux, ils demeurent tous, du seul fait de leur mariage⁷⁵⁴, soumis à un corps de règles impératives : le régime « primaire ». Or, parmi ces règles impératives, la contribution aux charges du mariage visée par l'article 214 du Code civil génère un important contentieux jurisprudentiel. Le législateur offre aux époux la faculté d'aménager cette contribution. Ainsi, dans un objectif d'anticipation de la désunion, une telle faculté ne doit pas être omise (Chapitre 1). D'autre part, le divorce entraînera pour l'ensemble des époux une conséquence identique : la dissolution de l'union et, par voie de conséquence, sa liquidation. En ce sens, il peut être envisagé l'aménagement des règles afférentes à celle-ci (Chapitre 2).

⁷⁵³ Pour reprendre l'image utilisée dans la présentation de la pièce intitulée « L'Entretien » mise en scène par P. GERMAIN et tirée du livre éponyme, de P. MALONE, éd. Espaces 34, cop. 2007, coll. Espace Théâtre, 2007.

⁷⁵⁴ Art. 226 C. civ.

CHAPITRE 1 : L'AMENAGEMENT DE LA CONTRIBUTION AUX CHARGES DU MARIAGE

448.**Principe.** Si les époux ont le choix de leur régime matrimonial, ils sont tous, quel que soit le régime élu, soumis, par le seul fait du mariage, à un régime minimal identique. Le législateur a ainsi énoncé un certain nombre de règles impératives⁷⁵⁵ d'application immédiate⁷⁵⁶ « *sans qu'il y ait lieu de considérer l'époque à laquelle le mariage a été célébré ou les conventions matrimoniales passées* ». La jurisprudence admet, en ce sens, que la date de la célébration de l'union n'a pas d'impact sur l'application de ces textes⁷⁵⁷. Ce régime impératif s'est vu attribuer par la doctrine de nombreuses dénominations : statut fondamental des gens mariés⁷⁵⁸, statut patrimonial de base⁷⁵⁹, statut impératif de base⁷⁶⁰... C'est aujourd'hui l'appellation de « régime primaire », issue de l'exposé des motifs de la loi de 1965⁷⁶¹, qui demeure la plus fréquemment employée autant par la doctrine que par les praticiens. Toutefois, cette terminologie fait l'objet de critiques d'une partie de la doctrine qui considère qu'elle semble entraîner l'application de deux régimes matrimoniaux. Or, s'il est impératif, ce « régime » ne peut, en aucun cas, se substituer au régime matrimonial lui-même.

449.**Effets.** « *En un sens le régime primaire est celui sous lequel on vit. Le régime proprement dit est celui sous lequel on meurt.* »⁷⁶². Comme le soulignait Monsieur Gérard Champenois, ce corps de règles a un rôle prépondérant au cours du fonctionnement du régime. Mais, contrairement à ce qu'il laisse entendre, ses effets ne sont pas limités au décès et peuvent avoir des conséquences au jour de la dissolution de l'union par divorce. En effet, la jurisprudence a tendance à en faire usage comme d'un outil de pondération, si ce n'est de confusions, entre les différents régimes matrimoniaux. Tel est fréquemment le cas en présence d'un régime séparatiste⁷⁶³. Au sein de cet ensemble de règles, c'est plus particulièrement la

⁷⁵⁵ Visées par les art. 212 à 226 C. civ.

⁷⁵⁶ Art. 9, al.2, L. 13 juillet 1965, op. cit.

⁷⁵⁷ Cass., 1^{ère} civ., 25 janvier 2005, n°96-19.878 : Bull. Civ. I, n°35 ; AJ. Fam. 2005, 280, obs. P. HILT ; D. 2005, somm. 458, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; Dr Fam. 2005, n°95, n. V. LARRIBAU-TERNEYRE ; JCP 2005, I, 163, n°11, obs. Ph. SIMLER ; RTD civ. 2005, 368, obs. J. HAUSER ; *ibid.* 439, obs. M. GRIMALDI.

⁷⁵⁸ Selon l'expression consacrée par Ph. SIMLER et F. TERRE, op. cit, spéc. n°46.

⁷⁵⁹ H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 4, 1^{er} vol., « Régimes matrimoniaux », 5^e éd., par M. de JUGLART, 1982, avec mise à jour 1986, Montchrestien, n°13.

⁷⁶⁰ J. PATARIN et G. MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux : étude de la loi n°65-570 du 13 juillet 1965*, t. 1, « Statut fondamental et régime légal », 4^e éd., 1977, Defrénois.

⁷⁶¹ Exposé des motifs, JO Sénat, 1^{ère} session 1964-1965, n°131, p.2.

⁷⁶² V. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., 2001, A. COLIN, spéc. n°55.

⁷⁶³ V. *supra* spéc. 319 et s.

question de la contribution aux charges du mariage qui génère un important contentieux et doit donc être anticipée.

450. La contribution aux charges. Le principe de la contribution aux charges du mariage est clairement énoncé par l'article 214 du Code civil. Celui-ci instaure un minimum d'association patrimoniale des époux « *à proportion de leurs facultés respectives* ». Il s'agit d'une conséquence directe du mariage et des obligations légales qui en résultent. Si le montant de cette contribution est variable suivant les capacités financières de chaque époux, son principe est, quant à lui, applicable à l'ensemble des couples mariés. Inclus dans le régime primaire impératif, le principe de la contribution relève de l'ordre public matrimonial et ne peut être totalement évincé⁷⁶⁴. Afin d'anticiper et d'éviter toute contestation ou revendication au jour d'un éventuel divorce, il pourrait apparaître opportun de tenter de dessiner les contours de cette notion au sein du contrat de mariage (Section 1). En outre, les époux ont la faculté, par l'application combinée des articles 214 et 1537 du Code civil, de déroger au mode de répartition de leur contribution comme aux modalités de celle-ci (Section 2). Sans nul doute, la clause la plus populaire en ce sens est celle dite de la contribution « au jour le jour ». C'est cette popularité, ainsi que le contentieux important lié à de telles clauses, qui justifie l'analyse indépendante de ses effets et de son efficacité (Section 3).

⁷⁶⁴ Art. 1388 C. civ.

Section 1 : Un travail de définition, préalable indispensable à la pacification de la désunion

451. **Une association minimale.** Comme le souligne Madame Anne Karm, le régime primaire incarne « *le seul modèle de référence dans l'organisation des relations pécuniaires d'un couple, reposant sur de solides fondements : la satisfaction des besoins primordiaux de la vie en ménage, l'équilibre des pouvoirs entre époux et l'immixtion du juge dans le ménage en crise* »⁷⁶⁵. A ce titre, la contribution prévue par l'article 214 du Code civil est l'outil clé de la protection d'une association conjugale minimale. La jurisprudence a d'ailleurs, de longue date, consacré le caractère d'ordre public de cette contribution⁷⁶⁶. Elle entraîne ainsi « *l'union dans la liberté, l'interdépendance dans l'indépendance* »⁷⁶⁷. Cette notion de « charges du mariage » est intrinsèquement liée à celle de « dettes ménagères ». Toutefois, elle a vocation à concerner un nombre beaucoup plus important de charges. Il est regrettable que l'article qui consacre cette obligation demeure taisant quant à la définition de cette notion. Il apparaît alors nécessaire de s'interroger sur les contours de celle-ci (§1) avant de s'intéresser à leurs éventuelles possibilités d'aménagement (§2).

§1 : Une notion aux contours flous, source de nombreuses contestations

452. **Absence de définition.** Face au silence de la loi, c'est la jurisprudence qui a tenté de procéder à ce travail de définition. A ce jour, aucune décision jurisprudentielle n'a circonscrit de manière précise et exhaustive les contours de cette notion. Toutefois, il convient de souligner la tentative réalisée à ce sujet par la Cour d'Appel de Paris qui, dès 1996, a tenté d'en encadrer la définition en précisant que « *les charges du mariage comprennent toutes les dépenses qui permettent aux époux de vivre suivant leur rang social, même les dépenses qui, sans être nécessaire à l'existence, contribuent au bien être des époux...* »⁷⁶⁸. De manière plus ponctuelle, de nombreux arrêts ont également procédé, par une analyse *in concreto*, à une inclusion ou à une exclusion de certaines charges déterminées. On perçoit alors toute la difficulté d'établir une telle définition et de circonscrire les limites de cette notion dont la

⁷⁶⁵ A. KARM, « Permanence et évolutions du régime primaire depuis 1965 », JCP N 2015, n°28, 10 juillet 2015, p.25, n°1120.

⁷⁶⁶ Cass., 1^{ère} civ., 24 octobre 1977, n°75-15.103 : Bull. civ. I, n°383.

⁷⁶⁷ L. AYNES et Ph. MALAURIE : *Droits des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 7^e éd., 2019.

⁷⁶⁸ CA Paris, 17 février 1996 : D. 1996, p.546.

contribution est pourtant d'ordre public. C'est ce défaut de définition précise qui engendre un grand nombre de contentieux car la jurisprudence a tendance à retenir une acception particulièrement large de cette catégorie de charges.

453. Définition positive. Concrètement, la notion de charges du mariage vise « *tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie familiale* »⁷⁶⁹. Par une définition inclusive, il est possible de déduire des différentes jurisprudences en la matière, que les charges du mariage visent, tout d'abord, l'ensemble des dépenses relatives à la vie courante. A ce titre, la jurisprudence a pu confirmer que l'ensemble des dépenses alimentaires, de transport⁷⁷⁰ et d'habillement⁷⁷¹ ont vocation à y être incluses. Dans le même sens, celles relatives à l'entretien et l'éducation des enfants⁷⁷², et notamment les frais de scolarité⁷⁷³ et des activités périscolaires, sont également comprises dans ces charges. Un doute persiste cependant quant à l'obligation pour le conjoint de contribuer, sur ce fondement, à l'éducation des enfants d'un premier lit⁷⁷⁴. Enfin, de manière évidente, l'ensemble des dépenses liées à la santé⁷⁷⁵ du couple et de leurs enfants doit y être inclus. Cela concerne notamment l'ensemble des frais médicaux mais également la souscription d'une mutuelle et le paiement de ses cotisations.

454. Définition extensive. On constate alors l'importante similitude entre ces charges et les dettes ménagères visées par l'article 220 du Code civil. Toutefois, la jurisprudence est venue préciser que les dépenses concernées par l'article 214 comprennent, en outre, les dépenses d'agrément compatibles avec le train de vie des époux⁷⁷⁶ et, notamment, les dépenses de loisirs et de vacances. Cette appréciation est alors indépendante d'un état de besoin du couple ou de l'un de ses membres. Ainsi, à défaut de clause précise au sein du contrat de mariage, seul le « train de vie du couple », déterminé d'un commun accord entre eux ou apprécié par le juge en cas de contestation, permettra d'inclure ou non les dépenses d'agrément de tout type au sein des « charges du mariage ». Contrairement aux dépenses ménagères, le caractère excessif ou inutile de la dépense n'est pas à prendre en compte. En ce

⁷⁶⁹ Cass. 1^{ère} civ., 22 février 1978, n°76-14031 : Bull. civ. I, n°75 ; D. 1978. 602, 1^{ère} esp., n. D. MARTIN.

⁷⁷⁰ V. notamment : CA Bourges, 1^{ère} ch., 12 mai 1986 : JurisData n°1986-042097.

⁷⁷¹ V. notamment : Cass., Req., 31 octobre 1934 : JCP 1935, 63 – Plus récemment, v. CA Paris, 8^{ème} ch. B, 25 octobre 1984 : JurisData n°1984-026493.

⁷⁷² Cass., 1^{ère} civ., 6 avril 1994, n°93-12.976 : D.

⁷⁷³ V. notamment : CA Paris, 8^{ème} ch., 25 oct. 1984 : JurisData n°1984-026493.

⁷⁷⁴ V. en faveur de cette inclusion : CE, 10 janvier 1962 : DS 1962, p.610 – V. contra : CA Paris, 25 septembre 1986 : DS 1987, p.134.

⁷⁷⁵ Cass., 1^{ère} civ., 28 février 1938 : DH, 1938, 241.

⁷⁷⁶ Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 2013, n°12-17.420 : Bull. civ. I, n° 249 ; JurisData n° 2013-029967 ; AJ. Fam. 2014, 129, obs. P. HILT ; D. 2014. 527, n. G. VINEY ; *ibid.* 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *Defrénois* 2014, 752, n. C. MOULY-GUILLEMAUD ; Dr. Fam. 2014, n° 61, obs. B. BEIGNIER ; JCP N 2014, n°10, 1117, n. Fr. VAUVILLE ; RTD civ. 2014, 698, obs. B. VAREILLE ; *ibid.* 704, obs. B. VAREILLE.

sens, le Recteur Bernard Beignier a pu préciser que « *l'article 220 se distingue précisément de l'article 214 par le fait qu'il n'est pas dicté par la nécessité* »⁷⁷⁷. Indubitablement, pour la majorité des couples au patrimoine modeste, ces deux types de dépenses seront souvent confondus.

455. Logement de la famille. Sans nul doute, les dépenses liées au logement principal sont naturellement incluses au sein de ces charges. Tel sera le cas du règlement du loyer⁷⁷⁸, des charges locatives, des charges de copropriété⁷⁷⁹, de la taxe d'habitation mais également des factures de consommations courantes⁷⁸⁰ (eau, gaz, électricité, télécommunication, etc.) et de l'assurance habitation. En outre, devront également y être inclus les travaux d'entretien des biens dont les époux sont propriétaires ensemble⁷⁸¹. L'inclusion de ces dépenses liées au logement ne semble pouvoir faire l'objet d'aucune contestation tant celle-ci paraît cohérente compte tenu de l'objectif poursuivi par cet article. *A contrario*, la question de l'inclusion ou de l'exclusion des dépenses liées à l'acquisition d'un bien immobilier peut paraître plus douteuse et est, d'ailleurs, beaucoup plus contestée.

456. Face aux investissements. De manière traditionnelle et constante, la jurisprudence considère que les dépenses relatives à l'acquisition et à l'amélioration du logement de la famille doivent être incluses dans ces charges⁷⁸². A ce titre, la seule affectation du bien acquis permettra l'entrée de cette dépense dans le champ d'application de l'article 214. De manière plus contestable, elle a également pu admettre que pouvait y être incluse, suivant une appréciation *in concreto* tenant compte des revenus du couple, l'acquisition d'une résidence secondaire⁷⁸³. Cette solution semble bien plus critiquable car elle aboutit à créer une insécurité juridique quant à l'appréciation du train de vie des époux. En effet, la jurisprudence n'a pas, à ce jour, précisément encadré les hypothèses dans lesquelles cette inclusion pourrait être constatée. Toutefois, il semble que, dès lors que la dépense réalisée n'entrave pas les ressources globales du ménage, la Cour régulatrice considère que cette notion « *peut inclure*

⁷⁷⁷ Dr. Fam., mars 1997, n°49, n. B. BEIGNIER, op. cit.

⁷⁷⁸ Notamment le paiement du loyer : v. Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 1995, n°92-21.276 : Bull. civ. I, n°394, p.275 ; JCP G 1996, I, 3908, n°1.

⁷⁷⁹ Cass., 3^{ème} civ., 1^{er} décembre 1999, n°98-11.726 : NP ; D. 2001, 346, obs. C. GIVERDON ; JCP N 2000, 643, comm. A. DJIDO ; JCP 2000, I, 245, n°7, obs. G. WIEDERKEHR.

⁷⁸⁰ CA Paris, 1^{ère} ch., 16 décembre 1983 : JurisData n°1983-031014.

⁷⁸¹ Indivisément sous le régime de la séparation de bien ou en « commun » sous un régime de communauté.

⁷⁸² V. Cass., 1^{ère} civ., 14 mars 2006, n°05-15.980 : Bull. civ. I, n°160 ; op. cit. – Cass., 1^{ère} civ., 15 mai 2013, n°11-26.933 : Bull. civ. I, n°94 ; op. cit. – Cass., 1^{ère} civ., 25 septembre 2013, n°12-21.892 : Bull. 2013, I, n°189 ; op. cit. – Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} avril 2015, n°14-14.349 : Bull. civ. I, n°384 ; op. cit.

⁷⁸³ V. notamment : Cass., 1^{ère} civ., 20 mai 1981, n°79-17.171 : Bull. civ. I, n°176 ; op. cit. – Dans le même sens, Cass., 1^{ère} civ., 15 mai 2013, n°11-26933 : Bull. 2013, I, n° 94 ; op. cit.

des dépenses d'investissement ayant pour objet l'agrément et les loisirs du ménage »⁷⁸⁴. Cette analyse a été encore récemment confirmée par la Haute Juridiction⁷⁸⁵.

457. Définition négative. Toutefois, si l'acception retenue semble particulièrement vaste, la Cour régulatrice est venue opportunément préciser par la négative la définition de cette notion. D'une part, la jurisprudence exclut de manière constante l'impôt sur le revenu des charges du mariage⁷⁸⁶. Cela s'explique par le fait que cet impôt est considéré comme étranger aux besoins de la famille. D'autre part, la Haute juridiction a expressément précisé que devaient être exclues du champ d'application de cet article les dépenses liées aux acquisitions d'immeubles de rapport et investissements locatifs destinés à constituer une épargne⁷⁸⁷. Sur ce point, elle ne distingue pas, contrairement à la question de la résidence secondaire, selon les revenus du couple. L'objectif est alors de faire prévaloir le critère de « l'usage familial » afin de déterminer l'inclusion ou l'exclusion de la dépense au sein des charges du mariage. Toutefois, bien que justifiée, cette nuance apparaît souvent complexe à consacrer compte tenu de l'existence de biens à usage alternatif qui, selon la période de l'année, constitueront soit une résidence secondaire, soit un immeuble de rapport⁷⁸⁸. Ainsi, si une telle exclusion ne peut qu'être encouragée, l'absence de précision notamment quant au seuil à partir duquel un bien à usage familial devient un bien à usage locatif et, inversement, entraînera certainement encore un grand nombre de litiges.

§2 : L'aménagement de la notion de charges du mariage, une solution opportune mais limitée

458. Limites. Face à d'éventuelles turbulences conjugales au sein du couple, il pourrait apparaître opportun de tenter de contractualiser la définition de la notion de charges du mariage afin d'en déterminer les contours. Avant toute tentative d'aménagement, il convient de souligner que, compte tenu de la nature d'ordre public de ce texte, il ne paraît pas concevable d'exclure les dépenses qui y sont intrinsèquement liées. En effet, la lettre de l'article 214 ne confère aux époux qu'une liberté quant à leur « *contribution (...) aux charges*

⁷⁸⁴ Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 2013, n°12-17.420 : Bull. 2013, I, n°249 ; op. cit.

⁷⁸⁵ Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2018, n°17-25.858 : D ; Defrénois flash 29 octobre 2018, n°147s6, p.17.

⁷⁸⁶ Cass., 1^{ère} civ., 19 mars 2002, n°00-11.238 : Bull. 2002, I, n°99, p.76 ; JurisData n°2002-013589 ; JCP G 2002, I, 167, M. STORCK ; RTD civ. 2003, p. 137, B. VAREILLE – Cass., 1^{ère} civ., 25 juin 2002, n°00-11.574 : Bull. 2002, I, n°175, p.134 ; JurisData n°2002-014960 ; Dr. Fam. 2002, comm. 149, B. BEIGNIER ; JCP G 2003, I, 111, M. STORCK – Cass., 1^{ère} civ., 4 juillet 2007, n° 05-21.022 : NP ; JurisData n° 2007-039966 – Cass., 1^{ère} civ., 5 novembre 2014, n° 13-22.605 : NP ; JurisData n° 2014-026541.

⁷⁸⁷ Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 2016, n°15-25.944 : PB ; op. cit.

⁷⁸⁸ V. *supra*, spéc. 319.

du mariage ». A ce titre, elle ne semble pas laisser de liberté d'aménagement quant à la définition de cette notion. Or, s'agissant d'un texte impératif ainsi qu'il résulte de la lettre de l'article 226 du Code civil, certains auteurs ont pu craindre l'inefficacité, ou tout au moins l'efficacité mesurée, d'une clause ayant pour objet d'aménager la définition de cette notion⁷⁸⁹. A ce jour, la jurisprudence ne s'est, à notre connaissance, jamais positionnée quant à la validité d'une telle clause. Il conviendra d'attirer l'attention des époux sur le risque d'inefficacité de cette clause en cas de contentieux, notamment au jour d'un éventuel divorce.

459.Intérêt. Dans le silence du texte, il nous semble toutefois que le rédacteur d'acte puisse faire montre d'imagination en tentant d'identifier les charges incluses au sein de cette notion. Il peut alors être envisagé de limiter l'assiette des charges de l'article 214 aux seules dépenses de la vie courante. A ce titre, il ne nous semble pas envisageable d'exclure de cette définition les dépenses qui y sont naturellement attachées : dépenses alimentaires, d'habillement, dépenses liées au logement... Sous cette réserve, les époux peuvent souhaiter étendre ou restreindre une telle notion afin d'aboutir à une définition constatant parfaitement leur vision personnelle de l'association conjugale envisagée. Une telle clause permettra alors une meilleure information des parties quant à leurs engagements réciproques. Elle pourrait, en outre, apparaître comme une preuve de la bonne réalisation par le notaire de son devoir d'information et de conseil. En effet, il est encore à déplorer qu'un trop grand nombre de couples n'ait pas conscience de leur obligation de contribuer aux charges du mariage, voire n'ait pas su identifier les charges visées par cet article.

460.Acquisition immobilière. Le risque de contentieux le plus fourni apparaît incontestablement face à la question de l'acquisition immobilière. Or, afin d'éviter les risques de contentieux liés à de telles acquisitions, il pourra être envisagé d'inclure expressément au sein des charges du mariage les dépenses liées au remboursement de l'emprunt finançant la résidence principale⁷⁹⁰, voire la résidence secondaire ou, encore, le coût des travaux réalisés sur ces biens. Par ce biais, chacun des époux sera alors parfaitement informé qu'une telle dépense sera incluse au titre de ces charges. Peut-être alors qu'ainsi informés, les époux s'attacheront davantage à respecter les quotités stipulées aux termes de leurs actes d'achat. De manière sans doute plus opportune, il pourra être envisagé d'exclure celles-ci afin d'éviter les

⁷⁸⁹ V. notamment : I. KHAYAT, « Les conventions sur la preuve en matière de contribution aux charges du mariage », *Defrénois*, 11 avril 2019, n°146r2, p.19 – V. dans le même sens : I. DAURIAC, « L'action en contribution aux charges du mariage : quid d'une fin de non-recevoir conventionnelle ? », *Defrénois*, 3 décembre 2020, n°166j9, p.34.

⁷⁹⁰ V. pour un exemple de clause : G. CHAMPENOIS et N. COUZIGOU-SUHAS, « Contrat de mariage, charges du mariage et acquisitions indivis », *Defrénois*, n°7, 15 avril 2015, 119g4.

travers de la jurisprudence sur ce sujet⁷⁹¹. D'un point de vue pratique, il ne nous semble pas opportun d'exclure de la définition des charges de l'article 214, la participation au financement et à l'entretien du logement de la famille. En effet, cela aboutirait à retenir une interprétation contraire à celle de la Cour de cassation qui pourrait alors être remise en cause par la juge au jour d'un éventuel contentieux. Toutefois, bien qu'inclues dans lesdites charges, rien n'empêche de procéder à une distinction quant à ces charges pour la mise en œuvre d'une clause de contribution « au jour le jour ». A ce titre, il pourra alors apparaître judiciaires d'exclure celles-ci du champ d'application d'une telle clause⁷⁹².

461. Résidence secondaire. Si les dépenses liées à l'acquisition du logement de la famille semblent fondamentalement liées à la notion de charges du mariage, celles liées à l'acquisition d'une résidence secondaire n'y sont attachées que par des analyses *in concreto*. A ce titre, il nous paraît envisageable d'exclure expressément de l'assiette de ces charges les dépenses relatives à l'acquisition d'un bien à titre de résidence secondaire ou d'investissement locatif et ce, quel qu'en soit le propriétaire. Par ce biais, les époux auront la faculté de se protéger face à une interprétation jurisprudentielle oscillante et imprévisible. Dans le même sens, il semble également opportun d'exclure de cette notion les travaux d'entretien des biens appartenant à un seul des deux époux. Une telle solution permettra alors d'éviter qu'une demande de récompense ou de créance entre époux puisse se voir opposer une fin de non-recevoir sur le fondement de l'article 214.

462. Acquisition indépendante. Enfin, et dans la même perspective, il pourra également être envisagé d'exclure du champ d'application de l'article 214 de manière conventionnelle les dépenses relatives à l'acquisition d'un bien, ou d'une quote-part indivise, par un seul des deux époux que ces dépenses aient été ou non financées au moyen d'un prêt. Cette exclusion sera toutefois conditionnée au fait que cette acquisition n'ait pas pour objet le logement de la famille. En effet, la Cour de cassation a pu admettre que le remboursement réalisé par un époux des emprunts souscrits par son conjoint en vue de l'acquisition d'un bien immobilier personnel constituant le logement de la famille participait de son obligation de contribuer aux charges du mariage⁷⁹³. La jurisprudence semble considérer que la destination du logement ainsi acquis prévaut sur la titularité de la propriété de ce bien. Cette position a toutefois été nuancée lorsqu'un tel remboursement est réalisé au moyen d'un apport unique en

⁷⁹¹ V. *supra*, spéc. 319 et s.

⁷⁹² V. *infra*, spéc. 496 et s.

⁷⁹³ Cass., 1^{ère} civ., 14 mars 2006, n°05-15.980 ; Bull. civ. I, n°160 ; JurisData n°2006-032668 ; AJ. Fam. 2006, 293, obs. P. HILT ; JCP 2006, I, 193, obs. G. WIEDERKEHR.

capital⁷⁹⁴. Dans ce cas, un tel apport ne participe pas de la contribution de l'époux apporteur à sa contribution aux charges du mariage, sauf convention contraire des époux.

463.Contentieux. Les oscillations jurisprudentielles et les contours flous de cette notion essentielle entraînent l'apparition d'un contentieux fourni, notamment lorsque la dissolution de l'union est causée par un divorce. Afin de pondérer l'insécurité juridique liée à des décisions jurisprudentielles variables et soumises à des appréciations *in concreto*, il apparaît judicieux, si ce n'est essentiel, d'encourager les époux à encadrer dès la conclusion de leur contrat de mariage les charges auxquelles ils entendent contribuer ensemble. Ce faisant, ils pourront alors éviter les écueils d'une « mise en commun » mal maîtrisée, voire non anticipée. L'opportunité d'une telle solution sera encore accrue face à des époux séparatistes ayant une appétence pour une « mise en commun » limitée à son strict minimum. Sur ce point, le notaire doit s'attacher à faire un véritable travail de rédaction « sur-mesure » afin d'éviter que sa négligence ne puisse aboutir à un contentieux au jour d'une éventuelle séparation.

⁷⁹⁴ Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre. 2019, n°18-20.828 : PBI ; op. cit.

Section 2 : L'aménagement des modalités de la contribution aux charges en dehors de la clause dite de contribution « au jour le jour »

464. **Une application large.** La contribution aux charges du mariage est intrinsèquement liée à la notion de mariage et demeure due tout au long de l'union⁷⁹⁵. Toutefois, bien que liée au mariage, elle n'implique pas toujours une communauté de vie. Aussi, la seule séparation de fait ne dispense pas les époux de leur obligation à y contribuer, sauf pour le débiteur à démontrer des circonstances particulières justifiant une telle dispense⁷⁹⁶. A défaut, l'époux récalcitrant s'exposerait à des sanctions pénales s'il refuse d'exécuter la décision judiciaire⁷⁹⁷. Cette contribution est fréquemment utilisée par les juges du fond afin de neutraliser le droit à créance ou à récompense de l'un des époux. Si ces problématiques sont fréquentes en régime de séparation de biens, elles ne lui sont pas exclusives et une demande de remboursement au titre d'un excès de contribution pourrait être intentée quel que soit le régime choisi. Afin d'anticiper d'éventuels conflits au jour de la dissolution, il est possible d'aménager contractuellement cette contribution soit en prévoyant les modalités contributives de chacun des époux (§1), soit en stipulant une contribution forfaitaire (§2).

§1 : Une pluralité d'aménagements des modalités de contribution

465. **Modalités de contribution.** Incluse parmi les règles impératives du régime primaire, la contribution aux charges du mariage incombe à chacun des époux. Toutefois, l'article 214 du Code civil qui en énonce le principe, ne prévoit pas expressément les modalités d'une telle contribution. D'ailleurs, il n'impose pas non plus que ces modalités soient identiques pour chacun des époux. En conséquence, différents modes de contribution à ces charges doivent pouvoir être admis (A). En outre, et afin de pacifier une éventuelle

⁷⁹⁵ Sauf pour le débiteur à démontrer que des faits d'espèce permettent de l'en dispenser notamment du fait du comportement fautif du créancier de cette contribution. V. en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 17 juillet 1985, n°84-12.288 : Bull. civ. I, n° 230 ; Gaz. Pal. 1986, 1, 127 – Dans le même sens : Cass, 1^{ère} civ., 19 novembre 1991, n°90-11.320 : Defrénois 1992, 720, obs. J. MASSIP.

⁷⁹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1981, n°7914.105, *Dame Crosnier de Bellaistre* : Bull. civ. I, n°6 : « *L'action en contribution aux charges du mariage n'implique pas l'existence d'une communauté de vie entre les conjoints, sauf la possibilité pour les juges du fond de tenir compte à cet égard des circonstances de la cause* ».

⁷⁹⁷ Art. 227-3 C. pénal.

séparation, il peut être opportun de conseiller aux époux d'insérer dans leur contrat de mariage une clause spécifique sur ce sujet (B).

A. L'admission d'une pluralité de modes de contribution

466. **Solutions plurielles.** Le législateur, comme la jurisprudence, admet plusieurs modes de contribution : en numéraire, en nature ou en industrie. Cette pluralité permet ainsi de s'adapter, au cas par cas, à l'organisation patrimoniale de chaque couple. En premier lieu, la contribution pourra être réalisée en numéraire par un règlement unique ou périodique réalisé au moyen des revenus ou économies de l'époux. C'est sans doute cette solution qui est la mieux appréhendée par les époux du fait de sa simplicité. Elle est, d'ailleurs, la plus fréquemment employée du fait de son caractère intuitif. En présence d'époux mariés sous le régime de la séparation de biens, la jurisprudence présume, sur ce fondement, que les sommes versées sur un compte-joint entre époux sont affectées aux charges du mariage⁷⁹⁸. En cas de contestation, il appartiendra à l'époux d'en apporter la preuve contraire.

467. **Versement unique.** Bien qu'on ne puisse douter que la contribution en numéraire puisse se réaliser par un versement unique, une telle contribution a pu soulever des interrogations. Ainsi, en présence d'un versement unique en capital, doctrine⁷⁹⁹ et juges⁸⁰⁰ ont pu admettre qu'il résultait de la contribution de l'époux aux charges du mariage. Toutefois, un arrêt récent semble limiter une telle faculté à la seule hypothèse où ce mode de règlement est contractuellement prévu par les époux. En effet, la Cour de cassation, dans un attendu de principe, est venue préciser que « *sauf convention matrimoniale contraire, l'apport en capital provenant de la vente de biens personnels, effectué par un époux séparé de biens pour financer la part de son conjoint lors de l'acquisition d'un bien indivis affecté à l'usage familial, ne participe pas de l'exécution de son obligation de contribuer aux charges du mariage* »⁸⁰¹. Certains auteurs ont pu déduire de cet attendu que l'apport en capital ne pouvait désormais plus être considéré comme une forme de contribution aux charges⁸⁰². Une telle

⁷⁹⁸ Cass., 1^{ère} civ., 22 juin 2004, n°02-20.398 : Bull. civ. I, n°179 ; AJ. Fam. 2004, 365, obs. F. BICHERON – Dans le même sens, v. Cass, 1^{ère} civ., 25 janvier 2005, n°97-20.038 : NP ; JCP G 2005, I, 128, obs. M. STORCK ; RTD civ. 2006, 361, obs. B. VAREILLE.

⁷⁹⁹ V. notamment : A. DEPONDT : « La liquidation du régime de la séparation de biens. Questions pratiques », JCP N 2009. 1328 et 1334, n° 17.

⁸⁰⁰ Cass., 1^{ère} civ., 7 février 2018, n° 17-13.276 : NP ; AJ. Fam. 2018. 303, obs. J. CASEY – Cass., 1^{ère} civ., 21 novembre 2018, n° 17-26.546 : NP ; Gaz. Pal. 9 avril 2019, n° 346v9, p. 48, note J. FLAMENT.

⁸⁰¹ Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2019, n°18-20.828 : PBI ; op. cit.

⁸⁰² M. COTTET : « L'apport en capital n'est pas une forme de contribution aux charges du mariage », D. actu., 22 octobre 2019.

position nous paraît, toutefois, trop radicale et nous semble devoir être pondérée. Il nous semble, en effet, qu'un tel apport en capital pourrait toujours constituer la contribution de l'un des époux à condition, toutefois, d'avoir expressément stipulé une telle possibilité au sein du contrat de mariage.

468. Exécution en industrie et en nature. Outre la contribution en numéraire, d'autres modes de contribution peuvent être admis : la contribution en nature et la contribution en industrie. La contribution en nature peut s'illustrer par la mise à disposition gratuite d'un bien afin d'y établir le logement principal, ou secondaire, de la famille⁸⁰³. Un époux peut également et valablement contribuer aux charges par le biais de son industrie et, notamment, par son activité domestique⁸⁰⁴. Une hypothèse, fréquemment reconnue en ce sens par la jurisprudence, est celle de l'époux qui arrête ou interrompt son activité professionnelle afin d'élever les enfants du couple⁸⁰⁵. Une telle industrie peut également résulter de l'activité professionnelle de l'époux. Tel pourra notamment être le cas lorsque ce dernier a cessé de travailler afin de seconder son conjoint dans son exploitation et ce, souvent, sans rémunération⁸⁰⁶. Cette solution prendra encore d'avantage d'ampleur lorsque les époux seront mariés sous un régime séparatiste car, du fait de l'absence de partage de l'enrichissement, l'époux participant ne bénéficiera en rien du fruit de son travail. Les hypothèses relevant de ce mode de contribution sont nombreuses en jurisprudence, preuve, s'il en est besoin, que ce type de « sacrifices » est source de contentieux au jour du divorce.

469. Une appréciation *in concreto*. Cette diversité des modalités de contribution permet à la jurisprudence de s'adapter *in concreto* à chaque cas d'espèce afin d'apprécier la contribution réelle de chacun des époux. La diversité de ces modes de contribution est admise indépendamment de toute convention matrimoniale. En pratique, la contribution de chacun des époux relève davantage d'une pratique quotidienne des époux que d'une démarche réellement réfléchie par ces derniers. En ce sens, le Doyen Jean Carbonnier énonçait à ce sujet que « *s'il y a communauté de vie, l'obligation s'exécute sans que l'on y pense, relève des*

⁸⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 1992, n°90-18.760 : Bull. civ. I, n°97 ; JCP N 1992, 383, obs. M. STORCK ; RTD civ. 1993, p. 635, obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

⁸⁰⁴ Notons que la rédaction initiale de cet article prévoyait expressément cette possibilité (« *par son activité au foyer ou sa contribution à la profession de son mari* »). Toutefois, cette rédaction a été revue et corrigée par la réforme de 1975 car considérée comme non égalitaire au regard du sexe. En effet, cette faculté n'était prévue que pour l'épouse, l'article visant expressément la profession « *de son mari* ».

⁸⁰⁵ Cass., 1^{ère} civ., 4 juillet 2007, n°05-21.022 : D.

⁸⁰⁶ Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 2002, n°98-22.882 : Bull. civ. I, n°173 ; Dr. Fam. 2002, comm.149, obs. B. BEIGNIER ; JCP G 2003, I, 111, obs. M. STORCK ; RTD civ. 2002, p.790, obs. J. HAUSER.

*mœurs, du non-droit quotidien, non du droit »*⁸⁰⁷. Toutefois, source de nombreux contentieux au jour de la dissolution de l'union, lorsque ces situations peuvent être anticipées, il peut être opportun de les contractualiser.

B. De l'opportunité de la contractualisation

470. Une solution opportune. Des disparités de contribution apparaissent souvent sans que les époux n'aient pu, ou n'aient souhaité, les anticiper. C'est alors fréquemment lors du divorce que des contentieux vont naître. Ce qui pouvait apparaître, durant l'union, comme une solution pratique et évidente semble devenir une contrainte insurmontable pour l'époux qui y a consenti au jour où l'union vient à échouer. L'hypothèse fréquente est alors celle qui oppose l'époux ayant contribué en numéraire à son ex-conjoint, financièrement moins aisé, ayant contribué par son industrie. Le premier revendiquera alors souvent une créance au titre de l'excès de contribution notamment lorsqu'il aura remboursé seul une dette incombant aux deux époux. Afin d'anticiper ces problématiques au jour de la dissolution, il est possible de déterminer, dès le contrat de mariage ou aux termes d'un aménagement de ce contrat, les modalités d'une telle contribution. Éventuellement, il pourra être envisagé de prévoir des modalités de contribution différentes selon les époux. A titre d'exemple, il pourrait être stipulé que l'un des époux contribuera par des apports financiers quand l'autre y contribuera par son industrie ou son activité. En ce sens, le premier ne pourrait alors pas reprocher au second son absence de contribution, sauf pour lui à démontrer que cette contribution en industrie n'a pas été effectivement réalisée. Il ne pourrait que revendiquer une indemnisation au titre de sa sur-contribution, qu'il devrait toutefois également démontrer. Cette solution permettrait ainsi de limiter les risques de conflit au jour de la dissolution de l'union.

471. Avertir les époux. L'anticipation de cette disparité de modes de contribution connaît un certain nombre d'opportunités. Parmi celles-ci, elle pourrait être un outil d'anticipation d'éventuels conflits. En effet, une telle clause permettra au notaire, dès le contrat de mariage, d'attirer l'attention de l'époux réalisant sa contribution en numéraire quant aux risques causés par une contribution de cette nature. En effet, conseil des parties, le notaire devra insister auprès de celui-ci sur le fait qu'il risque de ne pas pouvoir se voir rembourser les « avances » qu'il aurait consenti au profit de son conjoint, sauf à apporter la preuve qu'il avait déjà réalisé sa contribution par un autre moyen. Il sera alors opportun de lui conseiller

⁸⁰⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. I, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 1245, n° 557.

de conserver la preuve des versements réalisés afin de permettre une analyse de sa contribution *in concreto* au jour d'un éventuel conflit. Si cette solution ne permet pas de régler l'iniquité entre les époux, elle a, au moins, le mérite de la prévention. L'époux parfaitement informé ne pourra reprocher ni à son conjoint, ni au notaire, une telle solution.

472. Éviter la requalification. Un autre atout de cette solution est qu'elle peut permettre d'éviter, ou tout au moins de limiter, la requalification de l'industrie du conjoint. A défaut d'une telle clause, l'industrie fournie par l'un des époux pourrait faire l'objet, si elle excède les limites du devoir légal d'assistance et la contribution aux charges, d'une action sur le fondement de l'enrichissement injustifié. En outre, le règlement réalisé par son conjoint d'une dette lui incombant, notamment sa quote-part du prix de vente lors d'une acquisition, pourrait alors faire l'objet d'une requalification en donation rémunératoire⁸⁰⁸ et bloquer ainsi tout remboursement. Pour être rigoureux, il s'agirait dans cette hypothèse d'une libéralité indirecte rémunératoire⁸⁰⁹. Notons, toutefois, qu'une telle requalification nécessite une motivation circonstanciée des juges du fond quant à l'appréciation de la sur-contribution de l'époux par son industrie⁸¹⁰. Une telle hypothèse est, en pratique, relativement fréquente. Or, par ce biais, son industrie est expressément qualifiée comme relevant de sa contribution aux charges du mariage. Il lui appartiendra donc d'apporter la preuve que celle-ci était excessive afin d'aboutir à une telle requalification. Cette preuve est, en pratique, complexe à démontrer. Aussi, cela permettra de limiter le contentieux à ce sujet et, en conséquence, de sécuriser la situation juridique des actes réalisés. Une telle solution pourrait ainsi s'avérer opportune.

473. Une solution peu usitée. Force est de constater toutefois qu'une telle solution n'est que peu souvent prévue par les époux. Cette faible popularité peut, notamment, s'expliquer par le fait que les situations visées par cette hypothèse résultent plus souvent d'une évolution factuelle que d'une réelle volonté intellectualisée et choisie par les époux. Or il est rare que des époux aillent interroger leur notaire face à des questions relevant de la garde des enfants ou de l'évolution de la gestion de l'entreprise familiale en dehors des cas de transmission. En outre, il peut paraître complexe au jour de l'union de déterminer quelle sera la contribution de chacun des époux notamment face à des époux jeunes, en début de carrière ou en reconversion. Ici encore, un travail de pédagogie est nécessaire afin de rappeler aux

⁸⁰⁸ Cass. 1^{ère} civ., 2 octobre 1985, n°84-13.136 : Bull. civ. I, n° 244, p.219 ; D. 1986, 325, n. A. BRETON ; Defrénois, 1987, art. 33846, n. A. BRETON ; RTD civ. 1987, 130, obs. J. PATARIN.

⁸⁰⁹ V. en ce sens : B. VAREILLE, « Régimes conventionnels : contribution aux charges du mariage et rémunération de la femme au foyer en régime séparatiste. La donation rémunératoire », RTD civ. 1997, p. 494.

⁸¹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 3 juillet 1996, n°94-11.990 : NP ; D&P 1996, n°1467, obs. A. BENABENT ; RTD Civ. 1997, p. 494, obs. B. VAREILLE, op. cit.

époux que tout changement dans leur vie courante pourrait entraîner la nécessité de faire évoluer leur contrat de mariage et qu'une consultation de leur notaire devrait alors être fortement conseillée.

§2 : La stipulation d'une contribution forfaitaire

474. Une contribution proportionnelle. L'article 214 du Code civil pose le principe selon lequel la contribution de chaque époux est, sous réserve des aménagements réalisés par les époux, proportionnée à leurs « *facultés respectives* »⁸¹¹. Ce principe n'est toutefois que supplétif (A) et il demeure donc possible, si ce n'est opportun, pour les époux de pouvoir aménager celui-ci (B).

A. La contribution proportionnelle, un principe supplétif

475. La recherche de l'équité. A défaut de définition légale claire, c'est la jurisprudence qui a procédé à l'établissement, au cas par cas, de règles relatives à l'appréciation de ces facultés. Aussi, elles sont appréciées, au jour où le juge statue⁸¹², en fonction d'éléments constatables : les ressources pécuniaires de chaque époux mais aussi les revenus de leur patrimoine personnel respectif et leur industrie déployée au profit des besoins du mariage. Ces revenus sont appréciés en fonction de ceux qui seraient générés par une gestion « utile » du capital⁸¹³. L'objectif d'une telle solution est d'éviter de pénaliser l'époux dont le conjoint serait peu diligent ou prolixe. Une fois encore, en la matière, il s'agit principalement d'une recherche d'équité par les juges du fond. Ces éléments d'actif seront ensuite pondérés en fonction des charges liées aux dépenses utiles ou nécessaires supportées par chacun d'eux⁸¹⁴. Ici aussi l'équité prévaut car il ne s'agirait pas de considérer qu'un époux aux revenus importants, mais dont les charges sont équivalentes, doive participer au-delà de ses capacités financières réelles aux charges du ménage.

476. Un principe supplétif. L'article 214 prévoit expressément la possibilité pour les époux d'une dérogation au principe en soulignant par l'utilisation de la formule, « *Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage* », le caractère supplétif de cette solution. Les époux ont donc la possibilité d'y

⁸¹¹ Art. 214 C. civ.

⁸¹² Cass., 1^{ère} civ., 18 février 1976, n°74-14.288 : Bull. civ., I, n°77.

⁸¹³ Cass., 1^{ère} civ., 27 octobre 1992, n°91-12.793 : Bull. civ. I, n°266 ; D.1993, 422, n. C. PHILIPPE ; JCP N 1993, 205 ; RTD civ. 1993, 181, obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

⁸¹⁴ Cass., 1^{ère} civ., 15 novembre 1989, n°88-13.259 : Bull. civ. I, n°351 ; JCP 1990, IV, 15.

déroger. Cette solution est notamment expressément rappelée, concernant les régimes de séparation de biens, par l'article 1537 qui énonce : « *Les époux contribuent aux charges du mariage suivant les conventions contenues en leur contrat ; et, s'il n'en existe point à cet égard, dans la proportion déterminée à l'article 214* ». Bien que cette solution connaisse plus d'opportunités dans ce type de régime, elle ne lui est pas réservée. Il est possible de stipuler une telle clause dans tout type de régime matrimonial. Elle permet, ainsi, de définir *ab initio* l'implication de chacun des membres du couple vis-à-vis du règlement de ces charges. Dans ce but, les époux peuvent convenir d'une répartition différente qui ne serait alors plus indexée sur leurs facultés.

477. Une contribution minimale. Compte tenu de la nature impérative de la contribution aux charges du mariage, il ne nous paraît pas concevable de stipuler que l'un des époux en serait totalement exonéré sans outrepasser cette règle⁸¹⁵. Notons sur ce point qu'une décision jurisprudentielle ancienne l'avait cependant admis⁸¹⁶. Cependant, une telle solution ne semble plus désormais envisageable. D'une part, la tendance jurisprudentielle actuelle tend à étendre l'application de cette notion aux autres formes d'union⁸¹⁷. D'autre part, la Cour a, dans un arrêt récent, institué le principe même de contribution en obligation d'ordre public dans un attendu de principe énonçant que « *les conventions conclues par les époux ne peuvent les dispenser de leur obligation d'ordre public de contribuer aux charges du mariage* »⁸¹⁸. Un minimum de contribution est donc nécessaire. Dans le même sens, la Cour de cassation a rappelé que la contribution de chacun des époux est obligatoire et ce, même si le conjoint n'est pas dans le besoin⁸¹⁹. Notons que les juges du fond pourraient également se fonder sur le devoir de secours de l'article 212 du Code civil ou celui de pourvoir à l'éducation des enfants de l'article 213 afin de déroger à une stipulation qui serait trop déséquilibrée. Suivant un raisonnement analogue, il a également pu être contesté la solution extrême contraire consistant à imposer à l'un des époux d'affecter l'ensemble de ses revenus aux règlements de

⁸¹⁵ V. en ce sens : A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit. ; AUBRY Ch. et RAU Ch, *Traité de droit civil français*, T. VIII « Régimes matrimoniaux », par A. PONSARD, Paris, Litec, 1974spéc. §496, n° 21 ; J. PATARIN et G. MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*, op. cit., spéc. n° 23.

⁸¹⁶ CA Metz, 17 août 1858 : DP 1859, 2, p.130.

⁸¹⁷ V. pour une application récente en matière de PACS : Cass., 1^{ère} civ., 27 janvier 2021, n°19-26.140 : P ; AJ. Fam. 2021, 244, obs. J. CASEY ; D. 2021, 819, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; Dr. Fam. 2021, n°52, n. V. BOUCHARD ; JCP 2021, n°288, n. M. MIGNOT.

⁸¹⁸ Cass, 1^{ère} civ., 13 mai 2020, n°19-11.444 : FS-P+B ; JurisData n°2020-006923 ; AJ. Fam. 2020, 362, obs. J. CASEY ; D. 2020. 1173 ; *ibid.* 2206, obs. S. GODECHOT-PATRIS et C. GRARE-DIDIER ; D. actu., 18 juin 2020, obs. Q. GUIGUET-SCHIELE ; Dr. Fam. 2020/9, comm. 120, obs. S. TORRICELLI ; *Defrénois*, 2020, n°166j9, p. 34, obs. I. DAURIAC ; JCP N 2020, n°31-35, 1171, n. S. BERNARD et B. SYLVAIN ; *ibid.* 1171, obs. S. BERNARD ; Gaz. Pal. 28 juillet 2020, p. 65 s., obs. S. DEVILLE ; LEFP juill. 2020, p. 6, obs. N. PETERKA.

⁸¹⁹ Cass., 1^{ère} civ., 24 octobre 1977, n° 75-13.103 : Bull. civ. I, n° 383.

ces charges. Une telle solution serait alors contraire à la liberté des époux de percevoir leurs gains et salaires⁸²⁰. Pour reprendre les termes utilisés par Sénèque : « *En tout, l'excès est un vice* ». Une telle clause devra se garder d'aboutir à une situation excessive qui pourrait être remise en cause par le juge en cas de litige.

B. Une solution aménageable

478. Solutions diverses. Hormis l'hypothèse d'une exemption totale, les possibilités de répartition contributive sont particulièrement variées. La pratique a ainsi pu proposer un grand nombre de solutions afin d'adapter au mieux le contrat à chaque situation individuelle. Par exemple, en présence d'époux souhaitant contractualiser l'investissement respectif de chacun d'eux au titre de ces charges, il est possible de prévoir que cette répartition sera fixée de manière égalitaire, ou non, entre eux. Dans le même ordre d'idée, une clause pourra stipuler que la contribution est fixée pour chaque époux à proportion de ses revenus ou d'une quote-part de ceux-ci. Une telle clause permettra de déterminer, en amont, la part des ressources que chaque époux consacrera aux charges du mariage. Il pourra également être stipulé que la contribution sera fixée selon une proportion de certains revenus déterminés à l'exclusion de tout autre. Cette dernière solution pourrait ainsi permettre de limiter l'appréciation des facultés aux gains et salaires de l'époux à l'exclusion des fruits des biens qui lui seraient personnels ou propres. Par ce biais, l'époux qui bénéficierait d'un patrimoine plus important, du fait de successions ou de donations notamment, ne serait pas tenu de contribuer plus que son conjoint. Il pourra même être envisagé une contribution évolutive dans le temps afin de tenir compte de l'évolution des patrimoines et des activités professionnelles de chacun des époux. Les solutions pratiques sont donc quasi-illimitées. La jurisprudence a pu, à plusieurs reprises, valider ce type de clauses. A titre d'exemple, elle a notamment admis l'efficacité d'une clause stipulant que cette contribution serait réalisée de manière différente pour chacun des époux : l'un versant une somme fixée forfaitairement et le second réglant le surplus des dépenses⁸²¹.

479. Forme. Quant à la forme, une telle dérogation aux règles de l'article 214 doit, en principe, être incluse dans le contrat de mariage. Toutefois, la jurisprudence paraît, sur ce point, beaucoup moins exigeante. En effet, elle a pu avoir une appréciation souple d'un tel engagement en acceptant notamment que « *l'engagement librement pris par un époux et*

⁸²⁰ V. notamment : A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit ; AUBRY Ch. et RAU Ch., *Traité de droit civil français*, op. cit.

⁸²¹ Cass. Req., 19 mai 1920 : DP 1921, 1, p. 153, n. H. LALOU.

accepté par l'autre, en dehors du contrat de mariage, pour déterminer la contribution aux charges du ménage, est valable »⁸²². Une telle solution est souvent liée à une recherche de consensus amiable en cours ou au début d'une séparation. Les juges ont alors, par cette appréciation large, la volonté d'encourager les époux à de tels consensus. Une telle solution nous paraît cependant critiquable bien que le but recherché soit louable. En effet, s'agissant d'une règle d'ordre public, ce libéralisme des juges paraît dangereux. En outre, cela pourrait aboutir à permettre aux époux de contredire, en dehors de la procédure prévue par l'article 1397 du Code civil, des conventions qu'ils ont valablement incluses dans leur contrat de mariage. Ce qui serait une atteinte directe au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Aussi, bien que cette solution ait pu être admise, il nous paraît opportun, et juridiquement plus correct, d'inclure une telle dérogation dans le contrat de mariage afin d'éviter toute contestation quant à la validité d'un tel acte indépendant au jour d'une éventuelle séparation.

480. Opportunités. Ce concept de contribution forfaitaire peut paraître attractif. D'une part, il permet de simplifier grandement les questions relatives à la preuve d'un éventuel excès de contribution. En effet, en présence d'une telle clause, il s'agira d'opérer une simple opération mathématique en soustrayant la contribution réelle au montant forfaitairement prévu au contrat. Toutefois, cet atout connaît un important défaut. Si la preuve est facilitée, cela pourrait entraîner une hausse des recours judiciaires en la matière. Or l'objectif d'une anticipation réussie est justement de limiter les contentieux et non de les multiplier. Sur ce point, cette solution peut alors paraître contre-productive. D'autre part, la contribution forfaitaire permet notamment de pallier le déséquilibre imposé par la loi, à défaut de convention en présence d'époux aux patrimoines très différents. Par l'application d'une telle clause, l'époux le plus fortuné n'aurait pas à contribuer davantage que son conjoint plus impécunieux. Cela permettrait d'aboutir à une solution d'égalité dans l'engagement financier des époux. Malgré ces atouts, cette clause ne connaît qu'une faible popularité. Cela peut s'expliquer par plusieurs raisons. Par sa rigidité, cette clause peut parfois aboutir à des situations d'injustice. Elle pourra également être source de contentieux. En outre, elle ne produit d'effets qu'entre les époux et ne sera pas opposable aux tiers vis-à-vis desquels les époux demeureront tenus selon les termes du contrat. Enfin, et c'est certainement la cause principale, il est fréquent qu'une telle clause soit contraire à la volonté des époux de contribuer de manière non égalitaire mais équitable – et donc proportionnée à leurs facultés –

⁸²² Cass., 1^{ère} civ., 3 février 1987, n° 84-14612 : Bull. civ. I, n° 41 ; op. cit.

aux charges du mariage. En ce sens, le texte de l'article 214 peut sembler juste. Pour conclure, les clauses relatives à l'aménagement forfaitaire de la contribution ou des modalités contributives sont, en pratique, rarement stipulées. *A contrario*, la clause de contribution dite « au jour le jour » est, quant à elle, plébiscitée par la pratique.

Section 3 : L'épineuse question de la clause de contribution « au jour le jour »

481. **Une clause d'anticipation.** En vue d'anticiper les conséquences d'un éventuel divorce et afin d'éviter tout litige au jour de la séparation quant aux divergences de contributions entre les deux époux, il est fréquent, si ce n'est habituel, de stipuler dans le contrat de mariage une clause dite de contribution « au jour le jour ». Elle consiste à prévoir que chacun des époux sera réputé avoir fourni sa part contributive au jour le jour. De ce fait, aucun d'eux ne pourrait, en principe, réclamer au jour de la dissolution de l'union les justificatifs d'une telle contribution, ni aucune restitution sur ce fondement. Une telle clause permet aux époux de limiter toute demande quant à un éventuel excès de contribution ou, au contraire, à l'insuffisance d'une telle contribution, de l'un ou l'autre des époux. Ce faisant, elle permet de simplifier les rapports des époux entre eux au jour de la séparation. Toutefois, si cette clause est aujourd'hui devenue habituelle, si ce n'est quasiment une clause de style, notamment dans les contrats de séparation de biens, elle suscite un certain nombre de difficultés. Ainsi, bien que son utilité semble évidente (§1), il convient de s'intéresser aux limites qui lui sont inhérentes (§2).

§1 : Une clause à l'opportunité évidente

482. **Une clause fréquente.** La clause de contribution « au jour le jour » est, tout au moins quant à son principe, d'application simple. Du fait de sa vocation tenant à la simplification des rapports entre les époux au jour de la dissolution de l'union, elle est souvent devenue une clause de « style » insérée par les notaires dans les contrats de mariage (A). Toutefois, sa popularité ne l'exonère pas d'un certain nombre de critiques (B).

A. Un objectif de pacification des rapports entre époux

483. **Objectif.** La clause dite de « *contribution au jour le jour* » n'a pas pour but de déterminer la part contributive de chacun des époux. Elle instaure seulement une présomption selon laquelle chacun des époux a contribué quotidiennement aux charges du mariage à proportion des facultés déterminées par le contrat de mariage. En application de cette clause, au jour de la dissolution de l'union, aucun compte entre les époux ne devrait être établi et

aucun d'eux ne devrait pouvoir revendiquer une créance à ce titre. L'objectif ainsi poursuivi est de prévenir les conflits et d'éviter que les époux aient à tenir une comptabilité précise de l'ensemble des charges quotidiennes réglées par chacun d'eux. Du fait de son apparente simplicité, cette clause est aujourd'hui devenue fréquente, si ce n'est systématique. Tel est notamment le cas dans les contrats de séparation de biens. Cette clause est alors souvent rédigée de la manière suivante : « *Chacun des époux est réputé avoir fourni au jour le jour sa part contributive, de sorte qu'aucun compte ne sera fait entre eux à ce sujet et qu'ils n'auront pas de recours l'un contre l'autre pour les dépenses de cette nature* ».

484.Effets quant à la liquidation. La stipulation d'une telle clause permet de faciliter la liquidation en limitant les contestations postérieures relatives aux règlements des charges du mariage. Cette simplification est d'autant plus opportune qu'il est souvent complexe pour les époux d'apporter la preuve des charges réellement supportées par chacun d'eux. En effet, il est peu fréquent que les époux tiennent entre eux des « comptes d'apothicaires » mentionnant chacune des dépenses réalisées. Au jour où s'élèvent les litiges, il est alors fréquent qu'ils ne détiennent pas la preuve de ces règlements. La résolution des conflits est alors souvent paralysée par ces désaccords persistants qui peuvent difficilement être tranchés. Une telle stipulation permet ainsi de limiter, voire d'interdire si la présomption stipulée est irréfragable, toute revendication sur ce fondement.

485.Une clause de non-recours. Lorsque la stipulation d'une clause de contribution au jour le jour prévoit, comme tel est souvent le cas, que les époux « *n'auront pas de recours l'un contre l'autre pour les dépenses de cette nature* », il convient de s'interroger sur sa portée. La Cour de cassation, dans un arrêt du 13 mai 2020⁸²³, est venue préciser qu'une telle stipulation devait être analysée comme une clause de non recours ayant la portée d'une fin de non-recevoir. Elle a, dans cet arrêt, pris le soin de préciser les effets d'une telle qualification. En effet, elle reprend la définition énoncée par l'article 122 du Code de Procédure civile : « *la fin de non-recevoir est un moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir* ». Suivant ce raisonnement, l'insertion au contrat de mariage d'une clause de non recours s'oppose à la faculté qu'aurait un époux d'obtenir postérieurement au divorce une indemnisation sur le fondement de la contribution aux charges du mariage. *A contrario*, une telle clause ne peut s'opposer aux prétentions d'un époux en cours de l'union sur ce fondement. La Cour souligne, en effet,

⁸²³ Cass., 1^{ère} civ., 13 mai 2020, n°19-11.444 : op. cit.

qu'une telle stipulation « *ne fait pas obstacle, pendant la durée du mariage, au droit de l'un d'eux d'agir en justice pour contraindre l'autre à remplir, pour l'avenir, son obligation de contribuer aux charges du mariage.* ». Il semble qu'elle dégage une solution différente suivant deux temporalités distinctes. D'une part, les époux ne pourraient, concernant le passé, ni demander de contribution, ni démontrer un excès ou un manque de contribution. Dans ce cas, la clause ainsi stipulée prendrait tous ses effets. D'autre part, concernant la situation actuelle, les époux pourraient toujours engager un recours contre leur conjoint sur ce fondement. Cette solution est alors justifiée par le caractère impératif de cette contribution.

486.Critiques. Une telle solution a pu être critiquée par certains auteurs car elle aboutit à une caractérisation variable de l'impérative de l'article 214. En ce sens, Maître Mulon a notamment écrit que « *Soit l'obligation de contribuer aux charges du mariage est d'ordre public, soit elle ne l'est pas. Mais il ne nous semble pas possible de réserver la sanction de sa violation aux cas où la preuve paraît moins difficile à apporter* »⁸²⁴. D'autres auteurs, au contraire, parmi lesquels Madame Isabelle Dauriac, voient dans cet arrêt une « *lueur d'espoir à l'idée que la convention de mariage puisse encore préserver les époux de l'équité des juges* »⁸²⁵. Face à une jurisprudence parfois hésitante et sanctionnatrice de l'époux au patrimoine le plus prospère, une telle solution pourrait alors permettre, sans priver les époux en cours d'union de faire valoir leur droit d'ordre public, d'éviter au jour d'un divorce une remise en cause rétrospective de la réalisation de la contribution de chacun d'eux. Ce faisant, elle permettrait alors, non seulement, de pacifier la désunion mais également de prémunir les époux contre une appréciation large par les juges du fond d'une telle contribution.

487.Rédaction. En tout état de cause, lorsque les époux entendent stipuler une telle clause, il est impératif que le notaire fasse preuve d'une grande pédagogie en leur en exposant les conséquences. Une telle stipulation revêt alors un impact prépondérant et ne peut, ni ne doit, être stipulée que dans l'hypothèse où un tel désarmement mutuel, pour le passé, correspondrait strictement à la volonté des parties. A défaut, nul doute que la responsabilité du notaire pourrait être engagée sur ce fondement.

⁸²⁴ E. MULON, « Contribution aux charges du mariage et ordre public : tantôt oui, tantôt non », Gaz. Pal. 6 octobre 2020, n°388h4, p. 68.

⁸²⁵ I. DAURIAC, *Defrénois*, 3 décembre 2020, n°166j9, p.34 ; op. cit.

B. Critiques doctrinales et risque d'iniquité

488. **Une clause critiquée.** Bien que la clause de contribution « au jour le jour » connaisse une importante popularité dans la pratique notariale, elle est souvent moins bien accueillie par la doctrine. Certains auteurs ont ainsi remis en cause sa validité car elle pourrait, selon eux, aboutir à contredire le caractère impératif de l'article 214. Selon leur raisonnement, si la présomption stipulée devait être considérée comme irréfragable, le défaut de contribution d'un époux ne pourrait être sanctionné. Or cela aboutirait à priver de sanction une règle qui, si elle est aménageable, n'en est pas moins d'ordre public quant à son principe. Toutefois, ce raisonnement bien que logique ne nous paraît pas pouvoir être retenu. En effet, il ne s'agit pas ici d'exonérer l'un des époux de son obligation de contribution mais de stipuler une règle relative à la preuve de cette exécution. L'obligation elle-même n'est pas niée, seule la preuve du défaut de contribution est affectée. La clause aura alors pour but de rendre cette preuve nécessaire – en cas de présomption simple – ou inefficace – en cas de présomption irréfragable. Dans la seconde hypothèse, ce n'est pas le caractère impératif qui est contredit mais bien son effectivité. Une telle clause ne serait donc pas entachée de nullité sur ce fondement. En outre, une telle clause pourrait aboutir à une opposition aux solutions de droit commun et, notamment, à l'action sur le fondement de l'enrichissement injustifié. En effet, l'enrichissement serait alors causé par la stipulation au sein même du contrat de mariage. Bien que la validité d'une telle clause ne soit pas contestée par la jurisprudence, nombreux sont les contentieux liés à son insertion dans un contrat de mariage.

489. **Face à l'impôt.** Cette pratique pouvait, notamment, être particulièrement dangereuse concernant le règlement de l'impôt sur le revenu. En effet, il était fréquent que les époux prévoient entre eux, pour plus de facilité pratique, une clé de répartition des charges qu'ils supportent. Il était alors courant qu'il soit convenu entre eux que l'un règle les dépenses du quotidien et que l'autre supporte seul la charge de l'impôt du couple. La jurisprudence constante considère que l'impôt sur le revenu ne figure pas au nombre des charges incluses dans les charges du mariage au sens de l'article 214 du Code civil⁸²⁶. Or si ces charges ne font pas parties de celles mentionnées audit article, la clause de contribution « au jour le jour » ne

⁸²⁶ Cass., 1^{ère} civ., 22 février 1978, n°76-14.031 : Bull. civ. I, n°75, p.63 ; D. 1978, 602, n. MARTIN ; Defrénois 1979, 1667, obs. G. CHAMPENOIS – Cass., 1^{ère} civ., 19 mars 2002, n°00-11.238 : Bull. civ. I, n°99 ; D. 2002, somm. 2440, obs. V. BREMOND ; JCP 2002, I, 167, n°15, obs. M. STORCK ; Gaz. Pal., 8-9 janvier 2003, n. J. SAINTE-ROSE ; RTD civ. 2003, 137, obs. B. VAREILLE – Cass., 1^{ère} civ., 25 juin 2002, n°98-22.882 : Bull. civ. I, n°173 ; AJ. Fam. 2002, 381 ; Dr. Fam. 2002, n°149, n. B. BEIGNIER – Pour une solution contraire, non publiée : Cass., 1^{ère} civ., 25 juin 2008, n°07-17.349 : NP ; RJP 2008, 11/21, obs. F. VAUVILLE ; RTD civ. 2008, 529, obs. B. VAREILLE.

peut, en conséquence, pas leur être appliquée. Par suite, l'époux ayant réglé l'impôt sur le revenu serait en droit d'exiger le remboursement de la quote-part incombant à son conjoint. *A contrario*, ce dernier, ayant réglé les charges de la vie quotidienne, incluses audit article, ne pourrait en obtenir le remboursement. Une telle solution aboutirait donc à une injustice pratique évidente.

