



## Plus que jamais la participation aux aguets

**La Cour de cassation vient de porter un très rude coup au régime de la participation aux acquêts. En conscience ? Ce n'est pas certain, car elle a, avant tout, répondu à une question restée jusque-là en suspens avec, à mon sens, une indéniable pertinence. Mais elle a aussi, en cette occasion, déposé au pied du sapin un cadeau empoisonné, qui rend plus que jamais nécessaire une précision que j'appelle de mes vœux depuis des années. Il a été trop dit... ou pas assez. Au risque de faire de ce régime aussi utile que marginal une relique désuète.**

Où il est question de la qualification d'avantage matrimonial, et du sort de ce dernier en cas de dissolution de l'union, par divorce notamment.

La réponse était attendue. Au regard des premières réactions, elle divise : d'aucuns se réjouissent sur l'air du « *je vous l'avais bien dit !* » quand d'autres s'inquiètent pour les couples concernés et les équilibres qu'avaient choisis, ensemble, des époux. En effet, pour ces derniers, la décision de la Cour de cassation ([Cass. 1<sup>er</sup> civ., 18 déc. 2019, n° 18-26.337](#)) joue au chamboule-tout.

Venons-en à l'arrêt lui-même pour une première analyse à chaud, assortie d'une rapide reprise du contexte.

### ***Le cadre***

Des époux mariés sous le régime de la participation aux acquêts divorcent. Elle est pharmacienne et il est directeur d'un laboratoire d'analyses. Leur contrat de mariage stipule, en cas de dissolution du régime pour une autre cause que le décès des époux, que « *les biens affectés à l'exercice effectif de la profession des futurs époux lors de la dissolution, ainsi que les dettes relatives à ces biens, seront exclus de la liquidation* ».

Le mari demande que soit constatée la révocation de plein droit de cette clause, considérée comme un avantage matrimonial prenant effet à la dissolution, pour que les biens concernés soient intégrés à la liquidation de la créance de participation.

### ***La position de la cour d'appel (Chambéry, 10 septembre 2018)***

La cour d'appel ne souscrit pas à cette analyse et ne donne pas suite à la demande du mari, ordonnant, en conséquence, l'exclusion des biens professionnels du calcul des patrimoines originaires et finaux.

Ses arguments ? Tout d'abord, pour elle, la notion d'avantage matrimonial est attachée au régime de communauté seulement. Ensuite, elle considère que les époux, en excluant leurs biens professionnels, ont voulu se rapprocher partiellement du régime séparatiste, sans pour autant en tirer toutes les conséquences sur leurs biens non professionnels – soit une caractéristique de l'hybride qu'est ce régime, panachant d'esprit communautaire la raison séparatiste dans le cas de de ces époux. La cour d'appel ajoute d'ailleurs qu'en adoptant un tel régime, ils entendaient rester maîtres chacun de la gestion de leur outil de travail et de son développement futur – affirmation sans doute discutable – tout en permettant à l'autre de profiter pendant le mariage des revenus tirés de l'activité, voire à le protéger si le bien professionnel était totalement déprécié.

Si ces positions peuvent ne pas pleinement convaincre du choix opéré, elles ne manquent pas d'une cohérence certaine. Reste que le problème est ailleurs...

### ***Et la Cour de cassation fit un strike...***

Pour la Cour de cassation, les choses sont claires, et en matière de qualification tout d'abord : *« 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 »* ; ensuite, elle en tire une conséquence dévastatrice : *« 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 »*.

Elle mesure pleinement le gain potentiel lié à la clause révoquée : en effet, cette dernière *« conduit à avantager celui d'entre eux ayant vu ses actifs nets professionnels croître de manière plus importante en diminuant la valeur de ses acquêts dans une proportion supérieure à celle de son conjoint »*.

Un édifice s'effondre avec fracas, comme sous l'effet d'une boule de démolition. Essayons d'y voir clair au milieu de la poussière et des décombres. Dans l'espoir de mieux (re)bâtir.

