

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 1 Capitole (UT1 Capitole)

Présentée et soutenue par **Quentin GUIGUET-SCHIELÉ**

Le jeudi 14 novembre 2013

Titre :

**LA DISTINCTION DES AVANTAGES MATRIMONIAUX ET DES
DONATIONS ENTRE ÉPOUX**

Essai sur une fiction disqualificative

JURY

Monsieur Bernard VAREILLE, Professeur à l'Université de Limoges, Doyen honoraire de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Limoges

Monsieur Marc NICOD, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole (Directeur de recherches)

Monsieur François SAUVAGE, Professeur à l'Université d'Evry Val d'Essonne (Rapporteur)

Madame Clothilde GRARE-DIDIER, Professeur à l'Université de Rouen (Rapporteur)

Maître Marc IWANESKO, Notaire à Toulouse, Docteur en Droit Privé

École Doctorale Sciences Juridiques et Politiques (SJP)

UFR de Sciences Juridiques

Unité de recherche : Institut de droit privé (IDP)

L'université n'entend ni approuver ni désapprouver
les opinions particulières du candidat.

À Julie et Romain

Mes premiers remerciements s'adressent à mon directeur de recherches, Monsieur le Professeur Nicod, pour sa bienveillance, sa patience, son soutien appuyé, ses conseils avisés ; pour toute la confiance témoignée, les encouragements prodigués et l'attention portée à mon travail de thèse. Cher maître, merci.

Je remercie Madame le Professeur Mastor, Monsieur le Professeur Julien et maître Iwanenko pour leur présence au sein du comité de thèse de l'école doctorale, qui fut une étape fondamentale pour la progression de mes recherches.

Je remercie infiniment tous ceux qui ont activement contribué à l'amélioration du manuscrit : Olivia Guiguet, Mireille, Véronique, Jean, Vincent, Lucas et Géraldine Schielé, Simone Millory, Séverin Jean et Charlotte Carrassus.

Pour leurs conseils et leur soutien, je remercie particulièrement Frédéric Dupuis, ainsi que Aurore Vinant, Julie Khalil, Solange Mirabail, Maryline Bruggeman, Cécile Cassanhol, Hélène Capela, Sabrina Carpano, Cécile Petit et l'ensemble des membres de l'Institut de Droit Privé.

Un merci tout particulier à Sophie Deville et David Bascugnana qui ont parfaitement joué leur rôle d'aînés.

Je remercie les magistrats de la Cour l'appel de Toulouse pour qui j'ai eu l'honneur de travailler et particulièrement Mesdames Dreuhille et Trémoureux pour leur confiance et leurs enseignements.

Je remercie mes collègues et amis, compagnons de galère grâce à qui la traversée fut souvent agréable à vivre : Agnès, Aurore, Elise, Amélie, Aurélie, Paul, Marc, Alain, Emma, Emilie et tant d'autres...

Je remercie encore et surtout ma mère et ma sœur pour leur indéfectible soutien qui a eu raison de tous mes doutes.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS UTILISÉES

Act. Prat. Et strat. Pat.	Revue Actes pratiques et stratégie patrimoniale
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJ Fam.	Actualité juridique personnes et famille
Al.	Alinéa
AN	Assemblée nationale
Anc.	Ancien(s)
Art.	Article
Avr.	Avril
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
C/	Contre
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass. ass. pl.	Cour de cassation réunie en assemblée plénière
Cass. ch. mixte	Cour de cassation réunie en chambre mixte
Cass. req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
1 ^{ère} civ.	Première chambre civile (de la Cour de cassation)
2 ^{ème} civ.	Deuxième chambre civile (de la Cour de cassation)
3 ^{ème} civ.	Troisième chambre civile (de la Cour de cassation)
C. conso.	Code de la consommation
Cciv.	Code civil
Ccom.	Code de commerce
CE	Conseil d'Etat
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i>
CGI	Code Général des Impôts
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Comp.	Comparer

Liste des principales abréviations

Concl.	Conclusion
Cons. Const.	Conseil Constitutionnel
Contr. Conc. Conso	Revue Contrats, Concurrence et Consommation
<i>Contra</i>	En sens contraire
D.	Recueil Dalloz (depuis 1945)
DA	Recueil analytique de jurisprudence Dalloz (années 1941-44)
Déc.	Décembre
Defr.	Répertoire général du notariat Defrénois
DH	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (avant 1941)
Dir.	Direction
Doctr.	Doctrine
DP	Recueil périodique et critique de jurisprudence Dalloz (années antérieures à 1941)
Dr. Fam.	Revue Droit de la famille
Dr. Fisc.	Revue Droit fiscal
Dt. et pat.	Revue Droit et Patrimoine
Éd.	Édition
Esp.	Espèce
Et s.	Et suivant(e)s
Fasc.	Fascicule
Févr.	Février
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , au même endroit (ouvrage précédemment cité)
<i>In</i>	Dans, au sein de
<i>Infra</i>	Ci-dessous
IR	Informations rapides du Recueil Dalloz
Janv.	Janvier
Jcl.	Jurisclasseur
JCP	Jurisclasseur périodique - Semaine juridique, édition générale
JCP E	Jurisclasseur périodique - Semaine juridique, édition entreprises et affaires
JCP N	Jurisclasseur périodique - Semaine juridique, édition notariale et

Liste des principales abréviations

	immobilière
JCP S	Jurisqueur périodique - Semaine juridique, édition sociale
JDI	Journal de droit international
JNA	Journal des Notaires et des Avocats
JO	Journal officiel
Journ. Not.	Journal des notaires
Jp.	Jurisprudence
Juill.	Juillet
Juris-Data	Base de données juridiques – Lexis-Nexis
L.	Loi
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>Loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i> , ouvrage précédemment cité
N°	Numéro
Nov.	Novembre
Obs.	Observations
Oct.	Octobre
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> , ouvrage précité
Ord.	Ordonnance
P.	Page
PA	Petites affiches
Pan.	Panorama
Préc.	Précité(e)(s)
Préf.	Préface
PUAM	Presses universitaires d’Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUL	Presses universitaires de Lille
RCCC	Revue Contrat, Concurrence, Consommation
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RDC	Revue des Contrats
Rev. Crit.	Revue critique de législation et jurisprudence
RFN	Revue fiscale notariale
RID Comp.	Revue internationale de droit comparé
RRJ	Revue de Recherche Juridique et de Droit Prospectif

Liste des principales abréviations

RJPF	Revue Juridique Personnes et Famille
RLDC	Revue Lamy Droit Civil
RTD Civ.	Revue Trimestrielle de Droit civil
RTD Com.	Revue Trimestrielle de Droit Commercial
S.	Recueil Dalloz Sirey
Sept.	Septembre
Sol. adm.	Solution Administrative
Somm.	Sommaire
Ss	Sous
Suppl.	Supplément
<i>Supra</i>	Ci-dessus
T.	Tome
T. com.	Tribunal de Commerce
TGI	Tribunal de grande instance
UE	Union Européenne
V.	Voir
V°	<i>Verbo</i> (mot)
Vol.	Volume
§	Paragraphe

Les articles cités par leur seul numéro sont ceux du Code civil.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE -----	1
<u>PREMIÈRE PARTIE</u> : L'AVANTAGE MATRIMONIAL EXLCU DE LA DONATION ENTRE ÉPOUX : EXISTENCE DE LA FICTION DISQUALIFICATIVE -----	27
<u>TITRE I</u> : L'avantage matrimonial hors de la gratuité ? -----	29
<u>Chapitre premier</u> : Le domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux -----	32
<u>Chapitre second</u> : Les critères de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux -----	71
<u>TITRE II</u> : L'avantage matrimonial hors de la libéralité ? -----	136
<u>Chapitre premier</u> : Les données matérielles de la libéralité confrontées à l'avantage matrimonial -----	140
<u>Chapitre second</u> : Les données intentionnelles de la libéralité confrontées à l'avantage matrimonial -----	201
Conclusion de la première partie -----	272
<u>SECONDE PARTIE</u> : L'AVANTAGE MATRIMONIAL CONCURRENT DE LA DONATION ENTRE ÉPOUX : EFFICACITÉ DE LA FICTION DISQUALIFICATIVE -----	275
<u>TITRE I</u> : Le domaine d'application de la fiction disqualificative -----	278
<u>Chapitre premier</u> : L'avantage en droit privé-----	281
<u>Chapitre second</u> : L'avantage devenu matrimonial -----	338
<u>TITRE II</u> : Les conséquences de la fiction disqualificative -----	431
<u>Chapitre premier</u> : Le régime juridique des donations entre époux et avantages matrimoniaux hors du contexte successoral -----	433
<u>Chapitre seconde</u> : Le régime juridique des donations entre époux et avantages matrimoniaux dans le contexte successoral-----	484
Conclusion de la seconde partie -----	541
CONCLUSION GÉNÉRALE -----	543

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« *Toi qui veux te marier et qui te marieras,
as-tu jamais médité sur le Code civil ?* »¹

1. Le mariage et le Code civil. Comme l'avait bien compris Honoré de Balzac, nombreux sont ceux qui, prompts à s'engager dans les liens du mariage, ignorent tout de ses incidences patrimoniales. L'union civile n'est pourtant pas que la fusion des cœurs et des corps. Elle réalise inévitablement un rapprochement patrimonial qu'il n'est pas aisé d'appréhender, de comprendre et d'accepter. Le Code civil organise méticuleusement les aspects patrimoniaux du mariage. Il le définit et l'organise. Il en est la source. Méditer sur le mariage implique donc une réflexion sur le Code civil. Comment comprendre l'un sans étudier l'autre ? Néanmoins, l'union matrimoniale n'est pas la somme des droits et devoirs juridiquement reconnus qui la structurent. Elle est avant tout la chose des parties, au service du couple. Le Code civil ne se contente pas d'imposer : il autorise et il propose. Ainsi les époux sont-ils libres de s'astreindre à des obligations supplémentaires ou de se limiter à celles qu'impose l'institution. Ils peuvent souscrire des conventions relevant du droit commun, telles des donations entre époux, et organiser leur vie maritale avec des outils qui leurs sont réservés, tels les régimes matrimoniaux.

2. La coexistence. Pour organiser les conséquences patrimoniales de leur union, les époux disposent de deux instruments majeurs. En premier lieu, ils peuvent se consentir des donations. Ils empruntent alors un mécanisme connu du droit commun. La donation entre vifs est l'« *acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte* »². Dans le contexte conjugal, cette définition révèle une insuffisance car elle est propre aux donations entre vifs, qui portent sur des biens présents. Or, par dérogation à la prohibition des pactes sur succession future, le Code civil autorise les époux à se consentir des donations de biens à venir, soit pendant le mariage³, soit par contrat de mariage⁴. L'institution contractuelle est un contrat par lequel le donateur dispose en faveur du donataire de tout ou partie de ses biens qu'il laissera à son décès⁵. La

¹ 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, p. 495 et s., spé. p. 536.

² Article 894 du Code civil.

³ L'article 947 du Code civil rend inapplicable aux donations entre époux la prohibition des donations de biens à venir prévue par l'article 943 du même code.

⁴ Conformément à l'article 1082 du Code civil.

⁵ Cette définition est librement inspirée de celle du legs, prévue à l'article 895 du Code civil. Les institutions contractuelles sont en effet fort proches, dans leurs contenus et leurs caractères, des libéralités testamentaires.

donation entre époux apparaît donc différente de toutes les autres car elle représente une dérogation au principe selon lequel « *il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament* »¹. Bien qu'empruntées au droit commun, les donations revêtent une originalité certaine lorsqu'elles interviennent entre époux. Leur traitement juridique est influencé par deux tendances contradictoires : une « *méfiance injustifiée* », en net déclin, et une « *juste faveur* », toujours présente². Cette particularité invite à délaisser la stricte notion de donation pour se référer plus largement à la catégorie libérale. Celle-ci connaît un renouveau depuis la loi du 23 juin 2006 qui a introduit une définition de la libéralité, dorénavant perçue comme une notion et plus uniquement comme une catégorie d'actes. Elle est un « *acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne* »³.

En second lieu, le régime matrimonial permet aux conjoints d'organiser librement le statut de leurs biens au cours et à l'issue de l'union matrimoniale. Il est un ensemble cohérent de règles destinées à régir les relations patrimoniales des époux, entre eux et à l'égard des tiers. Sa définition précise est controversée. Une appréhension plus ou moins étendue peut être retenue selon que l'on conçoit le régime comme « un ensemble de règles » ou « l'ensemble des règles »⁴. Il est une charte d'application continue, le cadre juridique indispensable des relations patrimoniales conjugales, à la fois imposé par la loi et librement organisé par les époux. Entre contrainte et liberté, le régime matrimonial est une notion récente et fédératrice, pleinement adoptée par la doctrine. La relation qu'elle entretient avec le mariage est très étroite : « *Il n'y a point de régime matrimonial sans mariage. Il n'y a point de mariage sans régime matrimonial* »⁵. Il se présente comme une faveur accordée aux époux.

Ainsi, deux mécanismes particuliers coexistent pour l'organisation patrimoniale du couple marié et souvent au sein même du contrat de mariage. Le régime matrimonial, imposé dans son principe mais pas dans son contenu, cohabite avec la libéralité entre époux, qui ne peut jamais être forcée. L'un est réservé aux époux, ce qui fait sa particularité. L'autre est empruntée par les époux, ce qui lui confère une particularité.

¹ Article 893 al. 2 Cciv. Cette règle remonte à une ordonnance du chancelier d'AGUESSEAU de 1731. Sur ce point, v. J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, « Histoire du droit civil », Paris, Dalloz 2010, 2^{ème} éd., n° 1012, p. 1405 et s.

² C. RIEUBERNET, « Les donations entre époux – étude critique », thèse Toulouse 1997.

³ Article 893 al. 1^{er} Cciv. Sur cette définition, v. M. NICOD, « De la libéralité selon le Code civil », in « Leçons du droit civil : mélanges en l'honneur de François Chabas », Bruylant 2011, p. 707.

⁴ Sur le régime matrimonial en tant que notion, v. notamment G. WIEDERKEHR, « Propos à bâtons rompus sur la notion de régime matrimonial », in « Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller : *Liber amicorum* », Strasbourg, LGDJ 1994, p. 533 ; A. HOUGLARD, « La notion de régime matrimonial », thèse Toulouse 2008 ; v. *infra*, n° 382 et s.

⁵ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, « Droit civil. Les régimes matrimoniaux », Cujas, 2^{ème} éd., 1991, n° 29.

3. La distinction légale. La réflexion aurait pu s'arrêter au constat de la coexistence de deux outils originaux, qui ne pose aucune difficulté conceptuelle ou pratique. Cependant le Code civil sème un trouble en disposant, en son article 1527, que « *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* »¹. Les deux notions auraient-elles suscité tant d'émoi si la loi n'avait pas expressément séparé leurs domaines d'application ? Le Code civil semble opérer une distinction entre deux éléments que beaucoup de juristes n'auraient peut-être pas songé à confondre si leur attention n'avait pas été attirée sur la différence entre le contenu du régime matrimonial et la donation entre époux. La lettre de l'article 1527 du Code civil invite à définir avec précision les contours de l'acte libéral et des dispositions du régime matrimonial. Mais opère-t-elle réellement une distinction ? La notion de distinction peut se définir comme l'« *action d'analyser, de spécifier, de différencier, séparer, lever une équivoque ou dissiper une confusion* », mais aussi comme le « *résultat de cette action (division, ordre, classification, plan, énumération)* »². Le terme vient du latin classique *distinctio* qui vise l'action de distinguer, la différence, la séparation, l'honneur³. De prime abord, si l'article 1527 semble effectivement séparer, d'une part, les avantages résultant d'une communauté conventionnelle et de la confusion du mobilier ou des dettes et, d'autre part, les donations entre époux, il ne lève aucune équivoque et ne dissipe aucune confusion. Pis, il en provoque. En choisissant une formule inédite plutôt que des notions connues telles que le régime matrimonial, le contrat de mariage ou la convention matrimoniale, le texte jette un trouble et oblige le juriste à interpréter une formule complexe.

Pour autant, c'est bien d'une distinction dont il s'agit. Dans un article publié aux Mélanges en l'honneur du professeur MOULY⁴, Madame IZORCHE s'est intéressée à la notion de distinction dans la sphère juridique. Elle y retrace la polysémie que recèle la définition du terme. La distinction est une « *opération intellectuelle élémentaire, et fondamentale, sans laquelle aucune méthode scientifique n'est envisageable* » et une qualité du sujet, soit le résultat de l'action de distinguer. Dans ce second sens, la distinction peut apparaître comme un honneur, une hiérarchisation selon la valeur. En toute hypothèse, « *la distinction est une condition d'existence* »⁵, une « *opération préalable à toute classification* »⁶ et un indispensable « *instrument*

¹ Art. 1527 al. 1^{er} Cciv.

² G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », association Henry Capitant, PUF 2000, 8^{ème} éd., v° *Distinction*. Pour une étude récente sur les distinctions en droit privé, cf. « Les grandes distinctions du droit privé », RDA, févr. 2013, n° 7 dossier spécial.

³ Source : Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL) : www.cnrtl.fr, v° *Distinction*.

⁴ M.-L. IZORCHE, « Réflexions sur la distinction », in « Mélanges Christian Mouly », Paris Litec 1998, p. 53.

⁵ *Ibid.*, n° 2, p. 53.

⁶ *Ibid.*, n° 3, p. 54.

de connaissance »¹. Or l'article 1527 impose une séparation, interdit un amalgame et agit directement sur l'opération de qualification. Il est bien une condition d'existence car il favorise l'apparition de la notion d'avantage matrimonial. Comme toute distinction, celle-ci n'est pas neutre. Elle influence la perception de l'avantage matrimonial, comme en témoigne la nette tendance en jurisprudence et en doctrine à le concevoir comme un acte onéreux. La distinction dispose d'un rôle pratique en tant qu'instrument d'adaptation de la règle de droit et d'un rôle théorique en œuvrant à la connaissance du droit. Ces deux fonctions existent bel et bien à propos de l'article 1527 du Code civil. Ce texte est le fondement de l'inapplicabilité aux avantages matrimoniaux du régime juridique des libéralités (rôle pratique) et renseigne sur la finalité même du régime matrimonial qui ne serait pas d'aboutir à un transfert patrimonial gratuit (rôle théorique). L'article 1527 du Code civil réalise ainsi une distinction, au sens plein du terme, entre le contenu du régime matrimonial et les donations conjugales. Il représente à la fois l'opération qui permet d'isoler les deux notions et le résultat de cette opération, soit la classification. Pourtant, la distinction « *n'est jamais qu'un moyen de décrire, de structurer une perception de la réalité, parfois de convaincre, mais (...) elle n'est pas le fidèle reflet de la réalité* »². Une plongée au cœur de cette distinction apparaît indispensable afin d'en comprendre la teneur et d'en éprouver la constance.

4. Genèse : absence de distinction. La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux n'a pas toujours eu cours. Le droit romain et l'ancien droit français n'établissaient pas de séparation stricte. Le droit patrimonial de la famille était alors innervé par diverses tendances. La première était une suspicion généralisée à l'égard des donations conjugales³, presque toujours accompagnée d'une faveur à l'égard des donations à cause mort⁴. La seconde consistait en une coexistence de diverses techniques juridiques que l'on ne saurait clairement rattacher aux catégories actuelles de notre droit. Tel était le cas du douaire dans l'ancien droit français⁵, gain de survie au profit de la veuve constitué sur les biens propres du mari. Il était d'origine légale mais un douaire conventionnel apparut progressivement, qui supplanta le premier aux alentours du XV^{ème} siècle. Preuve de la confusion catégorielle, le

¹ *Ibid.*, n° 1, p. 53.

² *Ibid.*, n° 26, p. 62. Nous soulignons ce que l'auteur a mis en évidence par l'italique.

³ À partir du XII^{ème} siècle cependant, le droit civil et canonique assouplit progressivement la prohibition des donations conjugales. Sur la question, v. notamment : N. LAURENT-BONNE, « Les donations entre époux : doctrine, coutumes et législation (XII^{ème} – XVI^{ème} siècle) », thèse Paris II, 2012.

⁴ À Rome, la coutume *moribus receptum* interdit les donations conjugales (Ulpian, Digeste, 24, 1, 1) mais à partir de 206 après Jésus Christ, le sénatus-consulte *oratio Antonini* rend les dispositions à cause de mort valables si elles n'ont été révoquées avant le décès. V. Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 1041, p. 1435. Sous l'Ancien Régime, les donations entre époux sont prohibées dans la plupart des pays de droit écrit et de coutume, avec quelques variations telles que le don réciproque au dernier vivant, *interdonatio*.

⁵ *Dotarium, dotalicium, ou vitalicium, ou vidualicium* : J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 1067, p. 1467.

douaire coutumier est l'ancêtre de l'usufruit légal du conjoint survivant et le douaire conventionnel celui de l'institution contractuelle. Il en va de même pour l'augment de dot, la *tertia collaborationis* et le *Morgengab*, droits reconnus à l'épouse que l'on peine à définir comme des préciputs, des libéralités ou des droits légaux successoraux ou issus du mariage lui-même. Ces procédés coexistaient avec les pratiques communautaires qui ont émergé à partir du XIII^{ème} siècle¹. Il en résultait une grande confusion entre les différentes branches du droit patrimonial. Le libéral, le successoral et le matrimonial n'étaient pas distincts. Ils se structuraient autour de conceptions sociales, au premier rang desquelles figurait la nature du mariage. Ce dernier était envisagé comme l'union de deux familles et impliquait la préservation des intérêts de chaque clan. À titre d'exemple, la prohibition des donations conjugales à partir du XIV^{ème} siècle est contemporaine de l'apparition du mécanisme des récompenses, les deux étant justifiées par le souci de préservation des biens dans la famille. De même, l'émergence du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales a pour fondement la prohibition des donations conjugales.

5. Genèse : distinctions spéciales et retranchement général. L'origine de la distinction que nous connaissons aujourd'hui à l'article 1527 du Code civil remonte au Code Napoléon. Elle ne revêtait pas alors une forme générale. Les éléments qui composent notre actuel article 1527 étaient éparpillés au sein de diverses dispositions que l'on peut regrouper en deux ensembles. Le premier est composé des textes instituant l'action en retranchement au profit des enfants d'un premier lit. Cette action existait à l'encontre, d'une part, de « *toute convention qui tendrait dans ses effets à donner à l'un des époux* » au-delà de la quotité disponible entre époux (article 1527 ancien) et, d'autre part, des avantages issus de la confusion du mobilier et des dettes au sein du régime légal de communauté de meubles et acquêts (article 1496 ancien). Ainsi, à l'origine, l'article 1527 du Code civil n'édicte aucune distinction. Il était le fondement de la liberté des conventions matrimoniales à laquelle il imposait une limite dans l'intérêt des héritiers réservataires issus d'un premier lit. L'action en retranchement n'était pas alors considérée comme exclusive du régime légal. La position de l'article 1496 au sein du Code, présentée comme une « *disposition relative à la Communauté légale, lorsque l'un des époux ou tous deux ont des enfants de précédents mariages* » ne laisse aucun doute sur ce point². Le second ensemble de dispositions édictait des distinctions spéciales pour certains mécanismes propres aux communautés conventionnelles. L'article 1516 disposait que « *le préciput n'est point regardé comme un*

¹ Par exemple : le droit de *ravestissement* dans les coutumes picardes et wallonnes ; affrèrement dans les pays de droit écrit. V. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 1114, p. 1523.

² « Code civil des Français. Edition originale et seule officielle », Paris, Imprimerie de la République, An XII – 1804, réédition Litec 2004, p. 274.

avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une convention de mariage ». Selon les termes de l'article 1525, la clause d'attribution intégrale de la communauté, réciproque ou unilatérale, « *n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais simplement une convention de mariage et entre associés* ». S'ils ont quelque peu changés, ces deux articles ont été maintenus jusqu'à nos jours¹.

Ce système présente de très nombreuses différences avec notre vision actuelle. En 1804, il n'existait aucune distinction générale opposant les dispositions du régime matrimonial aux donations entre époux. Les notions de régime matrimonial et d'avantage matrimonial n'existaient pas et il n'y avait aucune corrélation entre la distinction et l'action en retranchement. Deux disqualifications légales spéciales et une action en retranchement générale coexistaient. Les éléments qui œuvrent aujourd'hui à la définition générale des avantages matrimoniaux n'avaient aucune portée notionnelle et servaient à délimiter le domaine de l'action en retranchement. Les dispositions de la communauté, qu'elle soit légale ou conventionnelle, étaient source de droits acquis en qualité de conjoint, perçus comme des avantages nécessaires à la subsistance en cas de veuvage. En revanche, les donations entre époux étaient suspectes par nature et soumises à une révocabilité *ad nutum* discrétionnaire. Les distinctions particulières étaient alors justifiées par la volonté de soustraire les conventions matrimoniales aux rigoureuses conditions de forme des donations et à leur régime juridique qui les rendait précaires.

6. Genèse : unification des distinctions et élargissement. Jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle, les possibilités offertes par la rédaction d'un contrat de mariage sont peu utilisées et servent davantage à réduire les droits du conjoint survivant qu'à le favoriser. La dernière décennie de ce siècle marque un tournant : des droits successoraux sont reconnus au conjoint survivant² et la nature du mariage change pour se restreindre à l'union des personnes et non à celle des familles. Dans ce contexte, les aménagements conventionnels de la communauté sont plus fréquents. Un parallèle est progressivement réalisé entre les distinctions opérées par les articles 1516 et 1525 du Code civil et l'action en retranchement des articles 1527 et 1496. L'idée d'un lien nécessaire entre ces dispositions fait alors son chemin. En effet, si la distinction ne concerne pas toutes les dispositions du contrat de mariage ou du régime légal, pourquoi prévoir une action spécifique plutôt que de se référer à la réduction de droit commun? Le régime juridique des stipulations du contrat de mariage paraît lacunaire et les distinctions sont jugées trop strictes. L'harmonisation se

¹ Article 1516 Cciv. actuel : « *Le préciput n'est point regardé comme une donation, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais comme une convention de mariage et entre associés* ». Article 1525 Cciv. actuel : « *La stipulation de parts inégales et la clause d'attribution intégrale ne sont point réputées des donations, ni quant au fond, ni quant à la forme, mais simplement des conventions de mariage et entre associés* ».

² La loi du 8 mars 1891 institue l'usufruit du conjoint survivant, inspiré de l'ancien douaire coutumier, et alloue des aliments au conjoint survivant dans le besoin.

réalise par un arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1890, dit arrêt Grégoire¹. Dans cette affaire, une clause du contrat de mariage prévoyait le partage de la communauté par moitié et l'attribution au conjoint survivant de l'usufruit de la moitié des biens communs revenant aux héritiers du prédécédé. Une appréciation stricte des distinctions aurait dû conduire à autoriser une requalification en donation. Cependant la Cour a estimé, par un raisonnement *a fortiori*, que la distinction de l'article 1525 devait s'appliquer à cette disposition originale². Ce faisant, tous les avantages dont il était question à propos de l'action en retranchement pouvaient être juridiquement distingués des donations entre époux. La corrélation pouvait se réaliser entre les avantages soumis à l'action en retranchement et ceux concernés par la distinction. Cela a favorisé l'émergence de la notion d' « avantage », d'abord isolée de tout qualificatif, puis associée à l'adjectif « matrimonial »³.

L'arrêt Grégoire a modifié la logique jurisprudentielle. Avant cette décision, les qualifications en libéralité ou avantage matrimonial étaient utilitaires et servaient à protéger les intérêts des héritiers. Par exemple, lorsque la clause d'attribution intégrale excluait la reprise par les héritiers des biens tombés en communauté, ou que l'attribution n'était pas intégrale, la jurisprudence avait tendance à y voir une donation, afin de permettre aux héritiers communs d'exercer l'action en réduction. La notion de libéralité avait étendu son domaine au détriment de son concurrent direct. Il avait par exemple été jugé que les interactions entre les seules masses propres relevaient du domaine des libéralités⁴ et que la communauté universelle constituait une donation déguisée si, « *tandis qu'un époux a apporté des biens considérables, l'apport de l'autre a été entièrement nul* »⁵. Mais l'arrêt Grégoire a marqué le passage à une orthodoxie plus stricte. La Cour de cassation a ainsi étendu la distinction même dans l'hypothèse d'une privation du droit

¹ Cass. ch. réunies, 19 déc. 1890 : S. 1891, I, p. 129, note A. WAHL ; DP 1891, I, p. 417.

² « *Que, refusant ainsi le caractère de donation à celle des clauses énumérées en l'art. 1520, qui est la plus favorable à l'époux survivant, elle l'a, à plus forte raison, déniée aux stipulations qui n'abandonnent à cet époux qu'une partie de la communauté* » : arrêt précité. L'expression « *celle des clauses énumérées en l'art. 1520, qui est la plus favorable à l'époux survivant* » désigne l'article 1525 du Code civil, c'est-à-dire l'attribution intégrale de la communauté. Il y a donc bien une extension de la distinction de l'article 1525 à toutes les stipulations de parts inégales, même si celle-ci concernent des apports réalisés par le défunt. Le débat concernait alors surtout la faculté de reprise des apports et capitaux tombés en communauté, par les héritiers communs.

³ À mesure que se construisait l'idée du régime matrimonial, conçu comme réunissant dans un même ensemble le régime légal et les régimes conventionnels

⁴ Cass. civ., 28 mars 1854 : D. 1854, I, p. 184 ; Cass. civ., 11 mars 1931 : S. 1931, I, p. 358 ; Cass. civ., 2 avril 1962 : Bull. Cass. 1962, I, n° 188, p. 167 : dans les régimes purement séparatistes, toute clause prévoyant le transfert d'un bien du patrimoine d'un époux à celui de son conjoint s'analyse en une libéralité ; Trib. civ. d'Ussel, 16 mars 1895 : D. 1897, II, p. 202 : « *il est de principe que tout avantage limité aux acquêts de communauté constitue seulement un avantage matrimonial mais que toute convention affectant les propres des époux doit être considéré comme une donation* » ; Cass. req., 11 mars 1931 : DP 1931, I, p. 133 : la clause attribuant à un époux un bien propre de son conjoint sans indemnité est une libéralité, non un avantage matrimonial. V. aussi, plus récemment : Cass. 1^{ère} civ., 7 juill. 1971 : D. 1972, p. 294 et Cass. 1^{ère} civ., 22 janv. 1991 : Bull. civ. I, n° 24 : la Cour de cassation exclut la possibilité d'un avantage matrimonial en régime de séparation de biens.

⁵ Cass. req., 18 janv. 1888 : DP 1888, I, p. 174 : constitution d'une donation déguisée par l'adoption d'une communauté universelle alors que l'un des époux ne réalise aucun apport.

de reprise des héritiers¹ et même si l'attribution intégrale comprenait des apports réalisés par le défunt, alors considérés comme des biens propres. L'arrêt Grégoire a conféré à la distinction une nouvelle autorité en repoussant ses frontières. Il a donc permis à l'avantage matrimonial de gagner du terrain. Pourtant, des requalifications libérales étaient encore envisageables par l'interprétation de la volonté des parties. Ainsi par exemple, une clause d'attribution intégrale de la communauté consentie dans une intention libérale a été qualifiée de libéralité², de même que le passage d'une communauté réduite aux acquêts à une communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au survivant, dans le cas où le mari, très âgé, décédait 3 jours après le changement de régime³.

7. L'émergence de la notion d'avantage matrimonial et de régime matrimonial.

Tout au long des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, la distinction généralisée opposant d'une part les donations entre époux et d'autre part les dispositions des communautés conventionnelles et du régime légal a favorisé l'émergence de la notion d'avantage matrimonial. Sa consécration légale s'est réalisée en deux étapes. La loi du 13 juillet 1965⁴ a codifié à droit constant l'unification réalisée par la jurisprudence. L'article 1527 nouveau réalise alors la synthèse des dispositions éparses antérieures. Le texte évoque pêle-mêle la distinction, l'action en retranchement et des éléments de définition de l'avantage matrimonial. Ce dernier peut pleinement devenir matrimonial, car la notion de régime matrimonial est définitivement adoptée. C'est avec la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce que l'avantage matrimonial a intégré le Code civil⁵. Le divorce est devenu, en plus du contexte successoral, la deuxième occasion d'évoquer les avantages réalisés par le prisme du régime matrimonial. Déjà la loi Naquet du 27 juillet 1884, qui a réintroduit le divorce, régissait le sort des avantages à cette occasion, sans pour autant les désigner comme « matrimoniaux ». C'est donc une fois la notion de « régime matrimonial » consacrée et la distinction élargie que l'avantage matrimonial put, en tant que tel, intégrer le Code civil à propos du divorce. Mais la question de sa définition n'est alors nullement été réglée. La persistance du malaise transparait dans la lettre même du nouvel article 1527 du Code civil. Celui-ci n'évoque que les « avantages », non les « avantages matrimoniaux ». En outre, il n'apporte aucun élément de définition supplémentaire et se contente de reprendre l'idée

¹ Cass. civ., 2 août 1899 : S. 1900, I, p. 233, note G. FERRON ; DP 1901, I, p. 433, note A. COLIN.

² Cass. civ., 3 avr. 1843 : S. 1843, I, p. 289 ; Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 1960 : Bull. civ. 1960, I, n° 468. Dans cette dernière décision, la qualification de donation déguisée est rejetée, mais la solution s'appuie sur l'analyse de la commune intention des parties, ce qui laisse supposer qu'une requalification en libéralité n'est nullement exclue par principe.

³ CA Colmar, 28 mars 1928 : DH 1929, II, p. 84, note H. DESBOIS. L'espèce se situait en Alsace, ce qui explique la possibilité d'un changement de régime à cette époque. La cour évoque un « testament déguisé » destiné à priver momentanément de sa réserve l'enfant commun du couple.

⁴ Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux.

⁵ Articles 267 et suivants anciens du Code civil.

de « *confusion du mobilier ou des dettes* » de l'ancien article 1496 et de remplacer la référence à « *toute convention* » par les « *clauses d'une communauté conventionnelle* ».

8. Des incertitudes persistantes. Dans une étude publiée il y a plus de trente ans, Madame SAUJOT écrivait : « *Il peut sembler présomptueux et vain en 1979 d'écrire un article sur les avantages matrimoniaux. Tout n'a-t-il pas déjà été dit (...) ?* ». S'il était possible alors d'émettre de telles craintes, que penser de la pertinence d'un travail de thèse en 2013 ? Que peut-on espérer d'un essai sur la distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux alors que les écrits d'éminents auteurs l'ont déjà abordée et, semble-t-il, conquise ? Sans doute davantage de précisions encore. Car en définitive, depuis deux siècles que dure le débat sur la nature juridique et la place des avantages matrimoniaux, aucune solution n'est parvenue à s'affirmer suffisamment pour réduire au silence les contradicteurs. Le contraste est saisissant : il semble que l'on sache tout ou presque des donations entre époux, mais que l'on ignore encore ce qu'est précisément un avantage matrimonial. Les difficultés liées à l'appréhension de la distinction demeurent vivaces, tant au niveau de l'opération de qualification qu'au stade de l'application du régime juridique. La clause d'exclusion des biens professionnels du calcul de la créance de participation est-elle un avantage matrimonial ? Comment évaluer l'avantage matrimonial pour opérer sa réduction, notamment en cas de changements successifs de régimes matrimoniaux ? Comment pallier l'absence de sanction contre l'époux meurtrier ? Pourquoi choisir une gratification par libéralité plutôt que par la voie du régime matrimonial ? Ce ne sont là que quelques exemples des nombreuses questions qui demeurent encore dépourvues de réponse définitive. Si tout a été dit, pourquoi tant d'incertitudes demeurent-elles ? Pourquoi de savantes études sont-elles encore menées¹ ? Sans doute parce que « *tant que législativement la notion même d'avantage matrimonial ne fera pas l'objet de plus de clarification, bien des incertitudes demeureront : c'est la difficulté d'identifier un avantage matrimonial qui est au cœur de la question et il est hautement souhaitable que soit posée une meilleure définition de l'avantage matrimonial* »². Celui-ci demeure donc une notion « *toujours discutée* »³. L'ingéniosité de la pratique notariale associée à la faveur grandissante qu'accorde le législateur à l'aménagement

¹ Pour des études récentes : E. ROUSSEAU, « De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 711 ; I. DAURIAC, « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 25 ; A. TISSERAND-MARTIN, « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial », in « Droit et actualité : études offertes à Jacques Béguin », Paris, Litec 2005, p. 753 ; B. BEIGNIER, « Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? », in « Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit », Litec 2009, p. 33.

² P. MURAT, « Les régimes matrimoniaux et les régimes « pacsioniaux » à l'épreuve de la rupture des couples », JCP N 2011, n° 1206.

³ S. DEVILLE, note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008, JCP N 2009, p. 1203.

conventionnel des relations patrimoniales rend plus que jamais indispensable la compréhension d'une distinction dont l'essence et la pertinence sont débattues depuis près de deux siècles.