490.Palliatif. Afin de pallier cette iniquité, la jurisprudence a pu admettre que le paiement des impôts du couple puisse être compensé par le règlement par l'autre conjoint des charges du logement. En vue d'anticiper cette problématique, il est possible d'inclure dans les charges visées par la contribution « au jour le jour » le règlement de l'impôt. En présence d'une telle clause, aucun des époux ne pourrait revendiquer de créance à ce titre, sauf à apporter la preuve contraire à cette présomption. Il convient de souligner que cette problématique devrait être amenée à disparaître, tout au moins en partie, avec la mise en place du « prélèvement à la source »⁸²⁷ par la loi de finances pour 2017⁸²⁸. En effet, désormais, l'impôt sur le revenu dû par chacun des époux fera l'objet, suivant la nature des revenus perçus, d'une retenue à la source ou d'un versement d'acompte. Par conséquent, seuls les versements d'acompte ou le règlement des régularisations d'impôts devraient encore donner lieu à un tel contentieux. Aussi, si son opportunité peut sembler amoindrie, la stipulation d'une clause de règlement forfaitaire de l'impôt peut toujours être judicieuse⁸²⁹.

§2 : Une clause ouvrant lieu à un contentieux fourni

491.Présomption. Bien que d'une opportunité prophylactique évidente, la clause de contribution dite « au jour le jour » aboutit parfois à des situations inextricables. L'anticipation d'un éventuel conflit peut alors devenir la source même du conflit que les époux tentaient d'éviter. Tel est notamment le cas lorsque les époux n'auront pas précisé au sein même de leur contrat de mariage la nature de la présomption ainsi créée (A). Toutefois, l'évolution jurisprudentielle et législative pourrait être amenée à répondre à cette incertitude (B). Dans une volonté d'encadrement et de sécurisation de cette clause, nous proposerons enfin une formule de rédaction (C).

⁸²⁷ Art. 204 A et s. du CGI.

⁸²⁸ Art. 60, L. n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 de finances pour 2017 (JORF n°0303 du 30 décembre 2016).

⁸²⁹ V. pour une proposition de formule : M. GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, 5^e éd., 2015/2016, spéc. 112.12.

A. Nature de la présomption, entre incertitude et évolution

492. Un important débat. En matière de présomption, la clause de contribution au « jour le jour » prête à débat aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence. C'est une interrogation qui n'est en rien tranchée. Elle dépend de l'appréciation souveraine des juges du fond⁸³⁰. Ces derniers tendent parfois à lui reconnaître un caractère simple⁸³¹ et, d'autrefois, un caractère irréfragable⁸³². Il est évident que les conséquences d'une telle qualification auront un impact prépondérant sur la situation des époux. S'il ne s'agit que d'une présomption simple, cette clause consacre alors seulement un renversement de la charge de la preuve. Chacun des époux conserve la faculté d'en apporter la preuve contraire. Elle aurait alors seulement pour but de minimiser le contentieux en l'absence d'une telle preuve. Mais elle laisserait, à chacun des époux, la faculté de démontrer qu'il a trop contribué ou que son conjoint n'a pas suffisamment participé. Une telle solution permettrait ainsi de limiter le contentieux sans l'anéantir totalement⁸³³. *A contrario*, s'il s'agit d'une présomption irréfragable, toute contestation à ce sujet doit être exclue. Aucun des époux ne pourrait alors revendiquer de créance sur ce fondement même en présence de preuve manifeste. A ce titre, les époux se désarment, dès le contrat de mariage, en se privant délibérément de tout recours de l'un contre l'autre sur ce fondement. Comme le résumait Me Gilles Bonnet, notaire, une telle solution peut être considérée comme le « *quitus anticipé donné à chacun des époux pour le temps du mariage, insusceptible de recherche (donc de preuve) contraire* »⁸³⁴.

493. La recherche d'une volonté. Les jurisprudences, nombreuses en la matière, tentaient de rechercher la volonté des époux afin de déterminer le caractère de la présomption ainsi stipulée selon la formulation retenue par le contrat de mariage. Dans ce but, les juges interprétaient les stipulations prévues par les époux au sein de leur contrat. Or s'agissant souvent d'une clause de style, celle-ci est souvent rédigée de manière quasi-identique. Selon l'analyse classique de la Cour de cassation, plusieurs aspects de cette formulation tendaient à orienter leur raisonnement en faveur une présomption irréfragable. Parmi ces éléments,

⁸³⁰ Cass. 1^{ère} civ., 10 janvier 1961 : Bull. civ. 1961, I, n° 22 ; JCP G 1961, IV, 27 – Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} octobre 1996, n° 94-19.625 : Bull. civ. I, n° 336 ; JCP 1997. I. 4008, n° 18, obs. M. STORCK.

⁸³¹ Cass., 1^{ère} civ., 3 novembre 2004, n°02-13.102 : NP – Cass., 1^{ère} civ. 3 mars 2010, n°09-11.005 : Bull. civ. I, n°50 ; JurisData n°2010-001118 ; AJ. Fam. 2010, 188, obs. F. CHENEDE ; D. 2010, p.2092, chron. N. AUROY et C. CRETON ; D. 2011, 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; RTD civ. 2010, 305, obs. J. HAUSER ; RTD civ. 2010, 363, obs. B. VAREILLE.

⁸³² Cass., 1^{ère} civ., 25 septembre 2013, n°12-21.892 : Bull. civ. I, n°189 ; op. cit.

⁸³³ En faveur d'une telle analyse, v. P. MOISSINAC, « Essai sur la séparation de biens contractuelles », Thèse, Paris, 1920.

⁸³⁴ G. BONNET, « Logique de la séparation de biens », in Droit patrimonial de la famille, M. GRIMALDI (dir.), Dalloz Action, 5^e éd., 2015-2016, n°161-22.

certaines peuvent, en effet, paraître non équivoques. Tel est notamment le cas de l'emploi du terme « réputé » et non « présumé » dans la rédaction d'une telle clause. En effet, la présomption fait appel à une probabilité et peut donc, en principe, être combattue. *A contrario*, « réputer » qu'une dépense est réalisée crée une fiction juridique. Peu importe alors que la preuve contraire puisse ou non être rapportée puisque les époux ont décidé de considérer cette fiction juridique comme une réalité factuelle. A ce titre, les époux semblent se désarmer l'un l'autre de manière claire et précise et ce, sans se laisser la faculté d'une preuve contraire au jour d'un éventuel litige. Toutefois, l'évolution législative semble tendre vers une solution différente.

B. La présomption contractuelle face à l'évolution législative

494. La réforme du droit des obligations. La problématique de la qualification de la présomption ainsi créée est amenée à évoluer à la suite de la réforme du droit des obligations. En effet, certains auteurs, parmi lesquels Madame Fanny Hartman⁸³⁵, ont soulevé des doutes quant à l'efficacité des présomptions irréfragables contractuellement stipulées par les parties au regard du nouvel article 1356 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016⁸³⁶. Cet article énonce, désormais, en son alinéa 2 *in fine* : « *Ils ne peuvent davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable* ». En application de celui-ci, la présomption ainsi stipulée devrait être susceptible de preuve contraire c'est-à-dire se limiter à une présomption simple et non irréfragable. C'est, sans doute, ce qui justifie l'évolution jurisprudentielle de ces dernières années.

495. Évolution jurisprudentielle. Dès 2018, deux arrêts des 11 avril⁸³⁷ et 5 décembre⁸³⁸ sont venus pondérer l'appréciation jurisprudentielle classique. Ces arrêts n'ont pas expressément précisé le caractère simple ou irréfragable d'une telle présomption. Mais la Haute juridiction a reconnu à l'époux *solvens* la possibilité d'obtenir une créance au titre de son excès de contribution malgré la stipulation d'une clause de contribution « au jour le jour ». Par la suite, dans un arrêt non publié, la Cour est venue préciser que cette clause instaurait une

⁸³⁵ F. HARTMAN, « Vers une interprétation restrictive du domaine de la contribution aux charges du mariage », Defrénois 155t4, n° 5, 30 janvier 2020, p.17.

⁸³⁶ Ord. n° 2016-131, 10 février 2016, op. cit.

⁸³⁷ Cass., 1^{ère} civ., 11 avril 2018, n°17-17.457 : D ; AJ. Fam. 2018, p. 406, obs. J. CASEY ; RTD civ. 2018, p. 956, obs. B. VAREILLE.

⁸³⁸ Cass., 1^{ère} civ., 5 décembre 2018, n°18-10.488 : D ; Gaz. Pal. 9 avril 2019, 346v9, p. 48, n. J. FLAMENT.

présomption « irréfragable » mais susceptible de preuve contraire⁸³⁹. A ce titre, l'époux susceptible de démontrer sa sur-contribution pouvait revendiquer une créance contre son conjoint. Cette formulation surprenante de présomption « irréfragable » susceptible de preuve contraire est sans doute liée à l'évolution de l'article 1356 qui impose cette faculté pour les présomptions contractuellement prévues. Ce courant jurisprudentiel semble désormais se confirmer. En effet, une décision récente a repris la faculté pour les époux « *de renverser la présomption stipulée dans leur contrat de mariage en établissant que sa participation avait excédé ses facultés contributives* »⁸⁴⁰. Notons, toutefois, que cet arrêt ne reprend judicieusement pas la formulation de l'arrêt de 2018 et abandonne la qualification de présomption irréfragable.

496. Insécurité juridique. Cette oscillation jurisprudentielle génère, de fait, une importante insécurité juridique. Cette situation est d'autant plus critiquable qu'elle consiste à offrir aux juges du fond le pouvoir de présumer de la volonté des époux dans une matière purement contractuelle. Il apparaît alors évident que le rôle du notaire est de préciser, au sein même de ces clauses dérogatoires, leurs conditions d'application ainsi que la nature de la présomption. Les jurisprudences tendent à inciter à la prudence et à s'attacher à une rédaction minutieuse permettant de correspondre au mieux à la volonté clairement exprimée des époux⁸⁴¹. Le notaire devra s'attacher à identifier celle-ci et à rédiger clairement la clause en conséquence. Compte tenu de l'évolution législative, il conviendra d'encourager les époux à s'orienter vers une clause leur permettant de se réserver la possibilité d'apporter la preuve contraire afin d'éviter toute incertitude quant à la validité d'une telle présomption. Bien qu'une telle clause ne permette pas d'évincer tout litige au jour d'une éventuelle séparation, elle a le mérite d'offrir à l'époux *solvens* la faculté de démontrer son excès de contribution tout en limitant le contentieux au seul cas où la preuve peut en être apportée. Ainsi, elle permet d'éviter tout risque d'iniquité trop évident entre les époux. En outre, il sera notamment possible d'aménager les délais d'action des époux afin d'éviter que de tels contentieux puissent perdurer.

⁸³⁹ Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2018, n° 17-25.858 : D, NP ; JurisData n° 2018-017975 ; AJ. Fam. 2018, p. 697 et s., obs. J. CASEY ; Dr. Fam. 2018, comm. 279, obs. S. TORRICELLI-CHIRIFI ; JCP N 2019, obs. A. KARM ; Gaz. Pal. 8 janvier 2019, p. 63 et s., obs. A.- L. CASADO – Cass., 1^{ère} civ., 19 décembre 2018, n° 18-12.311, F-PB ; JurisData n° 2018-023841 ; Dr. Fam. 2019, comm. 40, obs. S. BEN HADJ YAHIA ; AJ. Fam. 2019, p. 94, obs. J. HAUSER.

⁸⁴⁰ Cass., 1^{ère} civ., 20 mars 2019, n° 18-14.571 : D, NP ; AJ. Fam. 2019, p. 348, obs. J. CASEY ; RTD civ. 2019, 638, obs. B. VAREILLE.

⁸⁴¹ F. CHENEDE : « Difficultés d'interprétation des clauses aménageant la contribution aux charges du mariage », AJ. Fam. 2010, 188, n. ss Civ. 1^{ère}, 3 mars 2010, n° 09-11.005 (Bull. civ. 2010, I, n° 50).

C. La nécessité d'une rédaction rigoureuse

497. **Une rédaction rigoureuse.** La rédaction de la clause de contribution « au jour le jour » est un élément clé du contrat de mariage, notamment afin de pallier les aléas jurisprudentiels. Le notaire ne doit, ni ne peut, se contenter des clauses prévues par les logiciels métiers sans une analyse complète et circonstanciée de la situation individuelle des époux, ou futurs époux. Il est impératif qu'il s'attache à contractualiser une clause se rapprochant au plus près de leur volonté afin de leur permettre d'éviter, au mieux, tout conflit sur ce fondement au jour de la désunion. Cette clause pourra également être le support d'une tentative de définition de l'assiette de cette notion. En outre, bien qu'il ne nous semble pas envisageable d'exclure par principe la participation au financement et à l'entretien du logement de la famille de l'assiette de l'article 214, tout aménagement sur ce point ne doit pas être exclu. En effet, bien qu'incluses dans ces charges, il apparaît tout à fait opportun d'exclure celles-ci du champ d'application de la clause de contribution au jour le jour. Outre la définition de son champ d'application, une telle stipulation pourra également permettre d'aménager les modes de preuve admis ou exclus. Ce faisant, elle permettra d'accroître la sécurité juridique face à un éventuel litige.

498. **Proposition de clause.** Cette clause pourrait alors être formulée de la manière suivante :

« Contribution aux charges du mariage

Principe

Conformément aux dispositions de l'article 214 du Code civil, les conjoints contribueront aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives⁸⁴².

Ces facultés sont appréciées en fonction des ressources pécuniaires de chaque époux, des revenus de leur patrimoine personnel⁸⁴³ respectif ainsi que de l'industrie déployée au profit des besoins du mariage. Ces revenus sont appréciés en fonction de ceux qui seraient générés par une gestion utile du capital.

Toutefois, les dépenses de la vie commune qui se trouveront dues et engagées au moment de la dissolution du mariage incomberont pour moitié à chacun des époux ou leurs héritiers et représentants.

Si l'un des époux s'avérait économiquement ne plus être en mesure de

⁸⁴² Sous réserve de la volonté des époux de stipuler une contribution à des proportions différentes.

⁸⁴³ Préférez le vocable « propre » en régime de communauté.

contribuer auxdites charges, le devoir de secours entre époux⁸⁴⁴, obligation d'ordre public, commande alors à son conjoint de s'acquitter de la majorité, si ce n'est de la totalité desdites charges, sans recours contre son conjoint.

Définition des charges du mariage⁸⁴⁵

Les époux décident expressément de considérer que les charges visées par l'article 214 du Code civil engloberont :

- les dépenses de nourriture ;*
- les dépenses liées au logement principal, c'est-à-dire le paiement du loyer, des charges locatives, des charges de copropriété⁸⁴⁶, de la taxe d'habitation, mais aussi des factures de consommation courante (eau, gaz, électricité, télécommunication, etc.) et de l'assurance habitation ;*
- les dépenses d'éducation des enfants et, notamment, les frais de scolarité et des activités périscolaires ;*
- les dépenses d'habillement ;*
- les dépenses de loisirs et de vacances ;*
- les dépenses de santé, en ce compris la souscription d'une mutuelle et le paiement de ses cotisations ;*
- les cotisations d'assurance vieillesse dès lors qu'elles relèvent du régime obligatoire ;*
- les travaux d'entretien des biens dont les époux sont propriétaires ensemble ;*
- les dépenses relatives à l'acquisition et à l'amélioration du logement de la famille.*

Les (futurs) époux entendent expressément exclure de l'assiette de ces charges :

- les dépenses relatives à l'acquisition d'un bien à titre de résidence secondaire ou d'investissement locatif, quel qu'en soit le propriétaire ;*
- les travaux d'entretien des biens appartenant à un seul des deux époux ;*

⁸⁴⁴ Art. 212 C. civ.

⁸⁴⁵ Suivant la définition proposée par G. CHAMPENOIS et N. COUZIGOU-SUHAS (Defrénois, n°7, 15 avril 2015, 119g4, op. cit.).

⁸⁴⁶ Cass., 3^{ème} civ., 1^{er} décembre 1999, n°98-11.726 : NP ; D. 2001, 346, obs. C. GIVERDON ; JCP N 2000, 643, comm. A. DJIDO ; JCP 2000, I, 245, n°7, obs. G. WIEDERKEHR.

- les dépenses relatives à l'acquisition d'un bien, ou d'une quote-part indivise, par un seul des deux époux, que ces dépenses aient été ou non financées au moyen d'un prêt.

Modalité de la contribution

Cette contribution pourra, pour chacun des époux, s'exécuter en argent par le règlement de ces charges, en nature (notamment par la mise à disposition de la jouissance d'un logement à titre de résidence principale, appartenant à un seul des deux époux) ou en industrie (notamment par l'activité domestique ou l'assistance de l'un des époux dans l'activité professionnelle de son conjoint)⁸⁴⁷.

Les époux conviennent expressément que cette contribution pourra être réalisée au moyen de deniers issus de la vente d'un bien reçu par donation ou succession, ou détenu avant le mariage, sous réserve que le conjoint contributeur mentionne expressément, aux termes de l'acte pour lequel ses deniers seraient employés, sa volonté que ce financement relève de sa contribution aux charges du mariage.

Contribution au jour le jour

De convention expresse entre les époux, chacun d'eux est présumé⁸⁴⁸ avoir fourni au jour le jour sa part contributive aux charges du mariage, de sorte qu'aucun compte ne sera fait entre eux à ce sujet et qu'ils n'auront pas de recours l'un contre l'autre pour les dépenses de cette nature.

*Il est expressément prévu que cette présomption soit **simple**. Ainsi, chacun des époux conserve la faculté de solliciter une créance au titre d'un excès de contribution de sa part ou d'une participation insuffisante à cette contribution de son conjoint. Il incombera alors à l'époux demandeur de démontrer cet excès ou ce manquement. Cette démonstration pourra être réalisée par tout moyen⁸⁴⁹.*

Toutefois et par exception, les parties déclarent que :

- cette présomption ne s'appliquera pas aux investissements financés par les époux dans une proportion n'étant pas égale à celle de l'acquisition ;

⁸⁴⁷ Sous réserve de la volonté contraire des époux qui entendraient différencier le mode de contribution de chacun d'eux.

⁸⁴⁸ Il convient ici d'éviter l'usage du terme « réputé » qui, comme nous l'avons souligné, pourrait laisser entendre une volonté de créer une fiction juridique irréfragable.

⁸⁴⁹ Notons sur ce point que les époux peuvent décider de limiter les modes de preuve admis.

- *cette présomption ne s'appliquera pas aux acquisitions immobilières réalisées par les époux ;*
- *cette présomption ne s'appliquera pas aux remboursements anticipés effectués en cours de prêt par l'un ou l'autre des époux et ce quel que soit le bien financé au moyen dudit prêt*

Avertissement relatif au paiement de l'impôt sur le revenu

Il est expressément rappelé aux époux qu'ils sont, du seul fait du mariage, solidaires vis-à-vis de l'administration fiscale du paiement de l'impôt sur les revenus. La Cour de cassation considère que le règlement de cet impôt ne relève pas de la contribution aux charges du mariage, mais qu'il s'agit d'une charge personnelle à chacun des époux.

En principe, chacun des époux doit donc contribuer de manière proportionnelle au paiement de cet impôt.

De manière expresse et dérogatoire, les époux conviennent de présumer que chacun d'eux a réglé sa part contributive de l'impôt sur les revenus, de sorte qu'aucun compte ne sera fait entre eux à ce sujet et qu'ils n'auront pas de recours l'un contre l'autre sur ce fondement.

Cette présomption est une présomption simple et chacun des époux conserve donc la faculté d'en apporter la preuve contraire par tout moyen. »

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

499.**Source de contentieux.** En matière de régime primaire, la question de la contribution aux charges du mariage de l'article 214 du Code civil incarne, sans nul doute, la source de contentieux la plus fournie. A ce titre, dans une recherche de pacification de la dissolution de l'union, cette question doit impérativement faire l'objet d'une analyse préliminaire au jour de l'établissement du contrat de mariage. Le notaire chargé de la rédaction de ce contrat devra s'attacher à identifier les solutions les mieux adaptées aux époux ou aux futurs époux. En outre, cette problématique peut également être amenée à évoluer et une nouvelle consultation notariée sera alors nécessaire.

500.**Une pluralité de solutions.** Nombreux seront les aménagements qui pourront être proposés. Une attention particulière devra, tout d'abord, être accordée à la définition même de la notion de charges du mariage. Ensuite, il conviendra d'interroger les époux sur leurs modes prévisibles de contribution mais également sur leurs projections éventuelles quant à une évolution professionnelle ou à une interruption de carrière. Il faudra également les questionner sur leur fonctionnement et leur vision du couple. L'objectif sera alors d'identifier la proportion à laquelle chacun entend contribuer auxdites charges. Selon les modalités identifiées et la vision de chaque couple, le notaire pourra les orienter vers les aménagements correspondants. Il sera ainsi possible d'aménager autant les modes de contribution que les proportions de cette contribution. Enfin, et afin d'apaiser les conflits au jour de la dissolution, il conviendra de s'attacher à encadrer les règles de preuve et de stipuler d'éventuelle présomption concernant ces charges. Dans ce but, la clause relative à la contribution aux charges du mariage nous paraît devoir être retravaillée par le notaire. En ce sens, il pourra être invité à retenir celle proposée aux présentes.

501.**Pluralités.** Au-delà des problématiques inhérentes à la mise en œuvre des règles de contribution aux charges du mariage, les époux ont la faculté d'aménager les règles liées à la liquidation de leur régime dans une recherche de pacification du partage. C'est dans ce but que seront analysées les facultés ainsi offertes aux époux.

CHAPITRE 2 : L'AMENAGEMENT DES REGLES LIEES A LA LIQUIDATION

502.Partage et conflit. « *La dispute alimente la dispute et engloutit ceux qui s'y plonge* »⁸⁵⁰. Au jour de la dissolution de l'union, outre les conflits inhérents à la séparation, il est fréquent que la liquidation du régime et, corrélativement, son partage soient également sources de contentieux. Les conflits relatifs aux conséquences liquidatives du divorce peuvent alors apparaître comme un « *divorce-bis* »⁸⁵¹. Les époux se trouvent confrontés à des problématiques inhérentes à la quantification et à la qualification des opérations passées au cours de leur union. Afin d'anticiper la résolution des contentieux pouvant naître de ces opérations et d'éviter que ces conflits ne pérennisent une situation de blocage, il peut être judicieux d'en régler le sort dès le contrat de mariage. En ce sens, il pourra être opportun d'y consentir des « faveurs ». L'objectif sera alors d'« armer » les époux qui, en connaissance de cause, seront plus réticents à se « battre » de crainte de perdre les avantages ainsi conférés. La liquidation et le partage sont encadrés par un grand nombre de règles légales. Toutefois, la plupart d'entre elles sont aménageables et peuvent donc faire l'objet de dérogations conventionnelles. Le rôle du notaire sera alors prépondérant afin d'exposer aux époux au jour de leur union, ou au cours de celle-ci, les conséquences de leurs choix. Ces clauses ne sont en rien des clauses de style et il conviendra d'attirer l'attention quant à leur portée.

503.Une pluralité de solutions. Anticiper les problématiques inhérentes au partage est un vaste programme. Nombreuses sont les stipulations contractuelles qui peuvent répondre, tout au moins partiellement, à de telles préoccupations. Au sein de ces clauses, deux axes d'étude peuvent être identifiés. D'une part, une problématique récurrente est celle qui résulte de l'identification des flux financiers pouvant apparaître entre les époux. Il est fréquent, si ce n'est habituel, qu'apparaissent, au cours de l'union, des transferts de valeurs entre leurs patrimoines respectifs ou avec un éventuel patrimoine commun. L'indemnisation de ces flux sera source de nombreux contentieux au jour de la désunion (Section 1). D'autre part, les époux pourraient avoir intérêt à assurer le devenir de certains biens déterminés en cas de divorce et souhaiter stipuler, dans ce but, une clause de prélèvement (Section 2).

⁸⁵⁰ SENEQUE, *De la colère*, 41-52 ap. J.-C.

⁸⁵¹ Pour reprendre la formulation énoncée par le sénateur P. GELARD *In* Rapp. n°120 sur le projet de loi relatif au divorce (Annexe au procès-verbal de la séance du 17 décembre 2003), spéc. § E.

Section 1 : L'aménagement des récompenses et des créances entre époux

504.**Existence de flux financiers.** Quel que soit le régime choisi par les époux, il est rare que n'apparaisse, au cours de l'union, aucun flux financier entre leurs patrimoines respectifs ou entre ces patrimoines et un éventuel patrimoine commun. C'est au jour de la liquidation du régime qu'il conviendra d'identifier, de qualifier et de quantifier ces flux. Ils seront alors, souvent, sources de contentieux. Deux types de flux peuvent être identifiés : les créances entre époux et les récompenses. Les créances entre époux correspondent à l'hypothèse où le patrimoine propre ou personnel de l'un des époux a tiré profit du patrimoine de son conjoint. Ce type de créances peut apparaître dans tous les régimes matrimoniaux. *A contrario*, les récompenses ne peuvent naître que dans les régimes communautaires. Sur ce point, il convient toutefois de préciser qu'une séparation de biens dotée d'une société d'acquêts pourrait également être le siège d'une récompense. L'identification et l'évaluation de ces flux sont souvent mal maîtrisées par les époux et peuvent donc faire naître pour l'époux débiteur un sentiment d'injustice, voire de rancune. Les articles du Code civil afférents à ces flux ne sont pas d'ordre public et de nombreux aménagements peuvent leur être consacrés.

505.**Source de contentieux.** Au vu de la jurisprudence fournie, il apparaît évident que les complexités liées à l'identification et à la quantification de ces flux cristallisent souvent la rancœur des époux l'un envers l'autre. Une fois de plus, les flux financiers qui apparaissaient comme normaux ou justifiés en cours d'union semblent, dès lors que la séparation est prononcée, insupportables pour celui qui les a consentis. L'aménagement et la contractualisation de ces flux peuvent alors permettre aux époux de pacifier ces conflits. Dans ce but, peuvent être stipulées des clauses permettant de constater ou de nier l'exigibilité de l'indemnité liée aux récompenses (§1). Il est également possible de contractualiser les règles de calcul de ces récompenses (§2). Enfin, et bien que ces aménagements soient moins courants car souvent moins sources de contentieux, il pourrait être envisagé d'aménager les règles liées aux créances entre époux (§3).

§1 : De l'exigibilité ou de la non-exigibilité des récompenses

506.Principe. Du fait de la perméabilité des patrimoines propres et communs, à défaut de séparation juridique rigoureuse, l'un des patrimoines tire souvent profit de l'autre. C'est la raison pour laquelle un mécanisme correctif a été mis en place par le législateur afin de corriger le déséquilibre ainsi créé entre les patrimoines : le mécanisme des récompenses. Toutefois, les règles afférentes à ce mécanisme n'étant pas d'ordre public, il est possible pour les époux de contractualiser les règles afférentes à l'exigibilité ou à la non-exigibilité de ce correctif (A). Cette solution s'avère notamment opportune dans le cas particulier de l'apport à communauté (B).

A. L'aménagement des règles d'exigibilité des récompenses

507.Règles supplétives. Le régime des récompenses, régi par les articles 1433 et 1437 du Code civil, n'est pas d'ordre public. Deux modes de dérogations peuvent être envisagés. Du fait du caractère supplétif de ces règles, il demeure possible pour l'époux créancier de renoncer au règlement du solde de son compte de récompenses au jour de la liquidation. Une telle renonciation ne peut, toutefois, intervenir qu'après la dissolution de l'union sauf à se voir opposer le principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux. En outre, bien que la jurisprudence ait pu admettre une telle renonciation, elle considère qu'elle ne peut résulter « *que d'acte manifestant sans équivoque la volonté de renoncer* »⁸⁵². Ainsi, bien qu'une telle faculté soit offerte aux époux, elle implique nécessairement une entente entre eux. Or le divorce s'avère rarement purement amiable. Afin d'anticiper ces éventualités et de pallier en amont ces problématiques, il est possible de s'orienter vers une solution contractuelle.

508.Donation. Si les interrogations des époux portent sur une récompense déterminée, le notaire pourra alors leur proposer de procéder à une donation de celle-ci. Une telle solution est désormais admise par la jurisprudence⁸⁵³. Il s'agira alors, non pas d'un abandon de droit qui porterait atteinte au principe de l'immutabilité du régime matrimonial, mais de « *la donation d'une créance dont le montant ne pourra être liquidé qu'au décès de l'un ou l'autre des donateurs* » (ou à la dissolution de l'union par divorce). Toutefois, bien que cette solution ait été consacrée par la jurisprudence, elle n'a trouvé que peu d'écho dans la pratique notariale.

⁸⁵² Cass., 1^{ère} civ., 8 décembre 1982, n°81-14.093 : Bull. civ. I, n°354 ; D. 1983, 209, n. M. MORIN.

⁸⁵³ Cass., 1^{ère} civ., 6 février. 2007, n°04-13.282 : Bull. 2007, I, n°54 p.49 ; JurisData n° 2007-037228 ; JCP G 2007, n°25, II, 10113, 526, F. SAUVAGE ; JCP N 2007, n° 35, 1229.

Sans doute, ce manque de popularité se justifie par le peu d'hypothèses permettant sa mise en œuvre.

509. Stipulation contractuelle. De manière plus classique, les notaires auront plutôt tendance à orienter les époux vers l'aménagement du régime des récompenses. De tels aménagements ne peuvent intervenir en dehors d'un contrat de mariage ou d'une procédure d'aménagement du régime matrimonial. A défaut, une telle convention serait une atteinte manifeste au principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux de l'article 1386 du code civil⁸⁵⁴. Il sera donc impératif que de telles règles dérogatoires soient incluses *ab initio* dans le contrat de mariage ou fassent l'objet d'une procédure d'aménagement du régime matrimonial suivant les règles prescrites par l'article 1397 du Code civil que ce soit pour encadrer la reconnaissance d'une récompense (1) ou la renonciation contractuelle à celle-ci (2).

1. La reconnaissance contractuelle d'une récompense

510. Anticipation. Afin d'anticiper et de respecter les projections des époux, il pourra être opportun de leur conseiller de contractualiser la reconnaissance d'une récompense aux termes de leur contrat de mariage. Suivant la nature et la consistance des patrimoines des époux, les solutions pourront alors être quasiment illimitées. A ce titre, il sera possible de stipuler des règles de preuve ou, encore, d'instaurer des présomptions conventionnelles. L'instauration des règles de preuve pourra avoir pour conséquence d'encadrer les revendications des époux en limitant celles-ci aux seules hypothèses pouvant être prouvées, par exemple, par des factures ou des preuves écrites à l'exclusion de tout autre mode de preuve.

511. Présomption. En vue de pacifier la liquidation, il pourra être envisagé de stipuler contractuellement une présomption de récompense. Tel pourra notamment être le cas concernant toutes sommes propres encaissées quel que soit le titulaire du compte. Ce faisant, les époux pourraient ainsi se prémunir contre les jurisprudences liées à l'encaissement des sommes propres. Une telle solution aura pour vocation d'éviter toute contestation sur ce fondement au jour de la désunion et, par ce biais, de pacifier, tout au moins sur ce point, les relations entre les époux. Par l'application de ces présomptions conventionnelles, il incombera

⁸⁵⁴ Cass., 1^{ère} civ., 28 juin 1983, n°82-12.926 : Bull. civ. I n°190 ; D. 1984, 254, n. M. MORIN ; JCP 1985, II. 20330, n. J.-F. PILLEBOUT.

à celui des époux qui entend se soustraire à la récompense de faire tomber la présomption en prouvant le caractère propre des fonds employés.

512.Opportunités plurielles. Nombreuses sont les hypothèses qui pourraient être envisagées suivant la situation personnelle des époux. Le notaire, rédacteur de l'acte support, devrait donc impérativement faire un travail de sur-mesure afin d'exposer aux époux l'ensemble des hypothèses correspondant à leur cas et les inciter à s'interroger, en amont, sur l'existence potentielle de flux financiers à venir (succession, donation, etc.). Un tel travail d'anticipation aurait pour conséquence une meilleure information des parties sur les impacts de tels flux. Corrélativement, il pourrait permettre de désamorcer, en amont, un nombre important de contentieux, souvent liés à une méconnaissance de la loi. *A contrario*, il peut également être opportun, dans certaines hypothèses, de stipuler des renonciations conventionnelles.

2. La renonciation contractuelle à une récompense

513.Principe. S'il est possible de faciliter conventionnellement la reconnaissance des récompenses, il pourra parfois être plus opportun de stipuler qu'aucune récompense ne sera due même si l'un des patrimoines a tiré profit du patrimoine commun ou, inversement, même si le patrimoine commun a tiré profit d'un des patrimoines propres des époux. Cette exclusion peut ainsi être généralisée à toutes les récompenses ou ponctuellement limitée à une ou plusieurs récompenses déterminées. En outre, l'exclusion peut être stipulée de manière générale ou limitée suivant la cause de la dissolution de l'union. Il est alors possible de prévoir contractuellement une situation intermédiaire consistant à reconnaître ou non l'existence d'une récompense selon la cause de la dissolution de l'union.

514.Opportunités plurielles. Une telle clause peut avoir de nombreuses utilités. A ce titre, il est, par exemple, possible d'exclure la consécration d'une récompense en stipulant que l'une des dépenses incombant, en principe, à l'un des patrimoines propres serait supportée définitivement par la communauté et ce, sans récompense. Tel pourra notamment être le cas, en présence d'époux communs en biens, de travaux, autres que d'entretien, portant sur un bien propre de l'un des époux et destiné à faire l'objet d'une mise en location pérenne. En effet, par le jeu de la mise en communauté des fruits et revenus des biens propres⁸⁵⁵, les loyers perçus au titre de cette mise en location seront qualifiés de biens communs. Or il est fréquent que les

⁸⁵⁵ Art. 1403 C. civ.

époux, et, en particulier, le propriétaire du bien propre ainsi loué, souhaitent utiliser ces loyers afin d'améliorer ce bien. A défaut de stipulation contractuelle, un tel emploi de ces loyers serait source de récompense au profit de la communauté. Stipuler une renonciation de récompense sur ce point pourrait alors permettre l'usage des loyers sans récompense. La renonciation serait alors équilibrée, dans les relations entre époux, par les revenus locatifs générés ensuite par ledit bien. En ce sens, la dispense ainsi consentie permettrait d'aboutir à un certain équilibre dans les rapports entre les époux.

B. Le cas particulier de l'apport à communauté

515.Principe. L'apport d'un bien à la communauté est un outil efficace dans l'anticipation des éventuels conflits que pourrait faire naître une dissolution de l'union. Toutefois, il ne doit pas être envisagé de manière indépendante. Il est donc essentiel de s'intéresser, notamment, aux éventuelles charges grevant le bien objet d'un tel apport. En pratique, l'apport peut être réalisé avec ou sans contrepartie⁸⁵⁶, c'est-à-dire avec ou sans prise en charge par la masse bénéficiaire de l'apport des passifs grevant le bien. Si l'apport est réalisé avec une contrepartie, on parle alors d'apport « valant vente ». La contrepartie sera évaluée selon les modalités prescrites par l'article 1469 du Code civil. Il paraît essentiel afin de se prémunir contre tout débat au jour de la dissolution de s'attacher à stipuler clairement, aux termes du contrat de mariage, l'existence ou l'absence d'une telle contrepartie. A défaut, cela pourrait faire naître un litige entre les époux quant à la prise en charge des frais afférents au règlement de ce passif.

516.Récompense et apport. Lors de la réalisation de l'apport à communauté, le notaire devra avertir les époux sur les conséquences d'un tel acte. A ce titre, il conviendra d'aborder la question des récompenses. Celles-ci n'ont, en principe, vocation à concerner que les flux financiers réalisés en cours d'union. Suivant ce raisonnement, la Cour de cassation est venue préciser que l'apport à communauté *ab initio* n'était, en conséquence, pas générateur de récompense⁸⁵⁷. Le raisonnement poursuivi par la Cour se fonde sur un critère temporel consistant à constater « *qu'aucun mouvement de valeur entre la masse propre de l'époux et la masse commune ne s'était réalisé au cours de l'application du régime matrimonial* ». Par un

⁸⁵⁶ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, les régimes matrimoniaux* : op. cit., spéc. p.361.

⁸⁵⁷ Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2019, n°18-20.430 : PBI ; AJ. Fam. 2019. 606, obs. S. FERRE-ANDRE ; D. 2020. 64 , n. F. HARTMAN ; D. actu., 18 oct. 2019, obs. Q. GUIGUET-SCHIELE ; Defrénois flash 21 oct. 2019, 152w3, p.1 ; Defrénois 16 janvier 2020, 154g6, n. H. LEYRAT ; *ibid.* 1761, obs. N. REBOUL-MAUPIN et Y. STRICKLER ; *ibid.* 2206, obs. S. GODECHOT-PATRIS et C. GRARE-DIDIER ; RTD civ. 2019. 919.

raisonnement par analogie, il est possible de considérer que la jurisprudence devrait également exclure l'application de la théorie des récompenses en présence d'une clause d'exclusion de la communauté⁸⁵⁸. Ainsi, la théorie des récompenses s'applique, selon la jurisprudence, de manière différente selon que l'apport est réalisé *ab initio*, aux termes d'un contrat de mariage préalable à l'union, ou en cours de celle-ci.

517. Apport *ab initio*. Par l'application de ce raisonnement, la jurisprudence actuelle considère qu'un apport réalisé *ab initio* ne donne pas lieu à récompense. De ce fait, l'époux apporteur ne pourra, à défaut de stipulation contractuelle expresse, revendiquer de récompense au titre de cet apport et ce, même si aucune clause d'exclusion conventionnelle n'est stipulée aux termes de son contrat de mariage. Ainsi, la théorie des récompenses ne pourrait pas, *a posteriori* et sans précision contractuelle, pallier l'absence de diligence de l'époux apporteur. Il sera essentiel que le notaire rédacteur attire l'attention de celui-ci sur cette jurisprudence et ses conséquences en cas de dissolution de l'union. Il devra porter une attention particulière à la rédaction de la clause liée à l'apport en prévoyant éventuellement une clause de reprise de celui-ci ou le fait qu'une récompense puisse être exigée par l'époux apporteur. Dans cette dernière hypothèse, une telle stipulation ne peut être envisagée que corrélativement à l'analyse des règles liées à la quantification des récompenses ainsi qu'aux modes de prise en charge de celles-ci. Une fois de plus, le rôle de conseil du notaire doit impérativement s'allier à son rôle de rédacteur afin d'accompagner au mieux les époux vers la solution « sur mesure » la plus à même de répondre à leurs besoins.

518. Apport en cours d'union. *A contrario*, suivant le raisonnement de la Cour de cassation, l'apport réalisé en cours d'union pourrait, en principe, être générateur de récompenses. Toutefois, cette solution nous paraît devoir être nuancée. En effet, l'apport à communauté est classiquement qualifié d'avantage matrimonial prenant effet en cours d'union. Or considérer qu'une récompense pourrait être exigée du fait de l'apport en cours d'union à la communauté reviendrait à permettre aux époux de remettre en cause, en cas de divorce, un avantage matrimonial ayant pris effet en cours d'union. Une telle solution est, dans son principe, contraire à la lettre de l'article 265 du Code civil et à l'esprit de la réforme du 26 mai 2004⁸⁵⁹. A ce titre, deux solutions nous paraissent pouvoir être envisagées lors de l'établissement du contrat de mariage : soit les époux constatent simplement l'apport et

⁸⁵⁸ V. en ce sens : Q. GUIGUET-SCHIELE : « Récompenses et qualification de biens communs : précisions sur le fond, rappel sur la présomption », *D. actu.* 14 décembre 2021.

⁸⁵⁹ L. n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, op. cit.

aucune récompense ne devrait être due au profit de l'époux apporteur au jour de la dissolution du régime s'agissant d'un avantage matrimonial ; soit les époux entendent assurer une certaine équité et ils doivent alors constater l'apport et prévoir expressément la faculté pour l'époux apporteur de revendiquer une récompense sur ce fondement. Dans cette hypothèse, ils devront s'attacher à en encadrer les règles (quantification, modes de prise en charge, etc.) afin d'éviter tout conflit au jour de la désunion. Afin d'éviter toute incertitude quant à la possibilité ou à l'impossibilité de revendiquer une récompense, il nous paraît préférable de stipuler clairement aux termes du contrat de mariage cette faculté ou l'exclusion expresse de celle-ci. Une telle solution permettra de pacifier les relations entre les époux au jour d'un éventuel divorce et, ce faisant, d'anticiper tout conflit à ce sujet.

§2 : L'aménagement des règles liées à la quantification

519.Principe de calcul. L'évaluation de toute récompense, quel qu'en soit le débiteur, est fondée, sauf conventions contraires des époux, sur l'application des règles issues de l'article 1469 du Code civil (A). Toutefois, si cet article prévoit un corps de règles qui peut paraître complet, il est parfaitement possible d'aménager celles-ci dans un but de simplification et de pacification des relations (B).

A. Les règles liées à la quantification

520.Principe et dépense faite. L'article 1469 du Code civil prévoit un mode de calcul variable selon la nature de la dépense réalisée. Il énonce, aux termes de son alinéa 1^{er}, le principe selon lequel « *La récompense est, en général, égale à la plus faible des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant.* ». Ce principe impose donc la définition de deux notions que sont la « dépense faite » et le « profit subsistant ». La notion de « dépense faite » correspond à la valeur réellement déboursée par le patrimoine « prêteur » évaluée au jour de l'opération génératrice de récompense. Cette récompense peut alors correspondre autant à l'utilisation de somme d'argent réellement réalisée qu'au simple appauvrissement du patrimoine créancier de la récompense⁸⁶⁰.

521.Profit subsistant. La notion de profit subsistant, *a contrario*, correspond non pas à l'appauvrissement du patrimoine « prêteur » mais à l'enrichissement réellement procuré au patrimoine « emprunteur ». Contrairement à la dépense faite, le profit subsistant est évalué au

⁸⁶⁰ Par ex. : utilisation de biens propres en nature, notamment des biens consommables.

jour de la liquidation. Cette solution permet de valoriser l'enrichissement réel procuré par le transfert de valeur au patrimoine « emprunteur ». Sur le plan mathématique, l'évaluation du profit subsistant sera différente selon l'objet de l'opération : amélioration, acquisition ou conservation. En effet, en présence d'une dépense d'amélioration ou de conservation, il conviendra de réaliser une comparaison entre la valeur du bien tenant compte de ladite amélioration et la valeur dudit bien à défaut de celle-ci⁸⁶¹. Ainsi, lorsque l'amélioration consiste en la construction d'un bien sur un terrain propre, la comparaison devra être réalisée entre la valeur de la construction globale (bien et terrain compris) et la valeur du terrain nu. En présence d'une dépense d'acquisition, il conviendra d'appliquer un calcul de proportionnalité⁸⁶² en tenant compte de la part financée par le patrimoine créancier au jour de la dépense qui sera réévaluée en fonction de la valeur du bien au jour de la liquidation⁸⁶³. Si ce principe est d'une apparente simplicité, l'article 1469 susvisé poursuit en énonçant deux exceptions à celui-ci en fonction de la nature de la dépense réalisée. En pratique, le principe posé par l'alinéa premier n'est que rarement appliqué car les exceptions couvrent la majorité des hypothèses. Il conviendra donc de distinguer selon que la dépense est « nécessaire » (1), d'acquisition ou d'amélioration (2), ou encore, qu'il s'agisse d'une dépense dite « mixte » (3).

1. Les dépenses nécessaires

522.Dérogação. L'alinéa 2 dudit article déroge au principe énoncé ci-dessus lorsque la dépense est qualifiée de « nécessaire ». Cet alinéa prévoit alors l'application de la théorie romaine dite des impenses. Cette théorie est explicitée par le Professeur Frédéric Zenati comme suit : « *L'évaluation de l'indemnité se fait d'après la plus-value apportée à la chose, sauf à ce que la dépense fût nécessaire à la conservation de la chose, auquel cas le propriétaire en est comptable intégralement.* »⁸⁶⁴. A ce titre, la récompense ne pourra être moindre que le montant réel de la dépense faite.

523.Appréciation. La notion de dépense nécessaire est appréciée de manière large par la doctrine comme par la jurisprudence. Elle tend ainsi à englober aussi bien les impenses indispensables à la conservation, la maintenance ou l'utilisation normale du bien que celles

⁸⁶¹ Formule de calcul de la récompense = Valeur du bien tenant compte de l'amélioration procurée par la dépense – valeur du bien à défaut.

⁸⁶² Cass., 1^{ère} civ., 13 novembre 1980, n°19-12.801 : Bull. civ. I, n°292 ; JCP 1981, II, 19608 – Cass., 1^{ère} civ., 11 octobre 1989, n°87-11.954 : Bull. civ. I, n°312 ; Defrénois, 1990, 877, obs. G. CHAMPENOIS.

⁸⁶³ Formule de calcul de la récompense = (Quote-part financée / prix total + frais) x valeur actuelle.

⁸⁶⁴ F. ZENATI : « Le propriétaire ne peut être privé de son choix entre rembourser la dépense ou la plus-value pour indemniser le constructeur évincé », RTD civ., 1992, p.795.

essentielles à son habitabilité sans générer de plus-value. La qualification d'une telle dépense incombe au pouvoir souverain des juges du fond. En ce sens, la jurisprudence reconnaît souvent le qualificatif de dépenses « nécessaires » lorsque celles-ci sont utiles à l'usage dudit bien même si elles ne sont pas réellement indispensables à sa conservation. Tel pourra notamment être le cas lorsque les travaux seront destinés à permettre de mieux répondre à son « habitabilité »⁸⁶⁵, ou à l'exercice d'une profession⁸⁶⁶. Pourrons également être qualifiées de dépenses nécessaires, celles qui répondent à un objectif de santé des époux ou des enfants du couple ou, encore, les dépenses légalement impératives.

2. Les dépenses d'acquisition, de conservation et d'amélioration

524.Applications. L'alinéa 3 dudit article énonce une seconde exception au principe qui, du fait du nombre d'hypothèses qu'elle concerne, tend à devenir d'application plus courante que le principe lui-même. En effet, cette exception a pour objet de régir l'évaluation des récompenses lorsque la dépense a servi à « *acquérir, à conserver ou à améliorer un bien* ». En outre, cette exception est applicable que le bien ait été acquis au cours de l'union ou au préalable, dès lors que la dépense a été réalisée au cours du fonctionnement du régime au moyen de fonds communs. La jurisprudence est venue préciser que la valeur empruntée concerne à la fois le prix et « *les frais liés à cette acquisition* »⁸⁶⁷. Il en va d'ailleurs de même que ce transfert se réalise à titre onéreux ou à titre gratuit⁸⁶⁸. La dépense peut donc concerner autant le règlement d'un prix ou d'une soulte, que le remboursement de l'emprunt⁸⁶⁹ ou des frais liés à l'acte de transfert de propriété (droits de mutation à titre gratuit ou onéreux, droits d'enregistrement, frais d'acte, etc.). Il convient de souligner que si le remboursement de l'emprunt est considéré par la jurisprudence comme le règlement du prix lui-même, seul doit être retenu le remboursement du capital, les intérêts étant considérés comme des charges usufruituaires incombant définitivement à la communauté⁸⁷⁰. S'agissant des dépenses d'amélioration, il n'y a pas lieu de distinguer selon que les améliorations ont été réalisées

⁸⁶⁵ Cass., 1^{ère} civ., 25 janvier 2000, n°98-10.747 : Bull. civ. I, n°20; JCP G 2000, I, 245, obs. A. TISSERAND; Defrénois 2000, 443, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD civ. 2000, 616, obs. B. VAREILLE.

⁸⁶⁶ Cass., 1^{ère} civ., 16 avril 1991, n°89-11.324 : Bull. civ. I, n°135 ; Defrénois 1991, 863, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP N 1992, 207, n°9 ; *ibid.* 212, n°18, n. A. TISSERAND.

⁸⁶⁷ Cass., 1^{ère} civ., 26 juin 2013, n°12-13.757 : Bull. 2013, I, n° 141 ; D. 2013. 1682 ; AJ. Fam. 2013, 518, obs. S. BLANC-PELISSIER.

⁸⁶⁸ Cass., 1^{ère} civ., 4 juillet 1995, n°93-12.347 : Bull. civ., I, n°290 ; Defrénois, 1995, 1448, n. M. GRIMALDI ; JCP N 1996, II, 153, n. J.-F. PILLEBOUT ; RTD civ. 1996, 975 et 977 obs. B. VAREILLE.

⁸⁶⁹ Cass., 1^{ère} civ., 5 novembre 1985, n°84-12.572 : Bull. civ. I, n°284 ; D. 1987, 26, n. R. LE GUIDEDEC ; JCP N 1986, 97, n. Ph. SIMLER – Cass., 1^{ère} civ., 25 mai 1992, n°90-18.931 : Bull. civ. I, n°155 ; JCP 1992, I, 3614, n°11, obs. A. TISSERAND.

⁸⁷⁰ Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 1992, n°90-17.212 : op. cit.

dans l'intérêt du ménage ou dans l'intérêt d'un seul des époux. La jurisprudence analyse comme une dépense d'amélioration la construction réalisée au moyen de fonds sur l'assiette d'un terrain propre⁸⁷¹. Enfin, s'agissant des dépenses de conservation, elles correspondent aux hypothèses où la dépense a permis la maintenance et l'utilisation du bien.

525.Principe. Par application de cet alinéa, la récompense due ne pourra être moindre que le profit subsistant évalué selon la valeur du bien au jour de la liquidation, en tenant compte de la valeur du bien au jour de l'acquisition. L'objectif est ici de ne pas léser l'époux qui aurait réalisé des améliorations sur le bien postérieurement à son acquisition au moyen de deniers propres. Il convient alors d'analyser indépendamment chaque dépense et de constater pour chacune d'elle la récompense, ou l'absence de récompense, correspondante. Dans l'hypothèse où le bien ainsi acquis ou amélioré aura fait l'objet d'une aliénation, le profit subsistant sera établi en se fondant sur la valeur du bien subrogé au bien aliéné ou même sur le prix de vente à défaut de remploi⁸⁷². En cas d'aliénations successives, il conviendra d'évaluer la contribution du patrimoine créancier à chaque opération en tenant compte de la valeur du bien au jour de la liquidation et de réaliser un calcul de proportionnalité multiple⁸⁷³. En cas de transfert dudit bien à titre gratuit, il sera retenu la valeur du bien au jour dudit transfert. L'objectif poursuivi est que ce profit subsistant corresponde à l'avantage réellement procuré au fonds emprunteur au jour du règlement de la récompense⁸⁷⁴. C'est une application de la théorie dite de la « dette de valeur » permettant ainsi de pallier les effets de la dépréciation monétaire.

3. Les dépenses mixtes

526.Combinaison. Les exceptions des alinéas 2 et 3 de l'article 1469 ne sont pas exclusives l'une de l'autre et peuvent donc se combiner. En effet, rien n'empêche qu'une dépense puisse être à la fois nécessaire et conservatoire ou liée à l'amélioration du bien. Tel pourra notamment être le cas d'une dépense à la fois nécessaire à la profession et

⁸⁷¹ Cass., 1^{ère} civ., 6 juin 1990, n°88-10.532 : Bull. civ. I, n°134 ; Defrénois, 1991, 229, n. R. SAVATIER ; Defrénois 1991, 862, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP 1991, II, 21686, n. J.-F. PILLEBOUT ; RTD civ. 1991, 591, obs. F. LUCET et B. VAREILLE – Dans le même sens : Cass., 1^{ère} civ., 6 juin 1990, n°88-19.997 : Bull. civ. I, n°208/

⁸⁷² Cass., 1^{ère} civ., 11 juin 1991, n°90-12.142 : Bull. civ., I, n°191, p.126 ; D. 1990, IR 200 ; JCP 1992, I, 3567, n°20, obs. A. TISSERAND.

⁸⁷³ Cass., 1^{ère} civ., 20 juin 2012, n°11-18.504 : Bull. civ. I, n°138 ; AJ. Fam. 2012, 468 ; D. 2012, 1676 ; RTD civ. 2012, 559, obs. B. VAREILLE.

⁸⁷⁴ Cass., 1^{ère} civ., 6 novembre 1984, n°83-15.231 : Bull. 1984, I, n° 293.

conservatoire⁸⁷⁵, ou d'une dépense d'amélioration⁸⁷⁶ ou d'acquisition⁸⁷⁷ nécessaire à la famille. Il est à constater que les dépenses conservatoires sont souvent également nécessaires et, à ce titre, qu'il leur sera fréquemment appliqué cette dérogation. En présence d'une dépense « mixte », la récompense ne pourra être moindre que la plus élevée des deux valeurs que sont la dépense faite et le profit subsistant. L'objectif recherché par le législateur est alors d'assurer au patrimoine « prêteur », la solution la plus équitable en vue de reconstituer fictivement celui-ci au jour de la liquidation du régime.

527. Intérêts. Outre, l'évaluation des récompenses, il convient de souligner qu'en application de l'article 1473 du même Code, les récompenses, quel qu'en soit le débiteur, portent intérêts « *de plein droit du jour de la dissolution* ». L'alinéa 2 du même article prévoit cependant une dérogation à ce principe en précisant que lorsque la récompense est égale au profit subsistant, les intérêts ne commencent alors à courir que du jour de la liquidation. Cette dérogation se justifie, de manière pragmatique, par le fait qu'il n'est pas possible de chiffrer les intérêts dus avant d'avoir chiffré le montant de la récompense elle-même. L'objectif poursuivi par cette règle légale est, sans nul doute, d'encourager les époux à régler rapidement après la dissolution de leur union, les problématiques et conflits éventuels liés à la liquidation de leur régime.

B. Des solutions aménageables

528. Caractère supplétif. Au même titre que les règles liées à l'exigibilité des récompenses, les règles issues du Code civil liées à leur évaluation ne sont que supplétives de volonté. Il sera donc possible pour les époux d'y déroger soit au cours de leur union, en stipulant aux termes de leur contrat de mariage des règles dérogatoires à celles instaurées par l'article 1469 susvisé, soit au cours de l'instance de divorce ou postérieure à la dissolution aux termes de l'acte de liquidation du régime. De ce fait, seuls les époux qui n'auront pas expressément exclu ces règles au sein de leur contrat de mariage seront contraints de s'y soumettre⁸⁷⁸. La faculté des époux d'aménager ces règles par une convention expresse passée

⁸⁷⁵ Cass., 1^{ère} civ., 14 novembre 2007, n°05-18.570 : Bull. civ., I, n°351 ; AJ. Fam. 2008, 39, obs. P. HILT ; D. 2007, 3013 ; JCP 2008, I, 144, n°20, obs. A. TISSERAND-MARTIN ; RTD civ. 2008, 143, obs. B. VAREILLE.

⁸⁷⁶ Cass., 1^{ère} civ., 6 mars 2001, n°98-17.723 : NP ; JCP 2002, I, 167, n°11, obs. A. TISSERAND ; RJPF 2001-9/30, obs. F. VAUVILLE.

⁸⁷⁷ Cass., 1^{ère} civ., 5 mars 2008, n°06-15.926 : NP ; RTD civ. 2009, 161, obs. B. VAREILLE.

⁸⁷⁸ Cass., 1^{ère} civ., 28 juin 1983, n°82-12.926 : Bull. civ., I, n°190 ; D. 1984, 254, n. M. MORIN ; JCP 1985, II, 20330, n. J.-F. PILLEBOUT.

durant l'instance en divorce, ou postérieurement à la dissolution du régime s'avère un outil précieux de médiation pour le notaire liquidateur au cours de la désunion afin d'aboutir à une solution de conciliation entre les époux. Les propositions de résolution à l'amiable doivent, en ce sens, être encouragées.

529.Solutions plurielles. Les solutions envisageables sont plurielles. A ce titre, les époux auront la faculté de moduler les règles applicables à l'évaluation de toutes les récompenses de manière générale ou, au contraire, de certains types de récompenses, voire d'une récompense déterminée. Une fois de plus, la liberté contractuelle offerte aux époux est vaste. Ainsi, il sera possible de stipuler qu'une, ou plusieurs récompenses, seront calculées non pas en application de l'article 1469 mais de manière générale en retenant le profit subsistant pour l'ensemble des récompenses ou, au contraire, la dépense faite.

530.Choix d'un autre mécanisme. Dans le même sens, les époux pourraient opter pour des mécanismes différents : indexation, calcul forfaitaire⁸⁷⁹, valeur résiduelle du bien objet de l'acquisition. Notons que cette dernière solution permettrait de tenir compte de l'usage dudit bien et de ne pas sanctionner l'époux débiteur, notamment lorsque ce bien a été utilisé à un usage professionnel ayant permis de générer des revenus communs. Tel pourra, par exemple, être le cas du matériel professionnel. En effet, l'article 1404 dans son alinéa 2 prévoit que « *Forment aussi des propres par leur nature, mais sauf récompense s'il y a lieu, les instruments de travail nécessaires à la profession de l'un des époux, à moins qu'ils ne soient l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté* ». A ce titre, et de plein droit, l'acquisition des instruments du travail va engendrer une récompense à la charge de l'époux professionnel. Afin de pondérer cette dette, il peut ainsi être envisagé de ne retenir que la valeur résiduelle du bien au jour de la liquidation du régime. Une telle solution permettrait d'assurer un meilleur équilibre entre l'indemnisation de la communauté et les revenus que celle-ci aura pu tirer des revenus professionnels générés au moyen dudit bien. Un tel aménagement peut donc apparaître comme une mesure d'équité.

⁸⁷⁹ Pour une proposition de clause en ce sens : V. 106^{ème} Congrès des notaires de France, op. cit, Troisième commission « Se désunir », spéc.3402, p.758.

§3 : L'aménagement des créances entre époux

531.**Notion.** Parallèlement aux récompenses, il est possible de constater des flux financiers entre les patrimoines respectifs de chacun des époux. Ces flux financiers sont qualifiés de créances entre époux. Les créances entre époux supposent la constatation d'un transfert de valeur entre les patrimoines propres ou personnels de chacun des époux. L'époux créancier devra apporter la double preuve, d'une part, de la fourniture de fonds personnels ou propre à son conjoint et, d'autre part, de l'utilisation par ce dernier desdits fonds dans un but personnel, c'est-à-dire au profit du patrimoine propre ou personnel de celui-ci. Les créances entre époux, n'ayant pas de lien avec une masse commune, peuvent donc être constatées dans tous les régimes matrimoniaux.

532.**Régime.** De telles créances obéissent à un régime distinct, bien que proche, de celui des récompenses. La première différence fondamentale entre ces deux notions vient de la temporalité de leur exigibilité. En effet, les récompenses ne peuvent être analysées individuellement. Elles ne pourront, à ce titre, être liquidées que globalement au jour de la liquidation de la communauté. C'est alors non pas la récompense qui sera « remboursée » mais bien la constatation d'un compte de récompenses créditeur ou débiteur qui sera pris en compte aux termes de la liquidation. *A contrario*, chaque créance entre époux existe individuellement dès son origine. Il s'agit d'une obligation d'un époux envers l'autre. De ce fait, et sauf convention contraire entre les époux, une telle créance est exigible dès sa naissance. Le règlement de celle-ci peut être recherché au cours de l'union sans attendre la liquidation du régime matrimonial. Dans le même sens, il sera également possible pour l'un des époux de faire constater le règlement spontané d'une telle créance. Il est toutefois certain que, dans la majorité des cas, la recherche d'un tel règlement interviendra au jour de la dissolution de l'union et de la liquidation du régime. Sur le plan liquidatif, en présence d'un régime de communauté, lorsque le règlement de la créance entre époux intervient au jour de la liquidation, ladite créance va être ajoutée au boni de communauté de l'époux créancier et déduite du boni de communauté du débiteur. En présence d'un régime séparatiste, la solution sera similaire puisqu'il conviendra d'ajouter cette créance aux droits du conjoint créancier et de la soustraire des droits du conjoint débiteur.

533.**Évaluation.** La seconde différence entre ces deux notions est liée aux règles qui régissent leur quantification. D'une part, les créances entre époux ne doivent en aucun cas entrer dans le chiffrage du compte de récompenses au jour de la liquidation. Récompense et

créance sont deux obligations de natures distinctes qui ne peuvent être confondues. Au jour de la liquidation, il conviendra d'établir un « compte de récompenses » qui sera composé de l'ensemble des récompenses dues par ou à la communauté et de constater indépendamment l'existence éventuelle de créance(s) entre époux. D'autre part, ces créances font l'objet de règles d'évaluation distinctes, bien que partiellement similaires depuis la réforme de la loi du 23 décembre 1985⁸⁸⁰.

534. Textes applicables. Deux textes sont applicables suivant le régime choisi par les époux. En présence d'un régime communautaire, c'est l'alinéa 2 de l'article 1479 du Code civil qui va régir l'évaluation de ces créances. En présence d'un régime séparatiste, il s'agira de l'article 1543 du même Code. Toutefois, cette pluralité de textes n'est qu'apparente puisque l'article 1543 susvisé renvoie expressément à l'application de l'article 1479. Or, celui-ci prévoit, qu'à défaut de convention contraire des parties, ces créances « *sont évaluées selon les règles de l'article 1469, troisième alinéa, dans les cas prévus par celui-ci* ». Plusieurs observations peuvent être formulées. Tout d'abord, l'article 1479 prévoit un régime d'évaluation incomplet. En effet, il ne renvoie qu'au troisième alinéa de l'article 1469, il exclut donc implicitement l'application des premier et deuxième alinéas dudit article. De ce fait, si la dépense réalisée n'entre pas dans le champ d'application de cet alinéa, seule la valeur nominale de la créance devrait pouvoir être retenue, à défaut de convention entre les époux. Bien que ponctuelle, cette exclusion peut apparaître contestable. Ensuite, cet article consacre une autre distinction avec les récompenses quant aux intérêts de ces sommes. En effet, elle crée une dualité selon que les dépenses entrent ou non dans les cas prévus par l'alinéa 3 de l'article 1469. Dans ce cas, l'alinéa 2 prévoit expressément que « *les intérêts courent alors du jour de la liquidation* ». *A contrario*, dans l'ensemble des autres cas, il sera fait application de l'alinéa 1 de l'article 1479 que ces créances ne porteront intérêt « *que du jour de la sommation* ». Enfin, notons que cet article prévoit expressément que ces règles ne soient applicables qu'à défaut de convention contraire des époux. A ce titre, des aménagements peuvent, si ce n'est doivent, être envisagés.

535. Aménagements. A défaut de caractère d'ordre public de ce texte, il sera possible pour les époux, au même titre que pour les récompenses, d'en aménager les règles. A ce titre, il pourra être prévu des règles liées à l'exigibilité ou à l'exclusion de telles créances. Dans le même sens, les époux peuvent également encadrer les règles liées à la preuve. Sur le plan de

⁸⁸⁰ L. n° 85-1372 du 23 décembre 1985, op. cit.

l'évaluation de ces créances, et afin de simplifier la compréhension des époux, il pourra être envisagé de prévoir une application totale de l'article 1469 et non limitée à son alinéa 3. Ce faisant, les dépenses nécessaires ainsi que les dépenses n'entrant dans aucune des deux exceptions seront encadrées quant à leur évaluation. Au contraire, les époux pourraient également opter pour l'exclusion des règles d'évaluation des récompenses et préciser alors le mode d'évaluation retenu pour l'ensemble des créances entre époux. Il pourra être envisagé, au même titre que pour l'aménagement des récompenses, de prévoir des clauses d'indexation, de ne retenir que le profit subsistant ou au contraire que la dépense faite, etc.

536.Clause de blocage. En outre, et du fait du caractère particulier des créances entre époux qui, comme nous l'avons exposé, peuvent être exigées à tout moment, il pourra être convenu entre les époux de prévoir aux termes de leur contrat de mariage une clause de « blocage » de ce règlement. Cette clause pourra ainsi prévoir que le règlement de la créance ne puisse être demandé qu'à la dissolution du régime ou qu'à compter d'une date déterminée, ou encore qu'après une période de sommation déterminée. Il sera possible pour les époux de contractualiser également les règles afférentes au règlement de ces créances.

Section 2 : Les clauses de prélèvement et les attributions préférentielles offertes à tous les couples mariés

537.**Source de contentieux.** Au jour de la désunion, outre les litiges d'ordre personnel, il est fréquent que les époux se déchirent concernant le partage des biens du couple. Tel pourra notamment être le cas en présence de biens professionnels. Dans une perspective d'anticipation et de pacification de la désunion, il est possible de s'intéresser à l'opportunité de stipuler, dès le contrat de mariage, des clauses de prélèvement ou d'attribution préférentielle. Nombre de ces clauses sont réservées aux régimes communautaires⁸⁸¹. Toutefois, certaines d'entre elles ont une vocation plus générale et peuvent donc être prévues au profit de tout couple marié quel que soit le régime matrimonial choisi. A ce titre, il conviendra, d'une part, de s'intéresser particulièrement à la clause dite « commerciale » prévue par l'article 1390 du Code civil (§1). D'autre part, la loi offre également à tous les couples mariés la faculté de demander l'attribution préférentielle de certains biens déterminés (§2). Bien que principalement orientées vers la protection du conjoint survivant, il convient d'analyser l'opportunité de telles facultés face aux risques d'un éventuel divorce.