### ***Coup de fil à un ami***

Je ne m'en suis jamais caché : je considère la participation aux acquêts comme un régime éminemment utile. Je n'ai pas pour elle les yeux de Chimène mais ne fais pas partie de ces contempteurs, prompts à critiquer un régime calculatoire au prétexte que les calculs sont annoncés où, ailleurs, ils sont tout aussi présents mais se font plus discrets.

Conscient de l'intérêt de ce régime pour les entrepreneurs notamment, sous réserve bien sûr qu'ils puissent l'amender quelque peu, j'ai depuis fort longtemps milité pour que de nécessaires éclairages soient apportés, par le législateur au besoin.

Je vais me permettre d'aborder l'arrêt qui nous occupe sous l'angle de mes propres préoccupations. Vous me suivrez si elles vous paraissent fondées.

Voyage dans le temps, pour un retour au 1<sup>er</sup> janvier 2019, jour où plusieurs réponses furent apportées aux questions que le député Delpon avait bien voulu transmettre au ministère de la Justice (via les bons offices de Nicolas Minard, que je remercie une nouvelle fois à cette occasion).

### ***Un 50/50 qui sonne le glas***

La première de ces questions avait pour objectif de clarifier la notion d'avantage matrimonial eu égard notamment à l'action en retranchement des enfants non communs.

Même s'il n'était pas question d'introduire le sujet dans le cadre de loi de programmation et de réforme pour la justice, alors sur le métier, la réponse allait dans le sens attendu : « *la doctrine estime aujourd'hui assez largement qu'il faut entendre de manière large la notion d'avantage matrimonial au sens de l'article 1527 du code civil pour inclure tous les avantages issus du contrat de mariage tels ceux prévus dans un régime de participation aux acquêts par exemple* » ([Rép. min. Delpon, JOAN 1<sup>er</sup> janv. 2019, p 12456, n° 12379](#)).

En toute honnêteté, l'arrêt de la Cour de cassation à l'origine de cette tribune valide la solution et me paraît frappé au coin du bon sens. Sur ce point, il mérite, sans l'ombre d'un doute, d'être validé.

### ***Rebelotte sans dix de der ?***

L'autre question transmise proposait une modification de l'article 265 du Code civil. J'ai, certes, eu le double mérite – ou commis la double faute ? – de figurer parmi les premiers à défendre une position qui m'apparaissait d'une implacable logique, et de faire preuve en la matière de persévérance. Mais les services du ministère de la Justice ont fait l'essentiel du travail en fournissant, en 2009 et à la demande du député Sébastien Huygue, une réponse aux petits oignons !

En application de l'article 265 alinéa 2 du Code civil, le divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux, sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis constatée par le juge au moment du prononcé du divorce – ce qui rend alors irrévocable l'avantage maintenu.

Avec raison, me semble-t-il, les services interrogés ont répondu que, « *si selon l'article précité, la volonté de l'époux doit être constatée au moment du divorce, elle peut néanmoins être exprimée préalablement* ». En effet, cette interprétation ne contredit pas la lettre du texte et pourrait même en révéler l'esprit.

Les équipes du ministère de la Justice ont précisé leur analyse, dans le sens d'une liberté contractuelle bienvenue : « *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 (...) peut être manifestée dans le contrat de mariage (...). Au moment du divorce, le juge constatera l'accord de l'époux pour rendre irrévocable l'avantage ou la disposition consentis* » ([Rép. min. Huyghe, JOAN 26 mai 2009, p. 5148, n° 18632](#)).



Si le Code civil n'a pas été modifié depuis, cette approche a été confirmée, et pour cause : « *cette position permet effectivement d'organiser une meilleure prévisibilité pour les époux au moment du choix de leur régime matrimonial et présente des avantages significatifs* » ([Rép. min. Delpon, JOAN 1<sup>er</sup> janvier 2019, p. 12457, n° 12382](#)).