9. Un contexte renouvelé. L'étude de la distinction est rendue nécessaire par l'évolution du droit patrimonial de la famille et de la pratique qui a vu émerger, depuis les années 1980, un renouveau de l'utilisation des contrats de mariage¹. La consécration de l'égalité de filiations a favorisé le contentieux en ouvrant la titularité de l'action en retranchement à tous les enfants qui ne sont pas issus des époux². Les lois du 26 mai 2004 et du 23 juin 2006 ont profondément réformé l'appréhension classique des donations entre époux, devenues par principe irrévocables lorsqu'elles portent sur des biens présents. La première de ces lois a consacré une nouvelle classification qui semble s'appliquer concurremment aux libéralités et aux avantages matrimoniaux. Les donations de biens présents et avantages matrimoniaux prenant effet au cours du mariage sont opposés aux donations à cause de mort et avantages matrimoniaux ne prenant effet qu'à la dissolution du régime matrimonial³. La seconde loi a simplifié la procédure de changement de régime matrimonial et affaibli le principe d'immutabilité. Le recours aux avantages matrimoniaux s'en trouve favorisé, ce qui œuvre au renouveau de la notion. La déjudiciarisation de la procédure « *fait de l'avantage matrimonial une technique de transmission très accessible* »⁴. En outre, le droit des libéralités consacre et promeut de nouvelles formes de disposer à titre gratuit : donations-partage, libéralités graduelles ou résiduelles, libéralités transgénérationnelles, etc⁵. Ce phénomène influe directement sur la concurrence entre les donations entre époux et les avantages matrimoniaux. Le droit successoral est également en renouveau. L'ordre public successoral recule et le Code civil favorise la liberté conventionnelle : renonciation anticipée à l'action en réduction et en retranchement, réduction en valeur par principe, mandat à effet posthume, multiplication des pactes successoraux autorisés, etc. Dans ce nouveau droit successoral, les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux sont à

¹ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, « Les régimes matrimoniaux », Paris, Defrénois, 2010, 3^{ème} éd., n° 700.

² Loi n° 2001-1135 du 3 déc. 2001, qui est rétroactive : cf. art. 25 II 2° ; Cass. 1^{ère} civ., 29 janv. 2002, n° 99-21.134, et n° 99-21.135 : *Juris-Data* n° 2002-012760 : *Bull. civ.*, I, n° 32 ; *D.* 2002, p. 1938, note A. DEVERS ; *JCP* 2002, I, 167, n° 12, obs. A. TISSERAND ; *ibid.*, 178, n° 8, obs. R. LE GUIDEDEC ; *Defr.* 2002, p. 692, obs. J. MASSIP ; *ibid.*, 1330, obs. G. CHAMPENOIS ; *Dr. Fam.* 2002, n° 45, obs. B. BEIGNIER ; *RJPF* 2002-5/24, note J. CASEY ; *PA* 11 juill. 2002, note M.-L. CICILE-DELFOSSÉ ; *ibid.*, 26 juillet 2002, note S. CHASSAGNARD ; *RTD Civ.* 2002, p. 278, obs. J. HAUSER ; *ibid.*, 347, obs. B. VAREILLE ; *ibid.*, 865, obs. J.-P. MARGUENAUD. Antérieurement, l'action était réservée aux enfants issus d'un précédent mariage : Cass. 1^{ère} civ., 8 juin 1982 : *Bull. I*, n° 214.

³ Art. 265 Cciv. Sur ce question : F. SAUVAGE, « Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux (à propos de la loi du 26 mai 2004 portant réforme du divorce) », *Defr.* 2004, n° 21, art. 38038, p. 1425.

⁴ I. DAURIAC, art. précit., p. 32.

⁵ V. notamment : F. SAUVAGE, « De la donation-partage graduelle ou résiduelle », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 771.

l'honneur, car ils se présentent avant tout comme des actes juridiques.

Les évolutions du droit de la famille justifient également une étude approfondie de la distinction. Depuis 1999, une nouvelle forme de conjugalité hors mariage a vu le jour et se rapproche progressivement de l'institution du mariage. Le pacte civil de solidarité connaît un indéniable succès. Quelle place pour les avantages matrimoniaux dans ce droit du couple qui favorise l'émergence d'une nouvelle concurrence ? En outre, le nombre croissant de divorces stimule les stratégies patrimoniales dont font l'objet les donations entre époux et les avantages matrimoniaux.

10. Les effets de la distinction. Le régime juridique est souvent l'enjeu des qualifications. La distinction de l'article 1527 du Code civil a pour effet de soustraire les avantages matrimoniaux aux règles gouvernant les donations entre époux. Ainsi ne sont-ils pas soumis, en principe, au rapport successoral et à la réduction pour atteinte à la réserve¹, ni assujettis à la perception de droits de mutation à titre gratuit² ou à l'imputation sur les droits légaux du conjoint survivant³. Ils ne sont pas soumis aux règles gouvernant l'indignité successorale, ni à la révocation des donations conjugales, notamment en cas d'ingratitude du bénéficiaire⁴. Ces conséquences rendent la distinction plus aisée à concevoir. Elle sépare deux notions qui ont chacune vocation à se voir appliquer des règles différentes. Elle en sort fortifiée, car ses enjeux pratiques sont ainsi révélés. Les effets de la distinction témoignent de son efficacité.

Mais il est des situations dans lesquelles avantages matrimoniaux et donations entre époux sont soumis à des règles identiques. Tel est le cas de l'action en retranchement⁵. Celle-ci constitue une action en réduction particulière⁶, applicable aux avantages matrimoniaux⁷. Il a pu être soutenu que la mise en œuvre de l'action en retranchement influait sur la nature même de l'avantage matrimonial qui, devenant pleinement une libéralité, autoriserait l'application de l'ensemble du

¹ Cass. req., 12 juill. 1842 : S. 1842, I, p. 679 ; Cass. civ., 21 mars 1859 : S. 1859, I, p. 761 ; Cass. civ., 16 déc. 1861 : S. 1862, I, p. 10 ; Cass. civ., 2 août 1899 : précit.

² Cass. civ., 8 mai 1854 : DP 1854, I, p. 184 ; Cass. civ., 7 avr. 1856 : DP 1856, I, p. 207 ; Cass. civ., 11 nov. 1873 : S. 1874, I, p. 36 ; T. civ. Lille, 27 déc. 1900 : S. 1903, II, p. 119 ; T. civ. Rhône, 17 déc. 1926 : JCP 1927, I, 642.

³ Cass. req., 3 févr. 1908 : DP 1908, I, p. 93 ; S. 1913, I, p. 516.

⁴ Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 1998 : Bull. civ. 1998, I, n° 146 ; JCP 1998, II, 10197, note C. PUIGELIER ; RTD Civ. 1998, p. 457, obs. B. VAREILLE ; *ibid.*, p. 882, obs. J. HAUSER ; Dr. Fam. 1998, n° 102, note B. BEIGNIER ; D. 1998, n° 37, p. 529, note J. THIERRY ; Defr. 1998, n° 12, p. 824, obs. G. CHAMPENOIS ; PA 10 mars 1999, note J.-G. MAHINGA.

⁵ Sur cette action, v. *infra*, n° 529 et s.

⁶ Cass. req., 20 avr. 1880 : DP 1880, I, p. 428 ; Cass. civ., 12 janv. 1915 : S. 1917, I, p. 434 ; DP 1917, I, p. 134. Sur cette question, v. *infra*, n° 531 et s.

⁷ L'alinéa 2 de l'article 1527 énonce : « *au cas où il y aurait des enfants qui ne seraient pas issus des deux époux, toute convention qui aurait pour conséquence de donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1094-I, au titre « Des donations entre vifs et des testaments », sera sans effet pour tout l'excédent ; mais les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants d'un autre lit* ».

régime juridique des donations conjugales¹. Cette interprétation extensive de la lettre du Code a été abandonnée dans un arrêt célèbre du 6 mai 1997, dit arrêt VIEILHOMME, qui a expressément limité les conséquences de la mise en œuvre de l'action en retranchement. Celle-ci n'influe nullement sur l'avantage matrimonial et ne réalise qu'un emprunt limité des règles libérales². Il n'en demeure pas moins qu'avantage matrimonial et donation entre époux sont alors soumis à une même règle. Or la tendance est à l'harmonisation du régime juridique des deux notions. Leur sort en cas de divorce est scellé sur des bases identiques depuis la loi Naquet du 27 juillet 1884. Si le système a été plusieurs fois réformé, il n'a jamais été distingué entre les avantages matrimoniaux et les donations entre époux. L'actuel article 265 du Code civil les régit selon une logique commune. La tendance à l'uniformisation du régime juridique se traduit également en matière de procédures collectives³ et s'accroît au gré des réformes des donations entre époux. Depuis la loi du 26 mai 2004, les donations de biens présents ne sont plus révocables *ad nutum*, ce qui les rapproche nettement des avantages matrimoniaux, soumis au principe d'immutabilité. La pertinence de la distinction paraît affaiblie. Quel est l'intérêt de distinguer deux notions, si elles sont par la suite soumises à des règles similaires ? L'harmonisation des régimes juridiques ne traduit-il pas une proximité naturelle des avantages matrimoniaux et des donations entre époux ? C'est en définitive l'efficacité de la distinction qui est ici menacée.

11. La nature de la distinction : distinction absolue et distinction relative. Le domaine d'application de la distinction fut variable. Au sein du Code Napoléon, la distinction était appréhendée de deux manières différentes. Les articles 1516 et 1525 du Code civil imposaient une distinction franche, visible. Les articles 1496 et 1527, en revanche, semblaient tirer les

¹ Cass. req., 25 juin 1912 : DP 1913, I, p. 173 rapp. F. BIROT-BREUILH ; S. 1914, I, p. 465 ; Cass. 1^{ère} civ., 18 janv. 1961 : Bull. civ. 1961, I, n° 45 : l'enfant du premier lit, en plus de pouvoir solliciter l'action en retranchement, doit pouvoir demander le rapport de la libéralité et l'imputation sur l'usufruit légal du conjoint survivant. En outre, « *en présence d'enfants d'un précédent mariage, les avantages matrimoniaux conférés par un époux à son conjoint sont présumés, de façon irréfragable, constituer des donations, en application du 2^{ème} alinéa de l'article 1527 du Code civil, que les enfants exercent ou non l'action en réduction que la loi leur confère* » : Doc. adm. DGI, 7 G-2122, n° 4, 20 déc. 1996. V. aussi : Sol. adm., 30 avr. 1932 : Ind. enr. n° 2316 ; Rép. min. : JOAN, 4 janv. 1975, p. 18 ; Rép. min. : JO Sénat Q, 21 oct. 1982, p. 4697 ; Defrénois 1983, art. 32990, p. 128.

² Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997 : Bull. civ. I, n° 146 ; R., p. 192 ; D. 1998, p. 303, note F. DEBOISSY ; JCP N 1997, 939, étude J. PIEDELIEVRE et 1533, note Ph. PELLETIER et P. APPREMONT ; JCP 1997, I, 4047, n° 20, obs. A. TISSERAND ; JCP 1998, I, 133, n° 10, obs. R. LE GUIDEC ; Defr. 1997, p. 1086, obs. G. CHAMPENOIS, et p. 1194, note A. CHAPPERT ; RTD Civ. 1998, p. 179, obs. B. VAREILLE ; Dr. fisc. 1997, n° 31-36, comm. 900, obs. J. PIEDELIEVRE. Cette solution a été entérinée dans une instruction fiscale : BOI 7 G-1-98. V. déjà CA Nancy, 25 févr. 1891 précitée : « *il ne faut voir dans le renvoi que les articles 1496 et 1527 font aux dispositions de l'article 1098 qu'un mot employé par le législateur pour fixer la mesure de ce que le conjoint d'un veuf ou d'une veuve pourra recevoir en sa qualité de commun en biens, et non une transformation quelconque de la nature même du titre de cet époux* ».

³ Article L. 624-8 du Code de commerce : « *le conjoint du débiteur qui, lors de son mariage, dans l'année de celui-ci ou dans l'année suivante, était agriculteur ou exerçait une activité commerciale, artisanale ou toute autre activité professionnelle indépendante, ne peut exercer dans la procédure de sauvegarde aucune action à raison des avantages faits par l'un des époux à l'autre, dans le contrat de mariage ou pendant le mariage. Les créanciers ne peuvent, de leur*

conséquences d'une distinction préexistante, dont l'évidence dispensait de tout énoncé. Il fallait prévoir une sanction spécifique pour l'atteinte à la réserve car l'action en réduction ne pouvait s'appliquer aux effets du régime légal et des conventions matrimoniales, différents des libéralités. Ce constat invite à préciser la notion de distinction, car celle-ci semble susceptible d'épouser plusieurs degrés. Madame IZORCHE écrit que la distinction est l'« opération préalable à l'établissement d'une relation quelconque entre deux sujets »¹. Ainsi, « *on ne peut envisager de relation (fût-ce une relation de ressemblance) entre deux objets si, au préalable, on ne les perçoit pas comme distincts* »¹. La conséquence de cette réalité est précieuse pour la compréhension de la notion de distinction. Qu'elle désigne une opération intellectuelle ou le résultat de cette opération, la distinction n'est pas une relation qui unit deux objets. Elle est antérieure à toute relation, qu'elle rend possible. Elle n'est donc nullement synonyme de différence. Elle n'est pas exclusive de la ressemblance des éléments qu'elle appréhende. Pourtant, c'est très souvent dans le sens d'une différenciation que le terme est utilisé. Il désigne donc parfois la relation de dissemblance elle-même.

En somme, la notion de distinction peut s'entendre dans deux sens qui ne sont nullement inconciliables. Dans une acception stricte, la distinction consiste à séparer deux objets fondamentalement différents. Elle est alors au service de la différence qu'elle révèle. Il est possible de la considérer comme absolue, car en plus de révéler les caractéristiques propres à chaque donnée, elle interdit toute assimilation. Dans cette idée, distinguer revient à différencier. À titre d'exemple, la distinction opposant les biens meubles et immeubles peut être désignée comme absolue. Non seulement chaque catégorie de biens dispose en principe de caractéristiques propres - l'un peut être déplacé, l'autre demeure fixe - mais ces caractères s'opposent également l'un à l'autre. Un bien ne peut pas être à la fois fixe et mobile : il ne peut être meuble et immeuble. Dans une seconde acception, la distinction est, plus largement, la détermination de seules données particulières qui caractérisent les éléments appréhendés. Elle ne préjuge pas de leur ressemblance ou de leur dissemblance. Si les deux objets ne sont pas assimilables par nature, ils peuvent potentiellement recouvrir une réalité commune. La distinction peut être qualifiée de relative, car ses conséquences ne sont pas déterminantes de la relation qui unit les notions. Dans cette idée, distinguer revient à isoler. Par exemple, la distinction entre les biens meubles et les biens corporels peut être qualifiée de relative. Elle met en exergue les caractéristiques propres de chaque catégorie de biens. Les premiers peuvent être déplacés et les seconds peuvent être physiquement appréhendés. Pour autant, un même bien peut à la fois être déplacé et physiquement appréhendé : il peut être meuble corporel.

côté, se prévaloir des avantages faits par l'un des époux à l'autre ».

¹ M.-L. IZORCHE, art. précit., n° 10 p. 56. Nous soulignons ce que l'auteur a mis en évidence par l'italique.

S'agissant de notre étude, la question peut être posée : la distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux est-elle relative ou absolue ? Prend-elle uniquement acte des caractéristiques de chaque espèce ou postule-t-elle, en sus, une frontière infranchissable ? Dans la première hypothèse, une même opération pourrait à la fois être qualifiée d'avantage matrimonial et de donation entre époux. Dans le second cas, elle ne serait susceptible d'être rattachée qu'à l'un ou l'autre. C'est donc la relation de la distinction à l'opération de qualification qui doit être analysée.

12. Une disqualification ? La qualification peut se définir comme une « *opération intellectuelle d'analyse juridique, outil essentiel de la pensée juridique consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut, acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte, par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement* »². Or la distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux ne réalise pas ce travail de classification. Elle ne rattache pas l'un ou l'autre des éléments considérés à une catégorie prédéfinie. L'article 1527 du Code civil semble même faire le contraire et postuler une exclusion des avantages matrimoniaux de la catégorie des donations entre époux. Il opèrerait donc une « disqualification ». Si le terme peut désigner l'opposé de la qualification, il est rarement employé en droit dans un sens général. Dans le langage courant, la disqualification désigne le discrédit, le déshonneur, la dégradation, la perte³. Souvent employée dans les disciplines sportives, elle est la sanction d'un comportement répréhensible et devient synonyme d'exclusion⁴. En droit pénal, le vocable est utilisé pour désigner une « *espèce de requalification consistant (...) à écarter le rattachement d'un fait délictueux à une catégorie d'infraction pour opérer son rattachement à une catégorie moins grave* »⁵. Cette acception de la disqualification implique une requalification. Mais ce n'est pas ainsi que nous l'entendons. Nous souhaitons conférer au terme une portée plus générale, par symétrie avec la notion de qualification. La disqualification paraît être le mécanisme qui exclut l'élément considéré d'une catégorie juridique déterminée. Pour autant, exclure implique de pouvoir inclure. Il n'est pas possible de disqualifier celui qui ne peut ni ne veut être de la partie. Ainsi, l'article 1527 du Code civil ne réaliserait pleinement une disqualification que si l'avantage matrimonial était, par nature, susceptible de s'inscrire dans la catégorie des donations entre époux. Dans le cas contraire, il opèrerait plutôt une « non-

¹ *Ibid.*

² G. CORNU, *op. cit.*, v° *Qualification*.

³ Source : Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL) : www.cnrtl.fr, v° *Disqualification*.

⁴ Nous songeons notamment au fameux « carton rouge » dans un match de football.

⁵ G. CORNU, *op. cit.*, v° *Disqualification*. L'exemple typique est la correctionnalisation, qui consiste à poursuivre comme un délit une infraction susceptible d'être qualifiée de crime.

qualification ». Est-ce le cas ? Il est certain que l'article 1527 du Code civil ferme aux avantages matrimoniaux la porte des donations entre époux, mais ne lui en ouvre aucune autre. Fruit de l'appréhension par la doctrine et la jurisprudence de la distinction imposée par la loi, la notion d'avantage matrimonial n'est nullement rattachée à la moindre catégorie juridique connue et ne bénéficie d'aucune définition précise.

13. La délicate appréhension de l'avantage matrimonial. Monsieur le doyen VAREILLE a écrit que l'idiotisme des avantages matrimoniaux déconcerte la doctrine¹. Même si la notion a été façonnée par la jurisprudence et la doctrine pour étendre le domaine d'application de la distinction légale, aucun consensus n'a jamais été trouvé sur sa définition précise. Les termes de l'article 1527 du Code civil ne sont guère éclairants, notamment en raison de leur trop grande précision. D'une part, la « *confusion du mobilier ou des dettes* » est une formulation inédite et maladroite que l'on peine à rattacher à une dimension matérielle ou juridique. D'autre part, les « *clauses d'une communauté conventionnelle* » reflètent la prédominance de l'idée communautaire au sein des régimes matrimoniaux et négligent la liberté des conventions matrimoniales qui permet aux époux d'adopter d'autres modes d'organisation. La jurisprudence y voit plus largement un profit résultant du seul fonctionnement du régime matrimonial² mais sans omettre de se référer à la lettre de l'article 1527 du Code civil. Malgré l'absence de consensus, chacun semble avoir instinctivement une idée sur la question. Les définitions proposées par la doctrine sont plus ou moins précises et semblent dépendre fortement de la conception personnelle du régime matrimonial lui-même. Ainsi pour le doyen CARBONNIER, qui percevait le régime matrimonial comme une société, les avantages matrimoniaux sont les « *enrichissements résultant au profit d'un époux et à l'encontre de l'autre du seul fonctionnement du régime matrimonial adopté* »³. Pour d'autres, il s'agit plus spécifiquement d'un « *gain pécuniaire, appréciable en argent, représentant dans le patrimoine de son bénéficiaire une valeur économique* »⁴. Monsieur LUCET évoque pour sa part un « *profit résultant du fonctionnement de dispositions du régime matrimonial qui écartent les règles participant, dans chaque régime de référence, à la répartition des richesses* »⁵. Chacun s'accorde à penser que l'avantage matrimonial

¹ B. VAREILLE, note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 1998 : RTD Civ. 1998, p. 457 et RTD Civ. 1997, p. 207.

² V. notamment : Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008, n° 07-19.348 : Juris-Data n° 2008-046078 ; JCP 2009, I, 140, n° 17 obs. A. TISSERAND ; JCP N 2009, 1203, note S. DEVILLE ; D. 2009, AJ 1998, obs. V. EGEEA ; *Ibid.*, pan. 2513, obs. J. REVEL ; Defr. 2009, p. 1605, art. 38987-3, note B. VAREILLE ; RDC 2009, p. 1169, obs. Cl. GRARE-DIDIER ; AJ Fam. 2009, 84, obs. F. BICHERON ; RTD Civ. 2009, n° 3 p. 564, note M. GRIMALDI ; Dr. Fam. 2009, n° 4, p. 43, B. BEIGNIER comm. 46 ; RJPF 2009, n° 2 p. 20, note F. VAUVILLÉ ; RLDC 2009, n° 57, p. 57 et p. 59, note C. LE GALLOU.

³ J. CARBONNIER, « Le régime matrimonial ; sa nature juridique sous le rapport de société et d'association », thèse Bordeaux, 1932, p. 665.

⁴ G. CORNU, « Les régimes matrimoniaux », Paris, PUF, 1977, 2^{ème} éd., p. 550.

⁵ F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987, p. 761 proposition récurrente n° 10.

doit provenir du régime matrimonial¹ et consister en un gain économique. Toutefois, HÉBRAUD avait une conception extensive qui incluait toute convention sur laquelle le régime matrimonial étend son empire, ce qui impliquait les clauses de tontine et les pactes sociaux entre époux².

Les définitions proposées ne permettent pas de résoudre tous les conflits de qualification. Ainsi en est-il de la clause de prélèvement moyennant indemnité qui permet à l'un des époux de prélever dans la masse commune, au décès de l'autre, un bien en acquittant son prix. Si, en valeur, aucun profit n'est créé par l'opération, il n'en demeure pas moins qu'une faveur a été consentie à l'un seulement des époux³. La Cour de cassation a d'ailleurs estimé, dans un arrêt du 16 décembre 1925, qu'une telle clause devait se voir appliquer la distinction de l'article 1525 alinéa 2 du Code civil, donc être considérée comme une « *convention de mariage et entre associés* », c'est-à-dire un avantage matrimonial⁴. De même, s'est posée la question de savoir si la clause dite « alsacienne », par laquelle les époux reprennent, au divorce, les apports réalisés à la communauté, devait s'analyser en un avantage matrimonial. La jurisprudence n'a pas retenu cette solution⁵, mais le débat n'est pas clos pour autant. N'y a-t-il pas enrichissement d'un époux procédant du régime matrimonial⁶ ? Encore plus incertaine est la qualification des clauses qui, en régime de participation aux acquêts, excluent les biens professionnels du calcul de la créance de participation⁷. La compréhension de l'avantage matrimonial s'avère pourtant nécessaire car l'efficacité de la distinction en dépend directement.

14. Un étalon de mesure. Les praticiens ont déduit de l'alinéa 2 de l'article 1527 du Code civil que le régime légal de communauté réduite aux acquêts n'est pas susceptible de créer des avantages matrimoniaux et qu'il doit servir d'étalon de référence pour leur

¹ V. également la définition proposée par POL-ROBET : « *Bénéfices qui résultent pour un époux du régime choisi* » : POL-ROBERT, « De la nature juridique des avantages matrimoniaux », thèse Nancy, 1914 p. 3.

² P. HÉBRAUD, « Des contrats passés entre un futur « de cujus » et son héritier présomptif », in « Mélanges offerts à René Savatier », Dalloz, 1965, p. 341 et s., spé. p. 256. Cette conception a été désapprouvée par la jurisprudence. V. par exemple s'agissant de la tontine : Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 1959 : Bull. civ. I, n° 66 ; D. 1960, p. 592, note E.-S. DE LA MARNIÈRE ; JCP 1960, II, 11823, note P. VOIRIN ; RTD Civ., 1960, p. 692, obs. R. SAVATIER.

³ Il s'agirait dès lors d'un avantage révocable en cas de divorce. En ce sens : A. TISSERAND-MARTIN, art. précit., p. 755 et s. ; F. LUCET, « L'avantage matrimonial. Retranchement ou révocation », étude sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1990 : JCP N, 1992, I, 145, spé. n° 9 et s. ; G. CORNU, « Les régimes matrimoniaux », PUF, 9^{ème} éd., 1997, n° 106 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, « Droit civil : les régimes matrimoniaux », Paris, Dalloz, 2011, 6^{ème} éd., n° 762 ; M.-C. JOUVENET, « Des clauses dérogeant à l'égalité en nature du partage de la communauté conjugale », JCP N 1981, I, p. 341. *Contra* : Ch. AUBRY et Ch. RAU, « Droit civil français », 7^{ème} éd. par A. PONSARD, t. VIII, Litec, 1973 par A. PONSARD, n° 350 ; Cass. 1^{ère} civ., 7 juill. 1971 : Bull. civ. 1971, I, n° 230 ; D. 1972, p. 294 ; Defr. 1972, p. 549, obs. J.-L. AUBERT.

⁴ Cass. civ., 16 déc. 1925 : DP 1927, I, p. 5, note H. CAPITANT ; S. 1926, I, p. 169, note H. VIALLETON. V. également : Cass. civ., 7 avril 1856 : DP 1856, I, p. 207 ; CA Paris, 11 déc. 1924 : DP 1925, II, p. 39.

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 2010, n° 09-68.292 : JCP 2011, chron., n° 1 p. 60 ; *ibid.*, n° 17 p. 829 ; RJPF 2011, n° 2 p. 18, note F. VAUVILLÉ ; RLDC 2011, n° 79, p. 54, note J. GALLOIS ; D. 2011, n° 5, p. 351, note V. BONNET ; *ibid.*, chron. n° 9, p. 622 ; Gaz. Pal. 2011, n° 35, p. 48, note J. CASEY ; *ibid.*, n° 35, p. 21, note A. SAPORITO ; Defr. 2011, chron. n° 8, p. 817 ; JCP N 2011, n° 19, p. 37, note J. MASSIP.

⁶ V. *infra*, n° 412, n° 434 et n° 489 et s.

⁷ V. *infra*, n° 440.

détermination. Celle-ci se réalise donc au moyen d'une double liquidation : celle du régime réellement choisi par les parties et celle, fictive, qui aurait eu lieu si les époux étaient unis sous le régime légal. Il en ressort que l'avantage matrimonial consiste en un gain pécuniairement appréciable, perçu par un époux en qualité de copartageant. Ce système est loin d'être satisfaisant. Il réalise une interprétation extensive de l'article 1527 et exclut des avantages matrimoniaux de nombreux bénéfiques produits par le régime matrimonial, tels ceux procédant d'une société d'acquêts¹, d'une participation aux acquêts et du régime légal lui-même.

Il est de plus en frontale contradiction avec la jurisprudence, qui considère que le régime de séparations de biens ne produit aucun avantage matrimonial². Si la définition de l'avantage se fonde sur un étalon de mesure, tout ce qui s'écarte du modèle doit être considéré comme source de profit. Retenir le régime légal comme étalon revient à exiger un certain degré de participation de l'un aux richesses créées par l'autre, puisque les gains et salaires ainsi que les fruits et revenus des biens propres sont par principe communs. Deux conséquences sont attachées à cette désignation. D'une part, la participation « minimale » n'est pas qualifiée d'avantage matrimonial et n'est donc concernée ni par la distinction de l'article 1527 du Code civil, ni par l'action en retranchement. D'autre part, déroger à ce minimum participatif serait profitable à celui des époux qui aurait dû y contribuer le plus : ne pas avantager autrui revient alors à s'avantager soi-même. Donc la séparation de biens devrait être perçue comme source d'avantage. Ainsi, choisir le régime légal comme étalon tout en niant l'existence d'avantages matrimoniaux en séparation de biens aboutit en réalité à adopter deux étalons de mesure, ce qui discrédite complètement le mécanisme.

En outre, le système de l'étalon nécessite d'effectuer une appréhension globale du régime matrimonial, ce qui implique d'attendre son dénouement. Seule la liquidation du régime révélerait l'avantage matrimonial. Cette méthode ne permet pas de comprendre la nature d'une clause particulière du régime. Elle est inapte à déterminer si la clause d'exclusion des biens professionnels du calcul de la créance de participation est ou non un avantage matrimonial. En outre, l'étalon fait de l'avantage un profit retiré par un époux en qualité de copartageant. Ainsi, la définition communément admise de l'avantage matrimonial est celle d'un « *profit procuré, en qualité de copartageant, à l'un des époux et résultant du fonctionnement du régime matrimonial* »³. Mais cette acception retreint nécessairement la notion d'avantage matrimonial et le champ d'application de la distinction. L'avantage n'existerait qu'une fois le mariage dissout. Or l'apport d'un bien à la masse commune crée un avantage au jour où il est réalisé. Il ne dépend pas de la liquidation du régime. La clause dite d'ameublement n'attend pas la liquidation pour

¹ Il a été depuis longtemps reconnu en jurisprudence que l'adoption d'un tel régime peut générer des avantages matrimoniaux : Cass. req., 13 avr. 1858 : S. 1858, I, p. 426 ; DP 1858, I, p. 406.

² Cass. 1^{ère} civ., 22 janv. 1991 précit.

³ F. LUCET, *op. cit.*, n° 432.

produire ses effets, ni pour se révéler. Elle est pourtant considérée par la jurisprudence comme un avantage matrimonial¹. Une telle conception a été légalement discréditée par la loi du 26 mai 2004 portant réforme du divorce. En souhaitant pacifier le divorce et préserver ses effets de toute logique punitive, le nouvel article 265 du Code civil a opéré une distinction nouvelle qui reconnaît expressément l'existence d'avantages matrimoniaux avant la liquidation du régime matrimonial : « *Le divorce est sans effet sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage...* ».

En réalité, la notion d'avantage matrimonial est bien plus souvent explicitée à travers des exemples pratiques qu'au moyen d'une définition théorique². Sont ainsi communément reconnus comme tels la clause de prélèvement sans indemnité (le préciput), la clause partage inégal³, la clause d'attribution intégrale de la communauté au profit du conjoint survivant⁴ et la communauté conventionnelle lorsque les apports respectifs des époux sont déséquilibrés⁵. À partir de ces exemples simples, la notion d'avantage matrimonial paraît aisée à concevoir. Mais « *en raisonnant sur le cas le plus fréquemment rencontré, dans le cadre rassurant de l'habitude, on finit par oublier qu'il existe des marges, et (...) c'est précisément là, sur les marges, qu'il y a matière à réflexion* »⁶.

15. Les débats sur la distinction. La problématique des donations entre époux et des avantages matrimoniaux n'est pas nouvelle. Elle est même une question classique en droit patrimonial de la famille. Pourtant, la distinction a rarement été étudiée en tant que telle. C'est plutôt la nature gratuite ou onéreuse de l'avantage matrimonial et sa définition précise qui ont intéressé la doctrine. Les débats menés depuis le XIX^{ème} siècle se structurent autour de quatre écoles de pensée. La première tendance considérait l'avantage matrimonial comme ayant une nature duale, parfois gratuite, parfois onéreuse. Alors que la distinction n'était pas encore généralisée à tous les avantages issus du régime matrimonial, dominait l'idée que l'avantage matrimonial est par nature gratuit mais que, par faveur pour les époux, le législateur les considère

¹ F. LUCET, étude précit.

² V. par exemple : Cl. BRENNER, « Notion et évaluation des avantages matrimoniaux », Actes prat. strat. pat., avril-mai-juin 2008, p. 51, n° 11, spé. n° 23 et s.

³ Cass. 1^{ère} civ., 11 juin 1958 : JCP 1958, IV, 111 ; Cass. 1^{ère} civ., 20 nov. 1958 : JCP 1960, II, 11383, note P. VOIRIN ; RTD Civ. 1959, p. 353, obs. R. SAVATIER ; CA Lyon, 6 mars 1961 : Gaz. Pal. 1961, II, p. 190.

⁴ Cass. 1^{ère} civ., 27 mars 2007, n° 05-14.910 : Bull. civ. I, n° 136 ; RLDC 2007, n° 38, p. 57, note F. LEANDRI : la Cour affirme dans cet arrêt que la clause d'attribution intégrale de la communauté est nécessairement un avantage matrimonial, dispensant ainsi les parties d'en rapporter la preuve.

⁵ En ce sens : Cass. civ., 16 déc. 1975 : Defr. 1976, art. 31284, note G. MORIN ; Cass. 1^{ère} civ., 19 oct. 1983 : Bull. civ. 1983, I, n° 240 ; JCP 1983, IV, 356 ; D. 1984, p. 229, note J. MASSIP ; *ibid.*, IR, p. 173, obs. A. BÉNABENT ; Gaz. Pal. 1984, II, pan. p. 186, obs. M. GRIMALDI.

⁶ M.-L. MATHIEU-IZORCHE : « Une troisième personne bien singulière ou « 2+1 = tout autre chose » », RTD Civ. 2003, p. 51, spé. p. 56.

parfois fictivement comme des actes onéreux¹. Un argument historique était invoqué au soutien de cette théorie. L'article 1496 du Code civil serait le descendant d'une pratique jurisprudentielle de l'Ancien Régime consistant à élargir aux bénéficiaires issus de la communauté l'interdiction faite aux veuves par l'Édit de secondes noces de 1560 de donner au-delà de la quotité disponible². L'assimilation aurait été réalisée naturellement, en raison de l'identification de ces profits à des libéralités³. L'arrêt Grégoire a marqué le déclin de cette théorie qui se fondait sur une interprétation stricte de la fiction d'onérosité. C'est alors la théorie de la présomption d'onérosité qui a dominé. Comme le précédent, ce courant reconnaît la nature duale de l'avantage matrimonial, mais estime que celle-ci est fondée sur une présomption. L'article 1527 du Code civil poserait comme principe une présomption irréfragable d'onérosité des avantages matrimoniaux et comme exception une présomption irréfragable de gratuité en présence d'enfants qui ne seraient pas issus des époux⁴. Dans cette conception, l'application du régime détermine ni plus ni moins la nature de l'avantage matrimonial. Depuis l'arrêt VIEILHOMME du 6 mai 1997, cette vision n'est plus défendable⁵ car la Cour de cassation refuse de voir dans la mise en œuvre de l'action en retranchement une mutation de l'avantage matrimonial. C'est alors une troisième conception qui a pu s'imposer et qui domine encore aujourd'hui. La nature de l'avantage matrimonial serait unitaire et onéreuse⁶. Si certains évoquent encore aujourd'hui une présomption d'onérosité, nul ne défend plus l'existence d'une seconde présomption qui ferait de l'avantage un acte gratuit. La jurisprudence ne s'est jamais clairement prononcée sur la question, mais elle n'a pas non-plus désavoué les tenants d'une nature onéreuse unique. Cependant, une quatrième théorie a été proposée et séduit de plus en plus de commentateurs. L'avantage matrimonial ne serait ni gratuit ni onéreux car il serait, par nature, insusceptible de s'inscrire dans le cadre de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux. Cette théorie a été systématisée par Monsieur

¹ En ce sens : G. BAUDRY-LACANTINERIE, J.-B. LE COURTOIS et F. SURVILLE, « Traité théorique et pratique de droit civil », 3^{ème} éd., 1905-1909, t. II, n° 1450 ; M. PLANIOL, note sous CA Nancy, 25 févr. 1891 : DP 1891, II, p. 353 ; G. DEGAND, « Des conventions modificatives du partage de la communauté entre époux », thèse Paris 1916.

² En ce sens, R.-J. POTHIER, « Traité du contrat de mariage », Paris, 1771 chez de Bure, et Orléans : chez la Veuve Rouzeau-Montaut, n° 549 : « *Non seulement les donations formelles sont sujettes à la réduction de l'Édit, mais encore les avantages qui se trouvent enfermés dans les conventions ordinaires de mariage* » cité par Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, n° 701.

³ V. sur ce point : M. PLANIOL, note précitée.

⁴ En ce sens : A. PONSARD, « Les donations indirectes en droit civil français », thèse Dijon 1946 ; J. FLOUR, « Cours de droit civil », 1966-1967, 4^{ème} année de licence, « Cours du droit », p. 835 et s. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, « Traité pratique de droit civil français », t. IX, par M. NAST, Paris, LGDJ, 1927, n° 973 ; L. JOSSERAND, « Cours de droit civil positif français », t. III, 3^{ème} éd., 1940, n° 695 et s.

⁵ V. cependant, évoquant un renversement de la qualification onéreuse de l'avantage matrimonial : Cl. BRENNER, art. précit., n° 9, p. 52.

⁶ En ce sens : J. CARBONNIER, « Le régime matrimonial : sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association », thèse, Bordeaux, 1932, p. 751 et s. ; G. CORNU, « Les régimes matrimoniaux », PUF, 1984, 4^{ème} éd., p. 620 ; C. SAUJOT, « Les avantages matrimoniaux (Notion, Nature juridique) », RTD Civ. 1979, p. 699 ; Ph. RÉMY, note sous CA Paris, 21 avril 1982, D. 1983, p. 227 ; M.-C. RONDEAU-RIVIER, « Le remariage », thèse Lyon 1981, n° 302 ; A. HOUGLARD, « La notion de régime matrimonial », thèse Toulouse,

LUCET dans ses travaux de thèse en 1987¹, mais d'autres auteurs avaient déjà évoqué l'idée d'une nature *sui generis*².