§1 : La clause « commerciale » et le divorce

538.**Origine.** Indubitablement la présence de biens à vocation professionnelle au sein du patrimoine du couple est une source de contentieux au jour de la dissolution de l'union. A ce titre, la pratique notariale a, de longue date, tenté d'anticiper le sort de tels biens par l'insertion de clauses dites « commerciales ». L'origine de cette dénomination trouve sa source dans l'objectif initialement poursuivi par ses créateurs : permettre à l'époux professionnel de prélever son outil de travail lors de la dissolution de l'union et faciliter ainsi la conservation de l'outil professionnel de l'un des époux. Toutefois, la jurisprudence a longtemps refusé la validité de telles clauses sur le fondement de la prohibition des pactes sur succession future. Depuis la réforme du droit des régimes matrimoniaux⁸⁸², le législateur a consacré la validité de telles stipulations à l'article 1390 du Code civil.

⁸⁸¹ V. *infra* spéc. 612 et s.

⁸⁸² L. n°65-570 du 13 juillet 1965, op. cit.

539.Principe. Cet article offre ainsi aux époux la possibilité de stipuler aux termes de leur contrat de mariage « *qu'à la dissolution du mariage par la mort de l'un d'eux, le survivant a la faculté d'acquérir ou, le cas échéant, de se faire attribuer dans le partage certains biens personnels du prédécédé, à charge d'en tenir compte à la succession, d'après la valeur qu'ils ont au jour où cette faculté sera exercée* ». Cette clause est d'application générale à tous les époux mariés quel que soit leur régime matrimonial⁸⁸³.

540.Objet. L'intérêt de cette clause est lié à l'objet de la faculté de prélèvement offerte au survivant des époux. En effet, la formulation retenue vise « *certaines biens personnels du prédécédé* ». Il convient de déduire de l'emploi du terme « personnel » qu'il est possible de stipuler une telle clause au profit autant de biens appartenant personnellement au conjoint dans les régimes séparatistes que de biens propres à l'un des époux dans un régime de communauté. Le texte de l'article 1390 ne le précisant pas, il est admis par la jurisprudence qu'une telle stipulation puisse porter indifféremment sur des biens futurs ou des biens désignés seulement par leur appartenance à une espèce⁸⁸⁴, sans toutefois qu'elle puisse se contenter de viser une quote-part du patrimoine du défunt. Peu importe que le bien visé représente le seul actif présent dans le patrimoine du *de cujus* au jour de son décès, sauf fraude des époux aux droits de leurs héritiers. L'important, ainsi qu'il résulte du premier alinéa de cet article, est que le contrat de mariage détermine clairement les biens objets de cette faculté. Seuls sont donc exclus de son champ d'application les biens communs⁸⁸⁵. En outre, et afin d'éviter tout contentieux lié à l'attribution d'un fonds de commerce qui serait exploité dans un bien propre ou personnel au défunt, le législateur a pris soin de préciser aux termes de l'alinéa 2 qu'il est possible de prévoir « *que l'époux survivant qui exerce cette faculté peut exiger des héritiers que lui soit consenti un bail portant sur l'immeuble dans lequel l'entreprise attribuée ou acquise est exploitée* », validant ainsi la position jurisprudentielle antérieure⁸⁸⁶.

541.Mise en œuvre. La première remarque qui doit être soulevée au regard de la lettre de cet article est que cette faculté est expressément limitée à l'hypothèse de dissolution du mariage par décès. En conséquence, cette faculté ne pourra être mise en œuvre qu'au jour du

⁸⁸³ J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux* : éd. A. Colin, 2e éd., 2001, n°715. – F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux* : op. cit, spéc. n°729.

⁸⁸⁴ Cass., 1^{ère} civ., 29 avril 1985, n°83-16.803 : Bull. civ. I, n°132 ; D. 1986, 365, n. M. BEAUBRUN ; Defrénois 1985, 1156, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP N 1986, II, 75, obs. Ph. SIMLER.

⁸⁸⁵ Les époux communs en biens ayant, quant à ces biens, la faculté de stipuler des clauses de prélèvements moyennant indemnité (art. 1511 à 1514 C. civ.) ou de préciput (art. 1515 à 1519 C. civ.). V. *infra* spéc. 624 et s. et 646 et s.

⁸⁸⁶ Cass., 1^{ère} civ., 29 avril 1985, n°83-16.803 : op. cit.

décès du propriétaire du bien désigné. Le survivant, bénéficiaire de cette faculté, devra, à ce titre, notifier son intention de mettre en œuvre la clause dans le délai d'un mois à compter du jour où les héritiers du défunt l'auront mis en demeure de prendre parti dans les formes prescrites par l'article 792 du même Code⁸⁸⁷. A défaut d'option dans ce délai, cette faculté serait caduque et les biens concernés seraient, en conséquence, inclus dans l'actif successoral⁸⁸⁸. Le texte de l'article 1392 n'encadre aucunement la forme de cette mise en demeure, ni celle de la notification devant être réalisée par le conjoint survivant. Toutefois, il demeure possible pour les époux de prévoir dès le contrat de mariage un formalisme particulier afin d'encadrer tant le délai d'option du conjoint que la forme de la notification. Il ne semble toutefois pas envisageable de dispenser totalement le survivant de procéder à une telle notification afin de préserver les droits des héritiers et d'éviter une inertie totale du conjoint survivant qui pourrait aboutir à un blocage persistant de la succession.

542.Effet. En application de l'article 1392, lorsqu'elle est faite dans le délai prévu par la loi, la notification forme « *vente au jour où la faculté est exercée ou, le cas échéant, constitue une opération de partage* ». Il convient de préciser qu'il sera tenu compte de cette attribution à la succession et non à la liquidation du régime matrimonial. Il s'agit donc d'une modalité particulière du partage successoral et non de la liquidation du régime. Par le jeu de cette clause, le conjoint survivant deviendra propriétaire du bien visé et corrélativement débiteur de sa valeur vis-à-vis de la succession. Deux hypothèses doivent être distinguées. Si le survivant est appelé à la succession, il s'agira alors d'appliquer les règles inhérentes au partage. La mise en œuvre de cette clause consistera en un partage partiel permettant de réputer le conjoint survivant propriétaire du bien dès le jour du décès du conjoint. Il sera, par voie de conséquence, imputé la valeur du bien reçu sur son lot et, en cas d'excès, il deviendra débiteur d'une soulte vis-à-vis des héritiers copartageants. *A contrario*, si le survivant n'est pas appelé à la succession, la notification exercée par ses soins vaudra vente en application de l'alinéa 2 de l'article 1392. Le transfert de propriété n'interviendra qu'au jour de cette notification et non au jour du décès du conjoint. Les héritiers bénéficieront, quant à eux, des mêmes droits et garanties que tout vendeur : hypothèque légale du vendeur⁸⁸⁹ et action résolutoire⁸⁹⁰.

⁸⁸⁷ Art. 1392 C. civ.

⁸⁸⁸ Cass., 1^{ère} civ., 25 mai 1988, n°86-15.463 : Bull. 1988, I, n°157, p.107 ; Defrénois 1988, 899, n. F. LUCET.

⁸⁸⁹ Art. 1402 et s. C. Civ.

⁸⁹⁰ Art. 1654 C. civ.

543. Indemnisation. L'indemnisation des héritiers du défunt est évidemment dépendante de l'évaluation du bien objet de la faculté. Le législateur offre aux époux, aux termes de l'article 1391, la possibilité de fixer les bases d'évaluation ainsi que les modalités de paiement au sein de leur contrat de mariage. Ils ne peuvent toutefois pas figer définitivement la valeur de ce bien car celle-ci doit être évaluée au jour où la faculté dont bénéficie le conjoint survivant est exercée⁸⁹¹. Il s'agit ici d'une règle impérative d'ordre public. En outre, dans l'hypothèse où les modalités d'évaluation aboutiraient à avantager le conjoint, le législateur a pris soin de préciser qu'un tel avantage pourrait être qualifié d'« avantage indirect » et faire, à ce titre, l'objet d'une action en réduction en présence d'héritiers réservataires⁸⁹². A défaut d'accord entre les parties quant à l'évaluation du ou des biens concernés, la valeur sera arrêtée par le tribunal judiciaire⁸⁹³.

544. Face au divorce. La clause dite « commerciale » est d'une opportunité évidente en vue de la protection du conjoint survivant, lui offrant ainsi une certaine maîtrise quant au devenir des biens concernés. Toutefois, son application en présence d'époux divorcés, ou dans une volonté d'anticipation du divorce, semble plus complexe à mettre en œuvre. A ce titre, il convient de souligner que, contrairement à la formulation retenue par l'article 1515⁸⁹⁴, l'article 1390 ne vise que « *le survivant* ». De ce fait, deux analyses pourraient être retenues. Si le terme « survivant » devait s'entendre de l'utilisation abrégée de l'expression « conjoint survivant », un tel emploi entraînerait l'inefficacité de cette clause en cas de divorce. En effet, le conjoint divorcé perd *de facto* la qualité de conjoint survivant. En conséquence, il ne devrait pas pouvoir se prévaloir d'une telle clause. Or, s'agissant d'un pacte sur succession future autorisé par la loi, il ne nous semble pas possible d'en étendre l'application au profit de bénéficiaire non expressément visé par la lettre du texte. En effet, de tels pactes font l'objet d'une appréciation stricte par la jurisprudence comme par la doctrine⁸⁹⁵.

545. Analyse contraire. Si l'on acceptait l'idée que la volonté du législateur était d'offrir cette faculté à tout « survivant » du couple, qu'il soit encore marié ou non, une telle

⁸⁹¹ Cass., 1^{ère} civ., 24 juin 1969 : D. 1969, 705, n. A. BRETON ; Defrénois 1970, art. 29525, p.305, n. A. BRETON.

⁸⁹² Sous les réserves énoncées par la jurisprudence actuelle. V. Cass., 1^{ère} civ., 18 janvier 2012, n°09-72.542 : Bull. 2012, I, n°8 ; AJ. Fam. 2012, 234, obs. A. BONNET ; D. 2012, 283 ; *ibid.* 2476, obs. V. BREMOND, M. NICOD et J. REVEL ; RTD civ. 2012. 353, obs. M. GRIMALDI.

⁸⁹³ Art. 1931, al. 2.

⁸⁹⁴ Qui prévoit que « *les époux peuvent stipuler que le survivant d'eux ou l'un d'eux s'il survit, ou même l'un d'eux dans tous les cas de dissolution de la communauté* ».

⁸⁹⁵ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux* : op. cit., spéc. n°729. – A. COLOMER, *Droit civil, Régimes matrimoniaux* : op. cit., spéc. n°325.

clause pourrait alors théoriquement jouer en cas de dissolution du mariage du vivant des époux. Dans cette hypothèse, elle pourrait alors être analysée en une promesse de cession sous réserve que l'option soit levée lors de la dissolution du régime⁸⁹⁶. Une telle faculté risquerait toutefois d'entraîner des incertitudes, notamment si elle n'est pas stipulée en faveur de l'un des époux précisément désigné. De plus, dans l'hypothèse où elle pourrait être mise en œuvre, elle ne pourrait réaliser ses effets qu'au jour du décès du propriétaire. Or, son objet portant sur un bien appartenant individuellement au conjoint, le maintien d'une telle faculté avantageant de fait l'autre époux peut apparaître, face à un divorce contentieux, une source inépuisable de contestations. En outre, cette clause ne prive pas le propriétaire de son droit à disposer discrétionnairement des biens propres ou personnels désignés par celle-ci sans avoir à en rendre compte à l'autre. Ce faisant, il pourrait rendre, en cas de vente du bien concerné, une telle clause caduque. Il pourrait également offrir ce ou ces biens en garantie à ses créanciers personnels ou professionnels. Dans ce cas, le bénéficiaire serait alors amené à acquérir, ou à se faire attribuer dans le partage, un bien grevé de sûretés réelles. Dans le même sens, le ou les biens restant jusqu'au décès la propriété du *de cujus*, une telle clause ne saurait préjudicier aux droits des créanciers du défunt, ni à ceux des créanciers de l'indivision successorale. Le jeu de ce prélèvement ne pourrait alors faire échec au droit de poursuite de tels créanciers. Cette clause n'est donc pas exempte d'un risque de dépossession du bénéficiaire.

546.Aménagement. Compte tenu de l'important risque de contentieux et d'insécurité juridique, une telle solution nous semble devoir être déconseillée même pour l'hypothèse où elle pourrait être reconnue comme valable par le juge. Afin d'éviter tout litige au jour d'un éventuel divorce au sujet de la mise en œuvre d'une telle clause, il nous paraît envisageable, si ce n'est conseillé, d'en limiter expressément la mise en œuvre au seul cas d'époux non divorcés et non en instance de divorce. Cette solution permettrait ainsi d'assurer la protection du conjoint survivant en cas de dissolution de l'union par décès tout en excluant la mise en œuvre de cette clause en cas de dissolution par divorce. Sous réserve de cet aménagement, et compte tenu de ces éléments de réflexion, l'utilisation de cet article ne nous paraît pas opportune en vue d'anticiper les conséquences d'un éventuel divorce.

⁸⁹⁶ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux* : op. cit., spéc. n°745.

§2 : Les attributions préférentielles offertes à tous les époux face au divorce

547.Objectifs. Dans une perspective de maintien de l'activité professionnelle et de protection du conjoint survivant, le législateur est venu légiférer en offrant, sous certaines conditions aux époux la faculté de bénéficier d'une attribution préférentielle. Certaines d'entre elles sont limitées au seul cas du prédécès de l'un des époux. Tel sera notamment le cas de l'attribution du local d'habitation et du mobilier le garnissant prévu par les articles 831-2 et 831-3 du Code civil. Cet article, introduit par la loi du 3 décembre 2001⁸⁹⁷, offre ainsi au conjoint survivant, pour toutes les successions ouvertes à compter du 1^{er} juillet 2002, une attribution préférentielle de droit quant à « *la propriété ou (du) droit au bail du local qui lui sert effectivement d'habitation, s'il avait sa résidence à l'époque du décès, et du mobilier le garnissant* ». Il en ira de même concernant l'exploitation agricole⁸⁹⁸, facultative ou de droit⁸⁹⁹, ainsi que pour le local à usage professionnel servant « *effectivement à l'exercice de sa profession et des objets mobiliers à usage professionnel garnissant le local* ».

548.Attribution et divorce. En vue de prévenir les risques d'une éventuelle désunion, il convient de s'intéresser plus attentivement aux attributions préférentielles qui peuvent entrer en application pour une cause autre que le décès. Une telle faculté d'attribution devra être réclamée par l'un des époux. Le juge devra apprécier l'opportunité de l'attribution demandée selon les intérêts en présence et contrôlera également le respect des conditions établies par l'article régissant l'attribution concernée. Il convient de souligner que les époux ne pourront en aucun cas se passer du juge pour la mise en œuvre d'une telle faculté.

549.Principe. Par le jeu des articles 831 et suivants du Code civil, l'un des époux, ou le survivant d'eux, a la faculté de demander au juge l'attribution de l'entreprise professionnelle « *agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* » et du local servant à son exercice. La demande d'attribution préférentielle doit être formulée par l'époux demandeur devant le tribunal compétent pour statuer sur le partage ou devant le juge en charge du divorce⁹⁰⁰, en application de l'article 267 du Code civil. Le juge aura alors pour mission d'une part, de statuer sur l'opportunité de l'attribution et, d'autre part, en cas de

⁸⁹⁷ L. n°2001-1135 du 3 décembre 2001, op.cit.

⁸⁹⁸ Art. 832 C. civ.

⁸⁹⁹ Sous condition de superficie fixée par décret en Conseil d'État.

⁹⁰⁰ Cass., 2^{ème} civ., 5 juin 1991, n°90-14.109 : NP ; D. 1992, 385, n. MASSIP – Cass., 1^{ère} civ., 22 mars 2005, n°03-20.728 : Bull. civ. 2005, I, n°144, p. 123 ; Dr. Fam. 2005, 106, n. LARRIBAU-TERNEYRE.

demande concurrente, de désigner par une appréciation souveraine l'attributaire de l'entreprise ou de l'exploitation en fonction de critères retenus par lui (aptitudes, durée de la participation de chacun des époux demandeur, pérennité de l'entreprise, etc.).

550. Conditions. La première mission du juge consistera à contrôler le respect des conditions liées à la mise en œuvre de l'attribution préférentielle. Selon les termes retenus par l'article 831 du Code civil, une telle attribution peut porter sur l'entreprise⁹⁰¹ dans sa totalité ou sur une simple quote-part indivise de celle-ci. La jurisprudence considère, en outre, que la demande peut également englober l'immeuble d'exploitation⁹⁰². Le conjoint demandeur doit, en tout état de cause, être en mesure de justifier sa participation effective à l'entreprise⁹⁰³, mais celle-ci peut n'être ni constante, ni exclusive⁹⁰⁴.

551. Effets. Une fois l'attribution préférentielle constatée par le juge, le ou les biens concernés seront impérativement inclus dans le lot de l'attributaire. Une telle solution a le mérite d'exclure toute incertitude quant au partage de ces biens. L'évaluation du ou des biens ainsi attribués est strictement encadrée par les textes. Ainsi en application de l'article 832-4 du Code civil renvoyant aux règles de l'article 829, les biens devront toujours être évalués au jour de la jouissance divise, date devant être le plus proche possible du partage. Cette solution s'explique par le fait que l'attributaire ne devient « *propriétaire exclusif du bien attribué qu'au jour du partage* »⁹⁰⁵. Le législateur a pris soin de préciser, aux termes de l'article 834, que dans l'hypothèse où il serait constaté une variation de plus du quart de la valeur du bien entre le jour de l'attribution et celui du partage, et seulement dans ce cas, l'attributaire serait alors en droit de renoncer à cette attribution. Dans l'hypothèse où cette attribution aboutirait à un déséquilibre entre les lots attribués à chacun des époux, l'attributaire sera alors tenu de verser à son copartageant une soulte. Celle-ci est, en principe, payable comptant⁹⁰⁶. Toutefois, les parties ont la possibilité de consentir des délais de paiement⁹⁰⁷. Cependant, dans l'hypothèse où le bien attribué serait vendu, le solde de la soulte deviendrait alors immédiatement exigible en application de l'article 832-4 *in fine* du Code civil.

⁹⁰¹ Précisions étant ici faite qu'il doit s'agir d'une véritable entreprise, un simple partage des récoltes étant insuffisant. En ce sens, v. Cass., 1^{ère} civ., 20 mai 2009, n°08-14.536 : Bull. civ. 2009, I, n°100 ; JCP N 2009, n°426.

⁹⁰² Cass., 1^{ère} civ., 6 février 2008, n°06-19.089 : Bull. civ. 2008, I, n°47 ; RJDA 7/08, n°865.

⁹⁰³ Cass., 1^{ère} civ., 23 avril 1985, n°83-16.528 : Bull. civ. I n°126 ; RTD civ. 1966, 113, obs. R. SAVATIER. – Cass., 1^{ère} civ., 4 juillet 2007, n°05-13.334 : Bull. civ. 2007, I, n°257.

⁹⁰⁴ Cass., 1^{ère} civ., 30 mai 1961 : JurisData 1961-000279

⁹⁰⁵ Art. 834 C. civ.

⁹⁰⁶ Art. 832-4 C. civ.

⁹⁰⁷ Cass., 1^{ère} civ., 25 mars 1997, n°95-15.770 : Bull. civ. I, n°105 ; D. 1997, IR 113 ; Defrénois 1997, 1083, obs. G. CHAMPENOIS.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

552.Partage et conflits. Au-delà des litiges liés au divorce lui-même, il est fréquent que le partage apparaisse pour les époux comme un « *divorce bis* » ouvrant lieu à un important contentieux pouvant, parfois, durer des années. Souvent, les opérations qui semblaient au cours de l'union comme quotidiennes, voire routinières, apparaissent alors comme problématiques, si ce n'est contestables. Il en est ainsi, notamment, concernant la contribution aux charges du mariage qui génère sans nul doute un des contentieux les plus fourni en matière de séparation. Si les problématiques liées à la contribution aux charges du ménage ou de la vie courante ne sont pas propres aux couples mariés, les époux ont un avantage indéniable sur ce point. Ils peuvent contractualiser leurs relations afin d'éviter tout litige sur ce sujet. Une telle anticipation ne peut qu'être encouragée.

553.Aménagements de la liquidation. Outre l'aménagement des règles issues du régime primaire, nombreuses sont les hypothèses où la liquidation aurait gagné à être plus, ou mieux, anticipée. Dans ce but, il conviendra d'encourager les époux à analyser leur fonctionnement économique et pratique afin de mettre en place des solutions contractuelles permettant d'assurer une égalité et une équité entre eux dans leurs rapports pécuniaires. De telles solutions permettront de pacifier le partage en assurant à chacun des époux la protection de ses intérêts financiers. Parallèlement, et dans une optique de protection de l'outil professionnel notamment, l'attention des époux pourra être attirée vers l'insertion d'une clause dite « commerciale » ou l'existence des facultés d'attribution préférentielles. Selon les objectifs et problématiques mis en exergue par les (futurs) époux, le notaire aura alors pour rôle de les orienter vers les stipulations contractuelles les mieux adaptées à leurs objectifs et situations personnels.

554.Une mission complexe. Compte tenu de l'évolution des volontés des parties et de l'évolution, parfois surprenante, de la jurisprudence, le rôle de pacificateur et d'anticipation du notaire s'avère souvent plus proche de celui du devin que de celui du juriste, devant à la fois anticiper les revirements jurisprudentiels et les revirements de volonté des époux.

CONCLUSION DU TITRE I

555.**Partage « bis ».** Dans un divorce, les souffrances et les griefs s'additionnent. Ils ne se retranchent pas. Aussi, au-delà des conflits inhérents au divorce lui-même, la liquidation et le partage du régime seront souvent sources d'un contentieux fourni. Un tel constat est vérifiable quel que soit le régime matrimonial choisi par les époux. Indubitablement, la majorité de ces désaccords sera générée par des flux financiers intervenus entre les patrimoines personnels des époux, ou entre ces patrimoines et un patrimoine commun.

556.**Régime primaire.** Bien que les flux financiers soient, du fait même de leur existence, générateurs de conflits, ce sont, sans nul doute, les solutions mises en œuvre par la jurisprudence afin de rééquilibrer ces flux qui engendrent le plus grand nombre d'incertitudes. Ces aléas jurisprudentiels entraînent une grande insécurité juridique. Actuellement, la jurisprudence se fonde principalement sur la contribution aux charges du mariage de l'article 214 du Code civil afin de corriger ces flux. Cet article est applicable à tous les époux quel que soit le régime choisi du fait de son inclusion dans le régime primaire impératif. Toutefois, s'il est d'ordre public dans son principe, il demeure possible pour les époux d'en aménager le fonctionnement. En la matière, les aménagements sont nombreux et variés. En conséquence, le notaire devra procéder à une analyse *in concreto* pour l'ensemble des contrats de mariage qu'il est amené à établir. Cette analyse aura alors pour but de proposer aux époux la clause idoine permettant de répondre au mieux à leurs intérêts particuliers et de leur assurer une certaine sécurité juridique.

557.**Récompenses et créances.** En outre, le législateur a créé deux mécanismes permettant de rééquilibrer ces flux : le mécanisme des récompenses et celui des créances entre époux. Les récompenses ne peuvent être constatées qu'en présence d'un patrimoine commun. Elles sont donc limitées aux régimes aboutissant à la création d'une masse commune, tels que le régime légal, les régimes de communauté conventionnelle ainsi que la séparation de biens avec adjonction d'une société d'acquêts. A l'inverse, les créances entre époux peuvent, quant à elles, être constatées dans l'ensemble des régimes matrimoniaux. Par suite, le notaire devra s'attacher à identifier l'ensemble des flux financiers pouvant apparaître en cours d'union et à proposer aux époux d'en aménager les conséquences comme le fonctionnement.

558.**Spécificités.** Les problématiques liées aux flux financiers et au partage consécutif au divorce peuvent apparaître quel que soit le régime choisi par les époux. Ces problématiques sont ainsi intrinsèquement liées à l'existence même d'un mariage. Toutefois, au-delà de ces problématiques générales, chaque régime connaît des aménagements qui lui sont spécifiques et qui justifient une analyse indépendante.

TITRE 2 : LES CLAUSES PARTICULIERES A CERTAINS REGIMES

559.**Anticipation.** Dans la recherche de l'anticipation d'un éventuel divorce, le choix d'un régime matrimonial est un élément fondamental. Toutefois, chaque régime connaît des atouts et des inconvénients qui lui sont propres. De ce fait, le seul choix d'un régime déterminé est insuffisant à lui seul afin de répondre aux demandes des époux en la matière. A ce titre, de nombreux aménagements peuvent être stipulés par les époux aux termes de leur contrat de mariage. Il appartiendra au notaire d'orienter ceux-ci afin de leur permettre de choisir les aménagements les mieux adaptés à leur situation particulière. La plupart de ses aménagements se contentent de compléter ou de modifier les règles applicables au régime support choisi. Au contraire, certains de ces aménagements mis en œuvre par la pratique ont abouti à la création d'un régime innommé. Tel est ainsi le cas de l'adjonction d'une société d'acquêts à un régime de la séparation de biens.

560.**Spécificité.** Chaque régime peut faire l'objet d'aménagements qui lui sont spécifiques afin de pallier ses lacunes et ses défauts. Force est, toutefois, de constater que certains régimes donnent lieu à davantage d'aménagements que d'autres. Aussi, le régime de la séparation de biens ne connaît que peu d'aménagements spécifiques du fait de l'indépendance de patrimoine qu'il génère. Il convient cependant de faire exception du régime innommé de la séparation de biens avec société d'acquêts qui ne peut avoir comme support que ce régime. En présence d'époux ayant opté pour un régime de séparation de biens, les principaux aménagements auront trait : à l'adjonction d'une société d'acquêts, à l'aménagement de la règle de contribution aux charges ainsi qu'aux règles relatives à la liquidation.

561.**Aménagements.** *A contrario*, certains régimes, ou type de régimes, donnent lieu à un plus grand nombre d'aménagements spécifiques. D'une part, les régimes communautaires entraînent une mise en communauté qui peut avoir des conséquences désastreuses pour les époux. Il convient d'informer les époux sur les facultés qui leur sont offertes par le législateur afin de faire varier le curseur de la fusion patrimoniale et de bénéficier d'une meilleure maîtrise de celle-ci. De ce fait, les époux auront une meilleure compréhension des conséquences d'une éventuelle désunion (Chapitre 1). D'autre part, le régime de la

participation aux acquêts connaît également un certain nombre d'aménagements qui lui sont propres. En effet, le caractère atypique de ce régime entraîne la possibilité pour les époux de prévoir des aménagements qui ne pourraient trouver d'application dans les autres régimes nommés prévus par notre Code civil (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LES CLAUSES PROPRES AUX REGIMES COMMUNAUTAIRES

562.**Opportunité.** Si le régime légal peut parfois sembler suffisant à des futurs époux ayant une vision communautaire de leur union, l'optimisation de cette solution doit, tout de même, être envisagée. Le notaire ne doit pas omettre l'intérêt d'interroger les époux sur un éventuel aménagement de cette communauté. En ce sens, l'article 1497 du Code civil prévoit que « *Les époux peuvent, dans leur contrat de mariage, modifier la communauté légale.* ». Il est possible d'aménager les règles relatives à la qualification ou à la gestion des biens, voire au partage de ceux-ci. Toutefois, ces aménagements sont peu fréquemment utilisés *ab initio*. Ce faible engouement s'explique, notamment, par une certaine défiance envers les contrats de mariage parfois perçus comme un manque de confiance en l'autre, voire en l'union. Mais prévenir une chose ne l'a fait pas arriver. Anticiper les risques d'une éventuelle séparation ne multiplie pas les chances de se séparer.

563.**Fusion et limite.** L'élément fondamental des régimes communautaires est la fusion patrimoniale qu'ils engendrent par la création d'un patrimoine commun. Ainsi, il est possible d'aménager spécifiquement l'ensemble des régimes de communauté par l'insertion de clause ayant pour but de faire varier la fusion patrimoniale. Le notaire pourra, dans un objectif d'anticipation d'un éventuel divorce, proposer des solutions d'exclusion⁹⁰⁸ ou d'inclusion de certains biens. Aussi, même en optant pour un régime de communauté, les époux possèdent un large panel de possibilités afin d'établir un régime « sur-mesure » permettant de répondre à leurs besoins particuliers. Il n'est pas rare que, même en présence d'une situation « classique », l'aménagement de la fusion patrimoniale trouve une utilité. Un tel aménagement peut se traduire par une volonté des époux de renforcer la fusion patrimoniale par l'élargissement à la communauté (Section 1) ou, *a contrario*, de limiter la portée de cette mise en communauté (Section 2). En outre, et afin d'anticiper les aléas du partage, le notaire pourra orienter les époux vers les solutions offertes par le législateur : les clauses de prélèvements ou d'attributions préférentielles propres aux régimes de communauté (Section 3).

⁹⁰⁸ Précisons ici que la Cour de cassation refuse l'exclusion du caractère propre des parts acquises par accroissement d'un bien propre (Cass., 1^{ère} civ., 13 octobre 1993, n° 91-21.132 : Bull. 1993, I, n°276, p.191 ; RTD civ. 1994, p. 408).

Section 1 : Les opportunités d'un élargissement ponctuel

564.**Principe.** Le régime légal de la communauté repose sur une présomption de communauté active comme passive. Toutefois, outre la fusion patrimoniale créée par le fonctionnement même de cette communauté légale, il est loisible pour les époux d'entendre procéder à la mise en commun d'un, ou plusieurs, bien pris *ut singuli*. Dans cette hypothèse, il sera possible de leur proposer de stipuler une clause dite « d'ameublement » permettant d'apporter à la communauté un bien qui, à défaut d'aménagement, serait demeuré propre dans le régime légal. Cette notion d'« ameublement » est issue de la rédaction de l'ancien article 1506 du Code civil. Cet article disposait que : « *Lorsque les époux ou l'un d'eux font entrer en communauté tout ou partie de leurs immeubles présents ou futurs, cette clause s'appelle ameublement* ». Le choix de ce terme se justifie par le fait que, en application de l'ancien régime légal de meubles et acquêts, l'ensemble des biens meubles tombait en communauté. Or, cette clause avait pour but de faire suivre aux immeubles concernés le même sort que celui des biens meubles. En présence du nouveau régime légal entraînant une fusion patrimoniale plus limitée, cette clause peut être stipulée pour faire tomber en communauté aussi bien des biens meubles qu'immeubles, qu'ils soient déterminés ou déterminables⁹⁰⁹. Les époux ont la totale maîtrise de cette mise en commun. Ils peuvent ainsi décider d'inclure dans leur communauté soit des droits en pleine propriété, soit des droits démembrés, voire uniquement la valeur desdits biens⁹¹⁰. Cette solution connaît un certain nombre d'opportunités. En effet, elle peut permettre d'assurer une certaine égalité au sein du couple (§1) comme d'éviter tout contentieux lié aux récompenses (§2). D'un point de vue fiscal, elle peut également permettre l'optimisation de la transmission desdits biens (§3).

§1 : Assurer l'équilibre des patrimoines face à l'activité professionnelle

565.**Le conjoint « participant ».** En application de l'article 1405 du Code civil, les biens détenus avant le mariage demeurent propres à chacun des époux. Ainsi, si le patrimoine professionnel a été acquis ou créé antérieurement au mariage celui-ci demeure propre à l'époux exploitant. Toutefois, il est fréquent que le second époux prenne part à l'activité que ce soit par une aide matérielle, financière ou même, par son industrie. Or la jurisprudence refuse de reconnaître à l'époux participant commun en bien une indemnisation au titre de

⁹⁰⁹ Ex. : L'ameublement peut porter sur l'ensemble des droits sociaux détenus par les époux.

⁹¹⁰ Par l'application de la théorie du titre et de la finance.

l'enrichissement injustifié même si sa participation n'a pas donné lieu à rémunération. Si cette solution peut paraître surprenante comme l'on sait que l'action *de in rem verso*⁹¹¹ est fréquemment utilisée vis-à-vis des couples, entendus au sens large, elle paraît pourtant justifiée dans l'esprit. En effet, face à des époux séparatistes, des partenaires de PACS ou des concubins, l'action sur le fondement de l'enrichissement injustifié se justifie par l'absence d'enrichissement corrélatif du « participant ». Dans ce cadre, elle a alors pour but de corriger une iniquité : l'un travaille sans rétribution pour l'autre qui en perçoit seul les gains. *A contrario*, dans un régime de communauté, les gains et salaires tombent en communauté et profiteront donc aux deux époux. C'est pour cette raison que cette solution respecte l'esprit même de la communauté. Elle est toutefois plus critiquable en présence d'un bien professionnel propre amélioré par l'industrie de l'époux non-propriétaire. En effet, dans une telle hypothèse, la Cour de cassation refuse également de reconnaître l'existence d'une récompense à la communauté alors même que l'époux « participant » ne bénéficiera pas en pareil cas de l'enrichissement ainsi procuré⁹¹².

566. Statuts et partage. Dans l'objectif de pallier ces difficultés et de protéger le conjoint, un certain nombre de statuts existent⁹¹³ afin de tenir compte de cette aide fournie par le conjoint et de lui assurer un minimum de protection (A). Même en l'absence de statut expressément désigné, la loi vient désormais suppléer le manque de diligence des époux (B). Outre le choix du statut qui aura un impact prépondérant au jour du divorce, il est possible de procéder à un partage de valorisation par la mise en commun de l'outil professionnel ou de sa valeur (C).

A. La pluralité de statuts accessible au conjoint « participant »

567. Une solution plurielle. La participation du conjoint à l'activité professionnelle de son époux est une problématique récurrente. Celle-ci est encore accrue lorsqu'apparaissent des velléités de divorce. Afin d'encadrer les rapports entre les époux et de limiter les abus, le législateur a mis en place trois statuts qui peuvent être choisis par les époux : le conjoint collaborateur (1), le conjoint salarié (2) ou le conjoint associé (3). Pendant longtemps, ce choix est demeuré facultatif et la participation du conjoint demeurerait alors un fait juridique

⁹¹¹ Sur le fondement des art. 1303 et s. C. civ.

⁹¹² Cass., 1^{ère} civ., 17 avril 2019, n°18-15.486 : P ; AJ Fam. 2019. 347, n. P. HILT ; D. 2019. 1695, n. B. CHAFFOIS ; Dr. Fam., n°10, p.5, 1 juin 2019, obs. N. PETERKA ; RTD civ. 2019 p.643, somm. M. NICOD.

⁹¹³ V. art. L.121-4, IV. C. com. concernant les activités commerciales ou artisanales ; L.321-5, al.11 à 13 C. rur. concernant les activités agricoles.

source de nombreux contentieux autant au jour du décès de l'époux exploitant qu'à l'aune d'un éventuel divorce. Ces trois statuts doivent être rapidement rappelés afin d'en comprendre les mécanismes et les conséquences d'un tel choix.

1. Le conjoint collaborateur, un statut a minima

568.Simplicité. Le statut de conjoint collaborateur est, sans nul doute, le moins contraignant. Il faut, mais il suffit, pour en bénéficier de collaborer effectivement et habituellement⁹¹⁴ à l'activité et d'être marié ou pacsé⁹¹⁵ avec un artisan, commerçant exploitant en entreprise individuelle ou gérant associé unique ou majoritaire d'une SARL ou d'une SELARL⁹¹⁶. L'atout de ce statut, outre son apparente simplicité⁹¹⁷, est qu'il permet au conjoint de bénéficier du statut de mandataire du chef d'entreprise et qu'il peut donc officiellement réaliser la plupart des actes nécessaires à son bon fonctionnement. Cette situation peut toutefois entraîner des contentieux car le conjoint collaborateur engage l'entreprise par ses actions et non lui-même personnellement.

569.Conséquences. Ce statut n'ouvre droit à aucune rémunération pour le conjoint. Toutefois, il lui permet de bénéficier d'une protection sociale obligatoire de par son affiliation à titre personnel au même régime que le chef d'entreprise. En conséquence, il paie des cotisations mais uniquement au titre de la retraite de base, de la retraite complémentaire et de l'assurance invalidité-décès. De ce fait, il se constitue de cette manière des droits propres à la retraite⁹¹⁸. Le conjoint collaborateur bénéficie, au surplus, gratuitement des prestations de santé⁹¹⁹. Cependant, ce régime ne lui confère pas une protection complète car il ne bénéficie, sur ce fondement, d'aucun droit au chômage. Cette option entraîne donc une certaine précarité. Cette précarité est également constatable en cas de dissolution de l'union qui entraînera la fin de la collaboration et, par suite, la fin de ce statut. Toutefois, le conjoint collaborateur pourrait bénéficier d'une prestation compensatoire ou d'un droit de créance de salaire différé selon que la dissolution survienne suite au divorce ou au décès.

⁹¹⁴ S'il exerce une activité non salariée ou une activité au sein d'une entreprise extérieure, même en temps partiel, il est présumé ne pas exercer régulièrement au sein de l'entreprise de son conjoint.

⁹¹⁵ Depuis la L. n°2008-776 du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie (JORF n°0181 du 5 août 2008), les partenaires d'un PACS peuvent également choisir ce statut (art. L.121-4 C. com).

⁹¹⁶ La loi dite « PACTE » du 22 mai 2019, dans son article 11-III a supprimé le seuil de 20 salariés obligatoire pour bénéficier de ce statut à partir du 1^{er} janvier 2020 (Décret n°2019-1048 du 11 octobre 2019).

⁹¹⁷ Il doit simplement être mentionné au Répertoire des métiers et de l'artisanat ou au Registre du commerce et des Sociétés (RCS) selon le type d'exploitation.

⁹¹⁸ Ces droits lui restent acquis même en cas de divorce.

⁹¹⁹ A ce titre, il peut bénéficier de l'allocation forfaitaire de repos maternel ou de remplacement.

2. Le conjoint salarié, un statut défenseur des droits du conjoint

570. Un statut protecteur. Le statut de conjoint salarié est plus protecteur que celui du conjoint collaborateur. Il est, en outre, ouvert de manière plus large. En effet, tous les types d'union peuvent y prétendre, y compris les couples en union libre. Ces derniers ne peuvent *a contrario* prétendre au statut du conjoint collaborateur. Si la faculté de conclure ce type de contrat n'a pendant longtemps pas été offerte aux époux, la loi du 10 juillet 1982⁹²⁰ a définitivement ouvert cette voie aux couples mariés. Le statut de conjoint salarié permet à l'époux, partenaire ou concubin qui participe à titre professionnel et habituel, même à temps partiel, à l'activité de l'entreprise de bénéficier d'un contrat de travail. En rémunération de son activité, le conjoint participant reçoit un salaire correspondant à sa catégorie professionnelle.

571. Lien de subordination. Contrairement au statut précédent, le conjoint salarié n'est pas le mandataire du chef d'entreprise mais bien son subordonné. En effet, le contrat de travail implique un lien de subordination *« caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité de l'employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné. Le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail »*⁹²¹. Ce lien de subordination est parfois compliqué à admettre au sein du couple et peut s'avérer source de conflits. Toutefois, il demeure un élément essentiel pour l'existence d'un contrat de travail qui ne peut être caractérisé sans lui.

572. Opportunités. Ce contrat permettra au conjoint de bénéficier, outre d'une rémunération correspondante à son poste et à sa qualification, des avantages prévus par le Code du travail et les conventions collectives, ainsi que d'une couverture sociale. Cette situation est particulièrement protectrice pour le conjoint salarié. En effet, le contrat de travail survivra au divorce. La seule séparation du couple n'entraînera donc pas automatiquement la rupture du lien professionnel. Si le conjoint exploitant souhaite mettre fin à toute relation qu'elle soit professionnelle ou personnelle, il devra procéder à un licenciement qui générera des indemnités et le droit aux allocations chômage. A ce titre, le statut du conjoint salarié est particulièrement protecteur. Ce statut pourra être utilisé par l'époux participant craintif afin de protéger ses intérêts face à un éventuel divorce.

⁹²⁰ L. n°82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale (JORF 13 juillet 1982).

⁹²¹ Cass., soc., 13 novembre 1996, n°94-13.187 : Bull. 1996, V, n°386, p.275 ; D. 1996, 268.

3. Le conjoint associé, un engagement patrimonial

573. Le conjoint associé. Au-delà des solutions précédentes, il est enfin possible d'associer le conjoint autant à l'activité de l'entreprise qu'à ses bénéfices par le biais de l'outil sociétal. Cette solution est désormais accessible à toutes les formes d'union. En effet, la loi du 23 décembre 1985⁹²² a autorisé la constitution d'une société entre époux. Dans le même sens, il leur est également possible de constituer entre eux un groupement agricole d'exploitation en commun⁹²³. L'article 1832-1 du Code civil dispose désormais que « *Même s'ils n'emploient que des biens de communauté pour les apports à une société ou pour l'acquisition de parts sociales, deux époux seuls ou avec d'autres personnes peuvent être associés dans une même société et participer ensemble ou non à la gestion sociale* ». Dans cette hypothèse, le conjoint participant dispose alors de droits sociaux au sein de la société d'exploitation. Ce statut n'est toutefois pas exclusif des statuts précédents. De ce fait, il est possible pour l'époux participant de cumuler la détention de droits sociaux avec un contrat de travail au sein de ladite société. Cette faculté ne connaît pas d'autres réserves que celles issues du droit du travail (lien de subordination, rémunération, etc.).

574. Conséquences. Du fait de sa qualité d'associé (ou d'actionnaire), il bénéficie d'un droit de vote au sein des assemblées générales et d'un droit d'information quant à la situation, notamment économique, de la société. Cette détention de droits sociaux lui permet, corrélativement, de bénéficier d'un droit aux dividendes à concurrence de ses droits. Selon la forme juridique retenue, il lui est possible de bénéficier d'une couverture sociale personnelle, salariée ou non. En cas de dissolution de l'union, la propriété des droits sociaux ne peut être remise en cause, ni par le décès, ni par le divorce. Toutefois, la situation sera d'autant plus favorable pour le conjoint que la dissolution surviendra pour cause de décès car il lui serait alors possible de poursuivre l'exploitation et de demander l'attribution préférentielle, par voie de partage, des parts sociales dans la succession du chef d'entreprise⁹²⁴. En présence d'un divorce, cette détention conjointe par les futurs ex-époux des droits sociaux peut parfois générer des conflits notamment dans le cadre de la gestion de la société et engendrer des problématiques liées aux règles issues du droit des sociétés⁹²⁵.

⁹²² L. n° 85-1372 du 23 décembre 1985, op. cit.

⁹²³ Art. L.323-2 C. rural issu de la L. n°2010-874 du 27 juillet 2010, de modernisation de l'agriculture et de la pêche (JORF 28 juillet 2010).

⁹²⁴ Art. 831, al. 2 C. civ.

⁹²⁵ Notamment des abus de majorité, de minorité ou d'égalité.

B. Opportunité du choix de statuts et sanction de l'absence de statut

575. **Une problématique ancienne.** S'il est fréquent que le conjoint participe, plus ou moins activement, à l'activité professionnelle de son époux, les relations maritales tendent, parfois, à occulter les problématiques liées à cette participation. Afin d'éviter les abus et les déséquilibres, de nombreux statuts ont été mis en place. Ces statuts entraînent des conséquences très variables dans les relations entre les époux. Ainsi, en présence d'époux dont le projet tend à aboutir à une participation active de l'un d'eux à l'activité professionnelle de l'autre, il est nécessaire pour le notaire, qui en serait informé, d'orienter les époux vers l'un ou l'autre de ces statuts. Cette problématique bien que non incluse aux termes du contrat de mariage ne doit en aucun cas être omise.

576. **Absence de statut.** Il était toutefois fréquent que les époux ne s'orientent vers aucune de ces solutions. Déjà, la loi du 2 août 2005⁹²⁶ posait, à l'article L.121-4, IV du Code de commerce, le principe du choix obligatoire pour le chef d'entreprise d'un des statuts prévus par la loi. A ce titre, il incombe à ce dernier de déclarer « *le statut choisi par son conjoint auprès des organismes habilités à enregistrer l'immatriculation de l'entreprise* ». Toutefois, et malgré ce texte impératif, il demeurerait fréquent qu'aucune déclaration ne soit réalisée et que le conjoint demeure sans statut et donc, sans aucune protection, faute d'existence d'une réelle sanction.

577. **La loi PACTE.** Afin de pallier cette lacune, l'article 8 de la loi dite « PACTE »⁹²⁷, adoptée le 22 mai 2019, est venue modifier l'article L.121-4, IV du Code de commerce en sanctionnant l'obligation faite au chef d'entreprise de choisir un statut pour le conjoint participant. L'objectif visé par ce texte est de protéger davantage le statut du conjoint contribuant effectivement à l'activité de l'entreprise. Ainsi, à compter du 1^{er} janvier 2020⁹²⁸, à défaut de déclaration d'activité professionnelle ou de choix du statut du conjoint participant, le chef d'entreprise sera réputé avoir déclaré que « *ce statut est celui du conjoint salarié* »⁹²⁹. Cette sanction, qui peut sembler sévère, se justifie par la volonté du législateur d'encourager le chef d'entreprise à procéder à ses obligations de déclaration. En effet, le statut de conjoint

⁹²⁶ L. n°2005-882, 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises (JORF n°0179 3 août 2005).

⁹²⁷ L. n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises dite loi pour un Plan d'Action pour la Croissance et la transformation des Entreprises (« PACTE ») (JORF n°0119 du 23 mai 2019).

⁹²⁸ Décret n° 2019-1048 du 11 octobre 2019 relatif au statut du conjoint du chef d'entreprise ou du partenaire lié au chef d'entreprise par un pacte civil de solidarité travaillant dans l'entreprise familiale (JORF n°0239 du 13 octobre 2019) et conformément au XIV de l'article 11 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, op. cit.

⁹²⁹ Art. L. 121-4, IV, al. 2 et 3 nouveaux du C. com.

salarié étant le plus protecteur, il sera d'autant plus important pour le chef d'entreprise de procéder auxdites déclarations s'il veut pouvoir éviter l'application de celui-ci. Cette loi est également venue modifier l'article R.121-5 du Code de commerce qui précise les modalités de mise en œuvre de cette déclaration. Celle-ci devra être réalisée auprès du centre de formalités des entreprises (CFE)⁹³⁰. C'est, à compter de cette date, que sera prise en compte, au titre de la sécurité sociale, l'affiliation du conjoint collaborateur⁹³¹.

C. Le partage de la valorisation, l'apport de l'outil professionnel

578. Le partage de la valorisation. La jurisprudence⁹³², au même titre que les règles légales⁹³³, considère que l'industrie personnelle d'un époux ne donne pas lieu à récompense. Dans le même sens, la jurisprudence considère que la participation sans rémunération d'un époux à l'activité de son conjoint commun en bien ne lui permet pas de se prévaloir d'un enrichissement injustifié⁹³⁴. Cette précarité justifie la volonté du législateur de renforcer les droits et la protection du conjoint participant. Toutefois, au-delà du choix du statut du conjoint participant, l'époux qui contribue à la mise en valeur du patrimoine professionnel de son conjoint peut souhaiter voir sa contribution prise en compte au jour du partage.

579. Apport à communauté. Lorsque les époux entendent mettre en commun l'outil de travail, il peut être envisagé aux termes du contrat de mariage d'apporter celui-ci à la communauté. Cet apport peut être réalisé en pleine-propriété, comme en démembrement. L'apport en usufruit n'aboutira qu'à la mise en commun de la jouissance et des fruits. Or, les fruits, au même titre que les revenus, sont déjà, par l'application des règles issues de la communauté, communs. Un tel apport n'aurait donc que peu d'intérêts. L'apport de la pleine propriété permettra, au contraire, une réelle mise en commun totale de l'exploitation et, ainsi, une meilleure protection du conjoint participant face à une éventuelle séparation. En effet, dans l'hypothèse d'un divorce, le patrimoine professionnel serait alors inclus dans le partage et le conjoint participant pourrait prétendre à des droits sur celui-ci. Lors de la rédaction d'un tel apport, il conviendra de définir précisément le patrimoine professionnel apporté et

⁹³⁰ Ces centres ont vocation, aux termes de la loi dite « PACTE » susvisée, à disparaître progressivement au profit d'un guichet unique électronique qui devrait être totalement déployé au 1^{er} janvier 2023.

⁹³¹ Art. R.652-40, al.2 Code de la sécurité sociale.

⁹³² Cass., 1^{ère} civ., 29 mai 2013 n°11-25.444 : Bull. 2013, n°114 ; JCP N 2013, n°40, n. B. BEIGNIER.

⁹³³ En application combinées des articles 1437 et 1401 du Code civil, l'industrie des époux tombe en communauté et ne donne pas lieu à récompense.

⁹³⁴ Cass., 1^{ère} civ., 17 avril 2019, n°18-15.486 : P ; JurisData n°2019-006148 ; AJ. Fam. 2019, 347, obs. P. HILT ; JCPN n°21, 24 mai 2019, 491 ; RTD civ. 2019. 643, obs. M. NICOD.

notamment d'adjoindre à cet apport, l'apport des outils nécessaires à l'exploitation de ce patrimoine. Toutefois, une telle solution pourrait être mal perçue par l'époux propriétaire de l'exploitation.

580. Apport de la valorisation. Il est aisé de comprendre que l'époux exploitant puisse ne pas souhaiter faire entrer la propriété de son patrimoine professionnel dans la communauté et soumettre celle-ci au risque d'un partage. En effet, si le patrimoine professionnel est inclus dans la communauté, le conjoint « participant » pourrait, au jour du partage, prétendre à des droits sur la propriété de celui-ci. En cas de séparation du couple, le partage pourrait alors aboutir à un morcellement de l'outil professionnel. Afin d'éviter que l'époux exploitant se trouve dépossédé de son patrimoine professionnel, il est alors possible d'envisager une mise en commun limitée à la seule valeur dudit patrimoine. Cette solution permet à l'époux apporteur de conserver la maîtrise de son bien, tout en permettant à la communauté de partager l'enrichissement procuré à ce bien. Si la valeur de celle-ci était demeurée propre, les fruits et revenus générés seraient tout de même tombés en communauté. Mais, lors du partage, la valeur du bien serait intégralement revenue à l'époux propriétaire alors même que le conjoint a pu contribuer à l'évolution et la réussite de celle-ci.

581. Objectif. La clause d'apport à communauté peut alors permettre de gratifier le conjoint d'une partie de la plus-value qu'il génère tout en évitant le risque d'un partage de l'entreprise à la dissolution. Toutefois, cet apport doit impérativement faire l'objet d'une analyse des risques existants en cas de dissolution. En effet, un tel apport ne sera pas neutre pour l'époux exploitant. Ce dernier pourra être amené à devoir verser à son futur ex-conjoint une soulte importante au titre de l'attribution de la valeur de ce bien au jour du partage. Ainsi, si l'apport de la valeur de ce bien permet une équité entre les époux, elle pourra générer un coût parfois insurmontable pour l'époux exploitant. Une telle solution doit donc être utilisée avec précaution. Le notaire devra, en ce sens, établir une consultation circonstanciée exposant les avantages et les risques d'une telle solution afin d'assurer la parfaite compréhension des parties et se préconstituer la preuve de cette information.

§2 : Une volonté d'éviter la création de récompenses

582. **Récompense.** Si la mise en commun d'un bien peut sembler anecdotique, elle est pourtant souvent opportune. Cette solution peut, notamment, avoir pour but d'éviter le règlement d'une récompense sur le fondement des articles 1433 ou 1437 du Code civil. La récompense peut être définie comme une « *indemnité due, lors de la liquidation de la communauté, par l'époux à cette communauté, lorsque, au détriment de celle-ci, le patrimoine personnel s'est enrichi ; due par la communauté à l'époux, lorsque les biens propres de celui-ci ont servi à augmenter la masse commune* »⁹³⁵. La théorie des récompenses a pour but de rééquilibrer les flux financiers intervenus entre les masses propres et la masse commune afin d'assurer un équilibre entre celles-ci. Ainsi, lorsque l'une des masses a réglé une dette ou bénéficié du règlement d'une créance qui ne lui incombait pas à titre définitif, le principe des récompenses permet de pallier cette situation⁹³⁶. Plusieurs hypothèses doivent être envisagées sur ce point : les acquisitions antérieures (A) et les problématiques liées à l'accession (B). En outre, ces apports peuvent subir des aménagements (C).

A. L'opportunité de l'apport à communauté en présence d'acquisitions antérieures

583. **Les acquisitions antérieures.** Dès avant leur union, les époux ont pu procéder à une ou plusieurs acquisitions financées au moyen d'un prêt bancaire. Au jour de la célébration de l'union, lesdits prêts peuvent être en cours de remboursement. Or, si ce bien est propre en qualité de bien présent, en application de l'article 1405 du Code civil, les sommes utilisées en vue du remboursement de l'emprunt à la suite de l'union sont, quant à elles, communes, comme provenant des gains et salaires des époux. Lors de la dissolution de l'union, quelle qu'en soit la cause, l'époux propriétaire serait alors débiteur d'une récompense importante du fait de cette participation de la communauté au remboursement de l'emprunt. Celle-ci porterait, toutefois, uniquement sur le capital remboursé et non sur les intérêts de l'emprunt⁹³⁷, charges usufruituaires dudit bien. Cette récompense sera d'autant plus importante que le bien aura été acquis à une date proche de celle de l'union et que l'emprunt à rembourser sera important. Afin d'anticiper les conflits, sur ce point, lors d'une éventuelle dissolution de

⁹³⁵ *Lexique des termes juridiques*, op. cit.

⁹³⁶ Pour l'aménagement des modes de calcul de telles récompenses : V. *supra*, spéc. 503 et s.

⁹³⁷ En ce sens, v. Cass. 1^{ère} civ., 24 octobre 2000, n°98-19.767 : NP ; D. 2001, somm. 2936, obs. M. NICOD ; Dr. Fam. 2000, n° 145, n. B. BEIGNIER ; RJPF 2001-2/40, obs. F. VAUVILLE ; RTD civ. 2001. 650, obs. B. VAREILLE.

l'union, les époux pourront avoir intérêt à procéder à l'apport à communauté du bien ainsi acquis.

584.Opportunités. Une telle solution sera d'autant plus opportune que les époux n'ont que rarement anticipé les conséquences d'un tel remboursement. Il sera fréquent qu'ils n'aient pas conscience des flux financiers à intervenir entre leurs patrimoines propre et commun. Or, la Cour de cassation est venue rappeler qu'il incombait au notaire, lors de la liquidation du régime, de s'assurer auprès des parties si « *les biens leur revenant en propre avaient été financés, en tout ou partie, par la communauté* »⁹³⁸. Ainsi, même si cette problématique pourrait être omise par les parties, sciemment ou non, il incombe au notaire de tenir compte de la réalité des faits au jour de la dissolution. Il est crucial que ces problématiques soient anticipées dès la constitution de l'union. En présence d'une telle acquisition, les époux à l'esprit communautaire auront une option : soit choisir d'apporter le bien à la communauté et éviter ainsi la création d'une récompense au titre du remboursement du prêt ; soit ne pas apporter ledit bien. Dans ce dernier cas, le notaire devra impérativement attirer l'attention des époux sur les conséquences de l'absence d'ameublement dans cette hypothèse et sur le coût de l'éventuelle récompense. Il sera alors important qu'il s'assure de la bonne compréhension des conséquences de ce choix et, une fois encore, se constituer la preuve d'une telle information.

B. L'application de la théorie de l'accession : source de contentieux

585.Théorie. Il est fréquent que, pour des raisons financières ou de praticité, les époux décident d'utiliser un bien propre de l'un d'entre eux afin d'y établir leur résidence principale et d'y réaliser des travaux. Se pose alors la question de l'application de la théorie de l'accession⁹³⁹. Ce principe connaît une importance pratique primordiale en matière de droit de la famille. En pratique, l'accession correspond notamment à l'hypothèse classique où l'un des époux détient un bien immeuble en propre (terrain ou construction bâtie) sur lequel le couple envisage de procéder à d'important travaux de construction ou de rénovation. Deux hypothèses doivent être distinguées. D'une part, si les époux décident de faire construire sur

⁹³⁸ Cass., 1^{ère}, 13 décembre 2012, n°11-19.098 : Bull. 2012, I, n° 258 ; AJ. Fam. 2013, 132 ; Dr. Fam. 2013, comm. 27, n. V. LARRIBAU-TERNEYRE ; Defrénois 2013. 105, obs. F. VAUVILLE ; Defrénois 2013. 204, obs. J.-F. SAGAUT ; RTD civ. 2013. 95, obs. J. HAUSER ; *ibid.* 657, obs. B. VAREILLE.

⁹³⁹ V. *supra*, spéc. 196 et s., 288 et s.

un terrain propre un bien, la construction demeurera également propre⁹⁴⁰ en application de la théorie de l'accession et de l'adage *superficies solo cedit*⁹⁴¹. Elle est analysée par la jurisprudence comme une amélioration du bien préexistant⁹⁴². La communauté sera alors seulement créancière d'une récompense contre l'époux propriétaire, en application de l'article 1437 du Code civil. Celle-ci sera calculée, sauf conventions contraires, en application de l'article 1469 du Code civil. La jurisprudence considère de manière constante et réitérée⁹⁴³ que cette récompense doit être établie en fonction du profit subsistant et non pas de « la valeur du bien construit »⁹⁴⁴. D'autre part, si les époux décident de procéder à des travaux sur un bien propre afin de le rendre habitable ou simplement plus confortable, la communauté sera également créancière d'une récompense calculée, selon l'hypothèse, en fonction de la dépense faite ou du profit subsistant⁹⁴⁵.

586.Palliatifs. Compte tenu de la valeur de l'« amélioration » ainsi procurée, la récompense due par l'époux propriétaire du sol, ou du bien objet des travaux, sera souvent d'un montant très important. En outre, il est fréquent que les époux n'aient pas conscience que la construction ainsi édifiée au moyen de fonds communs ne sera pas elle-même commune. Afin d'éviter tout litige postérieur lié à l'application de la théorie de l'accession, il est possible de conseiller au futur époux propriétaire d'apporter ledit bien à la communauté qu'il entend constituer. Cette mise en commun permettrait de répondre à un double objectif : éteindre toute récompense pour le conjoint propriétaire et protéger le couple en cas d'accident de la vie. En outre, cette solution permettra de faire correspondre la réalité juridique avec la vision pratique des époux. En effet, les époux considèrent souvent que la construction du bien financée en commun, la plupart du temps au moyen d'un emprunt souscrit solidairement entre eux, leur appartient à tous deux. Or la théorie de l'accession aboutit à une situation totalement différente. L'apport à la communauté du terrain support de la construction permettra donc de régulariser cette situation.

⁹⁴⁰ Cass., 1^{ère} civ., 26 septembre 2012, n°11-20.196 : Bull. civ. I, n°183 ; AJ. Fam. 2012. 563, obs. P. HILT ; D. 2012. 2307 ; RTD civ. 2012. 765, obs. B. VAREILLE.

⁹⁴¹ Adage qui remonte au droit romain, selon lequel la superficie cède au sol.

⁹⁴² V. en ce sens, Cass. 1^{ère} civ, 10 octobre 2012, n°11-20.585 : Bull. civ. I n°198 ; AJ. Fam. 2012, 623, obs. P. HILT.

⁹⁴³ V. en ce sens pour une application récente : Cass., 1^{ère} civ., 12 juin 2018, n°17-14.381 : NP.

⁹⁴⁴ Cass., 1^{ère} civ., 6 juin 1990, n°88-10.532 : Bull. 1990, I, n° 134, p. 96 ; JCP 1991, II, 21652 n. J-F. PILLEBOUT ; RTD civ. 1991. 589 et 591, obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

⁹⁴⁵ En application de l'art. 1469 C. civ., il conviendra de distinguer selon que la dépense est une dépense nécessaire, conservatoire et d'amélioration.

§3 : Une optimisation civile et fiscale de la transmission

587.Faciliter la transmission. Dans la pratique notariale, l'apport d'un bien à la communauté est fréquemment utilisé dans un but d'optimisation fiscale en vue de procéder à la transmission d'une partie du patrimoine aux enfants du couple. En effet, pour la perception des droits de mutation à titre gratuit, en application de l'article 779 du Code Général des Impôts, chaque enfant bénéficie d'un abattement à concurrence de cent mille euros (100.000,00 €) sur la part transmise par chacun de ses parents que ce soit à cause de mort ou entre vifs. Or, si le bien transmis est propre à l'un des époux, quel que soit le mode de transmission, l'enfant donataire ou héritier ne pourrait alors bénéficier que d'un seul abattement. Mathématiquement, si les deux parents transmettent le même bien, le montant total des abattements applicables est automatiquement doublé. Ainsi, afin d'optimiser fiscalement la transmission et d'en minimiser les coûts, il peut être opportun de procéder à l'apport du bien à la communauté. Par suite de cet apport, le donataire ou héritier pourra faire jouer doublement les abattements applicables, ce qui ne manquera pas de lui procurer une importante économie fiscale.

588.Rappel fiscal. En outre, cette solution pourrait également être fiscalement opportune dans l'hypothèse où l'un ou l'autre des époux aurait déjà procédé à diverses donations au profit de l'un ou de plusieurs de ses enfants dans le délai du rappel fiscal. En effet, en application de l'article 5 de la loi de finances n°2012-958 du 16 août 2012, le délai de rappel fiscal a été porté à quinze ans. Ainsi, l'ensemble des donations réalisées au cours des quinze dernières années seront prises en compte afin de déterminer les abattements et les tranches déjà utilisés. Si les abattements ou les tranches les plus basses d'imposition ont déjà été utilisées par l'époux propriétaire du bien propre objet de la donation envisagée, il pourra être opportun d'orienter les époux vers un apport en communauté. Ce faisant, la donation pourra alors être réalisée par les deux époux offrant au donataire la faculté d'utiliser l'abattement disponible du second époux. En outre, il pourra même être réalisé une donation du bien devenu commun par le seul époux non apporteur. Cette solution est toutefois conditionnée, à peine de nullité relative, à l'intervention du second époux⁹⁴⁶.

589.Ancienne opportunité. Cette solution était d'autant plus opportune que l'apport à communauté bénéficiait, jusqu'à la loi de finances pour 2019⁹⁴⁷, d'une exonération totale de

⁹⁴⁶ Art. 1427 C. civ.

⁹⁴⁷ L. n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019 (JORF n°0302 du 30 décembre 2018).

fiscalité liée à l'apport⁹⁴⁸. Désormais, et à compter du 1^{er} janvier 2020, l'apport d'un bien propre à la communauté, au même titre que le passage d'une séparation de bien à une communauté, n'est plus exonéré de droits d'enregistrement⁹⁴⁹. Ainsi, si cette opération demeure opportune, autant pour des raisons pratiques, psychologiques que fiscales, dans une optique de transmission entre vifs ou à cause de mort, elle connaît un coût plus important qu'antérieurement⁹⁵⁰. Si ce changement peut paraître surprenant, les initiateurs de celui-ci⁹⁵¹ le justifient par la disparition du but initialement poursuivi par cette exonération. En effet, celle-ci avait été mise en place par la loi de finances pour 2004⁹⁵² afin de pallier la modification du barème de l'usufruit qui risquait d'engendrer un surcoût fiscal pour les époux mariés en séparation de biens. Or l'opportunité de cette mesure a disparu depuis que le conjoint survivant bénéficie d'une exonération légale totale de droits de succession, quel que soit le régime matrimonial du couple, avec la promulgation de la loi du 21 août 2007⁹⁵³. C'est sur ce fondement que les changements de régimes matrimoniaux sont désormais, depuis le 1^{er} janvier 2020, soumis au droit d'enregistrement. En effet, la cause de cette exonération ayant été supprimée le législateur n'a pas entendu maintenir cet avantage fiscal.

590.Limite de l'abus de droit. En présence d'époux souhaitant réaliser un tel apport dans une perspective uniquement fiscale, il convient d'attirer leur attention sur le risque de requalification en abus de droit fiscal d'une telle solution. Comme en matière de désignation de loi applicable, il conviendra, avant de mettre en place un tel montage, de s'assurer que d'autres éléments peuvent être mis en exergue quant à l'intérêt de cette opération afin d'éviter que celle-ci soit considérée comme ayant un but principalement fiscal⁹⁵⁴, et puisse être sanctionnée à ce titre. Il conviendra de souligner l'opportunité d'un tel apport notamment pour la protection du conjoint. Afin de se prémunir contre tout risque de requalification sur ce fondement, il pourra être conseillé aux époux de procéder à un exposé des motifs de cet apport aux termes de leur contrat de mariage, intervenant tant *ab initio* qu'au cours de l'union. Ce faisant, ils s'aménageront ainsi la preuve des intérêts pluriels recherchés par cette opération.