Ces beaux avis ne pèsent pas du même poids que l'arrêt de la Cour de cassation, je le concède volontiers. Mais ils entretiennent l'espoir, au moins pour les couples engagés.

En effet, si le contrat de mariage prévoit expressément que les époux entendent que telle ou telle clause avantageuse – analysée comme avantage matrimonial donc – joue en cas de divorce, peut-être les juges saisiront-ils l'occasion de valider ce qui nous apparaît comme une solution pertinente.

### ***Les experts au défi !***

A chacune des questions posées à l'Assemblée nationale, le ministère de la Justice avait botté en touche quant à des évolutions législatives immédiates, non sans laisser espérer pour l'avenir : « *des travaux d'experts sont actuellement en cours sur ces questions* ». Un an après, où en sont nos experts ? Il est plus que temps qu'ils s'expriment, non ? Pour faire évoluer les textes si nécessaire.

Au-delà de la boutade, je me permets un petit retour sur certaines des grandes évolutions législatives récentes, qui permettra, je crois, une utile mise en perspective.

### ***Petite histoire des lois***

La position de la Cour de cassation va ainsi, à mon sens, à contre-courant de l'esprit du temps et de la liberté contractuelle pourtant au cœur de la [Loi du 23 juin 2006 réformant les successions et libéralités](#), dont on rappellera qu'elle a validé la controversée clause de reprise des apports en cas de divorce – ajoutant un alinéa à l'article 265 du Code civil qui occupe notre attention. Je le crois et l'espère, la solution s'écrit au moins à contre-cœur au regard de la [Loi du 26 mai 2004 relative au divorce](#), dont est essentiellement issu le dispositif de gestion du sort des avantages matrimoniaux qui nous (pré)occupe.

Manifestement bâti pour les communautés conventionnelles, l'article 265 du Code civil pose question face à un régime où l'essentiel se passe à la dissolution. L'interprétation donnée par la Cour de cassation suppose qu'en cas de divorce, le partage des acquêts, et lui seul, s'opère nécessairement. Ni plus, ni moins, en dépit des volontés des époux. Cette exigence, outre qu'elle m'apparaît sans fondement, jouera comme un repoussoir. Et laissera un trou béant dans l'offre de contrat de mariage, au grand damne des entrepreneurs notamment.

### ***Accueil de la solution et conséquences pratiques***

Comme le relève fort justement le Professeur Marc Nicod, la solution ne va donc pas contribuer à la promotion de la participation aux acquêts... mais tout au contraire inciter



les époux à préférer une séparation de biens pure et simple. A n'en pas douter, c'est la protection du survivant qui sera la première victime d'un tel arbitrage.



J'ajouterai que d'aucuns, sensibles à la protection du conjoint survivant mais orientés vers la séparation de biens notamment par les risques pris dans le cadre de leur activité professionnelle, pourraient prévoir dans leur contrat l'adjonction d'une société d'acquêts. Sans entrer dans les détails, il me semble que la solution n'est pas exempte de risques au plan juridique. Sachant par ailleurs que cette option restera assez éloignée, dans l'esprit comme dans les résultats, de la participation aux acquêts.

La dualité de la participation aux acquêts en fait, par essence, le seul régime à être en permanence en ordre de bataille : apte à parer les accidents de la vie, il a besoin de place pour s'exprimer pleinement, et il serait souhaitable que cette place lui soit laissée.

### ***L'important, c'est de participer ?***

A l'heure où le droit des régimes matrimoniaux français accueille des législations étrangères avec l'entrée en vigueur d'un règlement européen, alors qu'il compte dans ses rangs un régime franco-allemand lui-même basé sur un mécanisme participatif, il est peut-être temps qu'il se refasse une petite beauté. Pour mieux servir. Alors en avant ! Pour que vive la participation !