Si nul n'a semblé véritablement s'intéresser à la distinction en tant que telle, les différentes perceptions de la notion en reflètent une certaine conception. La distinction est tantôt perçue comme une évidence naturelle, tantôt comme une présomption ou une fiction.

16. Le fondement de la distinction : une évidence naturelle ? Les tenants d'une nature unique de l'avantage matrimonial ont en commun de considérer que la distinction procède d'une évidence naturelle et que l'article 1527 du Code civil opère un simple rappel. Qu'ils envisagent l'avantage matrimonial comme purement onéreux ou *sui generis*, ils nient son aptitude à revêtir une dimension gratuite et donc à épouser les traits catégoriques de la donation. Pourtant, ces auteurs n'expliquent nullement en quoi l'avantage matrimonial ne peut revêtir les habits libéraux. La libéralité se caractérise par deux éléments : un déséquilibre économique (élément matériel) et une intention libérale (élément moral). L'avantage matrimonial est-il inapte à rassembler ces deux exigences ? Seule la démonstration d'une absence de déséquilibre économique ou d'intention libérale peut fonder l'existence d'une exclusion naturelle du domaine libéral. Et quand bien-même il serait démontré que l'avantage matrimonial ne peut être une libéralité, encore faut-il expliquer pourquoi il est banni de la sphère gratuite en général.

Des éléments concrets invitent à douter de cette évidence naturelle. Si la réalité est à ce point percutante, pourquoi le législateur s'est-il empressé de la spécifier ? Pourquoi a-t-il entériné, par la loi du 13 juillet 1965, une extension de cette distinction ? Aucun texte n'interdit l'assimilation entre le prêt à usage et la prestation de service, entre un créancier et un débiteur, entre une chose et une personne juridique, entre un acte et un fait juridique. Ces distinctions évidentes n'impliquent aucun rappel législatif. En réalité, il est des situations dans lesquelles la différence entre les effets du régime matrimonial et les donations entre époux se conçoit aisément. Tel est le cas lorsque l'on compare la mise en commun des richesses et le transfert direct de propriété par donation entre vifs. Mais, dans d'autres hypothèses, les deux données semblent identiques et l'on peine à comprendre ce qui les différencie véritablement. C'est l'hypothèse d'une clause d'attribution intégrale de la communauté universelle au conjoint survivant³, si

2008, p. 86.

¹ F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987.

² En ce sens : Ch. CROIZAT, « La notion d'avantage matrimonial », *Rev. Crit.* 1928, p. 151, n° 12 ; J. CHAMPEAUX, « Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français », thèse Strasbourg 1931, p. 237 ; P. HÉBRAUD, art. précit., p. 259 ; R. SALEILLES, « Une interprétation vaudoise d'une disposition du Code civil français », *RTD Civ.* 1914, Fasc. Supplémentaire, p. 1, n° 12 ; H. MEAU-LAUTOUR, « La donation déguisée en droit privé français. Contribution à l'étude générale de la donation », thèse Paris II 1983, LGDJ 1985, p. 79 ; B. BEIGNIER, art. précit., spé. p. 38.

³ Lorsqu'elle est assortie d'une exclusion de la faculté de reprise des héritiers, conformément à l'article 1525 al. 2 du Code civil.

semblable à une donation universelle au dernier vivant. Toutes deux sont réciproques, se dénouent au décès, portent sur l'universalité du patrimoine conjugal et procèdent d'un souci de protection du survivant. La distinction ne semble pas relever de l'évidence. D'autant que régime matrimonial et donation entre époux peuvent emprunter un vecteur commun et coexister au sein du contrat de mariage. En outre, il apparaît souvent que la qualification en avantage matrimonial est liée à la dimension gratuite¹. Ainsi, par exemple, la clause de préciput, autrement dénommée clause de prélèvement à titre gratuit, est fréquemment citée comme exemple d'avantage matrimonial et bénéficiait, dès 1804, d'une distinction d'avec les donations entre époux. En revanche, la clause dit commerciale, de prélèvement à titre onéreux n'est pas perçue comme un avantage matrimonial, à moins que l'indemnité versée ne corresponde pas à la valeur du bien, donc que se réalise un avantage... gratuit². L'onérosité semble chasser la qualification en avantage matrimonial et la gratuité paraît la favoriser. Le régime juridique auquel est parfois soumis l'avantage matrimonial plaide également en ce sens : « *jamais on ne révoque, ni on ne réduit un acte à titre onéreux* »³. Si la gratuité de l'avantage matrimonial n'est nullement acquise, il convient au moins d'admettre que la notion est suffisamment proche de la gratuité pour inviter à une légitime interrogation sur sa nature réelle.

17. Le fondement de la distinction : une présomption juridique ? Si la vision de la distinction reposant sur une double présomption irréfragable a reculé depuis l'arrêt VIEILHOMME du 6 mai 1997, l'idée domine encore en doctrine que l'article 1527 du Code civil édicte une présomption d'onérosité. Pourtant cette conception implique de reconnaître au préalable l'existence d'un doute sur la nature réelle de l'avantage matrimonial. La présomption aurait pour objectif principal de dépasser ce doute et d'énoncer une vérité juridique qui seule devrait tenir lieu de loi. Mais qu'est-ce qu'une présomption ? La loi et la doctrine la définissent comme une « *conséquence que la loi ou le juge tire d'un fait connu (...) à un fait inconnu (...) dont l'existence est rendue vraisemblable par le premier* », un « *procédé technique qui entraîne, pour celui qui en bénéficie, la dispense de prouver le fait inconnu* »⁴. Elle peut également désigner une « *supposition de départ* », une « *vérité admise jusqu'à preuve du contraire* »⁵. Si la définition

¹ En ce sens : F. TERRÉ et Ph. SIMLER, « Droit civil : les régimes matrimoniaux », Paris, Dalloz, 2011, 6^{ème} éd., n° 763 : « *le plus souvent, le motif déterminant est l'avantage gratuit procuré à l'un des époux* ».

² En ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 1991 : D. 1992, somm., p. 224, obs. M. GRIMALDI ; Defr. 1993, art. 1080, note G. CHAMPENOIS ; CA Paris, 21 avr. 1982 : D. 1983, p. 227, note Ph. RÉMY ; JCP 1983, 325 ; JCP N 1984, II, 200 ; Journ. not. 1982, art. 56870, p. 1435, obs. crit. A RAISON. De même, la clause de déclaration de propre qui empêche, par dérogation au régime choisi, l'inclusion d'un bien dans la masse commune n'est pas considérée comme un avantage matrimonial si la communauté est indemnisée à hauteur de sa perte, donc en l'absence de gratuité : Cass. 1^{ère} civ., 7 juill. 1971 : Bull. civ. 1971, I, n° 230 ; D. 1972, p. 294 ; Defr. 1972, p. 549, obs. J.-L. AUBERT

³ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, n° 711.

⁴ G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », association Henry Capitant, PUF 2000, 8^{ème} éd., v° *Présomption*, 1^{ère} définition. Cette définition correspond à celle édictée par l'article 1349 du Code civil.

⁵ G. CORNU, *op. cit.*, v° *Présomption*, 2^{ème} définition.

exacte soulève quelques débats¹, des caractéristiques propres à la notion peuvent déjà nous guider dans la recherche d'une réponse adéquate. La présomption suppose un lien entre deux faits, dont l'un est connu et l'autre inconnu. Or, s'agissant de la distinction qui nous intéresse, il est difficile de comprendre où se situe le fait connu. Sans doute dans la provenance de l'avantage : une communauté conventionnelle ou la confusion du mobilier ou des dettes. Mais si l'avantage matrimonial est lui-même une notion incertaine et si le législateur n'en a pas clairement précisé la teneur, comment pourrait-il tenir lieu de fait « connu » ? La présomption part d'une certitude et aboutit à une supposition. Or aucune certitude ne peut être trouvée au sein de cette donnée fluctuante, fuyante et abstraite qu'est l'avantage matrimonial.

En outre, il est incontestable que la présomption relève du domaine probatoire. Elle est la consécration d'un soupçon qu'il est difficile de démontrer. Tel ne semble pas être le cas de l'article 1527 du Code civil, qui se présente plutôt comme une règle de fond agissant sur l'opération de qualification d'une manière générique. D'ailleurs, les tenants de la présomption d'onérosité la jugent irréfragable², ce qui rend très poreuse la distinction d'avec une disposition de fond³. Mais surtout, la présomption tend inexorablement vers la vérité. Elle ne lui correspond pas nécessairement, ce qui explique que les présomptions dites simples autorisent la preuve contraire. Mais elle s'y dirige. Elle exprime ce qui est considéré comme vrai. On ne peut donc soutenir que la distinction de l'article 1527 du Code civil est issue d'une présomption sans avoir au préalable sondé la véracité de son affirmation. Pour défendre l'idée que la distinction relève d'une présomption, il faudrait démontrer une incompatibilité récurrente entre les avantages matrimoniaux et les traits catégoriques libéraux.

18. Le fondement de la distinction : une fiction juridique ? La notion de fiction juridique a bien plus intéressé la doctrine que la présomption⁴. Elle se présente en règle générale comme un « *artifice de technique juridique (en principe réservé au législateur souverain) consistant à « faire comme si », à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un*

¹ C. QUETAND-FINET, « Les présomptions en droit privé », thèse Paris I, LGDJ 2013.

² En ce sens : CA Paris, 30 nov. 1910 : DP 1915, II, p. 9, note P. De LOYNES ; Cass. 1^{ère} civ., 10 févr. 1965 : Bull. civ. I, n° 117, p. 88. Une présomption est dite irréfragable lorsqu'elle n'admet pas la preuve contraire (article 1352 du Code civil). Tel était par exemple le cas des présomptions d'interposition de personne édictées au sein de l'ancien article 1100 du Code civil : Cass. 1^{ère} civ., 15 févr. 1961 : Bull. civ. I, n° 104. Les présomptions irréfragables tendent à disparaître du code civil.

³ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, n° 712.

⁴ Sur la question, v. notamment : L. LECOQ, « De la fiction comme procédé juridique », thèse Paris 1914 ; R. DEKKERS, « La fiction juridique : étude de droit romain et de droit comparé », thèse 1935 ; Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), « Les présomptions et les fictions en droit », Bruxelles, E. BRUYLANT Travaux du centre national de recherche de logique, Etablissement Emile Bruylant, 1974 ; « La fiction », in « Droits, Revue française de théorie juridique, n° 21, PUF 1995 ; contributions : O. CAYLA, Y. THOMAS, S. S. PAULSON, C. HANNOUN, L. JAUME, Y.-Ch. ZARCA, A. SCHÜTZ, G. ZACCARIA, D. BARANGER, et P. NAPOLI.

effet de droit »¹. Issue du verbe latin *finco, fingere*, qui signifiait originellement « modeler dans l'argile », puis « feindre »², la fiction est un procédé juridique connu. Elle est une déviation, une inadéquation... mais par rapport à quoi ? L'élément dont s'éloigne la fiction est au cœur de sa définition. Pour certains, la fiction consiste à s'écarter de la logique juridique³. Pour d'autres, l'élément de définition est la réalité. Selon Madame LEROYER, la fiction serait ainsi « *un procédé de logique juridique consistant à affirmer ou à nier, en méconnaissance de la réalité juridique, l'existence d'éléments de fait ou de droit* »⁴. Cette dernière conception emporte l'adhésion. Pour Madame COSTA, qui a systématisé la fiction juridique en droit administratif, la vérité singularise la fiction juridique⁵ et la réalité la définit⁶. Tel est le cas de la fiction relative à la rétroactivité des conditions qui modèlent l'obligation juridique⁷, ou encore des adages « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodo ejus agitur* »⁸ et « *qui mandat dictatur ipse vere facere* »⁹. L'idée de fiction est consubstantielle au droit¹⁰. Elle y « consacre le règne du « *comme si* » »¹¹ et se fonde « *sur une méconnaissance volontaire de la réalité* »¹². Elle a pour fonction de permettre ou d'empêcher l'application d'une règle de droit. Son utilité dans le système juridique est indéniable.

S'agissant de notre étude, rien ne semble pouvoir exclure la vision de la distinction de l'article 1527 du Code civil comme relevant d'une fiction. Au contraire, l'exclusion de principe du régime juridique des donations correspond parfaitement aux objectifs de toute fiction. Dans ses conséquences, la fiction « *tend à corriger une possible inadéquation des règles aux situations qu'elles devraient gouverner. En effet, la détermination non fictive d'une catégorie peut entraîner l'application d'une règle qui s'avère injuste, inopportune ou simplement inadaptée au cas considéré* »¹³. Les effets de la distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux révéleraient ainsi toute l'efficacité de la fiction sur laquelle elle repose. Pour autant, la nature fictive de la distinction doit être démontrée. Il sera nécessaire de

¹ G. CORNU, *op. cit.*, v° *Fiction*.

² A. ERNOUT et A. MAILLET, « Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots », Paris C. KLINCKSIECK, 1931, v° *Fingo*.

³ Ph. WOODLAND, « Le procédé de la fiction dans la pensée juridique », thèse Paris II, 1981 ; G. WICKER, « Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique », thèse Perpignan, LGDJ 1997, n° 2.2, p. 12 : « *La fiction peut donc se définir comme l'altération d'un ou plusieurs concepts juridiques par la méconnaissance soit des conditions logiques, soit des effets logiques de leur application* ».

⁴ A.-M. LEROYER, « Les fictions juridiques », thèse Paris II, 1995, n° 91, p. 107.

⁵ D. COSTA, « Les fictions juridiques en droit administratif », thèse Paris I, LGDJ 2000, préf. E. PICARD, p. 39.

⁶ D. COSTA, *op. cit.*, p. 53.

⁷ Art. 1179 Cciv.

⁸ L'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il y a avantage : art. 725, 906, et 961 Cciv.

⁹ Qui donne mandat doit être dit agir vraiment lui-même : art. 1984 Cciv.

¹⁰ Ph. WOODLAND, *op. cit.*, p. 25.

¹¹ D. COSTA, *op. cit.*, p. 1.

¹² R. HOUIN, « Rapport », in « Le problème des fictions en droit civil », Travaux de l'Association H. Capitant, 7^{ème} éd. 1998.

¹³ E. PICARD, préface in D. COSTAT, *op. cit.*, p. VII.

confronter la distinction aux éléments catégoriques de la fiction. Pour défendre l'idée que le fondement de la distinction est une fiction juridique, il faudra démontrer que la distinction s'écarte sciemment de la réalité.

19. La question de la distinction. Le tour d'horizon des difficultés soulevées par la distinction de l'article 1527 du Code civil invite à une étude d'ensemble dont l'objectif sera d'en comprendre la place au sein du droit positif. L'ambition est donc de parvenir à mieux comprendre la distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux afin d'évaluer sa pertinence et de se prononcer en faveur de son maintien ou de sa disparition, de son renforcement ou de son atténuation. L'objectif est également de parvenir à une compréhension de l'avantage matrimonial en tant que notion, afin de saisir sa relation fondamentale à la figure libérale et, partant, de trouver des outils aptes à trancher les conflits de qualification et à optimiser le régime juridique applicable.

Afin de parvenir à isoler une proposition de réponse, il conviendra de traiter les nombreuses interrogations déjà évoquées. Quelle est la nature de la distinction ? Est-elle le reflet d'une réalité ou une pure construction juridique au moyen d'une présomption ou d'une fiction ? Pourquoi est-elle énoncée dans le Code civil ? Quelles sont ses conséquences et comment est-elle mise en œuvre ? Peut-elle être améliorée ? Doit-elle être abrogée ? Peut-on la considérer comme absolue ou relative ? Opère-t-elle une disqualification ?

À travers toutes ces questions, ce sont des difficultés pratiques que l'étude se propose de traiter. L'objectif est de simplifier l'issue des conflits catégoriques, donc le traitement du contentieux. Mais l'ambition est également de contribuer à l'amélioration du droit en solidifiant les fondements de la règle. Cette recherche tend ainsi à enrichir le débat théorique et à proposer au législateur des aménagements pertinents. C'est donc logiquement de la théorie jusqu'à la pratique que nous cheminerons.

20. La méthode de l'étude. L'étude de droit civil comparé que nous envisageons d'entreprendre bénéficie d'ores et déjà d'une littérature abondante. Celle-ci n'a cependant pas affirmé une vision fédératrice du sujet. Afin d'y parvenir, sans doute faut-il élever l'analyse au-delà des frontières du droit patrimonial de la famille et l'inscrire pleinement dans le droit civil. Ce n'est que par ce biais que pourront être compris les mécanismes fondamentaux de la distinction. Ainsi sera-t-il possible de confronter les avantages matrimoniaux et les donations entre époux à des outils juridiques fondamentaux tels que les conditions de validité des actes juridiques, la classification des contrats, la théorie générale des obligations, le rapport de l'acte juridique à son propre formalisme, la liberté des conventions, etc. Mais au-delà du droit civil, c'est dans les

disciplines voisines que nous chercherons des réponses. L'histoire à d'ores et déjà joué un rôle prédominant dans la compréhension de la distinction. Le droit comparé, le droit international privé et le droit fiscal devront également être explorés. La linguistique s'avérera être un indice précieux dans la recherche du véritable sens des mots que le droit fait siens.

La progression de l'étude sera guidée par les notions de « distinction », « qualification », « présomption » et « fiction ». Toutes ont en commun de désigner à la fois une opération intellectuelle inscrite dans le domaine juridique et le résultat concret de cette opération. Or l'opération intellectuelle de distinction consiste en une exclusion et aboutit à une concurrence.

21. L'étude de la distinction : une exclusion. La distinction perçue en tant qu'opération intellectuelle réalise une exclusion des avantages matrimoniaux du domaine des donations entre époux. Classiquement, l'exclusion est présentée comme concernant la matière libérale toute entière. Même si la lettre de l'article 1527 ne vise expressément que les « donations », c'est dans une acception libérale que le terme doit être entendu. Pour autant, l'objet de notre étude ne s'étend pas aux legs car ils sont nécessairement inclus dans un testament ce qui les distingue déjà du régime matrimonial en raison du cadre formaliste et de la dimension unilatérale de l'acte qui les porte. En revanche, les donations de biens à venir ne disposent pas de ces caractéristiques. Elles devront donc être pleinement étudiées.

L'exclusion que réalise l'article 1527 du Code civil permettra de révéler la véritable nature de la distinction, que nous soupçonnons être fictive. L'histoire rappelle que c'est la distinction qui a créé la notion d'avantage matrimonial, non l'inverse. Si la doctrine peine à trouver une définition précise de l'avantage matrimonial, sans doute est-ce parce qu'elle n'a pas tenté au préalable de mettre à jour la nature de la distinction. Dès lors, il apparaît nécessaire d'envisager l'étude de la distinction avant de proposer une définition de l'avantage matrimonial. Il conviendra donc de raisonner à partir d'exemples unanimement reconnus comme constitutifs d'avantages matrimoniaux et qui bénéficient parfois de leur propre distinction : préciput, clause d'attribution intégrale, clause de partage inégal, etc. C'est en confrontant ces exemples aux traits catégoriques de la libéralité que pourra être éprouvée la constance de la distinction et qu'il sera révélé si celle-ci se dirige vers la réalité ou s'en éloigne. La notion de libéralité sera donc au cœur du raisonnement de la première partie. L'exclusion semble se réaliser à deux niveaux de classification. D'une part, au stade de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux, l'avantage matrimonial paraît banni de la sphère gratuite. D'autre part, au sein des distinctions entre les actes gratuits, l'avantage matrimonial est chassé des terres de la libéralité.

22. L'étude de la distinction : une concurrence. La distinction perçue en tant que

résultat de l'opération intellectuelle révèle la coexistence des avantages matrimoniaux et des donations entre époux ainsi que leur impossible assimilation. Le régime matrimonial et les libéralités sont deux modes concurrents d'aménagement des relations patrimoniales des époux. Puisque les avantages matrimoniaux ne sont pas, juridiquement, des libéralités, ils représentent une réalité distincte qui offre aux époux une alternative. Le choix de l'une ou l'autre des voies libérale et matrimoniale ne s'effectuera pas nécessairement en considération des particularités propres à chaque ensemble mais sera fonction des conséquences attachées à chacune des catégories distinguées, ce qui se traduit concrètement en matière de régime juridique. Mais avant que ne soit appliqué le corps de règle adéquat, la distinction en tant que résultat aura permis de façonner la notion d'avantage matrimonial qui, une fois la véritable nature de la distinction révélée, pourra pleinement être définie et comprise. C'est donc l'avantage matrimonial qui sera au cœur des interrogations de la seconde partie. Ainsi l'efficacité de la distinction est-elle conditionnée à deux éléments. D'une part son domaine d'application, qui dépend lui-même de la notion d'avantage matrimonial. D'autre part les conséquences de ce choix en termes de règles applicables

23. Existence et efficacité de la distinction. La distinction est autant une opération intellectuelle que le résultat de celle-ci. Appliquée aux avantages matrimoniaux et aux donations entre époux, elle est autant une exclusion qu'une concurrence. En premier lieu, la nature de la distinction exclut l'avantage matrimonial du domaine de la donation et révèle l'existence d'une fiction disqualificative. En second lieu, la distinction permet aux avantages matrimoniaux de concurrencer les donations entre époux, ce qui témoigne de l'efficacité de la fiction disqualificative.

Plan de l'étude

Première partie : L'avantage matrimonial exclu de la donation entre époux : existence de la fiction disqualificative.

Seconde partie : L'avantage matrimonial concurrent de la donation entre époux : efficacité de la fiction disqualificative.

Première partie

L'avantage matrimonial exclu de la donation entre époux : existence de la fiction disqualificative

Exclure : Renvoyer, chasser ;
interdire l'accès ;
être incompatible avec quelque chose¹.

24. Le don et l'avantage. « Avant toute autre chose dans son existence, chacun de nous reçoit de ses ascendants le don de la vie. Il est donc institué donataire, dans le sein de sa mère, dès avant sa naissance »². La prédominance du don dans la société civile se retranscrit dans le droit positif et innerve des problématiques spécifiques souvent incomprises. L'article 1527 du Code civil définit l'avantage par ce qu'il n'est pas : une donation³. Il est donc exclu du domaine des donations, banni hors de leurs frontières. Mais le développement des divorces et des familles recomposées met en avant les conséquences patrimoniales du mariage, ce qui place l'avantage matrimonial en ligne de mire. La nécessité de régir et de comprendre l'avantage matrimonial est toujours plus marquée. À défaut de précision sur la nature, le rapprochement avec la figure libérale est un procédé récurrent⁴, comme un réflexe issu d'un esprit critique qui n'accepte pas les vérités trop vite dictées : l'avantage matrimonial rattrape inévitablement la donation. Les données semblent soumises à deux forces contradictoires : une force de répulsion, postulée par le Code civil, et une force d'attraction, qui paraît plus naturelle et logique.

25. La requalification. Plus que la définition de l'avantage matrimonial, ce sont les hypothèses de qualification libérale qui peuvent être explicitées par le rapprochement. La multiplicité des formes de donation rend nécessaire la prise en compte de son support et de ses données catégoriques. Le régime matrimonial, en tant qu'acte juridique, est naturellement apte à servir de base à une donation indirecte. Et même si la jurisprudence refuse de lui accorder celui

¹ Le Nouveau petit Robert, v° *Exclure*, 1^{ère}, 2^{ème} et 4^{ème} définitions.

² B. PRIEUR, « Que reçoit-on de sa famille ? », in « Les héritages familiaux », sous la direction de B. PRIEUR, ESF 1996, p. 15.

³ « 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 ».

⁴ Pour exemple : F. TERRÉ et Ph. SIMLER, « Droit civil : les régimes matrimoniaux », Paris, Dalloz, 2011, 6^{ème} éd., n° 762 p. 604 : « Ainsi la clause du contrat de mariage attribuant sans indemnité au conjoint survivant un bien

d'un acte apparent vecteur d'une libéralité déguisée¹, rien ne s'oppose, en théorie comme en pratique, à l'inscription d'une simulation sur la cause. C'est donc également la libéralité en tant qu'acte juridique que l'on tentera de comprendre. À cet égard, ce qui apparaît comme une figure connue et reconnue souffre d'un amalgame récurrent qui fausse souvent la perception du domaine dans laquelle elle s'inscrit : la tendance générale, en doctrine comme en jurisprudence, est à l'assimilation pure et simple de la libéralité à la catégorie des actes gratuits². Cette confusion est fortement regrettable, elle est à la source de l'impossibilité de trouver aux classifications des critères pertinents³. L'amalgame trouve probablement son origine dans la connivence particulière entre l'ensemble des actes à titre gratuit et la libéralité, qui en est une forme particulière. Si la libéralité est un acte gratuit, tous les actes gratuits ne sont pas libéraux. La donation et le legs s'inscrivent avant tout dans une dimension gratuite, puis dans un sous-ensemble particulier. C'est ce minutieux travail de classification qu'il faudra mener pour comprendre le rapport de l'avantage matrimonial à la gratuité et à la libéralité. Il sera pour cela nécessaire de dégager des critères globaux, suffisamment généraux pour pouvoir s'appliquer à des formes encore inconnues de transmission patrimoniale. Le droit se contractualise de plus en plus, donc sa substance dépend de l'ingéniosité de l'imaginaire humain. Il faut des critères souples, qui s'adaptent et soient efficaces pour l'avenir.

26. L'exclusion. L'avantage matrimonial est juridiquement exclu de la donation et cela influe sur sa perception. Il conviendra d'éprouver la logique et la pertinence de cette exclusion, en observant l'avantage sous le prisme des classifications appliquées aux donations. Cela impliquera une analyse approfondie du périmètre contesté. D'une part, pour une majorité d'auteurs et selon la jurisprudence, la donation bote l'avantage matrimonial hors de la gratuité. Il conviendra de mettre cette vision à l'épreuve (**Titre premier : L'avantage matrimonial hors de la gratuité ?**). D'autre part, la donation défend à l'avantage matrimonial l'entrée d'un périmètre plus restreint, celui de la libéralité elle-même. La dissemblance est donc également postulée à l'échelon inférieur, lorsque, au sein du titre gratuit, la distinction s'opère entre la libéralité et les autres actes juridiques. Cette analyse devra également être éprouvée (**Titre second : L'avantage matrimonial hors de la libéralité ?**).

propre du prédécédé est à tous égards constitutive d'une libéralité ».

¹ « *Le choix d'un régime matrimonial ne peut être regardé comme un acte secret permettant la réalisation d'une donation déguisée entre époux* » : Cass. civ., 16 déc. 1975 : Defr. 1976, art. 31284, note G. MORIN.

² Cass. 1^{ère} civ., 14 févr. 1989 : Bull. civ. I, n° 79 ; RTD Civ., 1989, p. 799, obs. J PATARIN ; Cass. 1^{ère} civ., 24 nov. 1965 : Bull. civ. I, n° 644, p. 489 : « *Il appartient aux juges du fond de rechercher si un acte juridique constitue une donation ou un acte à titre onéreux* ».

³ S. DEVILLE, « L'objet de la libéralité », thèse Toulouse 2009, n° 134 et n° 204.

TITRE I : L'avantage matrimonial hors de la gratuité ?

« **AGRIPPINE**

*Tous ces présents, Albine, irritent mon dépit :
Je vois mes honneurs croître et tomber mon crédit. (...)
Ce jour, ce triste jour frappe encore ma mémoire,
Où Néron fut lui-même ébloui de sa gloire,
(...)
Mon cœur même en conçut un malheureux augure.
L'ingrat, d'un faux respect colorant son injure,
Se leva par avance, et courant m'embrasser,
Il m'écarta du trône où je m'allais placer.
Depuis ce coup fatal, le pouvoir d'Agrippine
Vers sa chute, à grands pas, chaque jour s'achemine. »*

*Britannicus, Jean Racine, 1669
Acte I, scène I*

27. Gratuité ? L'article 1527 du Code civil énonce que les avantages ne sont point regardés comme des donations. Faut-il y voir une exclusion de la gratuité dans son ensemble ? Cette question est classique en droit patrimonial de la famille, mais aucun courant doctrinal n'a jamais fait l'unanimité. Pour tenter d'y répondre, il faut peut-être l'aborder sous un angle nouveau. Si donations entre époux et avantages matrimoniaux s'inscrivent dans l'ordonnement juridique en tant qu'actes, il faut sans doute commencer par déterminer les outils de classifications des actes juridiques en droit civil et préciser ce qui doit être entendue par la typologie gratuite ou onéreuse. Or « *le problème de l'action désintéressée pour autrui est aussi malaisé à résoudre pour le psychologue que celui de la chute de la pierre pour le naturaliste* »¹. Il s'agit ici de comprendre une réalité existante plus que de façonner un modèle dans lequel puisse s'inscrire ce que le droit considère comme tel : le gratuit existe et chacun a une conscience profonde de ce que recèle cette notion. Mais quiconque tente par des mots de définir ce qu'instinctivement il pense connaître, se heurte à la barrière du langage et à la réalité d'opérations complexes. La tirade d'Agrippine le montre bien : usant de procédés présentés comme gratuits et bienveillants, Néron combat sa mère et parvient, symboliquement, à l'écartier du trône en l'embrassant. La frontière entre générosité et malveillance est ici très fine : les actions gratuites servent une destinée intéressée et sont présentées comme des armes contre le gratifié lui-même². Le droit positif intègre cette idée de « gratuité intéressée », par exemple lorsqu'un bien est acquis en démembrement dès l'origine et que l'usufruitier offre au prêteur une garantie sur son

¹ R. JHERING, « L'évolution du droit », Paris, 1901, A. MARSESCQ p. 33.

² La crédibilité politique d'Agrippine décroît à mesure que Néron lui témoigne des hommages ; le « *faux respect* »

droit, pour faciliter le financement de la nue-propriété¹.

28. Nature similaire. La possibilité d'une convergence de nature entre les donations issues d'un acte de volonté autonome et les profits tirés du fonctionnement du régime matrimonial ne se conçoit qu'en remettant en cause un postulat depuis longtemps établi en doctrine, implicitement consacré par la jurisprudence², et que de grands travaux portés par de savants raisonnements juridiques n'ont pu ébranler³. L'exclusion des avantages matrimoniaux de la sphère gratuite est intimement liée à leur expulsion de la sphère libérale. En effet, ce qui marque la différence entre les libéralités et les autres actes gratuits est l'existence d'un transfert patrimonial économiquement chiffré ou déterminable⁴. Or les avantages matrimoniaux peuvent créer un tel transfert. La soustraction des avantages matrimoniaux à la catégorie du gratuit n'est justifiée que par l'article 1527 du Code civil. Mais ce texte présente lui-même une confusion : il est tout à la fois la référence textuelle de la définition de l'avantage matrimonial et celle de son régime juridique. Sa vocation première consiste à exclure les « *avantages que l'un ou l'autre des époux peut retirer d'une communauté conventionnelle, ainsi que ceux qui peuvent résulter de la confusion du mobilier ou des dettes* » du régime juridique propre aux donations et plus particulièrement de l'action en réduction pour dépassement de la réserve héréditaire. D'une part, l'exclusion ainsi opérée se cantonne aux seules donations, sans englober dans leur totalité les actes gratuits tels que, par exemple, les contrats de services gratuits ou les avantages indirects. L'avantage matrimonial n'est donc pas donation, mais n'en est pas pour autant exclu du titre gratuit. D'autre part, la sémantique peut aider à comprendre la finalité première de ce texte. Les avantages « *ne sont point regardés* » comme des donations. Le législateur a pris soin de ne pas exclure péremptoirement les avantages matrimoniaux de la définition des donations. Il reconnaît implicitement la proximité des deux procédés et veille à ne point les confondre, mais dans l'optique prépondérante de leur régime juridique. L'exclusion des avantages matrimoniaux de la sphère gratuite n'est donc nullement acquise par la seule référence au Code civil. L'étude de son appréhension par la distinction du titre gratuit et du titre onéreux, débarrassée de tout présupposé catégorique, peut véritablement débiter.

masque une profonde injure.

¹ P. CENAC et C. PEYROUX, « L'acquisition démembrée dans le cadre familial : mode d'emploi », Dt et p., janv. 2012, n° 210.

² L'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 6 mai 1997, en soumettant par principe les avantages matrimoniaux aux droits de mutations à titre onéreux, leur reconnaît une nature onéreuse qu'ils soient ou non soumis au retranchement de l'article 1527 al. 3 : Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997 : Bull. civ., n° 146 ; R., p. 192 ; D. 1998, p. 303, note F. DEBOISSY ; JCP N 1997, 939, étude J. PIEDELIEVRE et 1533, note Ph. PELLETIER et P. APPREMONT ; JCP 1997, I, 4047, n° 20, obs. A. TISSERAND ; JCP 1998, I, 133, n° 10, obs. R. LE GUIDEC ; Defr. 1997, p. 1086, obs. G. CHAMPENOIS, et p. 1194, note A. CHAPPERT ; RTD Civ. 1998, p. 179, obs. B. VAREILLE ; Dr. fisc. 1997, n° 31-36, comm. 900, obs. J. PIEDELIEVRE.

³ F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987.

⁴ Sur l'objet de l'acte comme critère de distinction, v. *infra* n° 179.

29. Classification. L'étude de la gratuité ne doit pas commencer sans qu'il ne soit rappelé que cette notion participe d'une opération de classification. La distinction du titre gratuit et du titre onéreux permet de mieux comprendre la teneur d'une opération juridique¹ afin de lui appliquer un corps de règles adaptées. À cet égard, Monsieur LUCET conclut ses travaux de thèse en indiquant que « *Le régime matrimonial est antérieur à la distinction du titre gratuit et du titre onéreux entre époux* » afin d'expliquer que « *l'avantage matrimonial est extérieur à la distinction du titre gratuit et du titre onéreux* »². Si notre ambition est, au contraire, de placer les avantages matrimoniaux dans le cadre de cette dichotomie essentielle, il nous faut avant toute chose démontrer qu'elle est apte à s'y inscrire.

Les analyses doctrinales menées sur la distinction du titre gratuit et du titre onéreux ont souvent eu tendance à mélanger tout à la fois le domaine de la distinction, c'est-à-dire les hypothèses dans lesquelles elle a vocation à s'appliquer, et les critères permettant de déterminer la nature gratuite ou onéreuse d'un acte juridique. Madame MEAU-LATOUR, dans sa thèse de doctorat publiée en 1985³, réussit à bien isoler ces deux problématiques et à faire comprendre que l'étude du domaine doit impérativement précéder la recherche de critères précis permettant une classification efficace, faisant ainsi considérablement avancer les recherches sur la catégorisation. Cet exemple de rigueur et de logique juridique doit être suivi. Ainsi, l'étude de l'étendue de la division du titre gratuit et du titre onéreux est un préalable indispensable à l'analyse de ses éléments catégoriques. Sans savoir *quoi traiter*, impossible de comprendre *comment traiter*. Seront donc successivement envisagés le domaine (**Chapitre premier**) et les critères de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux (**Chapitre second**).

¹ Le terme « opération juridique » est ici employé dans un souci de simplicité de part sa portée généralisante. Il correspondra, dans le cadre de notre étude, à toute situation appréhendée par le Droit, qu'il s'agisse d'un acte ou d'un fait juridique, d'une situation volontaire ou commandée par le Droit.

² F. LUCET, *op. cit.*, n° 577, p. 758.

³ H. MÉAU-LAUTOUR, « La donation déguisée en droit civil français ; contribution à la théorie générale de la donation », thèse Paris 1983, LGDJ 1985.

Chapitre premier : Le domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux

30. Une problématique délaissée. Le domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux est une question peu traitée par les nombreux auteurs qui ont eu à mener une étude sur l'acte gratuit. Cette négligence a conduit à une inévitable confusion entre les critères de qualification et le champ d'application de la distinction. Les travaux menés par DUPEYROUX dans sa thèse intitulée « Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit »¹ font état du « *domaine de la distinction* », qui est cependant traité après l'étude des critères permettant de déterminer la qualification juridique. Mais ce que cet auteur nomme à mauvais escient « *domaine* » concerne en réalité des cas précis d'opérations juridiques pour lesquelles « *en raison de la technique spéciale des actes juridiques que l'on se propose de qualifier, le jeu de notre distinction est faussé ou doit même être écarté* »².

Le sens que nous apporterons au terme « *domaine* » sera plus précis : il s'agira de déterminer les situations dans lesquelles il est possible de qualifier l'opération juridique au regard du titre gratuit et du titre onéreux, et donc de cibler les hypothèses dans lesquelles une telle distinction doit être écartée (et non celles où elle est simplement faussée) car elle serait tout simplement inapte à représenter la réalité. Or c'est précisément sur la question du domaine de la distinction que le plus grand contributeur moderne à l'étude des avantages matrimoniaux a fondé sa théorie³. L'étude théorique du domaine de la distinction aura donc pour objectif de présenter les recherches menées à ce sujet, puis proposer une délimitation pertinente (**Section première**). Cette réflexion devra ensuite se confronter à la réalité de notre étude : les donations entre époux et les avantages matrimoniaux (**Section seconde**).

¹ J.-J. DUPEYROUX, « Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit », thèse Toulouse, 1955.

² J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, p. 11.