⁹⁴⁸ Art. 1133 bis C.G.I.

⁹⁴⁹ Art. 122 de la L. du 28 décembre 2018, op. cit.

⁹⁵⁰ L'apport fera l'objet d'un droit fixe de 125,00 € et, concernant les biens immobiliers, d'une soumission à la taxe de publicité foncière au taux de 0,715 % sur la part la moitié de la valeur de la part apportée.

⁹⁵¹ J. GIRAUD et A. DE MONTCHALIN, députés du groupe LREM.

⁹⁵² Art.19, 5° de la L. 2003-1311 du 30 décembre 2003 de finances pour 2004 (JORF n°302 du 31 décembre 2003).

⁹⁵³ L. n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, op. cit.

⁹⁵⁴ Nouvelle définition de l'abus de droit fiscal issue de la L. n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019 (JORF n°0302 du 30 décembre 2018), op. cit.

Section 2 : La limitation de la fusion patrimoniale, une solution classique

591. **Une limitation possible.** « *Tout bien est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une disposition de la loi* »⁹⁵⁵. La qualification de la nature d'un bien s'apprécie au jour de son entrée dans le patrimoine, et ce, quel que soit le financement postérieur de celui-ci⁹⁵⁶. Cette solution connaît des impacts prépondérants notamment en présence d'un fonds de commerce ou de biens professionnels. Or, si la liberté des conventions matrimoniales permet d'accroître la fusion patrimoniale des époux, elle peut également avoir pour objet de limiter celle-ci. Toutefois, comme l'énonçait en son temps Épicure, « *Il y a, même dans les restrictions, une mesure : celui qui n'en tient pas compte se trouve à peu près dans la situation de celui qui s'égare par manque de limitation* »⁹⁵⁷. Ainsi, en régime de communauté, les époux demeurent liés par l'économie même du régime et ne peuvent donc en exclure les éléments fondamentaux. Tel serait notamment le cas si les époux entendaient exclure de la mise en commun les gains et salaires. En effet, selon la doctrine⁹⁵⁸ comme la jurisprudence⁹⁵⁹, cette mise en commun est le « cœur » même du régime communautaire. Par voie de conséquence, il ne semble pas envisageable de les en exclure. Ce sont, selon la formule consacrée par Gérard Cornu des « *acquêts de sources* »⁹⁶⁰.

592. **Une limitation opportune.** Sous la réserve énoncée ci-dessus, il est possible, si ce n'est opportun, de stipuler *ab initio* un certain nombre d'exclusions de la communauté (§1). En outre, le patrimoine préexistant des époux devra toujours faire l'objet d'une analyse afin d'exclure éventuellement de la mise en commun certains biens ou certaines dettes (§2). Si l'accroissement de la fusion patrimoniale incarne l'exemple même d'un avantage matrimonial, la Cour de cassation refusait jusqu'à une période proche de qualifier ce type d'exclusion

⁹⁵⁵ Cass., 1^{ère} civ., 15 juin 2017, n° 16-20.739 : Inédit, NP.

⁹⁵⁶ V. notamment : Cass., 1^{ère} civ., 19 mars 2008, n°07-13.826 : Bull. 2008, I, n° 89.

⁹⁵⁷ EPICURE, *Sentences Vaticanes*, 63.

⁹⁵⁸ B. VAREILLE, RTD civ. 2007, p. 618 : « *Au contraire, ne serait point communautaire, mais en vérité séparatiste, le régime qui organiserait de surcroît une appropriation privative des revenus du travail, la prétendue communauté conservant seulement vocation aux acquêts constitués à l'aide de ces sommes.* ».

⁹⁵⁹ Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 1992, n°90-17.212 : Bull. civ. 1992, I, n°96 ; JurisData n°1992-000856 ; Defrénois 1992, 1121, obs. G. CHAMPENOIS ; Defrénois 1993, 545, obs. G. MORIN ; GAJC, 12^e éd. 2007, n°567 ; JCP N 1992, II, p.333, n. J.-F. PILLEBOUT ; RTD civ. 1993, 401, obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

⁹⁶⁰ G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, Thémis, 9^e éd., 1997, n°40, p.255.

d'avantage matrimonial⁹⁶¹. Toutefois, dans une décision récente concernant le régime de la participation aux acquêts, la Haute Juridiction a pu admettre qu'une clause d'exclusion pouvait constituer un avantage matrimonial. A ce titre, il conviendra d'attirer l'attention particulière des époux quant aux risques liés à cette qualification notamment vis-à-vis de l'article 265 du Code civil⁹⁶².

§ 1 : L'exclusion des biens professionnels : de la nécessité d'une indépendance contrôlée

593.Réticence. En présence d'époux mariés sous le régime de la communauté, toute entreprise créée au cours de l'union voit, en principe, sa valeur tomber en communauté. Il s'agit d'une application classique de la présomption de communauté de l'article 1402 du Code civil. Concernant les exploitations nécessitant un diplôme particulier, une autorisation particulière ou les droits de propriétés littéraire ou artistique, il conviendra de faire application de la théorie dite du « titre et de la finance »⁹⁶³. En conséquence, seule la valeur patrimoniale du fonds, ou de la clientèle, tombera en communauté. Cependant, en présence d'un patrimoine professionnel, les époux, comme les praticiens, ont souvent tendance à s'orienter de manière classique vers l'option pour un régime séparatiste. En ce sens, l'option pour un régime communautaire est souvent exclue de manière quasi-systématique par les époux comme par leur conseil. Cette réticence s'explique notamment par les défauts engendrés par les règles de cogestion applicables aux biens communs. Toutefois, il demeure possible d'aménager les règles inhérentes aux régimes de communauté afin de permettre d'exclure de la masse commune les biens outils de l'activité professionnelle. Du fait des facultés d'aménagements offertes aux époux, l'exclusion des régimes communautaires en présence de biens professionnels ne doit pas être un automatisme. Il convient d'informer les époux qui regretteraient celle-ci de l'existence de palliatifs à cette problématique.

594.Opportunités. En présence d'un patrimoine professionnel, l'époux entrepreneur peut craindre les conséquences d'un éventuel divorce. En effet, si le fonds ou la clientèle tombe en communauté, l'entrepreneur pourrait ne pas être en mesure de supporter le coût de l'attribution de son outil professionnel au jour du partage. Tel pourrait notamment être le cas

⁹⁶¹ Cass., 1^{ère} civ., 7 juillet 1971, n°69-14.760 : Bull. civ. 1, n° 230, p.193 ; D. 1972, 294.

⁹⁶² Notons toutefois que, le cas échéant, une telle qualification serait sans incidence sur l'efficacité de cette clause vis-à-vis d'un éventuel divorce. En effet, cet « avantage » prenant effet en cours d'union, il ne subirait pas la révocation de plein droit, prévue par l'article 265 C. civ., en cas de divorce.

⁹⁶³ V. *supra*, spéc. 205 et s.

si le patrimoine des époux ne comporte que peu de biens ou si l'outil professionnel a une valeur élevée par rapport au reste du patrimoine. Dans ces hypothèses, le conjoint entrepreneur risque alors de devoir verser une soulte importante à son futur ex-conjoint. Un tel coût sera souvent mal perçu par ce dernier qui se sera souvent beaucoup investi dans la valorisation de son outil professionnel. Cela pourrait, en outre, avoir des conséquences sur la pérennité de l'entreprise, notamment si l'époux attributaire n'est pas en mesure de régler un tel coût en vue de son attribution. Au-delà des problématiques liées à un éventuel partage, l'époux entrepreneur peut également rechercher une liberté de gestion de son entreprise qui ne lui serait pas offerte par la nature commune de ce bien. Ainsi, dans une recherche d'indépendance et de sécurité, les époux ont la faculté d'anticiper la création d'une entreprise, ou clientèle, et d'en prévoir contractuellement l'exclusion de leur communauté. Il pourra être opportun de préciser, *ab initio* ou en cours d'union, la nature propre de tels biens.

595. Possibilité d'exclusion. La Cour régulatrice a validé l'insertion dans le contrat de mariage d'une clause prévoyant que les biens professionnels de chacun des époux leur demeureront propres et ce, même s'ils sont acquis ou créés postérieurement à l'union⁹⁶⁴. Cette stipulation permettra de préserver la nature propre du fonds, ou de l'entreprise créée et d'éviter tout partage en cas de dissolution. Sur ce point, il convient de préciser qu'une telle clause ne pourrait être remise en cause par les époux au jour d'un éventuel divorce sur le fondement de l'article 265 du Code civil. En effet, la révocation de plein droit prévue par cet article ne concerne que les « *avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial* ». Or la clause d'exclusion prend effet au cours du mariage. Une telle clause pourrait être analysée comme un avantage matrimonial car elle permet à l'époux entrepreneur de conserver seul la propriété d'un bien qui, à défaut, aurait été commun. Toutefois, même si une telle qualification était retenue, les époux ne pourraient, cependant, pas user de celle-ci afin d'exclure les effets de cette clause au jour du divorce. En ce sens, la stipulation d'une clause d'exclusion des biens professionnels en régime de communauté semble désormais, compte tenu de la jurisprudence actuelle, plus protectrice que la clause d'exclusion des biens professionnels en régime de participation aux acquêts⁹⁶⁵.

⁹⁶⁴ Cass., 1^{ère} civ., 7 juillet 1971, n°69-14.760 : Bull. civ. 1971, I, n°230. En l'espèce, la Cour de cassation a validé la clause par laquelle les époux avaient stipulé dans leur contrat que « *si le futur époux, pharmacien non établi, exploitait une officine au cours du mariage, celui-ci lui appartiendrait en propre, à charge de tenir compte à la communauté de toutes les sommes par elle déboursées à l'occasion de l'office, de la valeur du mobilier, du matériel, des ouvrages repris, etc.* ».

⁹⁶⁵ V. *infra*, spéc. 592 et s.

596. Précisions rédactionnelles. Lorsque les époux souhaitent exclure de leur communauté l'outil professionnel de l'un d'eux, il apparaîtra nécessaire d'encadrer strictement cette exclusion. D'une part, il conviendra de s'attacher à prévoir les modalités des remboursements de toutes sommes « empruntées » à la communauté en vue de ladite acquisition ou du développement de l'activité⁹⁶⁶. En effet, cette exclusion aboutissant à priver le conjoint de la plus-value générée sur la valeur du patrimoine professionnel, celui-ci restant alors propre, il convient de s'assurer qu'elle n'aboutit pas à léser le conjoint et préserver, tout au moins *a minima*, ses intérêts. D'autre part, le notaire rédacteur devra également prendre soin de définir avec rigueur les éléments concernés par une telle exclusion. L'interrogation sur ce point est d'autant plus nécessaire que la jurisprudence a pu considérer que l'évolution d'une activité professionnelle pouvait aboutir à la substitution d'une clientèle commune à la clientèle initialement propre⁹⁶⁷ ou à la création d'une clientèle nouvelle commune distincte de la clientèle propre⁹⁶⁸. Il est essentiel d'anticiper *ab initio* le sort de ce patrimoine et de préciser les éléments visés par une telle clause. A ce titre, il conviendra, notamment, de s'intéresser aux instruments de l'outil professionnel comme aux accroissements et accessoires de celui-ci.

597. Les instruments. A défaut de clause contraire, en application de l'alinéa 2 de l'article 1404 du Code civil, les « *instruments de travail nécessaires à la profession de l'un des époux, à moins qu'ils ne soient l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté* » sont propres par nature. Ainsi, si l'entreprise ou le fonds est qualifié de bien propre, alors les instruments nécessaires à son exploitation seront également propres. *A contrario*, si le fonds ou l'entreprise est considéré comme commun alors les instruments supporteront une qualification identique. A ce titre, la seule exclusion du fonds ou de l'entreprise permet donc de faire suivre aux instruments nécessaires à leur exploitation la même qualification. Le notaire devra avertir les époux des conséquences d'une telle exclusion quant à ces biens. Il devra également leur préciser que cette qualification n'évince pas une éventuelle récompense s'ils sont financés au moyen de fonds communs.

598. Accroissement et accessions. Concernant les accroissement et valeurs nouvelles liées à l'exploitation du fonds, il y a lieu de faire application de la théorie de l'accroissement. En effet, l'article 1406 du Code civil dispose que « *forment des propres, sauf récompenses s'il y a lieu, les biens acquis à titre d'accessoires d'un bien propre ainsi que les valeurs nouvelles*

⁹⁶⁶ Notamment par l'acquisition de matériel, mobilier, ouvrage, licence ou tout accessoire dudit fonds.

⁹⁶⁷ Cass., 1^{ère} civ., 17 décembre 1996, n°94-21.989 : Bull. civ. 1996, I, n°452 ; D. 1997, jurispr. p. 547, n. R. LE GUIDEDEC ; JCP G 1997, I, 4047, obs. Ph. SIMLER ; RTD civ. 1998, p. 451, obs. B. VAREILLE.

⁹⁶⁸ Cass. 1^{ère} civ., 2 mai 1990, n°87-18.040 : JCP N 1990, II, p. 161, obs. Ph. SIMLER.

et autres accroissements se rattachant à des valeurs mobilières propres ». En application de cette théorie, les améliorations procurées au fonds ainsi que les éléments nouveaux acquis en vue d'une affectation audit fonds forment des propres à la condition d'établir un lien de dépendance économique entre eux. Cette théorie a vocation à s'appliquer de manière très large puisqu'elle vise « *les valeurs nouvelles et autres accroissement* ». En pratique, elle entraîne un certain nombre de situations complexes et incertaines. Tel est, par exemple, le cas des branches nouvelles d'activité ou de la diversification de l'entreprise. Ces deux situations bien qu'entrant dans le champ d'application de l'article 1406 ont pu générer un certain nombre de contentieux. La tendance jurisprudentielle actuelle tend à considérer que l'élément essentiel de la qualification est la notion de clientèle⁹⁶⁹. Il convient de rechercher, outre la volonté du chef d'entreprise, le caractère accessoire au fonds principal du bien acquis. Afin d'éviter tout litige et toute incertitude sur ce point, le notaire devra donc s'attacher à définir au sein de la clause de stipulation de propre l'ensemble des éléments concernés et notamment, viser expressément les branches nouvelles d'activité ainsi que les clientèles nouvellement acquises ou créées. Une telle stipulation aura un impact prépondérant même en présence d'un fonds propre par origine comme étant détenu par l'époux avant le mariage. Il conviendra d'encourager l'ensemble des époux professionnels souhaitant opter pour un régime de communauté à stipuler une telle clause afin d'éviter tout litige postérieur qui pourrait survenir à la suite de la modification, du développement ou de l'évolution de leur exploitation.

§ 2 : L'opportunité d'une éviction ponctuelle

599. Une exclusion ponctuelle. Les biens professionnels sont souvent au centre des interrogations des époux. Toutefois, parallèlement à ces cas d'exclusion, il est parfois opportun pour le couple d'exclure un bien déterminé ou de régler le sort d'une construction ou d'une acquisition afin d'éviter tout contentieux postérieur. Tel pourra notamment être le cas pour une construction édifiée sur des terrains à la fois communs et propres. Or, la construction ainsi édifiée ne peut avoir la double qualification de propre et de commune. Il serait alors possible de régler contractuellement le sort du bien en cas de partage, tout en prévoyant parallèlement si cette qualification est faite avec ou sans charge de récompense. Dans le même sens, la jurisprudence a pu être amenée à valider une clause prévoyant la qualification

⁹⁶⁹ Cass., 1^{ère} civ., 17 décembre 1996, n°94-21.989, op. cit. – Cass., 1^{ère} civ., 10 mai 2007, n° 06-12.843 : Bull. 2007, I, n° 170.

de propre quant à un bien contigu à un propre de l'un des époux acquis par les époux⁹⁷⁰. En ce sens, la 2^{ème} Commission⁹⁷¹ du 106^{ème} Congrès des notaires de France de 2010⁹⁷² a proposé de manière opportune l'insertion dans le contrat de mariage de la clause suivante :

« Stipulation de propre ayant pour objet l'assiette d'un terrain commun contigu à un terrain propre : Constituera un bien propre à chacun des époux tout terrain susceptible d'être acquis à titre onéreux, pendant la durée de l'union dès lors que celui-ci jouxtera ou complètera l'unité foncière que constitue la propriété lui appartenant préalablement en propre pour l'avoir recueillie ou acquise à titre gratuit ou pour le posséder avant la célébration de l'union. »⁹⁷³

600. Une pluralité de solutions. S'il est fréquent que les époux entendent exclure un bien déterminé de leur masse commune, il est plus rare qu'ils souhaitent d'eux même exclure une catégorie de bien de celle-ci. En effet, la première hypothèse repose souvent sur la volonté d'un époux de conserver un bien déterminé dans son patrimoine propre dans une volonté de protection de son patrimoine. Or, la seconde hypothèse peut sembler plus abstraite en présence d'époux non juristes. Toutefois, si cette solution est moins intuitive pour les époux, elle n'en connaît pas moins un certain nombre d'opportunités. Deux utilisations sont notamment à mettre en lumière : la clause de séparation des dettes (A) et l'exclusion de la masse commune des fruits et revenus des biens propres (B). Ces deux hypothèses apparaissent comme des palliatifs efficaces aux risques d'une trop large fusion patrimoniale.

A. De l'opportunité de l'éviction ponctuelle d'un passif

601. Une opportunité limitée. S'il est possible de restreindre la fusion patrimoniale par la limitation de l'entrée en communauté de certains actifs, cette limitation peut également concerner la mise en commun de certains passifs. Toutefois, il convient de préciser que cette limitation ne peut viser sans distinction toute dette qui pourrait grever la communauté. En effet, l'article 220 du Code civil pose, comme principe d'ordre public, une solidarité des époux concernant les dettes du ménage et de l'éducation des enfants, même non contractuelles. Cette solidarité, incluse dans le régime primaire, s'applique automatiquement à tous les époux quel que soit le régime matrimonial choisi. Elle ne peut être ni exclue, ni aménagée par un contrat

⁹⁷⁰ CA Nîmes, 15 mars 2001 : JurisData n° 2001-146306.

⁹⁷¹ Commission « Investir » présidée par Me J.-B. DASSY, Notaire à Bayonne.

⁹⁷² 106^{ème} Congrès des notaires de France, 2010, op. cit., p.454.

⁹⁷³ Il paraît toutefois opportun, quant à cette proposition, d'ajouter une précision quant à la validité d'une éventuelle récompense qui pourrait être due à la communauté au titre du financement de ladite acquisition au moyen de fonds communs afin d'éviter toute contestation sur ce point au jour de la dissolution du couple.

mais connaît des exceptions quant aux dépenses manifestement excessives, aux achats à tempérament et aux emprunts. Un moyen existe toutefois pour faire échec à l'action des créanciers de ce type de créances quant au patrimoine professionnel. En effet, la loi du 15 juin 2010⁹⁷⁴ a permis à l'entrepreneur individuel de scinder son patrimoine personnel et son patrimoine professionnel par le jeu d'un patrimoine d'affectation. Cette création résulte d'une déclaration d'affectation auprès du Centre des Formalités des Entreprises (CFE) dont dépend l'entrepreneur en fonction de la nature de son activité. Elle permet d'offrir à l'entrepreneur individuel une responsabilité limitée à son patrimoine d'affectation. Il convient sur ce point de préciser que chaque patrimoine ainsi créé peut comprendre à la fois des biens communs et des biens propres⁹⁷⁵. Les créanciers professionnels ou personnels auront en conséquence pour seul gage le patrimoine qui leur est « affecté »⁹⁷⁶. Cette protection n'est toutefois opposable qu'aux créanciers postérieurs à la déclaration.

602.Solutions. Exception faite de la solidarité prévue par l'article 220 du Code civil susvisé, les époux conservent la faculté d'exclure certains passifs déterminés de leur fusion patrimoniale. Cette restriction peut se traduire par l'insertion dans le contrat de mariage d'une clause d'apport franc et quitte (1) comme d'une clause de séparation des dettes (2).

1. La clause d'apport franc et quitte, une solution ancienne

603.Origine. La clause « d'apport franc et quitte » est une clause ancienne, peu usitée de nos jours, mais qui peut toutefois connaître une utilité dans certaines hypothèses. Cette clause est intrinsèquement liée à l'apport réalisé par l'un des époux et ne peut être stipulée en dehors d'un tel apport. Elle se traduit, en pratique, par une déclaration réalisée par le conjoint apporteur dudit bien que l'apport ainsi réalisé est « franc et quitte ». Cela signifie qu'il n'est grevé d'aucune dette, ni d'aucune charge. En application d'une telle clause, si le bien apporté se trouvait grevé d'un passif, quelle qu'en soit la nature, le conjoint apporteur devrait alors indemniser la communauté non seulement du montant qu'elle a acquitté en ses lieux et place mais également des intérêts et de tout préjudice lié à ce règlement sur le fondement du remboursement des récompenses dues par l'époux à la communauté. Cette déclaration est sans

⁹⁷⁴ L. n°2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (JORF n°0137 du 16 juin 2010) ; complétée par l'ordonnance n°2010-1512 du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée .

⁹⁷⁵ Art. L. 526-11 C. com.

⁹⁷⁶ Art. L.526-12 C. com.

effet à l'égard des créanciers qui peuvent toujours poursuivre le remboursement de leur créance sur le bien s'ils bénéficient sur celui-ci d'une garantie réelle.

604.Opportunités. Une telle solution connaissait un attrait beaucoup plus important en présence d'une communauté de meubles et acquêts puisqu'elle permettait d'exclure de la mise en commun, un passif présent qui n'aurait pas été indiqué au sein du contrat de mariage. Elle connaît d'ailleurs, à ce titre, toujours une utilité face à des époux qui souhaiteraient s'orienter vers ce régime sans risquer d'engager leur patrimoine à l'égard de créances de leur conjoint dont ils n'auraient pas connaissance. En ce sens, les époux ayant choisi d'opter un tel régime devront être encouragés à stipuler une telle clause afin d'éviter tout risque quant à une méconnaissance des passifs liés aux biens meubles mis en communauté. Concernant l'ensemble des autres régimes de communauté, une telle clause pourrait être stipulée afin de garantir l'époux non-apporteur de tout risque vis-à-vis d'un passif éventuel lié à l'actif apporté par son conjoint. Il convient toutefois de souligner qu'elle n'aura que peu d'opportunités si le bien apporté constitue le seul actif propre de l'époux apporteur puisqu'il ne serait pas alors en mesure de régler sur ses biens propres les passifs éventuellement dus. En outre, en présence d'un apport d'un bien immobilier, le notaire ne peut se passer de l'obtention d'un état hypothécaire relatif audit bien avant toute régularisation d'un acte contenant l'apport d'un bien immobilier. Il sera donc, par conséquent, obligatoirement informé de l'ensemble des garanties réelles pouvant grever le ou les biens ainsi apportés et devra impérativement en informer les époux. La stipulation d'une clause d'apport franc et quitte aura principalement vocation à s'appliquer en présence de l'apport d'un bien meuble.

2. La clause de séparation des dettes

605.Principe. Il est possible de stipuler dans le contrat de mariage que, si l'actif fait l'objet d'une mise en commun, le passif quant à lui reste propre à chacun des époux. Cette clause ne peut avoir pour objet qu'une communauté élargie puisqu'elle a pour but de limiter la mise en commun au seul aspect actif du bien et non aux passifs qui pourraient lui être liés. Cela peut permettre de gratifier la communauté d'un bien, meuble ou immeuble, sans lui faire supporter le poids du passif afférent à ce bien. Elle permet ainsi de déroger au principe « *Ubi emolumentum, ibi et onus esse debet* »⁹⁷⁷. Cette dérogation ne vaut cependant que dans les rapports entre époux. En effet, en application de l'article 1501 du Code civil, « *La répartition du passif antérieur au mariage ou grevant les successions et libéralités ne peut préjudicier*

⁹⁷⁷ Adage selon lequel « *là où est l'avantage, là où doit être la charge* ».

aux créanciers. Ils conservent, dans tous les cas, le droit de saisir les biens qui formaient auparavant leur gage. Ils peuvent même poursuivre leur paiement sur l'ensemble de la communauté lorsque le mobilier de leur débiteur a été confondu dans le patrimoine commun et ne peut plus être identifié selon les règles de l'article 1402 ».

606.L'intérêt de l'exclusion. La stipulation d'une telle clause connaissait une opportunité plus importante dans l'ancien régime légal puisqu'elle permettait aux époux d'exclure de la communauté un passif « présent » ou « futur » lié à un bien mis en communauté par le jeu de la mise en commun des meubles et ainsi de préserver celle-ci. Actuellement, elle conserve son intérêt notamment en présence d'une clause de reprise des apports, aussi appelée clause « alsacienne »⁹⁷⁸. En effet, en présence d'une telle clause qui prévoit la reprise des propres en cas de divorce, le bien objet de cette reprise sera réputé propre à l'époux. Ainsi, toute dépense réalisée sur celui-ci, exception faite des dépenses usufruituaires, aboutira à générer le règlement d'une récompense. La stipulation d'une clause de séparation des dettes permettra de qualifier de propre ces dettes et, par ce biais, d'éteindre tout doute à ce sujet.

607.Une clause aménageable. Si ces solutions peuvent paraître opportunes, il convient toutefois de les encadrer de manière à éviter que le conjoint apporteur soit doublement sanctionné. Il pourra être judicieux d'ajouter une clause alternative selon la cause de dissolution du régime. Cette clause aurait ainsi pour objet de prévoir qu'en cas de dissolution par décès, la clause de séparation des dettes n'aura pas à s'appliquer afin de préserver l'équité des parties. *A contrario*, cette clause prévoirait qu'en cas de dissolution par divorce, cette clause, jointe à une clause de reprise des propres, aura vocation à s'appliquer. Par l'application combinée de ces clauses au jour du divorce, le bien devenu commun retrouvera sa qualité de propre et les dettes liées à ce bien lui incomberont en intégralité et de manière définitive.

608.Opportunités pratiques. Bien que cette clause connaisse des avantages, elle n'est pas exempte de tout défaut. En effet, le défaut principal de l'insertion d'une telle clause est l'absence de connaissance des époux de la cause de dissolution de leur union à l'aube de celle-ci. Par l'application de cette clause, en cas de dissolution par décès, il conviendra d'établir un compte de récompenses au profit du conjoint qui a réglé seul ce passif, sauf à prévoir dans la

⁹⁷⁸ V. *infra*, spéc. 613 et s.

clause que ce règlement sera réalisé sans charge de récompense⁹⁷⁹. *A contrario*, en cas de décès, le bien et la créance recevant la même qualification, il n'y aura pas de récompense à établir. Il convient, toutefois, de réserver sur ce point l'hypothèse où malgré cette clause la communauté aurait réglé les dettes liées à ce bien. Dans ce cas, la communauté sera créancière d'une récompense. Or, il est incontestable que l'établissement des comptes de récompenses est souvent, si ce n'est toujours, plus contentieux en cas de divorce qu'en cas de décès de l'un des époux. Ainsi l'absence de connaissance du devenir du couple peut limiter l'attrait d'une telle clause.

B. L'exclusion des fruits et revenus des biens propres

609. Qualification et conséquences. Les fruits et revenus des biens propres ne sont pas expressément visés comme étant des biens à caractère commun dans le Code civil. En effet, l'article 1401 fait tomber en communauté les acquêts faits au moyen « *des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres* » et non les fruits et revenus eux-mêmes. L'article 1403 quant à lui prévoit que « *La communauté n'a droit qu'aux fruits perçus et non consommés* ». La portée de ces articles quant à la qualification de ces fruits et revenus a longtemps fait l'objet d'un débat doctrinal⁹⁸⁰. La jurisprudence admet désormais que ces fruits et revenus des propres ont la nature de biens communs à partir du jour de leur perception. Cette solution est la conclusion d'une véritable saga jurisprudentielle⁹⁸¹.

610. Faculté. La qualification de propres de cette catégorie de revenus est fréquemment la cause de l'option des époux pour un régime séparatiste. Toutefois, il apparaît opportun de leur rappeler que cette mise en communauté paraît aménageable. En effet, en régime de communauté, il convient de distinguer deux types de revenus : les gains et salaires d'une part, et les fruits et revenus des propres, d'autre part. Les « gains et salaires » désignent « *les revenus professionnels des époux quelles qu'en soient la source ou la nature* »⁹⁸². La doctrine comme la jurisprudence considèrent qu'il s'agit d'« *acquêts de source* » qui ne peuvent être exclus de la mise en commun. A défaut, cela reviendrait à priver la communauté de son essence même et il conviendrait alors d'orienter les époux qui souhaiteraient agir ainsi vers un régime séparatiste. *A contrario*, la mise en commun des fruits et revenus des propres

⁹⁷⁹ Une telle stipulation pourrait aboutir à léser l'époux apporteur et ne semble donc pas opportune.

⁹⁸⁰ V. notamment : A. COLOMER, *Régimes matrimoniaux*, 5^e éd., n° 606 et S. et G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, 6^e éd., op. cit., p. 316 et s. et 333 et s.

⁹⁸¹ V. *supra*, spéc. 205 et s.

⁹⁸² F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 6^e éd., p.93.

doit être considérée de manière différente. Compte tenu des positions jurisprudentielles et doctrinales, il semble tout à fait envisageable de déroger au principe de leur mise en communauté. En ce sens, Messieurs Frédéric Lucet et Bernard Vareille considèrent que « *les gains et salaires sont des biens communs par nature, les revenus des biens propres sont des biens communs par destination* »⁹⁸³. Du fait de cette différence de nature, la solution applicable à chacun de ces biens diffère. Comme le soulignait à juste titre le Professeur Bernard Vareille, « *il y a sans doute à inventer une communauté conventionnelle restreinte, excluant explicitement une fois pour tous les revenus des propres* »⁹⁸⁴. Cette invention incombe au notaire qui sera confronté aux situations pouvant nécessiter une telle exclusion.

611.Opportunité. Il semble ainsi possible de stipuler au sein du contrat de mariage une limitation de la mise à communauté à la seule industrie personnelle et professionnelle des époux à l'exception des fruits et revenus des biens propres. Cette solution pourra être particulièrement opportune en présence de biens propres insalubres nécessitant des travaux. A défaut de mise en commun, l'époux propriétaire serait redevable d'une récompense si les travaux importants étaient financés par des fonds communs, et ce même si ces fonds étaient issus des revenus dudit bien⁹⁸⁵. En effet, la problématique liée au constat d'une récompense sera principalement liée au financement des travaux et non à leur réalisation. La Cour de cassation estime, sur ce point, que la plus-value procurée par l'activité ou l'industrie d'un époux ayant réalisé lui-même certains travaux sur un bien qui lui est propre ne donne pas lieu à récompense au profit de la communauté⁹⁸⁶. Il en va d'ailleurs de même si les travaux ont été réalisés sur un bien propre de son conjoint⁹⁸⁷.

612.Rédaction. En présence d'époux ayant un patrimoine propre à usage locatif pouvant nécessiter des travaux importants ou pour lequel l'époux propriétaire envisage des améliorations, le notaire pourra orienter les époux vers la stipulation d'une clause d'exclusion des fruits et revenus des propres. Une telle solution permettra alors d'éviter tout conflit au titre d'une éventuelle récompense due à l'emploi des loyers pour la réalisation de ces travaux. Toutefois, pour que cette clause d'exclusion trouve son entière efficacité, il conviendra que

⁹⁸³ F. LUCET et B. VAREILLE, obs. RTD civ. 1993, op. cit.

⁹⁸⁴ B. VAREILLE, RTD civ. 2007, p. 618, op. cit.

⁹⁸⁵ Cass., 1^{ère} civ., 20 février 2007, op. cit.

⁹⁸⁶ Cass., 1^{ère} Civ., 18 mai 1994, n°92-14.747 : Bull. 1994, I, n° 172 ; D. 1995. Somm. 43, obs. M. GRIMALDI ; Defrénois 1995, 442, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP 1995, I, 3821, n°19, obs. Ph. SIMLER ; RTD civ. 1994. 930, obs. B. VAREILLE – Solution réitérée : Cass., 1^{ère} civ., 28 février 2006, n°03-11.767 : Bull. 2006, I, n°106 ; AJ. Fam. 2006, 293, obs. P. HILT ; D. 2006, 2066, obs. V. BREMONT ; RTD civ. 2006, 364, obs. B. VAREILLE.

⁹⁸⁷ Cass., 1^{ère} civ., 29 mai 2013, n°11-25.444 : Bull. 2013, I, n° 114 ; Dr. Fam. 2013, n°119, n. B. BEIGNIER.

l'époux bénéficiaire de celle-ci soit en mesure de prouver la traçabilité de ses fonds. Il a pu être proposé dans ce but d'établir un « *acte de dépôt régulier au rang des minutes d'un notaire contenant les pièces justificatives de ces flux et emplois* »⁹⁸⁸. Ainsi, une telle clause ne sera réellement protectrice de l'époux propriétaire que si, et seulement si, celui-ci s'attache à assurer le suivi des fonds ainsi employés. L'efficacité de l'anticipation est avant tout liée au comportement des époux eux-mêmes.

⁹⁸⁸ 106^{ème} Congrès des Notaires de France, 2010, op. cit., p.764

Section 3 : Les clauses de prélèvements propres aux régimes de communauté

613.**Diversité.** Au jour de la désunion, le partage des biens du couple peut parfois aboutir à des situations complexes ou mal vécues. Tel pourra notamment être le cas lorsque l'un des époux aura mis en commun un bien lui appartenant initialement en propre ou que sera commun l'outil de son exercice professionnel. Le partage pourrait alors avoir pour conséquence l'attribution à l'autre conjoint dudit bien. Afin d'anticiper ces situations et de prévenir les complications au jour de la désunion, il est possible de stipuler des clauses de prélèvement ou d'attribution préférentielle. Parmi celles-ci, certaines sont quasi-exclusivement réservées à la dissolution par décès. D'autres, au contraire, ont pour but l'anticipation du divorce. A ce titre, le notaire devra orienter les époux afin de leur permettre d'inclure au sein de leur contrat de mariage les clauses les mieux adaptées à leur situation particulière et à la consistance de leurs patrimoines respectifs. Ainsi, en présence d'apport réalisé par l'un des époux à la communauté, il pourra être opportun de stipuler une clause de reprise des apports, dite « clause alsacienne ». La popularité de ces clauses justifie leur analyse distincte (§1). D'autres clauses peuvent également être stipulées afin de permettre à l'un ou l'autre des époux de prélever, ou de se voir attribuer, un ou plusieurs biens communs (§2).

§1 : La clause dite « alsacienne », une solution classique et opportune

614.**Une anticipation nécessaire.** La réalisation par l'un des époux d'un apport à la communauté, ou à une société d'acquêts, est une opération relativement fréquente. L'importance pratique de tels aménagements ne peut être mise en doute. Toutefois, compte tenu des conséquences qu'ils entraînent, il apparaît essentiel d'anticiper celles-ci dès la rédaction du contrat de mariage. Si l'idée de l'apport d'un bien peut sembler particulièrement opportune à l'aube de l'union, il est fréquent qu'elle devienne un élément de contentieux en cas de séparation. Il est alors impératif de s'attacher à rédiger une clause d'apport qui prévoit et anticipe la dissolution de l'union et ce, qu'elle qu'en soit la cause. Tel est l'objet de la clause de reprise des biens propres, dite « clause alsacienne »⁹⁸⁹. Cette clause consiste à prévoir qu'en cas de dissolution, pour une cause autre que le décès, chacun pourra reprendre les biens apportés par lui à la communauté ou à la société d'acquêts, voire concernant les époux mariés sous le régime de la communauté universelle, les biens qu'ils ont reçus par donation ou

⁹⁸⁹ Cette appellation est liée à la fréquence de son utilisation dans ce département.

succession au cours de l'union. La validité d'une telle clause a longtemps été contestée avant de connaître une consécration légale (A), elle est aujourd'hui un outil précieux en vue de l'anticipation de la dissolution de l'union (B).

A. D'une solution contestée à une solution consacrée

615. Le principe d'immutabilité. La doctrine et la jurisprudence se sont longtemps interrogées sur la validité d'une telle clause au regard du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales. Une partie des juges et de la doctrine considérait, en effet, qu'une telle stipulation portait atteinte à ce principe comme introduisant un régime matrimonial alternatif⁹⁹⁰. *A contrario*, un autre pendant de la doctrine et de la jurisprudence la considérait comme valable sur le fondement de la liberté des conventions matrimoniales⁹⁹¹. En ce sens, la Cour d'appel de Colmar a notamment pu préciser que « *même si elle ne correspond à aucun des modèles proposés par le Code civil, la clause de reprise n'en est pas moins valable dès lors qu'elle ne se heurte pas aux restrictions apportées par le Code à la liberté des conventions matrimoniales, érigée en principe* »⁹⁹². Cette incertitude aboutissait alors à des solutions jurisprudentielles souvent contradictoires et, par suite, à une insécurité juridique certaine. La Cour de cassation n'avait alors tranché que sur le fait que cette clause ne devait pas être analysée comme un avantage matrimonial⁹⁹³ dans une décision prise sous l'empire du droit antérieur à la loi de 2004⁹⁹⁴.

616. Enjeu historique. Antérieurement à la loi du 26 mai 2004, l'enjeu de cette qualification avait un impact primordial. En effet, en application de l'ancien article 267 du Code civil, lorsque le divorce était prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, celui-ci perdait, de plein droit, tous les bénéfices des donations et tous les avantages matrimoniaux que son conjoint lui avait consentis lors du mariage ou au cours de celui-ci, tandis que l'autre époux non-fautif les conservait. L'époux demandeur tentait, dans l'arrêt du 16 juin 1992, de faire valoir cette qualification afin d'obtenir la révocation de cet avantage matrimonial et le

⁹⁹⁰ V. en ce sens : TGI Strasbourg, 17 septembre 1987 : JCP N 1989, II, p. 109, n. Ph. SIMLER.

⁹⁹¹ V. en ce sens : CA Colmar, 20 juin 1990, *M. Sofio c/ Mme Sofio* : JCP N 1991, n°4, 25 janvier 1991, art. 100072, n. Ph. SIMLER ; RTD civ. 1993, 187, obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

⁹⁹² CA Colmar, 16 mai 1990, *M. Heitz c/ Mme Geist* : JurisData n°1990-603098, ; JCP N 1991, II, p.17, n. Ph. SIMLER ; RTD civ. 1992, p.171, obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

⁹⁹³ Cass., 1^{ère} civ., 16 juin 1992, n°91-10.321 : Bull. 1992, I, n°181, p. 123 ; JurisData n°1992-001328 ; D. 1993, somm. p.220, obs. M. GRIMALDI ; RTD civ. 1993, p. 187, obs. F. LUCET et B. VAREILLE – Cass., 1^{ère} civ., 17 novembre 2010, n°09-68.292 : Bull. 2010, I, n° 235 ; JurisData n°2010-021324 ; Dr. Fam. 2011, comm. 21, n. B. BEIGNIER ; Defrénois 2011, art. 39206, p. 390, n°11, obs. G. CHAMPENOIS.

⁹⁹⁴ L. n°2004-439, du 26 mai 2004, relative au divorce (JORF n°122 du 27 mai 2004).

maintien en communauté des biens apportés par son épouse, aux torts de laquelle le divorce était prononcé. En tranchant le fait que cette clause ne devait pas être analysée comme un avantage matrimonial, la Cour de cassation répondait donc davantage à une problématique liée au sort de ladite clause en cas de divorce qu'à sa validité.

617.L'article 265 du Code civil. A la suite de la promulgation de la loi du 26 mai 2004 et à la nouvelle rédaction de l'article 265 du Code civil, une nouvelle controverse est née. En effet, cet article prévoyait, dans sa rédaction initiale, que « *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* ». Certains auteurs, parmi lesquels Monsieur François Sauvage⁹⁹⁵ et Madame Joëlle Vassaux⁹⁹⁶, ont vu dans cette rédaction la volonté du législateur de contester la validité de cette clause qui prend ses effets au cours du mariage. Selon leur raisonnement, elle était incompatible avec le maintien des avantages matrimoniaux prenant effet au cours du mariage puisqu'elle permettait aux époux de reprendre les biens qu'ils avaient apportés à la communauté. Un autre courant doctrinal, dont faisaient partie Messieurs Philippe Simler⁹⁹⁷ et Jean-François Pillebout⁹⁹⁸, retenait la validité de cette clause en niant la qualification d'avantage matrimonial. Ces auteurs considéraient qu'elle avait vocation à faire obstacle à la réalisation de tout avantage matrimonial en cas de divorce. Selon Monsieur Gérard Champenois, « *la clause litigieuse n'était pas un avantage matrimonial mais son contraire puisqu'elle opère un retour au droit commun* »⁹⁹⁹. Par conséquent, l'article 265 du Code civil n'avait pas à s'y appliquer. Dans le même sens, mais sur un autre fondement, un certain nombre d'auteurs considéraient que l'article 265 n'avait pas un caractère impératif et pouvait faire l'objet d'un aménagement sur le fondement de la liberté des conventions¹⁰⁰⁰.

618.Une consécration jurisprudentielle contestable. La Cour de cassation s'est prononcée sans ambiguïté en faveur de la licéité de cette clause dans un premier arrêt en date du 17 janvier 2006¹⁰⁰¹. Aux termes de celui-ci, elle a clairement énoncé que « *la clause de*

⁹⁹⁵ F. SAUVAGE « Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux », Defrénois 2004, art. 38038.

⁹⁹⁶ J. VASSAUX, « Les incidences de la réforme du divorce sur le rôle du notaire », D&P, février 2004, p. 26.

⁹⁹⁷ Ph. SIMLER, « La validité de la clause de liquidation alternative de la communauté universelle menacée par le nouvel article 265 du Code civil », JCP N 2005, 1264.

⁹⁹⁸ J.-F. PILLEBOUT, « Les clauses de contrat de mariage et réversion d'usufruit ou de rente viagère après la réforme du divorce », JCP N 2005, 1246.

⁹⁹⁹ Defrénois 2011, art. 39206, p.390, n°11, obs. G. CHAMPENOIS.

¹⁰⁰⁰ V. notamment en ce sens : J. COMBRET, « Les aspects patrimoniaux de la réforme », RLDC, Octobre 2004, p. 54.

¹⁰⁰¹ Cass., 1^{ère} civ., 17 janvier 2006, n°02-18.794 : NP ; JurisData n°2006-031702 ; JCP G 2006, I, 141, n°20, obs. A. TISSERAND-MARTIN.

reprise des apports stipulée à la convention régissant le régime matrimonial des époux, en cas de dissolution de leur communauté pour une autre cause que le décès de l'un d'entre eux, constituait une modalité de partage de celle-ci, compatible avec le principe d'immutabilité du régime matrimonial ». Par cette formulation claire, les juges de la Haute juridiction ont mis fin aux contestations et aux incertitudes liées à la compatibilité d'une telle clause avec le principe d'immutabilité. Toutefois, bien qu'ayant validé la licéité de cette clause, la Haute Juridiction a constaté son inapplicabilité au cas d'espèce. Elle a, en effet, considéré qu'une telle clause ne pouvait faire échec aux dispositions de l'ancien article 269 du Code civil. Cet article disposait que « *Quand le divorce est prononcé en raison de la rupture de la vie commune, celui qui a pris l'initiative du divorce perd de plein droit les donations et avantages que son conjoint lui avait consentis. L'autre époux conserve les siens.* ». Considérant que l'apport à la communauté constituait un droit consenti à son conjoint, elle en a déduit qu'une clause de reprise s'avérait inapplicable dès lors qu'elle se heurtait à ces dispositions¹⁰⁰². Ainsi, bien que reconnue comme licite, cette clause se voyait écartée concernant l'époux ayant pris l'initiative du divorce. Son opportunité était douteuse, tant l'incertitude était grande quant à la possibilité de la mettre en œuvre au jour de la désunion. Cette consécration restait donc à parfaire.

619. Une consécration légale. Afin d'éviter toute contestation et de trancher de manière définitive le débat relatif à la validité de la clause de reprise des apports, la loi du 23 juin 2006¹⁰⁰³ est venue compléter la rédaction de l'article 265 du Code civil en y ajoutant un troisième alinéa énonçant « *Toutefois, si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté.* ». Ce faisant, le législateur a mis fin, de manière opportune, à un débat doctrinal qui n'avait que trop duré en validant définitivement cette clause et son efficacité. Il est désormais acquis que les époux peuvent ainsi contourner l'irrévocabilité des avantages matrimoniaux prenant effet au cours de l'union. Cette confirmation attendue marque une fois de plus l'évolution vers une contractualisation du mariage. Elle peut également laisser transparaître une prédominance sur ce point du droit des régimes matrimoniaux vis-à-vis du droit du divorce.

¹⁰⁰² V. en ce sens : V. M.-F. SALLE, « La communauté universelle et la clause de « reprise en nature » des biens tombés en communauté », D. 1994, chron. p.34.

¹⁰⁰³ L. n°2006-728 du 23 juin 2006, op. cit.

B. Une solution opportune et essentielle

620. Une anticipation opportune. La stipulation d'une clause « alsacienne » peut être adjointe à une clause d'apport en communauté ou à société d'acquêts. Toutefois, elle ne devrait pas être insérée de manière systématique. Une analyse préalable s'impose. En effet, dans certaines hypothèses, elle pourrait engendrer un contentieux supplémentaire. Tel pourrait être le cas, lorsque l'apport porte sur un terrain ayant vocation à supporter la construction du logement de la famille. Il pourra alors être considéré que ce bien sera destiné à demeurer « commun » en cas de divorce afin d'éviter de générer des conflits quant aux récompenses liées à la construction. Dans la majorité des cas, elle demeurera particulièrement opportune car elle permet à l'époux qui entend apporter un bien propre à la communauté, ou un bien personnel à la société d'acquêts, de s'assurer du devenir de celui-ci en cas de divorce. Cette faculté est un élément protecteur qui permet d'encourager les mises en commun. En effet, il est psychologiquement plus aisé de se dessaisir d'un bien en sachant que cette dépossession n'aurait pas d'effet si l'union venait à échouer. Cette clause aura des conséquences pratiques importantes puisqu'elle aboutira à changer la qualification d'un bien en dehors de toute procédure de changement de régime matrimonial. Ainsi en cas de reprise stipulée dans le contrat de mariage, le bien sera considéré comme étant « resté un bien propre ». Par conséquent, la communauté, ou la société d'acquêts, peut se trouver créancière d'une récompense en raison des travaux et impenses dont elle a assuré la charge sur ledit bien¹⁰⁰⁴.

621. Une anticipation aménageable. Il paraît opportun de stipuler, dans un souci d'anticipation de l'ensemble des hypothèses, que cette clause aura également vocation à s'appliquer en cas de décès survenant en cours d'instance de divorce. En effet, malgré l'accélération des procédures divorce, il existe encore de nombreux cas où la procédure peut s'éterniser. Or, tant que le divorce n'a pas acquis date certaine et force de chose jugée, les époux conservent les droits de tout conjoint. Ils demeurent donc héritiers l'un de l'autre¹⁰⁰⁵ et bénéficient de toutes les clauses stipulées dans le contrat de mariage. De ce fait, il apparaît nécessaire d'anticiper également cette situation. En pratique, la procédure de divorce est considérée comme ayant débuté selon des indices différents en fonction du type de divorce choisi par les époux. Dans cette volonté d'anticipation, une inconnue demeure face à la

¹⁰⁰⁴ Cass., 1^{ère} civ., 16 juin 1992, n°91-10.321 : Bull. civ. 1992, I, n° 181, p. 123 ; D. 1993, somm. 220, obs. M. GRIMALDI ; JCP 1993, II, 22108, 1^{ère} esp., n. Ph. SIMLER ; RTD civ. 1993, 187, obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

¹⁰⁰⁵ Sur ce point, il paraît essentiel de conseiller aux époux d'établir un testament afin de priver le conjoint de ses droits légaux en cas de décès survenant en cours d'instance.

nouvelle procédure du divorce par consentement mutuel sans juge. En présence d'une procédure contentieuse, deux visions pouvaient être proposées avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars 2019¹⁰⁰⁶. D'une part, il était possible de considérer que le divorce commençait à compter de la requête en divorce présentée par l'avocat de l'un des époux¹⁰⁰⁷. D'autre part, dans une vision plus procédurale, il était possible de retenir la date de l'ordonnance de non conciliation (ONC) comme date de départ de l'instance. Sur ce point, la loi du 23 mars 2019 est venue clore l'opportunité de cette interrogation. En effet, depuis le 1^{er} janvier 2020, la procédure de divorce s'est vue profondément modifiée : suppression de la pré-instance et, par conséquent, de l'ordonnance de non-conciliation, et assignation dès le début de la procédure. Ainsi, le début de la procédure est désormais clairement identifiable au jour de l'assignation en divorce.

622. Le divorce par consentement mutuel. Le cas du divorce par consentement mutuel sans juge pose lui davantage de problème. Il convient de s'interroger sur l'élément déterminant du début de la procédure de divorce dans ce type de divorce qui se réalise sans aucune saisine du juge. Par le jeu de l'article 229-1 du Code civil, créé par la loi du 18 novembre 2016¹⁰⁰⁸, il est désormais possible, « *lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets* », de constater cet accord dans un acte sous signature privée contresigné par avocats. Dans cette procédure, seul le dépôt au rang des minutes d'un notaire¹⁰⁰⁹ confère la date certaine et la force exécutoire¹⁰¹⁰. Or, il est complexe de déterminer dans ce cadre le début de l'« instance ». Devrait-on considérer que la seule rencontre d'un avocat en vue d'établir une convention suffit à lancer cette procédure de divorce ? Une telle vision semble trop large puisqu'il est fréquent que des époux, ayant envisagé de divorcer, décident finalement de ne pas mener ce projet à terme. Devrait-on considérer que cette procédure débute par l'envoi par lettre recommandée de la convention à chacun des époux afin de purger le délai de réflexion ? Devrait-on, au contraire, retenir la signature de la convention par les époux ? Ces dernières solutions reviendraient à limiter drastiquement l'opportunité d'une telle anticipation en réduisant son champ temporel d'action. Il demeure une importante

¹⁰⁰⁶ L. n° 2019-222 du 23 mars 2019, op. cit.

¹⁰⁰⁷ En application de l'ancien art. 251 C. civ. : « *L'époux qui forme une demande en divorce présente, par avocat, une requête au juge, sans indiquer les motifs du divorce.* ».

¹⁰⁰⁸ L. n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (JORF n°0269 du 19 novembre 2016).

¹⁰⁰⁹ Le notaire a alors un simple rôle de « greffier » qui contrôle les exigences formelles prévues aux 1^o à 6^o de l'article 229-3 C. civ. et le respect du délai de réflexion prévu par l'article 229-4 C. civ.

¹⁰¹⁰ Art. 229-4 C. civ.

incertitude sur cette question qui n'a, à ce jour, pas été tranchée. Le notaire doit faire un véritable travail de rigueur dans la rédaction afin d'encadrer au mieux cette hypothèse.

623. La présence d'un immeuble. Dans le cadre d'une procédure de consentement mutuel sans juge, l'article 229-3, 5° du Code civil, impose l'établissement d'un état liquidatif du régime matrimonial, ou la mention que cet état n'est pas nécessaire en l'absence de patrimoine à liquider. Cet état liquidatif doit impérativement être établi en la forme authentique devant notaire s'il inclut des biens immobiliers. La présence d'un bien immobilier pourrait alors être un indice du départ de la procédure de divorce. En effet, l'établissement d'un état liquidatif établi par notaire est une annexe obligatoire à la convention de divorce par acte sous-seing privé d'avocats. Il pourrait être concevable de considérer que l'établissement d'un tel acte fait débiter la procédure et de stipuler que la clause de reprise aurait vocation à s'appliquer également en cas de décès dans l'hypothèse où les époux auraient régularisé une telle convention. Cette solution est toutefois contestable car l'établissement d'un tel acte n'oblige pas les époux à poursuivre leur volonté de divorcer. Ainsi, il survient des cas où bien qu'ayant régularisé un tel acte, les époux demeurent unis par les liens du mariage. Cette solution n'est donc pas optimale mais demeure préférable à l'absence totale d'anticipation. En outre, lorsque les époux s'orienteront vers une procédure « courte »¹⁰¹¹, la régularisation d'un tel acte sera concomitante à celle de la convention de divorce par acte sous-seing privé d'avocats. Par suite, cette solution reviendrait alors à réduire drastiquement l'opportunité d'une telle stipulation. En présence d'époux en fin de vie souhaitant constater le divorce avant leur décès, et si la procédure de consentement mutuel semble durer, il pourrait alors être opportun de leur conseiller de passer par un divorce judiciaire afin de s'assurer de la bonne applicabilité des clauses incluses dans leur contrat de mariage. Une telle solution, bien que paradoxale, permettrait de constater indubitablement le début de l'instance en divorce.

624. Reprises et récompenses. S'il est possible de prévoir que l'apport réalisé au profit de la communauté, ou de la société d'acquêts, sera ou non générateur de récompense, il convient également d'analyser et d'anticiper la création de récompense en cas de mise en œuvre de cette clause. Ainsi, il paraît opportun de stipuler pour les époux qu'en cas de dissolution de l'union par divorce, la reprise se fera sans indemnité mais qu'une récompense pourra être réclamée par la communauté, ou la société d'acquêts, à l'époux apporteur en cas

¹⁰¹¹ Pratique consistant à purger le droit de réflexion des époux avec seulement le projet d'acte de liquidation et à régulariser le même jour, après avoir respecté ledit délai, l'acte de liquidation du régime, la convention de divorce par acte sous-seing privé d'avocats et le dépôt de ladite convention au rang des minutes du notaire.

d'amélioration du bien au moyen de deniers communs. Cette stipulation permettra d'assurer l'équilibre entre les patrimoines. En effet, à défaut d'une telle clause, l'époux apporteur pourrait reprendre un bien ayant été amélioré par la communauté, ou la société d'acquêts, sans indemniser celle-ci pour les deniers employés. Cette solution aboutirait ainsi à léser la communauté, qu'elle soit légale ou conventionnelle, et, par voie de conséquence, à déséquilibrer les rapports entre les patrimoines. En outre, il est également possible de stipuler et d'encadrer les améliorations qui seront génératrices d'une récompense et celles qui seront considérées comme des dépenses d'entretien afin d'éviter tout conflit entre les époux au jour du divorce. Il pourra, en ce sens, être judicieux de préciser que les dépenses d'entretien de nature usufruitaires demeureront définitivement à la charge de la communauté sans récompense à son profit en cas de reprise dudit bien. L'anticipation de telles problématiques passe donc également par la rédaction de clauses relatives à ces flux financiers.

§2 : La clause de prélèvement moyennant indemnité

625. Notion. La clause de prélèvement moyennant indemnité n'a pas, en principe, pour vocation de créer une inégalité entre les époux. Son objectif se limite à stipuler une priorité au profit de l'un des époux, ou du survivant d'eux, quant à un ou plusieurs biens déterminés. Elle offre à l'époux désigné la faculté de prélever ce ou ces biens communs lors du partage et d'échapper ainsi à tout aléa causé par un blocage au jour du partage. Il s'agit d'une simple faculté dont peut se prévaloir le bénéficiaire qui peut s'en abstenir. S'il entend s'en prévaloir, il devra alors indemniser la communauté permettant, par ce biais, la protection des intérêts de son conjoint ou des héritiers de celui-ci. Il convient de s'intéresser à son fonctionnement (A) avant de s'attacher à encadrer sa rédaction afin d'anticiper des conflits éventuels (B).

A. Origine et fonctionnement de la clause de prélèvement moyennant indemnité

626. Origine. Cette clause a pour origine la pratique notariale. Sa validité a d'abord été reconnue de manière constante par la jurisprudence¹⁰¹² avant d'être consacrée par le législateur aux termes de la loi du 13 juillet 1965¹⁰¹³ aux articles 1511 à 1514 du Code civil. Elle a connu diverses appellations en pratique, comme en doctrine, « préciput à titre

¹⁰¹² Cass., civ., 7 avril 1856 : DP 1856, 1, p.207 ; S. 1856, 1, p.138 – Cass., civ., 21 mars 1859 : S. 1860, 1, p. 812 – Cass., Req., 24 mars 1903 : S. 1904, 1, p. 137 ; DP 1905, 1, p. 33, n. M. PLANIOL.

¹⁰¹³ L. n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, op. cit.

onéreux » ou encore « clause de conservation ». Si sa vocation première était la protection du patrimoine professionnel, ce n'est plus, de nos jours, sa seule vocation. Elle peut être stipulée concernant tout type de bien et ne se limite pas aux seuls biens professionnels. Sur ce point, elle paraît donc plus avantageuse que les clauses d'attribution préférentielles dont le champ d'application est plus limité.

627.Face à l'attribution préférentielle. Les lois successives ayant accru la protection du conjoint ont conféré à ce dernier une protection par le jeu du mécanisme de l'attribution préférentielle¹⁰¹⁴. Toutefois, si cette protection est d'une efficacité certaine, la faculté offerte par l'article 1511 conserve son opportunité. En effet, du fait de son caractère contractuel, le champ d'application de cette clause est plus large que celui des attributions préférentielles. Elle confère aux époux un panel plus étendu de solutions autant quant aux biens objets du prélèvement que quant aux modalités conventionnellement prévues de celui-ci¹⁰¹⁵. En ce sens, les époux peuvent notamment stipuler une telle faculté concernant des biens pour lesquels une attribution préférentielle n'aurait pas pu être mise en œuvre. Ensuite, la clause de prélèvement moyennant indemnité prime sur les règles d'attribution préférentielle¹⁰¹⁶ qui ne sont pas d'ordre public. Dans ce cas, en présence de revendications concurrentes des époux sur un même bien, cette clause sera mise en œuvre de manière prioritaire. La protection contractuelle ainsi conférée n'est pas négligeable. Enfin, l'attrait essentiel de cette clause est l'absence d'immixtion du juge dans sa mise en œuvre. En effet, contrairement à l'attribution préférentielle, l'exercice de cette clause est purement contractuel et ne nécessite, de ce fait, aucune procédure judiciaire.

628.Fonctionnement. Sur le plan juridique, cette clause constitue une « *modalité particulière du partage* »¹⁰¹⁷. La jurisprudence l'analyse comme un partage partiel conférant à son bénéficiaire la libre disposition du bien¹⁰¹⁸. En pratique, il s'agit de stipuler au sein d'un contrat de mariage une faculté de prélèvement à titre onéreux d'un bien, ou d'un ensemble¹⁰¹⁹

¹⁰¹⁴ Créée par le décret-loi du 17 juin 1938 relatif au maintien dans l'indivision et à l'attribution préférentielle des exploitations agricoles (repris sous une forme définitive par la L. 15 janvier 1943) et L. n° 61-1378 du 19 décembre 1961 modifiant les articles 815, 832, 866, 2103 (3°) et 2109 du code civil, les articles 790, 807, 808 et 831 du code rural, et certaines dispositions fiscales (JORF 20 décembre 1961).

¹⁰¹⁵ Par ex. : modalité de règlement de la soulte, chiffrage de la soulte, délai, etc.

¹⁰¹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 14 février 1967 : D. 1967, somm. p. 74 ; Defrénois 1967, art. 28950, n. A. BRETON ; RTD civ. 1967, obs. R. SAVATIER.

¹⁰¹⁷ M.-C. JOUVENET, « Des clauses insérées dans le régime de communauté par la pratique notariale », Thèse, Lyon III, 1979.

¹⁰¹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 5 février 1975, n°72-12.624 : Bull. civ. I, n°52, p.49 ; Defrénois 1976, 318, n. G. MORIN.

¹⁰¹⁹ Permettant ainsi notamment le prélèvement de l'outil professionnel et de ses accessoires (V. en ce sens : Cass., 1^{ère} civ., 17 juin 1981, n° 80-11.142 : Bull. civ. I, n°223 ; JurisData n° 1981-701857 ; JCP N 1982, II,

de biens communs présents ou futurs déterminables à charge pour le bénéficiaire d'indemniser la communauté. Cette clause ne peut viser l'ensemble des biens communs et doit impérativement préciser l'assiette de la faculté de prélèvement ainsi créée. Elle peut toutefois se limiter, selon la jurisprudence, à désigner des biens seulement par leur appartenance à une espèce¹⁰²⁰. *A contrario*, s'agissant d'une clause d'attribution en nature, elle ne peut concerner les biens dont la communauté n'est que créancière en valeur. Tel sera notamment le cas des offices et clientèles civiles, ou encore des parts de société de personnes¹⁰²¹. Concernant les droits sociaux, une telle clause ne pourrait aller à l'encontre des statuts ou d'un pacte d'associés. Concernant sa mise en œuvre, l'article 1511 du Code civil vise expressément l'application de cette clause aux dissolutions de « communauté ». Toutefois, si elle peut être stipulée pour l'ensemble des régimes communautaires, il ne nous semble pas opportun de limiter son usage aux seuls régimes communautaires *stricto sensu*. A ce titre, il nous semble parfaitement envisageable de stipuler une telle clause en présence d'un régime de séparation de biens incluant une société d'acquêts.

629. Biens propres et personnels. Bien que son champ d'application puisse ainsi être élargi à des régimes hybrides, elle demeure limitée aux biens « communs ». Dans l'hypothèse où les époux souhaiteraient prévoir une faculté similaire visant des biens propres ou personnels à l'un d'eux, ils pourraient y procéder, quel que soit le régime élu, par le jeu de l'article 1390 du Code civil. En effet, cet article offre aux époux la possibilité de stipuler aux termes de leur contrat de mariage la faculté de prélever de tels biens au jour du décès du propriétaire. Il en sera ainsi tenu compte à la succession et non à la liquidation du régime matrimonial. Une telle faculté semble toutefois mieux adaptée à la protection du conjoint survivant qu'à l'anticipation des risques d'un éventuel divorce¹⁰²².

630. Atouts. La clause de prélèvement moyennant indemnité visée par l'article 1511 du Code civil présente un avantage certain pour l'époux bénéficiaire car par le jeu de celle-ci, il est assuré de pouvoir disposer du ou des biens désignés sans avoir à subir les aléas d'un

p.195, n. Ph. REMY ; JCP G 1983, II, 19979, n. M. DAGOT – Cass., 1^{ère} civ., 5 février. 1975, n°73-12.025 : Defrénois 1976, art. 31056, n. G. MORIN).

¹⁰²⁰ Cass., 1^{ère} civ., 29 avril 1985, n°83-16.803 : Bull. civ. I, n°132 ; D. 1986, 365, n. M. BEAUBRUN ; Defrénois, 1985, 1156, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP N 1986, II, 75, obs. Ph. SIMLER.

¹⁰²¹ Notamment concernant les SARL ; v. Cass. com., 23 décembre 1957, FLORET : D. 1958, p. 267 ; JCP G 1958, II, 10516 – Cass., 1^{ère} civ., 22 décembre 1969, n° 68-11.737, BOURCIER : JCP G 1970, II, 16473, n. J. PATARIN ; D. 1970, jurispr. p. 668, n. G. MORIN – Cass., 1^{ère} civ., 19 avril 2005, n° 02-18.288 : Bull. 2005, I, n°186 ; JurisData n° 2005-028146 ; JCP G 2005, I, 163, n° 15, obs. A. TISSERAND-MARTIN ; JCP G 2006, I, 115, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; RLDC juin 2005, p. 42, n. F. LEANDRI.

¹⁰²² V. *supra* spéc. 537 et s.

partage, ni le risque d'un tirage au sort en cas de désaccords persistants entre les indivisaires. Parallèlement, cette clause permet d'assurer un équilibre entre les époux, ou entre l'époux survivant et les ayants-droits de l'époux prédécédé, puisqu'elle assure à ces derniers une indemnisation. De ce fait, l'équilibre du partage est rompu en nature mais non en valeur. Cette clause a ainsi pour but d'anticiper les conséquences du partage sur le devenir des biens visés. Cette solution est d'autant plus opportune qu'elle peut permettre d'assurer, ou tout au moins de faciliter, la conservation de l'outil professionnel, voire sa transmission au profit de l'époux survivant, et ce quelle que soit la forme choisie pour son exploitation. En outre, la liberté offerte quant aux modalités de sa mise en œuvre permet également une grande adaptabilité de cette clause aux diverses situations particulières des époux.

B. La nécessité d'une rédaction rigoureuse, prérequis à la prévention des conflits

631. **Rédaction.** Si l'opportunité de cette clause est évidente, son efficacité au jour du divorce est conditionnée à la rigueur de sa rédaction. Le notaire rédacteur devra s'attacher à établir une clause suffisamment claire et précise afin d'éviter toute incertitude ou ambiguïté quant aux biens désignés et, ainsi, corrélativement toute source d'inégalité, voire d'iniquité. En outre, il convient de rappeler qu'une telle clause ne peut avoir pour support qu'un contrat de mariage valablement formé¹⁰²³ ou une convention modificative respectant les formes prescrites par l'article 1397 du Code civil. Afin d'éviter tout doute ou confusion, il conviendra que le notaire rédacteur s'attache à définir, non seulement, le bénéficiaire de cette clause (1) comme les conditions de son évaluation (2) et de sa mise en œuvre (3). Le rôle de rédacteur et de conseil du notaire sera, une fois de plus, prépondérant (3).

1. La désignation du bénéficiaire et la stipulation d'une condition de survie

632. **Bénéficiaire.** Sur ce point, le législateur laisse une très large place à la volonté des parties. En effet, l'article 1511 du Code civil prévoit que cette faculté puisse être offerte au « *survivant d'eux ou l'un d'eux s'il survit, ou même l'un d'eux dans tous les cas de dissolution de la communauté* ». Dans la recherche d'une protection du conjoint survivant, cette clause est classiquement prévue au profit du survivant des époux et limitée, à ce titre, à la seule dissolution par décès, solution ayant la faveur autant du législateur que de la pratique. Toutefois, rien n'empêche de limiter son application à un seul d'entre eux. De même, il est

¹⁰²³ Art. 1497 C. civ.

parfaitement possible, bien que moins fréquent, d'encadrer la mise en œuvre de cette clause pour les cas de dissolution de la communauté autre que le décès. C'est sur ce dernier point que portera notre analyse dans la perspective de l'anticipation d'un éventuel divorce.

633. Condition de survie. Les époux ont la possibilité de stipuler que la mise en œuvre de cette clause de prélèvement sera conditionnée à la survie de l'époux bénéficiaire. Une telle condition va être essentielle quant à la mise en œuvre de cette clause. En effet, s'il est prévu par les époux une condition survie du bénéficiaire alors même que la clause vise expressément sa mise en œuvre pour une cause de dissolution autre que le décès, les époux vont alors être confrontés à une dualité de temporalités de mise en œuvre de cette clause. Il peut exister un délai important entre le jour de la dissolution de l'union pour une cause autre que le décès, dont le divorce fait naturellement partie, et le décès de l'époux non bénéficiaire. Or, ce décalage de temporalité peut entraîner de nombreuses problématiques.

634. Difficultés. De prime abord, il est aisé de constater que si la clause est conditionnée à la survie du bénéficiaire, ce dernier va être contraint de patienter jusqu'au décès de son ex-conjoint afin de pouvoir mettre en œuvre sa faculté de prélèvement. Le délai écoulé entre ces deux événements peut aboutir à une situation paradoxale où la liquidation provisoire réalisée au jour du divorce viendrait en contradiction avec la réalisation de ce prélèvement au jour du décès de l'ex-conjoint. Une telle situation sera souvent source d'un important contentieux et ce, notamment, si l'attribution provisoire au jour de la liquidation provisoire du régime fait l'objet d'un débat. En effet, et contrairement à la faculté offerte en matière de préciput par l'article 1518 *in fine* du Code civil, la loi ne prévoit pas la faculté pour l'époux bénéficiaire de demander à son futur ex-conjoint une garantie sur ce bien en vue de son attribution au jour du décès de celui-ci. En outre, le devenir de cette clause pourrait également être mis en péril en cas de décès de l'époux bénéficiaire. Si la clause est stipulée au profit du survivant des époux, le décès de l'un d'eux ne sera alors que le déclencheur de sa mise en œuvre. *A contrario*, si elle est stipulée au seul profit de l'un des époux, alors le décès de ce dernier entraînera la caducité de cette clause. Cette solution est retenue par la jurisprudence¹⁰²⁴ comme par la doctrine¹⁰²⁵.

635. Absence de condition de survie. Il est également possible pour les époux de décider de ne pas conditionner la mise en œuvre de cette clause à la survie de son bénéficiaire.

¹⁰²⁴ T. civ. Alençon, 21 juillet 1931 : Gaz. Pal. 1931, 1, p.736

¹⁰²⁵ H. CAPITANT, « De la clause donnant au survivant des époux la faculté de prélever le fonds de commerce » : Rev. crit. législ. et jurispr. 1927, p. 43

Dans ce cas, la clause ainsi stipulée aura un champ d'application beaucoup plus vaste comme ayant vocation à s'appliquer « *dans tous les cas de dissolution de la communauté* » pour reprendre les termes de l'article 1511 lui-même. Or, nombreuses sont les hypothèses de dissolution de la communauté. En ce sens, l'article 1411 du Code civil qui encadre celles-ci prévoit : la mort de l'un des époux, l'absence déclarée, le divorce, la séparation de corps, la séparation de biens et le changement de régime matrimonial. En pratique, la clause de prélèvement moyennant indemnité va principalement s'appliquer en cas de divorce et de décès. Il convient de souligner que cette solution est aujourd'hui comme hier peu encouragée par les notaires¹⁰²⁶.

636.Réticences. De nos jours, cette réticence s'explique principalement par le risque encouru quant à son efficacité au regard de l'article 265 du Code civil. En effet, cet article prévoit que « *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* ». Or un débat doctrinal comme jurisprudentiel existe quant à la qualification d'avantage matrimonial d'une telle clause. Sur ce point, les professeurs Henri Capitant¹⁰²⁷, Laurent Aynes et Philippe Malaurie¹⁰²⁸ considèrent que cette clause ne peut être qualifiée d'avantage matrimonial car elle ne crée aucun profit pécuniaire au profit de l'époux bénéficiaire – tout au moins lorsque l'évaluation retenue correspond à la valeur vénale réelle du bien attribué. Cette position, initialement suivie par la jurisprudence¹⁰²⁹, est aujourd'hui devenue minoritaire. La doctrine majoritaire, et notamment les professeurs Gérard Cornu et Michel Grimaldi, considère que le seul fait de garantir le sort de ce bien au profit de l'un des époux pourrait être analysé comme un avantage matrimonial et à ce titre, soumis aux conséquences de l'article 265 du Code civil.

637.Conséquences. Si la qualification d'avantage matrimonial devait être retenue, une telle clause pourrait être révoquée de plein droit comme prenant indubitablement effet au jour de la dissolution du régime. La tentative d'anticipation liée à la stipulation d'une telle clause pourrait alors être mise en échec par le désaccord entre les futurs ex-époux. En cas d'accord entre eux, rien ne les empêche de faire application de cette clause. En effet, cet article prévoit

¹⁰²⁶ 68% des notaires ne proposent pas cette solution selon l'étude réalisée pour les travaux du 75^e Congrès des notaires de France, (75^e Congrès des notaires de France, *Le statut matrimonial des français*, La Baule, 1987).

¹⁰²⁷ H. CAPITANT, Rev. crit. législ. et jurispr. 1927, p. 43, op. cit.

¹⁰²⁸ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit des régimes matrimoniaux*, L.G.D.J. Droit civil, 7^e éd., 2019.

¹⁰²⁹ T. civ. Cholet, 15 décembre 1948 : D. 1950, somm. p.21 – Cass., 1^{ère} civ., 10 Juillet 1996, n° 94-17.378 : JurisData 1996-003122.

expressément la possibilité pour les époux de décider de maintenir de tels avantages. Toutefois, il est à craindre qu'en cas de conflit entre eux, l'un des époux ait intérêt à s'opposer au maintien d'une telle clause. Nul doute que la responsabilité du notaire rédacteur pourrait alors être engagée par celui qui aurait perdu l'« avantage » issu de cette clause s'il n'avait jamais été informé d'un tel risque. Il serait opportun, si ce n'est essentiel, que le législateur s'attache à définir les contours de la notion d'avantage matrimonial ou, tout au moins, à préciser, ainsi qu'il a pu le faire pour la clause de reprise des apports, les clauses qui n'ont pas vocation à être mises en échec par l'application de l'article 265.

2. Les problématiques liées à l'évaluation du bien prélevé

638.Principe. Concernant l'évaluation retenue, il convient, en principe, de tenir compte de la valeur réelle du bien prélevé au jour du partage afin d'en assurer l'équilibre. L'article 1512 du Code civil offre aux époux la faculté de « *fixer des bases d'évaluation et des modalités de paiement de la soulte éventuelle* ». Les époux peuvent ainsi prévoir de retenir la valeur vénale du bien objet du prélèvement ou, *a contrario*, d'encadrer son évaluation par une fixation forfaitaire¹⁰³⁰ (par exemple, le prix d'achat dudit bien) ou une indexation. A défaut de convention entre les parties ou d'accord au jour du partage, c'est au tribunal judiciaire qu'il appartiendra de fixer définitivement la valeur du ou des biens prélevés. Ainsi que nous l'avons déjà souligné, si un débat existe sur la reconnaissance d'un avantage matrimonial lorsque l'indemnité correspond à la valeur réelle du bien prélevé, nul doute que si la méthode d'évaluation confère un profit à son bénéficiaire, elle laissera alors apparaître un avantage matrimonial. Tel pourra notamment être le cas si le contrat prévoit que l'indemnité soit calculée en fonction du prix d'acquisition et non de la valeur vénale du bien au jour du partage. Dans cette hypothèse, la plus-value éventuelle générée sur le bien ne serait alors pas prise en compte. Or, dans ce cas, le notaire devra impérativement attirer l'attention des époux quant aux risques relatifs à l'efficacité d'une telle clause au regard de l'article 265 du Code civil afin d'éviter que leurs volontés soient déjouées par la mise en œuvre de la révocation de plein droit de cet article. Bien sûr, il leur sera toujours possible en cas d'accord, relativement hypothétique en cas de dissolution par divorce, de décider de maintenir un tel avantage au jour du divorce.

¹⁰³⁰ Sur la validité d'une telle clause v. Cass. 1^{ère} civ., 16 février 1971, n°68-12.754, aff. *CHARBONNEAUX* : Bull. civ. I, n°39, p. 31 ; JurisData n° 1971-000050 ; D. 1972, jurispr. p. 495, n. G. MORIN ; Defrénois 1972, art. 30124, n. G. MORIN ; JCP G 1971, II, 16935, n. Ph. MALAURIE – Cass., 1^{ère} civ., 28 avril 1971, aff. *GARLOPEAU* : JCP G 1971, II, 16935, n. Ph. MALAURIE.

639.Date de l'évaluation. Outre le mode d'évaluation, la question de la date retenue pour l'évaluation demeure prépondérante en pratique. A ce titre, deux solutions peuvent être envisagées. D'une part, les époux peuvent décider de fixer la date de l'évaluation au jour où s'exerce l'option. L'atout principal d'une telle solution est la connaissance par l'époux bénéficiaire de ses engagements pécuniaires. Toutefois, cette solution peut aboutir à une rupture de l'égalité entre les époux, s'il existe une variation de l'évaluation entre la date de l'option et celle du partage. D'autre part, et comme le prévoit la loi aux termes de l'article 1511 susvisé, il est possible de fixer la date de l'évaluation au jour du partage. Cependant cette solution connaît un inconvénient majeur. En effet, dans cette hypothèse, le conjoint bénéficiaire va devoir exercer sa faculté à l'aveugle sans connaître le montant de l'indemnité qu'il aura à verser au jour du partage. En outre, une telle solution peut également entraîner un retard quant à l'attribution effective dudit bien qui peut s'avérer néfaste notamment en présence d'un actif professionnel.

3. Les modalités de mise en œuvre

640.Mise en œuvre. A défaut de révocation de plein droit d'une telle clause sur le fondement de l'article 265 du Code civil, il convient de s'intéresser à sa mise en œuvre. Le législateur n'a prévu, sur ce point, qu'un encadrement minimaliste. Ainsi, et à défaut de convention contraire établie par les époux, l'article 1513 du Code civil prévoit que « *La faculté de prélèvement est caduque si l'époux bénéficiaire ne l'a pas exercée par une notification faite à l'autre époux ou à ses héritiers dans le délai d'un mois à compter du jour où ceux-ci l'auront mis en demeure de prendre parti. Cette mise en demeure ne peut elle-même avoir lieu avant l'expiration du délai prévu au titre : " Des successions " pour faire inventaire et délibérer.* ». Ce faisant, le législateur n'impose aucun délai à l'époux bénéficiaire pour se prononcer sur sa volonté de mettre en œuvre cette clause mais confère toutefois au conjoint, ou à ses héritiers en cas de prédécès, la faculté d'exiger de l'époux un positionnement clair et définitif sur ce point.

641.Encadrement contractuel. A défaut de formalisme imposé par le législateur, rien n'empêche les époux d'encadrer contractuellement la mise en œuvre d'une telle clause. C'est d'ailleurs ce que devrait encourager le notaire rédacteur. Sur ce point, il serait alors opportun de formaliser dès le contrat de mariage les points suivants : forme de la mise en demeure (accusé de réception, remise en main propre, exploit d'huissier), date de l'évaluation et délai dans lequel le conjoint doit manifester sa volonté de mettre en œuvre cette clause. La

jurisprudence va jusqu'à admettre l'adjonction au profit de l'époux bénéficiaire d'une promesse de bail¹⁰³¹. Il convient toutefois de préciser qu'il ne nous paraît pas envisageable de dispenser le conjoint bénéficiaire d'une notification de sa volonté de se prévaloir de cette clause. Cette prohibition doit à notre sens être encouragée car le défaut d'information du conjoint non bénéficiaire, ou de ses héritiers, aurait pour conséquence de les maintenir dans une incertitude propre à générer des conflits importants.

642. Paiement. Lorsque cette clause est efficacement mise en œuvre, le règlement par l'époux bénéficiaire ne donne le plus souvent pas lieu à un règlement par soulte mais se réalise en moins prenant sur ses droits dans le partage de la communauté. Toutefois, lorsque l'évaluation retenue pour le ou les biens prélevés excède ses droits dans le partage de communauté, l'époux bénéficiaire devra alors procéder à un règlement par soulte. Notons toutefois, qu'en cas de dissolution par décès et uniquement si les époux l'ont expressément convenu aux termes de leur contrat de mariage, ce règlement peut également se réaliser par une imputation subsidiaire sur « *ses droits dans la succession de l'époux prédécédé* »¹⁰³². Le règlement de la soulte est, en principe, réalisé immédiatement au jour du partage. Toutefois, il est possible d'encadrer contractuellement ce règlement en prévoyant un paiement fractionné, différé, voire anticipé notamment en cas d'aliénation du bien objet du prélèvement. Cette dernière solution a pour avantage de garantir les droits du conjoint non-attributaire. Une fois de plus, l'encadrement de ce règlement nécessite un travail de rédaction de la part du notaire instrumentaire.

4. De la nécessité de la rédaction d'une clause non ambiguë

643. Notaire et conseil. Force est de constater que ce type de stipulation génère un important nombre de conséquences qui doivent impérativement être contractuellement envisagées dès la conclusion du contrat de mariage. A ce titre, le notaire ne peut se contenter de stipuler sans l'encadrer une telle clause. Dans ce but, l'attention des époux devra, tout d'abord, être attirée sur le risque de révocation de plein droit par le juge sur le fondement de l'article 265 du Code civil. Bien qu'une telle solution soit aujourd'hui incertaine, l'information des clients sur ce point nous paraît fondamentale. Au-delà de cette information, il devra s'attacher à simplifier au maximum la mise en œuvre de cette clause en prévoyant les points suivants : modalités et délais requis pour la mise en demeure de l'époux bénéficiaire,

¹⁰³¹ Cass., 1^{ère} civ., 29 avril 1985, op. cit.

¹⁰³² Art. 1514, al. 2 C. civ.

modalités et délais relatifs à la notification de la volonté de l'époux bénéficiaire de se prévaloir de la clause, date retenue pour l'évaluation du bien objet du prélèvement.

644.Évaluation. Sur ce dernier point, il nous semble opportun d'éviter de retenir la simple formulation consistant à viser la date du « partage ». En effet, une telle solution peut aboutir à une incertitude entre le partage partiel et le partage global de la communauté. Dans une recherche d'un certain équilibre entre les intérêts de l'époux attributaire et de l'époux non-attributaire, il nous paraît nécessaire de créer une solution sur mesure. A ce titre, il serait opportun de retenir une évaluation au jour de l'option. Cette solution permet d'assurer la parfaite information de l'époux attributaire. Toutefois, et afin de préserver les intérêts de l'époux non-attributaire, ou de ses héritiers, des correctifs doivent être prévus. A ce sujet, il a pu notamment être proposé de faire de cette indemnisation une véritable dette de valeur réévaluée au moyen d'une double liquidation au jour du partage définitif¹⁰³³, de stipuler une indexation¹⁰³⁴ ou une revalorisation. De tels correctifs permettraient d'assurer la parfaite information de l'époux bénéficiaire quant aux conséquences de son option tout en garantissant le maintien d'un certain équilibre quant à la valorisation entre le jour de l'option et celui du partage.

645.Opportunités. Le spectre des risques engendrés par la lecture actuelle de l'article 265 du Code civil par les juges ne doit pas faire perdre de vue les atouts indéniables de la clause de prélèvement moyennant indemnité prévue par l'article 1511 susvisé. Afin d'en assurer le bon fonctionnement, il convient de s'attacher à une rédaction dépourvue de toute ambiguïté évitant tout risque de contentieux au jour de la mise en œuvre de cette clause. En outre, le travail du notaire consistera également à mettre en place des correctifs permettant d'assurer une égalité entre les époux et ce faisant, d'éluder, tout au moins en partie, les risques de la révocation de plein droit de l'article 265 du Code civil.

¹⁰³³ V. en ce sens : G. MORIN ss Cass. 1^{ère} civ., 16 février 1971, n°68-12.754 : D. 1972, jurispr. p. 495.

¹⁰³⁴ Par exemple, sur le chiffre d'affaires généré ou les fruits issus de l'immeuble ainsi attribué.

§3 : Les autres clauses de prélèvement et les attributions préférentielles

646.**Pluralité d'objectifs.** Outre les clauses de reprise des apports et de prélèvement moyennant indemnité, il existe des hypothèses dans lesquelles l'un ou l'autre des époux entend prélever, ou se voir attribuer, dans la masse commune ou indivise un ou plusieurs biens déterminés. A ce titre, il conviendra de distinguer selon que ce prélèvement est opéré à titre gratuit (A) ou à titre onéreux (B).

A. Clause de préciput et divorce

647.**Notion.** La clause de préciput¹⁰³⁵ a pour objet d'offrir à l'un des époux, ou au survivant d'eux, la faculté de « *prélever sur la communauté, avant tout partage, soit une certaine somme, soit certains biens en nature, soit une certaine quantité d'une espèce déterminée de biens* »¹⁰³⁶. Loin d'être une solution nouvelle, cette clause est incluse dans notre Code civil depuis son origine en 1804¹⁰³⁷. Elle permet à l'époux bénéficiaire d'opérer un prélèvement d'un bien commun à titre gratuit, c'est-à-dire sans contrepartie, ni diminution de ses droits dans la communauté. Elle aboutit ainsi à une attribution en nature d'un bien commun au profit de l'un des époux lui permettant d'éviter les aléas d'un partage successoral. Du fait de son caractère gratuit, cette clause est une parfaite illustration d'un avantage matrimonial. A ce titre, en présence d'enfants non issus des deux époux, son efficacité peut être mise en péril par le jeu de l'action en retranchement de l'article 1527 du Code civil. Au surplus, et uniquement en présence d'une telle action, l'avantage ainsi procuré sera fiscalement traité comme une libéralité¹⁰³⁸.

648.**Opportunités.** A l'origine, cette clause était fréquemment utilisée par la pratique, d'une part, pour offrir une certaine protection au conjoint survivant qui souffrait d'un manque de reconnaissance sur le plan successoral ; d'autre part, sur le plan fiscal, afin de préserver le conjoint survivant d'une fiscalité trop lourde au titre des droits de mutation à titre gratuit. Or, les droits successoraux du conjoint survivant ont été accrus et sa place est désormais prédominante. En outre, l'attrait fiscal de cette clause est désormais neutralisé par

¹⁰³⁵ Art. 1515 à 1519 C. civ.

¹⁰³⁶ Art. 1515 C. civ.

¹⁰³⁷ V. sur ce point : C. GALL, « Les gains de survie : évolution et permanence », Thèse Toulouse, 1996 ; F. VERDIER, « Étude sur les gains de survie entre époux », mémoire Toulouse, 1868.

¹⁰³⁸ Cass., 1^{ère} civ., 6 mai 1997, n°95-13.804 : Bull. civ. I, n°146 ; Defrénois 30 septembre 1997, n°36640-129, obs. G. CHAMPENOIS ; *ibid.* 30 octobre 1997, n°36666, obs. A. CHAPPERT ; JCP N 1997, 1533, n. P. PELLETIER et P. APPREMONT ; RTD civ. 1998, p.179, B. VAREILLE.

l'exonération de droit de succession au profit du conjoint survivant issue de la loi du 21 août 2007¹⁰³⁹. Toutefois, l'insertion d'une telle clause peut conserver une opportunité sur le plan civil. En effet, en présence d'enfants communs, elle offre à l'époux bénéficiaire la faculté de prélever de la communauté, sans possibilité d'opposition, tout ou partie des biens qui y sont inclus. Ainsi, l'époux survivant bénéficiaire du préciput aura, par ce biais, une maîtrise complète des biens lui revenant et ce, avant tout partage. En application de l'article 1515, cette faculté peut être offerte au « *survivant des époux, ou l'un d'eux s'il survit* ». Il est possible de prévoir que cette clause s'appliquera de manière inégalitaire entre les époux et qu'un seul d'entre eux pourrait en bénéficier en cas de survie. Il est également possible d'encadrer l'application d'une telle clause notamment en la conditionnant à l'absence d'enfant. Une limite existe cependant car un tel préciput ne peut porter que sur un bien inclus dans la communauté. Il ne peut donc en aucun cas concerner un bien propre ou personnel de l'un des époux.

649. Gain de survie. Si les époux sont libres de stipuler quant au bénéficiaire de cette faculté, il convient de s'intéresser à l'efficacité d'une telle clause en cas de dissolution de l'union par divorce. Sur le plan civil, du fait de la liberté des conventions matrimoniales, une telle solution pourrait sembler envisageable. Toutefois, l'article 1515 susvisé emploie expressément le terme « *survivant* ». Cet emploi semble exclure la possibilité de stipuler une telle clause pour une autre hypothèse que la dissolution de l'union à cause de mort. En ce sens, la jurisprudence a pu considérer qu'il était à bon droit de retenir que cette clause ayant été « *stipulée uniquement en cas de la dissolution de la communauté conjugale par le décès de l'un des époux (...) l'intéressé ne pouvait y prétendre dès lors que cette dissolution était la conséquence du prononcé de son divorce* »¹⁰⁴⁰. La doctrine se positionne également en défaveur de la reconnaissance de l'efficacité d'une telle clause en cas de divorce. En conséquence, les positions actuelles, autant jurisprudentielles que doctrinales, tendent à qualifier cette clause de gain de survie et, à ce titre, à en limiter l'emploi au seul cas de décès. En outre, dans l'hypothèse où une telle clause aurait pu être stipulée en cas de dissolution de l'union par divorce comme un « *gain de vie* », il n'est pas possible de douter que l'application de l'article 265 du Code civil aurait privé, sauf accord utopique des époux, une telle clause de son effet bénéfique. En effet, celle-ci prenant effet à la dissolution, elle aurait été soumise de plein droit à la révocation prévue par cet article et il est à craindre que les époux n'entendent pas au jour de la dissolution maintenir au profit de l'un d'entre eux un tel avantage gratuit.

¹⁰³⁹ L. n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat (JORF n°193 du 22 août 2007).

¹⁰⁴⁰ Cass., 1^{ère} civ., 14 juin 1989, n°88-10.136 : Bull. civ. I, n°235; JCP N 1991, II, 164, n. Ph. SIMLER.

650. Faculté de maintien. L'analyse de cette clause en présence d'un divorce n'est toutefois pas neutre. En effet, il demeure possible de maintenir les effets d'une telle clause au jour du décès même en cas de divorce des époux. En ce sens, l'article 265 du Code civil prévoit expressément la faculté pour les époux de décider de maintenir un avantage matrimonial prenant effet au décès et ce, malgré le divorce. Cette hypothèse est, en outre, prévue par l'article 1518 du même code disposant que « *Lorsque la communauté se dissout du vivant des époux, il n'y a pas lieu à la délivrance du préciput ; mais l'époux au profit duquel il a été stipulé conserve ses droits pour le cas de survie, sous réserve de l'article 265. Il peut exiger une caution de son conjoint en garantie de ses droits.* ». Nul doute dès lors que les époux pourraient entendre maintenir cette faculté qui ne prendrait, toutefois, effet qu'au décès. Une telle solution doit, à notre sens, être impérativement évitée car un tel avantage deviendrait alors irrévocable et nul ne sait ce qu'il peut advenir après le divorce. Il conviendra d'encourager les époux à éviter ce genre de décision. S'ils entendent maintenir une certaine protection de leur futur ex-conjoint, il conviendra de les orienter, par exemple, vers l'établissement d'un testament permettant d'offrir une telle protection tout en conservant la libre faculté de révocation. Cette solution serait alors plus adaptable à l'évolution de la vie de chacun des ex-époux.

B. Les attributions préférentielles propres aux époux communs en bien

651. Mode de règlement. Dans une perspective de simplification des rapports pécuniaires des époux communs en bien lors du partage, le législateur a instauré aux articles 1470 et 1475, alinéa 2 du Code civil des facultés spécifiques. Le premier de ces deux articles s'apparente en pratique plus à un mode de règlement qu'à une réelle faculté d'attribution préférentielle. En effet, l'article 1470 prévoit que lorsque le compte de récompenses de l'un des époux laisse apparaître un solde créateur en faveur de celui-ci, ce dernier « *a le choix ou d'en exiger le paiement ou de prélever des biens communs jusqu'à due concurrence* ». Le bien ainsi prélevé ne peut être supérieur au montant de la créance¹⁰⁴¹. Ce mode de règlement est strictement encadré par les articles 1471 et suivants. En application de l'article 1471, les prélèvements ainsi opérés s'exercent de la manière suivante « *d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur les meubles, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté* ». L'époux bénéficiaire ne peut, cependant, pas préjudicier aux droits de son conjoint sur ce fondement qui demeure en droit de demander l'attribution préférentielle de certains biens comme le

¹⁰⁴¹ Paris, 3 février 1969 : D. 1969, somm. 97.

maintien dans l'indivision. En outre, en cas de demande concurrente des deux époux sur un même bien, il conviendra alors de procéder par tirage au sort. Notons, enfin, que cette faculté est, en principe, limitée au prélèvement d'un ou plusieurs biens communs. Toutefois, dans l'hypothèse où la communauté s'avérerait insuffisante à couvrir l'époux de sa créance, et que cette insuffisance serait imputable à la faute de son conjoint, alors le conjoint créancier serait en droit d'« *exercer ses prélèvements avant lui sur l'ensemble des biens communs* » et « *subsidiairement sur les biens propres de l'époux responsable* »¹⁰⁴².

652. Accessoire. A titre plus secondaire, l'article 1475 du même Code prévoit, en son alinéa 2, la faculté pour un époux, une fois l'ensemble des autres prélèvements réalisés, de se faire attribuer de plein droit, par imputation sur sa part ou moyennant soulte, l'annexe ou l'immeuble contigu d'un immeuble lui appartenant en propre. Cette attribution est toutefois limitée aux acquisitions intervenues avant la dissolution de la communauté¹⁰⁴³. L'objectif visé par le législateur est évident : ne pas dissocier l'accessoire du principal et ainsi, conserver la maîtrise complète de l'ensemble immobilier en évitant son morcellement. Cet article soulève toutefois des incertitudes quant aux biens concernés. En effet, si la notion de contiguïté ne laisse que peu de place à l'ambiguïté, celle d'annexe est plus relative. Il faudra donc, en principe, que l'immeuble ainsi caractérisé soit lié par une utilisation similaire ou complémentaire à celle de l'immeuble propre. Sur ce point, il convient de préciser qu'un tel accessoire peut également, par le mécanisme de l'article 1406 du Code civil, être qualifié de propre à l'époux propriétaire du bien principal¹⁰⁴⁴.

653. Conséquences. Une fois l'immeuble qualifié d'annexe ou de contigu, l'attribution prévue ne connaît pas de limitation sous réserve de l'indemnisation de ce prélèvement. Sur ce point, l'article 1475 prévoit que ladite indemnisation soit chiffrée « *d'après la valeur du bien au jour où l'attribution est demandée* ». Pour les raisons déjà développées en matière de clause de prélèvement moyennant indemnité, une telle solution ne nous paraît pas opportune. Il nous semblerait plus opportun de retenir la date du partage, ou tout au moins, celle de la jouissance divise. Enfin, il convient d'attirer l'attention des époux sur le fait que, bien que cette attribution soit de droit, elle peut se trouver en compétition avec une attribution demandée par le conjoint. A ce titre, seule une attribution préférentielle de droit, comme celle

¹⁰⁴² Art. 1472 C. civ.

¹⁰⁴³ Cass., 1^{ère} civ., 3 décembre 1996, n°95-11.269 : Bull. civ. I, n°425, p.297 ; Dr. Fam. 1997, 16, n. B. BEIGNIER ; Defrénois 1997, 1085, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP N 1998, 813, obs. R. LE GUIDEDEC.

¹⁰⁴⁴ Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 1990, n°89-10.188 : Bull. civ. I, n°292 ; D. 1992, 37, n. R. LE GUIDEDEC ; *ibid.* somm. 221, obs. M. GRIMALDI ; Defrénois 1992, 847, obs. G. CHAMPENOIS.

de l'article 832-1 du Code civil par exemple, pourrait faire concurrence à cette attribution. Une simple attribution préférentielle facultative ne peut faire échec à une attribution de droit. En cas de concurrence de deux attributions préférentielles de droit, c'est alors le juge qui sera amené à trancher par une appréciation souveraine des intérêts en présence.

654.**Anticipation.** En matière de divorce, la mise en œuvre des attributions préférentielles ne peut que difficilement être anticipée. En effet, il semble peu évident de prévoir quelle sera la situation des époux au jour du divorce et quels seront les biens qui pourront alors être concernés par une telle faculté. En outre, les velléités des époux étant variables, il est particulièrement périlleux de tenter d'envisager toutes les hypothèses dès le jour de l'union. C'est la raison pour laquelle les attributions préférentielles ne peuvent apparaître comme un outil d'anticipation de la dissolution. Toutefois, le notaire doit s'attacher à informer les époux sur ces facultés afin de leur permettre, le cas échéant, de les mettre en œuvre en pleine connaissance de cause.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

655.**Anticipation.** Lorsque les époux entendent, à la fois, opter pour un régime de communauté et anticiper un éventuel divorce, le notaire aura en sa possession un certain nombre d'outils. Sans nul doute, la limitation de la fusion patrimoniale trouvera dans ce but tout son sens. Il sera alors fréquent que les époux choisissent de limiter cette communautarisation de leurs biens, notamment, en présence de biens professionnels. Dans un tel cas, le notaire ne pourra se passer d'une information complète et circonstanciée des conséquences de l'existence de tels biens. Il lui appartiendra d'orienter les époux vers les stipulations leur permettant de protéger, à la fois, l'outil professionnel et le conjoint qui pourrait avoir vocation à participer à l'exploitation de l'entreprise de son conjoint. De manière plus ponctuelle, il incombera également au notaire d'analyser, avec le concours des époux, leurs patrimoines respectifs afin de s'assurer qu'aucun passif ou bien déterminé ne pourrait être opportunément exclu de la communauté existante ou à venir.

656.**Limitation.** « *Définir, c'est limiter* »¹⁰⁴⁵ écrivait le célèbre auteur Oscar Wilde. Mais l'inverse est également vrai. Ainsi, lorsque les époux entendent limiter leur fusion patrimoniale, il leur appartient de définir avec rigueur les biens composants chacun de leurs patrimoines et, avec plus de précisions encore, de définir les biens qui en sont expressément exclus. Si l'objectif poursuivi par les régimes d'esprit communautaire est, en principe, la fusion plus ou moins accrue des patrimoines des époux, il leur demeure possible de faire varier le curseur de cette fusion patrimoniale à la baisse. Une telle solution pourra connaître des opportunités évidentes en matière de pacification de la désunion.

657.**Clauses de prélèvement.** Enfin, dans le cadre du partage, il est fréquent que les litiges naissent de l'attribution d'un bien déterminé aux termes du partage, ou de la crainte d'une telle attribution. A défaut d'anticipation, le partage pourrait aboutir à priver l'époux d'un bien à caractère familial ou nécessaire à son exploitation professionnelle. Afin de se prémunir contre les périls engendrés par une attribution mal maîtrisée, il convient d'orienter les époux vers les solutions offertes par le législateur : clause de reprise des apports, clauses de prélèvements ou attributions préférentielles. Chacune de ces solutions devra être envisagée

¹⁰⁴⁵ O. WILDE, *Le portrait de Dorian Gray*, 15 décembre 1992, éd. Seuil

et, éventuellement, aménagée afin de répondre au mieux aux demandes spécifiques du couple et de son patrimoine particulier.

658.**Rigueur.** Face à de telles situations, le notaire devra s'attacher à une rigueur particulière afin d'assurer les époux de l'efficacité de telles exclusions. Toutefois, cette rigueur ne sera pas suffisante pour pallier le manque de diligence des époux eux-mêmes. Ainsi, l'anticipation contractuelle n'est rien face aux comportements des époux au cours de leur union. Le notaire devra attirer l'attention des époux sur le fait que la stipulation d'exclusion n'est protectrice de leurs patrimoines que si, et seulement si, ils agissent en corrélation avec les stipulations prévues aux termes de leur contrat de mariage.

CHAPITRE 2 : LES CLAUSES PROPRES AU REGIME DE PARTICIPATION AUX ACQUETS

659.**Anticipation.** Par nature, le régime de la participation aux acquêts a pour objectif d'anticiper sa propre liquidation en assurant aux époux un partage de l'enrichissement du couple. Il paraît donc incarner un outil efficace pour les époux désireux de répondre au double objectif de protection des patrimoines et de partage des richesses. Toutefois, ce régime peut, et souvent doit, être aménagé afin de parfaire les solutions qu'il engendre. A ce titre, l'article 1581 du Code civil offre la possibilité aux époux de stipuler des règles divergentes de celles des règles légales qui lui sont applicables. Il énonce des exemples de telles dérogations : partage inégal, attribution intégrale des acquêts nets du défunt au survivant, possibilité d'imposer la dation en paiement... Ces aménagements sont une application évidente de la liberté des conventions matrimoniales.

660.**Limite.** Cette liberté n'est toutefois pas totale et doit être limitée¹⁰⁴⁶ par l'ordre public, les bonnes mœurs ainsi que par l'économie du régime lui-même¹⁰⁴⁷. En régime de participation, il semble que cette économie puisse être considérée comme « *la sauvegarde du droit futur de chacun des époux de participer à l'enrichissement éventuel de son conjoint* »¹⁰⁴⁸. Nul doute que le choix en faveur de ce régime était souvent justifié par la faculté d'y insérer des clauses spécifiques, parmi lesquelles la clause d'exclusion des biens professionnels. Toutefois, la jurisprudence récente semble consacrer l'inefficacité de cet outil d'anticipation face au divorce¹⁰⁴⁹. Afin de comprendre les conséquences de cette décision prétorienne, il convient d'analyser l'opportunité apparente de ce type de clauses et les conséquences de sa qualification (Section 1), avant de s'intéresser aux conséquences capitales de cette jurisprudence (Section 2).

¹⁰⁴⁶ V. *supra*, spéc. 62 et s.

¹⁰⁴⁷ Pour une application en matière de participation aux acquêts : v. Cass., 1^{ère} civ., 8 avril 2009, n°07-15.945 : Bull. 2009, I, n° 80 ; AJ. Fam. 2009, 219, obs. S. DAVID ; D. 2009, somm. 1201, obs. V. EGEA ; Defrénois 2009, 1483, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP N 2009, 1234, n. J.- G. MAHINGA ; RTD civ. 2009, 516, obs. J. HAUSER ; *ibid.* 769 et 771, obs. B. VAREILLE.

¹⁰⁴⁸ C. FARGE, *In Droit patrimonial de la famille*, ss. la dir. de M. GRIMALDI, D. Action, 2008/2009, n° 171.

¹⁰⁴⁹ Cass., 1^{ère} civ. 18 décembre 2019, n°18-26.337 : PBI ; JurisData n°2019-023658 ; AJ. Fam. 2020, p.126, n. N. DUCHANGE ; D. 2020, p.635, n. Th. LE BARS et L. MAUGER-VIELPEAU ; D. actu., 23 janvier 2020, n. Q. GUIGUET-SCHIELE ; Defrénois, n°9, 27 février 2020, 157m3, obs. F. LETELLIER ; Defrénois 2020, n°22-23, p.44, n. I. DAURIAC ; Dr. Fam., n°2, 1^{er} février 2020, 112q9, n. L. MAUGER-VIELPEAU ; Dr. Fam. 2020, comm. 44, n. S. TORICELLI-CHIRIFI ; Gaz. Pal. n°3, 21 janvier 2020, n. C. BERLAUD ; Gaz. Pal. n°14, 7 avril 2020, p. 66, n. A. DEPRET ; JCP N 2020, n°1-2, act. 116, et n°9, 1059, obs. A. KARM ; JCP G 2020, 225, J.-R. BINET ; Lexis Actu, 8 janvier 2020, n. A. KARM ; RTD civ. 2020, p.175 et 178, n. B. VAREILLE ; RJPF 2020, 2/14, p.35, n. J. DUBARRY et E. FRAGU ; Solution notaires 2020, n°19, inf.10, n. G. YILDIRIM.

Section 1 : Les clauses d'exclusion ou de plafonnement, un outil d'anticipation

661. **Une solution plurielle.** En vue d'anticiper un éventuel divorce et de protéger le patrimoine des époux, notamment le patrimoine professionnel, la doctrine et la pratique notariale ont imaginé diverses clauses. Les facultés d'aménagement de ce régime semblaient, en effet, permettre contractuellement d'accroître, de diminuer¹⁰⁵⁰ voire de plafonner la créance de participation. Certains auteurs ont, à ce sujet, proposé la possibilité de stipuler, par une définition plus stricte, une diminution, voire une suppression du patrimoine originaire, aboutissant ainsi à une participation quasi-totale à l'enrichissement¹⁰⁵¹. Cette solution répond à une volonté de protéger le conjoint en cas de dissolution de l'union par décès. A l'inverse, en cas de divorce, elle pourrait faire naître d'importants conflits entre les époux. A ce titre, elle ne répond pas à l'objectif d'anticipation d'un éventuel divorce et ne répond donc pas à l'objectif visé par la présente étude. Dans un objectif d'anticipation, il semblait possible de stipuler une clause ayant pour objet de limiter, voire d'exclure, la créance de participation en présence, notamment, de biens professionnels¹⁰⁵². De telles clauses répondaient à un objectif évident d'anticipation de la désunion (§1). Toutefois, leur qualification, longtemps débattue, entraîne des conséquences importantes quant à leur efficacité (§2).

§1 : Une recherche d'anticipation

662. **Objectif.** L'objectif visé par les clauses de plafonnement ou d'exclusion était, dans la majorité des cas, la protection du patrimoine du professionnel afin d'obvier le risque que la dissolution de l'union se double d'un endettement de celui-ci pouvant aboutir à une faillite ou à un dépôt de bilan. Tel pourrait notamment être le cas si le montant de la créance due par l'époux professionnel s'avérait supérieur à ses liquidités disponibles et que l'époux professionnel se voyait alors contraint de céder son outil professionnel afin de régler cette créance. Cette solution était notamment souvent utilisée par les professionnels du droit exploitant en libéral. Elle pouvait concerner autant les deux époux qu'un seul d'entre eux suivant la composition de leur patrimoine et leur profession. Afin de poursuivre un tel

¹⁰⁵⁰ Il ne semble toutefois pas possible de renoncer à la créance de participation avant la dissolution de l'union. En ce sens, v. Cass., 1^{ère} civ., 8 avril 2009, n°07-15.945 : Bull. civ. I, n°80 ; op. cit.

¹⁰⁵¹ C. FENARDON : « La participation inégale aux acquêts », JCP N 2009, 1117.

¹⁰⁵² C. FENARDON : « La participation aux acquêts et la protection des biens professionnels. Une billevesée ? », JCP N 2009, 1245.

objectif, plusieurs solutions semblaient pouvoir être envisagées¹⁰⁵³ : pondération de la participation, voire exclusion de certains biens de l'assiette de son calcul (A). Ces clauses étaient, en outre, souvent accompagnées d'une clause de partage alternatif selon la cause de la dissolution de l'union (B).

A. Clauses de pondération ou d'exclusion

663. Pondération. Afin de minimiser les risques d'une éventuelle dissolution, il semblait possible d'envisager de minorer le taux de participation en prévoyant par exemple une participation à concurrence du tiers ou du quart de l'enrichissement, contre la moitié à défaut d'une telle convention. Cette solution permettait de minimiser¹⁰⁵⁴, si ce n'est parfois d'éteindre, la créance de participation de l'époux chef d'entreprise. Suivant un raisonnement similaire, il était parfois envisagé de plafonner la créance de participation due en la limitant à un certain montant ou à une quote-part des actifs non professionnels existants¹⁰⁵⁵. Par la mise en œuvre de cette solution, l'époux professionnel n'aurait plus eu à céder l'outil de son travail afin de régler une telle créance.

664. Exclusion totale. Dans une volonté encore plus protectrice, les époux semblaient pouvoir décider d'opter pour la solution consistant à exclure totalement l'outil professionnel de la liquidation de la créance de participation¹⁰⁵⁶ par un travail de définition des patrimoines¹⁰⁵⁷. Une telle solution aurait permis de considérer que l'enrichissement était partagé sur l'ensemble des biens à l'exclusion des biens professionnels. Dans ce but, ils stipulaient, dans leur contrat de mariage, un aménagement de la définition du patrimoine final et du patrimoine originaire : le premier se voyant amputé du patrimoine professionnel (outil de travail notamment) et le second, patrimoine originaire, étant élargi corrélativement. Une telle exclusion nécessitait un travail rigoureux de définition d'un tel patrimoine afin d'éviter

¹⁰⁵³ Pour des modèles de clauses : v. 106^{ème} Congrès des notaires de France, op.cit., p. 772 et s.

¹⁰⁵⁴ V. sur ce point : N. DUCHANGE, « La minoration du taux de la participation aux acquêts », Defrénois 1993, art. 35670.

¹⁰⁵⁵ A. KARM et X. GROSJEAN : « L'activité professionnelle en régime de participation aux acquêts : perspectives liquidatives », JPC N 2018, 1363.

¹⁰⁵⁶ J.- F. PILLEBOUT : « Une nouvelle formule de contrat de mariage : participation aux acquêts avec exclusion des biens professionnels », JCP N 1987, I, n°79 ; 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, n°487.

¹⁰⁵⁷ Quant à l'opportunité d'une telle clause : v. R. CORPECHOT, Rapport du 75^e Congrès des notaires de France, *Le statut matrimonial du Français*, tome 1, p. 310 ; G. CHARRAS et D. DUMAND, Rapport du 84^e Congrès des notaires de France, *Couples et modernité*, p. 47.

tout litige au jour de la dissolution. En ce sens, le rapport du 106^{ème} Congrès des notaires de France a pu proposer une définition à inclure dans une telle clause :

« Les biens professionnels sont définis d'après les usages de la profession et comprennent notamment :

Tout fonds de commerce ou artisanal, tout établissement commercial, industriel ou financier, toute entreprise agricole, tout office public ou ministériel, tous droits cessibles relatifs à une clientèle civile, avec tous éléments corporels ou incorporels dépendant de ces divers biens.

Les droits dans une société exploitant un fonds de commerce, un fonds artisanal, un établissement commercial, industriel ou financier, une entreprise agricole ou une clientèle civile, si l'époux exerce dans le cadre de cette société son activité principale.

Les immeubles ou les droits dans une société propriétaire des immeubles utilisés pour les besoins professionnels de l'époux. »¹⁰⁵⁸

665. Précisions rédactionnelles. Outre ce travail de définition des biens objets de l'exclusion, il convenait d'accompagner cette exclusion d'une stipulation relative à l'évaluation de cet outil professionnel autant quant à la méthode d'évaluation que quant à la date de celle-ci. Sur ce point, afin d'éviter toute problématique liée à une éventuelle plus-value entre la date de dissolution et la date de liquidation, il convenait de prendre pour référence, par dérogation à l'article 1571 du Code civil, l'état au jour de la liquidation. Le passif afférent à cet actif professionnel devait suivre le même sort et, à ce titre, faire l'objet du même travail de qualification afin d'assurer l'équilibre de ce montage. Précisons que dans l'hypothèse où ce passif professionnel aurait été supérieur à l'actif auquel il était lié, l'époux professionnel n'aurait pu se prévaloir de ce passif au titre de la liquidation de la créance de participation et une telle clause bénéficierait alors au conjoint non professionnel. Enfin, afin de se prémunir contre la malveillance de l'un des époux, il était également possible de prévoir un palliatif permettant au conjoint de demander une requalification et une réintégration dans le calcul de la créance lorsque l'époux professionnel avait délibérément investi de manière excessive, anormale ou injustifiée dans des biens à usage professionnel afin de limiter, voire d'éteindre, toute créance dont il aurait pu être débiteur.

¹⁰⁵⁸ 106^{ème} Congrès des notaires de France, op.cit., p. 773.

B. La clause de liquidation alternative, un outil désormais inefficace ?

666. **Une liquidation alternative.** Dans un but d'anticipation, ces clauses d'exclusion ou de plafonnement étaient souvent jointes à une clause de partage alternatif suivant la cause de la dissolution du régime. En effet, si les époux peuvent souhaiter faire participer leur conjoint à leur enrichissement lorsque l'union aura pour terme le décès de l'un d'eux, une telle vocation est plus souvent mise en péril lorsque la dissolution survient pour cause de divorce. Dans ce cas, il est fréquent que les époux souhaitent alors conserver l'esprit séparatiste de leur régime. Dans ce but, il était fréquent que le notaire leur conseille d'insérer aux termes de leur contrat de mariage une clause de partage alternatif selon la cause de la dissolution. Toutefois, l'efficacité d'une telle clause est aujourd'hui remise en cause compte tenu de la jurisprudence actuelle.

667. **Exclusion alternative.** Les époux semblaient ainsi avoir la faculté de prévoir que, si la dissolution survenait pour cause de divorce, la clause d'exclusion des biens professionnels s'appliquait pleinement. De ce fait, ces biens n'auraient pas été inclus dans la liquidation de la créance de participation. Cette cause de dissolution était, sans nul doute, celle qui justifiait de manière la plus évidente l'insertion d'une clause d'exclusion. En effet, l'objectif de la participation aux acquêts était, et demeure, le partage des richesses créées en cours d'union. Il paraît certain que cette volonté de partage disparaît, pour la plupart des couples tout au moins, en cas de divorce. Si la dissolution survenait à cause de mort, il convenait alors de distinguer selon que le défunt était ou non l'époux professionnel. Si le défunt était l'époux professionnel, la protection liée à la clause d'exclusion n'a plus vocation à s'appliquer et par suite, la liquidation devait comprendre l'ensemble des biens, y compris les biens professionnels. *A contrario*, si le défunt était le conjoint non professionnel, dans cette hypothèse, la clause d'exclusion s'appliquait – sous réserve toutefois que l'époux survivant soit toujours exploitant et sous réserve d'une éventuelle action en retranchement. On constate que la clause d'exclusion jointe à une clause de liquidation alternative apparaissait comme un outil d'anticipation semblant permettre d'offrir aux époux le partage des richesses en cas de décès et la protection du patrimoine professionnel en cas de divorce.

668. **Exclusion totale.** Suivant un raisonnement analogue, les époux semblaient également pouvoir envisager d'exclure purement et simplement le règlement de toute créance de participation en cas de dissolution par divorce. S'agissant alors d'une clause alternative relative aux modalités de la liquidation prévue *ab initio*, une telle clause ne nous semblait pas

pouvoir être analysée comme juxtaposant deux régimes distincts¹⁰⁵⁹. Elle se limitait à prévoir une alternative entre deux modes de liquidation prévus contractuellement *ab initio* par les époux. De notre point de vue, une telle clause ne serait pas plus contestable qu'une clause prévoyant une modalité spécifique à la liquidation du régime, au même titre qu'une clause de partage inégal. En outre, une telle solution ne pourrait, en principe, préjudicier aux créanciers puisque l'ensemble des biens des époux leur demeure personnel en présence de ce régime. Les garanties leur ayant été consenties ne devraient donc pas pouvoir être remises en causes sur ce fondement. Toutefois, ce n'est pas la validité de cette clause mais sa qualification qui entraîne aujourd'hui un risque prépondérant quant à son efficacité.

§2 : La qualification de la clause d'exclusion, une réponse jurisprudentielle attendue

669. Interrogation. Si cette clause pouvait être perçue par certains comme l'élément essentiel en faveur du choix du régime de la participation aux acquêts, d'autres mettaient en doute sa validité ou, tout au moins, son efficacité en matière de divorce. En effet, une partie de la doctrine considérait qu'une telle clause pouvait générer une situation totalement déséquilibrée et être annulée sur ce fondement. En effet, exclure le patrimoine professionnel de l'un des époux pouvait aboutir à renverser la titularité de la créance et, donc, favoriser ce dernier qui pourrait alors prétendre à une créance de participation alors même que son enrichissement professionnel personnel n'est pas pris en compte dans le calcul de la créance. Sur ce fondement, certains auteurs arguaient de l'injustice d'une telle solution et de la possibilité de voir annuler une telle clause. Pour cette raison, la pratique notariale orientait parfois les époux vers un simple plafonnement de la créance de participation ou une minoration du taux de participation permettant d'éviter ce travers tout en protégeant le conjoint professionnel. La question fondamentale débattue en doctrine portait toutefois principalement sur la qualification de cette clause. Le débat doctrinal à ce sujet a fait couler beaucoup d'encre (A). Par un arrêt largement commenté du 18 décembre 2019¹⁰⁶⁰, la Cour de cassation semble avoir enfin tranché la question de la qualification d'une telle clause (B).

¹⁰⁵⁹ V. FLAMENT, « Observations sur un régime matrimonial à liquidation alternative (à propos du régime de participation aux acquêts) », Defrénois 1993, art. 35575.

¹⁰⁶⁰ Cass., 1^{ère} civ. 18 décembre 2019, n°18-26.337 : op. cit.

A. Une qualification largement débattue

670. Avantage matrimonial. La doctrine majoritaire s'accordait à faire prévaloir qu'une telle clause pourrait être analysée comme un avantage matrimonial. Cette notion fondée sur l'article 1527 du Code civil ne connaît pas de définition légale précise. Elle a, initialement, pour but de protéger les enfants du premier lit en garantissant leur réserve héréditaire par le jeu de l'action en retranchement. A la lecture de cet article, on déduit qu'il s'agit davantage « *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* ». Toutefois, cette définition vague a donné lieu à un important contentieux notamment en matière de divorce. Nombreux sont les auteurs qui se sont attelés à tenter de définir cette notion. Il nous paraît possible de retenir la proposition de définition offerte par Monsieur Frédéric Lucet, dans sa thèse. Selon ce dernier, les avantages matrimoniaux peuvent être définis comme « *un profit procuré, en qualité de copartageant, à l'un des époux et résultant du fonctionnement du régime matrimonial* »¹⁰⁶¹. Cette définition peut être mise en parallèle avec celle proposée par Monsieur Quentin Guiguet-Schiele : « *L'avantage matrimonial peut se définir comme le bénéfice obtenu pour un époux de l'application des dispositions non impératives du régime matrimonial, dont il n'aurait pas pu jouir sans celui-ci* »¹⁰⁶². Suivant ces raisonnements, l'avantage matrimonial n'est pas obligatoirement lié, contrairement à ce qui pouvait autrefois être retenu, à un régime de communauté mais est intrinsèquement lié à la notion d'association conjugale. C'est d'ailleurs en ce sens que la réponse ministérielle du 17 octobre 1988¹⁰⁶³ avait pu se prononcer sans toutefois être suivie de la promulgation d'une définition législative.

671. Doctrine favorable. Si la doctrine semble admettre de manière relativement unanime la possibilité de l'existence d'un avantage matrimonial dans un régime de participation aux acquêts, c'est l'identification de ce type d'avantage qui prêtait à débat. Concernant les clauses d'exclusions, Monsieur Claude Brenner s'était déjà prononcé en faveur d'une telle qualification en écrivant « *qu'en écartant les règles du fonctionnement normal de la participation aux acquêts qui ne doivent recevoir application qu'en cas de dissolution du mariage par décès, elle crée bel et bien un avantage matrimonial dans le divorce au profit de*

¹⁰⁶¹ F. LUCET : « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », Thèse, Paris II, 1987, spéc. n°432, p.597.

¹⁰⁶² Q. GUIGUET-SCHIELE, « La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux : essai sur une fiction disqualificative », Thèse, Toulouse I, 2013.

¹⁰⁶³ Rép. Min. n°601, 17 octobre 1988.

l'époux qui en retire un bénéfice. Prétendre le contraire, au motif que l'avantage matrimonial n'existerait sous la participation aux acquêts que par comparaison avec les résultats de la liquidation d'un régime de séparation de biens (...) revient à nier ce qui est l'essence même de l'avantage matrimonial : un bénéfice résultant des stipulations d'une "communauté" (en nature ou en valeur) conventionnelle. »¹⁰⁶⁴.

672. Doctrine défavorable. Prenant le contre-pied de ce raisonnement, Maître Nicolas Duchange refusait, quant à lui, ce raisonnement en considérant qu'il conduisait à « *nier la nécessaire spécificité de chaque régime* » et à déconsidérer le régime de la participation aux acquêts¹⁰⁶⁵. Selon lui, la clause d'exclusion était, en pratique, une clause de pondération qui entraînait un rapprochement entre ce régime et le régime de la séparation de biens. De ce fait, l'avantage matrimonial semblait, en pratique, consenti à l'époux qui recevait la créance de participation - à laquelle il n'aurait pu prétendre en régime de séparation de biens - et non à celui qui versait celle-ci et ce, même si le montant qu'il versait était inférieur à celui qu'il aurait eu à verser en application des règles légales de ce régime. Il considérait, en effet, que les règles légales de la participation aux acquêts ne pouvaient servir d'étalon à la mesure de l'avantage matrimonial. De son point de vue, afin de ne pas « *rompre la continuité entre les régimes* », ce régime devait être considéré comme un régime séparatiste et, à ce titre, avoir comme étalon le régime de la séparation de biens¹⁰⁶⁶. Suivant un raisonnement analogue, Maître François Letellier considérait qu'une telle clause consistait simplement à rapprocher le régime de la participation aux acquêts de celui de la séparation de biens pure et simple. En conséquence, il considérait, prenant comme régime de référence celui de la séparation de biens, que cette moindre communautarisation ne pouvait aboutir à constater un avantage matrimonial¹⁰⁶⁷. A défaut de réponse législative, les deux raisonnements semblaient pouvoir être admis et on constate ici la vigueur de cette opposition.

¹⁰⁶⁴ C. BRENNER : « Avantage matrimonial et participation aux acquêts : le sort de la clause d'exclusion des biens professionnels dans le divorce », *In Mélanges en l'honneur du professeur Henri Hovasse*, 2016, LexisNexis, n°3.

¹⁰⁶⁵ N. DUCHANGE : « Avantages matrimoniaux : vrais ou faux ? apparents ou cachés ? », *Deffrénois*, 150p6, n° 47, 21 novembre 2019, p.25.

¹⁰⁶⁶ Il fonde notamment son raisonnement sur celui de Q. GUIGUET-SCHIELE qui, sur ce point, avait exposé, aux termes de sa thèse, que « *L'étalon proposé est donc la situation des époux sans régime matrimonial autre qu'impératif, ce qui revient à appliquer la séparation de biens, déduction faite de toute règle exorbitante de droit commun* » (op. cit., spéc.415).

¹⁰⁶⁷ Fr. 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 », *JCP N* 2008, n°12, 1150.

B. La reconnaissance prétorienne de la qualification d'avantage matrimonial : la fin d'une errance qualificative

673.**Précédent.** Par un arrêt du 18 décembre 2019¹⁰⁶⁸ et pour la première fois, la jurisprudence a tranché de manière claire la qualification de la clause d'exclusion des biens professionnels. Son argumentaire se fonde, non pas sur l'iniquité d'une telle clause, mais sur le plan des avantages matrimoniaux. Ainsi, dans son attendu de principe, la Cour énonce que *« 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 »*. Le cas d'espèce est somme toute assez classique mais doit être ici analysé compte tenu de l'impact qu'a cet arrêt sur l'efficacité d'une telle clause.

674.**Les faits.** Deux époux, une pharmacienne et un directeur de laboratoire d'analyses, mariés sous le régime de la participation aux acquêts ont inséré dans leur contrat de mariage une clause stipulant que, en cas de dissolution du régime pour une autre cause que le décès de l'un 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 »*. Lors des opérations de liquidation et de partage du régime matrimonial, suite au divorce des époux prononcé le 26 septembre 2008, l'époux demande la révocation de plein droit de cette clause d'exclusion et, par suite, l'intégration des biens professionnels de son conjoint dans la liquidation de la créance de participation sur le fondement de l'article 265 du Code civil relatif aux sorts des avantages matrimoniaux et des libéralités en cas de divorce. C'est ainsi sur la question de la qualification d'une telle clause que se sont opposées la Cour d'appel et la Cour de cassation. En effet, la Cour d'appel refuse de retenir la qualification d'avantage matrimonial retenant que cette notion *« est attachée au régime de communauté »*. Or, au visa de l'article 265, la Cour de cassation, à l'inverse, est venue élargir, une fois encore, la notion d'avantage matrimonial – dont la qualification est particulièrement débattue en doctrine¹⁰⁶⁹ – en consacrant la possibilité d'un tel avantage en régime de participation aux acquêts. Tirant les conséquences d'une telle qualification, elle conclue que lesdits avantages

¹⁰⁶⁸ Cass., 1^{ère} civ. 18 décembre 2019, n°18-26.337 : op. cit.

¹⁰⁶⁹ V. notamment : F. LUCET, Thèse, Paris II, 1987, op cit. – Q. GUIGUET-SCHIELE, Thèse, Toulouse I, 2013., op. cit.

prenant effet à la dissolution du régime sont, par suite, « *révoqués de plein droit par le divorce des époux, sauf volonté contraire de celui qui les a consentis exprimée au moment du divorce* ». L'efficacité d'une telle clause est donc ici mise en danger.

675. Qualification. Cet arrêt, bien que récent, a déjà fait couler beaucoup d'encre et a été abondamment critiqué car sa portée interroge la doctrine comme les praticiens. Doit-on y voir le glas de l'opportunité du régime de la participation aux acquêts face aux patrimoines professionnels ? De l'ensemble des clauses aménageant ce régime ? Voire, plus généralement, des clauses anticipant la liquidation en cas de dissolution de l'union ? Ou, au contraire, cet arrêt doit-il être perçu comme une maladresse¹⁰⁷⁰ de la Cour qui a étendu une solution qu'elle voulait équitable ? Seul l'avenir, nous le dira. Sur le plan de la définition de l'avantage matrimonial, cet arrêt semble en accord avec le courant jurisprudentiel. La reconnaissance de l'existence d'avantages matrimoniaux en dehors du carcan des clauses d'une communauté conventionnelle, contrairement à son acception historique¹⁰⁷¹, nous paraît devoir être encouragée. Il paraît, en effet, tout à fait possible de prévoir des stipulations générant ce type d'avantage, notamment dans un régime de séparation de biens avec adjonction d'une société d'acquêts, comme cela a récemment pu être retenu¹⁰⁷². Cette solution se justifie par la qualification de communauté conventionnelle d'une telle société d'acquêts.

676. Solution contestable. En matière de participation aux acquêts, cette solution nous paraît moins certaine et devoir être appréciée plus strictement *in concreto*. En effet, si la participation aux acquêts et les régimes de communauté peuvent être rapprochés du fait des similitudes qu'engendrent leur liquidation, ces similitudes ne se retrouvent qu'en valeur et non en nature. La notion d'acquêt ne doit pas faire perdre de vue le caractère séparatiste de ce régime. Il n'existe aucune communauté à aucun moment de la vie de ce régime que ce soit au cours de son fonctionnement ou au jour de sa dissolution. Les biens acquis par les époux conjointement sont indivis et non communs. Le terme d'« acquêts » ne doit pas être confondu avec celui de « commun ». Si en régime de communauté, les « acquêts » sont réputés communs du fait de la présomption de communauté de l'article 1402 du Code civil. En régime de participation aux acquêts, ces acquêts demeurent la propriété exclusive de l'époux les ayant acquis ou créés. Cette notion n'a alors d'impact que pour le calcul de la créance de

¹⁰⁷⁰ A. KARM, « Clause d'exclusion des biens professionnels en régime de participation aux acquêts : coup d'arrêt ou maladresse ? », *Lexis Actu*, 8 janvier 2020.

¹⁰⁷¹ Cass., 1^{ère} civ., 31 janvier 2006, n°02-21.121 : Bull. 2006, I, n° 48, p.49 ; JurisData n° 2006-031909 ; JCP N 2006, n° 8, act. 195.

¹⁰⁷² Cass., 1^{ère} civ., 29 novembre 2017, n°16-29.056 : op cit.

participation afin d'assurer un partage des richesses. Ainsi, si la reconnaissance d'un avantage matrimonial en participation aux acquêts paraît logique, une telle qualification, concernant la clause d'exclusion des biens professionnels, semble moins évidente, voire critiquable. Mais surtout, il convient de tirer les conséquences de l'éventuelle reconnaissance d'une telle qualification quant à l'efficacité de ces clauses face au divorce.

Section 2 : Vers la fin programmée de l'opportunité des clauses d'exclusion ?

677. **Évolution.** La validité, comme l'efficacité des clauses d'exclusion des biens professionnels face au divorce, a fait l'objet d'un débat doctrinal important. Jusqu'alors, la jurisprudence n'avait pas apporté de réponse claire à cette interrogation, laissant libre court à cette pratique notariale. Toutefois, tirant les conséquences de la qualification d'avantage matrimonial de telles clauses et de l'application de la nouvelle rédaction de l'article 265 du Code civil issue de la loi du 26 mai 2004¹⁰⁷³, la Cour de cassation semble avoir tranché la question de leur efficacité aux termes de l'arrêt du 18 décembre 2019¹⁰⁷⁴. Si l'effort qualificatif de la jurisprudence ne peut qu'être encouragé, il convient de déplorer la formulation retenue par celle-ci (§1). Cet arrêt, si sa portée devait être confirmée, entraîne des conséquences prépondérantes sur la validité de la clause d'exclusion des biens professionnels en régime de participation aux acquêts, comme d'ailleurs quant aux clauses d'anticipation au sens général (§2).

§1 : Un raisonnement logique porté par une formulation excessive et maladroite

678. **Conséquences pratiques.** D'un point de vue pratique, la formulation retenue par la Cour engendre plus de doutes qu'elle ne génère de solutions. Si la qualification de la clause d'exclusion comme avantage matrimonial était prévisible¹⁰⁷⁵, bien que contestable¹⁰⁷⁶, la Cour retient ici une acception, à notre sens, trop large dans son attendu de principe de la notion d'avantage matrimonial (A). En outre, la formulation retenue quant à l'expression de la volonté des parties paraît aller au-delà de ce qui est exigé par la loi. Une telle position jurisprudentielle crée une réelle insécurité juridique vis-à-vis de la volonté exprimée par les époux au jour de leur union (B).

¹⁰⁷³ L. n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce (JORF n°122 du 27 mai 2004, p.9319).

¹⁰⁷⁴ Cass., 1^{ère} civ. 18 décembre 2019, n°18-26.337 : op. cit.

¹⁰⁷⁵ C. BRENNER, « Avantage matrimonial et participation aux acquêts : le sort de la clause d'exclusion des biens professionnels dans le divorce », *In Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Hovasse*, p. 471 et s., Dalloz, 2016.

¹⁰⁷⁶ Fr. LETELLIER, JCP N 2008, n°12, 1150, op. cit.

A. Une acception trop extensive de la notion d'avantage matrimonial

679. **Une formulation douteuse** Fondant son raisonnement sur le premier alinéa de l'article 265 du Code civil, elle se borne à distinguer selon la date de prise d'effet d'un tel avantage et non sur la recherche d'un équilibre entre les époux. Pour exemple, afin de pallier le risque d'une telle qualification, le 106^{ème} congrès des Notaires de France avait pu conseiller de stipuler une telle clause au bénéfice de chacun des époux considérant que « *Cette réciprocité évince ainsi tout risque de la voir retenue comme constituant un avantage matrimonial* »¹⁰⁷⁷. Or, compte tenu de la formulation de l'arrêt, une telle solution ne semble plus envisageable, la définition étant fondée sur les effets, simple « profit » résultant de la clause, et non sur une quelconque recherche d'équité entre les époux.