³ F. LUCET, *op. cit.*, n° 259 et s. p. 363 et s.

Section première : Détermination théorique du domaine de la distinction

31. Code civil. Les articles qui définissent les notions de gratuité et d'onérosité, respectivement l'article 1105 du Code civil pour l'acte gratuit et 1106 pour l'acte onéreux, brillent par leur incomplétude¹. Ces définitions ont en effet ouvert davantage de débats qu'ils n'ont clos de controverses². D'une part, la terminologie employée est clairement source de confusions, qu'il s'agisse du terme « bienfaisance »³ ou de l'utilisation du vocable « contrat » bien réducteur⁴. De même, une confusion est opérée entre la donation et la remise, donc entre l'obligation et l'exécution de celle-ci. D'autre part, les définitions que propose le Code civil sont soit tautologiques (l'article 1105 du Code civil définit la gratuité comme un acte... gratuit), soit porteuses de confusions bien malvenues (l'article 1106 du Code civil confond contrat à titre onéreux et contrat synallagmatique). C'est donc davantage au sein de la jurisprudence et de la doctrine qu'il faudra rechercher l'étendue de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux (**Paragraphe premier**) afin de formuler des propositions (**Paragraphe second**).

¹ Article 1105 du Code civil : « *Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit* » ; Article 1106 du Code civil : « *Le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose* ».

² Sur la classification des contrats, v. R. DEMOGE « Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique. », LGDJ 1911, t. II p. 892 ; J. VALLOIR, « Essai sur la notion d'acte à titre gratuit : étude de technique juridique », thèse Rennes, 1919, p.23 et s. ; J. HAMEL, « La notion de cause dans les libéralités », thèse Paris 1920, p.14 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, « Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL », t. II, n° 73 ; X. HENRY, « La technique des classifications contractuelles », thèse Nancy II, 1992 ; D. GRILLET-PONTON, « Essai sur le contrat innommé », thèse Lyon III, 1982 ; J. ROCHEFELD, « Cause et type de contrat », thèse Paris I, éd. 1999 ; M. PLANIOL, « Classification synthétique des contrats », *Rev. crit. lég. et jurispr.* 1904, 407 ; J.-M. JACQUET, « Le contrat international », *Daloz Paris* 1992 ; R. HOUIN, « La distinction des contrats synallagmatiques et des contrats unilatéraux », thèse Paris 1937 ; A. SERIAUX, « La notion de contrat synallagmatique », *in* « Le contrat au début du XXI^{ème} siècle : mélanges offerts à Jacques Ghestin », LGDJ, 2001, p. 777 ; A. DE GUILLENCHMIDT-GUIGNOT, « La distinction des contrats à exécution instantanée et des contrats à exécution successive », thèse Paris II, 2007 ; G. BRIERE DE L'ISLE « De la notion de contrat successif », *D.* 1957, *chron.* 153 ; M.-L. CROS, « Les contrats à exécution échelonnée », *D.* 1989, *chron.* p. 49 ; G. BERLIOZ, « Le contrat d'adhésion », LGDJ, 2^{ème} éd. 1976 ; R. CABRILLAC, « L'acte juridique conjonctif », thèse Montpellier, éd. 1990 préface P. CATALA ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBEQUE, « Contrats civils et commerciaux », *Daloz*, 9^{ème} éd. 2011 ; J. HUET, G. DECOQ, C. GRIMALDI, « Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux », LGDJ 2012.

³ Terme inspiré de la « Division des contrats » du Traité des obligations de R.-J. POTHIER. Comme le rappelle BOITARD, l'expression y est utilisée à la fois dans un sens extensif (tous les contrats à titre gratuit) et restrictif (certains contrats à titre gratuit, exclusion faite notamment de la donation, pourtant considérée aujourd'hui comme l'acte gratuit par excellence) : M. BOITARD, « Les contrats de service gratuits », thèse Paris 1941 p.5 et s.

⁴ Ceci exclut naturellement du domaine de la distinction définie tous les actes juridiques unilatéraux, donc les testaments, qui n'ont pas de nature contractuelle, l'acceptation du bénéficiaire de la disposition n'étant pas indispensable à la validité de l'acte *instrumentum*, mais uniquement à la pleine efficacité du *negotium*.

Paragraphe premier : Les théories doctrinales sur le domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux

32. Une double problématique. Les théoriciens qui ont étudié cette question, soit indépendamment des critères de qualification, soit plus ou moins confusément avec ces critères, ont mis en évidence deux questionnements fondamentaux. D'une part, la distinction se limite-t-elle aux actes juridiques ou concerne-t-elle également d'autres opérations juridiques tels les faits juridiques ou les transferts de valeur d'origine légale (A) ? D'autre part, la distinction se limite-t-elle à certains actes juridiques ou peut-elle être appliquée à toute manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit (B) ?

A. Un domaine à l'épreuve de la distinction des actes et des faits juridiques

33. L'étendue de la distinction au regard de l'acte juridique. La problématique est simple : le domaine de la distinction est-il limité aux manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit ? Cette question s'est en réalité très peu posée. La majorité des ouvrages abordant la question du titre gratuit et du titre onéreux sont en effet relatifs au droit des contrats¹ ou traitant de l'étude d'un acte juridique en particulier², de telle sorte que la thématique du « débordement » de la distinction a été peu traitée. Elle révèle cependant deux questionnements. D'une part, les faits juridiques sont-ils susceptibles d'être classés dans la catégorie du gratuit ou de l'onéreux ? D'autre part, les opérations juridiques résultant de l'ordre de la loi sont-elles ouvertes à la distinction ? Si DUPEYROUX a une conception du « domaine de la distinction » que nous estimons surabondante³, donc imprécise, il reconnaît implicitement que les faits juridiques ne sont pas concernés par cette thématique. Ainsi, écrit-il au sujet des « actes de dévouement » : « *Nous réservant le droit de tirer de certains exemples d'actes de dévouement ou d'actes « de pure courtoisie », d'instructifs éléments de comparaison, nous les considèrerons néanmoins, en principe, comme étrangers au cadre de notre travail dans la mesure où ils ne*

¹ V. notamment : F. TERRÉ, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, « Droit civil. Les obligations », Paris, Dalloz 2009, 10^{ème} éd., n° 60 et s. ; Ph. MAULAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, « Les obligations », Defrénois 2009, 4^{ème} éd. p. 195 et s. ; J.-J. DUPEYROUX et J. CHAMPEAUX incluent dans le titre même leur thèse la notion d'acte juridique : v. J.-J. DUPEYROUX, « Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit », thèse Toulouse 1955 ; J. CHAMPEAUX, « Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français », thèse Strasbourg 1931 ; v. aussi J.-F. OVERSTAKE, « Essai de classification des contrats spéciaux », thèse Paris 1969.

² Tel est le cas de Madame MEAU-LAUTOUR, dont les travaux de thèse sont relatifs à la donation déguisée et de PONSARD qui traite de la donation indirecte : H. MEAU-LAUTOUR, « La donation déguisée en droit privé français. Contribution à l'étude générale de la donation », thèse Paris II, 1983 et A. PONSARD, « Les donations indirectes en droit civil français », thèse Dijon 1946 ; plus largement, HAMEL étudie la cause des libéralités, mais la limitation du sujet à l'acte juridique n'est pas remise en cause : J. HAMEL, *op. cit.*

³ Ce domaine englobe selon lui les hypothèses dans lesquelles la détermination de la nature gratuite ou onéreuse d'un acte est délicate mais pas impossible. Ces hypothèses nous semblent au contraire relever de l'application des critères prédéfinis, et se présentent comme un test empirique mettant à l'épreuve la théorie élaborée.

peuvent constituer des actes juridiques »¹. Insistant sur le rôle de la volonté créatrice de l'acte juridique, l'auteur occulte cependant la problématique des faits juridiques volontaires qui nous semble déterminante. Selon le doyen CARBONNIER : « *Titre gratuit et titre onéreux sont susceptibles de se greffer indirectement sur des faits, aussi bien que sur des actes juridiques* »² (prescription, occupation, enrichissement sans cause, succession *ab intestat*). Ce n'est pas tant l'acte qui est gratuit ou onéreux, mais le transfert de valeur³. Mais Monsieur LUCET infirme cette théorie : « *Un transfert de valeur n'est (...) ni gratuit ni onéreux. C'est un acte d'exécution qui ne trahit pas sa cause ; seule la liaison avec le fait qui l'a généré permettra cette qualification* ». Le transfert de valeur existe, il est vrai, en raison de l'opération juridique dans laquelle il s'inscrit. Le doyen CARBONNIER s'inspire pour présenter une vision matérialiste de la gratuité, d'une note de jurisprudence de PLANIOL qui définit l'acte gratuit comme exclusif de toute réciprocité⁴. Cette « *pesée des valeurs* »⁵ pouvant être effectuée dès qu'intervient un transfert, la distinction dépasse naturellement le cadre strict des transmissions ayant pour source une convention et s'étend aux hypothèses où « *toute chose pécuniairement appréciable, donc économiquement et objectivement mesurable (...) du patrimoine A passe dans le patrimoine B* » avec ou sans contrepartie⁶.

CHAMPEAUX quant à lui ne reconnaît pas à la distinction un caractère absolu. Il en limite même les contours à certains actes juridiques⁷. Mais il précise que la distinction « *ne fait que traduire dans le domaine du droit les caractères de deux sortes d'actes qui ont leur existence réelle dans le domaine des faits* »⁸. La distinction ne serait donc que la coloration pratique d'une situation préexistante. La gratuité ou l'onérosité existeraient naturellement et leur appréhension par le droit ne correspondrait à « *aucune nécessité de logique ou de technique* »¹. L'auteur ne va cependant pas jusqu'à étendre le domaine de la distinction aux faits juridiques, même volontaires. Cette vision ne manque pas de pertinence et renvoie au traditionnel débat sur l'existence du droit naturel. En somme, est-ce le droit qui crée la distinction, ou se contente-t-il d'en prendre acte et d'en analyser la teneur ?

¹ J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, p. 8. V. E.-E.-H. PERREAU, « Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence », RTD Civ. 1914, p. 481. Cf. aussi M. BOITARD, *op. cit.*, p. 76.

² J. CARBONNIER, « Le régime matrimonial : sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association » thèse Bordeaux 1932 p. 743.

³ « *Onérosité et gratuité ne nous semblent avoir de signification qu'à l'égard d'un transfert de valeurs patrimoniales* », J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 742.

⁴ M. PLANIOL, DP1891, II, 353, p.113 : l'auteur présente ici l'onérosité des avantages matrimoniaux comme une pure fiction juridique imposée par le législateur ; cette vision s'inscrit dans la mouvance d'un courant de pensée assez populaire au XIX^{ème} siècle.

⁵ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 743.

⁶ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 742.

⁷ V. *infra*, n° 37.

⁸ J. CHAMPEAUX, *op. cit.*, p. 206.

34. L'indispensable volonté ? Les réflexions menées sur le sujet² reprochent aux opérations qui ne sont pas des actes juridiques l'absence de volonté en tant qu'élément causal du transfert de valeur. Ne laissant aucune place à une intention gratuite ou onéreuse, ces événements ne pourraient trouver une fonction dans la distinction, faute de satisfaire aux critères qualifiants. Cependant la critique est bien rude. D'une part les faits juridiques peuvent être volontaires et même induits par une volonté. D'autre part, l'exécution d'une obligation légale n'est pas systématiquement exempte de toute considération personnelle. Elle peut ou non être exécutée « de bon cœur ». Certes, quelle que soit la volonté du sujet exécutant l'action commandée par la loi, elle est extérieure à la source de l'opération elle-même. Cependant l'absence de résistance abusive n'est-elle pas créatrice d'une situation favorable au créancier ? Au-delà de toute compensation financière nécessairement accordée à qui en est victime, la résistance abusive peut gêner moralement. Le fait que le débiteur souhaite éviter à son créancier une telle contrainte ne peut-il être, en tant que fait juridique volontaire, inscrit dans le cadre de la distinction ?

Ainsi, comme l'explique le doyen CARBONNIER : « *C'est toujours la loi qui, par un effet direct, produit le déplacement des valeurs patrimoniales ; seulement elle n'opère que sous le déclic d'un événement extérieur : fait juridique ou acte juridique* ». Cette idée remet en cause la triple origine possible des transferts de valeur. Ceux-ci n'auraient pas pour cause soit un fait juridique, soit un acte juridique, soit une mesure imposée par la loi, mais une combinaison de l'ordre de la loi (origine « lointaine ») et d'un acte ou fait juridique (origine plus « proche »). Il est vrai que tout « commandement de la loi » peut être rattaché à un acte ou un fait juridique. Le paiement de dommages et intérêts moratoires trouve son origine dans la convention passée entre le débiteur et le créancier de cette sanction. La réparation des préjudices dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle a pour origine le « fait générateur », qui est par nature un fait juridique. L'ensemble des règles s'articule en réalité sur l'existence ou non d'un acte ou d'un fait juridiques qui ont par définition vocation à produire des effets de droit. Les « opérations juridiques commandées par la loi » ne seraient donc jamais que la suite logique d'une manifestation de volonté ou d'un événement.

35. La délicate uniformisation. Pour autant, il est difficile d'uniformiser ainsi les avantages pouvant être retirés de l'application de la loi. Pour prendre l'exemple cité par le doyen CARBONNIER de la succession *ab intestat*, il nous semble qu'elle ne peut trouver de nature

¹ F. LUCET, *op. cit.*, p. 699.

² La présentation ci-dessus n'a rien d'exhaustive. Les auteurs limitant le domaine de la distinction à certains actes juridiques excluent naturellement de ce domaine les transferts patrimoniaux résultant de faits juridiques ou du commandement de la loi.

nécessairement gratuite ou onéreuse, mais juste potentiellement gratuite ou onéreuse¹. Les circonstances seront en effet différentes selon que le *de cuius* a entendu sciemment laisser s'appliquer les dispositions supplétives, ou qu'il n'avait pas matérialisé, faute de temps ou d'information suffisante à éclairer sa volonté, son intention d'en écarter les dispositions². Reconnaisant la nécessité de ne pas aller trop loin sur une thématique qui n'entre pas dans notre sujet, nous ne clorons pas ici le débat sur la nature de la succession *ab intestat*. Nous nous contenterons de remarquer, à ce stade de l'analyse, l'importance du rôle de la volonté, non-seulement en tant que critère, mais également en tant que référence du domaine de la distinction.

La seconde problématique induite par la réflexion sur le domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux concerne son application à tous les actes juridiques. Certains auteurs ont pu penser que la distinction y était absolue, d'autres qu'elle était naturellement limitée.

B. Un domaine à l'épreuve de la distinction entre actes juridiques

36. Le domaine étendu à tous les actes juridiques. Selon le doyen CARBONNIER, « *La distinction du titre gratuit et du titre onéreux est de celles qui ne laissent place à aucune échappatoire* »³. Cependant cette vision très globale semble ne concerner que les actes juridiques patrimoniaux⁴. Cette circonscription du domaine de la distinction aux seuls effets patrimoniaux est communément admise par les auteurs, sans qu'il n'en existe un qui ne consacre l'avantage purement moral comme positionnable sur l'échelle du gratuit et de l'onéreux⁵. Cette unanimité permet classiquement de ranger le doyen CARBONNIER dans la catégorie des auteurs qui estiment que tout acte juridique peut être qualifié de gratuit ou d'onéreux. Cette *summa divisio* ne se limiterait qu'à l'effet (patrimonial ou non), non à l'acte lui-même.

Selon PONSARD : « *Tous les actes volontaires qui créent un avantage au profit d'une personne le créent soit à titre gratuit soit à titre onéreux* »⁶. Cet auteur se présente donc comme le partisan d'une « universalité modérée »⁷, mais la formule employée limite cependant le domaine de la distinction en fonction de l'effet produit par l'acte. *Quid* des actes juridiques ne créant pas d'avantage ? Résultat d'un rapport d'équivalence, ou donnée participative de celle-ci⁸ ? L'auteur

¹ V. *infra*, n° 50.

² M. PLANIOL, « *Traité élémentaire de droit civil* », t. III par G. RIPERT et J. BOULANGER, Paris, LGDJ, 1946, n° 1700 ; W. FILDERMANN, « *Nature juridique de la transmission par décès* », thèse Paris 1909.

³ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p.742

⁴ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 742 et s.

⁵ V. *infra*, n° 49. Cette position unanime nous semble erronée et injustifiée. La gratuité ne se limite pas à un avantage pécuniaire et tout avantage ne peut être évalué en argent, ni n'a vocation à l'être.

⁶ A. PONSARD, « *Les donations indirectes en droit civil français* », thèse Dijon, 1946, p.71.

⁷ Cette formule est empruntée à Monsieur LUCET ; elle désigne l'ensemble des auteurs qui, limitant le domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux aux actes juridiques, en étendent la portée à tous les actes, sans distinction. V. F. LUCET, *op. cit.*, p. 697.

⁸ Le terme « avantage » semble recouvrir en droit deux réalités : il est parfois synonyme de la prestation cédée, parfois

ne semble pas s'expliquer sur ce point. Pas plus que sur la portée exacte du terme « avantage » : simple profit pécuniaire ou donnée exprimable en nature ? Il rejoint en partie le doyen CARBONNIER sur la nécessité du constat d'un avantage, donc sur la caractérisation de son effet, mais ne limite pas, à notre connaissance, le domaine de la distinction aux seuls effets patrimoniaux. Mais comme le relève très justement Monsieur LUCET, la position de PONSARD sur l'applicabilité du domaine de la distinction aux situations qui ne sont pas des actes juridiques n'est point connue car « *n'étudiant que les donations (indirectes), l'auteur n'envisage, logiquement, que des actes juridiques* »¹.

JOSSERAND a écrit que la distinction du titre gratuit et du titre onéreux « *étend sa souveraineté sur tous les actes juridiques en ce sens qu'il n'est pas un seul d'entre eux qui ne doive nécessairement rentrer dans l'un ou l'autre des termes de la classification* »². Cet auteur est à notre sens le meilleur représentant des partisans d'une universalité modérée. Point de distinction n'est opérée entre les actes juridiques. Cependant le manque d'argument à l'appui de cette ferme prise de position nous paraît dommageable à sa pertinence.

37. Le domaine limité à certains actes juridiques. CHAMPEAUX exclut du domaine de la distinction les actes abdicatifs, confirmatifs et déclaratifs car ils ne modifient pas les rapports patrimoniaux. Il en est de même de tout ce qui relève directement ou indirectement de la technique du paiement. Tout dépend selon lui de l'existence ou non de la « *liberté d'agir des parties* »³. Il estime également que certains actes doivent être qualifiés de mixtes, c'est-à-dire qui réunissent les caractères des deux catégories. Ces considérations appellent diverses remarques. D'une part, la théorie sur l'existence d'actes mixtes nous semble être intéressante dans l'étude de la classification. Elle met en lumière la complexité des actes juridiques et plus particulièrement les nuances internes à la volition personnelle. D'autre part, la notion dégagée par CHAMPEAUX de « *liberté d'agir des parties* », si elle semble maladroite, est révélatrice une nouvelle fois de l'importance du rôle de la volonté dans la détermination du domaine de la distinction. En effet, si « *la contrainte psychologique détruit aussi bien la gratuité que l'onérosité de l'acte* »⁴, c'est parce qu'elle annihile la volonté, ou du moins, le rôle créateur de celle-ci. La contrainte légale, c'est-à-dire les situations juridiques imposées par la loi, sont naturellement exclues du domaine de la distinction, ainsi que les actes juridiques « contraints ». Il paraît étonnant, eu égard à notre

il désigne le résultat brut d'un rapport comparatif. Cette distinction n'est pas sans influence sur la typologie des avantages matrimoniaux, notamment sur la divergence entre avantage réductible et avantage révocable. Sur l'ensemble de la question, v. *infra*, n° 304.

¹ F. LUCET, *op. cit.*, p. 697, note 20.

² L. JOSSERAND, « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », 1928, Dalloz 2006, préf. D. DEROUSSIN, n° 254.

³ J. CHAMPEAUX, *op. cit.*, p. 207.

⁴ F. LUCET, *op. cit.*, p. 699.

classique principe de liberté contractuelle, d'envisager qu'un acte juridique puisse être contraint. Cette situation existe cependant¹, selon CHAMPEAUX, lorsque l'une des parties avait droit au profit reçu avant même la conclusion de l'acte.

DUPEYROUX indique que cette distinction doit se limiter aux « *conventions modificatives de rapports patrimoniaux et plus particulièrement les contrats translatifs ou constitutifs de droits patrimoniaux* »². Contrairement à la théorie du doyen CARBONNIER, ce n'est pas ici le simple effet de l'acte qui exclut son positionnement dans le cadre de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux, mais bien son objet. L'acte en lui-même peut donc n'être ni onéreux ni gratuit. Cette distinction entre l'effet et l'objet de l'acte est bien marquée par une formule employée par l'auteur : « *Nul ne songe actuellement, à notre connaissance, à qualifier de gratuit ou d'onéreux (...) des actes modificatifs du statut personnel d'une personne qui comportent des conséquences patrimoniales directes, tels l'adoption, ou mieux encore, l'émancipation* »³. Une première limitation concernerait donc les actes ne portant pas en eux-mêmes de création ni de modification d'un rapport patrimonial. Mais une seconde difficulté surviendrait à l'intérieur de la catégorie des actes patrimoniaux⁴. Celle-ci serait liée à l'implication plus ou moins marquée « *des mécanismes légaux dans la production des modifications patrimoniales, mécanismes dont l'intervention vient corrélativement réduire l'importance de l'acte juridique, et rejeter avec lui au second plan le rôle de la volonté créatrice* »⁵. Ainsi, bien loin de l'articulation opérée par le doyen CARBONNIER selon laquelle la loi commande à l'action, l'acte et le fait juridique n'étant que le « *déclat* », DUPEYROUX nous apprend en substance que « *le légal chasse le conventionnel* ».

Telle est en réalité toute la problématique de l'existence d'avantages matrimoniaux dans le régime légal : imposées par la loi, les conséquences patrimoniales favorables à l'un des époux n'auraient aucune dimension gratuite ni, *a fortiori*, libérale. Si la loi chasse la convention, elle chasse surtout la volonté. Il ne nous semble cependant pas que la volonté soit totalement bannie de cette « *zone marginale* » invoquée par DUPEYROUX. Elle continue d'exister potentiellement en tant que telle. Ce n'est que sa fonction créatrice qui s'amoindrit. Elle n'en est pas moins bien présente. Une fois de plus, son rôle est donc réaffirmé dans la détermination du domaine de la distinction.

38. Critères et domaine de la distinction. Madame MEAU LAUTOUR conclut la

¹ Cf. P. DURAND « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », RTD Civ., 1944, p. 73.

² J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 187 et s.

³ J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 187.

⁴ « *A l'intérieur même du champ si vaste des actes juridiques patrimoniaux, l'incertitude demeure sur l'exacte portée de la distinction entre titre gratuit et titre onéreux* », J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 187, p. 205.

⁵ J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 187, p. 206.

première section du premier chapitre de ses travaux de thèse en proposant un critère qu'elle qualifie elle-même « *d'abstrait et quelque peu complexe* », mais néanmoins nécessaire, qu'elle formalise en deux temps. Le premier élément proposé a trait au domaine de la qualification. Même si la présentation ne le laisse pas transparaître, indiquer le point commun des actes gratuits et des actes onéreux, revient à délimiter le périmètre de la distinction. Le second a trait aux critères de la qualification, puisqu'il met en exergue la différence fondamentale entre les deux catégories. Ainsi, « *l'acte à titre gratuit et l'acte à titre onéreux supposent l'existence de sacrifices antagonistes, placés par les parties dans un rapport d'équivalence, à la condition d'entendre que l'un des sacrifices puisse être égal à zéro* »¹. Ainsi, tous les actes juridiques ne sont pas susceptibles d'une classification au regard du titre gratuit et du titre onéreux : seuls ceux qui impliquent des sacrifices antagonistes sont concernés. Le terme « sacrifice » ne nous paraît pas pertinent au stade du domaine de la distinction. Il implique en effet de se placer du côté de celui qui s'est obligé à faire ou à transmettre et d'analyser sa conception de la prestation. Or cela nous semble relever uniquement de l'étude des critères de qualification², non de la détermination du domaine. C'est au contraire du point de vue du bénéficiaire de la transaction qu'il convient de se placer pour déterminer si, oui ou non, un avantage a été consenti. Cet avantage est la concrétisation, dans la réalité de celui qui reçoit, de ce qui n'existait alors que dans l'esprit de celui qui transmet. Ainsi, au stade du domaine de la distinction, l'élément matériel doit être analysé du point de vue du bénéficiaire : a-t-il ou non perçu un avantage ? Ensuite seulement peut commencer le travail de classification de cet avantage, dans le cadre de la gratuité ou de l'onérosité, qui impliquera la notion de sacrifice¹. En revanche, l'élément intentionnel doit être analysé du point de vue de celui qui consent l'avantage. La notion de sacrifice n'est certes pas absente dans l'opération. Mais ce terme revêt deux aspects : l'un matériel (la perte, le dépouillement, l'effort consenti) et l'autre psychologique (la conscience de ce que cette perte ou cet effort constitue une certaine « épreuve » pour le sujet). Or, dans le cadre de la détermination du domaine de la distinction, seul l'aspect psychologique du « sacrifice », rattaché à la volonté nous paraît déterminant. De plus, Madame MEAU-LAUTOUR nous indique que l'un des sacrifices peut être égal à zéro, ce qui apparaît plutôt comme l'absence totale de sacrifice... il manquerait donc l'élément indispensable à l'applicabilité de la distinction. Tant d'un point de vue matériel que psychologique, le sacrifice « degré zéro » ne peut valablement exister. Il n'y a pas d'appauvrissement. Et corrélativement, il n'existe pas de « sentiment » de consentir un sacrifice, de subir une contrainte. Le critère disparaît donc dans ses deux composants. La notion de « rapport d'équivalence » est bien plus pertinente. Elle implique la potentialité d'une équivalence

¹ H. MEAU-LAUTOUR, *op. cit.*, p. 70, n° 81.

² Notamment du rapport subjectif d'équivalence : v. *infra*, n° 87 et s.

ou d'une inéquivalence. Elle est ainsi « placée par les parties » dans ce rapport, car ce sont elles qui « préjugent » de la possibilité de constater une équivalence ou une inéquivalence objective et/ou subjective. Mais la terminologie est trompeuse : le terme « équivalence » ne peut se détacher du terme « rapport » sans prendre un sens tout particulier proche de la notion d'égalité en valeur, donc passer du domaine de la distinction aux critères de classification.

En définitive, ce sont souvent les critères de qualification qui commandent à la détermination du domaine. Si celui-ci est, selon le doyen CARBONNIER, absolu, c'est parce que les critères que propose d'adopter cet auteur ne font place à aucune dimension psychologique. Or les opérations d'origine légale ainsi que la plupart des faits juridiques n'impliquent pas, dans leurs éléments catégoriques, d'intention particulière, les premiers car c'est la loi et non la volonté d'une personne juridique, qui en est à l'origine, les seconds car ils peuvent exister indépendamment de toute manifestation de volonté et que leur classification dans une dimension volontaire ou involontaire ne remet pas en cause leur nature propre : ils sont avant tout des évènements.

Paragraphe second : La théorie proposée : le domaine déterminé par l'applicabilité de ses critères

39. Certitudes. La lecture des diverses théories sur le domaine de la distinction n'a point, peu s'en faut, permis de déterminer une ligne directrice claire. La difficulté est aggravée par la confusion souvent opérée entre le domaine et les critères. Cependant celle-ci a permis de comprendre qu'il existe une corrélation particulière entre les deux et que l'un dépend étroitement de l'autre. De même, il est d'ores et déjà possible de se positionner contre la théorie communément admise selon laquelle « *la distinction n'a pour domaine que les évènements qui peuvent entraîner des transferts d'ordre patrimonial* »². En effet, rien ne justifie que les « évènements » qui induisent un avantage sans transfert de valeur soient exclus de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux³. Ce critère nous paraît déterminant de la division, au sein de la catégorie gratuite, entre divers actes juridiques, notamment les libéralités, qui induisent nécessairement un transfert de richesse⁴ : si l'étude de l'acte libéral au sein de la catégorie gratuite nécessite la détermination d'un élément matériel, l'analyse d'une opération juridique au regard de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux ne se résume pas à un transfert patrimonial. En

¹ V. *infra*, n° 57 et s. et n° 87 et s.

² F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux, thèse Paris II, 1987, n° 517 p. 694.

³ Sur la notion d'avantage en droit : v. *infra*, n° 301 et s.

⁴ V. *infra*, n° 179 et s.

effet, la plupart des contrats dits de service gratuit n'impliquent aucun transfert de valeur¹. En réalité, l'existence ou non d'un transfert patrimonial peut être déterminante de la qualification de l'opération dans l'une des catégories gratuite ou onéreuse², mais n'a pas d'incidence sur le domaine de la distinction : l'absence de transfert patrimonial n'est pas exclusive d'une qualification gratuite ou onéreuse. L'affirmation contraire relève en réalité d'une assimilation erronée et récurrente, entre la catégorie gratuite et la catégorie libérale. La détermination du domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux nécessite d'envisager plusieurs théories (A) afin de retenir la plus pertinente (B).

A. Les théories envisagées

40. Le domaine déterminé par l'émanation de la volonté - énoncé. Lorsque le juriste cherche à déterminer la nature gratuite ou onéreuse d'une opération juridique, il tente avant tout de comprendre la motivation première de celui qui en est l'auteur : quel intérêt l'anime ? Quel but poursuit-il ? Quelle est la véritable raison d'être de la situation à qualifier ? Ainsi est-il tentant de considérer que les actes juridiques sont le terrain naturel de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux puisqu'ils sont, par nature l'émanation de la volonté d'une personne juridique. Ils représentent cette volonté pure, exprimée sous des formes diverses. Mais les faits juridiques ne sont pas totalement démunis d'une telle dimension intentionnelle. Certes, ils n'ont pas pour fonction de représenter une volonté ni de conférer à celle-ci une portée suffisante à son appréhension par le droit, mais ils sont la matérialisation d'un événement qui produira nécessairement des effets de droit. Cependant il existe de nombreux faits juridiques qui portent en eux-mêmes l'expression d'une volonté personnelle. Tel est le cas notamment des faits juridiques volontaires, qui trouvent leur source dans la volonté personnelle. En somme, s'ils traduisent une volonté, les faits juridiques seraient susceptibles d'être qualifiés au regard du titre gratuit et du titre onéreux. Prenons l'exemple, rejeté bien trop vite par DUPEYROUX, des actes (matériels) dits « *de dévouement* »³. Il s'agit de purs faits, juridiques ou non selon qu'ils impliquent ou non des effets de droit, qui seraient naturellement exclus du domaine de la distinction. Pourtant, ils traduisent une intention, puisqu'il s'agit de faits provoqués. Or cette intention est qualifiable au regard du titre gratuit et du titre onéreux et se révèle plus gratuite qu'onéreuse, car la volonté qui en est à l'origine est la préférence d'autrui à soi-même. Ainsi, céder dans le métro sa place assise à une personne âgée, ou à une personne blessée, revient à préférer qu'autrui puisse s'asseoir plutôt

¹ Tel est le cas du contrat par lequel une personne en héberge une autre sans que celle-ci ne lui verse de loyer. De même s'agissant du commodat : le bien n'est pas transmis, seul l'usage en est concédé.

² V. *infra*, n° 80 et s.

³ J.-J. DUPEYROUX, « Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit », thèse Toulouse, 1955, p. 8.

que soi. Cela n'est pourtant qu'un évènement, non un acte ou un fait juridique. Mais il est empreint d'une volonté qui se révèle profondément gratuite. De même, les actes de courtoisie expriment la volonté personnelle de témoigner du respect à une personne. Faire un compliment est, de même, un fait gratuit.

41. Le domaine déterminé par l'émanation de la volonté – limites. Lorsque l'expression de la volonté fait défaut, l'opération ne serait pas classable dans la sphère gratuite ou onéreuse. Tel est le cas des actes d'exécution ne traduisant pas leur cause, au rang desquels Monsieur LUCET range les transferts de valeur isolés du fait qui les génère¹. Cela concerne également des situations juridiques impulsées par la loi. Parce que la volonté personnelle, si elle est constatable, n'est pas un élément déterminant de la situation juridique créée, celle-ci ne serait pas qualifiable de gratuit ou d'onéreux. De là naissent les premiers doutes sur la pertinence de cette théorie. Des exemples précis sèment le trouble. Ainsi, la pension alimentaire se trouverait qualifiable de gratuit ou d'onéreux. Intervenant entre époux, il serait possible de trouver son origine dans la dimension contractuelle du mariage. À ce titre, le versement d'une prestation compensatoire serait qualifiable, comme effet indirect du mariage. Mais la pension alimentaire due à un descendant ou un ascendant dans le besoin ne trouve sa cause que dans l'ordre imposé par la loi et ne serait ni onéreuse, ni gratuite. Or l'avantage ainsi conféré à autrui est tout simplement indéniable.

42. Le domaine déterminé par l'existence d'un avantage – énoncé. Le point de départ de toute réflexion sur le domaine semble finalement être le constat de l'existence d'un avantage dont jouit une personne juridique. Le terme n'est pas ici entendu au sens du résultat du rapport d'équivalence, mais comme donnée y participant¹. Toutes les situations qui n'induisent pas un avantage seraient *ispo facto* exclues du domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux. Car c'est bien la nécessité de comprendre l'origine de l'avantage qui amène naturellement à une réflexion sur la nature gratuite ou onéreuse, non de cet avantage, mais de l'opération juridique dont il est issu. Sans avantage, point de gratuité, point d'onérosité. Cette seconde prise de position implique une réflexion sur l'articulation des critères de qualification. Il semble que les critères applicables doivent s'adapter. Cette théorie étend en effet le domaine de la distinction aux opérations juridiques commandées par la loi, ainsi qu'aux faits juridiques, même involontaires, dès lors qu'un avantage, en nature ou en valeur, est constaté. Mais dans ces hypothèses, la volonté est absente ou du moins inapte à agir sur la qualification de l'opération. Or le critère intentionnel a toujours paru fondamental à la classification des actes au regard de la

¹ F. LUCET, *op. cit.*, p. 696.

distinction du titre gratuit et du titre onéreux. Seule l'étude de l'élément matériel permettrait d'opérer la classification. L'élément intentionnel, absent par principe, ne permettrait pas de comprendre la nature gratuite ou onéreuse de la situation créée.

43. Le domaine déterminé par l'existence d'un avantage – limites. Il semblerait donc qu'en matière d'opérations juridiques commandées par la loi, l'élément intentionnel n'ait pas sa place et qu'au contraire, ce soit l'élément matériel qui permette la classification. Dès lors que l'avantage conféré à autrui ne peut trouver son origine dans aucun acte juridique, ni aucune manifestation de volonté, c'est l'analyse économique de l'équivalence ou de l'inéquivalence qui seule commanderait la classification. De ces complications naissent les premiers doutes sur l'efficacité de cette théorie. Son incomplétude paraît évidente lorsque qu'elle se trouve confrontée à l'hypothèse d'une intention qui, n'ayant pas été suivie d'effet, n'aurait procuré aucun avantage constatable au sujet auquel elle s'adressait. L'intention de donner, non suivie d'effet, serait ainsi inqualifiable de gratuite...

En définitive, les deux théories se révèlent en réalité incomplètes l'une sans l'autre.

B. La théorie retenue

44. Avantage et intention. Les théories qui ont été envisagées correspondent aux critères de qualification, dont nous avons fait vœu de séparer autant que possible l'étude de celle du domaine de la classification. Mais cette stricte séparation s'est révélée impossible. En réalité, si le domaine est indépendant de la substance des critères, il est intimement lié à leur applicabilité. C'est en effet l'existence d'un avantage et d'une intention pouvant y être rattachée qui détermine le domaine de la distinction de l'opération dans son ensemble. Selon nous, la division gratuit/onéreux peut être envisagée chaque fois qu'un avantage est issu d'une situation révélant une volonté personnelle d'induire cet avantage². Peu importe que ce profit soit le but recherché par l'acte juridique ou une simple conséquence envisageable de celui-ci. Ce sont donc les critères qui, par leur applicabilité, rendent possible la classification. Ainsi, comme l'avait déjà relevé Madame MEAU-LAUTOUR, il existe une composante objective et une composante subjective dans les deux étapes du raisonnement : l'étape définissant le domaine et celle déterminant la classification par l'application des critères³.

¹ Sur les deux acceptions du terme « avantage » et leur relation au rapport d'équivalence, v. *infra*, n° 349 et s.

² L'auteur dont nous nous sentons le plus proche est donc André PONSARD dont la formule précitée laisse apparaître l'applicabilité des critères de la distinction : l'existence d'un avantage et d'une volonté personnelle pouvant y être rattachée. En effet, « *tous les actes volontaires qui créent un avantage au profit d'une personne le créent soit à titre gratuit soit à titre onéreux* » ; A. PONSARD, « Les donations indirectes en droit civil français », thèse Dijon, 1946.