680. **Une solution extensive.** Un tel raisonnement pourrait aboutir à considérer que l'ensemble des clauses dérogeant aux règles légales prenant effet au jour de la dissolution pourraient être considérées comme des avantages matrimoniaux. En régime de participation aux acquêts, tel sera ainsi le cas des clauses d'exclusion pures et simples comme des clauses de plafonnement de la créance de participation. La Cour de cassation n'ayant pas encadré la définition, ne comblant pas les lacunes législatives, d'autres clauses pourraient également être affectées par une telle solution¹⁰⁷⁸. Cela pourra notamment être le cas des clauses définissant plus ou moins strictement le patrimoine originaire ou final, ou encore des clauses relatives à un partage inégal de la participation. Il est à regretter que la Cour n'ait pas davantage précisé sa position sur ce point car son silence engendre une confusion. Un doute plane désormais sur l'ensemble des clauses liquidatives aménageant les règles légales de la participation aux acquêts¹⁰⁷⁹. De plus, par un raisonnement par analogie, du fait de cette absence de précision, rien de nous permet d'exclure qu'une telle solution soit désormais applicable dans d'autres régimes notamment en présence d'une clause de liquidation alternative dans une communauté conventionnelle ou une société d'acquêts. La faculté d'anticipation des couples serait donc grandement mise en péril par cette définition vaste et sans limite.

¹⁰⁷⁷ 106^{ème} Congrès des notaires de France, op. cit., p. 489.

¹⁰⁷⁸ Q. GUIGUET-SCHIELE : « Les clauses menacées par les nouvelles interprétations de l'article 265 du Code civil », Gaz. Pal., 31 mars 2016, n°13, p. 58.

¹⁰⁷⁹ V. en ce sens : N. DUCHANGE, « Peut-on traiter des avantages matrimoniaux sans évoquer les simples bénéfices ? », AJ. Fam., 2020, 126.

681. Une solution discriminante. En outre, se bornant à appliquer les règles de l'article 265, la Cour de cassation ne constate la révocation que des « *avantages matrimoniaux prenant effet à la dissolution du régime matrimonial* ». Bien que ce raisonnement soit parfaitement logique et rigoureux, l'acception large retenue par la Cour entraîne, sur ce point, une différence fondamentale de traitement suivant le régime matrimonial choisi par les couples. En présence d'une participation aux acquêts, suivre le raisonnement de la Cour de cassation aboutit, par la logique juridique du syllogisme, à en nier l'efficacité. L'avantage ainsi procuré prenant effet au jour de la dissolution, il sera révoqué de plein droit en cas de divorce par une application stricte de l'article 265. Or il n'en est pas de même en régime de communauté. En effet, en présence d'un régime de communauté, il est également possible de stipuler une clause d'exclusion des biens professionnels. Cette clause, si l'on suit le raisonnement proposé aux termes de cet arrêt, pourrait être analysée comme un avantage matrimonial. Toutefois, cet avantage prend *a contrario* effet au cours de l'union et ne pourrait donc pas être révoqué en application du même article en cas de divorce. Cela aboutira au maintien d'un tel bien dans le patrimoine propre de l'époux. Cette différence de traitement engendrée par cette solution jurisprudentielle, nous paraît entraîner une communautarisation plus marquée en régime de participation aux acquêts qu'en régime de communauté. Si l'on sait que la Haute Juridiction n'est pas réticente à ce type de paradoxes¹⁰⁸⁰, ils n'en demeurent pas moins critiquables. En outre, cela revient à considérer que les époux professionnels qui souhaiteraient à la fois protéger leur patrimoine, protéger le conjoint durant l'exploitation et partager leur enrichissement devraient faire le choix entre ces volontés. Car si le régime de communauté permet une telle exclusion, on sait qu'il n'est pas le plus protecteur pour le conjoint de l'époux professionnel face aux créanciers. Cette solution qui contredit, en outre, les projections des parties, nous paraît porter atteinte à la liberté des conventions matrimoniales¹⁰⁸¹.

¹⁰⁸⁰ V. en ce sens la jurisprudence extensive rendue sur le fondement de la contribution aux charges du mariage en régime de séparation de biens (V. *supra*, spéc. 319 et s.).

¹⁰⁸¹ V. en ce sens : F. LETELLIER : « Avis de tempête sur la participation aux acquêts ! », *Deffrénois* 157m3, n° 9, 27 février 2020, p. 23 – Q. GUIGUET-SCHIELE : « L'avantage matrimonial révocable en participation aux acquêts », *D. Actu.*, 23 janvier 2020.

B. Une volonté « exprimée » en lieu et place d'une volonté « constatée »

682. **Une insécurité juridique.** Par cette décision, la Cour crée une réelle insécurité juridique vis-à-vis des prévisions des époux. Si elle prend toutefois soin de préciser la possibilité offerte aux époux d'évincer une telle solution par une volonté « *exprimée au moment du divorce* », cette formulation nous paraît hasardeuse. D'une part, face à des époux en instance de divorce, et en dehors des hypothèses d'un consentement mutuel total, il nous paraît peu envisageable qu'un époux souhaite rendre irrévocable un avantage matrimonial consenti comme l'alinéa 2 de l'article 265 lui en offre la possibilité, sauf à l'ériger en élément de négociation dans le divorce. Cette solution entraîne donc un risque quant à l'efficacité des prévisions réalisées par les époux au jour de leur union. Or, il est évident que si les époux ont entendu stipuler une telle clause, c'est surtout, et avant tout, pour se prémunir en cas de séparation. Un tel aléa entraîne inévitablement une perte d'opportunité d'une telle clause.

683. **Une formulation critiquable.** D'autre part, compte tenu de la formulation retenue par la Cour, il nous semble que cette décision outrepassse la lettre même de l'article 265. En effet, l'alinéa 2 prévoit une possibilité pour les époux d'éviter cette révocation de plein droit par leur volonté contraire. Selon la lettre de ce texte, « *Cette volonté est constatée dans la convention signée par les époux et contresignée par les avocats ou par le juge au moment du prononcé du divorce et rend irrévocables l'avantage ou la disposition maintenus* ». Or, là où le texte retient une volonté « constatée » au jour du divorce, la Cour, quant à elle, exige une volonté « exprimée » au jour du divorce.

684. **Nuance sémantique.** Si la nuance peut paraître mince, il n'en est rien. En effet, se fondant sur la notion de constat, Madame le Ministre Rachida Dati, alors garde des sceaux, a, par une réponse ministérielle¹⁰⁸², confirmé la possibilité pour les époux d'exprimer une telle volonté préalablement. Par une formulation claire, elle précisait que « (...) *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. Au moment du divorce, le juge constatera l'accord de l'époux pour rendre irrévocable l'avantage ou la disposition consentis* ». Cette position ministérielle avait été largement approuvée par la doctrine et les praticiens car elle permettait d'offrir aux époux

¹⁰⁸² Rép. Min. n°18632 : JOAN 26 mai 2009, p. 5148 ; JCP N 2009, n° 23, act. 428.

« une meilleur prévisibilité »¹⁰⁸³. Or si la position de la Cour devait demeurer constante, celle-ci exigera désormais que la volonté soit exprimée au jour du divorce. Par suite, la solution antérieurement prévue, qui consistait à prévoir une telle volonté lors de l'établissement du contrat de mariage, n'aurait alors plus d'efficacité¹⁰⁸⁴. Certains auteurs avaient pu plaider en ce sens soulignant que : « si l'on admet qu'il est possible de renoncer à une protection d'ordre public lorsque le droit est déjà né, la validité d'une renonciation anticipée à un tel droit est en revanche très contestable »¹⁰⁸⁵. Toutefois, la pratique s'était largement emparée de cette faculté qui faisait des contrats de mariage un outil précieux d'anticipation.

685.Conséquences. Si cette solution devait perdurer, les prévisions des parties seraient alors totalement mises en péril et ce, même au-delà du régime de la participation aux acquêts. Sur ce point, il serait opportun, si ce n'est essentiel, que le législateur vienne préciser les conditions d'une telle faculté. Notons toutefois que, au cas d'espèce, les époux n'avaient aucunement stipulé une telle clause aux termes de leur contrat de mariage. Seule pouvait donc encore être envisagée la faculté pour les époux d'exprimer une telle volonté au jour de leur désunion. C'est peut-être cette appréciation *in concreto* qui justifie l'emploi de cette formulation. Certains auteurs considèrent à ce titre que les clauses dérogeant à la révocation prévue *ab initio* au sein même du contrat de mariage conservent leur efficacité¹⁰⁸⁶. Toutefois, la formulation retenue par la jurisprudence crée, à n'en pas douter, une certaine incertitude qui aurait pu être évitée par une formulation plus rigoureuse.

§2 : Une jurisprudence aux conséquences démesurées

686.Une perte d'efficacité. Du fait de la protection qu'elle offre à l'époux détenteur d'un patrimoine professionnel, la clause d'exclusion des biens professionnels était souvent l'élément qui faisait pencher les époux vers une participation aux acquêts. Or, il ne semble plus désormais possible, sauf revirement jurisprudentiel, de garantir aux époux l'efficacité d'une telle clause même parée d'une clause de renonciation expresse dès le contrat de mariage à la révocation de plein droit prévue par l'article 265 suscitée. Un doute plane désormais sur l'efficacité d'une telle dérogation. Il est à craindre que, par cette décision, la Cour ait à la fois

¹⁰⁸³ Rép. Min. n°12382 : JOAN 1^{er} janvier 2019, p. 12457.

¹⁰⁸⁴ V. en ce sens : A. KARM : « Clause d'exclusion des biens professionnels en régime de participation aux acquêts : coup d'arrêt ou maladresse ? », *Lexis Actu*, 8 janvier 2020.

¹⁰⁸⁵ A. TISSERAND-MARTIN, « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial », In *Études offertes à Jacques Beguin* « Droit et actualité », LexisNexis, 2005, p.761.

¹⁰⁸⁶ B. BEIGNIER, « Avantages matrimoniaux et participation aux acquêts : nouveaux enseignements, nouvelles pratiques », JCP N, n°24, 12 juin 2020, p.35-42, spéc. 21.

scellé le sort d'une telle clause d'exclusion mais aussi de toute faculté d'aménagement de la liquidation en régime de participation aux acquêts. De ce fait, ce régime risque de perdre encore en popularité. En effet, si les prévisions des époux ne pouvaient, par l'application de cette jurisprudence, être respectées, le notaire devrait attirer leur attention sur ce risque et leur déconseiller une telle option.

687.Solutions pratiques. Face à une telle incertitude, le seul moyen d'éviter de manière certaine le préjudice est alors de renoncer à ce choix et de s'orienter vers un autre régime. C'est certainement en ce sens que le notaire devra, sous réserve d'une décision jurisprudentielle contraire ou d'une réforme légale, orienter les époux vers le choix d'un régime de séparation de biens pure et simple lorsque leur objectif principal sera celui de protéger leurs patrimoines professionnels respectifs. Si ces derniers refusent de suivre ce conseil, il devra également s'aménager la preuve d'une telle mise en garde¹⁰⁸⁷, s'il ne veut voir sa responsabilité engagée. En outre, il conviendra que le notaire attire l'attention des époux sur l'importance d'une nouvelle analyse du choix du régime matrimonial le plus adapté à leur situation dès que leurs objectifs auront évolué. En présence d'époux dont le contrat de mariage a déjà été régularisé, il apparaît, aujourd'hui, nécessaire pour le notaire d'informer ceux-ci du risque engendré par cette jurisprudence. Il conviendrait d'inciter les notaires à informer l'ensemble de leurs clients ayant opté pour ce régime des risques nouvellement créés par cette jurisprudence. A ce titre, le notaire devrait leur conseiller, si leur objectif est toujours celui de la protection de ce patrimoine, de procéder éventuellement à un changement de régime matrimonial en s'orientant alors vers un régime de séparation de biens pure et simple ou vers une communauté conventionnelle stipulant l'exclusion des biens professionnels. Toutefois, ces deux solutions ne répondent pas parfaitement à l'objectif initialement fixé par les époux de bénéficier des attraits des deux systèmes.

688.Palliatif. A ce titre, le Doyen Bernard Beignier a proposé de procéder au raisonnement inverse en prévoyant non plus une clause d'exclusion mais une clause d'inclusion des biens professionnels au patrimoine originaire. Cependant, cette solution n'est pleinement efficace que pour les biens professionnels acquis ou créés préalablement au mariage. En effet, un doute demeure quant à la qualification d'une telle clause qui, bien que clause de « composition », pourrait être analysée, du fait de la singularité du fonctionnement du régime de participation aux acquêts, comme ne prenant effet qu'au jour de la liquidation et

¹⁰⁸⁷ Cass., 1^{ère} civ., 26 février 2020, n°18-25.115 : op. cit.

donc révocable au sens de l'article 265 du Code civil. Le notaire devra s'attacher à analyser, au cas par cas, chaque situation individuelle afin d'orienter les époux vers la solution la plus conforme à leurs prévisions.

689. Une solution « dévastatrice »¹⁰⁸⁸. Par cette décision, la Cour de cassation semble mettre un terme à la faculté offerte par le régime de participation aux acquêts de permettre de protéger le patrimoine professionnel en partageant l'enrichissement. Cette solution est, à la fois, critiquable et regrettable. En effet, les juges de la Haute juridiction semblent prendre le parti de considérer que seul le régime de séparation de biens est adéquat pour des époux aux professions à risques¹⁰⁸⁹. Le raisonnement poursuivi par la Cour tend à ne considérer qu'une opposition dichotomique entre les régimes séparatistes classiques et les régimes communautaires, laissant peu de place aux régimes hybrides comme celui de la participation aux acquêts. Les époux à l'esprit séparatiste n'auraient alors que peu de choix : opter pour une séparation de biens sans partage ou pour une participation aux acquêts aboutissant à un partage pour moitié de l'enrichissement. Suivant ce raisonnement, les aménagements permettant de pondérer le caractère participatif du régime de la participation aux acquêts ne pourraient échapper à la révocation de plein droit. En ce sens, la Cour de cassation est récemment venue confirmer sa position en faveur de la reconnaissance de la qualification d'avantage matrimonial de la clause d'exclusion des biens professionnels comme de tous « *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* »¹⁰⁹⁰. Elle a, en outre, repris à l'identique sa formulation contestable quant à la possibilité d'une volonté contraire « *exprimée au moment du divorce* ». Les auteurs et praticiens faisant la promotion de ce régime, parmi lesquels Monsieur Jean-François Pillebout, devraient regretter ces décisions.

690. Appel au législateur. Afin d'offrir aux époux des outils efficaces pour l'anticipation, il paraît essentiel que le législateur s'attache à clore le débat relancé par la Cour de cassation en précisant la portée de l'article 265 notamment en présence du régime de participation aux acquêts. A ce titre, il serait souhaitable qu'il procède à une définition des

¹⁰⁸⁸ T. LE BARS et L. MAUGER-VIELPEAU, « Théorie des avantages matrimoniaux : l'horizon s'assombrit pour le régime de la participation aux acquêts », D. 2020, p.635.

¹⁰⁸⁹ Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2018, n°16-19.619 : op. cit.

¹⁰⁹⁰ Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 2021, n°19-25.903 : NP.

avantages visés par cet article¹⁰⁹¹ et qu'il s'attache à préciser le régime de référence permettant d'identifier de tels avantages. A défaut d'un tel travail législatif, l'opportunité offerte par le régime de la participation aux acquêts quant à l'anticipation de la dissolution nous semble vouée à disparaître. En outre, il serait également nécessaire qu'il précise la possibilité pour les époux de rendre, dès la conclusion du contrat de mariage, un tel avantage irrévocable. Deux réponses ministérielles récentes laissent espérer une solution plus favorable pour l'avenir. La première¹⁰⁹² se limite à reconnaître que la possibilité de convenir de l'irrévocabilité de l'avantage matrimonial au sein du contrat de mariage permet « *effectivement d'organiser une meilleure prévisibilité pour les époux au moment du choix de leur régime matrimonial et présente des avantages significatifs* ». Elle ne précise cependant pas le délai de mise en œuvre d'une telle confirmation par le législateur. La seconde précise notamment : « *Le ministère de la justice serait favorable à une clarification de ce texte dans le but de favoriser la prévisibilité juridique et de renforcer le principe de liberté des conventions matrimoniales. Une réforme du droit des régimes matrimoniaux n'est toutefois pas envisagée dans l'immédiat mais elle pourrait s'insérer dans une réforme plus globale* »¹⁰⁹³. Il ne peut qu'être appelé de nos vœux que cet avenir soit proche. Dans l'attente, reste à savoir si ce régime survivra à la disparition de son atout majeur. Pour répondre au Professeur Murat qui s'interrogeait en 2014 sur la qualité de « régime d'avenir »¹⁰⁹⁴ de ce type de régime, il semble qu'en voulant trop communautariser celui-ci, la Cour de cassation en ait fait un « régime du passé ».

¹⁰⁹¹ V. dans le même sens : C. FARGE, J.-F. DEBUSQUOI et E. NAUDIN, « Pour une réécriture de l'article 265, alinéa 2 du Code civil », JCP N, n° 39, 1289, 28 septembre 2018, p.32. – V. en faveur d'une abrogation pure et simple de cet article : Q. GUIGUET-SCHIELE : « L'avantage matrimonial révocable en participation aux acquêts », *D. Actu.*, 23 janvier 2020, op. cit.

¹⁰⁹² Rép. Min. DELPON, n°12382 (JOAN 1^{er} janvier 2019).

¹⁰⁹³ Rép. Min. MALHURET, n°14362 (JOAN 28 mai 2020, p.2446).

¹⁰⁹⁴ P. MURAT, « La participation aux acquêts : un régime d'avenir ? », JCP N 13 février 2015, 1076, p. 21.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

691.**Atypique.** Le régime de la participation incarne souvent, aux yeux des praticiens et de la doctrine, le régime de l'anticipation. En effet, du fait même des règles qui le régissent, il a pour vocation principale d'anticiper sa propre dissolution. Par suite, il devrait en principe apparaître comme le régime optimal des couples ayant cette volonté. Toutefois, les règles qui le régissent ne permettent pas toujours de répondre aux demandes des époux. Il est donc possible d'aménager celles-ci.

692.**Aménagements.** Dans une perspective d'anticipation de la désunion, il semblait possible de stipuler au sein du contrat de mariage élisant ce régime des clauses ayant pour but d'accroître, de diminuer, voire de plafonner la créance de participation. Une telle variation pouvait alors se traduire par un aménagement des règles de calcul de cette créance comme par l'aménagement de la définition du patrimoine originaire. Il était également possible de prévoir une clause ayant pour objet de limiter, voire d'exclure, la créance de participation en présence de certains biens déterminés suivant la nature de ces biens. A ce titre, il était possible de prévoir que le calcul de la créance de participation ne tiendrait pas compte de la valorisation des biens professionnels, par exemple, ou, serait plafonné à un certain montant déterminé entre les époux dès le contrat de mariage. Enfin, il semblait également possible de prévoir une solution alternative suivant la cause de la dissolution de l'union.

693.**Limites.** Les solutions d'aménagements de la participation pouvaient apparaître comme l'outil ultime de l'anticipation d'une éventuelle désunion. Toutefois, par un arrêt du 18 décembre 2019¹⁰⁹⁵, la Cour régulatrice semble avoir mis un terme à l'opportunité de stipuler de telles clauses. En effet, par cet arrêt la Cour de cassation qualifiant les clauses aménageant ce régime et entraînant un profit pour l'un des époux d'« *avantages matrimoniaux prenant effet à la dissolution du régime matrimonial* » consacre, corrélativement, leur révocation de plein droit en cas de divorce. Ce faisant, elle semble sonner le glas de l'opportunité de ce régime en matière d'anticipation sauf, pour le législateur, à venir valider l'efficacité de telles clauses par une réécriture de l'article 265 du Code civil ou l'établissement d'une définition plus précise de la notion d'avantage matrimonial. Une telle consécration légale ne peut qu'être encouragée.

¹⁰⁹⁵ Cass., 1^{ère} civ. 18 décembre 2019, n°18-26.337, op. cit.

CONCLUSION DU TITRE II

694.**D'un contrat à une boîte à outils.** Du fait de son caractère contractuel, le contrat de mariage permet aux (futurs) époux, dans les limites prescrites par la loi, d'encadrer les « règles du jeu » de leur (future) union et ce faisant, de se « désarmer » eux-mêmes pour le cas d'un éventuel divorce. Nombreuses sont alors les solutions offertes aux époux pour répondre à cet objectif. Les hypothèses de désunions sont plurielles, les solutions d'anticipation le sont tout autant.

695.**Diversité.** Face à ce large panel de solutions et d'aménagement et du fait de la particularité de chaque régime, certaines solutions demeurent spécifiques à certains régimes ou types de régime. A ce titre, deux axes d'analyse apparaissent : l'aménagement des règles relatives aux régimes de communauté et celui des règles applicables au régime de la participation aux acquêts. Les régimes de type communautaire connaissent des aménagements qui leur sont propres. Une telle pratique s'explique par la création en présence de ce type de régime d'une masse particulière : la masse commune. Ainsi, dans une perspective d'anticipation de la désunion et de pacification des rapports entre les époux, il pourra être envisagé de faire varier la composition de cette masse à la hausse ou à la baisse. Si, instinctivement, l'attention des époux est davantage portée vers une diminution de cette mise en commun, l'augmentation de celle-ci pourrait également, parfois, s'avérer opportune afin d'anticiper et de neutraliser d'éventuels conflits. Le notaire devra exposer aux époux les conséquences des règles applicables au régime choisi quant à la composition des patrimoines et leur proposer d'aménager celles-ci afin de leur permettre de répondre à leurs attentes.

696.**Anticipation.** Outre l'aménagement des régimes communautaires, le régime de la participation aux acquêts offre également un certain nombre de possibilités d'aménagement qui lui sont spécifiques. Compte tenu de la particularité de ce régime, il paraît permettre d'incarner le régime offrant aux époux le plus de flexibilité quant aux aménagements envisageables. Par le jeu des clauses du contrat de mariage, ces derniers pourront ainsi réduire comme éteindre la créance de participation, faire varier les règles de calcul de celles-ci, voire prévoir des solutions alternatives selon les causes de la dissolution. Toutefois, le notaire se doit désormais, compte tenu de l'évolution jurisprudentielle récente, d'attirer l'attention des époux quant aux risques d'inefficacité de telles clauses au jour d'un divorce.

CONCLUSION DE LA TROISIEME PARTIE

697.**Anticipation et contrat.** Le contrat de mariage est avant tout autre chose un accord de volontés. A ce titre, nombreuses sont les clauses qui peuvent être insérées en son sein afin d'anticiper les problématiques inhérentes à un éventuel divorce. Quel que soit l'objectif poursuivi par les époux, le contrat de mariage est la clé de voûte de l'anticipation de la dissolution de l'union. Dans cette perspective, le notaire aura donc un rôle essentiel afin d'accompagner les époux vers la régularisation d'un contrat permettant la pacification de leurs relations tout au long de l'union et, *a fortiori*, au jour d'une éventuelle dissolution de celle-ci. Il devra, dans ce but, procéder à un audit complet de leur situation particulière afin de leur proposer l'éventail de choix le plus complet en vue d'anticiper le plus grand nombre de difficultés éventuelles. En effet, s'il peut paraître peu orthodoxe d'aborder les questions relatives à la désunion au jour de l'union, il convient de se soustraire à cette crainte et à encourager l'anticipation. Nul doute qu'une dissolution bien anticipée ne pourra être que mieux vécue par les époux qui n'auront alors pas à se « battre » sur les questions relatives à la liquidation de leur régime. Pacifier la désunion en désarmant les époux, nous semble, à ce titre, devoir être encouragé.

698.**Limites pratiques.** Si les facultés d'anticipation offertes aux époux sont nombreuses, il apparaît que certains éléments ne peuvent être anticipés. Nul ne peut prévoir quelle sera la situation professionnelle des époux, ni la composition exacte de leurs patrimoines au jour d'un éventuel divorce. De ce fait, il serait périlleux de pronostiquer les éventuelles demandes d'attributions préférentielles ou de chercher à encadrer toutes les hypothèses pouvant aboutir à l'apparition d'un flux financier entre les patrimoines. Sur ce sujet, le notaire ne peut qu'informer les époux au jour de l'union de l'existence de telles faculté, à défaut d'être en mesure de prévoir leur mise en œuvre au jour de la dissolution de l'union. En outre, il devra également les informer de la nécessité d'une nouvelle consultation notariée face à chaque évolution des patrimoines afin de procéder à une modification éventuelle de leur contrat de mariage permettant ainsi une meilleure adaptation à la nouvelle situation des époux. Une anticipation efficace de la désunion doit se traduire par une consultation périodique de leur conseil juridique et par la mise à jour de leur contrat de mariage suivant l'évolution de leur situation personnelle. Le contrat de mariage ne peut désormais être immuable.

699.Limites légales. Au-delà des complexités liées à une absence de prévisibilité de la situation des époux, le législateur vient également parfois limiter les facultés d'anticipation des époux. D'une part, il limite certaines facultés au seul cas de dissolution par décès. Tel est notamment le cas des clauses de préciput analysées comme des « gains de survie » limités au conjoint survivant. D'autre part, ainsi qu'a pu le souligner Madame Isabelle Dauriac : « *Le droit du divorce stérilise en partie la richesse des possibilités qu'offrait pourtant le droit des régimes matrimoniaux* »¹⁰⁹⁶. Nul doute que la rédaction actuelle de l'article 265 du Code civil entraîne une grande incertitude quant à l'efficacité de certaines clauses d'anticipation. En effet, dans l'hypothèse où celles-ci pourraient être qualifiées d'avantages matrimoniaux, elles seraient alors susceptibles de révocation de plein droit lors du divorce, sauf toutefois pour les époux à choisir de les maintenir. Toutefois, un tel maintien au jour d'une désunion conflictuelle paraît souvent utopique.

700.Appel au législateur. La jurisprudence actuelle tend à entendre largement la notion d'avantage matrimonial, voire à étendre celle-ci. Or, par l'application de l'article 265 susvisé, de tels avantages prenant effet au jour de la dissolution feront l'objet d'une révocation de plein droit au jour du divorce. Dans un arrêt largement commenté du 18 décembre 2019¹⁰⁹⁷, la Cour de cassation a considéré que « *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* ». Par cette position, elle entend faire une application très vaste de la notion d'avantage matrimonial et, en conséquence, créer une réelle insécurité juridique vis-à-vis des clauses d'anticipation stipulées au sein de ce régime. Il est à craindre que la jurisprudence tende à étendre cette solution à d'autres régimes matrimoniaux et, ainsi, à mettre en péril l'efficacité des outils contractuels mis en place par les époux. Il serait donc opportun que le législateur vienne préciser et encadrer la définition de la notion d'avantage matrimonial afin de permettre d'accroître la sécurité juridique relative des clauses d'anticipation. *A minima*, il conviendrait que le législateur s'attache à confirmer l'efficacité de telles clauses au jour de la dissolution comme il a déjà pu le faire concernant la clause de reprise des apports¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁶ I. DAURIAC : « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? » In *Quelle association patrimoniale pour le couple ?*, ss la direction de I. DAURIAC, C. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, spéc. p.29

¹⁰⁹⁷ Cass., 1^{ère} civ. 18 décembre 2019, n°18-26.337, op. cit.

¹⁰⁹⁸ Art. 265, al.3 C. civ.

CONCLUSION GENERALE

701.**Solutions nécessaires et plurielles.** « *Ce n'est pas parce que les choses sont difficiles que nous n'osons pas, c'est parce que nous n'osons pas qu'elles sont difficiles* »¹⁰⁹⁹. Anticiper le divorce au jour de l'union, comme au cours de celle-ci, n'est pas chose aisée. Toutefois, au jour où s'éteint l'union, où se désagrège le lien longuement tissé, il est rare que les époux soient à même de résoudre avec impartialité et justice les conflits qui les opposent. L'anticipation est donc un outil essentiel dans la pacification des relations au jour la désunion. La réponse à la question de savoir quels sont les outils issus du droit des régimes matrimoniaux les plus efficaces en matière d'anticipation du divorce ne connaît pas une réponse unique mais bien plurielle. En effet, du fait de la diversité des unions, chaque couple est aujourd'hui confronté à des problématiques qui lui sont propres. Le notaire doit donc leur apporter de manière circonstanciée une réponse individualisée. Bien loin l'époque où l'on pouvait se contenter d'orienter les époux de manière systématique vers une séparation de biens en leur affirmant que cela répondrait en tout, et pour tout, à leur volonté d'indépendance. Il conviendra pour chaque hypothèse de procéder à un audit patrimonial des époux mais aussi de les interroger sur leur vision psychologique et intellectuelle de leur union. Rappelons que la meilleure des solutions juridiques serait inefficace si les époux n'en ont pas compris l'utilité ou les conditions d'efficacité. Il faut leur exposer les solutions possibles afin de les orienter vers le choix, si ce n'est du régime parfait, tout au moins du régime optimal et de l'aménagement le plus adéquat à leur situation particulière.

702.**Contrat de mariage.** Dans une perspective d'anticipation de la désunion le contrat de mariage est l'outil indispensable mis à la portée de l'ensemble des couples. Il incarne désormais une boîte à outils quasi-complète. Outil répondant à la fois aux règles du droit commun des contrats et à celles du droit des régimes matrimoniaux, il connaît un certain nombre de conditions de validité. Le contrôle du respect de celles-ci devra impérativement être un prérequis à l'établissement de tout contrat de mariage. Le notaire, rédacteur de ce contrat, doit donc impérativement maîtriser l'ensemble de ces règles ainsi que l'évolution connue par celles-ci. Il ne peut être traité du contrat de mariage sans analyser les règles qui

¹⁰⁹⁹ SENEQUE, *Lettres à Lucilius*, XVII, 104, vers 63–64 (« Non quia difficilia sunt non audemus, sed quia non audemus difficilia sunt »)

l'encadrent. A défaut, la maîtrise de la matière ne serait que parcellaire et il serait à déplorer qu'un contrat efficace dans son contenu mais non dans sa forme puisse être remis en cause au jour d'un divorce.

703.**Réécriture.** Dans une volonté de sécuriser l'établissement de ce contrat, il serait bienvenu que le législateur procède à la réécriture de l'alinéa 3 de l'article 1399 du Code civil en précisant l'obligation de la présence du second époux afin d'éliminer tout doute sur ce point. La formulation suivante pourrait, à notre sens, être retenue :

« Toutefois, la personne en charge de la mesure de protection peut saisir le juge pour être autorisée à conclure, sans l'intervention de la personne protégée, une convention matrimoniale avec le futur conjoint, en vue de préserver les intérêts de la personne protégée. »

704.**Notaire.** Le notaire aura en la matière un rôle pluriel. Rédacteur d'acte, il doit s'assurer de l'efficacité des clauses qu'il rédige suivant la volonté des époux. Ces clauses doivent pouvoir être mises en œuvre à tout moment de l'union et quelle que soit la localisation géographique des époux. Ainsi, il doit également s'assurer, face à un projet de départ des époux ou à un patrimoine mondialisé, de l'efficacité des clauses envisagées dans l'État avec lequel les époux ont un lien étroit. Conseil des parties, son rôle ne peut se limiter à établir un acte répondant aux conditions de fond et de forme permettant son efficacité. En effet, il doit orienter les époux vers la solution permettant de répondre au mieux à leurs souhaits. Il doit également s'assurer de leur parfaite compréhension des choix vers lesquels ils entendent s'orienter. Enfin, il lui appartient d'attirer leur attention sur les risques de chaque solution au regard de leur situation particulière. Le notaire devra systématiquement préconstituer la preuve d'une telle information et, *a fortiori*, lorsque la solution choisie par les époux ne lui paraît pas optimale ou connaît des risques importants.

705.**International.** Outre les conditions intrinsèques au contrat de mariage lui-même, le notaire ne peut désormais se désintéresser des règles liées au droit international privé. En conséquence, l'analyse de sa validité comme de son efficacité doit être appréciée autant sous le prisme du droit national que du droit international vis-à-vis des États avec lesquels les époux entretiennent des liens plus ou moins étroits. L'audit réalisé par le notaire doit donc être complet et lui permettre de déterminer le patrimoine mondial des époux ainsi que les liens juridiques actuels ou à venir avec un ou plusieurs États. Une fois cet audit réalisé, le notaire pourra alors déterminer, d'une part, la loi applicable aux époux, et d'autre part, le

régime qui leur sera applicable à défaut de contrat de mariage. Il sera également en mesure d'établir un contrat permettant de procéder à une désignation de loi applicable pour tous les couples ayant un élément d'extranéité et pour lesquels un doute pourrait apparaître. La maîtrise du droit international privé en la matière est un prérequis indispensable à tout notaire souhaitant établir ou analyser la situation matrimoniale des époux et les orienter dans leur choix d'une solution d'anticipation.

706. Appel au législateur. Concernant la désignation de loi applicable, il convient d'attirer l'attention du législateur sur la nécessité de procéder à une mise à jour de l'article 1397-2 du Code civil par suite de la ratification du Règlement européen du 24 juin 2016. Ainsi, il pourra confirmer la faculté des époux de désigner au sein de la loi choisie un régime déterminé par la combinaison de cet article et des articles 1397-3 et 4 du même Code. La nouvelle rédaction dudit article pourrait alors être la suivante :

Article 1397-2 : *Lorsque les époux désignent la loi applicable à leur régime matrimonial autant en vertu de la convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, faite à La Haye le 14 mars 1978, qu'en vertu du Règlement européen 2016/1103 du 24 juin 2016, il est fait application des dispositions des articles 1397-3 et 1397-4.*

707. Choix d'un régime. Le rôle essentiel du contrat de mariage consiste à être le support du choix du régime matrimonial lui-même. Un tel choix aura des conséquences prépondérantes vis-à-vis des époux aussi bien quant au fonctionnement de l'union au cours de son fonctionnement qu'au jour de la dissolution de celle-ci. Orienter les époux en matière de choix du régime incombe aux notaires qui doivent, à ce titre, s'attacher à développer leur pédagogie afin de s'assurer de la parfaite compréhension des époux des conséquences d'un tel choix. Le notaire, conseil des parties, ne peut plus désormais se contenter d'un exposé abstrait des règles inhérentes à chaque régime. Il doit réaliser une analyse complète et circonstanciée qu'il doit s'employer à expliquer aux époux afin qu'ils puissent se rendre compte des conséquences de l'application de chaque régime sur leur situation particulière.

708. Pluralités. Face à des situations diverses, le législateur a consacré le principe de la liberté des conventions matrimoniales. A ce titre, les époux ont à leur disposition un large panel de solutions de régimes nommés. Ils peuvent, en outre, opter pour un régime créé sur-mesure de toutes pièces. En ce sens, la pratique tend à consacrer l'existence d'un régime innommé : la séparation de biens avec adjonction d'une société d'acquêts. Suivant la volonté

des époux, la composition de leur patrimoine et leur vision du couple, il est possible de les orienter vers un régime communautaire – consacrant une fusion patrimoniale plus ou moins élargie –, un régime séparatiste ou un régime hybride mêlant les attraits des deux premiers types de régimes. L’audit réalisé par le notaire permettra d’orienter les époux vers le régime le mieux adapté autant à leur vision du couple qu’à leur situation.

709.Aménagements. Bien que le choix d’un régime matrimonial soit prépondérant et indispensable, il n’est pas suffisant à lui seul afin de permettre aux époux d’anticiper les conséquences d’une éventuelle séparation. En effet, chaque régime connaît son lot de limites et de défauts. Afin de pallier ceux-ci, les époux ont la faculté, par la liberté des conventions matrimoniales, de les aménager. Ces aménagements permettront au notaire, rédacteur de ce contrat, d’ajuster les règles mises en place aux exigences des parties. Certains de ces aménagements peuvent être mis en œuvre dans la quasi-totalité des régimes matrimoniaux. Il s’agit notamment des aménagements relatifs à la contribution aux charges du mariage. Dans le même sens, les époux auront également la faculté d’insérer aux termes de leur contrat de mariage des clauses afférentes aux règles relatives à la liquidation et au partage. Au contraire, certains aménagements sont intrinsèquement liés au régime qu’ils modifient. En ce sens, les régimes communautaires peuvent faire l’objet d’aménagements permettant de faire varier le curseur de la fusion patrimoniale par l’inclusion ou l’exclusion d’un ou plusieurs biens, ou catégories de biens, déterminés. Le régime de la participation aux acquêts connaît également des aménagements qui lui sont propres. Par le jeu de ces clauses, les époux auront la faculté de corriger les inconvénients du régime choisi. Ils pourront également anticiper certaines problématiques qui leur sont propres.

710.Limites. Indubitablement, malgré tous les choix et aménagements réalisés par les époux, l’anticipation connaît certaines limites. La première de ces limites est liée au comportement des époux eux-mêmes. En effet, il est rare que les époux se comportent, au cours de leur union, en respectant scrupuleusement les règles qu’ils ont élues. Ainsi, il est fréquent que des époux séparatistes tendent à fusionner leurs patrimoines notamment par une utilisation quasi-systématique d’un compte-joint. *A contrario*, il est fréquent que des époux communs en biens aient une mauvaise compréhension de la communautarisation ainsi générée. Une autre limite tient aux règles issues du régime dit primaire qui entraîne notamment un minimum d’association conjugale. Enfin, de nos jours, la plus grande limite à l’anticipation d’un éventuel divorce est, sans nul doute, les solutions jurisprudentielles actuellement mises en œuvre par la Cour de cassation.

711. Une législation à parfaire. Déjà Platon soulevait en son temps que « *pour qu'une république soit bien ordonnée, les principales lois doivent être celles qui règlent le mariage* »¹¹⁰⁰. Or, il ne peut aujourd'hui être nié que les législations afférentes au droit des régimes matrimoniaux comme au droit du divorce mériteraient une révision de la part du législateur contemporain. En effet, ainsi que nous l'avons souligné tout au long de ce travail de recherche et de synthèse, nombreux sont les points d'incertitudes qui appelleraient une meilleure rédaction des textes de notre Code civil. En ce sens, la plus grande refonte que nous ne pouvons qu'appeler de nos vœux est celle liée à la mise en œuvre de l'article 265 du Code civil en présence d'un divorce. Il est essentiel que le législateur s'attache à définir la notion d'avantage matrimonial ou, tout au moins, à valider définitivement les clauses d'anticipation incluses dans les contrats de mariage, notamment concernant la participation aux acquêts. Une telle validation a déjà pu être consacrée par le passé vis-à-vis de la clause de reprise des propres. En outre, il serait également opportun que cet article précise si une renonciation à la révocation peut être stipulée efficacement dès le contrat de mariage afin d'éviter tout doute à ce sujet. A défaut d'une telle réécriture, il est à craindre que les praticiens tendent à se détourner définitivement du régime de la participation aux acquêts. En outre, il peut être également à redouter que la jurisprudence tende à étendre la solution mise en œuvre concernant la participation aux acquêts à d'autres régimes matrimoniaux. Ce faisant, elle mettrait alors en péril l'ensemble des anticipations établies par les époux. La sécurité juridique des contrats de mariage nécessite, outre le travail du praticien, l'appui du législateur.

712. Anticipations plurielles. Les interférences entre le droit des régimes matrimoniaux et le droit du divorce sont nombreuses et d'origines plurielles. Le contrat de mariage est, sans nul doute, l'outil principal de l'anticipation d'une éventuelle séparation car il a vocation à régir l'entière de l'association conjugale et non uniquement une opération ponctuelle. Toutefois, d'autres outils d'anticipation cohabitent avec lui. En effet, tout au long de leur union les époux seront confrontés à des opérations juridiques. Lors de chacune d'entre elles, il conviendra pour le professionnel du droit de s'interroger sur la volonté des époux. Il devra leur expliquer les conséquences de chaque opération et leur proposer d'inclure dans les conventions établies les clauses leur permettant d'anticiper les risques éventuels. L'anticipation d'une éventuelle désunion pourra alors se traduire par l'insertion d'une clause d'emploi ou de remploi, la rédaction d'une donation entre époux, l'établissement d'une

¹¹⁰⁰ CICERON, *De Legibus*, III, 5-7

convention d'indivision ou encore la mise en place d'une société. Ainsi, la recherche de l'anticipation d'un éventuel divorce ne peut se limiter au seul contrat de mariage. Elle devra se poursuivre, tout au long de l'union, afin d'assurer aux époux une parfaite maîtrise de leur union comme de leur désunion. Anticiper le divorce permettra alors à l'union d'être pérennisée dans un climat pacifié. « *Ne rien prévoir, c'est courir à sa perte* »¹¹⁰¹.

¹¹⁰¹ E. de GIRARDIN, *La politique universelle*, 1852

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX, MANUELS ET TRAITES

- AUBRY Ch. et RAU Ch.**, *Traité de droit civil français*, 8^e éd. par A. PONSARD, t. VIII « Régimes matrimoniaux », Paris, Litec, 1973.
- ANCEL B. et LEQUETTE Y.**, *Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 2006.
- ANTONINI-COCHUN L. et COURTIN C.**, *L'essentiel de la jurisprudence civile : Famille*, 2^e éd., Carrés Rouge, Gualiano, 2010.
- ATIAS C.**, *Droit civil, Les biens*, Litec, 12^e éd., 2014.
- BATIFFOL H. et LAGARDE P.**, *Droit international privé*, 7^e éd., Vol. II, L.G.D.J., Paris, 1983.
- BEIGNIER B.**,
- *Manuel de droit des régimes matrimoniaux*, PUF, 2003.
 - *Droit des régimes matrimoniaux : cours et exercices corrigés*, Paris, Montchrestien, 1^e éd., 2008.
 - *Régimes matrimoniaux, Pacs, concubinage : droit interne et droit international privé*, Paris, Montchrestien, 2012.
- BEIGNIER B. et BINET J.-R.**, *Droit des personnes et de la famille*, L.G.D.J., 4^e éd., 2022.
- BEIGNIER B., TANI A. et TORRICELLI-CHRIFI S.**, *Liquidation de régimes matrimoniaux et de successions*, Defrénois, 5^e éd., 2020.
- BEIGNIER B. et TORRICELLI-CHRIFI S.**, *Droit des régimes matrimoniaux, du PACS et du concubinage*, L.G.D.J., 7^e éd., 2021.
- BENABENT A.**, *Droit de la famille*, L.G.D.J., précis Domat Droit privé, 5^e éd., 2020.
- BLANCHARD C.**, *Droit des régimes matrimoniaux*, LexisNexis, 2021.
- BLANCHARD C. (dir)**, *Corrigés d'examens notaires : droit de la famille*, LexisNexis, coll. Pratique notariale, 2016.
- BONNET V.**, *Droit de la famille*, L.G.D.J., coll. Paradigme, 8^e éd., 2020.
- BONOMI A. et STEINER M.**, « Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé », Genève, Droz 2006.
- BRUN-WAUTHIER A.-S.**, *Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés*, L.G.D.J., Coll. Paradigme, 10^e éd., 2021.
- CABRILLAC R.**, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, Montchrestien, 12^e éd., L.G.D.J., Précis Domat, 2021.
- CAPITANT (H.), TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tomes I et II, Dalloz, 13^e éd., 2015.
- CARBONNIER J.**, *Droit civil*, PUF, Vol. 1, Quadrige, 2004.

- CASEY J.**, *Les régimes matrimoniaux*, Ellipses, 2000.
- CHAMPENOIS G. et FLOUR J.**, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., A. COLIN, 2001.
- CLAUX P.-J. et DAVID S. (dir.)**,
 • *Droit et pratique du divorce*, 2^e éd., Dalloz, 2012.
 • *Droit et pratique du divorce*, 5^e éd., Dalloz, 2022-2023.
- COLOMER A.**, *Les régimes matrimoniaux*, 13^e éd., Litec, 2005.
- CORNU G.**, *Les régimes matrimoniaux*, 9^e éd., Thémis, 1997.
- CORPART I.**, *Les régimes matrimoniaux*, Dyna'sup droit, Vuibert, 3^e éd., 2011.
- COURBE P., GOUTTENOIRE A. et FARGE M.**, *Droit de la famille, Droit interne, européen et international*, Sirey, 3^e éd., 2021.
- DAURIAC I.**, *Les régimes matrimoniaux et le PACS*, Paris, L.G.D.J., 5^e éd., 2017.
- DAVID S. et JAULT A. (dir.)**, *Liquidation des régimes matrimoniaux*, Dalloz, 5^e éd., 2022-2023.
- De FERRIERE C.**, *La science parfaite des notaires, ou le Parfait notaire*, Veuve Prudhomme, 1701.
- DOUET F.**, *Précis de droit fiscal de la famille*, Paris, LexisNexis, 20^e éd., 2021.
- FONGARO E. (dir.)**, *Droit patrimonial européen de la famille*, Paris, LexisNexis, 2013.
- GARE T. et RAYNAUD A.**, *Droit des personnes et de la famille*, Ellipse, 3^e éd., 2017.
- GRIMALDI M. (dir.)**, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, 7^e éd., 2021-2022.
- LE GUIDEC R.**,
 • *Liquidations : exercices corrigés*, Ellipse, 2^e éd., 2017.
 • *Recueil de solutions d'examens professionnels*, T. 2 « Droit de la famille », Defrénois, 16^e éd., 2018.
- LEVILLAIN N. et FORGEARD M.-C.**, *Cas pratique de droit de la famille*, LexisNexis, 3^e éd., 2019.
- LUCET F. et VAREILLE B.**, *Droit civil : régimes matrimoniaux, libéralités, successions*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 2014.
- MASSE A.-J.**, *Le parfait notaire ou la science des notaires*, T. I et T. II, 4^e éd., 1813.
- MALAUURIE Ph. et AYNES L.**,
 • *Droit des régimes matrimoniaux*, L.G.D.J., Droit civil, 7^e éd., 2019.
 • *Droit de la famille*, L.G.D.J., Droit civil, 7^e éd., 2020.
- MALAUURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P.-Y.**, *Les contrats spéciaux*, Paris, Defrénois, 11^e éd., 2020.
- MAZEAUD H., L. et J.**, *Leçons de droit civil*, T. IV « Régimes matrimoniaux », Montchrestien 1^{er} vol., 5^e éd., par M. De JUGLART, 1982, avec mise à jour 1986.
- OURLIAC P. et De MALAFOSSE J.**, *Histoire du droit privé*, T. III, « Le droit familial », Thémis, PUF, 1968.
- PATARIN J. et MORIN G.**, *La réforme des régimes matrimoniaux : étude de la loi n°65-570 du 13 juillet 1965*, T. I, Defrénois, 4^e éd., 1977.
- PETERKA N.**, *Régimes matrimoniaux*, Dalloz, coll. Hypercours, 6^e éd., 2020.
- PIEDELIEVRE S.**, *Les régimes matrimoniaux*, L.G.D.J., coll. Paradigme, 2^e éd., 2020.

- PLANIOL M. et RIPERT G.**, *Traité pratique de droit civil français*, T. IX, J. BOULANGER, Paris, L.G.D.J., 1960.
- POTHIER R.-J.**, *Traité du contrat de mariage*, Paris, 1771 chez de Bure et Orléans chez la Veuve Rouzeau-Montaut.
- REVEL J.**, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2020.
- REVILLARD M.**, *Droit international privé et européen : pratique notarial*, Defrénois, 9^e éd., 2018.
- RIEG A., LOTZ F. et RIEG Ph.**, *Technique des régimes matrimoniaux*, Paris, LexisNexis, 3^e éd., 1993.
- SAGAUT J.-F. et LATINA M.**, *Déontologie notariale*. Defrénois, 4^e éd., 2019.
- TERRE F. et SIMLER Ph.**,
- *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 10^e éd., 2018.
 - *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 8^e éd., 2019.
- TERRE F., GOLDIE-GENICON C. et FENOUILLET D.**, *Droit civil, La famille*, Dalloz, 9^e éd., 2018.
- TEYSSIE B.**, *Droit des personnes*, LexisNexis, 23^e éd., 2021
- TROPLONG M.**, *Droit civil expliqué du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, 3^e éd., PARIS, 1857.
- VOIRIN P. et GOUBEAUX G.**,
- *Droit civil*, T. I, « Introduction au droit – personnes -famille, personnes protégées, biens – obligations – sûretés », Paris, 41^e éd., 2021.
 - *Droit civil*, T. II, « Régimes matrimoniaux, successions, libéralités », Paris, 31^e éd., 2020.
- YILDIRIM G.**, *Régimes matrimoniaux et PACS*, Bréal, 2019, 4^e éd., Lexifac.

II. OUVRAGES SPECIALISES, RAPPORT, THESES ET MEMOIRES

Rapports, ouvrages spécialisés et mélanges

- 75° CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE**, *Le statut matrimonial du Français*, La Baule, 1978.
- 84° CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE**, *Couples et modernité*, La Baule, 1988.
- 95° CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE**, *Demain la famille*, Marseille, 1999.
- 96° CONGRES DES NOTAIRES DES FRANCE**, *Le patrimoine au XXI^e siècle*, Lille, 2000.
- 101° CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE**, *Les familles sans frontières en Europe : mythe ou réalité ?*, Nantes, 2005
- 106° CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE**, *Couples, patrimoine : les défis de la vie à 2*, Bordeaux, 2010.
- 115° CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE**, *L'international. Qualifier. Rattacher. Authentifier*, Bruxelles, 2019.
- BEGUIN J (offert à)**, *Études offertes à Jacques Béguin : droit et actualité*, Litec, 2005.
- CATALA P.**, « Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », Ministère de la Justice, La documentation française, 2006.
- CHAMPENOIS G. (offert à)**, *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Collectif, Defrénois, Les Mélanges, 2012.
- COLOMER A. (offert à)**, *Mélanges offert à André Colomer*, Collectif, Paris, Litec, 1993.
- DAURIAC I., GRARE-DIDIER C. et GAUDEMET S. (dir.)**, *Quelle association patrimoniale pour le couple ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010.
- GELARD P.**, Rapp. n°120 sur le projet de loi relatif au divorce (Annexe au procès-verbal de la séance du 17 décembre 2003).
- HOVASSE H. (offert à)**, *Mélanges en l'honneur du professeur Henri Hovasse*, Collectif, LexisNexis, 2016.
- LESBATS C.**, *Le droit notarial du divorce*, LexisNexis, coll. Pratique notariale, 2^e éd., 2021.
- LETELLIER H. (dir.)**, *Les contrats nuptiaux, Accords financiers pour la vie commune et la séparation – Formules d'actes d'avocats*, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 2011.
- NIEL P.-L.**, *La nouvelle pratique notariale en droit du divorce*, Ellipse, coll. Droit notarial, 2019.
- PILLEBOUT J.-F.**, *La participation aux acquêts, Le contrat de mariage du chef d'entreprise*, LexisNexis, coll. Pratique notariale, 4^e éd., 2014.
- The Law Commission**, *Matrimonial Property, Needs and Agreements*, Rapp. publié à Londres le 27 février 2014.
- WIEDERKEHR G. (offert à)**, *Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr : De code en code*, Collectif, Dalloz, Mélanges, 2009.

Thèses et mémoires

- BARATHON A.**, « De la divisibilité des clauses du contrat de mariage », Thèse, Paris, 1913.
- BOUSSOUGOU-BOU-MBINE F.-L.**, « La pénétration des idées communautaires dans les régimes séparatistes », Thèse, Strasbourg 3, 1998, L.G.D.J. 1999, préf. Ph. SIMLER.
- CARBONNIER J.**, « Le régime matrimonial : sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association », Thèse, Bordeaux, 1932.
- CHAMOULAUD-TRAPIERS A.**, « Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille », Thèse, Limoges, 1997.
- CAMOZ J.-Y.**, « Le déclin du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales », Thèse, Lyon, 1981.
- GALL C.**, « Les gains de survie », Thèse, Toulouse 1 Capitole, 1996.
- GUIGUET-SCHIELE Q.**, « La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux : essai sur une fiction disqualificative », Thèse, Toulouse 1 Capitole, 2013.
- HOULGARD A.**, « La notion de régime matrimonial », Thèse, Toulouse 1 Capitole, 2008.
- JOUVENET M.-C.**, « Des clauses insérées dans le régime de communauté par la pratique notariale », Thèse, Lyon, 1979.
- LUCET F.**, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », Thèse, Paris II, 1987.
- MOISSINAC P.**, « Essai sur la séparation de biens contractuelles », Thèse, Paris, 1920.
- MORETTI C.**, « Le divorce du chef d'entreprise individuelle marié sous un régime de participation aux acquêts », Mémoire de recherches, Université de Reims Champagne-Ardenne - UFR de Droit et Sciences Politiques, 2017.
- PARQUET M.**, « Le changement de régime matrimonial comme instrument de stratégie patrimoniale », Thèse, Paris II, 2005.
- PETRONI-MAUDIERE N.**, « Le déclin du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux », Thèse, Limoges 2005.
- PHILIPPE C.**, « Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale », Thèse, Strasbourg, 1981.
- ROUSSEAU E.**, « Mutabilité et cohérence du régime matrimonial », Thèse, Paris II, 2007, L.G.D.J.
- TANI A.**, « L'ordre public et le droit patrimonial de la famille : contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français », Thèse, Toulouse 1 Capitole, 2018.
- TISSOT S.**, « Effectivité des droits des créanciers et protection du patrimoine familial », Thèse, Aix-Marseille, 2015.
- TORRICELLI-CHRIFI S.**, « La pratique notariale source de droit », Thèse, Toulouse 1 Capitole, 2013.
- VERDIER F.**, « Étude sur les gains de survie entre époux », Mémoire, Toulouse, 1868.
- WIEDERKEHR G.**, « Les conflits de loi en matière de régime matrimonial », Thèse, Strasbourg, 1967.
- YILDIRIM G.**, « L'autonomie financière dans la communauté de vie », Thèse, Limoges, 2000.

III. ARTICLES ET CHRONIQUES DE DOCTRINE

BAILLON-WIRTZ N., « La loi du 23 mars 2019 et les nouvelles mesures de déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille », *RJPF*, Lamy, n° 5 (mai 2019) : 5.

BARIANI D. DONDERO B., et LEFAILLET C., « Droit des sociétés et gouvernance des entreprises familiales », *Defrénois*, n° 37 (12 septembre 2019).

BARTHEZ A. et LAFERRERE A., « Le patrimoine des Français : comportements et disparités », *Économie et Statistique*, n°296-297 (1996).

BARTHELET C., « Le notaire et les changements de régimes matrimoniaux », *JCP N* 1386, n° 49 (7 décembre 2012).

BATTEUR A., « Annulation du mariage sans intention de vie commune », *Dr. Fam.*, (1 octobre 2019).

BEDARIDE B., « Pourquoi et comment un couple doit organiser une planification patrimoniale ? », *L'agefi Actifs*, n° 39 (septembre 2013) : 1288095.

BEIGNIER B.,

- « Séparation de biens avec société d'acquêts : la solution québécoise », *Dr. Fam.* 1997, chron. 1.
- « Illustration de la notion de logement de famille », *Dr. Fam.* 2006, comm. 62.
- « Avantages matrimoniaux et participation aux acquêts : nouveaux enseignements, nouvelles pratiques », *JCP N*, n° 24 (12 juin 2020) : 35.
- « Avantages matrimoniaux et participation aux acquêts : critiquons le Code civil, pas la Cour de cassation », *Dr. Fam.*, n°2 (Février 2021) : étude 5.

BELLAMY V. et BEAUMEL C., « Bilan démographique 2012 », INSEE, (janvier 2013), n°1429

BERNARD S.,

- « L'emprunt souscrit par un époux seul appartient au passif définitif de la communauté », *Lexis Actu*, (7 novembre 2018).
- « Protection de la communauté contre le cautionnement d'une même dette par les époux dans des actes distincts », *Lexis Actu*, (17 juillet 2019).
- « L'apport d'un bien à la communauté : pas de récompense, mais une possible indemnité d'occupation #MAJ », *Lexis Actu*, (7 octobre 2019).
- « Agriculteur commun en biens : droit à récompense et charge du passif en présence d'une exploitation propre », *D. actu.*, (16 novembre 2021).

BERNARD S. et GROSSO I., « Liquidation comparée d'une communauté et d'une participation aux acquêts selon le régime du Code civil », *JCP N* 1080, n° 7 (13 février 2015) : 43.

BERLAUD C., « Régime de participation aux acquêts : notion d'avantage matrimonial », *Gaz. Pal.*, n° 3 (21 janvier 2020) : 32.

BEZ J.-M., « Le choix du régime matrimonial », *JCP N* 10017, n° 1 (8 janvier 1988).

BOIDIN H., « Loi applicable au régime matrimonial : Les 5 questions indispensables à poser au client pour ne pas manquer un élément d'extranéité », *AJ. Fam.*, 2019, 150.

BONNET G., « Logique de la séparation de biens », *In Droit patrimonial de la famille*, ss dir. M. GRIMALDI, *Dalloz Action*, 5^e éd., 2016-2017, n°161-22.

BONNET G., « Charges usufruituaires des biens propres en régime de communauté : le grand remplacement ? », *JCP N*, n°11 (18 mars 2022) : 1121.

BOUQUEMONT A., « Présentation générale de la participation aux acquêts », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Dossier 25, n° 4 (octobre 2015).

BREMOND V.,

- « Remarques sur l'article 214 du Code civil entre époux séparés de biens », *JCP N*, n° 12 (20 mars 1998) : 435.
- « Quand l'accession tourne à la confusion (A propos de Cass. 1re civ., 17 déc. 2002) », *JCP N*, n° 11 (12 mars 2004) : 1133.
- « Chaud et froid sur l'article 1415 du Code civil ! », *JCP N* 1310, n° 39 (29 septembre 2006).
- « Saisie des fonds versé sur un compte-joint entre époux séparés de biens : même cause et (presque) mêmes effets que sous le régime de la communauté ! », *JCP N*, n° 41 (9 octobre 2009) : 1286.

BRENNER Cl.,

- « Notion et évaluation des avantages matrimoniaux », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Dossier 11, n° 2 (avril 2008).
- « Avantage matrimonial et participation aux acquêts - Le sort de la clause d'exclusion des biens professionnels dans le divorce », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Dossier 29, n° 4 (octobre 2015).
- « Avantage matrimonial et participation aux acquêts : le sort de la clause d'exclusion des biens professionnels dans le divorce », 471 et s., Dalloz, 2016.
- « Avantage matrimonial et participation aux acquêts : le sort de la clause d'exclusion des biens professionnels dans le divorce », *In Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Hovasse*, 2016, LexisNexis

BRENNER Cl. et SAVOURE B.,

- « La société d'acquêts », *In Quelle association pour le couple ?*, Dalloz ss dir. I. Dauriac, C. Grare-Didier et S. Gaudemet, (2010) : 86.
- « Les aménagements conventionnels du régime de la participation aux acquêts », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* Dossier 28, n° 4 (octobre 2015).

BRIDGE C., « Le nouveau droit communautaire des régimes matrimoniaux (Loi applicable et limitation des risques d'insécurité juridique) », *actu-juridique.fr*, (9 octobre 2017).

BROCHARD R., « Le renouveau du régime de la séparation de biens avec société d'acquêts », *Brochure du Cridon Ouest*, (1998).

CAHEN M., « Pour un convention préuptiale », *Gaz. Pal.* 2011, n°144, p. 18 ». *Gaz. Pal.*, n° 144 (2011) : 18.

CALLE P., « Détermination de la loi applicable au régime matrimonial de l'époux mariés sans contrat en 1982 », *Defrénois* 157p8, n° 9 (27 février 2020) : 32.

CAPITANT H., « De la clause donnant au survivant des époux la faculté de prélever le fonds de commerce », *Rev. Crit. Légils. et jurispr.* 1927, p.43.

CASEY J.,

- « Dossier « Charges du ménage » : Financement du logement : comment adapter son contrat de mariage ? », *AJ. Fam.*, 2005, 332.
- « Sort des avantages matrimoniaux ou comment optimiser son régime en cas de divorce, succession ou de procédure collective », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, n° 2 (avril 2008) : Dossier 12.
- « L'objet de la contribution aux charges du mariage inclut la résidence principale », *Gaz. Pal.* 16 septembre 2014, n°192b3, p.30.

- « Dossier « Charges du ménage » : Les acquisitions immobilières, la contribution aux charges du mariage et les régimes matrimoniaux », *AJ. Fam.*, 2015, 324.
- « Pas de protection du logement de la famille sans « droits » à protéger... », *AJ. Fam.*, 2018, 300.
- « Saga du logement et de la contribution aux charges du mariage : un arrêt qui interroge... », *AJ. Fam.*, 2018, 406.
- « Réforme de la procédure des divorces contentieux : le décret », *AJ. Fam.*, 2020, 12.
- « Récompenses : le cas inédit du bien partiellement aliéné avant partage », *JCP N*, n°10 (12 mars 2021) : 1132.

CATALA P., « Variation autour de la communauté universelle », *In Mélanges à la mémoire de Danier HUET-WEILLER*, PUF-LGDJ 1994, p.46

CERMOLACCE A., « L'anticipation du divorce », *JCP N*, n°49, (7 décembre 2012), 1387

CHALAS C., « Contrat de mariage et nuptial agreement : vers une acculturation réciproque ? Regards croisés entre la France et l'Angleterre (étude de droit comparé, de droit international et de droit interne) », *Journal du droit international*, juillet 2016, Clunet édition, sect. n°3.

CHAMPENOIS G.,

- « Les patrimoines dans le régime légal », *JCP N*, n° 28 (10 juillet 2005) : 35.
- Le changement de régime ayant produit effet s'impose aux époux, sauf vice du consentement ou fraude », *Defrénois* 114g1, n° 22 (30 novembre 2013).
- « Le financement d'un investissement locatif ne relève pas de la contribution aux charges du mariage », *Defrénois* 126c5, n° 6 (30 mars 2017) : 366.
- « Validité de la donation de la nue-propriété du logement familial avec réserve d'usufruit, sans le consentement du conjoint », *Defrénois* 154c9, n° 48 (28 novembre 2019) : 22.

CHAMPENOIS G. et COMBRET J., « Quelle place pour la société d'acquêts dans les régimes matrimoniaux ? », *Defrénois*, n° 24 (2013) : 1247.

CHAMPENOIS G. et COUZIGOU-SUHAS N.,

- « Contrat de mariage, charges du mariage et acquisition indivises », *Defrénois*, n° 119g4 (15 avril 2015) : 367.
- « Contrat de mariage, charges du mariage et acquisitions indivises : Analyse et formule », *Defrénois* 119g4, n° 7 (15 avril 2015) : 367.

CHARLIN J., « A moi compte, deux mots ! », *RLDC* 6189, n° 170 (mai 2019) : 26.

CHENEDE F., « Difficultés d'interprétation des clauses aménageant la contribution aux charges du mariage », *AJ. Fam.*, n° 188 (2010).

CLERMON M. et CENAC P., « Aménagements volontaires des régimes matrimoniaux (ou adapter son régime) : les aménagements directs », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* Dossier 9, n° 2 (avril 2008).

CLERMON M., MURAT P. et WEISS-GOUT B., « La prestation compensatoire », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* Dossier 25, n° 3 (juillet 2011).

COLLARD F., « La séparation de biens avec société d'acquêts : un contrat d'avenir », *JCP N*, n° 37-38 (15 septembre 2017) : 1262.

COMBRET J., « Les aspects patrimoniaux de la réforme », *RLDC*, octobre 2004, 54.

COTTET M., « L'apport en capital n'est pas une forme de contribution aux charges du mariage », *D. Actu.*, (22 octobre 2019).

COUDERC H.-A., DEBUSQUOI J.-F. et GUTMANN D., « Fiscalité et gouvernance des entreprises familiales », *Defrénois*, n° 37 (12 septembre 2019).

COUZIGOU-SUHAS N.,

- « Un nouveau rapprochement franco-allemand », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* Dossier 3, n° 3 (juillet 2010).
- « Le partage : modèle d'acte », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* Dossier 30, n° 3 (juillet 2011).
- « L'apport en capital dans le financement d'un bien indivis ne peut être assimilé à une contribution aux charges du mariage », *Defrénois*, (28 mai 2020), n°160b9, p. 38.

COZIC L., « Les questions préalables à l'application des règlements », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* Dossier 22, n° 3 (juillet 2018).

CREMONT G., « Rupture du couple et médiation familiale », *JCP N*, n°6, (12 février 1999).

CRIDON Paris, « Règlement n°2016/1103 sur les régimes matrimoniaux : le notaire doit connaître les règles de forme relatives à la désignation de la loi applicable et à la conclusion d'une convention matrimoniale », *Bulletin du Cridon de Paris*, (15 avril 2019), n°8 éd., sect. II-71.

CRIDON Sud-Ouest, « DIP des régimes matrimoniaux et partenariaux, bientôt deux nouveaux règlements européens en application ! », *Nota Bene*, (avril 2018).

CRONE R.,

- « Le changement automatique de la loi applicable au régime matrimonial : une bombe à retardement », *Defrénois*, n° 37396 (2001) : 1026.
- « Choix d'une loi applicable par des époux ou des partenaires après le 29 janvier 2019 », *Solution notaire hebdo*, n° 9 (15 mars 2018) : 10.

DAGOT M., « Changement de régime matrimonial et liquidation », *JCP N* 1217, n° 23 (2008).

DARMON A., FABRE H., LE CLEZIO C., GISSELBRECHT L.-M. et LE GARREC K., « Optimisation de la transmission aux enfants dans le cadre des familles recomposées », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* Dossier 24, n° 4 (octobre 2008).