³ Selon Madame MEAU-LAUTOUR : « *Certes, l'intention joue un rôle, mais c'est pour définir le domaine de la distinction* » : H. MEAU-LAUTOUR, « La donation déguisée en droit privé français. Contribution à l'étude générale

45. Avantage et rattachement aux critères catégoriques. Le constat d'un avantage, en nature ou en valeur n'est pas suffisant tant que celui-ci n'est pas induit par une volonté¹. Ce postulat semble impliquer que les avantages « commandés par la loi », ne trouvant pas leur cause proche dans la volonté personnelle soient insusceptibles de qualification. Mais la réalité est plus complexe : correspondant à l'élément matériel de la distinction, l'avantage, même indépendant de toute volonté personnelle, peut être, en lui-même, qualifié de gratuit ou d'onéreux selon qu'il correspond au critère matériel du gratuit ou de l'onéreux. Mais l'opération juridique dans laquelle il s'inscrit ne peut être, dans son ensemble, qualifiée de gratuite ou onéreuse par le seul recours au critère matériel. Ainsi, tout avantage correspond-t-il au critère matériel du gratuit ou de l'onéreux, indépendamment de son origine, mais sans intention, l'opération juridique créant un avantage ne peut en elle-même être rattachée à la catégorie gratuite. Seule la constatation d'un critère matériel onéreux ou gratuit est possible. Cet avantage ne doit pas être entendu dans une acception stricte, qui risquerait de limiter arbitrairement le domaine de la distinction. Il peut tout aussi bien exister en nature qu'en valeur, porter sur un droit réel ou personnel. Partant, il n'y a plus aucune crainte à qualifier au regard du titre gratuit et du titre onéreux des actes juridiques tels que l'émancipation ou l'adoption. La réalisation d'un avantage personnel extrapatrimonial n'est pas exclusive d'une dimension gratuite ou onéreuse. Tout au plus permet-elle de nier la dimension libérale qui suppose, elle, un transfert de nature patrimoniale. Une fois encore, la confusion entre acte gratuit et libéralité présente le risque de fausser l'analyse : lorsque le domaine du gratuit est envisagé en lui-même, indépendamment de toute qualification libérale, le raisonnement gagne en profondeur, en pertinence et en crédibilité.

46. Volonté et rattachement au critère catégorique. Le constat d'une volonté personnelle est également insuffisant pour une qualification pertinente, car si elle ne crée aucun avantage, la gratuité ou l'onérosité de l'opération n'est pas concrétisée. Une simple intention non matérialisée demeure du domaine des idées et n'est même pas appréhendée par le Droit. Mais cela ne signifie pas que l'intention, elle-même, ne participe pas d'une nature onéreuse ou gratuite. Mais l'ensemble de l'opération dans laquelle elle s'inscrit restera imperméable à toute qualification à défaut de matérialisation. Ainsi, la distinction pourrait-elle s'appliquer non seulement aux actes juridiques, mais également aux faits juridiques. Il n'existerait que deux cas

de la donation », thèse Paris II, 1983, n° 78, p.67.

¹ Elle est cependant indispensable. Sur ce point, nous n'estimons pas que l'existence de deux sacrifices soit susceptible de rendre la distinction possible lorsque tous deux sont égaux à zéro, comme le préconise Madame MEAU-LAUTOUR. Au contraire, ce n'est pas le sacrifice consenti mais bien l'avantage procuré qui commande le premier impératif de l'applicabilité de la distinction. L'élément subjectif est même à relativiser : le sacrifice n'est souvent pas considéré comme tel par celui qui le subit.

dans lesquels un acte ou un fait juridique volontaire pourrait être exclu du domaine d'application de la distinction. La première hypothèse correspond à la situation dans laquelle l'acte ou le fait juridique volontaire produit un bénéfice qu'il n'a, non seulement pas recherché, mais encore pas envisagé, ni soupçonné. Ce bénéfice « inédit », issu de l'acte ou du fait, n'étant pas considéré par les parties lors de l'opération, ne peut fonder une qualification gratuite ou onéreuse de l'opération dans laquelle elle s'inscrit, car l'intention des parties, donc l'élément subjectif nécessaire à la qualification, ne s'est pas manifesté. La seconde hypothèse correspondrait à une situation dans laquelle le but poursuivi par les parties à l'acte ou au fait juridique volontaire ne s'est pas réalisé. Il s'agirait d'un échec pur et simple à réaliser l'avantage espéré.

47. Actes et faits non juridiques. S'il est permis d'effectuer une analyse naturelle du domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux, elle doit précéder son appréhension par le droit. Ce n'est pas parce que la situation considérée est ou non juridique qu'elle est susceptible de s'inscrire dans le cadre de la distinction. Les concepts sont, en eux-mêmes, gratuits ou onéreux, nonobstant le regard que le Droit porte sur eux. Ainsi, les actes et faits non juridiques, qui ne produisent aucun effet de droit, sont qualifiables, par des critères juridiques, dans le cadre de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux. Tel est le cas des actes de pure courtoisie. Nier leur dimension gratuite en raison de leur inefficacité à produire des effets de droit reviendrait à accorder à la sphère juridique une prédominance injustifiée en matière de rapports humains.

48. Distinction entre les actes juridiques. Tous les actes juridiques ne sont pas logés à la même enseigne. Certains se définissent directement par leur nature gratuite ou onéreuse. La vente et le bail, par exemple, se caractérisent essentiellement par l'onérosité. Au contraire, la libéralité est un acte purement gratuit, comme le précise la définition du Code civil¹. Pour ces actes, la distinction du titre gratuit et du titre onéreux s'avère fondamentale : elle commande à leur essence même et il n'est pas possible de les qualifier comme tels sans que ne soit expressément connue leur nature gratuite ou onéreuse. En revanche, il existe des actes pour lesquels le domaine de la distinction semble de prime abord inapproprié. JOSSERAND écrivait : « *puisque le même acte peut, suivant les conditions dans lesquelles il est intervenu, suivant les circonstances de la cause, relever du titre gratuit ou bien être tributaire du titre onéreux, et c'est le cas par exemple*

¹ Article 893 du Code civil : « *La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne* ». Les donations rémunératoires n'ont de libéral que le nom : elles sont requalifiées en opération onéreuse lorsque les critères matériel et intentionnel ne correspondent en réalité pas à la gratuité. V. Ch. GOLDIE-GENICON, « Les libéralités rémunératoires », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 347. Pour une illustration de cette situation entre époux : Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1993 : JCP 1994, I, 3785, n° 3, obs. M. STORCK ; *ibid.*, 1994. I. 3791, n° 8, obs. R. LE GUIDEC ; Defr. 1994, p. 443, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD Civ. 1994, p. 662, obs. J. PATARIN. L'appréciation souveraine est laissée aux juges du fond : Cass. com., 19 déc. 2006 : Bull. civ. IV, n° 260 ; Defr. 2007,

d'une renonciation ou d'un prêt, comment parvenir à pénétrer jusque dans les pensées secrètes du disposant et mettre à nu son état d'âme ? »¹. Certains auteurs ont ainsi pu déduire que ces manifestations de volonté étaient totalement étrangères à la distinction du titre gratuit et du titre onéreux. Mais en réalité, la nature gratuite ou onéreuse de ces actes ne commande pas à leur qualification. Elle n'est pas déterminante de leur essence. Il n'est donc pas nécessaire de les mettre à l'épreuve de la distinction pour les identifier. Cela ne signifie pas qu'ils ne soient ni gratuits, ni onéreux. Mais leur implication dans ce domaine de classification s'avère stérile, puisque leur nature propre n'en dépend pas directement. Pour autant, ils demeurent des manifestations de volonté créatrices d'avantages et, en tant que tels, sont toujours positionnables dans le cadre de cette distinction.

49. Echelle de gratuité. Il faudrait, en réalité, cesser de concevoir la distinction du titre gratuit et du titre onéreux comme deux ensembles hétérogènes séparés par une barrière infranchissable. À notre sens, il s'agit plutôt d'une échelle teintée de nuances et déterminée par la volonté inhérente à chaque acte. À l'une des extrémités de cette échelle, se situent tous les actes onéreux « par essence » ou encore, « nécessairement onéreux ». Il s'agit des actes pour lesquels l'onérosité est un élément catégorique : l'acte n'est défini en tant tel que parce qu'il est onéreux. Y déceler une dimension gratuite conduirait inéluctablement à une requalification. En progressant sur l'échelle de la distinction, se trouvent les actes « qualifiables d'onéreux ». Il s'agit des opérations juridiques qui n'ont pas « besoin », pour exister, d'être qualifiés au regard du titre onéreux et du titre gratuit, mais qui peuvent trouver leur place dans le cadre de cette distinction, parce que leur source, la volonté personnelle, peut être déterminée comme étant plutôt onéreuse et car ils confèrent un avantage onéreux. Viennent ensuite les actes « qualifiables de gratuits », qui correspondent, à l'image des précédents, à des opérations traduisant une volonté gratuite et concédant un avantage conforme au critère matériel du gratuit, sans que cela n'influe sur leur nature propre. Existente de même des actes potentiellement gratuits ou onéreux. Pour ceux-ci, la gratuité ou l'onérosité n'est ni un élément catégorique ni une condition de validité, de sorte qu'ils peuvent, selon les situations, recouvrir une nature gratuite ou onéreuse. Monsieur GUEVEL écrit en ce sens : « *les actes à titre gratuit qui répondent à la volonté de rendre un service (mandat, gage, cautionnement, dépôt (...)) appelés encore contrats de bienfaisance, ne sont pas des libéralités ; d'ailleurs, ils peuvent être conclus à titre onéreux, la gratuité de principe n'étant que supplétive* »². Enfin, l'aboutissement de l'échelle de la distinction voit poindre les actes

p. 1239, obs. A. CHAPPERT ; RTD Civ. 2007, p. 603, obs. M. GRIMALDI.

¹ L. JOSSERAND, « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », thèse 1928, Dalloz 2006, n° 295, p. 372.

² D. GUÉVEL, « La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ? », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux », Dalloz 2009, p. 229, spé n° 10, p. 234.

« essentiellement gratuits », dont la nature gratuite est indispensable à la qualification de l'acte : elle en est une donnée catégorique. Dans ces actes, se trouvent notamment les libéralités, qui incluent la gratuité comme élément catégorique.

50. Opérations potentiellement gratuites ou onéreuses. La difficulté posée par cette échelle de mesure se trouve dans les catégories « plutôt gratuit » ou « plutôt onéreux ». La classification au regard du titre gratuit et du titre onéreux n'est pas ici déterminante de l'existence ou de la nature réelle de l'acte. Cela ouvre la voie aux discussions. Pour certains, l'acte reflète plus une intention gratuite qu'onéreuse. Pour d'autres au contraire, c'est l'onérosité qui prime. En réalité, tout dépend des circonstances : sans perdre sa qualification, l'acte peut être consenti à titre gratuit ou à titre onéreux. En revanche, les catégories d'actes « nécessairement gratuits » ou « nécessairement onéreux » ne peuvent souffrir, sous peine de requalification, une dimension qui ne serait pas de leur essence : cela est dû à leur composition intrinsèque¹.

Peuvent être placés dans la catégorie « potentiellement gratuits ou onéreux » des contrats bien connus tels que le prêt à usage ou le mandat. S'agissant du prêt à usage, le Code civil le définit comme « *le contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi* »². Cette définition n'inclut en rien une nature essentiellement gratuite ou onéreuse³. Cependant dans un souci de clarté, les rédacteurs du Code civil ont cru bon de préciser que « *ce prêt est essentiellement gratuit* »⁴. L'adverbe « essentiellement » rend compte d'une conception sociétale du contrat de prêt, qui avait initialement pour fonction de rendre service à autrui. Mais cet acte n'est pas exclusif de toute onérosité. Ainsi, sans perdre la qualité de prêt, l'opération peut être onéreuse lorsque « *le prêteur et le commodataire peuvent l'un et l'autre éventuellement retirer un avantage de l'utilisation du véhicule aux fins convenues* »⁵. C'est dire que la définition du prêt ne repose pas sur sa nature gratuite⁶. En revanche, lorsque la mise à disposition du bien trouve une contrepartie dans le versement d'une indemnité, l'acte est non seulement onéreux, mais de surcroît il n'est plus un prêt, le bénéficiaire n'étant plus assujéti à une simple charge de restitution, mais à une véritable obligation de payer⁷. La requalification en bail s'impose alors. S'agissant du mandat, le Code civil

¹ V. *infra*, n° 52 et s.

² Article 1875 du Code civil.

³ *Contra* : S. DEVILLE, « L'objet de la libéralité », thèse Toulouse 2009, n° 216.

⁴ Article 1876 du Code civil.

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 9 mai 1966 : Bull. civ. I, n° 272, p. 210 ; JCP 1966, IV, 90. Cependant certains auteurs estiment que le prêt à usage est incompatible avec l'onérosité : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, et P.-Y. GAUTIER, « Les contrats spéciaux », Defr., 6^{ème} éd., 2012, n° 910, p. 534.

⁶ *Contra* : D. GUÉVEL, art. précit., n° 27, p. 240.

⁷ La jurisprudence fourmille d'exemples et ne limite pas la requalification au paiement d'une indemnité, mais inclut diverses modalités de paiement : Cass. Soc., 31 janv. 1958 : D. 1958, p. 449 ; CA Nancy, 31 janv. 2000, Juris-Data n° 2000-130691 : JCP 2001, IV, 1959 ; Cass. 3^{ème} civ., 22 oct. 2003 : Revue des loyers et fermages, 1^{er} déc. 2003, n° 842, M.-O. VAISSIE ; Loyers et copropriété 2004, n° 1, p. 11, note B. VIAL-PEDROLETTI ; PA 11 oct. 2004, chron. n°

le définit comme l'« acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom »¹. Là encore, le principe reste la gratuité de l'opération. Mais les parties peuvent en convenir autrement et, prévoyant une rémunération pour le mandant, conférer à l'acte une dimension onéreuse sans que les éléments catégoriques ne soient remis en cause². Le dépôt connaît aussi cette alternative. Gratuit par principe, il peut s'avérer onéreux dans les conditions posées par l'article 1928 du Code civil³. L'importance du dépôt onéreux est telle que les juges admettent parfois des présomptions d'onérosité, lorsqu'il est de nature commerciale et effectué par un professionnel⁴.

51. Difficultés. Certains auteurs considèrent qu'il existe des actes n'ayant pas vocation à s'inscrire dans la distinction. En réalité, aucun acte ou fait juridique traduisant une volonté et produisant un avantage n'échappe à la distinction du titre gratuit et du titre onéreux. Mais ce qui rend le placement sur cette échelle délicat, et donc leur rapport à la distinction douteux, c'est l'interprétation même de la volonté, qui se trouve parfois impossible. Le contractant a toujours un intérêt à l'acte : soit cet intérêt le concerne personnellement (il agit pour lui), soit il concerne autrui (il agit alors pour d'autres), soit encore, il intéresse à la fois autrui ou soi-même. Dans tous les cas, chaque manifestation de volonté peut en elle-même être qualifiée au regard du gratuit et de l'onéreux, car elle correspond toujours au critère intentionnel du gratuit ou au critère intentionnel de l'onéreux. Les faits juridiques peuvent également se positionner sur l'échelle de nuance titre gratuit ou onéreux. De nombreux exemples permettent d'en attester, telle la création d'avantages indirects, de nature gratuite, par des faits juridiques ou le respect d'un usage⁵. En revanche, il n'existe pas, à notre connaissance, de faits juridiques « nécessairement gratuits », c'est-à-dire d'événements dont la qualification juridique dépend de leur nature gratuite ou onéreuse. Cela tient sans doute à l'absence de classification des faits juridiques⁶.

En définitive, les incertitudes sur le domaine de la distinction et les confusions souvent opérées avec les critères de qualification permettent de comprendre que la distinction du titre gratuit et du titre onéreux ne peut s'appliquer qu'aux situations juridiques comprenant tout à la

203, p. 5 ; JCP 2003, IV, 2963 ; JCP E 2004, n° 17, p. 670, note N. FERRIER ; Defr. 2004, p. 445, obs. J.-L. AUBERT ; RTD Civ. 2004, p. 362, obs. J.-B. SEUBE ; Cass. 3^{ème} civ., 17 oct. 2007 ; JCP N 2008, n° 5 p. 34, obs. J.-J. BARBIERI ; RTD Civ. 2008, p. 383, obs. J.-B. SEUBE.

¹ Article 1984 du Code civil.

² Article 1986 du Code civil. Une présomption d'onérosité est cependant possible en faveur des personnes qui font profession de s'occuper des affaires d'autrui : Cass. 2^{ème} civ., 24 oct. 1958 ; Bull. civ. II, n° 653, p. 430.

³ « *La jurisprudence semble finalement avoir accepté que l'absence de gratuité ne déqualifie pas le contrat de dépôt* » : D. GUÉVEL, art. précit., n° 27, p. 240.

⁴ Cass. 1^{ère} civ., 5 avr. 2005 ; Bull. civ. I, n° 165 ; RCCC, 2005, n° 148, obs. L. LEVENEUR.

⁵ Pour les avantages indirects, V. *infra*, n° 312.

⁶ Seule existe la distinction entre fait juridique volontaire et involontaire. Il n'existe pas de fait juridique « nommé » comme il existe des « contrats nommés ».

La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux

fois un critère matériel et un critère intentionnel. Le simple constat d'un avantage et d'une volonté personnelle ne préjuge pas de la nature gratuite ou onéreuse de son opération. Il faut donc procéder par étapes : identifier les éléments matériel et intentionnel, puis les rattacher à la catégorie gratuite ou onéreuse en application de critères prédéfinis. Dans le cadre de cette première étape, il convient de mettre en pratique notre conception, en la confrontant à la libéralité entre époux et au régime matrimonial.

Section seconde : Confrontation pratique du domaine de la distinction

52. La nécessaire confrontation. La détermination du domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux a naturellement vocation à se confronter aux donations entre époux et aux avantages matrimoniaux. L'inscription de la libéralité dans le cadre de la distinction est naturelle puisque la gratuité participe de la définition même de l'acte libéral : elle se transcrit dans ses éléments catégoriques. Il en va tout autrement de l'avantage matrimonial. Une première difficulté tient à la matérialisation de cet avantage : est-il en lui-même un acte juridique ou n'est-il que le résultat d'une convention qui l'englobe et dont il n'est qu'une partie ? Convention ou effet de convention ? La seule certitude, à ce niveau du raisonnement est que l'avantage ne pourra être examiné sans référence au régime matrimonial dont il est issu. Une seconde difficulté rejoint la première : n'est-il que le résultat comptable de la différence des enrichissements de chacun ou est-il, indépendamment de toute compensation indispensable à la mise en œuvre de l'action en retranchement¹, un profit parmi d'autres conféré par la convention² ? Là encore, c'est par le recours à l'étude du régime matrimonial que nombre de difficultés de compréhension seront résolues³. L'objet de l'étude doit être bien compris : il s'agira d'expliquer pourquoi la distinction entre le titre gratuit et le titre onéreux peut s'appliquer à l'avantage matrimonial et à la donation entre époux. Les critères de qualification ne devront donc être envisagés que dans la perspective de leur applicabilité, puisque c'est elle qui commande l'étendue de la distinction. Afin de formuler des propositions (**Paragraphe second**), il conviendra de mettre en lumière les difficultés soulevées par la doctrine sur la question (**Paragraphe premier**).

Paragraphe premier : Les incertitudes doctrinales sur l'application du domaine aux avantages matrimoniaux

53. Une synthèse. Les réflexions menées sur le domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux ont rarement été indépendantes de l'étude des critères de qualification. La problématique des avantages matrimoniaux et de leur catégorisation a souvent amené à une exclusion pure et simple du domaine. La synthèse présentée ici n'est pas exhaustive et sélectionne

¹ Pour déterminer si le régime matrimonial crée au profit d'un époux un enrichissement qui dépasse la quotité disponible dont peut disposer son conjoint à son égard, il est procédé à une double liquidation : l'une, fictive, du régime légal servant d'étalon ; l'autre, réelle, du régime matrimonial effectivement choisi par les époux. Les différents avantages retirés par l'un et l'autre des époux se compensent donc et seul le profit net est imputé puis éventuellement réduit. V. *infra*, n° 364 et s.

² Sur toutes ces interrogations : V. *infra*, n° 336 et s.

³ Monsieur LUCET explique d'ailleurs très clairement que « le lien de filiation entre régime et avantage matrimonial étant direct, toute tentative d'explication de la nature juridique de l'avantage qui l'isolerait de celle du régime, serait irrémédiablement vouée à l'échec. La recherche doit donc être menée sur ce double front » : F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralité entre époux », thèse Paris II, 1987, n° 513, p. 690.

les travaux qui nous paraissent être les plus poussés et les plus pertinents sur le sujet¹.

A. L'exclusion opérée par DUPEYROUX

54. Physionomie de l'acte. S'agissant de la détermination de la nature des avantages matrimoniaux, DUPEYROUX confesse ne pouvoir se borner, dans le cadre de sa thèse, qu'à des considérations très générales². Cependant son apport ne doit pas être négligé, puisque les développements sur le régime matrimonial font suite à une étude poussée sur la distinction du titre gratuit et du titre onéreux. S'agissant de la qualification des conventions matrimoniales, il remarque en premier lieu que, indépendamment de la présence d'enfants d'un premier lit ou de la survenance d'un divorce, il est question ici de qualifier un acte juridique. L'avantage n'est pas *ipso facto* exclu du domaine de la distinction en raison de son origine. Il a naturellement vocation à s'y inscrire. Ce premier point emporte notre conviction³, sauf sur la question des avantages issus du régime légal⁴. Selon DUPEYROUX, c'est la physionomie de l'acte qui emporte son exclusion du domaine de la distinction. Il reprend pour l'écarter la théorie développée par CROIZAT, proche de celle de CARBONNIER, selon laquelle l'avantage matrimonial n'est ni gratuit ni onéreux car l'avantage issu de la liquidation est recueilli « *en qualité d'associé et non pas en qualité de cessionnaire* »⁵. L'origine du droit ainsi obtenu ne se trouve pas dans une vente (ou plus généralement dans un acte onéreux) ni dans une libéralité (ou plus généralement dans un acte gratuit), mais dans la stipulation du contrat de mariage⁶. Cette position ne convainc pas, car elle se cantonne à l'analyse du résultat de la liquidation du régime matrimonial (l'avantage) et ne se positionne pas sur la nature de la « stipulation du contrat de mariage ». De même, DUPEYROUX précise très justement qu'il est insoutenable de nier tout mécanisme translatif dans la convention matrimoniale.

La démarche utilisée par cet auteur pour l'étude de la nature juridique des avantages matrimoniaux est à l'opposé de celle que nous avons choisi d'adopter. Non seulement l'analyse du régime juridique est intimement liée à la détermination de la nature, mais de surcroît, est opéré

¹ D'autres auteurs ont partagé cette conception, V. notamment P. RAYNAUD, parlant de G. RIPERT et de JOSSERAND : « Droit Civil. Successions et libéralités. Les cours du droit », 1975, n° 76. p. 344 ; C. SAUJOT, « Les avantages matrimoniaux (Notion, Nature juridique) », RTD Civ. 1979, p. 699. Sur le sujet, v. aussi : P. HÉBRAUD, « Des contrats passés entre un futur « *de cujus* » et son héritier présomptif », in « Mélanges offerts à René Savatier », Dalloz, 1965, p. 341 et s., spé. p. 259 ; B. BEIGNIER, « Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? », in « Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit », Litec 2009, p. 33.

² J.- J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 189, p. 208, note 1.

³ Cf. *supra*, n° 65 et s.

⁴ V. *infra*, n° 374 et s.

⁵ La divergence est cependant conséquente : cette vision de la convention matrimoniale proche d'une société conduit CARBONNIER à conclure à l'onérosité des avantages matrimoniaux, alors que CROIZAT en déduit l'exclusion pure et simple du domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux.

⁶ Ch. CROIZAT, « La notion d'avantage matrimonial », Rev. crit., 1928, p. 151.

un fractionnement du concept d'avantage matrimonial. DUPEYROUX analyse en effet d'abord les conventions matrimoniales dont successivement les conventions portant sur les biens communs et les avantages sujets à déchéance en cas de divorce, puis les avantages en présence d'enfants d'un premier lit. Cette méthode permet de pointer avec clarté l'ensemble des difficultés du sujet. Mais la thèse d'une corrélation legaliste entre les règles applicables à la convention matrimoniale et sa nature profonde ne peut aujourd'hui trouver d'écho pertinent, au regard de l'évolution de la jurisprudence¹.

55. Résumé. L'analyse de DUPEYROUX peut être synthétisée comme suit :

1° Le contrat de mariage peut être qualifié au regard du titre gratuit et du titre onéreux et le droit positif présume l'onérosité ;

2° Les avantages matrimoniaux sujets à déchéance en cas de divorce ne sont pas qualifiables au regard du titre gratuit et du titre onéreux car la dimension pénale de l'ancien article 299² du Code civil ne prend pas en considération son contexte ;

3° Les avantages matrimoniaux sujets à retranchement en présence d'enfants d'un premier lit ne sont pas qualifiables au regard du titre gratuit et du titre onéreux, car il s'agit d'appliquer le régime juridique des libéralités « à un déséquilibre patrimonial envisagé en lui-même, indépendamment de tout lien avec un acte juridique »³.

56. Limites. En réalité, ce que démontre cet auteur, c'est l'inaptitude du régime juridique à trancher le débat sur la nature de l'avantage matrimonial. N'ayant pas une telle vocation, il est logique que ces textes ne puissent être efficaces dans ce domaine. Certes, l'ancien article 299 du Code civil ne prend pas en considération le contexte dans lequel naît l'avantage matrimonial, ce qui rend critiquable son assimilation à une libéralité... mais déduire de cette simple carence l'exclusion totale du domaine de la qualification revient à exiger des textes une portée qu'ils n'ont pas vocation à atteindre. Les arguments avancés convainquent difficilement le théoricien moderne méfiant quant à l'utilisation du régime juridique pour l'analyse notionnelle. De plus, il est piégeux d'étudier simultanément le contrat de mariage et son contenu. Le contrat en lui-même peut contenir des dispositions gratuites (libéralités entre époux) et des dispositions onéreuses (reconnaisances de dette)⁴. Ce n'est donc pas tant l'*instrumentum* qui doit être analysé

¹ La nature de l'avantage matrimonial ne varie pas en fonction des règles qui lui sont applicables : Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997 : Bull. civ., n° 146 ; R., p. 192 ; D. 1998, p. 303, note F. DEBOISSY ; JCP N 1997, 939, étude J. PIEDELIEVRE et 1533, note Ph. PELLETIER et P. APPREMONT ; JCP 1997, I, 4047, n° 20, obs. A. TISSERAND ; JCP 1998, I, 133, n° 10, obs. R. LE GUIDEDEC ; Defr. 1997, p. 1086, obs. G. CHAMPENOIS, et p. 1194, note A. CHAPPERT ; RTD Civ. 1998, p. 179, obs. B. VAREILLE ; Dr. fisc. 1997, n° 31-36, comm. 900, obs. J. PIEDELIEVRE.

² Plus largement, pour nous, toute disposition emportant révocation de l'avantage en cas de divorce.

³ J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 209, p. 225.

⁴ Sur le contenu du contrat de mariage et la détermination du concept de « convention matrimoniale », v. *infra*, n° 238

que le *negotium*.

Les idées présentées sont donc davantage un inventaire des difficultés, contradictions et incompréhensions sur la nature de l'avantage matrimonial que la suite logique d'une réflexion d'ensemble sur le domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux. Bien plus pertinentes, les réflexions menées par Madame MEAU-LAUTOUR sont le point d'ancrage d'une théorie très crédible sur l'exclusion des avantages matrimoniaux du domaine de la distinction.

B. L'exclusion opérée par Madame MEAU-LAUTOUR

57. Absence de sacrifice dans le mariage. Après avoir déterminé le domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux, Madame MEAU-LAUTOUR envisage la classification possible de l'avantage matrimonial¹. Elle estime qu'il n'existe pas dans l'avantage matrimonial, non plus que dans le mariage, de sacrifice antagoniste placé par les parties dans un rapport d'équivalence. Cette idée « *paraît complètement étrangère au but du mariage* ». Elle en conclut que « *l'avantage matrimonial n'est ni gratuit ni onéreux, tout simplement parce qu'il est étranger au domaine de la distinction* »².

Cette position appelle plusieurs remarques. En premier lieu, le terme « sacrifice » est inadapté³ : il ne peut s'inscrire que dans une dimension psychologique, car ce qui est matériellement déterminant au stade du domaine de la distinction ce n'est pas l'appauvrissement de l'un, mais l'enrichissement de l'autre. Seule la réalisation de l'enrichissement traduit la réalité de l'acte juridique. Si sacrifice il y a, son rôle se limite à participer à l'élément intentionnel de la classification. Le sujet a ou non l'impression de consentir un sacrifice. Le critère proposé par Madame MEAU-LAUTOUR, pourtant très bien construit, ne saurait donc nous satisfaire.

En second lieu, l'auteur a de l'avantage matrimonial, une vision très lacunaire, qui reflète un certain traditionalisme. Elle estime, en effet, qu'il s'agit « *d'un acte qui a pour but de régler les relations patrimoniales entres les époux* ». L'agencement rédactionnel rend délicat le point de savoir s'il est ici question de l'avantage matrimonial ou du régime matrimonial. Car l'avantage, considéré classiquement comme un profit, n'a pas de fonction régulatrice. Lorsqu'il est prévu à cause de mort ou plus largement pour cause de dissolution du régime, il opère un transfert de valeur qui se réalise en un instant donné. Lorsqu'il résulte du simple jeu des règles du régime⁴, il n'est le plus souvent pas envisagé en lui-même, mais induit par le régime matrimonial qui, lui, a

et s.

¹ H. MEAU-LAUTOUR, « La donation déguisée en droit privé français. Contribution à l'étude générale de la donation », thèse Paris II, 1983, n° 79.

² H. MEAU-LAUTOUR, *ibid.*

³ V. *supra*, n° 57 et s. et 87 et s.

⁴ Le Code civil emploie une formule qui est source de questionnement : l'avantage « *prend effet au cours du mariage* »

réellement vocation à « régler les relations patrimoniales entre les époux ». Madame MEAU-LAUTOUR semble donc confondre l'avantage matrimonial, envisagé comme un résultat, et le régime matrimonial, convention organisatrice, sorte de règlement intérieur des relations patrimoniales entre époux. L'emploi du vocable « acte » pour désigner l'avantage matrimonial démontre qu'elle n'a pas envisagé la problématique ci-dessus exposée sur l'appréhension juridique de cette notion.

58. Critiques sur la notion de sacrifice. Quand bien même ces imprécisions auraient été corrigées, l'affirmation de Madame MEAU-LAUTOUR semble discutable : en quoi « *cette idée de sacrifices antagonistes paraît complètement étrangère au but du mariage* »¹ ? Nous souscrivons à l'idée que le mariage ne s'effectue pas dans le dessein d'obtenir un avantage ou de consentir un sacrifice. Mais le débat se place, à notre sens, sur le terrain de la volonté personnelle et l'agencement de l'ordre de priorité. L'acte juridique n'est que rarement créé dans un but unique. Plusieurs considérations en guident l'élaboration. Si le mariage est, avant tout, un acte d'amour, il n'est nullement exempt de considérations pragmatiques qui ne sont peut-être pas les raisons principales motivant l'union, mais qui ont été acceptées par les époux. Ainsi, les règles qui régissent le mariage impliquent nécessairement des sacrifices. Les obligations de vie commune, respect, fidélité, secours, assistance, si elles sont acceptées, n'en sont pas moins des sacrifices.

Ici, la limitation traditionnelle du critère matériel de la distinction aux seuls enrichissements patrimoniaux fausse une nouvelle fois l'analyse. Une vision plus globale permet une meilleure compréhension de la gratuité, mais aussi de l'onérosité. Le mariage implique des sacrifices, même s'ils ne sont pas toujours considérés par le sujet comme une lourde contrainte. Ils se traduisent aussi dans une dimension patrimoniale, même sans qu'un enrichissement ou un appauvrissement ne puisse être constaté. Consentir à se marier implique d'accepter d'être potentiellement contraint en justice à exécuter ses obligations sous forme pécuniaire notamment. Cette épée de Damoclès, si elle ne s'abat que rarement, représente en elle-même une forme de « servitude ». De même, les droits et pouvoirs des époux « *peuvent être limités par l'effet du régime matrimonial* »² : les obligations auxquelles se soumettent les époux traduisent une forme certaine de sacrifice.

59. Critiques sur le rapport d'équivalence. Si le sacrifice paraît donc bien présent dans le mariage, et *a fortiori* dans le régime matrimonial, le rapport d'équivalence est également inhérent à l'union matrimoniale. Les règles du régime matrimonial en sont la parfaite illustration,

(article 265 issu de la Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, article 16).

¹ H. MEAU-LAUTOUR, *op. cit.*, n° 79

² Article 216 du Code civil, issu de la loi n° 65-570 du 13 juill. 1965.

mais aussi les dispositions légales du régime primaire. La réciprocité des obligations implique un rapport entre les parties. La question réside dans le fait de savoir si les sacrifices consentis s'inscrivent ou non dans une inéquivalence objective et subjective, donc dans l'interprétation des critères de la distinction. La difficulté qui existe à classer le mariage et le régime matrimonial dans une catégorie gratuite ou onéreuse ne doit pas conduire à la facilité de les exclure purement et simplement du domaine de la distinction. En tant qu'acte personnel, le mariage n'a pas nécessairement vocation à être qualifié au regard de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux, mais il peut l'être. Il n'est pas nécessairement gratuit ou onéreux mais potentiellement gratuit ou onéreux. Quant au régime matrimonial, il peut *a fortiori* s'inscrire dans le domaine de la distinction, même en retenant la délimitation proposée par Madame MEAU-LAUTOUR.

C. L'exclusion opérée par Monsieur LUCET

60. Apport doctrinal majeur. Les travaux menés par Monsieur LUCET dans sa thèse de doctorat constituent assurément l'apport le plus pertinent et le plus élaboré jamais effectué dans le cadre de l'exclusion des avantages matrimoniaux du domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux. L'auteur explique au titre de sa proposition fondamentale que « *le régime matrimonial est (...) nécessairement étranger à la distinction du titre gratuit et du titre onéreux ; il lui est antérieur* »¹. Il fait montre d'une rigueur juridique appréciable en expliquant le lien nécessaire entre régime matrimonial et avantage matrimonial et en distinguant, dans une perspective déductive, l'étude de la nature juridique de celle du régime de l'avantage². Il adopte le domaine de la distinction tel que défini par Madame MEAU-LAUTOUR : l'existence de sacrifices antagonistes placés par les parties dans un rapport d'équivalence, à condition d'entendre que l'un des sacrifices puisse être égal à zéro. Il tire de ce postulat la conséquence que trois conditions doivent nécessairement être réunies pour qu'un acte puisse entrer dans le cadre du domaine. Seule la première condition, à savoir l'existence de sacrifices, serait remplie s'agissant du régime matrimonial. En cela, il se distingue de Madame MEAU-LAUTOUR qui affirmait que l'idée de sacrifices antagonistes paraît complètement étrangère au but du mariage¹.

61. Absence d'antagonisme des sacrifices – critère principal. Le débat porte sur la signification exacte du terme « antagonisme », dont dépend le domaine de la distinction. A ce sujet, Monsieur LUCET dépasse la vision de Madame MEAU-LAUTOUR et exige, plus qu'une

¹ F. LUCET, *op. cit.*, n° 416, p. 578.

² F. LUCET, *op. cit.*, n° 513, p. 690 et s. : « *Lorsque le régime matrimonial lui-même aura été situé au regard de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux, la détermination de la nature juridique de l'avantage matrimonial ne présentera plus aucune difficulté* ». Le reproche adressé à Madame MEAU-LAUTOUR sur la « confusion » entre les deux notions ne pourra donc pas être imputé à Monsieur LUCET, ce qui rendra plus pertinent le débat de fond.

simple réciprocité, une véritable « rivalité qui se traduit par une lutte »². Cette vision guerrière de l'acte juridique ne saurait suffire à exclure le régime matrimonial du domaine de la distinction tel que conçu par Madame MEAU-LAUTOUR. Monsieur LUCET explique même que la notion d'antagonisme ne fait l'objet d'aucun consensus doctrinal, ce qui est, à notre sens, une preuve supplémentaire de la fébrilité de cette conception du domaine. Car l'antagonisme tel que conçu par Madame MEAU-LAUTOUR, à qui revient le privilège créationniste, n'exclut point la réciprocité des obligations issues du régime matrimonial et même du mariage. Nous nous sentons plus en accord avec la vision de cette dernière. La position de Monsieur LUCET fait de l'acte juridique une zone de combat où s'affrontent des intérêts divergents. Or cette lutte se situe, selon nous, hors du cadre conventionnel : elle le précède et s'inscrit dans la phase de négociation précontractuelle. L'acte juridique, une fois abouti, symbolise plutôt la victoire de la paix, l'entente des parties sur divers points, ceux pour lesquels aucun terrain d'entente n'a été trouvé étant d'office exclus du contrat. Même si le rapport de force antérieur se lit souvent dans la convention et que l'une des parties retire de l'accord de volonté davantage de satisfactions que l'autre, le compromis est matérialisé dans l'acte. Il se traduit par la réciprocité. Cela est particulièrement vrai au sujet de régimes matrimoniaux. Le doyen BEIGNIER a écrit : « quant à parler de « sacrifices », c'est une surprenante vue individualiste de l'union matrimoniale »³, celle-ci étant gouverné par l'*affectio conjugalis*⁴.

62. Antagonisme et communauté. Plus loin, Monsieur LUCET affirme, cette fois de manière plus convaincante, que « la perspective communautaire détruit l'antagonisme des sacrifices »⁵. En réalité, tout dépend une fois de plus de la notion retenue du vocable « antagoniste ». Celui-ci peut être également interprété comme signifiant « agir dans un sens opposé »⁶ ou dans un effet contraire⁷. Or il nous semble que ce second sens est plus adapté au cadre conventionnel. Chaque sacrifice ou obligation est antagoniste de l'autre, non parce qu'il lui est contraire en substance, mais parce qu'il lui répond et se dirige dans un sens différent⁸.

¹ V. *supra*, n° 57 et s.

² F. LUCET, *op. cit.*, p. 721.

³ B. BEIGNIER, « Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? », in « Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit », Litec 2009, p. 33, spé. p. 38.

⁴ Sur l'*affectio conjugalis*, v. P. HÉBRAUD, « Des contrats passés entre un futur « *de cuius* » et son héritier présomptif », in « Mélanges offerts à René Savatier », Dalloz, 1965, p. 341 et s., spé. p. 259.

⁵ F. LUCET, *op. cit.*, p. 723.

⁶ V. notamment dictionnaire « Nouveau petit Le Robert », 1993, v° *Antagonisme*.

⁷ L'exemple le plus souvent cité pour illustrer la notion d'antagonisme hors du contexte de lutte est celui des muscles, par exemple ceux du bras. Le mouvement qu'impriment respectivement le biceps et le triceps est opposé, puisque lorsque l'un passe en extension, l'autre se trouve en flexion. Ce qui caractérise leur antagonisme n'est donc ni plus ni moins que leur complémentarité, non la lutte ou la rivalité qu'ils se livrent.

⁸ La notion de réciprocité sert surtout la détermination de la catégorie synallagmatique ou unilatérale de l'acte, non la distinction entre le titre gratuit et onéreux. Selon Monsieur SERIAUX, l'espèce synallagmatique s'illustre par référence aux notions de réciprocité et de connexité : A. SERIAUX, « La notion de contrat synallagmatique », in « Le

Ramenés à la perspective communautaire, les sacrifices sont donc antagonistes puisque lorsque le mari fait « œuvre communautaire » il traduit un mouvement allant de son patrimoine¹ vers celui de la communauté (ce qui va dans le sens de l'intérêt de sa conjointe) et lorsque c'est l'épouse qui « participe à l'un des phénomènes à but communautaire »², elle traduit au contraire un mouvement allant de son patrimoine vers la masse commune (ce qui est plus profitable à son mari qu'à elle). C'est donc le mouvement de l'un vers l'autre ou de l'autre vers l'un qui traduit l'antagonisme. Celui-ci est inhérent à tout acte juridique. L'idée de Monsieur LUCET selon laquelle le domaine de l'antagonisme des sacrifices se réduit d'autant que le régime use de mécanismes communautaires, est donc contestable³. Il en est de même pour la conséquence logique de cette affirmation qui est la marginalisation de l'acte juridique entre époux. En effet, l'acte juridique existe ou n'existe pas. Il ne se marginalise point du fait de son contenu. Le régime matrimonial est en soi une convention, au même titre que le mariage. Le lien nécessaire que les deux époux entretiennent avec la loi ne réduit pas l'existence de la volonté personnelle, mais lui ôte son rôle créateur du contenu et le cantonne à un rôle d'acquiescement.

De même, nous nous opposons à l'idée que plus le régime est séparatiste, plus grande est la place faite à l'antagonisme des intérêts. Cet antagonisme existe toujours, pourvu que l'on entende cette expression dans un sens étendu à la réciprocité. En réalité, c'est la conception même de l'acte juridique qui nous semble erronée.

63. Absence de rapport d'équivalence entre les sacrifices – critère secondaire.

L'analyse menée par Monsieur LUCET semble biaisé par une interprétation de ce qu'il présente comme étant la troisième condition nécessaire à la détermination du domaine de la distinction. En effet, l'auteur recherche, notamment dans le régime légal, l'existence d'un rapport d'équivalence objectif ou subjectif⁴. Or Madame MEAU-LAUTOUR n'a pas déterminé, au stade du domaine, la nature objective ou subjective du rapport d'équivalence, qu'elle place dans la seconde étape du raisonnement relative aux critères de distinction. De surcroît, elle semble entendre que le rapport d'équivalence peut toujours être apprécié de manière objective ou subjective. Partant sur ces bases, il convient donc, au stade de la détermination du seul domaine, de rechercher l'existence d'un rapport d'équivalence, sans en définir l'appréciation objective ou subjective.

Monsieur LUCET démontre avec pertinence que le régime dit légal ne contiendrait

contrat au début du XXI^{ème} siècle : mélanges offerts à Jacques Ghestin », LGDJ, 2001, p. 777. La jurisprudence indique qu'existe dans l'acte synallagmatique « une interdépendance réciproque des obligations » : Cass. com., 29 juin 1981 : Bull. civ. IV, n° 297.

¹ Ou même plus largement de sa personne, puisque l'idée de communauté matrimoniale dépasse selon nous le strict cadre patrimonial.

² F. LUCET, *op. cit.*, n° 540 p. 722.

³ F. LUCET, *op. cit.*, n° 560 p. 741.

⁴ F. LUCET, *op. cit.*, n° 536 p. 720 et n° 544 et s.

d'équivalence objective que s'il existait « *une relation de stricte proportion (...) entre les sacrifices que chaque conjoint a déployés, et l'enrichissement que chacun d'eux retire du fonctionnement du régime* »¹. Mais ce faisant, il exclut le régime de communauté réduite aux acquêts de la sphère onéreuse, non du domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux. Concernant l'équivalence subjective, l'auteur l'exclut d'office en matière de régime légal, ce qui ne nous paraît absolument pas viable, car cela nie la dimension contractuelle du régime matrimonial quel qu'il soit². Monsieur LUCET s'appuie sur une ancienne jurisprudence qui indique que s'agissant des profits issus du partage, l'intention des époux n'a pas à être recherchée³. D'une part, l'ancienneté de cette décision lui fait perdre de sa portée, notamment eu égard aux nombreuses évolutions jurisprudentielles, légales et doctrinales sur la question de la nature de l'avantage matrimonial. D'autre part, affirmer que le rôle du juge n'est pas de rechercher la teneur de la volonté des parties ne nie pas l'existence de cette volonté. Cela signifie simplement que l'avantage matrimonial étant un profit objectif, seules les dispositions du régime comptent et non l'extension opérée par l'interprétation de la volonté.

64. Critique du critère secondaire : existence du rapport d'équivalence. Monsieur LUCET explique clairement que le fondement de sa théorie se trouve dans le défaut d'antagonisme des sacrifices et que l'absence d'équivalence objective ou subjective n'est pas déterminante. Mais ce rapport d'équivalence existe bel et bien dans le régime matrimonial, même légal. Dès lors que les parties acceptent de se soumettre à un corps de règles, elles en conçoivent la teneur. S'agissant d'un acte synallagmatique, la considération des obligations souscrites par l'autre n'est pas étrangère à l'appréciation des obligations auxquelles chacun se soumet. L'interprétation restrictive effectuée par Monsieur LUCET de la détermination du domaine proposée par Madame MEAU-LAUTOUR le conduit à nier la gratuité ou l'onérosité d'opérations pourtant clairement définies, telles que le legs universel. Cela s'expliquerait par l'unilatéralisme de l'acte juridique... De telles propositions sont aujourd'hui insoutenables, notamment au regard de la définition proposée par le Code civil de la libéralité, qui inclut la gratuité dans ses éléments catégoriques.

L'exposé des théories relatives à la confrontation des avantages matrimoniaux au domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux a pu démontrer leur incomplétude. L'application des critères retenus pour la délimitation du domaine aux notions étudiées apparaît comme la suite logique du raisonnement.

¹ F. LUCET, *op. cit.*, n° 546 p.728.

² V. *infra*, n° 66 et s.

³ CA Caen, 21 nov. 1868 : S. 1869, II, p. 262.

Paragraphe second : La théorie proposée : avantages matrimoniaux et donations entre époux qualifiables au regard du titre gratuit et du titre onéreux

65. Applicabilité des critères et dimension conventionnelle. La démonstration de l'applicabilité de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux aux avantages matrimoniaux passe nécessairement par la caractérisation des critères qui en déterminent le domaine (B). Mais une telle prise de position se doit d'être renforcée par une référence plus fédératrice à l'acte juridique (A).

A. L'origine conventionnelle des libéralités et des avantages matrimoniaux

66. Origine conventionnelle de l'avantage. L'avantage matrimonial, traditionnellement considéré comme « *une convention de mariage et entre associés* »¹ dispose indubitablement d'une origine conventionnelle, sauf à nier sa qualification. L'existence d'une convention semble être un outil permettant une délimitation efficace entre des profits constitutifs d'un avantage matrimonial et les autres qualifications envisageables, notamment les bénéfices résultant de faits juridiques ou commandés par la loi. Le débat se déporte donc, non sur l'origine conventionnelle de l'avantage matrimonial, mais sur celle de son support, soit le régime matrimonial. De réelles difficultés sont soulevées sur ce point.

L'origine conventionnelle des régimes matrimoniaux autres que le régime légal n'est contestée par aucun auteur de doctrine et aucune décision de jurisprudence. L'acte notarié qu'est le contrat de mariage est le garant probatoire de cet accord de volontés. Les profits tirés du fonctionnement d'un régime stipulé par contrat de mariage sont donc naturellement considérés comme issus d'un acte juridique². De même, l'origine conventionnelle des libéralités, fussent-elles entre époux, n'est absolument pas remise en question. La libéralité est avant tout un acte juridique, soumis au droit commun des conventions, qu'elle soit un contrat, comme la donation, ou un acte unilatéral comme le testament. Les partisans d'une universalité modérée³ de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux s'accordent donc pour estimer que la libéralité et l'avantage matrimonial issu d'un régime conventionnel sont naturellement qualifiables au regard du titre gratuit et du titre onéreux. De même, les partisans d'une application de la distinction à

¹ I. DAURIAC, « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 25. Cette terminologie est d'origine légale : ainsi en disposent l'article 1525 du Code civil relatif à la stipulation de parts inégales et à la clause d'attribution intégrale et l'article 1516 du même code concernant le préciput. Sur la nécessité de dépasser cette vision étroite de l'avantage matrimonial, v. *infra*, n° 411 et s.

² L'article 1527 du Code civil présente d'ailleurs les avantages matrimoniaux comme étant issus des communautés conventionnelles. Les régimes conventionnels sont donc le terrain privilégié de ces avantages.

³ Cette expression empruntée à Monsieur LUCET désigne l'ensemble des partisans d'une distinction du titre gratuit et du titre onéreux applicable à tous les actes juridiques, mais non aux faits juridiques même volontaires.

certaines actes juridiques en particulier, en ce qu'ils adoptent comme critère l'existence d'un transfert patrimonial, n'excluent que rarement ces deux actes du domaine de la distinction.

67. Origine conventionnelle du régime légal. En ce qui concerne le régime dit légal, un consensus semble s'être formé autour de l'idée que la loi joue ici un rôle perturbateur¹. Sans trancher trop tôt le débat sur l'existence d'avantages matrimoniaux dans le régime légal, notons que les développements que nous avons menés permettent de s'opposer à l'idée commune selon laquelle « *la limitation du titre gratuit et du titre onéreux aux actes juridiques à incidence patrimoniale, implique (...) que le régime légal soit exclu du domaine de cette distinction* »². Selon RIPERT et BOULANGER, les avantages issus du régime légal « *ne proviennent pas d'un acte juridique. On pourrait dire sans doute que la communauté légale a été adoptée implicitement par les époux, mais ce serait un singulier abus de l'autonomie de la volonté* »³. DUPEYROUX écrit, à propos d'avantages matrimoniaux consentis en présence d'enfants d'un premier lit : « *Comment voir une libéralité dans ce pur déséquilibre indépendant de tout acte juridique ?* »⁴.

Monsieur LUCET écrit à propos du régime légal qu'il ne peut exister d'équivalence subjective effectuée par les parties, dans la mesure où « *la plupart des époux soumis à ce régime n'ont manifesté aucune volonté et qu'ils ignorent, en règle générale, l'économie du régime légal* ». D'une part il nous semble délicat d'utiliser un critère aussi mathématiquement imprécis pour fonder une théorie juridique : « la plupart » laisse penser que certains époux effectuent cette mise en lumière de l'équivalence subjective. D'autre part, nier toute manifestation de volonté dans l'établissement du régime matrimonial revient à nier le principe même de liberté des conventions matrimoniales et le caractère non-impératif du régime légal⁵. Ce qui n'est imposé par la loi peut l'être par la volonté personnelle. Or, en matière de régime matrimonial, la loi n'impose pas : elle propose. Certes, dans le régime légal, les volontés personnelles ne vont pas jusqu'à élaborer la convention, qui est « régie par la loi », mais l'applicabilité de cette convention en dépend totalement. Ainsi, ne pas opter pour un régime conventionnel revient à manifester une volonté de ne pas choisir et d'être soumis à un corps de règles prédéfinis. Monsieur LUCET, qui pourtant refuse de considérer que l'avantage matrimonial puisse être classé au sein du titre gratuit et du titre onéreux, reconnaît que « *la référence au mécanisme générateur du régime constitue un*

¹ Sauf POTHIER : R.-J. POTHIER, « Traité des obligations », Paris, Dalloz, 2011, préf. J.-L. HALPÉRIN.

² F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987, n° 525 p. 705 (à propos de la théorie du doyen CARBONNIER sur le domaine de la distinction).

³ M. PLANIOL, « Traité élémentaire de droit civil », t. III par G. RIPERT et J. BOULANGER, Paris, LGDJ, 1946, n° 2766.

⁴ J.-J. DUPEYROUX, « Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit », thèse Toulouse 1955, p. 223.

⁵ Article 1387 du Code civil : « *La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, 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* ».

facteur de division d'une notion, celle de régime matrimonial, dont l'unité n'est pas douteuse »¹.

68. Nature conventionnelle du régime légal. En réalité, il n'est pas illogique de considérer que le régime dit « légal » est une convention librement choisie entre les parties². Même si elles n'en ont pas déterminé elles-mêmes le contenu, elles ont manifesté la volonté d'y souscrire, à la manière d'un contrat dit d'adhésion³. Quand bien même les époux ne se seraient absolument pas préoccupés de la teneur du régime matrimonial qui leur aurait été appliqué, la décision de ne pas choisir est un choix. Ne dit-on pas que le régime matrimonial fait partie intégrante, voire principale, de la convention matrimoniale⁴ ? Cette idée est confirmée par la jurisprudence relative à la modification du régime matrimonial : même lorsque les époux passent d'un régime « conventionnel » au régime dit légal, le changement de régime dispose d'une nature contractuelle⁵.

L'argument souvent avancé au soutien de cette exclusion commune du régime légal de la sphère contractuelle est la terminologie employée qui induit que la source de ce corps de règles est la loi elle-même, non la volonté des parties. Mais il nous semble cependant que la désignation du régime de communauté réduite aux acquêts en tant que corps de règles supplétif⁶ n'est que l'organisation par la loi de la nécessité imposée par le mariage de l'organisation patrimoniale de la famille via un régime matrimonial⁷. Par cette désignation, la loi opère un habile équilibre entre la nécessité d'un régime matrimonial applicable aux époux et la simplification des démarches aux futurs époux. En effet, tout couple marié doit nécessairement se soumettre à un régime matrimonial. Mais le législateur n'a nullement voulu contraindre les époux à élaborer un contrat de mariage⁸. Dans le cas d'un régime dit conventionnel, l'étape notariale est obligatoire. Toute l'astuce de la désignation supplétive réside dans la proposition légale d'un régime correspondant aux aspirations de la grande majorité des couples français⁹ sans les contraindre à des lourdeurs

¹ F. LUCET, *op. cit.*, p. 705. Nous soulignons.

² Ce constat sera par ailleurs démontré par la réunion des quatre conditions nécessaires à toute convention : l'objet, le consentement, la capacité et la cause. Certains courants doctrinaux s'orientent en ce sens : cf. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, « Les régimes matrimoniaux », Paris, Defrénois, 2010, 3^{ème} éd., n° 218. Le droit international privé va également en ce sens : v. *infra*, n° 388.

³ Dans ce type de contrat, le contenu n'est pas négociable et la manifestation de volonté se limite à une acceptation ou à un refus. La nature contractuelle n'est nullement remise en cause dans ces hypothèses. Pourquoi le serait-elle en matière de régime légal ?

⁴ Sur la notion de convention matrimoniale et sa relation au régime, v. *infra*, n° 238 et s.

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 1997, n° 94-20.276 : Bull. civ. I, n° 20 ; R., p. 191 ; D. 1997, 273, rapp. X. SAVATIER ; JCP 1997, II, 22912, note E. PAILLET et 1997, I, 4047, n° 12, obs. G. WIEDERKEHR ; Defr. 1997, p. 420, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD Civ. 1997, p. 985, obs. B. VAREILLE.

⁶ Article 1387 du Code civil.

⁷ Ainsi l'instauration d'un régime légal ne fonde pas l'obligation de se soumettre à un régime matrimonial : elle en assure l'effectivité.

⁸ Principalement pour préserver l'attractivité du mariage, aujourd'hui concurrencé par des formes d'unions conjugales au formalisme bien moins lourd, notamment le Pacte Civil de Solidarité (articles 515-1 et s. Cciv.).

⁹ En 1962, 83% des mariages se font sans contrat ; le pourcentage des contrats par rapport aux mariages est passé de 40% en 1862 à 17% en 1962 : J. -P. POISSON, « Statistiques françaises des régimes matrimoniaux », Journal de la

procédurales. Cette simplification permet de décharger les époux d'une élaboration savante et, partant, contribue à préserver l'attractivité du mariage. Ce qu'il ne faut jamais oublier, c'est que le régime légal n'est autre qu'une proposition faite aux futurs époux qui sont certes incités à y souscrire, mais n'y sont jamais contraints. Il existe en droit d'autres hypothèses dans lesquelles un contrat est imposé aux parties : l'assurance en matière de véhicule automobile ou pour l'habitation en est le parfait exemple. La nature conventionnelle n'est nullement mise en cause par la nécessité imposée par la loi de s'assurer contre le risque.

La confusion de nature entre le régime dit légal et les régimes dits conventionnels vient peut-être de ce que ces derniers sont clairement formalisés dans un *instrumentum*, qui plus est notarié¹. L'absence de contrat de mariage a laissé libre cours à la croyance selon laquelle il n'existait aucune convention matrimoniale. C'est omettre que l'acte notarié n'est qu'un contenant, aux avantages probatoires indéniables, qui préjuge de l'existence de convention et facilite la détermination du contenu, donc l'interprétation de la volonté personnelle des époux. En aucun cas l'absence d'acte notarié ou sous seing privé ne présuppose l'inexistence de l'acte juridique. Le régime matrimonial, même s'il est organisé par la loi, reste d'origine conventionnelle. Il en est de même pour toutes les dispositions qui intéressent le mariage. La dimension contractuelle du mariage fait de ces dispositions les composantes d'une sorte de contrat d'adhésion, c'est-à-dire dont le contenu est imposé selon la politique du tout ou rien.

69. Double origine conventionnelle du régime matrimonial. Deux origines conventionnelles des règles régissant les rapports entre époux peuvent être distinguées. D'une part, le mariage est en lui-même un contrat². Selon une vision communément admise, les époux « *sont liés par un contrat qui emporte adhésion à l'institution du mariage* »³. Cette formule explique, à elle seule, la réalité et la complexité de l'origine du mariage. Il est certes une institution, mais à laquelle on ne peut accéder que par un contrat. De surcroît, cette convention « *emporte adhésion* », ce qui signifie que les parties ne sont pas libres de choisir la teneur des règles qui les gouverneront : le mariage est donc un contrat d'adhésion. Il faut se garder de toute confusion entre l'impossibilité pour les parties de créer elles-mêmes le *negotium* de l'acte et

société statistique de Paris, tome 106 (1965), p. 272. De nos jours, 89% des couples mariés sont soumis au régime légal de communauté réduite aux acquêts : A. BARTHEZ et A. LAFERRERE, « Contrats de mariage et régimes matrimoniaux : le patrimoine des français, comportements et disparité », in « Economie et statistique », 1996, n° 296, p. 127 et s.

¹ Sur l'*instrumentum* des conventions matrimoniales, v. *infra*, n° 215 et s.

² Ainsi, « *la figure du mariage, dans sa dimension mystique, hante toujours le droit des contrats* » : M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD Civ. 1995, p. 573 ; V. aussi J. CARBONNIER, « On contracte comme on se marie », in « Droit civil, Les obligations », t. 4, coll. Thémis, PUF, 1993, n° 22, p. 57.

³ S. MIRABAIL, « Le couple » in « La famille que je veux, quand je veux ? Evolution du droit de la famille », sous la direction de C. NEIRINCK, Erès 2003, p. 29.

l'absence totale d'acte juridique. Le mariage implique nécessairement une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit. La loi civile elle-même défend cette dimension contractuelle au travers de textes d'importance considérable tel l'article 146 du Code civil qui dispose « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement* ». La sanction est ici la nullité absolue. Si l'un des époux seulement était animé d'une réelle intention matrimoniale, la théorie du mariage putatif permet de préserver les effets de cette manifestation de volonté¹. De même, le système du mariage à titre posthume élaboré par l'article 171 du Code civil permet de sauvegarder la volonté non équivoque de contracter mariage, quand bien même toutes les formalités de célébration n'auraient pu être exécutées en raison du décès de l'un des futurs époux².

Dès lors, toutes les règles applicables aux époux indépendamment de leur régime matrimonial, notamment celles énoncées aux articles 203 et suivants du Code civil : les devoirs de secours, d'assistance, de respect, de fidélité et de vie commune ont une origine contractuelle. Les dispositions du régime primaire, d'ordre public, sont elles aussi des obligations nées de la contraction du mariage³. L'énoncé de ces règles par le Code civil et leur caractère impératif rappellent que le mariage est également une institution et que c'est la loi qui le régit. De telles réflexions mériteraient de plus amples développements sur la nature réelle du mariage. Mais pour notre étude, il suffira de constater que le mariage n'est pas dépourvu de dimension conventionnelle et, à ce titre, semble donc pouvoir être qualifié au regard de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux.

70. Une convention dans la convention ? Le mariage, revêtant une dimension contractuelle, oblige les époux à se soumettre à régime matrimonial. À cet égard, le rôle de la volonté des parties est accru : ils ne se contentent plus uniquement d'accepter de se soumettre à un corps de règles prédéfinies, mais ils en déterminent la teneur. Cette liberté dans le *contenu* des règles qui régiront leurs rapports patrimoniaux définit selon nous le périmètre de la notion de

¹ Art. 201 Cciv. : « *Le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi. Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit ses effets qu'en faveur de cet époux.* ». Cf. : « Les formes de mariage dénuées de toute communauté de vie, union atypiques », J.-M. COQUEMA et Ch. BARTHELET, Dr. Fam. 2010, n° 5, p. 20, étude n° 10 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Bénéfice du mariage putatif malgré la mauvaise foi », Dr. Fam. 2005, n° 4 p. 17 ; H. LECUYER, « Mariage putatif : la femme et les enfants d'abord », Dr. Fam. 1998, n° 1, p. 9, note sous CA Paris, 16 janv. 1997.

² Art. 171 Cciv. : « *Le Président de la République peut, pour des motifs graves, autoriser la célébration du mariage si l'un des futurs époux est décédé après l'accomplissement de formalités officielles marquant sans équivoque son consentement (...)* ». Cf. J.-M. COQUEMA et Ch. BARTHELET, art. précit. ; « Un rabat d'arrêt par la Cour de cassation à propos du mariage posthume », V. LARRIBAU-TERNEYRE, Dr. Fam. 2009, n° 2, p. 24, note sous Cass. 2^{ème} civ., 8 janv. 2009 ; J. MASSIP, « Conséquences du caractère rétroactif du mariage posthume », Defr. 2008, n° 21 p. 2419.

³ Cf. *infra*, n° 383 et s. Ces développements sont en parfaite cohérence avec notre conviction selon laquelle il ne peut exister d'avantage matrimonial dans le régime primaire, qui n'est pas à proprement parler un régime matrimonial puisque son contenu échappe à la volonté des parties.

régime matrimonial et accroît la dimension contractuelle de ces règles. Les époux étant libres, en application du principe de liberté des conventions matrimoniales prévu par l'article 1387 du Code civil, de choisir le *negotium*, c'est-à-dire la substance et l'étendue de la règle, comment nier la dimension contractuelle ? Le régime légal est donc contractuel par nature, dans la mesure où son application n'est pas systématique, mais conditionnée à la volonté des parties qui peuvent même en modifier certaines dispositions, altérant ou non l'économie intrinsèque du régime. Le régime matrimonial comprend donc nécessairement une forme de « *liberté d'agir des époux* » exigée par CHAMPEAUX, ainsi que des « *sacrifices antagonistes placés par les parties dans un rapport d'équivalence* » tels que les conçoit Madame MEAU-LAUTOUR¹.

L'avantage matrimonial est la conséquence du choix de règles juridiques destinées à gouverner l'actif et le passif des époux au cours de leur mariage et lors de la dissolution de celui-ci. Il est donc originairement une conséquence, un produit, qui n'est pas nécessairement souhaité en lui-même, ce qui explique notamment la divergence de régime juridique avec la libéralité². La loi a cependant un rôle prépondérant en matière de régime matrimonial : c'est elle qui contraint les époux à choisir, qui organise ce choix, le facilite (en proposant divers régimes), l'étend (liberté des conventions matrimoniales) et l'impose (en prévoyant un régime supplétif). Le rôle créateur de la volonté dans l'avantage matrimonial est donc nécessairement moindre que dans la libéralité, qui n'est jamais imposée. Il n'en est pas moins conséquent, puisque, forcés de choisir un régime matrimonial, les époux n'en sont pas moins libres de refuser de consentir des avantages matrimoniaux. Libres à eux d'opter pour un régime qui, en lui-même, n'est pas destiné à transférer des richesses (la séparation de biens semble tout indiquée) et à veiller à ce que l'application des règles choisies n'aboutisse pas à un profit chiffrable pour l'un des époux (en ménageant la preuve de la propriété et de l'origine de chaque bien notamment).

B. L'applicabilité des critères de la distinction aux donations entre époux et avantages matrimoniaux

71. La donation entre époux : constat d'un avantage. S'agissant de la donation entre époux, et plus largement de la libéralité, l'existence d'un avantage au profit de l'une des parties ne pose aucune difficulté. Les définitions prévues par le Code civil concernant la libéralité en général ou plus particulièrement l'une de ses formes, la donation entre vifs ou le legs³, consacrent la nécessité de la caractérisation de ce qui est communément nommé le déséquilibre

¹ V. *supra*, n° 450 et s.

² V. *infra*, n° 38.

³ Articles 893 pour la libéralité et 894 pour la donation entre vifs. La définition prévue par l'article 895 concerne le testament, donc l'*instrumentum*, mais a vocation à s'appliquer également au legs, qui en est le *negotium*.

économique. Si ce concept implique nécessairement un dépouillement¹, l'enrichissement corrélatif qu'il procure doit exister pour parfaire la convention. Ce transfert de valeur doit être irrévocable et immédiat. La jurisprudence a refusé de conditionner la caractérisation de ce transfert à une valeur minimum², la modicité n'ayant d'incidence que sur le régime juridique applicable³. La nécessité d'un déséquilibre économiquement déterminé ou déterminable est telle que l'acte encourt la requalification lorsque la charge grevant la libéralité est égale ou supérieure à l'émolument reçu⁴, ou lorsque la donation s'inscrit dans un cadre juridique plus grand et que le transfert de valeur correspond en réalité au paiement d'une contrepartie, telle un salaire ou un loyer⁵. L'acte encourt également une disqualification lorsque le dépouillement n'est que fictif⁶. Les réflexions autour de l'objet de la libéralité ont pour fonction de classer l'acte au sein de la catégorie libérale ou de déterminer l'assiette réelle de l'enrichissement⁷. L'acte libéral a donc naturellement vocation à être qualifié au regard de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux, puisque le déséquilibre économique qui le matérialise consacre un avantage en valeur au profit d'une personne juridique.

72. L'avantage matrimonial : constat d'un avantage. S'agissant des avantages matrimoniaux, la sémantique amène naturellement à conclure à l'existence d'un avantage. Deux séries de difficultés se présentent. D'une part, il existe un lien nécessaire entre l'avantage et le régime matrimonial. L'avantage matrimonial est-il en lui-même un acte juridique qu'il convient de classer comme gratuit ou onéreux ? Il est possible d'en douter. En réalité, l'étude comparative des donations entre époux et des avantages matrimoniaux est d'emblée rendue difficile par un constat simple : alors que la libéralité est un acte juridique en soi, qui produit ses propres effets, l'avantage matrimonial est lui-même l'effet d'une convention qui lui est antérieure : le régime matrimonial. Notre discussion comporte donc un double objet d'étude : la comparaison de la donation entre époux avec le régime matrimonial, pris tous deux en qualité d'actes juridiques, et la comparaison de l'enrichissement dû à la donation avec l'avantage matrimonial, pris tous deux en qualité d'effet d'actes juridiques. L'avantage matrimonial peut, en lui-même, se rattacher à l'élément matériel gratuit ou à l'élément matériel onéreux. La recherche d'une volonté en lien

¹ Cass. civ., 5 avr. 1938 : DH 1938, I, p. 305. Sur le déséquilibre économique, v. *infra*, n° 155 et s.

² Cass. com., 5 oct. 2004 : Bull. civ. IV, n° 178 ; D. 2005, pan. 2123, obs. M. NICOD ; RTD Com. 2005, p. 372, obs. L. GROCLAUDE.

³ Par exemple, l'article 851 exclut les présents d'usage du rapport à succession dû par les cohéritiers.

⁴ Cass. com., 30 mai 1989 : Bull. civ. IV, n° 173 ; Cass. civ., 28 nov. 1938 : DH 1939, I, p. 17, pour la donation. Concernant les libéralités à cause de mort, cette situation n'a d'incidence que sur l'efficacité du *negotium* (le legs), la validité de l'*instrumentum* n'y étant pas subordonnée, notamment en raison du caractère librement révocable et futur de telles dispositions.

⁵ Entre époux notamment : Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1993 précit.

⁶ Cass. civ., 5 avr. 1938, précit.

⁷ V. en ce sens S. DEVILLE, « L'objet de la libéralité », thèse Toulouse 2009.

avec l'avantage permettra de contribuer, non à la classification de l'avantage lui-même, mais à celle du régime matrimonial dont il est issu.

D'autre part, se pose la question récurrente de la détermination concrète de cet avantage. Sur ce point, deux problématiques nouvelles émergent :

1. L'avantage matrimonial est-il une notion unitaire ou plurielle¹ ? N'est-ce que le résultat net de l'application de l'ensemble des dispositions du régime matrimonial donc la compensation entre les enrichissements réciproquement consentis par chacune des parties (interprétation unitaire) ? Ou est-ce au contraire chaque profit pris isolément ?

2. L'avantage matrimonial n'est-il qu'un profit économiquement chiffrable² ? Peut-il exister en nature ? Il nous semble évident que c'est la notion même d'acte gratuit qui gagne à ne pas être limitée au strict cadre patrimonial³. Seule la libéralité exige, au sein de la catégorie gratuite, un profit économiquement déterminable.

Il n'en demeure pas moins, quelle que soit la conception plus ou moins restrictive que l'on se fait de l'avantage matrimonial, qu'il correspond à un critère matériel qui en lui-même, peut être soumis à l'épreuve de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux, selon qu'il a ou non été consenti dans l'optique d'une contrepartie.

73. La donation entre époux : constat d'une volonté liée à l'avantage. En tant qu'acte juridique, la libéralité exprime nécessairement une volonté personnelle. Dans la donation, cette volonté est doublement illustrée par l'existence du consentement⁴, condition de validité commune à tous les actes juridiques, et l'intention libérale⁵, condition de validité propre à l'acte libéral. Alors que le consentement semble se présenter comme la simple acceptation des éléments constitutifs de la convention, l'intention libérale revêt, dans la donation comme dans le legs, une coloration particulière d'autant plus difficile à appréhender qu'elle n'est pas légalement définie et que sa caractérisation est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond⁶. Cette intention libérale se rattache par nature à l'élément intentionnel de l'acte ou du fait juridique volontaire gratuit au point que la confusion entre ces deux notions semble devenue la norme⁷. La caractérisation d'une volonté dans la libéralité participe donc de l'évidence, de même que le lien

¹ La jurisprudence semble adopter une vision unitaire ou plurielle selon qu'il s'agit d'appliquer l'action en retranchement ou la révocation en cas de divorce. V. *infra*, n° 414 et s.

² Sur cette question, voir *infra*, n° 414 et s.

³ V. *infra*, n° 76 et s.

⁴ Art. 1108 Cciv. La libéralité encourt sur ce fondement la nullité en cas d'absence de consentement ; elle peut également, en tant qu'acte juridique, faire l'objet d'une action en nullité pour vice du consentement, sur le fondement de l'article 1109 du Code civil. V. *infra*, n° 260 et s.

⁵ Article 894 du Code civil ; Cass. 1^{ère} civ., 24 nov. 1965 : Bull. civ. I, n° 644.

⁶ V. par exemple : Cass. req., 9 déc. 1913 : D. 1919, I, p. 29 ; Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 2002, n° 00-13.276 : Bull. civ. I, n° 276, D. 2003, somm. 1873, obs. M. NICOD.

⁷ V. *infra*, n° 96.

nécessaire avec l'avantage consenti puisque c'est le déséquilibre économique qui doit résulter de cette intention libérale.

74. L'avantage matrimonial : constat d'une volonté liée à l'avantage. Les avantages matrimoniaux présentent une difficulté toute autre. D'une part, l'avantage analysé en lui-même en tant que profit semble exempt de toute volonté personnelle. Résultat de l'application d'une convention, le régime matrimonial, il n'a de lien avec la volonté que si on le rattache à l'acte juridique dont il est issu. La détermination de ce lien n'est pas tellement délicate : il s'agit du même cheminement de pensée que celui qui existe entre l'enrichissement issu de la donation et l'acte de donation lui-même. Ce qui est autrement plus complexe, c'est la caractérisation de cette volonté. Le régime matrimonial, dans son aspect conventionnel « étendu », c'est-à-dire incluant les dispositions du régime légal, ne peut se résumer à une volonté unique. Alors que dans la donation, l'intention consiste uniquement à enrichir autrui¹, dans le régime matrimonial, les volontés exprimées peuvent être diverses. L'avantage matrimonial n'est pas toujours recherché en tant que tel. Il est parfois réellement voulu par les parties, comme lorsqu'il prend la forme d'une clause particulière du contrat de mariage (la clause de partage inégal en est le parfait exemple). Mais il n'est parfois que l'effet « second » d'une disposition recherchée en elle-même. C'est le cas notamment des régimes communautaires. Prenons l'exemple d'une communauté conventionnelle étendue. L'objectif premier recherché par les parties n'est pas nécessairement la création d'un profit au bénéfice de l'un d'eux. Il peut s'agir simplement de faciliter la gestion des ressources du ménage ou de placer l'une des parties à l'abri du besoin au cours du mariage, donc indépendamment de toute liquidation. C'est cette difficulté qui a fait douter de nombreux auteurs : lorsque l'avantage n'est pas recherché en lui-même, est-il qualifiable de gratuit ou d'onéreux ? Cette idée se rapproche de celle d'un bénéfice inédit, rencontrée lors de la délimitation du domaine de la distinction².

Il ne faut cependant pas déduire de cette difficulté une exclusion pure et simple du domaine de la distinction des actes gratuits et des actes onéreux. Car l'avantage issu du fonctionnement du régime matrimonial est toujours soupçonné par les parties. Fut-il pour eux indigne d'intérêt, ils le conçoivent. En prévoyant une mise en commun de leurs biens, les époux en acceptent toutes les conséquences possibles, donc l'inéquivalence finale constatée à la suite d'une comparaison patrimoniale des apports et droits de chacun dans la liquidation. Ils colorent inévitablement ce résultat potentiel d'une intention qui se rapporte à l'élément intentionnel du gratuit ou de l'onéreux. La véritable difficulté réside dans le rattachement de cette volonté à l'une

¹ Sauf pour les donations indirectes qui réalisent, en sus d'une transmission patrimoniale, les effets de l'acte qui leur sert de support ; mais cet acte support est intellectuellement détachable de l'acte libéral proprement dit.