DARMON A., GONSARD S., CARPON M. et JULIEN SAINT-AMAND-HASSANI S., « Transmission et protection au profit du conjoint en présence d'enfants non communs », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* Dossier 23, n° 4 (octobre 2008).

DAURIAC I.,

- « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique », *In Quelle association pour le couple ?*, Dalloz ss dir. I. Dauriac, C. Grare-Didier et S. Gaudemet, (2010) : 29.
- « La nature des parts sociales en régime de communauté : constance ou conservatisme ? », *Revue des sociétés*, Dalloz, 2012, p.717.
- « L'article 1415 du code civil ignore les engagements simultanés de caution d'époux communs en biens », *Revue des sociétés*, Dalloz, 2013, p. 507.
- « Les *stocks options*, talon d'Achille de l'attraction exercée par la communauté sur les rémunérations professionnelles », *Revue des sociétés*, Dalloz, 2015, p. 43.
- « L'action en contribution aux charges du mariage : quid d'une fin de non-recevoir conventionnelle ? », *Defrénois*, (3 décembre 2020), n°166j9, p.34.

DAVID S., « Réforme de la procédure contentieuse : le regard du notaire », *AJ Fam.*, 2020, 21.

DELPLANQUE M., « Divorce et patrimoine professionnel », *AJ Fam.*, 2020, 206.

DELECRAZ Y., « Le recours à la convention fondatrice : la maîtrise du périmètre de l'association patrimoniale », *JCP N*, n°22, (29 mai 2015) : 1167.

DEPOND A.,

- « La liquidation du régime de la séparation de biens. Questions pratiques », *JCP N*, n° 17 (2009) : 1328 et 1334.
- « Pour un renouveau des contrats de mariage », *Gaz. Pal.*, n°77 (17 mars 2012) : p. 15.

DESSIS S.,

- « La loi applicable au régime primaire impératif français face au règlement (UE) 2016/1103 », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* Dossier 25, n° 3 (juillet 2018).
- « Le changement de la loi applicable au régime matrimonial dans le règlement (UE) 2016/1103 », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* Dossier 27, n° 3 (juillet 2018).

DEVISME M., « De l'intérêt d'établir un contrat de mariage dans un contexte international », *JCP N*, n°13, (1^{er} avril 2022) : 1128.

DOUET F., « De quelques difficultés afférentes à la fiscalité du divorce », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Dossier 27, n° 3 (juillet 2011).

DUBARRY J. et FRAGY E., « La clause d'attribution intégrale de la communauté au conjoint survivant vidant le patrimoine du défunt ne dispense pas d'ouvrir la succession ! », *RJPF* 2019-05/22, n° 5 (mai 2019) : 27.

DUCHANGE N.,

- « La minoration du taux de la participation aux acquêts », *Defrénois*, 1993, 35670.
- « Pour une approche pratique des avantages matrimoniaux », *JCP N* 1118, n° 14 (8 avril 2016) : 35.
- « Avantages matrimoniaux : vrais ou faux ? apparents ou cachés ? », *Defrénois* 150p6, n° 47 (21 novembre 2019) : 25.
- « Peut-on traiter des avantages matrimoniaux sans évoquer les simples bénéfices ? », *AJ Fam.*, 2020, 126.

DUCHANGE N. et PILLEBOUT J.-F. PILLEBOUT, « La clause d'exclusion des biens professionnels de la participation aux acquêts un correctif nécessaire », *JCP N* 1995, I, 487

DUHAMEL L., « Le sort du patrimoine des enfants dans le divorce », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* Dossier 24, n° 3 (juillet 2011).

EGEA V., « L'économie générale de la participation aux acquêts, limite à la liberté conventionnelle », *D.* 2009, 1201.

ESKENAZI D., « Contrat de mariage et prenuptial agreement : une protection efficace ? », *Defrénois*, n° 23 (15 décembre 2015) : 1237.

FABRE H., « Acquisition du patrimoine professionnel et familles recomposées », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Dossier 22, n° 4 (octobre 2008).

FARGE C., DEBUSQUOI J.-F. et NAUDIN E., « Pour une réécriture de l'article 265, alinéa 2 du Code civil », *JCP N* 1289, n° 39 (28 septembre 2018) : 32.

FENARDON Cl.,

- « La participation inégale aux acquêts », *JCP N*, n° 1117 (2009).
- « La participation aux acquêts et la protection des biens professionnels. Une billevesée ? », *JCP N*, n° 1245 (2009).

FERRE-ANDRE S.,

- « La communauté universelle et les enfants des époux », *Defrénois*, n° 4 (28 février 1993) : 193.
- « De la nécessité d'un mouvement de valeur en cours de communauté, comme source de récompense », *AJ. Fam.* 2019, p.606.

FILLETE, J.-L., « A propos des récentes tentatives de résurrection de la séparation de biens avec société d'acquêts », *Defrénois* art. 36369, n° 12 (1996).

FLAMENT V., « Observations sur un régime matrimonial à la liquidation alternative (à propos du régime de participation aux acquêts) », *Defrénois*, 1993, 35575

FONGARO E., « Le choix de loi applicable au régime matrimonial », *Dr. Fam.*, n° 13 (2017) : Dossier 31.

FONGARO E. et GERAUD C., « Pratique notariale et droit international privé », *Brochure du Cridon Bordeaux-Toulouse*, septembre 2009.

FREJAVILLE A., « Les répercussions de la capacité de la femme sur le régime de la séparation de biens avec sociétés d'acquêts », *JCP G*, I, n° 397, 1944.

FREMAUX N. et LETURCQ M., « Age et génération », *Économie et Statistique*, n°462-463 (2013).

FREMONT E., « Le choix du régime matrimonial - À chacun son mariage, à chacun son contrat », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Dossier 8, n° 2 (avril 2008).

FRESNAIS M., « Les règlements européens sur les régimes matrimoniaux des couples : champs d'application », *Nota-Bene*, n° 228 (avril 2018).

FRULEUX F., « Participation aux acquêts et fiscalité successorale », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Dossier 31, n° 4 (octobre 2015).

FULCHIRON H., « Les solidarités dans les couples séparés : renouveau ou déclin ? », *D.* 2009, 1703.

GAMALEU KAMENI C., « Mariage des majeurs protégés et autorisation du juge des tutelles », *actu-juridique.fr*, (15 octobre 2019).

GASTE J. et NOURISSAT C., « Règlement régimes matrimoniaux et convention de La Haye du 14 mars 1978 : Une similitude en trompe-l'œil ? », *JCP N*, n° 47 (23 novembre 2018) : 1346.

GAUDEMET S., « 'L'intérêt de la famille', élément de l'ordre public familial », *Defrénois*, 2012, 287 et s.

GAUTIER X. et TANDEAU DE MARSAC V., « Aspects psychologiques et juridiques de la gouvernance des entreprises familiales », *Defrénois* 151r9, n° 37 (12 septembre 2019) : 17.

GENTILHOMME R. et BLOAS V., « Droit des libéralités et gouvernance des entreprises familiales », *Defrénois*, n° 37 (12 septembre 2019).

GHERMAME-PINOCHÉ M., « DIP : Présentation des nouveaux règlements européens (régimes matrimoniaux et partenariats enregistrés) et retour sur la pratique du Règlement succession », Conférence Chambre des Notaires du Maine-et-Loire, de la Mayenne et de la Sarthe, Cridon Ouest, Changé-les-Laval, (7 mars 2019).

GILSON-MAES A., « Le choix du régime matrimonial en 2020 : état des lieux et perspectives », *JCP N*, n° 10 (11 mars 2022) : 1108.

GONSARD S., CARPON M. et JULIEN SAINT-AMAND-HASSANI S., « Les effets patrimoniaux de la rupture à intégrer dans la stratégie de recomposition familiale », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Dossier 19, n° 4 (octobre 2008).

GOSSELIND-GORAND A., « Retour sur la détermination du premier domicile matrimonial des époux mariés avant l'entrée en vigueur de la convention de La Haye de 1978 », *Dr. Fam.*, n° 11 (1 décembre 2019) : 7.

GOUBEAUX G., « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière », *In Études dédiées à Alex Weill*. Vol. p.279 et s. DALLOZ - LITEC 14, 1983.

GREWIS B., « Réflexion sur les difficultés relatives à la procédure de changement de régime matrimonial », *actu-juridique.fr*, (27 octobre 2017).

GRIMALDI M., « L'avantage matrimonial : remarques d'ordre pratique sur la communauté universelle », *JCP N*, n° 27 (9 juillet 1999) : 1083.

GROSJEAN X., « Compte courant d'associé et régime de participation aux acquêts », *JCP N* n° 17-18 (26 avril 2019) : 1179.

GUEDE X. et LETELLIER.,

- « Dossier "Charges du ménage" : Le domaine des charges du ménage », *AJ. Fam.*, 2015, 317.
- « Dossier "Charges du ménage" : L'exécution de l'obligation aux charges du ménage », *AJ. Fam.*, n° 320 (2015).

GUICHARD A., « Règlement européen sur les régimes matrimoniaux et pratique notariale : de nouveaux réflexes », *AJ. Fam.*, 2018, 658.

GUIGUET-SCHIELE Q.,

- « Les clauses menacées par les nouvelles interprétations de l'article 265 du Code civil », *Gaz. Pal.*, (31 mars 2016), n°13, p.58
- « Participations aux acquêts : composition du patrimoine final », *D. Actu.*, (4 décembre 2018).
- « L'avantage matrimonial révocable en participation aux acquêts », *D. Actu.*, (23 janvier 2020).
- « Récompenses et qualification de biens communs : précisions sur le fond, rappels sur la présomption », *D. Actu.*, (14 décembre 2021)

GUIGUET-SCHIELE Q. et BABY W., « Les conventions organisant par avance les conséquences d'une rupture », *Dr. Fam.*, n° 3 (mars 2015) : Dossier 3.

HARTMAN F.,

- « Vers une interprétation restrictive du domaine de la contribution aux charges du mariage », *Defrénois* 155t4, n° 5 (30 janvier 2020) : 17.
- « Un utile rappel de la nécessité de prévoir une clause alsacienne en cas d'apport à la communauté », *D. 2020*, p.64.
- « L'application de la jurisprudence *Authier* à une exploitation agricole appartenant en propre à un époux », *D. 2022*, p.56.

HATTON V., « Le formalisme du choix de loi applicable », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Dossier 24, n° 3 (juillet 2018).

HILT P.,

- « L'incontournable droit au divorce », *actu-juridique.fr*, (29 décembre 2017).
- « Le notaire chargé de rédiger un contrat de mariage est tenu de conseiller les futurs époux de manière complète et circonstanciée », *AJ. Fam.*, 2018, 621.

JAULT-SESEKE F., « Lorsque le mariage est un piège ! », *AJ. Fam.*, 2017, 474.

JOLLAIN Elise, « Précision sur la contribution aux charges du mariage », *L'Agefis Actifs*, n°45, (novembre 2019) : 1511981

KARM A.,

- « Permanence et évolutions du régime primaire depuis 1965 », *JCP N*, n° 28 (10 juillet 2015) : 25.
- « Liquidation d'un régime de participation aux acquêts en comparaison avec la communauté légale », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Dossier 26, n° 4 (octobre 2015).
- « Consistance et évaluation du patrimoine final des époux en régime de participation aux acquêts : portée de l'attraction participative sur les bénéfices d'exploitation », *JCP N*, n° 17-18 (26 avril 2019) : 1178.
- « Financement d'un bien immobilier par des époux séparés de biens : à quand le rétablissement de la logique séparatiste ? », *JCP N*, n° 17-18 (26 avril 2019) : 1174.
- « Changement de régime matrimonial : suppression du délai d'attente de 2 ans et suppression d'une exonération devenue injustifiée en matière d'enregistrement », *JCP N*, n° 17-18 (26 avril 2019) : 1177.
- « Consistance et évaluation du patrimoine final des époux en régime de participation aux acquêts : portée de l'attraction participative sur les bénéfices d'exploitation », *JCP N*, n° 17-18 (26 avril 2019) : 1178.
- « Clause d'exclusion des biens professionnels en régime de participation aux acquêts : coup d'arrêt ou maladresse ? », *Lexis Actu*, (8 janvier 2020).
- « Question 4 : quelle protection des biens professionnels en régime de participation aux acquêts ? », *JCP N*, n°1-2 (10 janvier 2020) : 1004.
- « Participation aux acquêts - Nature juridique et efficacité de la clause d'exclusion des biens professionnels - D'utiles précisions et de prudentes précautions ... », *JCP N*, n°9 (28 février 2020) : 1059.
- « Logique de l'indivision et logique de la séparation de biens : à propos des créances en cas d'acquisitions indivises entre époux séparés de biens », *JCP N*, n°51-52 (24 décembre 2021) : 1356.

KARM A. et GROSJEAN X., « L'activité professionnelle en régime de participation aux acquêts : perspectives liquidatives », *JCP N*, n° 1363 (2018).

KERMOAL V., « Contribution aux charges du mariage ou de la vie commune : comment régler les difficultés pratiques ? », *JCP N*, n° 17-18 (26 avril 2019) : 1175.

KHAIRALLAH G., « Les règlements européens du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats », *Bulletin du Cridon de Paris*, n° 6 (15 mars 2018).

KHAYAT I., « Les conventions sur la preuve en matière de contribution aux charges du mariage », *Defrénois*, (11 avril 2019), n°146r2, p.19.

LAFOND J., « Les régimes matrimoniaux et mutations sociales : Les époux bordelais (1450-1550) », *École pratique des Hautes Études, Démographie et société*, XVI, Paris : SEVPEN, (1972).

LAROCHE GISSEROT F., « Organiser son divorce en se mariant : l'exemple des pays de common law », *In Mélanges en l'honneur du Professeur G. Champenois*, Defrénois, (2012), 485 et s.

LE BARS Th., « Pour une conception autonomiste du régime matrimonial de la participation aux acquêts », 487. *Dalloz*, (2009).

LE BARS Th. et MAUGER-VIELPEAU L., « Théorie des avantages matrimoniaux : l'horizon s'assombrit pour le régime de la participation aux acquêts », *D.* 2020, 635.

LE CLEZIO C., « La recomposition de la famille », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* Dossier 20, n° 4 (octobre 2008).

LE GUIDE C R.,

- « L'exigence du consentement des époux pour la disposition du logement familial suivant l'article 215, alinéa 3, du code civil », *D.* 1990, p.310.
- « Condition pour que des biens acquis par un conjoint marié sous le régime de la communauté d'acquêts prennent la qualité de propres dans les rapports entre époux », *D.* 1991, p.565.
- « L'acte établi au cours du mariage entre époux séparés de biens pour reconnaître à l'un d'eux la propriété personnelle de certains biens constitue un simple moyen de preuve destiné à écarter les présomptions de propriété du contrat de mariage », *D.* 1994, p.42.
- « La mesure de l'application de la règle de l'accessoire dans la communauté légale », *D.* 1997, p.547.
- « L'article 1415 du code civil s'applique pour le crédit consenti par découvert en compte courant », *D.* 2000, p.421.
- « SCI et communauté légale : l'alchimie de la liquidation », *JCP N*, n°23 (5 juin 2015) : 1182.
- « Donation, acquisition et construction en famille », *JCP N*, n°22-23 (3 juin 2016) : 1184.

LE GUIDE C R. et BOSSE-PLATIERE H., « Exploitation agricole propre : ni l'huile de vidange, ni l'huile de coude ne donnent lieu à récompense à la communauté ! », *Droit rural*, °501 (Mars 2022) : comm. 53.

LEBEL C., « Entreprise individuelle et entreprise en difficulté dans la loi Pacte », *JCP N* 1206, n° 22-23 (31 mai 2019) : 35.

LEGRAND V., « Changement de loi applicable au régime matrimonial au cours du mariage : conditions de forme », *actu-juridique.fr*, (30 janvier 2018).

LEROY M., « La séparation de biens avec société d'acquêts n'est pas un régime de communauté conventionnelle », *Gaz. Pal.*, (15 juin 2013), n° 134r4.

LETELIER H., « Focus sur le régime franco-allemand », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Dossier 27, n° 4 (octobre 2015).

LETELLIER F.,

- « 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 », *JCP N* 1150, n° 12 (2008).
- « Avis de tempête sur la participation aux acquêts ! », *Defrénois*, 157m3, n° 9 (27 février 2020) : 23.

LEVILLAIN N., « L'effet pervers de la communauté universelle », *AJ. Fam.* 2019, 301.

LEYRAT H., « Précisions bienvenues sur la contribution aux charges du mariage », *Defrénois* 154g6, n° 3 (16 janvier 2020) : 26-29.

LIOUSSOU J., « Aménagements volontaires des régimes matrimoniaux (ou adapter son régime) : les aménagements indirects », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Dossier 10, n° 2 (avril 2008).

LOMAZZI M., « Cet été, 8,5 millions de Français ont utilisé Airbnb », *Le Parisien*, (3 septembre 2019).

LOPEZ DE TEJADA M., « Règlement n°2016/1103 sur les régimes matrimoniaux : le notaire doit connaître les règles de forme relatives à la désignation de la loi applicable et à la conclusion d'une convention matrimoniale », *Bulletin du Cridon de Paris*, n° 8 (15 avril 2019) : 6.

LUBIN J.-J., « Fiscalité directe de la participation aux acquêts », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Dossier 30, n° 4 (octobre 2015).

MARIE A., « Réflexion sur l'appauvrissement des époux dans le régime de communauté légale et de participation aux acquêts », *Defrénois*, 2001, art. 37426

MARMAY-RAVAU V. et VARIN F., « Plurinationnalité : un choix délicat en matière de régimes matrimoniaux et de partenariats », *Solution notaire hebdo*, n° 18 (30 mai 2019).

MAUGER-VIELPEAU L.,

- « Point de recel en participation aux acquêts », *Dalloz*, 2011, 2005.
- « La participation aux acquêts, cette mal-aimée », *In Quelle association pour le couple ?*, *Dalloz* ss dir. I. Dauriac, C. Grare-Didier et S. Gaudemet, (2010) : 43.
- « L'autonomie de la participation aux acquêts en droit du divorce », *D.* 2016, 771.
- « Une nouvelle illustration de l'autonomie de la participation aux acquêts », *D.* 2018, 284.
- « La durée limitée de la protection du logement familial », *Dr. Fam.*, n° 7 (1 juillet 2019) : 4.
- « Une limite à la contribution aux charges du mariage en régime séparatiste », *Dr. Fam.* (1 novembre 2019).
- « De l'admission d'un avantage matrimonial en régime de participation aux acquêts », *Dr. Fam.*, 112q9, n° 2 (1 février 2020) : 5.

MAURY J., « Le principe participatif en régime matrimonial séparatiste », *In Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p.243.

MIKALEF-TOUDIC V., « Les charges du ménage : vers un droit commun des couples ? », *actu-juridique.fr*, (8 septembre 2017).

MOLIERE A., « L'effet de la clause réputant la contribution aux charges du mariage de chacun des époux remplie », *D.* 2013, 2682.

MORIN G., « Participation aux acquêts », *Defrénois*, 33836 (1987).

MORIN M. et NIEL P.-L.,

- « Chronique de régimes matrimoniaux (Avril 2017-Juillet 2017) », *actu-juridique.fr*, (7 février 2018).
- « Chronique des régimes matrimoniaux (Juillet 2017 – Décembre 2017) », *actu-juridique.fr*, (9 mai 2018).

MULON E.,

- « Contribution aux charges du mariage et ordre public : tantôt oui, tantôt non », *Gaz. Pal.*, 6 octobre 2020, n°388h4, p.68
- « Les nouvelles pratiques du divorce », *JCP N*, n°10 (11 mars 2022) : 1109.

MURAT P.,

- « Les régimes matrimoniaux et les régimes "pacsimoniaux" à l'épreuve de la rupture des couples », *JCP N* 1206, n° 25-26 (24 juin 2011).
- « Le divorce et les tiers », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* Dossier 32, n° 3 (juillet 2011).
- « La participation aux acquêts : un régime d'avenir ? », *JCP N*, 1076, n° 7 (13 février 2015) : 21

NADAUD M., « Les Règlements européens sur les régimes patrimoniaux des couples : La loi applicable », *Nota-Bene*, n° 228 (avril 2018).

NAUDIN E., « La participation aux acquêts », *JCP N*, n° 28 (10 juillet 2005) : 61.

NICOD M.,

- « Excès de contribution aux charges du mariage », *D.* 2000, 428.
- « Les limites de la gestion concurrente », *D.* 2004, 2258.
- « Les revenus d'un bien propre peuvent donner droit à récompense », *D.* 2007, 1578.
- « Avantage matrimonial et divorce », *Dr. Fam.*, n°7-8, (juillet 2014), comm. 115.
- « Rappelez-moi la date de votre mariage ! », *Dr. Fam.*, n°3, (mars 2017), repère 3.
- « Vers une mutabilité incontrôlée du régime matrimonial », *Dr. Fam.*, n°4, (avril 2018), repère 4.
- « A propos de l'état liquidatif du régime matrimonial », *Dr. Fam.*, n°1 (janvier 2019), 1.
- « En communauté, aucune dette n'est exclusivement commune ! », *RTD civ.*, 2019, p.172.
- « De l'appartenance des gains et salaires à la caisse commune », *RTD civ.*, 2019, p.643.
- « Les gains et salaires économisés sont des biens communs ordinaires », *RTD civ.*, 2020, p.173.
- « Les indemnités de licenciement accroissent la masse commune », *RTD civ.*, 2021, p.693.
- « Séparation de biens : de la difficulté de renverser une présomption de propriété en l'absence de facture », *RTD civ.*, 2021, p.694.
- « L'entrepreneur individuel a aussi une famille », *Dr. Fam.*, n°4, avril 2022, repère 4.

NIEL P.-L.,

- « Sur le caractère ménager de la dette due pour l'occupation des lieux par un seul des époux », *actu-juridique.fr*, (6 novembre 2017).
- « La clause de contribution aux charges du mariage au jour le jour à l'épreuve du statut impératif de base », *LPA*, (11 décembre 2020), n°156c0, p.13.

NOURISSAT C. et REVILLARD M.,

- « Circulaire du 24 avril 2019 relative aux règlements européens sur les régimes matrimoniaux et les partenariats enregistrés », *Defrénois*, 151g6, n° 38 (19 septembre 2019) : 25.
- « Pour une bonne application des règlements européens sur les régimes matrimoniaux et les partenariats enregistrés », *Defrénois*, 140x2, n° 41 (18 octobre 2018) : 17.

PERREAU-SAUSSINE L.,

- « Les nouveaux règlements européens « régimes matrimoniaux » et « effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » : Propos introductifs », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Dossier 21, n° 3 (juillet 2018).
- « Les prenuptials agreement et le notaire français », *JCP N* 1225, n° 49 (4 décembre 2015) : 20.

PETERKA N.,

- « Le changement de régime matrimonial à l'heure du jubilé de la réforme du 13 juillet 1965 », *JCP N*, n° 28 (10 juillet 2005) : 68.
- « Notion de revenus professionnels et exclusion de la théorie de l'enrichissement injustifié en communauté », *Dr. Fam.*, n° 10 (1 juin 2019) : 5.
- « Notion de bien propre par accessoire et nullité du changement de régime matrimonial pour fraude aux droits d'un enfant », *Dr. Fam.*, n° 9 (1 octobre 2019) : 6.
- « Rappel sur les faits générateurs des récompenses et de l'indemnité d'occupation », *Dr. Fam.*, n° 10 (1 novembre 2019) : 5.

- « Conditions de la libre disposition des gains et salaires en régime de communauté et de la requalification de l'assurance-vie en donation indirecte », *Dr. Fam.*, (1^{er} janvier 2020).
- « Responsabilité professionnelle du notaire pour manquement à son obligation d'information et de conseil », *Dr. Fam.*, n° 4 (1 avril 2020) : 6.

PIEDELIEVRE S., « Contribution aux charges du mariage et investissement locative », *Gaz. Pal.*, (29 novembre 2016), n°281e6, p. 18

PILLEBOUT J-F.,

- « Formules particulières de contrat de mariage, une séparation de biens limitée », *JCP N I*, n° 13 : 141.
- « Les clauses de contrat de mariage et de réversion d'usufruit ou de rente viagère après la réforme du divorce », *JCP N*, n° 17 (29 avril 2005) : 1246.
- « Les illusions de la séparation de biens », *Defrénois*, 1981, 641.
- « Participation aux acquêts : détermination et évaluation du patrimoine final des époux », *Lexis Actu*, (22 novembre 2018).
- « Une nouvelle formule de contrat de mariage : participation aux acquêts avec exclusions des biens professionnels », *JCP N* 1987, I, n°79.

PINEAU P., « Qui veut la peau de la participation aux acquêts ? », Newsletter AUREP, (12 juin 2020), n°351.

PRIEUR J., « Couples et situations de crise », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Dossier 7, n° 1 (janvier 2012).

RAOUL-CORMEIL G., « L'autorisation à mariage devant la Cour de cassation, pour la dernière fois ! », *Dr. Fam.*, (1^{er} septembre 2019).

REGA J.-C. et LECOMTE O., « Bien rédiger l'acte face au régime matrimonial », *AJ. Fam.*, 2019, 281.

REIN-LESCASTEREYRES I.,

- « Le divorce international : les bons réflexes face à un élément d'extranéité », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Dossier 28, n° 3 (juillet 2011).
- « Les repères pour une meilleure sécurité juridique dans le divorce international », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Dossier 29, n° 3 (juillet 2011).

REVILLARD M.,

- « Dix ans d'application de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », *Defrénois*, n° 37573 (1992) : 893.
- « La détermination de la loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat avant le 1^{er} septembre 1992 », *Defrénois*, n° 38403 (2006) : 873.

RIEUBERNET C., « Protection du logement de la famille contre une demande en partage et en licitation émanant du liquidateur judiciaire d'un époux », *actu-juridique.fr*, (1 octobre 2019).

RIPART F., « Le notaire, la convention de divorce et l'omission d'actif », *Defrénois* 158g4, n° 13 (26 mars 2020) : 17.

ROBBE-PHAN C. et SCHLEMMER C., « L'anticipation contractuelle en amont du divorce », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* Dossier 20, n° 3 (juin 2011).

ROUSSEAU E., « La nature contractuelle du changement de régime matrimonial », *Defrénois* 114q9, n° 1 (15 janvier 2014) : 14.

RUFFIEUX G., « Patrimoine originaire et patrimoine final dans les régimes de participations aux acquêts : la question des plus-values », *JCP N* 1079, n° 7 (13 février 2015) : 37.

SALLE M.-F., M.-F. SALLE, « La communauté universelle et la clause de « reprise en nature » des biens tombés en communauté », *D.* 1994, chron. p.34.

SAULIER M., « Changer de régime matrimonial ne permet pas d'échapper aux créanciers antérieurs », *AJ. Fam.*, 2017, 364.

SAUVAGE F., « Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux », *Defrénois*, 2004, 38038.

SAVATIER R., « Des inconvénients du régime conventionnel de séparation de biens », *DH*, n° chron. 21 (1929).

SCHILLER S., « Le couple et la qualité d'associé », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* Dossier 2, n° 1 (janvier 2012).

SIMLER Ph.,

- « Communauté universelle. Dissolution autrement que par décès. Clause de reprise des biens tombés en communauté du chef de chaque époux. Validité. Indemnisation de la communauté pour ses dépenses. », *JCP N*, 100072, n° 4 (25 janvier 1991).
- « La validité de la clause de liquidation alternative de la communauté universelle menacée par le nouvel article 265 du Code civil », *JCP N*, 2005, 1264.
- « Les pouvoirs des époux en régime légal », *JCP N*, n° 28, (10 juillet 2005).
- « Régime juridique de la société d'acquêts adjointe à une séparation de biens », *Defrénois*, n° 24 (30 décembre 2012), 111f3.

STORCK M., « Le titre ou la finance ? Le droit de propriété dans les régimes de séparation de biens », *D.* 1994, 61.

SUTTER D., « La participation du conjoint à la vie de la société », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Dossier 6, n° 1 (janvier 2012).

SYLVAIN B., « Clause de présomption d'acquiescement des charges du mariage : quelle portée ? », *JCP N*, n° 31-35 (31 juillet 2020) : 41.

TANI A.,

- « La nouvelle procédure de mutation du régime matrimonial », *JCP N*, 1159 (2019).
- « Révocation des avantages matrimoniaux : prudence, cas contracter c'est prévoir... que la loi peut changer ! », *JCP N*, n°7-8 (18 février 2021) : 240.

THOURET S., « Changement de régime matrimonial et preuve de la propriété personnelle d'un bien », *AJ. Fam.*, (2019), 47.

TISSERAND A.,

- « Régime légal : la liquidation-partage », *JCP N*, n° 28 (10 juillet 2005) : 40.
- « Réflexion autour de la notion d'avantage matrimonial », *In Études offertes à Jacques Beguin* « Droit et actualité », LexisNexis, 2005.

TORRICELLI-CHIRFI S.,

- « Apport en capital et contribution aux charges du mariage : une solution bienvenue (I) », *Dr. Fam.*, n°12, (décembre 2019), comm. 241.
- « Apport en capital et contribution aux charges du mariage : une visée pratique (II) », *Dr. Fam.*, n°12, (décembre 2019), comm. 242.
- « Devoir de conseil du notaire : une vigilance de tous les instants », *Dr. Fam.*, n°7- 8 (juillet 2020), comm. 101.
- « La contribution aux charges du mariage, la temporalité et l'ordre public », *Dr. Fam.*, n°9, (septembre 2020), comm. 120.

- « Récompense et aliénation partielle : quel profit subsistant ? », *Dr. Fam.*, n°12 (décembre 2020), comm. 162.
- « Halte à la clause de style », *Dr. Fam.*, n°1, (janvier 2021), comm. 6.
- « Dépense d'investissement : à la recherche de la cause des flux financiers », *Dr. Fam.*, n°3 (mars 2021), comm. 40.
- « Apport en capital : la contribution aux charges du mariage neutralisée », *Dr. Fam.*, n°5 (mai 2021), comm. 72.
- « Clause "alsacienne" : audit patrimonial et devoir de conseil », *Dr. Fam.*, n°5 (mai 2021), comm. 73.
- « Passif provisoire et passif définitif : attention à la confusion », *Dr. Fam.*, n°6 (juin 2021), comm. 94.
- « Encaissement de deniers propres et présomptions de profit », *Dr. Fam.*, n°6 (juin 2021), comm. 96.
- « Apport en capital dans le financement d'un bien indivis : la créance entre époux caractérisé », *Dr. Fam.*, n°7-8 (juillet 2021), comm. 112.
- « Qualification : l'aide personnalisée au logement entre en communauté », *Dr. Fam.*, n°2 (Février 2022), comm. 16.
- « La disproportion des cautionnements appréciée souverainement », *Dr. Fam.*, n°4 (avril 2022), comm. 53.

TRAVADE-LANNOY S., « Le sort du logement familial pendant la procédure de divorce », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Dossier 23, n° 3 (juillet 2011).

TREMOSA F., « L'articulation du règlement « régimes matrimoniaux » et des règlements « successions », « divorce », « obligations alimentaires » et « Bruxelles II bis » », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Dossier 23, n° 3 (juillet 2018).

VAREILLE B.,

- « La loi du 23 juin et les régimes matrimoniaux », *JCP N* 1200, n° 26 (2007).
- « Les avatars de la séparation de biens depuis la loi du 13 juillet 1965 », *JCP N*, n° 28, (10 juillet 2005).
- « Régimes conventionnels : contribution aux charges du mariage et rémunération de la femme au foyer en régime séparatiste. La donation rémunératoire », *RTD civ.*, 1997, 494.

VASSAUX J.,

- « Les incidences de la réforme du divorce sur le rôle du notaire », *D&P*, février 2004, 26.
- « Contribution aux charges du mariage et financement d'un bien à usage familial : enfin une solution claire et novatrice ! », *JCP N*, n°51 (20 décembre 2019) : 1343.

WAUTELET, P., « Le Droit Européen des régimes patrimoniaux des couples, Commentaires des Règlements 2016/1103 et 2016/1104 », *Collection Trans Europe Expert*, s. d., 207.

WEISS-GOUT B. et ROBBE-PHAN C., « L'anticipation, pendant la procédure de divorce, de la future liquidation du régime matrimonial », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Dossier 21, n° 3 (juillet 2011).

XAVIER G. et TANDEAU DE MARSAC V., « Aspects psychologiques et juridiques de la gouvernance des entreprises familiales », *Deffrénois*, n° 37 (12 septembre 2019).

YILDIRIM G.,

- « La modernisation des opérations de partage », *D.* 2006, n° 37, p.2570.
- « L'enrichissement injustifié, nouveau visage de l'enrichissement sans cause », *AJ. Fam.*, n° 10, 2016, p.472.

ZENATI F., « Le propriétaire ne peut être privé de son choix entre rembourser la dépense ou la plus-value pour indemniser le constructeur évincé », *RTD civ.*, 1992, 795.

ZALEWSK-SICARD V., « Créance sur l'indivision ou créance entre époux : il faut choisir ! », *JCP N*, n°11 (18 mars 2022) : 1122.

IV. NOTES, OBSERVATIONS, AVIS ET CONCLUSIONS DE JURISPRUDENCE

Jurisprudence française

ABADIE L.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 avril 2012, n°10-27.016 : Dr. Fam., juin 2012, comm. 109.

ANCEL B. et LEQUETTE Y.,

- Note sous Cass. Req., 4 juin 1935, *Zelcer* : D. 2006, n°15, p.129.

AUBERT J.-L.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 février 1997, n°94-19.685 : Defrénois 1997, 751.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 novembre 1997, n°95-22.240 : Defrénois 1998, 36753, n°28.
RTD civ. 1998, 210, obs. N. MOLFESSIS ; *ibid.* 367, obs. J. MESTRE.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2000, n°96-21.732 : Defrénois 2001, 261.

AUROY N. et CRETON C.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 mars 2010, n°08-13.500 : D. 2010, 188.

AUTEM D.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 mai 2011, n°10-15.787 : Defrénois 2011, 1226.

AZINCOURT J.-D.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 29 février 2012, n°10-20.999 : JCP N 2012, 1242, 22.

AYNES L.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 mai 2000, n°97-21.592 : D. 2001, 693.

BARABE-BOUCHARD V.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 19 septembre 2007, n°05-15.940 : D. 2007, p.3112.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, n°12-28.076 : JCP N 2014, 1099, 8.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 24 septembre 2008, n°07-19.710 : D. 2008, 3050.

BARBEROT C.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 15 mai 2002, n°00-13.527 : D. 2002, 1780.

BARRET O.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 2 mai 2001, n°99-11.336 : JCP G 2002, II, 10062.

BASDEVANT J.,

- Note sous Cass. Req., 4 juin 1935, *Zelcer* : Rev. Crit. DIP 1936, p.755.

BEAUBRUN M.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 29 avril 1985, n°83-16.803 : D. 1986, 365.

BENABENT A.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 10 mai 1984, n°83-12.370 : D. 1985, 173.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 3 juillet 1996, n°94-11.990 : D&P 1996, 1467.

BERNARD S. et SYLVAIN B.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 13 mai 2020, n°19-11.444 : JCP N, 2020, 1171, n°31-35.

BICHERON F.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 20 janvier 2004, n°02-12.130 : D. 2004, 2178.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 10 mars 2004, n°02-20.275 : AJ. Fam. 2004, 188.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 22 juin 2004, n°02-20.398 : AJ. Fam. 2004, 365.

BINET J.-R.,

- Comm. sous Cons. Const., 29 juillet 2016, n°2016-557, QPC : Dr. Fam. 2016, n°10, p.44-45.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 2019, n°18-26.337 : JCP G 2020, 225.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 septembre 2019, n°18-19.665 : Dr. Fam. 2019, n° 214.

BECQUE J.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 21 octobre 1959 : JCP 1959, II, 11353.

BEIGNIER B.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 26 janvier 1994, n°92-10.029 : Dr. Fam. 2000, 145.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 décembre 1996, n°95-11.269 : Dr. Fam. 1997, 16.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 février 1997, n°94-21.263 : Dr. Fam. 1997, 63.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 10 mars 1998, n°96-15.829 : Dr. Fam. 1998, n°72.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 janvier 1999, n°96-11.512 : Dr. Fam. 1999, 29.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 octobre 1999, n°96-19.126 : Dr. Fam. 2000, 25.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 16 mai 2000, n°98-13.441 : Dr. Fam. 2001, 2.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 24 octobre 2000, n°98-19.767 : Dr. Fam. 2000, 145.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 avril 2001, n°99-13.733 : Dr. Fam. 2001, 22.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 27 novembre 2001, n°99-10.633 : Dr. Fam. 2002, 9.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 15 mai 2002, n°00-13.527 : Dr. Fam. 2002, 90.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 juin 2002, n°98-22.882 : Dr. Fam. 2002, 149.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 janvier 2003, n°00-16.078 : Dr. Fam. 2003, n°48.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 11 juin 2003, n°99-14.612 : Dr. Fam. 2003, 133.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 novembre 2003, n°02-12.942 : Dr. Fam. 2004, 8.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 22 juin 2004, n°02-20.398 : Defrénois 2004, 38033.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 8 février 2005, n°03-13.456 : Dr. Fam. 2005, 80.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 31 mai 2005, n°02-20.553 : Dr. Fam. 2005, comm. 168.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 juin 2005, n°02-20.840 : Dr. Fam. 2005, 218.
- Obs. sous Cass., com., 4 octobre 2005, n°04-12.610 : JCP N 2006, 1014, 2.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 20 février 2007, n°04-20.626 : Dr. Fam. 2007, 4.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 8 avril 2009, n°07-15.945 : Dr. Fam. 2009, n°59.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 mars 2010, n°08-13.500 : Dr. Fam. 2010, 61.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 novembre 2010, n°09-72.316 : Dr. Fam. 2011, 8.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 novembre 2010, n°09-68.292 : Dr. Fam. 2011, 21.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 mai 2011, n°10-15.787 : JCP N 2011, 1283.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 mai 2011, n°10-15.667 : Dr. Fam. 2011, 112.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 15 février 2012, n°11-10.182 : Dr. Fam. 2012, 70.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 15 mars 2013, n°11-26.933 : Dr. Fam. 2013, 110.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 29 mai 2013, n°11-25.444 : JCP N 2013, 1234, n°40.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 septembre 2013, n°12-21.892 : Dr. Fam. 2014, 38.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, n°12-28.076 : Dr. Fam. 2014, 37.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 2013, n°12-17.420 : Dr. Fam. 2014, n° 61.

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 décembre 2014, n°13-25.117 : Dr. Fam. 2015, 74.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 15 novembre 2017, n°16-25.023 : Dr. Fam. 2018, 12.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 mai 2021, n°19-15.072 : Dr. Fam. 2021, 111.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 23 juin 2021, n°19-23.614 : Dr. Fam. 2021, 131.

BEIGNIER B. et COLLARD F.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 29 novembre 2017, n°16-29.056 : JCP N 2018, 1002, n°1.

BEN HADJ YAHIA S.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 décembre 2018, n°18-12.311 : Dr. Fam. 2019, 40.

BERLAUD C.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 18 décembre 2019, n°18-26.337 : Gaz. Pal. 21 janvier 2020, n°3.

BICHERON F.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 22 juin 2004, n°02-20.398 : AJ. Fam. 2004, 365.

BLANC-PELISSIER S.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 26 juin 2013, n°12-13.757 : AJ. Fam. 2013, 518.

BREMOND V.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 mars 2002, n°00-11.238 : D. 2002, 2440.
- Obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 décembre 2002, n°00-16790 : D. 2003, somm.1869.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 10 mars 2004, n°02-20.275 : D. 2004, 2257.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 20 mai 2009, n°08-12.922 : JCP N 2009, 1286, 41.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 juin 2014, n°13-16.309 : D. 2014, 1908.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 2016, n°14-24.556 : D. 2016, 2086.

BREMOND V., NICOD M. et REVEL J.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 janvier 2012, n°09-72.542 : D. 2012, 2476.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 18 décembre 2013, n°12-17.420 : D. 2014, 1905.

BRENNER Cl.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 mars 2012, n°11-13.791 : JCP N 2012, n°15.

BRETON A.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 14 février 1967 : Defrénois 1967, 28950.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 24 juin 1969 : D. 1969, 705 et Defrénois 1970, art. 29525, p.305.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ. 2 octobre 1985, n°84-12.136 : D. 1986, 325 et Defrénois 1987, 33846.

BRUN P. et GOUT O.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 30 avril 2014, n°13-16.380 : D. 2015, 124.

BOICHE A.,

- Obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 juillet 2015, n°14-17.880 : AJ. Fam. 2015, 492.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 décembre 2017, n°16-27.216 : AJ. Fam., 2018, 129.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 2 décembre 2020, n°18-20.691 : AJ. Fam. 2021, 134.

BONNET A.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 janvier 2012, n°09-72.542 : AJ. Fam. 2012, 234.

BOUCHARD V.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 27 janvier 2021, n°19-26.140 : Dr. Fam. 2021, n°52.

BOULANGER D.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 12 novembre 2009, n°08-18.343 : JCP N 2010, 1006.

BOULANGER F.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 4 juillet 1995, n°93-15.005 : D. 1996, 233.

BOURDAIRE C.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 avril 2001, n°99-13.733 : JCP 2002, II, 10080.

CABRILLAC C.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 12 janvier 1994, n°91-18.104 : D. 1994, 311.

CABRILLAC M. et TEYSSIE B.,

- Obs. sous Cass., 2^{ème} civ., 24 avril 1985, n°84-11.234 : RTD com. 1986, 129.

CALLE P.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 mai 2014, n°12-29.922 : Defrénois 2014, 118h6.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 8 juillet 2015, n°14-19.948 : Defrénois 2016, 123e4, p.478.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 octobre 2016, n°15-26.767 : Defrénois 2017, 127u5, p.52.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 24 mai 2018, n°17-20.110 : Defrénois 2018, 139m4, p.36.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2019, n°18-22.945 : Defrénois 2020, n°9, p.8.

CASADO A.-L.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2018, n°17-25.858 : Gaz. Pal. 2019, 63.

CASEY J.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 26 janvier 1994, n°92-10.029 : JCP N 1999, 1165.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 janvier 2003, n°00-16.078 : JCP N 2003, 1604.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 novembre 2010, n°09-72.316 : Gaz. Pal. 4 février 2011, 34.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 janvier 2012, n°10-24.892 : AJ. Fam., 2015, 238.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 15 février 2012, n°11-10.182 : Gaz. Pal. 16 mars 2012, n°2, 364.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 29 mai 2013, n°12-10.027 : Gaz. Pal. 24 août 2013, n°236, 31, 143.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 décembre 2014, n°13-25.117 : JCP G 2015, 253.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 2016, n°15-25.944 : AJ. Fam. 2016, 544.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 7 février 2018, n°17-13.276 : AJ. Fam. 2018, 303.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 11 avril 2018, n°17-17.457 : AJ. Fam. 2018, 406.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2018, n°17-25.858 : AJ. Fam. 2018, 697.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 20 mars 2019, n°18-14.571 : AJ. Fam. 2019, 348.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 avril 2019, n°18-15.177 : AJ. Fam. 2019, 340.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2019, n°18-20.828 : AJ Fam. 2019, 604.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 mai 2020, n°19-11.444 : AJ. Fam. 2020, 362.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 27 janvier 2021, n°19-26.140 : AJ. Fam. 2021, 244.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 mars 2021, n°19-21.463 : AJ. Fam. 2021, p.314.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 23 juin 2021, n°19-23.614 : AJ Fam. 2021, 501.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 23 juin 2021, n°19-21.784 : AJ Fam. 2021, 502.

CAUSSAIN J.-J., DEBOISSY F. et WICKER G.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 avril 2005, n°02-18.288 : JCP G 2006, I, 115.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 décembre 2006, n°04-20.663 : JCP G 2007, I, 179, 2.

CHAFFOIS B.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 avril 2019, n°18-15.486 : D. 2019. 1695.

CHAMOULAND-TARPIERS A.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 2016, n°15-25.944 : Defrénois 2018, 131q2, 35.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2019, n°18-20.828 : SNH 34/19, inf. 1.

CHAMPENOIS G. :

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 2 novembre 1977 : Defrénois 1978, 375.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 22 février 1978, n°76-14.031 : Defrénois 1979, 1667.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 24 octobre 1978, n°76-12.557, *Bitter* : Defrénois 1979, 32038.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 21 novembre 1978, n°76-13.275, *Deweever* : Defrénois 1979, 32038.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 mai 1981, n°80-10.125 : Defrénois 1981, 1314.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 avril 1983, n°82-11.121 : Defrénois 1983, 1339.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 11 janvier 1984, n°82-15.461 : Defrénois 1984, 933.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ, 10 mai 1984, n°83-12.370 : Defrénois 1985, 33560.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 février 1985, n°83-15.895, *Dame force* : Defrénois 1985, 858.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 29 avril 1985, n°83-16.803 : Defrénois 1985, 1156.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 24 mars 1987, n°85-15.816 : Defrénois 1987, 947.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 24 novembre 1987, n°85-18.279 : Defrénois 1988, 34289.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 11 octobre 1989, n°87-11.954 : Defrénois 1990, 877.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 6 juin 1990, n°88-10.532 : Defrénois 1991, 862.
- Obs. sous Cass., 2^{ème} civ., 3 octobre 1990, n°88-18.453 : Defrénois 1991, 1126.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 1990, n°89-10.188 : Defrénois 1992, 35303.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 16 avril 1991, n°89-11.324 : Defrénois 1991, 863.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 9 octobre 1991, n°90-15.073 : Defrénois 1992, 1558.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 décembre 1991, n°90-11.908 : Defrénois 1992, 396.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 décembre 1991, n°89-20.219 : Defrénois 1992, 1558.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 21 janvier 1992, n°90-14.459 : Defrénois 1992, 844.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 1992, n°90-17.212 : Defrénois 1992, 35348.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 16 juin 1992, n°89-17.305 : Defrénois 1992, 1156.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 janvier 1993, n°89-21.900 : Defrénois 1993, 1445.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 10 mars 1993, n°91-13.923 : Defrénois 1993, 1083.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 avril 1993, n°91-15.139 : Defrénois 1993, 800.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 octobre 1993, n°91-21.132 : Defrénois 1994, 438.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 26 janvier 1994, n°92-10.029 : Defrénois 1999, 432.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 mai 1994, n°92-14.747 : Defrénois 1995, 442.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 15 juin 1994, n°92-20.201 : Defrénois 1995, 439.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 janvier 1995, n°92-20.013 : Defrénois 1996, 818.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 janvier 1995, n°93-10.462 : Defrénois 1995, 1313.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 juillet 1995, n°93-15.005 : Defrénois 1997, 407.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 juillet 1995, n°93-15.981 : Defrénois 1996, 411.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 mai 1996, n°94-11.338 : Defrénois 1996, 36387.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 10 juillet 1996, n°94-18.733 : Defrénois 1997, 1080.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 décembre 1996, n°95-11.269 : Defrénois 1997, 1085.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 janvier 1997, n°94-20.276 : Defrénois 1997, 420.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 mars 1997, n°95-15.770 : Defrénois 1997, 1083.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 6 mai 1997, n°95-13.804 : Defrénois 1997, 36640.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 mai 1998, n°95-22.083 : Defrénois 1998, 1466.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 janvier 2000, n°98-10.747 : Defrénois 2000, 443.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 16 mai 2000, n°98-13.441 : Defrénois 2001, 460.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 avril 2001, n°99-13.733 : Defrénois 2001, 1129.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 2 mai 2001, n°99-11.336 : Defrénois 2001, 1579.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 27 novembre 2001, n°99-10.633 : Defrénois 2002, 37584.

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 décembre 2002, n°00-16.790 : Defrénois 2003, 37791.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 11 juin 2003, n°99-14.612 : Defrénois 2004, 1464.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 25 novembre 2003, n°02-12.942 : Defrénois 2004, 1467.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 10 mars 2004, n°02-20.275 : Defrénois 2004, 1462.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 8 février 2005, n°03-13.456 : Defrénois 2005, 1506.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 juin 2005, n°02-20.840 : Defrénois 2005, 38244.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 décembre 2006, n°04-20.663 : Defrénois 2008, 310.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 septembre 2007, n°05-15.940 : Defrénois 2008, 2207.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 mars 2008, n°05-21.924 : Defrénois 2008, 38854.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 8 avril 2009, n°07-15.945 : Defrénois 2009, 1483.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} juillet 2009, n°09-14.230 : Defrénois 2011.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 mars 2010, n°08-13.500 : Defrénois 2010, 1466.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 novembre 2010, n°09-72.316 : Defrénois 2011, 378.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 novembre 2010, n°09-68.292 : Defrénois 2011, 39206, n°11.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 janvier 2012, n°10-24.892 : Defrénois 2012, 1201.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, n°12-28.076 : Defrénois 2014, 117x8.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 2016, n°15-24.616 : Defrénois 2017, 367.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 15 novembre 2017, n°16-25.023 : Defrénois 2018, 141b4, 36.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2018, n°17-26.222 : Defrénois 2019, 147j3, 36.

CHAPPERT A.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 6 mai 1997, n°95-13.804 : Defrénois 1997, 36666.

CHARLIN J.,

- Obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 novembre 2018, n°17-26.222 : RLDC mai 2019, 6189, n°170.

CHARTIER Y.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 22 octobre 1974, n°73-12.402, *veuve Bret* : JCP G 1975, II, 18041.

CHENEDE J.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 juillet 2006, n°03-13.936 : AJ. Fam. 2006, 329.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 14 novembre 2006, n°05-19.402 : AJ. Fam. 2007, 89.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 mars 2010, n°08-13.500 : AJ. Fam. 2010, 185.

COLOMER A.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 5 février 1957 : JCP 1957, II, 10051.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 23 janvier 1979 : Defrénois 1979, 624.

COTTET M.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2019, n°18-20.828 : D. actu., 22 octobre 2019.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 mai 2021, n°19-15.072 : D. actu., 17 mai 2021.

COURTINE C.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 17 décembre 1991, n°89-20.219 : D. 1993, 580.

COUZIGOU-SUHAS N.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2019, n°18-20.828 : Defrénois, 2020, n°160b9.

CROCQ P.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2000, n°96-21.732 : RTD civ. 2001, 627.

DAVID S.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 8 avril 2009, n°07-15.945 : AJ. Fam. 2009, 219.
- Note sous Cons. Const., 29 juillet 2016, n°2016-557, QPC : AJ. Fam. 2016, p.542.

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 26 mai 2021, n°19-21.302 : AJ. Fam. 2021, p.435.

DAGOT M.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 juin 1981, n°80-11.142 : JCP G 1083, II, 19979.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 24 novembre 1987, n°85-18.279 : JCP N 1987, II, 325.

DAURIAC I.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 2019, n°18-26.337 : Defrénois 2020, 44, n°22-23.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 mai 2020, n°19-11.444 : Defrénois, 2020, n°166j9, p. 34.

DJIDO A.,

- Obs. sous Cass., 3^{ème} civ., 1^{er} décembre 1999, n°98-11.726 : JCP N 2000, 643.

DE LA MARNIERRE D.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 22 avril 1981, n°80-11.944 : Gaz. Pal. 1981, 2, 583.

DELMAS SAINT-HILAIRE Ph. et LUCET F.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 10 juillet 1996, n°94-18.733 : JCP N 1996, 3893.

DEPRET A.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 18 décembre 2019, n°18-26.337 : Gaz. Pal. 7 avril 2020, n°14.

DEVERS A.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 24 septembre 2014, n°13-17.593 : JCP N 2015, 1352, n°2.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 2 décembre 2020, n°18-20.691 : Dr. Fam. 2021, comm. 50.

DEVESE J.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 20 mai 1981, n°79-17.171 : D. 1983, 289.

DEVILLE S.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 mai 2020, n°19-11.444 : Gaz. Pal. 28 juillet 2020, p. 65.

DONDERO B.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 mars 2010, n°09-12.294 : Gaz. Pal. 2011, 1, 338.

DOUCHY-LOUDOT M.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 2016, n°15-25.944 : D. 2016, 470.

DOUVILLE T.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 16 avril 2008, n°07-16.105 : D. 2008, 2264.

DROSS W.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 2 mai 2001, n°99-11.336 : D. 2002, 759.

DUBARRY J. et FRAGU E.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 18 décembre 2019, n°18-26.337 : RJPF 2020, 2/14.

DUCHANGE N.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 18 décembre 2019, n°18-26.337 : AJ. Fam. 2020, 126.

EGEA V.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 8 avril 2009, n°07-15.945 : D. 2009, 1201.

EGEA V. et PASQUIER T.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 8 avril 2009, n°07-15.945 : D. 2009, 1201.

ESMEIN

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 12 décembre 1962 : D. 1964, jurispr. p. 85.

FARGE M.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 22 novembre 2005, n°03-12.224 : Dr. Fam. 2006, comm.139.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 12 novembre 2009, n°08-18.343 : Dr. Fam. 2009, comm.165.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 12 mai 2010, n°09-65.524 : Dr. Fam. 2010, comm. 136.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 12 février 2014, n°12-29.297 : Dr. Fam., 2014, comm. 70.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 24 septembre 2014, n°13-17.593 : Dr. Fam. 2014, comm. 172.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 13 décembre 2017, n° 16-27.216 : D. 2018, 339.

FERRE-ANDRE S.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2019, n°18-20.430 : AJ. Fam. 2019, 606.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 mai 2021, n°19-15.072 : AJ. Fam. 2021, 377.

FLAMENT J.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 21 novembre 2018, n° 17-26.546 : Gaz. Pal. 2019, n° 346v9, p.48.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 5 décembre 2018, n°18-10.488 : Gaz. Pal. 2019, 346v9, p.48.

FOULON-PIGANIOL L.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 22 octobre 1974, n°73-12.402, *veuve Bret* : D. 1975, 654.

FOYER J. et HOLLEAUX D.,

- Note sous Cass., ch. Mixte, 24 mai 1975, n°73-13.556 : Rev. Crit. DIP 1976, 347.

FRAGU E.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 2016, n°15-25.944 : RJPF 2017, 1/31.

GALL-KIESMANN F.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 mars 2021, n°19-21.463 : La quotidienne, éd. Francis Lefebvre, 4 mai 2021.

GARCON J.-P.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 12 juin 2014, n°13-16.309 : JCP N 2016, 1072, 6.

GARE T.,

- Comm. sous Cons. Const., 29 juillet 2016, n°2016-557, QPC : RJPF 2016, n°10, p.23 et s.

GAUDEMET S.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} décembre 2010, n°09-65.673 : RDC 2011/3, 928.

GAUDEMET-TALLON H. et JAULT-SESEKE F.,

- Obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 juillet 2015, n°14-17.880 : D. 2016, 1045.

GERAUD C.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 novembre 1997, n°95-22.240 : JCP N 1998, 893.

GIVERDON C.,

- Obs. sous Cass., 3^{ème} civ., 1^{er} décembre 1999, n°98-11.726 : D. 2001, somm. 346.

GRIMALDI M.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 11 janvier 1984, n°82-15.461 : Gaz. Pal. 1984.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 1990, n°89-10.188 : D. 1992, somm. 221.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 16 juin 1992, n°91-10.321 : D. 1993, somm. 220.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 janvier 1994, n°91-18.104 : D. 1995, somm. 41.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} Civ., 18 mai 1994, n°92-14.747 : D. 1995, somm. 43.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 15 juin 1994, n°92-20.201 : D. 1995, Somm. 40.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 janvier 1995, n°92-20.013 : D. 1995, somm. 328.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 juillet 1995, n°93-12.347 : Defrénois 1995, 1448.

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 janvier 2005, n°96-19.878 : RTD. civ. 2005, 439.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 janvier 2012, n°10-24.892 : RTD civ. 2012, 350.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 janvier 2012, n°09-72.542 : RTD civ. 2012, 353.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 mars 2012, n°11-13.791 : RTD civ. 2012, 357.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 décembre 2012, n°11-23.378 et 11.25.400 : RTD civ. 2013, 161.

GRUBER P.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 8 juillet 2015, n°14-17.880 : Rev. Crit. DIP, 2016/I, n°1.

GODECHOT-PATRIS S. ET GRARE-DIDIER C.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 juin 2019, n°18-13.524 : D. 2019, 2216.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2019, n°18-20.430 : Defrénois 2020, 2206.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 mai 2020, n°19-11.444 : D. 2020, 2206.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 26 mai 2021, n°19-21.302 : D. 2021, 2064.

GUICHARD A.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2019, n°18-22.945 : AJ. Fam. 2019, 657.

GUILLOUARD L.,

- Note sous Cass. Req., 25 janvier 1904 : DP 1904, 1, 105.

GUIGUET-SCHIELE Q.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2018, n°17-26.222 : D. actu., 4 décembre 2018.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2019, n°18-20.430 : JCP N 2019, 792, n°41.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 18 décembre 2019, n°18-26.337 : D. actu., 23 janvier 2020.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 mai 2020, n°19-11.444 : D. actu., 18 juin 2020.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 26 mai 2021, n°19-21.302 : D. actu., 15 juin 2021.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} décembre 2021, n°20-10.956 : D. actu., 14 décembre 2021.

GUINERET-BROBELLE DORSMAN A.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 juillet 1994, n°92-16.659 : D. 1996, 117.

GULPHE,

- Concl. sous Cass., 1^{ère} civ., 6 mai 1985, n°84-10.362 : JCP 1985, II, 20485.

HARTMAN F.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2019, n°18-20.430 : D. 2020. 64.

HAUSER J.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 juillet 1995, n°93-15.005 : RTD civ. 1996, 866.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 25 juin 2002, n°98-22.882 : RTD civ. 2002, 790.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 11 juin 2003, n°99-14.612 : RTD civ. 2003, 691.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 10 mars 2004, n°02-20.275 : RTD civ. 2004, 270.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 janvier 2005, n°96-19.878 : RTD civ. 2005, 368.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 8 avril 2009, n°07-15.945 : RTD civ. 2009, 516.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 mars 2010, n°08-13.500 : RTD civ. 2010, 305.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 mars 2012, n°11-13.791 : RTD civ. 2012, 300.
- Obs. sous Cass., 1^{ère}, 13 décembre 2012, n°11-19.098 : RTD civ. 2013. 95.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 15 mars 2013, n°11-26.933 : RTD civ. 2013, 582.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 septembre 2013, n°12-21.892 : RTD civ. 2013, 821.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 mars 2014, n°13-14.989 : RTD civ. 2014. 626.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 décembre 2014, n°13-25.117 : RTD civ. 2015, 116.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} avril 2015, n°14-14.349 : RTD civ. 2015, 362.

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 2016, n°15-25.944 : RTD civ. 2017, 105.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 décembre 2018, n°18-12.311 : AJ. Fam. 2019, 94.

HAVASSE H.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 24 novembre 1993, n°91-18.261 : JCP N 1995, 1663, 47.

HILT P.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 25 janvier 2005, n°96-19.878 : AJ. Fam. 2005, 280.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 8 février 2005, n°03-13.456 : AJ. Fam. 2005, 149.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 31 mai 2005, n°02-20.553 : AJ. Fam. 2005, 325.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 18 octobre 2005, n°02-20.329 : AJ. Fam., 2005.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 8 novembre 2005, n°03-14.831 : AJ. Fam. 2006, 33.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 28 février 2006, n°03-11.767 : AJ. Fam. 2006, 293.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 14 mars 2006, n°05-15.980 : AJ. Fam. 2006, 293.
- Note sous Cass., 3^{ème} civ., 28 juin 2006, n°05-20.860 : AJ. Fam. 2006, 331.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 20 septembre 2006, n°04-18.384 : AJ. Fam. 2006, 423.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 27 mars 2007, n°05-16.434 : AJ. Fam. 2007, 359.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 19 septembre 2007, n°05-15.940 : AJ. Fam. 2007, 438.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 26 septembre 2007, n°06-13.827 : AJ. Fam. 2007, 437.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 14 novembre 2007, n°05-18.570 : AJ. Fam. 2008, 39.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 15 mai 2008, n°07.11-460 : AJ. Fam., 2008, 352.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 9 juillet 2008, n°07-16.545 : AJ. Fam. 2008, 438.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 24 septembre 2008, n°07-19.710 : AJ. Fam. 2008, 437.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 17 février 2010, n°08-14.441 : JCP G 2010, n°243.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 17 novembre 2010, n°09-72.316 : AJ. Fam. 2011, 112.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 4 mai 2011, n°10-15.787 : AJ. Fam. 2011, 332.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 15 février 2012, n°11-10.182 : AJ. Fam. 2012, 232.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 26 septembre 2012, n°11-20.196 : AJ. Fam. 2012, 563.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 26 septembre 2012, n°11-22.929 : AJ. Fam. 2012, 564.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 10 octobre 2012, n°11-20.585 : AJ. Fam. 2012, 623.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 29 mai 2013, n°12-10.027 : AJ. Fam. 2013, 453.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 25 septembre 2013, n°12-21.892 : AJ. Fam. 2013, 647.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 2013, n°12-17.420 : AJ. Fam. 2014, 129.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 17 décembre 2014, n°13-25.117 : AJ. Fam. 2015, 109.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 18 mars 2015, n°13-16.567 : AJ. Fam. 2015, 296.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 15 novembre 2017, n°16-25.023 : AJ. Fam. 2018, 50.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2018, n°16-19.619 : AJ. Fam. 2018, 621.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2018, n°17-26.585 : AJ. Fam. 2018, 699.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 17 octobre 2018, n°17-26.713 : AJ. Fam., 2018, 700.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 17 avril 2019, n°18-15.486 : AJ Fam. 2019, 347.

HONORAT J.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 janvier 1995, n°93-10.462 : Defrénois 1995, 1313.

HOUSIER J.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 décembre 2018, n°16-13.323 : AJ Fam. 2019, 45.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 septembre 2019, n°18-19.665 : AJ. Fam. 2019, 601.

HOVASSE H.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 24 novembre 1993, n°91-18.261 : JCP N 1995, 1663.

JOURDAIN P.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 février 1997, n°94-19.685 : RTD civ. 1997, p.434.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 octobre 2016, n°15-18.659 : RTD civ. 2017, 161.

KARM A.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2018, n°17-26.222 : JCP N 2019, 1178.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 2019, n°18-26.337 : JCP N 2020, 116, n°1-2 ; *ibid.* 1059, n°9 ; Lexis Actu, 8 janvier 2020.

KILGUS N.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 30 avril 2014, n°13-16.380 : D. actu., 15 mai 2014.

LAGARDE P.,

- Note sous CE, 20 octobre 1989, *Nicolo* : Rev. Crit. DIP 1991, p.125.

LALOU H.,

- Note sous Cass. Req., 19 mai 1920 : DP 1921, 1, 153.

LAMARCHE M.,

- Obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 19 septembre 2019, n°18-19.665 : JCP 2019, n° 1112.

LATIL C.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 25 mars 2010, n°09-12.294 : Defrénois 2010, 39175, p.2214.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 2 décembre 2020, n°18-20.691 : JCP N 2021, n°3, act. 162.

LATINA M.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 mars 2010, n°09-12.294 : Defrénois 2010, 39175, p.2214.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2018, n°16-19.619 : Defrénois 2019, n°16, p.42.

LARRIBAUD-TERNEYRE V.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 10 mars 2004, n°02-20.275 : Dr. Fam. 2004, 64.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 janvier 2005, n°96-19.878 : Dr. Fam. 2005, 95.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 22 mars 2005, n°03-20.728 : Dr. Fam. 2005, 106.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 janvier 2011, n°09-15.631 : Dr. Fam. 2011, 31.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 mars 2012, n°11-13.791 : Dr. Fam. 2012, comm. 79.
- Obs. sous Cass., 1^{ère}, 13 décembre 2012, n°11-19.098 : Dr. Fam. 2013, comm. 27.

LE BARS Th. et MAUGER-VIELPEAU L.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 2019, n°18-26.337 : D. 2020, 635.

LE GUIDE C.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 21 novembre 1978, n°76-13.275, *Dewever* : JCP G 1980, I, 18451.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 5 novembre 1985, n°84-12.572 : D. 1987, 26.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 1990, n°89-10.188 : D. 1992, 37.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 30 juin 1993, n°90-17.602 : D. 1994, 42.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 3 décembre 1996, n°95-11.269 : JCP N 1998, 847.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 17 décembre 1996, n°94-21.989 : D. 1997, 547.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 18 janvier 2012, n°10-24.892 : JCP N 2012, 1118, et JCP 2013, 250.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 29 mai 2013, n°12-10.027 : JCP N 2013, n°38, 1221.

LE GUIDE C. R. et BOSSE-PLATIERE H.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 octobre 2021, n°19-24.008 : Droit rural, n°501, mars 2022, comm. 53.

LE NINIVIN A.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 19 mars 2008, n°05-21.924 : D. 2008, 2042.

LEANDRI F.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 avril 2005, n°02-18.288 : RLDC 2005, 42.

LECUYER H.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 7 avril 1998, n°96-16.138 : Dr. Fam. 21998, 113.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 11 juin 2003, n°99-14.612 : Dr. Fam. 2003, 101.