² V. *supra*, n° 44 et s.

ou l'autre des catégories. Mais le degré de difficulté lui-même varie selon que l'avantage est ou non recherché pour lui-même. Dans le premier cas, la recherche d'un déséquilibre patrimonial provoqué semble rapprocher la volonté qui le crée de la notion d'intention libérale. Or une telle identité de nature est exclue par la loi. Dans le second cas, la difficulté d'appréhension de la volonté des parties au regard de l'avantage matrimonial est telle que celle-ci est parfois niée. Cependant elle existe bel et bien. Et le simple constat de son existence et d'un lien avec un élément matériel rend tout à la fois l'avantage et le régime matrimonial qualifiables au regard de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux. Toute autre considération relèverait de l'étude des critères qui permettent de classer l'acte dans une dimension gratuite ou onéreuse. Quant à la nature gratuite de l'avantage matrimonial, la loi est muette, la jurisprudence évolutive et la doctrine divisée. Les diverses définitions proposées de l'avantage matrimonial n'incluant pas nécessairement de dimension gratuite ou onéreuse, la détermination de sa nature n'est pas déterminante. Nous avons démontré qu'il est susceptible de s'inscrire dans le cadre de la distinction. Cependant il n'est jamais nécessairement gratuit ou nécessairement onéreux.

Conclusion du Chapitre premier

75. Points communs et dissemblances. L'analyse entreprise révèle de nombreuses vérités. En premier lieu, le domaine de la distinction est déterminé par la coexistence de ses critères, ce qui explique des récurrentes confusions entre les deux problématiques. Ces critères sont au nombre de deux et présentent une symétrie avec les critères libéraux. L'existence d'un avantage semble être le point de départ de la réflexion sur la classification, mais celle-ci n'est possible que si l'avantage est issu d'une volonté. Toutes les opérations présentant un avantage généré par une volonté personnelle sont susceptibles de s'inscrire dans le cadre de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux. Tel est le cas des avantages matrimoniaux. Ainsi, l'étude du domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux laisse apparaître un point commun entre les donations entre époux et les avantages matrimoniaux : tous deux sont susceptibles de qualification au regard de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux. Ils ont, en effet, une nature conventionnelle qui les rend aisément aptes à un classement dans l'une ou l'autre des catégories.

En second lieu, une divergence apparaît. Alors que la gratuité est un élément catégorique de la donation entre époux, qui ne peut être ainsi qualifiée que si les conditions des actes gratuits sont réunies, la définition des avantages matrimoniaux n'est pas soumise impérativement à la caractérisation d'une nature gratuite ou onéreuse. La donation est donc nécessairement gratuite. L'avantage matrimonial est en revanche potentiellement gratuit. Le rôle de la classification au regard du titre gratuit ou du titre onéreux n'a pas la même portée dans le cadre de ces deux notions : considérer la donation comme « nécessairement gratuite », revient à exiger la caractérisation de la gratuité comme élément constitutif de l'acte. Considérer l'avantage matrimonial comme « potentiellement gratuit ou onéreux » permet de mieux comprendre cette notion, sans qu'un positionnement en faveur de l'une ou l'autre de ces deux natures n'influe en pratique directement sur la structure même de l'acte ou sur son régime juridique. Le domaine de qualification démontre ainsi toutes les nuances de son influence.

Chapitre second : Les critères de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux

76. Une inscription possible. Inclure l'avantage matrimonial et la donation entre époux dans le cadre de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux n'est qu'une première étape : la suite logique est la définition des critères de la distinction en vue de leur application à l'espèce. Concernant les avantages matrimoniaux, des difficultés d'application s'expriment en raison du fait qu'une qualification gratuite ou onéreuse, si elle participe de la compréhension de la nature du régime matrimonial, n'a pas originairement vocation à le définir. L'exclusion traditionnelle des avantages matrimoniaux de la sphère gratuite se fonde sur une *ratio legis* qui, pourtant, ne dispose pas de la portée déterminante qui lui est conférée¹. Le législateur a entendu créer une distinction légale entre les donations des avantages matrimoniaux et les donations entre époux, mais celle-ci est cantonnée. Certes, toute référence aux legs aurait été superflue en raison du formalisme nécessaire des testaments. Cependant la limitation aux seules libéralités nous semble très symbolique : aucun texte n'exclut les avantages matrimoniaux de la sphère gratuite.

77. Nature et régime juridique. Au cours de la première moitié du XX^{ème} siècle, une tendance profondément légaliste est apparue en jurisprudence et en doctrine qui consistait à déterminer la nature gratuite ou onéreuse d'un acte en fonction de la règle applicable. Les avantages matrimoniaux étaient ainsi considérés comme onéreux par principe et gratuits lorsque existaient des enfants issus d'un premier lit². Cette méthode, qui a été largement remise en cause³, « est à base d'opportunisme, non d'absolutisme »⁴. Elle ne peut être retenue sans froisser la logique juridique : c'est la nature d'un acte qui commande l'application de règles précises conçues autour de cette nature et non la finalité régulatrice qui définit les actes qu'elle régit. La distinction du titre gratuit et du titre onéreux doit se doter de « cloisons étanches », non de « barrières mobiles »⁵. Or les recherches menées sur les critères de la distinction ont été axées sur les

¹ Les articles 1527 et 1516 du code civil ont surtout pour fonction d'empêcher l'application aux avantages matrimoniaux d'un corps de règles jugé inadapté. V. *infra*, n° 450.

² Mais les avantages matrimoniaux n'étaient pas les seules victimes de ce courant de pensée. DUPEYROUX rappelle que la constitution de dot était considérée comme gratuite entre les parties, mais onéreuse à l'égard des créanciers : « Aussi à la question posée : qu'est-ce qu'un acte à titre gratuit, une seule réponse : cela dépend de la règle qu'il s'agit d'appliquer » : J.-J. DUPEYROUX, « Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit », thèse Toulouse 1955, p.5

³ Pour les avantages matrimoniaux, un arrêt célèbre retient que la nature ne dépend pas du régime : *Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997* : Bull. civ., n° 146 ; R., p. 192 ; D. 1998, p. 303, note F. DEBOISSY ; JCP N 1997, 939, étude J. PIEDELIEVRE et 1533, note Ph. PELLETIER et P. APPREMONT ; JCP 1997, I, 4047, n° 20, obs. A. TISSERAND ; JCP 1998, I, 133, n° 10, obs. R. LE GUIDEC ; Defr. 1997, p. 1086, obs. G CHAMPENOIS, et p. 1194, note A. CHAPPERT ; RTD Civ. 1998, p. 179, obs. B. VAREILLE ; Dr. fisc. 1997, n° 31-36, comm. 900, obs. J. PIEDELIEVRE.

⁴ L. JOSSERAND, « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », Dalloz Paris 1928, n° 255.

⁵ J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, p. 5.

éléments catégoriques de la libéralité, qui permettaient d'exclure certains actes incompatibles dénommés « onéreux ». Cette quête du gratuit n'a pas été considérée comme un ensemble qui inclurait, entre autres, les actes libéraux, mais a péché par un amalgame récurrent entre libéralité et gratuité qui faussait directement l'analyse¹.

78. Définition de la gratuité². Selon AUBRY et RAU, est gratuit « l'acte par lequel une personne procure à une autre ou s'engage à lui procurer, un avantage sans avoir reçu d'elle, ou se faire promettre par elle un avantage qui en constitue la contrepartie, de telle sorte qu'elle agit dans une intention libérale »³. Plus que la libéralité, c'est donc l'acte gratuit qui se détermine par la réunion de deux éléments intrinsèquement liés : le critère dit « matériel » et le critère dit « intentionnel ». Ces deux notions sont liées l'une à l'autre. C'est leur corrélation qui crée l'acte juridique puisque, comme l'a écrit Monsieur LUCET, « la distinction du titre gratuit et du titre onéreux est de celles qui prennent en compte, non seulement l'existence d'éléments de base, mais surtout, la façon dont ils se structurent »⁴. Le concept de gratuité semble être en renouveau : des études récentes ont en effet montré son aptitude à s'inscrire dans un cadre mercantile et elle est parfois reconnue comme étant « intéressée »⁵. HAMEL, écrivait au sujet des critères de distinction du titre gratuit et du titre onéreux : « très précis dans les cas extrêmes, les caractères de l'une et de l'autre de ces catégories s'atténuent et s'effacent en se rapprochant des cas intermédiaires »⁶. Ce sont justement ces catégories marginales qui, jouant « le double rôle d'enjeu et d'argument »⁷ et dont font partie les avantages matrimoniaux, permettront, par une confrontation systématique, d'assurer la pérennité de nos propositions. Celles-ci seront issues d'une détermination théorique des critères de la distinction (**Section première**), puis de leur confrontation pratique aux donations entre époux et avantages matrimoniaux (**Section seconde**).

¹ Certains auteurs ont dénoncé cet amalgame : S. DEVILLE, « L'objet de la libéralité », thèse Toulouse 2009, n° 134 et n° 204. Dans sa remarquable thèse, le doyen HAMEL propose une première partie sur la définition de la libéralité qu'il subdivise en plusieurs réflexions successives, dont deux comportent l'expression « acte à titre gratuit », comme si définir la gratuité suffisait à définir la libéralité : J. HAMEL, « La notion de cause dans les libéralités », thèse Paris 1920, p. 10.

² Sur la question, v. Ch. ALLEAUME « Existe-t-il une catégorie de contrats de bienfaisance ? », PA 28 nov. 2012, in n° spécial Actes de colloque « Existe-il une théorie générale des contrats spéciaux », n° 238 p. 21

³ Ch. AUBRY et Ch. RAU, « Cours de Droit Civil Français », 6^{ème} éd. par P.-E. ESMEIN, tome X, Librairies techniques, Paris, 1954, §644, p. 391.

⁴ F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987, n° 512 p. 688.

⁵ D. GUÉVEL, « La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ? », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux », Dalloz 2009, p. 229 : l'auteur évoque l'émergence d'un phénomène nouveau, l'« onérosité désintéressée » (art. précit., n° 30, p. 241) ; C. GOYET, « La gratuité dans la promotion commerciale », RTD Com. 1975, p. 34 ; F. GRUA, « L'acte gratuit en droit commercial », thèse Paris I, 1978 ; D. BELLAICHE, « La gratuité en droit des affaires », thèse Paris I, 1998.

⁶ J. HAMEL, *op. cit.*, p. 35.

⁷ H. MEAU-LAUTOUR, « La donation déguisée en droit privé français. Contribution à l'étude générale de la donation », thèse Paris II, 1983.

Section première : Détermination théorique des critères de la distinction

79. Méthode. À l'image de la libéralité qui en constitue l'archétype, l'acte gratuit se compose d'une donnée matérielle et d'une donnée intentionnelle. Par symétrie, l'acte onéreux porte également en lui cette dichotomie. Se retrouvent ici des éléments propres à tout acte juridique : induits par une volonté personnelle, ils produisent des effets matériels. Si les deux éléments sont indissociablement liés, il faut cependant les définir successivement et opérer, à chaque niveau, la distinction entre le titre gratuit et le titre onéreux sans tomber dans la facilité qui consiste à se référer à la libéralité. Les critères se devront d'être fédérateurs. L'étude de l'élément matériel de la typologie (**Paragraphe premier**) précèdera celle de l'intention qui en est à l'origine (**Paragraphe second**).

Paragraphe premier : L'élément matériel de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux

80. Concrétisation de la volonté. Le critère matériel de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux revêt une importance toute particulière : il est la matérialisation de l'acte juridique, sa concrétisation. Il est ce qui permet à la volonté personnelle de ne pas rester dans le pur domaine des idées, mais de créer de véritables conséquences juridiques appréhendables. De nombreux auteurs ont d'ailleurs développé leurs pensées autour de cet élément¹. Même les travaux récents traitant de l'acte gratuit mettent en exergue cette prépondérance². JOSSERAND écrivait : « *on ne se contente pas (...) d'une intention libérale abstraite et théorique ; encore faut-il, pour que l'acte qui en est dérivé relève du titre gratuit, que cette intention ait pris corps dans l'économie de l'acte* »³. S'agissant de cet élément, qu'il nous soit permis au cours de cette étude, en accord avec les développements ultérieurs, d'utiliser le terme « avantage » pour désigner dans une certaine mesure la prestation objective et subjective perçue par l'*accipiens*. Déterminant du domaine de la distinction, il se retrouve naturellement dans la catégorisation de l'opération juridique envisagée⁴.

Dans la détermination du critère matériel du titre gratuit et du titre onéreux, la jurisprudence et la doctrine ont été amenées à suivre une évolution qui a vu émerger des

¹ V. en ce sens : J. CARBONNIER, « Le régime matrimonial : sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association », thèse, Bordeaux, 1932 ; J. CHAMPEAUX, « Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français », thèse, Strasbourg, 1931.

² S. LAMBERT, « L'intention libérale dans la donation », thèse Aix-Marseille, 2006, n° 1, p. 15 : « *C'est dire que l'élément matériel de la libéralité entre vifs réside dans la gratuité* ».

³ L. JOSSERAND, « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », Dalloz 2006, n° 294 p. 372.

⁴ V. déjà : J.-F. OVERSTAKE, « Essai de classification des contrats spéciaux », thèse Paris 1969 : l'auteur utilise le terme « avantage » pour désigner l'élément matériel de la gratuité.

conceptions très différentes de l'acte gratuit et de la libéralité. Une constante s'est pourtant dégagée : le critère matériel n'est pas purement objectif. L'appréciation qu'effectue le sujet sur l'équivalence de la réciprocité des engagements compte tout autant que la quantification pragmatique de la prestation fournie. Déjà, Ihéring écrivait que « *une contre-prestation qui n'apporte à l'individu contractant qu'un équivalent, c'est-à-dire ne valant que ce que vaut la prestation, n'a pas, psychologiquement, la puissance d'amener un changement à la situation des choses. Pour obtenir ce résultat, il faut qu'il y ait un excédent, une plus-value, non pas objectivement, mais au point de vue individuel des contractants. Ceux-ci doivent être convaincus chacun de leur côté qu'ils gagnent à l'échange* »¹. DUPEYROUX trouve dans la loi elle-même la justification de la dualité conceptuelle du critère matériel de la distinction. Ainsi écrit-il à propos du Code civil : « *L'équivalence objective exclut le titre gratuit même en l'absence d'équivalence subjective (article 1105) ; inversement, l'équivalence subjective exclut le titre gratuit même en l'absence d'équivalence objective (article 1104)* »². Il est vrai que s'agissant d'actes juridiques³ on ne peut faire l'économie d'une analyse de la volonté des parties, même au stade de la recherche de la prestation fournie. En effet, cette volonté ne se traduit pas uniquement à travers le concept de consentement existant et non vicié, donc comme condition de validité, mais a vocation à s'insinuer dans chaque élément constitutif de l'acte pour en préciser les contours. L'intention du sujet est donc réellement présente dans le critère matériel. L'intérêt qu'il trouve à l'acte a d'ailleurs longtemps fait douter de la qualification à lui donner.

Il est classique de présenter l'évolution de la conception de l'élément matériel de la distinction comme l'a fait Madame MEAU-LAUTOUR, c'est-à-dire d'une manière chronologique : le critère de l'intérêt a précédé celui de l'équivalent économique. Nous présenterons ici une synthèse de l'évolution et renverrons pour de plus amples précisions à l'excellente présentation effectuée par Madame MEAU-LAUTOUR⁴.

A. Le critère de l'intérêt

81. Emergence du critère de l'intérêt moral. Le premier courant jurisprudentiel et doctrinal depuis le Code civil sur le critère matériel du titre gratuit et du titre onéreux s'est développé au cours du XIX^{ème} siècle et s'imprégnait de la double tendance traditionnelle : d'une part la recherche de la vérité juridique dans la loi elle-même plus que dans son interprétation,

¹ R. IHERING : « L'évolution du droit », A. Marsecq, Paris 1901, p. 84. Passage cité par M. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 92, p. 108.

² J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 91 p. 108.

³ Et, en ce qui nous concerne, les faits juridiques volontairement provoqués.

⁴ H. MEAU-LAUTOUR, *op. cit.*, p. 44 et s.

d'autre part une confusion naturelle entre la donation, acte libéral par excellence, et l'acte gratuit. Le premier critère de l'intérêt dégagé était celui qui voyait dans la satisfaction purement morale une contrepartie suffisante à exclure toute qualification gratuite. Comme le rappelle DUPEYROUX, la jurisprudence s'est surtout prononcée en matière d'offres de concours, contrats de droit public engageant un particulier à accomplir une prestation en argent ou en nature afin d'aider une personne morale de droit public (souvent une collectivité territoriale) à accomplir un travail public. De nombreuses décisions ont refusé de voir dans la participation des citoyens à une œuvre collective qui leur profiterait dans une certaine mesure, un acte « purement gratuit » tel que l'exige l'article 1105 du Code civil¹.

L'affaire dite BARDET, bien que singulière quant à l'espèce, a pu servir de référence à ce courant jurisprudentiel. Ici, le disposant prenait à sa charge une grande partie des frais de réfection de la sonnerie de l'église Saint-Martin de Clamecy, mais exigeait « *le rétablissement, dans des conditions spéciales et singulièrement onéreuses, de l'ancienne sonnerie de la paroisse, telle qu'il la rêvait dans les vagues réminiscences de son jeune âge, telle qu'il la lui fallait et qu'il voulait pour la satisfaction de sa fantaisie ou la vanité du millionnaire* ». Le comportement pour le moins autocentré du bienfaiteur² a, dans le contexte d'une jurisprudence exigeante et méfiante, naturellement conduit à une qualification onéreuse de l'acte³. De nombreuses décisions similaires, quoique moins marquées par les exigences des disposants, ont été rendues par la suite, traduisant une tendance certaine des particuliers à un accaparement des biens publics au moyen de leur fortune personnelle qui, si elle ne leur permettait pas d'acquérir véritablement l'objet de leur désirs, leur conférait, via le pouvoir de l'argent, une mainmise évidente sur le bien⁴. Cette prérogative, qui restait du domaine purement moral « *était pour eux l'équivalent du sacrifice pécuniaire qu'ils s'imposaient* »⁵. L'avantage moral, pourtant inhérent à tout acte juridique, était donc placé comme une contrepartie à la prestation fournie par l'*accipiens*.

82. Critiques du critère de l'intérêt moral. Si cette conception prétorienne de l'équivalent onéreux a été souscrite par de grands auteurs de doctrine⁶, elle a aussi connu son lot

¹ Cass. req., 7 avr. 1829 : Jur. Gén., v° *Dispositions entre vifs et testamentaires*, n° 1300 : la souscription d'une aide de 3.000 francs par l'habitant d'une commune pour l'édification d'une nouvelle église s'analyse en un contrat commutatif « *qui devait profiter à Reverchon comme aux autres habitants* ».

² Monsieur MAZZONI écrit à propos du don : « *Donner sans être payé en retour voulait dire se mettre à un niveau quasi-divin* » dans la société antique. C.-M. MAZZONI « Le don, c'est le drame, le don anonyme et le don despotique », RTD Civ. 2004, p. 701. Sans aller aussi loin, relevons la supériorité dont semblent se prévaloir ces généreux donateurs sur le microcosme de leurs communes.

³ CA BOURGES, 12 févr. 1862 et Cass. req., 14 avr. 1863 : D. 1863, I, p. 402, S. 1863, I, p. 362.

⁴ Trib. civ. de Mamers, 2 févr. 1875 : D. 1875, V, p. 188 ; Trib. civ. du Puy 29 févr. 1912 : Gaz. Trib. 1912, 1, 2, 69 ; Trib. civ. Seine, 6 mars 1912 : Gaz. Trib. 1912, 1, 2, 466 ; Trib. civ. Seine 9 juill. 1912 : Gaz. Trib. 1912, 2, 2, 219 ; CA Nancy, 17 mars 1920 : D. 1920, 2, 65, note Ch. APPLETON.

⁵ CA Orléans 6 juill. 1911 : D. 1922, I, p. 76, note 17.

⁶ J. HAMEL, *op. cit.*, p. 371-372 ; R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », t. II., A. Rousseau 1931, p.

de critiques. D'un point de vue purement pratique, on a pu lui reprocher de favoriser l'arbitraire des solutions des juges du fait, souverains dans l'interprétation des mobiles et d'œuvrer à la disparition pure et simple des libéralités avec charge (toute charge supposant nécessairement un intérêt moral pour le disposant)¹. D'un point de vue dogmatique, Madame MEAU-LAUTOUR exprime des doutes quant à l'aptitude de la seule satisfaction morale du *solvens* à se présenter comme un équivalent à la satisfaction matérielle de l'*accipiens* : cette théorie comporte un artifice « lorsqu'elle considère que cet intérêt moral est une sorte de contreprestation susceptible de constituer l'élément matériel de l'onérosité »². Pour DUPEYROUX, « les causes du malaise que suscite la théorie de l'équivalent moral ne doivent pas être recherchées dans les dangers de son adoption ni dans les difficultés de son application (...) mais dans l'équivoque dogmatique sur laquelle elle repose ». Cette théorie serait la consécration du subjectivisme intégral, qui « rejette dans l'ombre le fait de l'autre partie »³. Le risque est ici une disparition totale de l'acte gratuit, car même lorsque l'*accipiens* est totalement passif, le *solvens* peut trouver dans l'opération un intérêt moral qui qualifie l'acte d'onéreux.

Cette conception de la contrepartie nous semble aller trop loin : elle introduit dans l'analyse une dimension morale très importante qui occulte en totalité l'élément matériel. « La gratuité comporte toujours un intérêt moral »⁴. Le débat suscité par l'intérêt moral du disposant doit selon nous se situer sur le terrain de l'élément intentionnel du titre gratuit et du titre onéreux. Les mêmes références jurisprudentielles ont d'ailleurs nourri une tout autre controverse, portant sur la définition de l'intention libérale⁵. Si un certain subjectivisme est nécessaire dans l'étude de l'élément matériel, il ne doit s'effectuer qu'en accompagnement de celui-ci. Nous reprochons donc à cette théorie, l'absence totale de rattachement de l'équivalent subjectif à un équivalent objectif : l'intérêt moral du disposant, équivalent subjectif, est mis en perspective par l'avantage matériel retiré par le bénéficiaire, mais n'est rattaché à aucune donnée matérielle profitant au gratifiant. Il semble donc tout simplement que la théorie de l'équivalent moral se trompe de

895 ; J. VALLOIR, « Essai sur la notion d'acte à titre gratuit », thèse Rennes 1919, p. 104 et s. ; A. ESMEIN, « Cours élémentaire de droit civil », LSRGJ 1898, p. 97 ; M. BOITARD, « Les contrats de service gratuit », thèse Paris 1941, p. 144 ; M. PLANIOL, « Traité élémentaire de droit civil », t. III par G. RIPERT et J. BOULANGER, Paris, LGDJ, 1946, n° 3238 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, « Droit civil », t. X, 6^{ème} édition par P.-E. ESMEIN, t. X, Librairies techniques, Paris, 1954, §644 p.394 et 395.

¹ J. MAURY, « Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français », thèse Toulouse, 1920 ; Ch. GOLDIE-GENICON, « Les libéralités rémunératoires », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 347 ; P. TIMBAL, « Des donations rémunératoires en droit romain et en droit français », thèse Toulouse, 1925, p. 106 et s. ; M. BOUYSSOU, « Les libéralités avec charge en droit civil français », thèse Toulouse 1945, p. 174 et s. DUPEYROUX n'adhère pas à ces deux critiques purement pragmatiques, les jugeant profondément contradictoires ; cf. J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, p. 114.

² H. MEAU-LAUTOUR, *op. cit.*, n° 38.

³ J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, p. 114 et s.

⁴ D. GUÉVEL, « La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ? », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux », Dalloz 2009, p. 229, spé. n° 9, p. 233.

⁵ V. *infra* n° 277 et s.

domaine d'étude. Sans matérialité concrète, l'intérêt moral du disposant ne peut nourrir que le débat sur l'élément intentionnel ou la cause, non celui de l'élément matériel¹.

83. Émergence du critère de l'intérêt matériel. La théorie très controversée de l'intérêt moral comme contrepartie à l'avantage matériel du gratifié a été repoussée par une intéressante décision du Tribunal Civil de la Seine en date du 15 février 1913 qui explique : « *on ne voit pas, alors que le demandeur n'a retiré matériellement aucun profit personnel de la construction de l'église, quel est l'avantage ou l'équivalent qui lui aurait été procuré par la fabrique* ». Et plus loin : « *la satisfaction de piété ou d'amour-propre qu'il a pu éprouver de l'œuvre accomplie, ne saurait être mise en balance avec le service rendu à la fabrique* ». Ainsi, toute matérialité étant absente du côté du disposant, aucun rapport d'équivalence ne peut s'effectuer avec la prestation qu'il a lui-même fournie. Plus généralement et d'un point de vue plus pragmatique : « *si l'on admettait dans la circonstance actuelle qu'il y ait eu contrat commutatif², il n'y aurait jamais libéralité, le fait de donner pour une œuvre, pour une entreprise quelconque emportant toujours pour celui qui fait un don un avantage d'ordre moral, une satisfaction intime à raison d'une action généreuse...* »³.

À la suite de cette décision, une nouvelle théorie, développée en parallèle de celle de l'intérêt moral, s'est imposée : celle de l'intérêt matériel. En somme, l'existence, pour le disposant, d'un intérêt matériel, suffirait à disqualifier l'acte gratuit. Le débat s'est bien entendu cristallisé ici autour de la notion de donation avec charges⁴. Le glissement de l'une à l'autre des théories s'est fait progressivement, à mesure que s'amenuisait la frontière entre intérêt matériel et intérêt moral. Madame MEAU-LAUTOUR explique bien cette confusion latente, à travers une décision rendue par la Cour d'Appel de NANCY du 17 mars 1920⁵ : un élu local avait semble-t-il trouvé un équivalent de son engagement dans les avantages que lui procurait la ville et qui consistaient notamment en l'avance de fonds et en publications flatteuses lui permettant de soigner sa réputation auprès de la population locale. Mais s'agissait-il d'une contrepartie morale ou matérielle ? Il semble que l'intérêt moral se traduise ici matériellement, de sorte que l'avantage n'est pas « *purement* » moral⁶. D'autres difficultés surgissent. L'une d'elles, pointée par

¹ H. MEAU-LAUTOUR présente une critique similaire : « *On attend de cet élément [matériel] qu'il présente un aspect essentiellement objectif. (...) Est-ce qu'il ne s'agirait pas là d'une théorie qui nierait la nécessité d'un élément matériel mais sans le dire ?* » : *op. cit.*, p. 46. De même : DUPEYROUX, *op. cit.*, p. 114, n° 98.

² Comprendre « acte à titre gratuit ».

³ Trib. civ. Seine, 15 févr. 1913, confirmé avec adoption des motifs par CA Paris, 24 juill. 1913 : D. 1914, II, p. 53, note H.L. On appréciera ici l'utilisation de la notion de libéralité non comme synonyme maladroit d'acte gratuit, mais, dans le cadre d'un raisonnement *a fortiori*, comme un acte essentiellement gratuit : s'il n'y a jamais acte gratuit, il ne peut y avoir *a fortiori* d'acte libéral. Il convient également d'apprécier l'utilisation du vocable « avantage », suffisamment neutre et large pour permettre une compréhension de la matière.

⁴ Cass. civ., 8 nov. 1911 : D. 1912, 1, 289, note A. GUILLOIS.

⁵ CA Nancy, 17 mars 1920 : D. 1920, 2, 65, note Ch. APPLETON.

⁶ Sur le lien nécessaire entre les deux : J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, p. 132, n° 117.

DUPEYROUX, concerne la considération et la réalisation effective de l'intérêt moral : à quel stade celui-ci est-il déterminant ?¹

De même, la critique adressée à l'intérêt moral se répercute sur l'intérêt matériel : l'existence d'une charge présuppose nécessairement un intérêt matériel pour le disposant, même si celle-ci ne présente « *aucun avantage matériel sérieux* » comme l'estimait la jurisprudence². Comme le précise Madame MEAU-LAUTOUR, même en l'absence de charge, l'existence d'un intérêt matériel du disposant ne doit pas influencer sur la qualification gratuite ou onéreuse, notamment lorsque le bénéficiaire n'est contraint à aucun sacrifice. Ainsi, le bénéfice matériel tiré par le donataire de la déduction des revenus imposables pour les libéralités accordées à certains organismes, ne change pas la nature gratuite de l'acte³. Cette considération influe tout au plus sur l'existence d'une intention libérale : lorsque l'intérêt matériel n'est pas procuré par le bénéficiaire, le déséquilibre économique ne peut être remis en cause. Ce n'est donc pas l'existence d'un intérêt matériel ou moral, qui se retrouve en réalité dans tout acte juridique, même libéral, qui permet de déterminer le critère matériel du titre gratuit ou du titre onéreux. Ce qui paraît prépondérant c'est d'une part que l'avantage consenti au disposant émane de l'autre partie et d'autre part que soit effectué un véritable travail intellectuel de mise en balance des prestations, qui se révéleront équivalentes ou non.

B. Le critère de l'équivalence économique

84. Equivalent patrimonial ou moral ? Le passage à un nouveau courant de pensée dominant s'est effectué au début du siècle, sous l'impulsion de décisions de justices éparses, qui ont servi de base à une théorie originale présentée par MAURY se fondant sur la nature de l'équivalent plus que sur son existence ou sa quantification⁴. C'est l'analyse de l'avantage obtenu par chacune des parties qui confère l'élément matériel du titre gratuit ou du titre onéreux : si l'avantage est « *tel que l'examen des intentions du donateur manifeste nettement son désir de se procurer une satisfaction égoïste, sans aucune pensée de sacrifice au profit d'un intérêt étranger* », l'acte est alors onéreux. Il est au contraire gratuit lorsque « *cette jouissance morale est (...) seulement la satisfaction intime que procure l'accomplissement d'un devoir supérieur d'amour, de charité ou d'altruisme ; alors cet acte appartient au royaume des libéralités* ».

¹ Pour plus de détails : J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, p. 132 et 133, n° 117.

² Cass. civ., 8 nov. 1911, précit.

³ H. MEAU-LAUTOUR, *op. cit.*, n° 41, p. 47.

⁴ J. MAURY, « Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français », thèse Toulouse, 1920. Des variantes de cette théorie ont émergé à peu près à la même époque. V. P. TIMBAL, *op. cit.*, p. 102 et s. ; M. BOUYSSOU, *op. cit.*, p. 12 et s. O. LENEL, « Die Lehre von der Voraussetzung », Archiv. Fur die civilistische Praxis, Bd 74, S. 213 ; A. LABORDE : « Application de la théorie de la cause aux matières de Droit et particulièrement aux obligations », Rev. Gén. du Droit 1881, p.80 ; Ch. CLARO, note au D. 1903, II, p. 12 ; E. GOUNOT : « Le principe et

Synthétisée de manière très explicite par DUPEYROUX, la pensée de MAURY se traduit simplement : l'équivalent de nature patrimoniale serait le critère de l'acte onéreux et l'équivalent de nature morale serait celui de l'acte gratuit¹. Comme souvent, l'objectif est de dégager une théorie susceptible d'expliquer les bizarreries juridiques que sont la donation avec charges et la donation rémunératoire.

85. Application aux donations rémunératoires². Cet acte juridique, n'ayant de donation que le nom opère, selon MAURY, un transfert de valeur qui trouve sa cause dans une obligation naturelle de rémunérer un service évaluable en argent. Il doit exister un certain rapport d'égalité entre l'objet de la « donation » et le service antérieurement rendu. La donation rémunératoire ne procure donc aucun avantage moral lié à la charité, l'amour ou l'altruisme, mais simplement la satisfaction égoïste d'avoir obtenu une contrepartie de nature patrimoniale : c'est un acte onéreux.

Si DUPEYROUX est convaincu de l'efficacité de cette théorie quant aux donations rémunératoires, il nous semble que la limite fixée par MAURY de l'existence d'un « *usage de rémunérer* » est un critère bien trop arbitraire et peu déterminant. Il nous semble au contraire que l'élément matériel doit trouver ici son pendant subjectif : c'est, en effet, le sujet qui place la rémunération (l'objet de la libéralité) comme une contrepartie au travail ou au service effectués. Faisant fi des usages en vigueur, il entend bel et bien donner écho à l'avantage matériel qu'il a perçu de celui qu'il désigne comme son donataire. Quant à la nécessité que le service servant de base à l'obligation naturelle de payer soit pécuniairement appréciable, il s'agit là d'une condition particulièrement inutile : en effet, le sujet franchit la barrière de l'« économiquement chiffrable » chaque fois que le transfert patrimonial qu'il consent a pour but de se placer comme la réponse à la prestation fournie³. Tout dépend donc du donataire : rémunère-t-il en considération d'un *service rendu*, ou uniquement en considération de la *personne* qu'il gratifie ? La frontière est parfois mince, mais la confusion doit être évitée. Reprenons l'exemple d'une personne ayant réconcilié un moribond avec son légataire universel, celui-ci consentant par la suite une libéralité à son bienfaiteur. Selon DUPEYROUX, l'acte demeure gratuit, car il n'est pas d'usage de rémunérer ce genre de service, qui n'est pas appréciable en argent. Cependant, il nous semble que l'acte devient onéreux si d'une part il existe une équivalence entre la somme perçue et le service rendu (égalité

l'autonomie de la volonté en droit privé », Thèse Dijon, 1912, p.362, note 2.

¹ Comme l'explique au préalable Madame MEAU-LAUTOUR, la notion d'équivalent revêt ici un double sens : « *le prix ou la valeur d'échange d'une chose, comme une autre qualité de la chose, entre autres son utilité ou sa fonction* » ; *op. cit.*, p. 48 n° 42.

² Sur les libéralités rémunératoires, v. : Ch. GOLDIE-GENICON, « Les libéralités rémunératoires », *in* « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 347.

³ Pour une critique du critère de l'obligation naturelle : Ch. GOLDIE-GENICON, « Les libéralités rémunératoires », *in* « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012,

des prestations), et si, d'autre part, la libéralité a été consentie dans l'unique considération de ce service et non en tenant compte de l'ensemble des sentiments existant à l'égard de la personne. Veut-on payer le service ou la personne ? Il appartient ici aux juges du fond de déterminer si la cause de l'acte est la création d'une contrepartie (donc envisagée par rapport au service) ou d'un déséquilibre économique (le service qui a été rendu ne rentre alors pas en ligne de compte). Veut-on inclure le service rendu dans l'acte juridique¹ ? Le fait que le service soit ou non objectivement appréciable en argent n'est qu'un indice permettant de savoir si celui-ci a été inclus, par le disposant, dans l'acte juridique.

Ce débat rejoint en réalité celui de la caractérisation d'une intention libérale. Voici donc la critique que nous formulerons à l'encontre de la théorie de l'équivalent économique comme critère de l'onéreux : tout comme la théorie de l'intérêt moral, elle confère à la dimension subjective une place trop importante, occultant le seul aspect matériel. L'analyse de la satisfaction morale du disposant relève de l'étude du critère intentionnel du titre gratuit et du titre onéreux.

86. Application aux donations avec charges. Les plus importantes difficultés surgissent ici. Avant de poursuivre l'analyse, certaines précisions doivent être rappelées concernant la charge. Elle consiste en une « *obligation imposée au gratifié par le disposant* »² et se confond souvent avec l'idée de condition³. Le rapprochement est facilité par certains textes, dont les articles 900-2 et suivants du Code civil⁴ et par leur aptitude à remettre en cause l'acte dans son entier. Quant à cette dernière particularité, l'inexécution d'une charge peut conduire le disposant à en solliciter la révocation⁵, alors que l'on présente la condition comme empêchant, en amont de son exécution, l'acte de produire le moindre effet⁶. De plus, il a été avancé pour les démarquer, que la charge avait nécessairement une assise patrimoniale alors que la condition pouvait être purement personnelle. Mais ces deux difficultés sont dépassées lorsque l'on envisage

p. 347, spé. n° 12, p. 355.

¹ DUPEYROUX écrit pourtant : « *Si une disposition rémunératoire perd dans certaines conditions le titre de donation, c'est qu'elle devient un paiement, celui de l'obligation naturelle de rémunérer* ». Toute la question est donc de savoir si l'on entend le terme donation en tant qu'acte juridique autonome (l'acte reste alors gratuit) ou si, incluant la prestation antérieure dans un acte plus global, le concept de « donation » se révèle comme à l'article 1101 du Code civil, synonyme d'une simple exécution : le transfert proprement dit (l'acte est alors onéreux, et le terme donation ne désigne pas la convention, mais l'obligation à laquelle s'engage l'une des parties).

² M. BOUYSSOU, *op. cit.*, p. 48

³ V. par exemple la définition donnée de la charge par le lexique des termes juridiques de G. CORNU de la libéralité avec charge : « *libéralité dont le bénéficiaire est subordonné, comme une condition, par le disposant, à l'exécution par le gratifié d'une certaine prestation* » ; c'est nous qui soulignons. G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », association Henry Capitant, PUF 2000, 8^{ème} éd., v° *Libéralité avec charge*.

⁴ Article 900-2 du Code civil, issu de la loi n° 84-562 du 4 juill. 1984 : « *Tout gratifié peut demander que soient révisées en justice les conditions et charges grevant les donations ou legs qu'il a reçus, lorsque, par suite d'un changement de circonstances, l'exécution en est devenue pour lui soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable* ». Les articles suivants précisent les modalités de la révision.

⁵ Art. 953 et s. Cciv. Ces textes accroissent la confusion entre la charge et la condition, relayés en cela par la jurisprudence qui les éclaire.