LEGEAIS D.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2000, n°96-21.732 : JCP E 2001, 372.

LEMOULAND J.-J.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 octobre 2004, n°02-13.671 : D. 2005, 809.

LEMOULAND J.-J. et VIGNEAU D.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 janvier 2005, n°96-19.878 : D. 2005, 458.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 14 novembre 2006, n°05-19.402 : D. 2007, 1561.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 mars 2010, n°08-13.500 : D. 2011, 1040.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 janvier 2011, n°09-15.631 : D. 2011, 1046.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 2013, n°12-17.420 : D. 2014, 1342.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} avril 2015, n°14-14.349 : D. 2015, 1408.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 2016, n°15-25.944 : D. 2016, 2119.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 16 janvier 2019, n°18-10.459 : D. 2019, 910.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2019, n°18-20.828 : D. 2020, 906.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 27 janvier 2021, n°19-26.140 : D. 2021, 819.

LEROY M.,

- Obs. sous CA Paris, pôle 3, ch. 1, 24 avr. 2013, n°12/09407 : Gaz. Pal., 15 juin 2013, 134r4.

LETELLIER F.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 2019, n°18-26.337 : Defrénois 2020, 157m3, n°9.

LEVILLAIN N.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 décembre 2012, n°11-23.378 et 11.25.400 : AJ. Fam. 31 décembre 2013.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 mars 2014, n°13-14.989 : AJ. Fam. 2014, 312.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 avril 2019, n°18-13.890 : AJ. Fam. 2019, 301.

LEYRAT H.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2019, n°18-20.828 : Defrénois 2020, 154g6, n°3.

LINDON R.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 juin 1971, n°69-13.875, *Picabia* : D. 1971, 585.

LUCAS F.-X.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 mai 2011, n°10-15.667 : JCP N 2011, 890.

LUCET F.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 mai 1988, n°86-15.463 : Defrénois 1988, 899.
- Obs. sous Cass., 2^{ème} civ., 3 octobre 1990, n°88-18.453 : D. 1992, somm. 219.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 21 janvier 1992, n°90-14.459 : D. 1993, somm.218.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 10 mars 1993, n°91-13.923 : D. 1995, somm.45.

LUCET F. et VAREILLE B.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 6 juin 1990, n°88-10.532 : RTD civ. 1991, 591.
- Obs. sous CA COLMAR, 16 mai 1990, *M. Heitz c/ Mme Geist* : RTD civ. 1992, 171.
- Obs. sous CA COLMAR, 20 juin 1990, *M. Sofio c/ Mme Sofio* : RTD civ. 1993, 187.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 1990, n°88-29.148 : RTD. civ., 1991, 786.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 1992, n°90-17.212 : RTD civ. 1993, 401.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 1992, n°90-18.760 : RTD civ. 1993, 635.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 16 juin 1992, n°91-10.321 : RTD civ. 1993, 187.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 30 juin 1992, n°90-19.346 : RTD civ. 1993, 401.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 27 octobre 1992, n°91-12.793 : RTD civ. 1993, 181.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 10 mars 1993, n°91-13.923 : RTD civ. 1993, 872.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 avril 1993, n°91-15.139 : RTD civ. 1993, 638.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 30 juin 1993, n°90-17.602 : RTD civ. 1993, 872.

LYON-CAEN Ch.,

- Note sous Cass. Req., 25 janvier 1904 : S. 1904, 1, 305.
- Note sous Req., 11 mai 1931 : S. 1932, I, 41.

MAHINGA J.-C.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 19 mai 1998, n°95-22.083 : JCP N 1999, II, 10127.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 20 septembre 2006, n°04-18.384 : JCP N 2007, II, 10005.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 8 avril 2009, n°07-15.945 : JCP N 2009, 1234.

MALAUURIE Ph.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 16 février 1971, n°68-12.754 : JCP G 1971, II, 16935.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 28 avril 1971, *Garlopeau* : JCP G 1971, II, 16935.

MAROCHELLA J.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 mai 2011, n°10-15.667 : D. 2011, 1413.

MARTIN D.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 8 février 1978, n°75-15.731 : D. 1978, 238.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ. 22 février 1978, n°76-14.031 : D. 1978, 602.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 21 novembre 1978, n°76-13.275, *Deweever* : D. 1979, 254.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 17 janvier 1995, n°93-10.462 : D. 1995, 401.

MASSIP J.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 3 février 1987, n°84-14.612 : Defrénois 1987, 765.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 7 juin 1989, n°87-19.049 : D.1990, 21.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 juin 1991, n°90-14.109 : D.1992, 385.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 novembre 1991, n°90-11.320 : Defrénois 1992, 720.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 mai 1993, n°91-17.144 : Defrénois 1993, 1363.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 juillet 1995, n°93-15.005 : Defrénois 1996, 321.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 10 février 1998, n°96-16. 614 : Defrénois 1998, 36860.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 février 2010, n°08-14.441 : Defrénois 2010, 39121.

MAUGER-VIELPEAU L.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 mars 2010, n°08-13.500 : D. 2010, 1608.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 mai 2011, n°10-15.787 : D. 2011, 2005.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 15 novembre 2017, n°16-25.023 : D. 2018, 284.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 2016, n°14-24.556 : D. 2016, 1803.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 18 décembre 2019, n°18-26.337 : Dr. Fam. 2020, 112q9, n°2.

MESTRE J.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 février 1997, n°94-19.685 : RTD civ. 1997, p.924.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 novembre 1997, n°95-22.240 : RTD civ. 1998, 367.

MEKKI M.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 mars 2010, n°09-12.294 : Gaz. Pal. 2010, 1, 1720.

MIGNOT M.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 27 janvier 2021, n°19-26.140 : JCP 2021, n°288.

MOLIERE A.,

- Obs. sous Cass., com., 5 février 2013, n°11-18.644 : D. 2013, 1253.

MOLFESSIS N.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 novembre 1997, n°95-22.240 : RTD civ. 1998, 210.

MONTRAVERS,

- Étude sous Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2000, n°96-21.732 : JCP N 2002, 1105.

MORIN G.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 22 décembre 1969, n°68-11.737, *Bourcier* : D. 1970, 668.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 16 février 1971, n°68-12.754, *Charbonneaux* : D. 1972, 495 et Defrénois 1972, 30124.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 février 1975, n°72-12.624 : Defrénois 1976, 318.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 février 1975, n°73-12.025 : Defrénois 1976, 31056.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 avril 1976, n°74-12.192 : Defrénois 1976, 1547.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 8 décembre 1982, n°81-14.093 : D. 1983, 209.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 28 juin 1983, n°82-12.926 : D. 1984, 254.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 31 mars 1992, n°90-17.212 : Defrénois 1993, 545.

MOULY-GUILLEMAUD C.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 2013, n°12-17.420 : Defrénois 2014, n°116r3, p.752.

MOURGEON L.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 30 avril 1970, n°68-13.534 : JCP 1971, II, 16674.

NAUDIN E.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 15 février 2012, n°11-10.182 : JCP N 2012, 1295.

NERSON R.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 22 octobre 1974, n°73-12.402, *veuve Bret* : RTD civ. 1975, 296.

NICOD M.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 26 janvier 1994, n°92-10.029 : D. 2001, somm. 2936.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 24 octobre 2000, n°98-19.767 : D. 2001, somm. 2936.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 avril 2001, n°99-13.733 : D.2001, somm. 2933.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 20 février 2007, n°05-18.066 : D. 2007, somm. 1578.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 23 septembre 2015, n°14-18.131 : Dr. Fam. 2015, comm. 204.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 15 novembre 2017, n°16-25.023 : RTD civ. 2018, somm. 206.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2018, n°17-26.222 : RTD civ. 2019, somm. 176.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 avril 2019, n°18-15.486 : RTD civ. 2019, somm. 643.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 juin 2019, n°18-13.524 : RTD civ. 2019, somm. 645,
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 23 juin 2021, n°19-23.614 : RTD civ. 2021, obs. 693.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 23 juin 2021, n°19-21.784 : RTD civ. 2021, obs.694.

NERSON R. et RUBELLIN-DEVICHI J.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 8 février 1978, n°75-15.731 : RTD civ. 1979, 592.

PAILLET E.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 janvier 1997, n°94-20.276 : JCP G 1997, II, 22912.

PATARIN J.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 22 décembre 1969, n°68-11.737, *Bourcier* : JCP G 1970, II, 16473.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 juin 1971, n°69-13.875, *Picabia* : JCP 1972, II, 17164.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 6 janvier 1976, n°74-12.212 : JCP N 1976, II, 18461.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 24 octobre 1978, n°76-12.557, *Bitter* : JCP G 1979, II, 19220.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 2 octobre 1985, n°84-12.136 : RTD civ. 1987, 130.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 février 1986, n°84-13.738 : RTD civ. 1987, 135.

PELLET S.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 octobre 2016, n°15-18.659 : RDC 2017. 48.

PELLETIER P. et APPREMONT P.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 6 mai 1997, n°95-13.804 : JCP N 1997, 1533.

PENNEAU J.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 février 1997, n°94-19.685 : D. 1997, p.319.

PERINET-MARQUET H.,

- Chron. Sous Cass., 1^{ère} civ., 19 mars 2014, n°13-14.989 : JCP N 2014, 1187, n°19.

PERROT R.,

- Obs. sous Cass., 2^{ème} civ., 24 avril 1985, n°84-11.234 : RTD civ. 1986, 645.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 mars 2008, n°05-21.924 : RTD civ. 2008, 725.

PETERKA N.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 8 avril 2009, n°07-15.945 : LEFP juin 2009, p.1.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 avril 2019, n°18-15.486 : Dr. Fam., juin 2019, n°10, p.5.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 11 juillet 2019, n°18-20.235 : Dr. Fam., octobre 2019, n°9, p.6.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2019, n°18-20.430 : Dr. Fam., novembre 2019, n°12.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 mai 2020, n°19-11.444 : LEFP juill. 2020, p. 6.

PIEDELIEVRE S.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 27 novembre 2001, n°99-10.633 : JCP 2002, II, 10050.
- Obs. sous Cass. com., 5 février 2013, n°11-18.644 : JCP N 2013, 1135, 20.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 10 juillet 2013, n°12-12.115 : Defrénois 2014, 13.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 2016, n°14-24.556 : Gaz. Pal. 2016, 916.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 2016, n°15-25.944 : Gaz. Pal. 2016, 281e6, p.18.

PIERRE Ph.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 octobre 2016, n°15-18.659 : JCP N 2017, n°23, 1198.

PILLEBOUT J.-F.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 28 juin 1983, n°82-12.926 : JCP 1985, II, 20330.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 6 juin 1990, n°88-10.532 : JCP 1991, II, 21686.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 mai 1991, n°90-12.254 : JCP G 1992, II, 21820.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 1992, n°90-17.212 : JCP N 1992, II, 333 ; *ibid.* 1993, II, 22003.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 janvier 1994, n°91-18.104 : JCP N 1994, II, 329.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 juillet 1995, n°93-12.347 : JCP N 1996, II, 153.

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 mai 1996, n°94-11.338 : JCP N 1997, II, 391.

PHILIPPE C.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 27 octobre 1992, n°91-12.793 : D. 1993, 422.

PLANOL M.,

- Obs. sous Cass. Req., 24 mars 1903 : DP. 1905, 1, 33.

PONSARD A.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 15 mai 1974, n°72-14.668 : JCP G 1975, II, 17910.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 6 janvier 1976, n°74-12.212 : D. 1976, 253 ; Defrénois 1976, 787.

RAOUL-CORMEIL G.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ. 14 novembre 2006, n°05-19.402 : D.2007, 349.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 26 juin 2019, n°18-15.830 : Dr. Fam., 1^{er} septembre 2019.

REBOUL-MAUPIN N. ET STRICKLER Y.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2019, n°18-20.430 : Defrénois 16 janvier 2020, 1761.

REMY Ph.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 juin 1981, n°80-11.142 : JCP N 1982, II, 195.

REVEL J.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 janvier 2003, n° 00-16.612 : D. 2003, somm. 1868.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 11 juin 2003, n°99-14.612 : D. 2004, somm. 2259.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 25 novembre 2003, n°02-12.942 : D. 2004, somm. 2335.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 8 février 2005, n°03-13.456 : D.2006, somm. 2066.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 janvier 2011, n°09-15.631 : D. 2011, somm. 2625.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 janvier 2012, n°10-24.892 : JCP N, 2012, 2477.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 18 mars 2015, n°13-16.567 : D. 2015, somm. 2094.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} avril 2015, n°14-14.349 : D. 2015, somm. 2094.

REVEL T.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 décembre 2006, n°04-20.663 : RTD civ. 2007, 149.

ROUAULT M.-C.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 juin 2005, n°02-20.840 : JCP G 2005, IV, 2747.

ROUSSEAU E.,

- Rapp. sous Cass., 1^{ère} civ., 29 mai 2013, n°12-10.027 : Defrénois 2014, 114q9.
- N. sous Cass., 1^{ère} civ., 26 mai 2021, n°19-21.302 : D. 2021, p. 1615.

SAGAUT J.-F.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère}, 13 décembre 2012, n°11-19.098 : Defrénois 2013, 204.

SAINTE-ROSE J.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 mars 2002, n°00-11.238 : Gaz. Pal. 8-9 janvier 2003.

SAVATIER X.,

- Note sous Cass. Req., 4 juin 1935, Zelcer : DP 1936, 1, p.7.

SAVATIER R.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 février 1967 : RTD civ. 1967.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ, 23 avril 1985, n°83-16.528 : RTD civ. 1966, 113.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 6 juin 1990, n°88-10.532 : Defrénois 1991, 229.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 1990, n°88-29.148 : Defrénois 1991, 1171.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 9 juillet 1991, n°90-12 .503 : Defrénois 1992, art. 35202.

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 janvier 1997, n°94-20.276 : D. 1997, p.273.

SAULIER M.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 22 mars 2017, n°16-13.365 : AJ. Fam. 2017, p.364.

SAUVAGE F.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 10 juillet 1996, n°94-18.733 : D. 1998, 26.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 6 février 2007, n°04-13.282 : JCP G 2007, II, 10113, n°25.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 18 mars 2015, n°13-16.567 : JCP 2015, n°690.

SIMLER Ph.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 29 avril 1985, n°83-16.803 : JCP N 1986, II, 75.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 novembre 1985, n°84-12.572 : JCP N 1986, 97.
- Obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 février 1986, n°84-13.738 : JCP G 1986, II, 20702.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 février 1986, n°84-17.631 : JCP G 1986, II, 20702.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 3 février 1987, n°84-14.612 : JCP N 1988 II, p. 65.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 mai 1987, n°85-14.772 : JCP G 1988, II, 20996.
- Obs. sous TGI STRASBOURG, 17 septembre 1987 : JCP N 1989, II, 109.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 juin 1989, n°88-10.136 : JCP N 1991, II, 164.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 2 mai 1990, n°87-18.040 : JCP N 1990, II, 161.
- Obs. sous CA COLMAR, 16 mai 1990, M. Heitz c/ Mme Geist : JCP N 1991, II, 17.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 6 juin 1990, n°88-20.137 : JCP N 1991, II, 61.
- Obs. sous CA COLMAR, 20 juin 1990, M. Sofio c/ Mme Sofio : JCP N 1991, 100072, n°4.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 23 octobre 1990, n°89-14.448 : JCP N 1991, II, 61.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 9 juillet 1991, n°89-18.504 : JCP N 1992, II, 207.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 16 juin 1992, n°91-10.321 : JCP 1993, II, 22108, 1^{ère} esp.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 octobre 1993, n°91-19.234 : JCP G 1994, I, 3785.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 24 novembre 1993, n°91-18.261 : JCP G 1994, I, 3785.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 26 janvier 1994, n°92-10.029 : JCP G 1999, I, 154.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} Civ., 18 mai 1994, n°92-14.747 : JCP 1995, I, 3821, n°19.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 15 juin 1994, n°92-20.201 : JCP N 1995, II, 692, n°14.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 janvier 1995, n°92-20.013 : JCP G 1995, I, 3869.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 janvier 1995, n°93-10.462 : JCP G 1995, I, 3869.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 décembre 1996, n°94-21.989 : JCP G 1997, I, 4047.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 novembre 1997, n°95-19.103 : JCP G 1998, I, 135.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 mai 1998, n°95-22.083 : JCP G 1998, I, 183, 2.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 2 mai 2001, n°99-11.336 : JCP G 2002, I, 103.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 janvier 2003, n°00-16.078 : JCP 2003, I, 214, n° 5.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 11 juin 2003, n°99-14.612 : JCP G 2004, I, 129, n°11.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 janvier 2005, n°96-19.878 : JCP G 2005, I, 163, n°11.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 20 septembre 2006, n°04-18.384 : JCP G 2007, 142, 18.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 décembre 2006, n°04-20.663 : JCP G 2007, 142, 17.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 20 février 2007, n°05-18.066 : JCP G 2007, I, 208.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 10 mai 2007, n°05-17.189 : JCP G 2007, I, 208.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 septembre 2007, n°05-15.940 : JCP G 2007, I, 208.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 16 avril 2008, n°07-16.105 : JCP 2008, I, 144, n°10.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 9 juillet 2008, n°07-16.545 : JCP 2008. I. 202, n°7.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} juillet 2009, n°09-14.230 : JCP N 2011, 1001.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 novembre 2010, n°09-72.316 : JCP N 2011, 7.

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} décembre 2010, n°09-65.673 : JCP G 2011, 504, 7.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 mai 2011, n°10-15.667 : JCP N 2011, 4.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, n°12-28.076 : JCP G 2014, 668, 8.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 juin 2019, n°18-13.524 : JCP 2019, 1682.

STORCK M.,

- Obs. sous CA DOUAI, 8^{ème} ch., 5 avril 1990 : JCP G 1992, I, 136, n°22.
- Obs. sous CA MONTPELLIER, 1^{ère} ch., 21 mai 1990 : JCP G 1992, I, 3567, n°22.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 décembre 1991, n°89-20.219 : JCP N 1992, II, 213, n°19.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 1992, n°90-18.760 : JCP N 1992, 383.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 10 mars 1993, n°91-13.923 : JCP 1994, I, 3733, n°22.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 30 juin 1993, n°90-17.602 : JCP 1994, I, 3733, n°22.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 1994, n°92-19.169 : JCPG 1995, I, 3821.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 mai 1996, n°94-11.338 : JCP G 1996, I, 3962.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} octobre 1996, n°94-19.625 : JCP 1997, I, 4008, n°18.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 8 novembre 1997, n°95-19.103 : JCP G 1998, 135, n°17.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 27 novembre 2001, n°99-10.633 : JCP 2002, I, 167, n°16.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 mars 2002, n°00-11.238 : JCP G 2002, I, 167.
- Obs. sous Cass., 3^{ème} civ., 27 mars 2002, n°00-18.201 : JCP G 2003, I, 111.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 25 juin 2002, n°98-22.882 : JCP G 2003, I, 111.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 25 novembre 2003, n°02-12.942 : JCP G 2004, I, 129, n°20.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 22 juin 2004, n°02-20.398 : JCP 2005, I, 128, n°19.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 25 janvier 2005, n°97-20.038 : JCP G 2005, I, 128.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 24 septembre 2008, n°07-19.710 : JCP 2008, I, 202, n°18.
- Obs. sous CA Paris, pôle 3, ch. 1, 24 avr. 2013, n°12/09407 : JCP G 2013, 721-20, n°25.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 15 novembre 2017, n°16-25.023 : JCP G 2018, 554, n°14.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2018, n°16-19.619 : JCP G, 1355, n°14.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 26 février 2020, n°18-25.115 : JCP N 2020, 1089, n°17.

SOUHAMI J.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 29 mai 2013, n°12-10.027 : D. 2013, 2088.

SOULEAU H.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 22 octobre 1974, n°73-12.402, *veuve Bret* : Defrénois 1975, 907.

TISSERAND-MARTIN A.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 16 avril 1991, n°89-11.324 : JCP N 1992, 212, n°18.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 11 juin 1991, n°90-12.142 : JCP 1992, I, 3567, n°20.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 1992, n°90-17.212 : JCP 1993, II, 22041.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 mai 1992, n°90-18.931 : JCP 1992, I, 3614, n°11.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 30 juin 1992, n°90-19.346 : JCP 1993, I, 3656.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 avril 1993, n°91-15.139 : JCP 1994, I, 3733, n°20.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 10 juillet 1996, n°94-18.733 : JCP 1997, I, 4008.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 janvier 2000, n°98-10.747 : JCP G 2000, I, 245.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 6 mars 2001, n°98-17.723 : JCP 2002, I, 167, n°11.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 avril 2005, n°02-18.288 : JCP G 2005, I, 163, n°15.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 janvier 2006, n°02-18.794 : JCP G 2006, I, 141, n°20.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 novembre 2007, n°05-18.570 : JCP 2008, I, 144, n°20.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2018, n°17-26.222 : JCP G 2019, 554, n°12.

THIERRY J.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 24 février 1998, n°95-18.647 : D. 1999, 309.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 mai 2000, n°97-21.592 : D. 2000, 546.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 avril 2001, n°99-13.733 : Defrénois 2001, 939.

THUILLIER H.,

- Note sous Cass., 1^{ère} civ., 8 février 1978, n°75-15.731 : JCP N 1981, II, 114.

THOURET S.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 30 avril 2014, n°13-16.380 : AJ. Fam. 2014, 570.

TORRICELLI-CHRIFI S.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} avril 2015, n°14-14.349 : Gaz. Pal. 2015, 284-286.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 2016, n°15-25.944 : Dr. Fam. 2016, 256.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2018, n°17-25.858 : Dr. Fam. 2018, 279.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2018, n°16-19.619 : Dr. Fam. 2018, 278.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2018, n°17-26.222 : Dr. Fam. 2019, 31.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 avril 2019, n°18-15.177 : Dr. Fam. 2019, 127.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2019, n°18-20.828 : Dr. Fam. 2019, comm. 242.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 18 décembre 2019, n°18-26.337 : Dr. Fam. 2020, 66.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 26 février 2020, n°18-25.115 : Dr. Fam. 2020, 101.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 mai 2020, n°19-11.444 : Dr. Fam. 2020/9, 120.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 17 mars 2021, n°19-21.463 : Dr. Fam. 2021, comm.72.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 26 mai 2021, n°19-21.302 : Dr. Fam. 2021, comm. 112.

VAREILLE B.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 mai 1998, n°95-22.083 : RTD civ. 1999, 458.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 21 janvier 1992, n°90-14.459 : RTD civ. 1992, 812.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 janvier 1993, n°89-21.900 : RTD. civ. 1995, 424.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 octobre 1993, n°91-19.234 : RTD civ. 1994, 926.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 26 janvier 1994, n°92-10.029 : RTD civ. 2001, 650.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} Civ., 18 mai 1994, n°92-14.747 : RTD civ. 1994, 930.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 15 juin 1994, n°92-20.201 : RTD civ. 1995, 422.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 janvier 1995, n°92-20.013 : RTD civ. 1996, 972.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 janvier 1995, n°93-10.462 : RTD civ. 1996.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 juillet 1995, n°93-15.005 : RTD civ. 1996, 205.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 juillet 1995, n°93-12.347 : RTD civ. 1996, 975 et 977.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 juillet 1995, n°93-15.981 : RTD civ. 1997, 212.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 mai 1996, n°94-11.338 : RTD civ. 1997, 214.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 juillet 1996, n°94-11.990 : RTD civ. 1997, 494.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 novembre 1996, n°94-21.603 : RTD civ. 1998, 176.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 décembre 1996, n°94-21.989 : RTD civ. 1998, 451.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 janvier 1997, n°94-20.276 : RTD civ. 1997, 985.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 6 mai 1997, n°95-13.804 : RTD civ. 1998, 179.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 mai 1998, n°95-22.083 : RTD civ. 1999, 459.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 janvier 1999, n°96-11.512 : RTD civ. 1999, 456.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 octobre 1999, n°96-19.126 : RTD civ. 2000, 393.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 janvier 2000, n°98-10.747 : RTD civ. 2000, 616.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 mai 2000, n°97-21.592 : RTD civ. 2000, 889 et 890.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 16 mai 2000, n°98-13.441 : RTD civ. 2001, 416 et 418.

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 24 octobre 2000, n°98-19.767 : RTD civ. 2001, 650.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 décembre 2002, n°00-16790 : RTD civ. 2003, 342.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 19 mars 2002, n°00-11.238 : RTD civ. 2003, 137.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 janvier 2003, n°00-16.078 : RTD civ. 2003, 339.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 11 juin 2003, n°99-14.612 : RTD civ. 2004, 128 et 130.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 novembre 2003, n°02-12.942 : RTD civ. 2004, 334.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 10 mars 2004, n°02-20.275 : RTD civ. 2004, 538.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 22 juin 2004, n°02-20.398 : RTD civ. 2006, 361.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 janvier 2005, n°97-20.038 : RTD civ. 2006, 361.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 8 février 2005, n°03-13.456 : RTD civ. 2005, 445.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 28 février 2006, n°03-11.767 : RTD civ. 2006, 364.
- Obs. sous Cass., 3^{ème} civ., 28 juin 2006, n°05-20.860 : RTD civ. 2007, 789.
- Obs. sous Cass., 3^{ème} civ., 28 juin 2006, n°05-20.860 : RTD civ. 2006, 819.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 juillet 2006, n°03-13.936 : RTD civ. 2006, 811.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 20 septembre 2006, n°04-18.384 : RTD civ. 2006, 621.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 14 novembre 2006, n°05-19.402 : RTD civ. 2007, 376 et 378.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 20 février 2007, n°05-18.066 : RTD. civ. 2007, 618.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 novembre 2007, n°05-18.570 : RTD civ. 2008, 143.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 mars 2008, n°06-15.926 : RTD civ. 2009, 161.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 15 mai 2008, n°07.11-460 : RTD civ., 2009, 160.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 juin 2008, n°07-17.349 : RTD civ. 2008, 529.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 9 juillet 2008, n°07-16.545 : RTD civ. 2009, p. 158.
- Obs. Sous Cass., 1^{ère} civ., 24 septembre 2008, n°07-19.710 : RTD civ. 2009, 162.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 8 avril 2009, n°07-15.945 : RTD civ. 2009, 769 et 771.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 mars 2010, n°08-13.500 : RTD civ. 2010, 365.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 mai 2011, n°10-15.787 : RTD civ. 2011, 579.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 mai 2011, n°10-15.667 : RTD civ. 2012, 144.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 15 février 2012, n°11-10.182 : RTD civ. 2012, 364.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 20 juin 2012, n°11-18.504 : RTD civ. 2012, 559.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 26 septembre 2012, n°11-20.196 : RTD civ. 2012, 765.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 26 septembre 2012, n°11-22.929 : RTD civ. 2012, 766.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 18 décembre 2013, n°12-17.420 : RTD civ. 2014, 698 et 704.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 18 mars 2015, n°13-16.567 : RTD civ. 2016, 172.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} avril 2015, n°14-14.349 : RTD civ. 2015, 687.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 2016, n°14-24.556 : RTD civ. 2016, 919.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 2016, n°15-25.944 : RTD civ. 2017, 416.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 29 novembre 2017, n° 16-29.056 : RTD civ. 2018, 204.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 11 avril 2018, n°17-17.457 : RTD civ. 2018, 956.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2018, n°16-19.619 : RTD civ. 2018, 957.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 décembre 2018, n°16-13.323 : RTD civ. 2019, 173.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 16 janvier 2019, n°18-10.459 : RTD civ. 2019, 638.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 20 mars 2019, n°18-14.571 : RTD civ. 2019, 638.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 18 décembre 2019, n°18-26.337 : RTD civ. 2020, 175 et 178.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 26 février 2020, n°18-25.115 : RTD civ. 2020, 690.

VAREILLE B. et CHAMOULAUD-TRAPIERS A,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 26 mai 2021, n°19-21.302 : Defrénois, 30 sept. 2021, p. 43.

VASSAUX-BAREGE J.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 février 2010, n°08-14.441 : JCP N 2010, 1220.

VASSEUR M.,

- Obs. sous Cass., 2^{ème} civ., 24 avril 1985, n°84-11.234 : D. 1986, 315.

VAUVILLE F.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 16 mai 2000, n°98-13.441 : Loyers et copr. 2000, 12/23.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 24 octobre 2000, n°98-19.767 : RJPF 2001, 2/40.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 6 mars 2001, n°98-17.723 : RJPF 2001, 9/30.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 avril 2001, n°99-13.733 : RJPF 2001, 7-8/30.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 8 février 2005, n°03-13.456 : RJPF 2005, 5/14.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 20 septembre 2006, n°04-18.384 : RJPF 2006, 12/30.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 14 novembre 2006, n°05-19.402 : RJPF 2007, 2/15.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 26 septembre 2007, n°06-13.827 : RJPF 2008, 1/28.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 26 septembre 2007, n°06-10.930 : RJPF 2008, 1/15.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 juin 2008, n°07-17.349 : RJPF 2008, 11/21.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 15 février 2012, n°11-10.182 : RJPF 2012, 6/13.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 26 septembre 2012, n°11-22.929 : RJPF 2013, 2/21.
- Obs. sous Cass., 1^{ère}, 13 décembre 2012, n°11-19.098 : Defrénois 2013, 105.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 2013, n°12-17.420 : JCP N 2014, 1117, n°10.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 mai 2021, n°19-15.072 : JCP N, I, 2021, 1238.

VIGNEAU D.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 10 mars 2004, n°02-20.275 : D. 2004, 2963.

VINEY G.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 février 1997, n°94-19.685 : JCP G 1997, I, 4025.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 25 mars 2010, n°09-12.294 : RDC 2010, 851.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 18 décembre 2013, n°12-17.420 : D. 2014, 527.

WEILL A.,

- Note sous Paris, 22 juin 1954 : JCP 1954, II, 8263.
- Note sous Cass., 1^{ère} civ. 4 décembre 1956, *Bonnard* : JCP 1959, II, 11141.

WIEDERKEHR G.,

- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 21 janvier 1992, n°90-14.459 : JCP N 1992, II, 375, n°7.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 16 juin 1992, n°89-17.305 : JCPN 1993, 109.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 17 mai 1993, n°91-17.144 : JCP N 1994, 223, n°6.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 janvier 1997, n°94-20.276 : JCP G 1997, I, 4047.
- Obs. sous Cass., 3^{ème} civ., 1^{er} décembre 1999, n°98-11.726 : JCP G 2000, I, 245, n°7.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 10 mars 2004, n°02-20.275 : JCP 2004, I, 176, n°3.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 14 mars 2006, n°05-15.980 : JCP G 2006, I, 193.
- Obs. sous Cass., 3^{ème} civ., 28 juin 2006, n°05-20.860 : JCP G 2006, I, 193, n°5.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 juillet 2006, n°03-13.936 : JCP G 2006, I, 193, n°5.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 14 novembre 2006, n°05-19.402 : JCP 2007, I 142, n°7.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 mars 2010, n°08-13.500 : JCP G 2010, 487, n°3.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 mai 2010, n°09-65.524 : JCP G 2010, 1220, n°6.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 janvier 2011, n°09-15.631 : JCP G 2011, 503.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 2016, n°15-25.944 : JCP N 2017, 1259, n°1.
- Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 décembre 2017, n°16-27.216 : JCP 2018, n°73.

•Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 octobre 2018, n°16-19.619 : JCP G 2018, 1355, n°2.

•Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 3 avril 2019, n°18-15.177 : JCP G 2019, n°2.

YILDIRIM G.,

•Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 2019, n°18-26.337 : Solution notaires 2020, n°19, 10.

ZENATI F.,

•Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 4 janvier 1995, n°92-20.013 : RTD civ. 1996, 932.

ZALEWSKI-SICARD V.,

•Obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 26 mai 2021, n°19-21.302 : JCP N, n°11, 18 mars 2022.

Jurisprudence étrangère

Décision de la Chambre des Lords, 30 avril 1920, AC 601, Hyman v Hyman.

United Kingdom Supreme Court, 20 octobre 2010, (2010), UKSC 42, 1 AC 534, Radmacher (Formerly Granatino) v Granatino.

V. DICTIONNAIRES, ENCYCLOPÉDIES ET JURISCLASSEURS

Dictionnaires et encyclopédies

CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018

GUINCHARD S. et DEBARD T., *Lexique des termes juridiques*, 26^e éd. Dalloz, 2018.

ROLLAND H., *Lexique juridique des expressions latines*, 6^e éd., Lexis Nexis .

Répertoire civil

CHAMOULAUD-TRAPIERS A.,

•« Communauté légale : dissolution », *In Répertoire civil*, Dalloz Encyclopédie, juin 2010, mis à jour décembre 2019.

•« Communauté conventionnelle », *In Répertoire civil*, Dalloz Encyclopédie, mars 2013, mis à jour janvier 2020.

CHAMOULAUD-TRAPIERS A. et YILDIRIM G.,

•« Communauté légale : actif des patrimoines », *In Répertoire civil*, Dalloz Encyclopédie, juin 2010, mis à jour novembre 2021.

COLOMER A., « Contrat de mariage », *In Répertoire civil*, Dalloz Encyclopédie, mis à jour par C. VERNIERES, mai 2016.

DISSAUX N., « Divorce : conséquences », *In Répertoire civil*, Dalloz Encyclopédie, mis à jour octobre 2021.

DAVID S., « Participation aux acquêts », *In Répertoire civil*, Dalloz Encyclopédie, juillet 2016, mis à jour février 2020.

REVEL J., « Régimes matrimoniaux », *In Répertoire civil*, Dalloz Encyclopédie, novembre 2016, mis à jour septembre 2020.

VAREILLE B.,

•« Avantage matrimonial », *In Répertoire civil*, Dalloz Encyclopédie, mis à jour octobre 2013.

- « Communauté légale : liquidation et partage », *In Répertoire civil*, Dalloz Encyclopédie, janvier 2011, mis à jour décembre 2021.

YILDIRIM G.,

- « Séparation de biens », *In Répertoire civil*, Dalloz Encyclopédie, mars 2012, mis à jour juin 2021.
- « Communauté légale : gestion des biens », *In Répertoire civil*, Dalloz Encyclopédie, novembre 2019, mis à jour janvier 2020.
- « Communauté légale : répartition des dettes », *In Répertoire civil*, Dalloz Encyclopédie, novembre 2019, mis à jour février 2022.

Juristas

COLLARD, F.,

- « Fasc. 37 : Contrat de mariage – Séparation de biens – Société d'acquêts », *In JurisClasseur Notarial Formulaire*. 37, 20 novembre 2017.
- « Fasc. 60 : Séparation de biens – Séparation de biens avec société d'acquêts », *In JurisClasseur Notarial Formulaire*. 60, 10 janvier 2013, mis à jour 28 mars 2018.
- « Fasc. 100 : Régimes matrimoniaux - Avantages matrimoniaux - Action en réduction », *In JurisClasseur Notarial Formulaire*. 100, 7 juin 2018.
- « Fasc. 525 : Séparation de biens avec adjonction d'une société d'acquêts », *In JurisClasseur Ingénierie du patrimoine*. 525, 28 août 2019.
- « Fasc. 980 : Séparation de biens – Séparation de biens avec société d'acquêts », *In JurisClasseur Divorce*. 200, 4 octobre 2013, mis à jour 28 mars 2018.

BREMOND V., « Synthèse – Contrat de mariage. Formation et modification », *In JurisClasseur*. 20 octobre 2017.

GAZEAU O., LEMAIRE H. et VANCLEEMPUT F., « Fasc. 20 : Divorce – Rôle du notaire », *In JurisClasseur Liquidations – Partages*. 20, 12 juin 2014.

KARM A., « Synthèse – Droits et devoirs extrapatrimoniaux des époux », *In JurisClasseur Civil code*. 15 mai 2021.

LAFOND J.,

- « Fasc. 910 : Séparation de biens. – Composition des patrimoines », *In JurisClasseur Divorce*. 910, 10 janvier 2012, mis à jour 18 novembre 2013.
- « Fasc. 920 : Séparation de biens. – Gestion de biens. – Principes », *In JurisClasseur Divorce*. 920, 10 janvier 2012, mis à jour 15 novembre 2013.
- « Fasc. 930 : Séparation de biens. – Collaboration entre époux. - Gestion de biens indivis », *In JurisClasseur Divorce*. 930, 10 janvier 2012, mis à jour 13 mai 2014.
- « Fasc. 940 : Séparation de biens. – Liquidation des intérêts patrimoniaux des époux », *In JurisClasseur Divorce*. 940, 20 décembre 2018.

LAMBOLEY A.,

- « Art. 1511 à 1514 – Fasc. Unique : Communauté conventionnelle. – Clause de prélèvement moyennant indemnité », *In JurisClasseur Civil code*. 23 mai 2010.
- « Fasc. 10 : Contrat de mariage – Liberté des conventions matrimoniales », *In JurisClasseur Notarial Répertoire*. 10, 11 juin 2016, mis à jour 4 décembre 2017.

LARRIBAU-TERNEYRE V., « Fasc. 10 : Mariage - Organisation de la communauté conjugale et familiale. – Principes directeurs du couple conjugal : réciprocité des devoirs entre époux (C. civ., art. 212). – Principes structurant la communauté familiale : direction conjointe de la famille et contribution conjointe aux charges du mariage (C. civ., art. 213 et 214) », *In JurisClasseur Civil code*. 15 octobre 2021.

LE GUIDEC R.,

- « Art. 1526 – Fasc. Unique : Communauté universelle », *In JurisClasseur Civil code*. 21 mars 2016, mis à jour 4 décembre 2017.
- « Fasc. 685 : Communauté – Récompense. Évaluation », *In JurisClasseur Divorce*. 685, 8 février 2017.

LESCURE COMPAROT L., « Fasc. 1195 : Dans quel cas l'adoption du régime de la communauté universelle peut-elle être conseillée ? », *In JurisClasseur Fiches pratiques*. 1195, 2 octobre 2018.

MARTIN D., « Art. 1468 à 1474 – Fasc. Unique : communauté légale – Liquidation et partage. – Récompenses », *In JurisClasseur Civil code*. 31 mars 2017, mis à jour 4 décembre 2017.

MATHIEU M.,

- « Fasc. 660 : Partage de communauté – Preuve des récompenses », *In JurisClasseur Divorce*. 660, 15 février 2016, mis à jour 27 mars 2020.
- « Fasc. 670 : Partage – Partage de communauté – Causes et calcul des récompenses », *In JurisClasseur Divorce*. 670, 10 juillet 2015, mis à jour 5 décembre 2020.

MATHIEU M. et PILLEBOUT J.-F.,

- « Fasc. 12 : Contrat de mariage – Forme. Capacité. Publicité », *In JurisClasseur Notarial Formulaire*. 12, 12 janvier 2021, mis à jour 8 avril 2021.
- « Fasc. 20 : Contrat de mariage – Prélèvement moyennant indemnité. – Préciput. Partage inégal. Attribution intégrale », *In JurisClasseur Notarial Formulaire*. 20, 12 janvier 2021, mis à jour 8 avril 2021.

MATHIEU M. et ZALEWSKI V.

- « Fasc. 20 : Régimes matrimoniaux – Statut fondamental des personnes mariées », *In Jurisclasseur Notarial formulaire*. 3 janvier 2013, mis à jour 8 avril 2021.

MIGUET, J., « Fasc. 2240 : Saisie-attribution : conditions générales », *In Jurisclasseur Procédure*. 2240.

MONNET J., « Fasc 10 à 30 : Communauté légale », *In JurisClasseur Civil Code*. 10 à 30, 1^{er} octobre 2020.

PIEDELIEVRE S.,

- « Art. 1569 à 1581 – Fasc. Unique : Participations aux acquêts », *In JurisClasseur Civil code*. 25 juin 2018.
- « Fasc. 630 : Communauté légale. – Liquidation et partage. – Partage de l'actif », *In JurisClasseur Divorce*. 639, 5 octobre 2018.

PILLEBOUT J.-F.,

- « Fasc. 10 : Contrat de mariage – Choix du régime », *In JurisClasseur Notarial Formulaire*. 10, 10 janvier 2021.
- « Fasc. 200 : Communauté entre époux - communauté conventionnelle », *In JurisClasseur Liquidations-Partage*. 200, 8 mars 2016, mis à jour 12 juin 2017.
- « Fasc. 605 : Partage de communauté – Communauté entre époux », *In JurisClasseur Divorce*. 605, 10 avril 2019.
- « Fasc. 810 : Participations aux acquêts. – Fonctionnement », *In JurisClasseur Liquidations-Divorce*. 810, 23 février 2018, mis à jour 26 mars 2019.
- « Fasc. 820 : Participations aux acquêts. – Dissolution. – Liquidation », *In JurisClasseur Divorce*. 820, 23 février 2018, mis à jour 27 mars 2020.

POULPIQUET J. de, « Fasc. 420-430 : Notaire – Devoir de conseil », *In JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances*. 420-430, 1^{er} août 2006, mis à jour 25 février 2015.

REVILLARD M.,

- « App. Art. 1387 à 1581 – Fasc. Unique : Régimes matrimoniaux. – Droit international privé – Système de droit commun – Système issu de la convention de La Haye », *In JurisClasseur Civil code*. 16 juillet 2018.
- « 2^e app. Art. 1387 à 1581 – Fasc. Unique : Régimes matrimoniaux – Règlements (UE) 2016/1103 et (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 », *In JurisClasseur Civil code*. 5 juillet 2018.

STORCK M.,

- « Art. 1398 et 1399 – Fasc. Unique : contrat de mariage – capacité », *In JurisClasseur Civil Code*. 1^{er} septembre 2015, mis à jour 31 août 2019.
- « Art. 1536 à 1543 – Fasc. 10 et 20 : Séparation de biens », *In JurisClasseur Civil code*. 30 septembre 2018, mis à jour 1^{er} septembre 2020.

VAREILLE B., « Art. 1433 à 1437 – Fasc. Unique : Communauté légale – Conditions et effets du remploi », *In JurisClasseur Civil code*. 7 avril 2019.

VI. SITES INTERNET

AUREP : www.aurep.com

CRIDON Sud-Ouest : www.cridon-so.fr

Cour de cassation : www.courdecassation.fr

Dalloz :

- www.dalloz.fr
- www.dalloz-actualite.fr

Defrénois : www.defrenois.fr

EUFides : www.notaries-of-europe.eu

INSEE : www.insee.fr

Legifrance : www.legifrance.gouv.fr

LexisNexis :

- www.lexisnexis360.fr
- www.lexiskiosque.com
- www.lexisveille.fr/lexis-actu-lactualite-du-droit-et-des-juristes-en-temps-reel

Lextenso : www.actu-juridique.fr

Portail des 5 CRIDON : www.cridon.notaires.fr/portail

Sites gouvernementaux :

- www.justice.gouv.fr
- www.service-public.fr

Sites étrangers :

- <http://lawcommission.justice.gov.uk>

Université : www.univ-tlse1.fr

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	3
SOMMAIRE	4
LISTE DES ABREVIATIONS	5
INTRODUCTION	9
PREMIERE PARTIE : LE CONTRAT DE MARIAGE, OUTIL CLE DE L'ANTICIPATION	17
TITRE I : UN CONTRAT PARTICULIER SOUMIS AU DROIT INTERNE	19
CHAPITRE 1. L'ENCADREMENT LEGAL DU CONTRAT DE MARIAGE, ENTRE RIGUEUR ET ASSOUPPLISSEMENT	21
Section 1 : Un contrat complexe relevant de législations plurielles	22
§1 : Un contrat « classique » régi par le droit commun	22
§2 : Un contrat « spécial » soumis au droit des régimes matrimoniaux	24
A. Une capacité spéciale : Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptiala.....	24
B. Des sanctions spécifiques, corollaire de ce caractère spécial	25
Section 2 : Le changement de régime, de l'immutabilité à la mutabilité contrôlée	28
§1 : Le changement de régime matrimonial, un encadrement strict protecteur des tiers	29
A. Une faculté soumise à des limites légales	29
B. La reconnaissance attendue de la nature contractuelle du changement de régime matrimonial.....	31
C. Une législation protectrice des tiers.....	33
§2 : Une réglementation évolutive, vers une procédure simplifiée	34
A. La disparition du délai de deux ans, une réforme attendue	34
B. La disparition de l'homologation systématique en présence de mineur : la consécration du « rôle d'alerte » du notaire	35
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	39
CHAPITRE 2 : LE NOTAIRE, INTERMEDIAIRE PRIVILEGIE DU COUPLE	41
Section 1 : Le notaire, garant de l'efficacité du contrat de mariage	42
§1 : Limites au principe de liberté des conventions matrimoniales, un contrôle nécessaire	42
A. Les limites intrinsèques à l'article 1387 du Code civil	43
B. Les limites extrinsèques à l'article 1387 du Code civil.....	44
§2 : Le conseil du notaire : vers la consécration d'une obligation de résultat	45
Section 2 : Efficacité et inefficacité du contrat face aux lois étrangères.....	51
§1 : Anticipation et extranéité, un devoir de contrôle accru	51
§2 : L'anticipation contractuelle face aux pays de Common Law	53
A. Prenuptial agreement et Angleterre : vers une reconnaissance de la validité.....	54
B. Les États-Unis : pays de l'anticipation de la désunion	55
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	59
CONCLUSION DU TITRE I.....	61
TITRE II : UN CONTRAT PARTICULIER SOUMIS AU DROIT INTERNATIONAL PRIVE	63
CHAPITRE 1 : LA DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE, UN IMBROGLIO JURIDIQUE	65
Section 1 : D'un droit de source nationale à un droit international.....	66
§1 : Avant 1978, un droit international interne de source nationale.....	67

A. La règle de conflit quant à la forme : locus regit actum	67
B. La règle de conflit quant au fond : la loi du premier domicile	68
C. Limites et incertitudes	69
§2 : La Convention de La Haye de 1978, premier pas vers l'harmonisation	71
A. Le principe « subjectif » de l'autonomie de la volonté	71
B. Les critères objectifs de rattachement	72
C. Mutabilité et adaptabilité	73
1. La mutabilité volontaire, un outil précieux	73
2. Les périls de la mutabilité automatique	74
Section 2 : Les apports du Règlement européen du 24 juin 2016	78
§1 : La reconnaissance d'un champ d'application élargi	79
§2 : Une solution de détermination classique mais aménagée	81
A. La consécration de nouveaux critères de rattachement	81
B. La clause d'exception, nouvelle source d'incertitudes	82
§3 : Un palliatif attendu mais incomplet	83
A. La suppression de la mutabilité automatique, une solution plébiscitée	83
B. Une simplification incomplète	84
CONCLUSION DU CHAPITRE I	87
 CHAPITRE 2 : LA DESIGNATION DE LA LOI APPLICABLE : UN PALLIATIF EFFICACE	89
Section 1 : Une désignation strictement encadrée	90
§1 : Un choix complet mais limité	90
§2 : Une désignation encadrée par des conditions de forme	93
Section 2 : La désignation de la loi applicable, un outil à la portée du notaire	96
§1 : Le rôle pluriel du notaire face à une solution opportune mais limitée	96
A. L'obligation de contrôle et de conseil du notaire	96
B. La désignation a posteriori : une solution aux multiples opportunités	98
1. Une solution palliative au changement de régime matrimonial	98
2. Le péril de la rétroactivité face aux créanciers	99
§2 : Un outil inattendu face au divorce	101
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	103
 CONCLUSION DU TITRE II	105
 CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	107
 DEUXIEME PARTIE : L'ANTICIPATION DU DIVORCE PAR LE CHOIX DU REGIME MATRIMONIAL	109
 TITRE I : LES REGIMES COMMUNAUTAIRES : LE CHOIX DE LA FUSION PATRIMONIALE	111
CHAPITRE 1 : LE CHOIX, OU L'ABSENCE DE CHOIX, DU REGIME LEGAL	113
Section 1 : La fusion patrimoniale du régime légal, une solution parfois opportune	114
§1 : La composition des patrimoines propres et commun face au divorce	114
A. La fusion patrimoniale, outil de pacification de la désunion	114
B. Le patrimoine propre, élément d'indépendance et de protection au cœur de la communauté	116
§2 : Les propres par rattachement, une opportunité à la portée des époux	118
A. Accessorium sequitur principale	119
B. Subrogatum capit naturam subrogi	121
Section 2 : Le régime légal, une source de contentieux au jour du divorce	125
§1 : Les affres d'une entrée en communauté mal maîtrisée	125
A. Le dilemme des fruits et revenus des biens propres	125
B. La théorie du titre et de la finance, une source de contentieux	127

§2 : La porosité des patrimoines, limite au contrôle des patrimoines propres des époux	129
A. Le mécanisme des récompenses, une recherche d'équité au jour de la dissolution du régime ..	129
B. La communautarisation des comptes bancaires, une source intarissable de contentieux	131
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	135

CHAPITRE 2 : LE RENFORCEMENT DE LA FUSION PATRIMONIALE, UNE SOLUTION CLASSIQUE.....	137
Section 1. Le régime de meubles et acquêts : un élargissement partiel source de pacification.....	138
§1 : Une solution palliative dans une perspective d'anticipation de la désunion	138
A. Une fusion patrimoniale élargie en matière mobilière	139
B. Un outil de prévention face à l'encaissement des sommes propres.....	140
§2 : Une solution à l'opportunité limitée et parfois dommageable	142
Section 2 : La communauté universelle : le choix d'un élargissement total	144
§1 : L'universalité, outil de simplification de l'union comme de la désunion	144
A. Le régime de la simplicité	144
B. L'universalité face au passif, entre simplicité et paradoxe.....	147
§2 : Les périls de l'universalité	149
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	155

CONCLUSION DU TITRE I	157

TITRE II : LE REGIME DE LA SEPARATION DE BIENS, ESSENCE DES REGIMES SEPARATISTES	159

CHAPITRE 1 : LA PROMOTION DE L'INDEPENDANCE ET DE L'AUTONOMIE	161
Section 1 : Une gestion facilitée et protectrice, outil de simplification du divorce.....	162
§1 : Un régime source de pacification de la désunion	162
A. Un régime vecteur d'autonomie, protecteur des patrimoines	163
B. Simplification de la preuve et présomption	164
§2 : D'une séparation de biens à une séparation de faits « simplifiée »	167
Section 2 : La création d'un patrimoine conjoint face au risque de divorce	170
§1 : L'importance de la maîtrise de l'acquisition conjointe	170
A. La présomption d'indivision, un péril au jour du divorce	170
B. L'opportunité des conventions d'indivision	172
§2 : Le contentieux lié à la théorie de l'accession	174
A. La théorie de l'accession et le régime de la séparation de biens	174
B. Une solution aménageable.....	176
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	179

CHAPITRE 2 : LIMITES ET ILLUSIONS DE L'INDEPENDANCE	181
Section 1 : Le comportement des époux, cause d'une vision faussée de l'indépendance des patrimoines	182
§1 : Le compte-joint, une source constante d'incertitudes.....	182
§2 : L'acquisition, source d'une fusion patrimoniale mal maîtrisée	185
Section 2 : Le régime primaire, limitation légale à l'efficacité du caractère séparatiste du régime ...	188
§1 : La recherche d'une association minimale	189
§2 : Une « communautarisation » prétorienne par le jeu de la contribution	192
§3 : Coup d'arrêt et pondérations de l'extension jurisprudentielle	195
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	201

CONCLUSION DU TITRE II	203

TITRE III : LES REGIMES ATYPIQUES, L'EQUILIBRE ENTRE FUSION ET INDEPENDANCE	205

CHAPITRE 1 : LA SOCIETE D'ACQUETS, UNE SOLUTION « SUR-MESURE »	207

<u>Section 1 : Vers une fusion patrimoniale contrôlée</u>	<u>208</u>
§1 : Une composition « sur-mesure », outil d'une anticipation efficace	208
<u>A. Le choix d'une fusion patrimoniale limitée : solution classique d'anticipation.....</u>	<u>209</u>
<u>B. Le choix d'une fusion patrimoniale étendue : partager pour pacifier.....</u>	<u>211</u>
§2 : Une rédaction minutieuse, outil d'une identification claire des régimes applicables.....	215
<u>Section 2 : L'anticipation, maître mot de la société d'acquêts.....</u>	<u>219</u>
§1 : Un contrat, source de complexités.....	219
<u>A. Les risques liés à la définition par la destination.....</u>	<u>220</u>
<u>B. Le dilemme des ressources</u>	<u>223</u>
§2 : Un outil précieux pour l'anticipation du divorce.....	225
<u>A. L'anticipation du sort de l'avantage matrimonial en cas de divorce.....</u>	<u>226</u>
<u>B. La société d'acquêts face aux créanciers.....</u>	<u>227</u>
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	231
 CHAPITRE 2 : LA PARTICIPATION AUX ACQUETS, UN REGIME HYBRIDE	233
<u>Section 1 : Un régime alliant indépendance et partage de richesses</u>	<u>235</u>
§1 : Un régime au caractère hybride mêlant protection et partage	235
<u>A. Un fonctionnement séparatiste, outil d'une gestion facilitée et protectrice.....</u>	<u>236</u>
<u>B. Une vocation communautaire au jour de la dissolution</u>	<u>237</u>
§2 : Une protection spécifique de la créance de participation	238
<u>A. Une cogestion partielle spécifique, obstacle à l'indépendance</u>	<u>238</u>
<u>B. La faculté d'une demande de liquidation anticipée</u>	<u>240</u>
<u>Section 2 : Une liquidation complexe, hantise des praticiens.....</u>	<u>242</u>
§1 : Le patrimoine originaire	242
<u>A. La définition du patrimoine originaire.....</u>	<u>243</u>
<u>B. Preuves et présomptions.....</u>	<u>245</u>
<u>C. Évaluation des biens du patrimoine originaire</u>	<u>246</u>
§2 : L'identification du patrimoine final	247
§3 : Dissolution et créance de participation.....	250
<u>A. Le chiffrage de la créance de participation, une recherche d'équilibre au jour de la dissolution.....</u>	<u>251</u>
<u>B. Le règlement de la créance de participation</u>	<u>254</u>
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	257
 CONCLUSION DU TITRE III	259
 CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.....	261
 TROISIEME PARTIE : L'ANTICIPATION PAR LE CHOIX DES CLAUSES	263
 TITRE I : LES CLAUSES COMMUNES A TOUS LES REGIMES	265
CHAPITRE 1 : L'AMENAGEMENT DE LA CONTRIBUTION AUX CHARGES DU MARIAGE.....	267
<u>Section 1 : Un travail de définition, préalable indispensable à la pacification de la désunion</u>	<u>269</u>
§1 : Une notion aux contours flous, source de nombreuses contestations	269
§2 : L'aménagement de la notion de charges du mariage, une solution opportune mais limitée.....	272
<u>Section 2 : L'aménagement des modalités de la contribution aux charges en dehors de la clause dite</u> <u>de contribution « au jour le jour »</u>	<u>276</u>
§1 : Une pluralité d'aménagements des modalités de contribution.....	276
<u>A. L'admission d'une pluralité de modes de contribution.....</u>	<u>277</u>
<u>B. De l'opportunité de la contractualisation</u>	<u>279</u>
§2 : La stipulation d'une contribution forfaitaire	281
<u>A. La contribution proportionnelle, un principe supplétif</u>	<u>281</u>

B. Une solution aménageable	283
Section 3 : L'épineuse question de la clause de contribution « au jour le jour »	286
§1 : Une clause à l'opportunité évidente	286
A. Un objectif de pacification des rapports entre époux	286
B. Critiques doctrinales et risque d'iniquité	289
§2 : Une clause ouvrant lieu à un contentieux fourni	290
A. Nature de la présomption, entre incertitude et évolution	291
B. La présomption contractuelle face à l'évolution législative	292
C. La nécessité d'une rédaction rigoureuse	294
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	299
 CHAPITRE 2 : L'AMENAGEMENT DES REGLES LIEES A LA LIQUIDATION	 301
Section 1 : L'aménagement des récompenses et des créances entre époux	302
§1 : De l'exigibilité ou de la non-exigibilité des récompenses	303
A. L'aménagement des règles d'exigibilité des récompenses	303
1. La reconnaissance contractuelle d'une récompense	304
2. La renonciation contractuelle à une récompense	305
B. Le cas particulier de l'apport à communauté	306
§2 : L'aménagement des règles liées à la quantification	308
A. Les règles liées à la quantification	308
1. Les dépenses nécessaires	309
2. Les dépenses d'acquisition, de conservation et d'amélioration	310
3. Les dépenses mixtes	311
B. Des solutions aménageables	312
§3 : L'aménagement des créances entre époux	314
Section 2 : Les clauses de prélèvement et les attributions préférentielles offertes à tous les couples mariés	317
§1 : La clause « commerciale » et le divorce	317
§2 : Les attributions préférentielles offertes à tous les époux face au divorce	322
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	325
 CONCLUSION DU TITRE I	 327
 TITRE 2 : LES CLAUSES PARTICULIERES A CERTAINS REGIMES	 329
CHAPITRE 1 : LES CLAUSES PROPRES AUX REGIMES COMMUNAUTAIRES	331
Section 1 : Les opportunités d'un élargissement ponctuel	332
§1 : Assurer l'équilibre des patrimoines face à l'activité professionnelle	332
A. La pluralité de statuts accessible au conjoint « participant »	333
1. Le conjoint collaborateur, un statut a minima	334
2. Le conjoint salarié, un statut défenseur des droits du conjoint	335
3. Le conjoint associé, un engagement patrimonial	336
B. Opportunité du choix de statuts et sanction de l'absence de statut	337
C. Le partage de la valorisation, l'apport de l'outil professionnel	338
§2 : Une volonté d'éviter la création de récompenses	340
A. L'opportunité de l'apport à communauté en présence d'acquisitions antérieures	340
B. L'application de la théorie de l'accession : source de contentieux	341
§3 : Une optimisation civile et fiscale de la transmission	343
Section 2 : La limitation de la fusion patrimoniale, une solution classique	345
§ 1 : L'exclusion des biens professionnels : de la nécessité d'une indépendance contrôlée	346
§ 2 : L'opportunité d'une éviction ponctuelle	349
A. De l'opportunité de l'éviction ponctuelle d'un passif	350
1. La clause d'apport franc et quitte, une solution ancienne	351

2. La clause de séparation des dettes	352
B. L'exclusion des fruits et revenus des biens propres	354
Section 3 : Les clauses de prélèvements propres aux régimes de communauté	357
§1 : La clause dite « alsacienne », une solution classique et opportune.....	357
A. D'une solution contestée à une solution consacrée	358
B. Une solution opportune et essentielle.....	361
§2 : La clause de prélèvement moyennant indemnité	364
A. Origine et fonctionnement de la clause de prélèvement moyennant indemnité	364
B. La nécessité d'une rédaction rigoureuse, prérequis à la prévention des conflits	367
1. La désignation du bénéficiaire et la stipulation d'une condition de survie	367
2. Les problématiques liées à l'évaluation du bien prélevé	370
3. Les modalités de mise en œuvre	371
4. De la nécessité de la rédaction d'une clause non ambiguë.....	372
§3 : Les autres clauses de prélèvement et les attributions préférentielles.....	374
A. Clause de préciput et divorce	374
B. Les attributions préférentielles propres aux époux communs en bien.....	376
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	379
CHAPITRE 2 : LES CLAUSES PROPRES AU REGIME DE PARTICIPATION AUX ACQUETS.....	381
Section 1 : Les clauses d'exclusion ou de plafonnement, un outil d'anticipation	382
§1 : Une recherche d'anticipation	382
A. Clauses de pondération ou d'exclusion.....	383
B. La clause de liquidation alternative, un outil désormais inefficace ?	385
§2 : La qualification de la clause d'exclusion, une réponse jurisprudentielle attendue.....	386
A. Une qualification largement débattue	387
B. La reconnaissance prétorienne de la qualification d'avantage matrimonial : la fin d'une errance qualificative	389
Section 2 : Vers la fin programmée de l'opportunité des clauses d'exclusion ?	392
§1 : Un raisonnement logique porté par une formulation excessive et maladroite	392
A. Une acception trop extensive de la notion d'avantage matrimonial	393
B. Une volonté « exprimée » en lieu et place d'une volonté « constatée »	395
§2 : Une jurisprudence aux conséquences démesurées	396
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	400
CONCLUSION DU TITRE II.....	401
CONCLUSION DE LA TROISIEME PARTIE	403
CONCLUSION GENERALE.....	405
BIBLIOGRAPHIE	411
TABLE DES MATIERES	455

Résumé en français

« *Prévenir, c'est guérir* » dit l'adage commun. Or si prévenir le divorce n'empêche pas sa survenance, une telle solution offre aux époux la faculté de pacifier leur désunion et ainsi d'assurer une certaine protection de leurs patrimoines respectifs. Aujourd'hui, il ne peut être nié que ce mode de dissolution de l'union est devenu une fin, si ce n'est "normale", tout au moins classique du mariage. De ce fait, il incombe au notaire, interlocuteur privilégié des couples en matière de régimes matrimoniaux, d'accompagner les (futurs) époux en vue d'anticiper les risques d'une éventuelle désunion. A ce titre, le contrat de mariage sera le support de toutes décisions relatives aux conventions matrimoniales établies par les époux. Il incarne donc l'outil indispensable à l'anticipation contractuelle du divorce. Bien que cette solution ne soit en rien nouvelle, il convient d'en redéfinir l'utilité et d'en souligner la portée. L'importance de ce contrat sera encore accrue par la multiplication des couples « mixtes » et des éléments d'extranéité au sein du couple. Dans une volonté de prévenir les aléas d'une appréciation « internationale » des prédictions patrimoniales des époux, il conviendra de s'attacher à un contrôle rigoureux de l'efficacité d'un tel contrat au regard du droit national de l'ensemble des États avec lesquels ils auraient des liens. La thèse défendue tente ainsi d'établir un état des lieux des facultés et options offertes aux époux afin de pacifier et d'anticiper contractuellement leur éventuel divorce au début comme au cours de leur union, au regard du droit national comme du droit international. En ce sens, le choix du régime matrimonial sera l'élément clé de cette tentative d'anticipation. Ce régime a vocation à régir l'ensemble des relations patrimoniales des époux entre eux et à l'égard des tiers. Par suite, un tel choix permettra aux époux de faire varier le « curseur » de la fusion patrimoniale de son minimum à son maximum. Il leur offrira également la possibilité d'élire un régime hybride permettant d'allier les atouts, mais également certains inconvénients, des régimes classiques. Cependant, le choix d'un régime matrimonial ne permet pas à lui seul de répondre à l'ensemble des attentes des époux. Ainsi, le contrat de mariage ne peut se contenter d'élire un régime matrimonial. Il doit également contenir l'ensemble des aménagements permettant l'anticipation complète des problématiques inhérentes à chaque couple particulier. En conséquence, et plus généralement, cette thèse a pour objet de contribuer à repenser le rôle du notaire et l'importance d'un contrat de mariage « sur-mesure », en démontrant que ce « sur-mesure » doit devenir la norme.

Mots-clefs : régimes matrimoniaux - contrat de mariage - divorce - notaire - anticipation contractuelle.

Résumé en anglais

In France, we have a saying « *Prévenir, c'est guérir* » which translates into "*To prevent is to heal*". Although, if anticipation divorce does not prevent its occurrence, such a solution offers the spouses the ability to pacify their disunity and thus ensure a certain protection of their respective assets. Today, one cannot deny that the dissolution of a union has become an end, if not "normal", at least standard for marriages. Therefore, it is up to the notaire, the privileged couple's solicitor in matters of matrimonial regimes, to inform the (future) spouses to anticipate the risks of an eventual disunity. As such, the marriage contract will be the basis for all decisions relating to the matrimonial agreements established by the spouses. It therefore embodies the essential tool for the contractual anticipation of divorce. Although this solution is in no way new, its usefulness needs to be redefined and its scope emphasized. The importance of this agreement will be further expanded by the increase of "mixed" couples and foreign elements within couples. To prevent the vagaries of an "international" assessment of the spouses' heritage predictions, it will be necessary to apply a rigorous control of the effectiveness of such a contract with regard to the national law of every States with which they have links. The defended thesis thus attempts to establish an inventory of the faculties and options offered to the spouses in order to pacify and contractually anticipate their possible divorce at the beginning as well as during their union, with regard to national law and international law. That is why the choice of the matrimonial regime will be the key element of this anticipation attempt. This regime is intended to govern all of the spouses' property relations, between themselves as well as with regard to third parties. As a result, such a choice will allow the spouses to modulate the "cursor" of the patrimonial merger from its minimum to its maximum. It will also allow them the possibility of electing a hybrid regime that combines the advantages, but also certain disadvantages, of conventional regimes. However, the choice of a matrimonial regime alone does not meet all the expectations of the spouses. Thus, the marriage contract cannot simply elect a matrimonial regime. It must also contain all the arrangements allowing the complete anticipation of the problems inherent in each particular couple. Consequently, and more generally, this thesis aims to contribute to rethinking the role of the notaire and the importance of a "custom-made" prenuptial agreement, by demonstrating that this "custom-made" must become the norm.

Key words : Matrimonial regime - prenuptial agreement - divorce – notaire - contractuel anticipation.