⁶ Ou d'être rétroactivement anéanti.

la charge comme étant une forme particulière de condition. Deux raisons président à son originalité. D'une part, elle est « résolutoire », c'est-à-dire qu'elle n'empêche pas l'acte de produire ses effets mais permet de les anéantir rétroactivement¹. D'autre part, elle ne se conçoit que comme pécuniairement appréciable, bien que son exécution puisse pareillement se faire en valeur ou en nature². Pour le reste de notre étude, nous considérerons donc que la charge consiste en une condition grevant l'acte, afin de faciliter la compréhension de nos développements³.

Dans le cadre d'une donation avec charges, le bénéficiaire lui-même s'engage à effectuer une prestation, voire à transmettre un bien. L'acte garde pourtant une nature gratuite⁴. Comment justifier que c'est l'avantage purement moral qui caractérise le gratuit, puisqu'existe ici un avantage matériel ? Selon MAURY, ce qui est alors déterminant n'est pas l'intérêt matériel mais l'intérêt moral trouvé dans l'avantage matériel... Le critère devient alors extrêmement flou, puisqu'il opère, sans raison valable, un retour à la théorie de l'intérêt matériel.

De plus, comme le soulignent DUPEYROUX et Madame MEAU-LAUTOUR, le critère de l'équivalence économique se transforme selon qu'il est appliqué aux donations avec charges ou aux donations rémunératoires. Pour ces dernières, l'élément déterminant est la nature « pécuniairement appréciable » du service antérieurement rendu. Pour les premières, c'est l'intérêt que peut présenter l'exécution d'une obligation. En effet, une charge est très souvent « pécuniairement appréciable », cela ne rend pas pour autant l'acte onéreux. Ce critère qui nous paraissait déjà mal adapté aux donations rémunératoires s'effondre totalement lorsque sont analysées les donations avec charges. Pour survivre, il doit muter, révélant ainsi sa profonde incomplétude⁵.

C. Le critère de l'équivalence des sacrifices

87. Paternité. C'est à DUPEYROUX que nous devons l'émergence de la théorie du

¹ La notion de révocation est ici un argument précieux : elle ne sanctionne pas les conditions de validité de l'acte mais celles de son efficacité ; elle opère rétroactivement, introduisant la fiction juridique de l'inexistence de la libéralité. Notons que cette particularité est renforcée par le fait qu'elle ne joue pas de plein droit : l'inexécution de la charge ouvre le droit pour le disposant d'en solliciter la révocation, mais il doit manifester sa volonté en étant en justice et peut renoncer à cette action.

² A cet égard, la jurisprudence admet la modification judiciaire du mode de réalisation de la charge : initialement prévue en nature, elle peut s'exécuter en valeur sur décision du juge, par exemple dans l'hypothèse d'une dégradation irréversible des relations entre les parties : Cass. 1^{ère} civ., 19 janv. 1988 : JCP N 1988, II, p. 345, note H. MEAU-LAUTOUR ; RTD Civ. 1947, p. 804, obs. J. PATARIN. V. aussi : Cass. 1^{ère} civ., 26 mars 1969 : Bull. civ. I, n° 120, p. 101.

³ Bien que cette question reste secondaire et aux effets très limités, tant les règles régissant les charges et les conditions sont semblables. V. Y. FLOUR et F.-F. PANSIER, « Règles de fond des donations : objet et cause », Dalloz Action Droit Patrimonial de la Famille, 2008-2009, p. 799 et s.

⁴ Si tant est que la charge n'égale pas l'émolument en valeur : Cass. com., 30 mai 1989 : Bull. civ. IV, n° 173 ; Cass. civ. 28 nov. 1938 : DH 1939, I, p. 17.

⁵ Pour une étude plus complète et approfondie de la théorie de l'équivalent économique, nous renverrons le lecteur aux thèses respectives de J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, p. 115, n° 99 et s. ; et de H. MEAU-LAUTOUR, *op. cit.*, p. 50, n°

critère de l'équivalence des sacrifices dans l'appréciation de l'élément matériel du titre gratuit et du titre onéreux. Mais la portée et l'ingéniosité de sa pensée ont été révélées par un ordonnancement méthodique effectué par Madame MEAU-LAUTOUR qui en a proposé une systématisation complète englobant l'étendue du domaine¹ et une précision sur le critère du matériel du titre gratuit.

88. Le critère matériel du titre onéreux. Madame MEAU-LAUTOUR approuve DUPEYROUX quant à la caractérisation du critère matériel du titre onéreux : « *il y a acte à titre onéreux en cas d'équivalence objective ou subjective des sacrifices antagonistes* »². L'originalité de cette position repose sur deux composants intrinsèquement liés :

- L'**objet** du rapport d'équivalence n'est plus une « contreprestation », c'est-à-dire l'avantage espéré ou obtenu du cocontractant, mais un sacrifice, donc un « préjudice subi »³ par l'autre partie. Ce critère présente l'intérêt de ne pas être purement économique et d'englober les avantages en nature. L'équivalent caractéristique de l'onéreux consiste dans le « *sacrifice antagoniste de l'accipiens* »⁴.

- L'**appréciation** du rapport d'équivalence est à la fois objective et subjective. L'imprécision du terme « valeur » est la cause de cette double équivalence, comme l'explique Madame MEAU-LAUTOUR⁵. Ainsi, une seule des deux équivalences possibles suffit à conférer à l'acte une nature onéreuse. Cette interprétation est conforme à la lettre de l'article 1104 du Code civil qui, croyant définir le contrat commutatif, définit en réalité le contrat onéreux.

89. Le critère matériel du titre gratuit. Selon DUPEYROUX : « *Il y a acte gratuit lorsque l'avantage conféré à l'une des parties n'a pas pour fin la compensation d'un sacrifice objectivement ou subjectivement équivalent* »¹. Une fois de plus, l'objet de l'équivalence est le sacrifice et l'appréciation de l'équivalence doit être objective et subjective. Le critère du gratuit répond donc au critère de l'onéreux, ce qui fait de la distinction une *summa divisio* à critères suffisamment larges pour résoudre de nombreuses difficultés de qualification et ne pas mettre en doute son domaine. Une variante apparaît cependant : pour le critère matériel gratuit, il faut prendre en compte l'avantage et le sacrifice de la même partie, le tout apprécié soit objectivement, soit subjectivement. Ce ne sont donc plus deux sacrifices qui sont comparés mais, d'une part, un

46 et s.

¹ V. *supra*, n° 38 ; J.-J. DUPEYROUX, *loc. cit.*, et H. MEAU-LAUTOUR, *loc. cit.*

² J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, p. 160, n° 144 ; H. MEAU-LAUTOUR, *op. cit.*, p. 50, n° 46 et s.

³ Madame MEAU-LAUTOUR précise cependant que « *l'idée de sacrifice est supérieure à celle de préjudice car elle met en lumière le rôle de la volonté : le sacrifice est consenti tandis que le préjudice est subi* » ; *op. cit.*, n° 51, p. 51 ; J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, p. 159 n° 143.

⁴ J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 140 p. 154.

⁵ H. MEAU-LAUTOUR, *op. cit.*, n° 53.

avantage et, d'autre part, un sacrifice.

Madame MEAU-LAUTOUR pointe du doigt les incomplétudes de la conclusion d'un raisonnement qu'elle défend. Elle s'interroge sur le fait de savoir pourquoi DUPEYROUX n'a pas poussé la complémentarité du titre gratuit et du titre onéreux plus loin. En somme, pour être gratuit, l'acte doit être objectivement OU subjectivement déséquilibré ; pour être onéreux, il doit être objectivement OU subjectivement équilibré. *Quid juris* en présence d'un acte objectivement déséquilibré ET subjectivement équilibré, ou à l'inverse, subjectivement déséquilibré ET objectivement équilibré ? Madame MEAU-LAUTOUR pallie cette carence et prolonge le raisonnement par négation que recherchait DUPEYROUX² : si le gratuit s'obtient par négation de l'onéreux, il implique la réunion d'une inéquivalence objective ET d'une inéquivalence subjective : « *L'acte à titre gratuit se distingue de l'acte à titre onéreux en ce qu'il suppose une inéquivalence objective et subjective des sacrifices antagonistes alors que l'acte à titre onéreux exige soit une équivalence objective, soit une équivalence subjective des sacrifices antagonistes* »³. Le critère matériel du gratuit est donc plus restreint que celui de l'onéreux. De plus, Madame MEAU-LAUTOUR retourne à la pure notion de sacrifice, ne comprenant pas pourquoi l'objet du rapport d'équivalence se modifie en passant de l'onéreux (appréciation des sacrifices de chaque partie) au gratuit (appréciation du sacrifice et de l'avantage d'une partie).

La conclusion de Madame MEAU-LAUTOUR sur le critère matériel du titre gratuit et du titre onéreux ne convainc que partiellement. En réalité, comme elle le présente elle-même, la problématique est double. D'une part, il s'agit de déterminer l'objet du rapport d'équivalence. D'autre part, il convient de comprendre l'appréciation de ce rapport d'équivalence. Nous emprunterons à Madame MEAU-LAUTOUR, l'idée d'un cumul nécessaire des appréciations objectives et subjectives pour la caractérisation de l'acte gratuit. Nous emprunterons à DUPEYROUX l'objet de cette appréciation, que nous étendrons à la détermination de l'acte onéreux.

90. L'appréciation du rapport d'équivalence. Celui-ci doit nécessairement contenir une dimension objective, permettant à une personne extérieure, tel un juge du fond, de comprendre l'économie réelle de la convention, et une dimension subjective⁴ qui doit cependant

¹ J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 144.

² Elle indique également que s'il ne l'a pas formalisé comme tel, l'analyse effectuée par DUPEYROUX sur certains actes, la « mise à l'épreuve » de ses critères, révèlent qu'un cumul des inéquivalences objective et subjective est nécessaire : « *Par conséquent, M. DUPEYROUX ne devrait pas désavouer notre critère, qui est en accord avec toutes ses conclusions* », *op. cit.*, p. 55, n° 57.

³ H. MEAU-LAUTOUR, *op. cit.*, n° 81, p.70.

⁴ L'appréciation subjective du rapport d'équivalence résulte de la loi elle-même. L'article 1104 du Code civil énonce en effet, à propos du contrat commutatif entendu comme synonyme d'onéreux que : « *il est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle* ».

être restreinte, pour ne pas se confondre avec l'élément intentionnel de la distinction (communément appelé l'intention libérale). Cette appréciation subjective joue un double rôle. D'une part, comme l'ont expliqué les doctrines exposées, le sujet effectue lui-même un travail intellectuel sur l'équivalence ou l'inéquivalence au sein même de la convention. Il s'agit d'une réflexion préalable à la conclusion de l'acte, qui permet de mettre en balance les intérêts de chacun et de déterminer le consentement à l'acte. S'agissant d'un acte juridique, l'analyse de la volonté personnelle, même au stade d'un élément matériel, est indispensable. D'autre part, c'est la volonté des parties qui place l'avantage antagoniste comme une contrepartie. S'agissant des donations avec charges, il existe un engagement du bénéficiaire d'effectuer une prestation. Mais, fut-elle incluse dans la convention, il ne s'agit aucunement d'une contrepartie : la charge ne « répond » pas à l'avantage consenti, elle en est une modalité d'exécution, une condition suspensive, soumise d'ailleurs à une révocation en cas d'inexécution. La considération de la prestation comme étant ou non une contrepartie est à la base de l'acte juridique. La charge n'est jamais une contrepartie, parce que les parties ne la conçoivent pas comme telle. Seul le passage d'une inéquivalence objective à une équivalence objective permet une requalification, lorsque la charge dépasse l'émolument, mais la structure de l'acte n'est pas modifiée¹. La « deuxième fonction » de l'appréciation subjective explique le mécanisme de la donation avec charge, mais ne permet pas, à elle seule, une requalification qui ne peut se faire qu'en raison de la disparition de l'inéquivalence objective. S'agissant des donations rémunératoires, la deuxième fonction de l'appréciation subjective explique aussi l'acte : comme nous l'avons déjà exposé, le sujet inclut dans la convention une prestation antérieure et fait de la donation une véritable contrepartie². Pour faire simple, la deuxième fonction de l'appréciation subjective du critère matériel est de construire l'étendue de l'acte juridique (dans la donation rémunératoire, l'acte s'étend au service rendu ; dans la donation avec charges, l'acte s'étend à la charge) mais aussi la structure de l'acte (dans la donation rémunératoire, le service rendu est toujours une contrepartie ; dans la donation avec charge, la charge n'est jamais une contrepartie).

La vision moderne du titre gratuit est similaire sur bien des points à notre proposition, comme en témoigne la définition de la libéralité proposée Messieurs CATALA, DE SAINT-AFFRIQUE et MORIN³ et reprise par le Code civil⁴. La justification s'en fait en trois points : la nécessité d'une aliénation (ce qui distingue fondamentalement la libéralité des autres actes

¹ Cass. com., 30 mai 1989, précit.

² Le terme donation est alors employé dans un sens restreint de « transfert de valeur », donc une partie d'un acte juridique, mais pas un acte en soi.

³ P. CATALA, J. CARBONNIER, G. MORIN, J. DE SAINT-AFFRIQUE, « Des libéralités – Une offre de loi », Defrénois 2003, p. 17.

⁴ Art. 893 Cciv. : « La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne ».

gratuits), la nécessité d'un acte juridique, mais surtout, l'absence de contrepartie : « *une contrepartie ramènerait l'opération vers le titre onéreux* »¹. De surcroît, au terme de l'article 893 alinéa 2 du projet (non-repris par la loi du 23 juin 2006) : « *Si la transmission est grevée de contreparties appréciables en argent, dans un intérêt autre que celui du gratifié lui-même, la libéralité n'est que de l'émolument reçu* ». Ainsi, lorsqu'existe une contrepartie au profit du disposant ou du tiers pour le compte duquel il stipule, la libéralité n'est que de l'émolument reçu. Ici, la cause de l'acte fractionne l'assiette de l'objet (l'émolument) et en détermine la nature juridique en divisant l'acte lui-même. Pour autant, celui-ci ne devient pas mixte (mi-gratuit mi-onéreux) mais laisse entrevoir deux parties distinctes, chacune mue par une cause qui crée un acte autonome. Cette proposition n'a pas été retenue. Elle présente selon nous le risque de confondre contrepartie et charge. Il n'en demeure pas moins que la gratuité est ainsi définie, d'un point de vue matériel, par l'absence de contrepartie : si celle-ci s'inclut pour partie dans l'opération, elle disqualifie l'acte à hauteur de son importance, sans le remettre en cause dans sa totalité, pour autant qu'elle ne soit pas économiquement supérieure à l'objet transmis.

91. L'objet du rapport d'équivalence. La principale difficulté pour déterminer l'objet réel du rapport d'équivalence est de trouver un terme qui n'exclut pas *ipso facto* les prestations non évaluables en argent (puisque selon nous, cet aspect n'est pas déterminant). La notion de sacrifice répondait à cette nécessité. Mais nous avons déjà nourri de nombreux doutes à l'encontre de cette notion. Elle revêt en effet une dimension purement subjective, puisqu'elle se rapporte à l'appréciation qu'a le sujet de l'effort qu'il consent. Elle ne nous semblait pas susceptible de déterminer le domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux². Elle est de même inefficace à régir une appréciation objective du rapport d'équivalence. En revanche, le terme avantage est adapté à l'appréciation objective, sans restreindre la prestation à une entité économiquement chiffrable. C'est ainsi que, dans le cadre de l'appréciation subjective (celle effectuée par le sujet, donc par chacune des parties au contrat), chacun compare l'avantage qu'il a perçu avec le sacrifice qu'il a consenti. Il n'existe d'appréciation subjective sur l'enrichissement procuré à l'autre partie qu'à travers le prisme du sacrifice consenti par soi-même, puisque sociologiquement « *la dynamique du don s'origine plus dans l'attitude de celui qui reçoit que dans le point de vue de celui qui donne* »³.

¹ J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, p.18.

² V. *supra*, n° 57.

³ B. PRIEUR, « Que reçoit-on de sa famille ? », in « Les héritages familiaux », ouvrage collectif sous la direction de B.

92. Formulation du critère matériel. En résumé, il nous semble que la formulation correcte du critère matériel du titre gratuit et du titre onéreux doit se concevoir comme telle : il y a acte à titre onéreux lorsque qu'existe dans l'acte une équivalence objective entre les avantages perçus par chaque partie, ou une équivalence subjective entre le sacrifice que chacune consent et l'avantage qu'elle perçoit. Il y a acte à titre gratuit lorsqu'existent dans l'acte une inéquivalence objective entre les avantages perçus par chacune des parties et une inéquivalence subjective entre le sacrifice que chacune consent et l'avantage qu'elle perçoit. Cette proposition est en tout point conforme à l'article 1104 du Code civil qui exige un rapport d'équivalence entre ce à quoi l'une des parties s'engage (donc le sacrifice qu'elle consent) et ce qu'elle perçoit de l'autre partie (donc l'avantage qu'elle reçoit). Elle permet en outre de dépasser le critère de l'intérêt matériel, puisque l'avantage, objet du rapport d'équivalence, doit non seulement émaner de la partie qui s'engage, mais encore être envisagé subjectivement comme une contrepartie, c'est-à-dire entretenir un lien de réponse avec le sacrifice consenti, ce qui n'est jamais le cas d'une charge.

93. Adéquation aux donations avec charge et aux donations rémunératoires. Une telle proposition s'accommode des conclusions dégagées par DUPEYROUX à propos de la donation avec charges¹ :

1° La charge dans l'intérêt exclusif du disposant est susceptible de rendre l'acte onéreux :

- Elle risque en effet de remettre en cause l'inéquivalence objective en augmentant l'avantage perçu par le donateur sans augmenter celui du donataire,
- Et de remettre en cause l'inéquivalence subjective en augmentant le sacrifice consenti par le donataire sans augmenter l'avantage qu'il perçoit (pour autant, la structure de l'acte ne change pas, la charge n'est jamais considérée comme une contrepartie).

2° La charge dans l'intérêt exclusif du gratifié ne modifie pas la gratuité de l'opération :

- Objectivement, l'équivalence n'est pas menacée puisque l'avantage du donataire augmente et que l'avantage du donateur n'augmente pas ;
- Subjectivement, le sacrifice consenti par le donataire augmente, mais puisque l'avantage qu'il reçoit augmente de même, l'inéquivalence perdure (le sacrifice de la charge ne peut être équivalent à l'avantage cumulé de la charge et de l'émolument reçu par donation).

3° La charge dans l'intérêt du disposant ET du gratifié ne modifie pas la gratuité de l'acte :

- Objectivement les deux avantages augmentent, donc l'inéquivalence perdure ;

PRIEUR, ESF 1996, coll. « Le Monde de la Famille », p. 17.

¹ J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 125 et s. H. MEAU-LAUTOUR, *op. cit.*, p. 51 n° 49.

• Subjectivement, le sacrifice du donataire augmente en même temps que l'avantage qu'il reçoit, ce qui préserve l'inéquivalence, peu importe que le sacrifice du donateur soit égal ou inférieur au sacrifice du donataire.

Quant à la donation rémunératoire, l'absence d'équivalence objective, et surtout d'équivalence subjective, disqualifie l'acte qui, n'étant pas gratuit, ne peut être libéral. L'existence d'une obligation naturelle de payer n'est donc pas déterminante, sans doute car ce qui compte est plus la référence aux prestations qu'aux obligations¹. Ce critère matériel est nécessaire mais insuffisant. S'agissant d'une obligation volontaire, la distinction du titre gratuit et du titre onéreux passe nécessairement par la détermination d'un élément intentionnel.

Paragraphe second : L'élément intentionnel de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux

94. Importance du critère intentionnel. Selon Monsieur LUCET, en matière d'avantage matrimonial, les facteurs subjectifs sont inefficaces². Cette position n'est que pure logique déductive des propres constatations de cet auteur sur la nature de l'avantage matrimonial qui, selon lui, n'est ni gratuite ni onéreuse. De même, pour Madame DAURIAC : *« parce que les bases sur lesquelles se scelle le sort des avantages matrimoniaux sont objectives, chercher à déceler une intention libérale exprimée à couvert est une entreprise inutile »*³. Mais ce positionnement omet de prendre en considération que ce n'est pas le « sort » des avantages matrimoniaux qui peut faire l'objet d'une analyse subjective, mais le concept lui-même. Son devenir, essentiellement régi par la loi, ne peut même pas être qualifié au regard du titre gratuit et du titre onéreux. Nous ne sommes donc qu'en partie d'accord avec cette assertion. S'il nous semble que l'étude de l'intention propre à l'avantage matrimonial n'a pas sa place dans l'opération de qualification, cela tient en partie au formalisme nécessaire qui, comme pour les donations notariées ou les testaments, laisse présumer la qualification. Ainsi, l'existence du régime matrimonial, formalisé dans un contrat de mariage, permet de supposer l'existence de l'intention matrimoniale gratuite sans que sa détermination ne soit indispensable pour qualifier un transfert d'avantage matrimonial. Pour autant, l'intention sous-jacente des époux qui choisissent un régime matrimonial nous semble indispensable à la compréhension de sa nature. En outre, les facteurs subjectifs, s'ils ne doivent en aucun cas être des instruments décisifs pour la qualification

¹ S. DEVILLE, « L'objet de la libéralité », thèse Toulouse 2009, n° 18, p. 11.

² F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987, n° 511, p. 687.

³ I. DAURIAC, « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 25.

au vu de la grande difficulté qui existe, à l'image de l'intention libérale, à en tirer des certitudes sans dénaturer le consentement des parties, peuvent servir d'indices pour le praticien qui, confronté à une opération *lambda*, se doit de définir pour appliquer un régime juridique approprié. L'existence de l'intention gratuite doit être démontrée (A) avant qu'une définition n'en soit proposée (B).

A. L'existence de l'intention gratuite

95. Les textes et la doctrine. La notion d'intention gratuite est absente de la lettre du Code civil¹. Son existence n'est cependant pas contestable sur la base de ce seul constat. Déjà, COLIN et CAPITANT reconnaissaient le titre gratuit à la pensée bienfaisante qui les inspirait². L'intention libérale n'est pas plus apparente dans les dispositions de la loi. La doctrine et la jurisprudence n'en ont pas moins affirmé sa prépondérance dans l'acte libéral. Si dans la réalité des relations humaines il est possible de douter de l'existence d'une volonté purement altruiste³, la sphère juridique en fait une condition de validité des libéralités⁴ indépendante du critère matériel⁵. Cette absence s'explique aisément par la défiance totale des rédacteurs du Code civil à l'égard de l'acte gratuit. Ainsi, seuls « *les intérêts sont les moteurs des comportements humains* » et « *l'objet que poursuit chaque homme dans tout acte volontaire est son propre bien* »⁶. Les hommes sont « *dénués de la volonté de charité, qui dispose à donner plus qu'il n'est dû, qui fonde un désintéressement, et que la théologie chrétienne définit avant tout comme « un amour provenant de la volonté* » »⁷. Les conceptions ont depuis évolué et cette vision pessimiste de l'humain et des relations personnelles a été dépassée. Il existe une place dans le système juridique pour l'intention gratuite et l'intention libérale.

Pour autant, de grands auteurs de la doctrine civiliste ont nié l'existence d'une intention propre aux actes gratuits, ou du moins le rôle de cette intention dans la création de l'acte, et une

¹ Comme, par ailleurs, celle d'intention libérale. Il n'y a guère que l'article 2013 du Code civil qui en fasse mention : « *Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public* ».

² A. COLIN et H. CAPITANT, « Cours élémentaire de droit civil français », t. II., Dalloz, 1942, p. 261 ; V. aussi C. DEMOLOMBE, « Cours de Code Napoléon », XVIII – XXIII, « Traité des donations entre vifs et des testaments », Paris, A. Durand, L. Hachette, 1866-1872, 4^{ème} éd., n° 24.

³ M. DOUGLAS, « *Il n'y a pas de don gratuit* », éd. La découverte, MAUSS, 1999, p. 163 et s., spé. p. 167.

⁴ Cass. 1^{ère} civ., 7 févr. 1967 : Bull.civ. I, n° 50 ; Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 2002, n° 00-13.276 : Bull. civ. I, n° 276 ; D. 2003. somm. 1973, obs. M. NICOD.

⁵ L'intention libérale ne se déduit pas du déséquilibre économique : Cass. 1^{ère} civ., 14 févr. 1989 : Bull. civ. I, n° 79 ; Defr. 1992, 181, note A. CHAPPERT ; RTD Civ. 1989, p. 799, obs. J. PATARIN.

⁶ X. MARTIN, « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », Revue d'histoire du droit, 1982, p. 589, spé. p. 611

⁷ « Dictionnaire de théologie catholique », t. II., Paris, 1939, col. 2217 et 2256. Sur la charité en tant que vertu théologique, cf. M. GRIMALDI, « Droit civil : libéralités, partages d'ascendants », Paris, Litec, 2000, p. 3.

vision très objective de la gratuité a été consacrée¹. Ainsi, DUPEYROUX s'appuie sur une analyse jurisprudentielle très approfondie pour affirmer que l'intention libérale n'est pas une condition nécessaire à la gratuité². La jurisprudence qualifiant certains actes intéressés de libéralités, l'intention du sujet est inapte à servir de donnée catégorique dans la distinction. Ainsi, les cadeaux publicitaires, dépourvus d'intention libérale, n'en sont pas moins des actes gratuits³.

De plus, il existerait selon DUPEYROUX une réelle difficulté, voire une absence totale de définition possible de l'intention libérale, qui, dans une conception abstraite, se confondrait soit avec l'élément matériel, soit avec le consentement. L'intention libérale ne serait donc que l'absence d'intention onéreuse, qui est, elle, davantage un critère qualifiant. Or on ne définit point une notion par l'absence d'une autre : on ne décrit pas l'eau comme « *un composé d'hydrogène, d'oxygène, et... d'absence d'azote* »⁴. Il s'agit donc surtout pour DUPEYROUX, d'adopter un critère de qualification au moyen d'un raisonnement purement scientifique. Mais ce faisant, il omet une dimension toute particulière à l'étude envisagée : lorsqu'il s'agit de tracer la frontière entre deux concepts opposés formant une *summa divisio*, il est tout à fait possible de définir l'un comme l'absence de l'autre. Ainsi ne dit-on pas que l'obscurité est l'absence de lumière ? Que le froid est l'absence de chaleur ? Que la sécheresse est l'absence d'humidité ? Que le malheur est l'absence de bonheur ? Que le vide est l'absence de corps matériel ? Plus juridiquement, le consensualisme n'est-il pas l'absence de formalisme nécessaire ? Le présupposé ne tient donc pas.

L'intention gratuite n'est certes pas en elle-même une absence d'intention onéreuse, mais elle la suppose car elle lui est antinomique. Quant à l'absence d'intention gratuite dans un acte intéressé, il sera démontré, par l'étude de la définition de l'intention gratuite, puis de l'intention proprement libérale, que le critère de l'intérêt n'est pas plus apte à disqualifier le critère matériel que le critère intentionnel de l'acte gratuit. La justification en est simple : l'existence d'actes totalement désintéressés est très incertaine ; celle d'actes gratuits est indéniable. Madame MEAULAUTOUR explique aisément l'insuffisance du critère dégagé par DUPEYROUX, tant intentionnel que matériel : il refuse d'ajouter au déséquilibre objectif un élément subjectif autonome, car il refuse de considérer l'intention libérale comme un critère nécessaire.

96. L'intention gratuite entendue comme l'intention libérale. L'existence d'un

¹ Ainsi le doyen CARBONNIER élude totalement l'existence d'une intention gratuite ou libérale : J. CARBONNIER, « Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association », thèse Bordeaux 1932.

² J.-J. DUPEYROUX, « Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit », thèse Toulouse 1955, n° 69 et n° 155 et s.

³ En ce sens, voir F. GRUA, « L'acte gratuit en droit commercial », thèse Paris I, 1978 (pour les cadeaux publicitaires n° 31 ; de plus, le gratuit n'est pas propre au droit civil : n° 33).

⁴ J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 157

critère intentionnel commun à tous les actes à titre gratuit est largement admise en doctrine¹. Ainsi, selon AUBRY et RAU, est gratuit « l'acte par lequel une personne procure à une autre ou s'engage à lui procurer, un avantage sans avoir reçu d'elle, ou se faire promettre par elle un avantage qui en constitue la contrepartie, de telle sorte qu'elle agit dans une intention libérale »². JOSSERAND écrit que « pour qu'un élément soit conçu sur le mode gratuit, la première condition de toutes, et presque la seule, c'est qu'il procède d'une intention libérale »³. De même, selon OVERSTAKE, « ce but [l'intention libérale] se retrouve dans tous les actes à titre gratuit »⁴. Plus récemment, Monsieur LUCET, après l'analyse des éléments matériel et intentionnel de la libéralité, indique que « ces composants sont, en réalité, communs à tous les actes à titre gratuit »⁵. Au contraire, DUPEYROUX tente d'expliquer que l'intention libérale n'est pas un élément catégorisant, voire qu'elle est totalement absente. Mais ce qui nous intéresse ici, c'est le constat que son analyse de l'intention libérale ne se limite pas aux libéralités mais s'applique à la théorie générale de l'acte à titre gratuit⁶.

L'intention libérale serait donc l'élément psychologique permettant de distinguer un acte gratuit d'un acte onéreux déséquilibré, mais aussi, selon Madame MEAU-LAUTOUR, de distinguer l'acte gratuit de l'exécution d'une obligation naturelle¹. L'existence d'un avantage identifié comme gratuit en vertu des critères sus-énoncés ne suffit pas à caractériser la nature gratuite d'un acte considéré dans son ensemble. Encore faudrait-il pouvoir constater une volonté altruiste qui la justifierait. Cette vision est empreinte d'un certain réalisme dans l'appréhension des relations humaines, car agir gratuitement n'est jamais anodin. Influencée par le Code civil, elle fait de la gratuité une exception à la généralité onéreuse des actes juridiques. L'exception étant d'interprétation stricte, l'analyse du critère intentionnel se révèle indispensable à toute qualification préalable. Mais ce faisant, elle crée une confusion entre l'intention propre à l'acte libéral, donc rattachée au transfert de valeur, au dépouillement patrimonial sans contrepartie, et la volonté qui anime celui qui consent un acte gratuit qui ne porterait pas en lui-même un tel degré d'altruisme, tels les actes ne conférant que la jouissance temporaire d'un bien. Il existe réellement une échelle du gratuit graduée selon la gravité de l'opération et, partant, selon l'intensité de la volonté gratuite. On trouve en jurisprudence des exemples de l'application de la notion d'intention gratuite aux gratuits dans leur ensemble. Ainsi, « il appartient à celui qui se prévaut d'un **contrat**

¹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 52 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, « Les obligations 1. L'acte juridique », Armand Colin, Paris, 9^{ème} éd. 2000, n° 85. ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, « Les obligations », Defr. 2011, 5^{ème} éd. n° 415. Sur l'ensemble de la question, V. J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*

² Ch. AUBRY et Ch. RAU, « Cours de Droit Civil français », 6^{ème} éd. par P.-E. ESMEIN, tome X, Librairies techniques, Paris, 1954, §644, p. 391.

³ L. JOSSERAND : « Les mobiles dans les actes juridiques en droit civil », Dalloz 1928, n° 293.

⁴ J.-F. OVERSTAKE, « Essai de classification des contrats spéciaux », thèse Paris 1969, p.189.

⁵ F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987, n° 24.

⁶ DUPEYROUX, *op. cit.*

à titre gratuit de démontrer l'intention libérale »².

97. Gratuité sans intention ? Tous les auteurs ne relayent pas la confusion entre les deux notions. Mais ceux qui s'en préservent formulent parfois des propositions contestables. Dans l'étude qu'elle réalise de l'intention libérale dans la donation, Madame LAMBERT n'hésite pas à utiliser l'expression « gratuité » comme synonyme de l'élément matériel du titre gratuit. Ainsi affirme-t-elle dans l'introduction de sa thèse : « Cette gratuité, commune à de nombreux contrats de bienfaisance, ne constitue donc pas l'élément distinctif de la donation. Il s'agit de son élément moral : l'intention libérale. Etant propre à la donation, celle-ci la distingue des contrats de service gratuits »³. L'étude qu'elle réalise de la donation ne s'inclut pas dans une analyse élargie du contexte dans lequel elle s'inscrit, ce qui la conduit à ne pas s'attarder réellement sur la catégorie gratuite dans son ensemble, qui pourtant est de l'essence de la donation. Ce faisant, elle réduit l'ensemble des actes gratuits non-libéraux à une appréciation purement économique du rapport d'équivalence, sans prendre la peine de distinguer ceux-ci des actes onéreux. La gratuité serait selon elle l'inéquivalence objective et subjective des prestations. Elle ne tient pas compte du fait qu'un tel résultat peut émaner d'un acte purement onéreux, telle une vente à un prix bien supérieur à la valeur réelle du bien, situation imposée par la loi du marché. Les actes onéreux, lorsqu'ils sont déséquilibrés, comportent en eux-mêmes une inéquivalence objective manifeste qui, pour être acceptée par chacune des parties, n'en est pas moins subjectivement constatable.

En outre, réduire la gratuité à un pur rapport économique conduit à nier que les actes gratuits soient consentis dans une intention qui leur est propre. La confusion entre intention gratuite et libérale a au moins le mérite de reconnaître la particularité subjective de la catégorie gratuite. Madame LAMBERT la nie implicitement. Or la distinction gratuit/onéreux « se rattache au but poursuivi par les contractants »⁴. Les auteurs ne parlent donc jamais que d'« intention libérale » pour désigner l'élément intentionnel de l'acte gratuit⁵. Aucun n'opère de différence avec l'intention gratuite. S'il existe effectivement une sous-catégorie d'acte gratuit que l'on nommerait libéralité, il convient de comprendre comment se détermine cette classification. Alors qu'en matière de donation « le déséquilibre engendré par ce contrat est justifié par l'intention libérale du disposant »¹, l'inéquivalence objective et subjective des prestations créée par l'acte gratuit est justifiée par l'intention gratuite de celui qui la consent.

¹ H. MEAU-LAUTOUR, *op. cit.*, n° 58.

² Cass. 3^{ème} civ., 31 mai 1989 : Bull. civ. 1989, III, n° 126 ; RTD Civ. 1990, p. 69, obs. J. MESTRE. Nous surlignons.

³ S. LAMBERT, « L'intention libérale dans les donations », thèse 2005, Aix-Marseille, n° 1, p.15.

⁴ Y. LEQUETTE, F. TERRÉ et Ph. SIMLER, « Droit civil. Les obligations », Paris, Dalloz 2009, 10^{ème} éd., n° 67, p. 78.

⁵ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, « Les successions. Les libéralités », Defr. 5^{ème} éd. 2012, n° 293, p.144.

98. Intention gratuite dissociée de l'intention libérale. L'inévitable dissociation de l'intention gratuite et de l'intention libérale s'est incarnée dans un arrêt célèbre rendu en matière civile qui témoigne de l'existence d'une différence intentionnelle certaine entre les libéralités et les autres actes gratuits. La Cour de cassation avait décidé en effet que, même en l'absence d'intention libérale établie, le bénéfice d'un avantage indirect tiré de l'occupation gratuite d'un immeuble devait être rapporté à la succession². La solution était généralisée à des avantages conférés par d'autres actes juridiques³, mais la mise à disposition sans contrepartie en est l'expression la plus convaincante.

La notion d'avantage indirect, présente dans la lettre du Code civil⁴, était connue de la doctrine⁵ qui la classait parmi les actes gratuits tout en la distinguant des libéralités. Elle était une figure peu comprise mais bien réelle quoique complexe : l'avantage pouvait résulter d'une libéralité sans pourtant en faire partie, notamment en cas de différence entre la valeur du bien sujet à rapport et celle calculée au jour de l'ouverture de la succession⁶. Cette solution semblait due à l'étroitesse de la définition retenue de l'intention libérale, totalement inapte à recouvrir toutes les hypothèses de gratuité⁷. Grâce à cette position jurisprudentielle rendue par opportunité (il s'agit d'assurer la plus grande égalité possible entre les cohéritiers), la distinction a été définitivement marquée entre la libéralité consentie dans une intention libérale et l'avantage indirect dépourvu d'*animus donandi*⁸. Ainsi, la jurisprudence consacrait la vision selon laquelle l'intention libérale est propre à l'acte libéral et ne saurait, contrairement à ce qui est communément admis, s'étendre à tous les actes gratuits. Mieux, elle soumettait un acte juridique non libéral au régime juridique

¹ S. LAMBERT, *op. cit.*, n° 2 p. 16.

² Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 2005 : Bull. civ. I, n° 409 ; D. 2006. pan. 2072, obs. M. NICOD ; JCP 2008, I, 108, n° 8 obs. R. LE GUIDEZ ; RJP 2006, n°1, p. 34, obs. J. CASEY ; PA 3 mai 2006, note A. CHAMOULAUD-TRAPIERS. Cette solution a récemment été remise en cause par une série de quatre arrêts rendus le 18 janvier 2012 : Cass. 1^{ère} civ., 18 janv. 2012, pourvois n° 09-72542, n° 10-27325, n° 11-12863 et n° 10-25685. Cependant la dissociation entre avantage indirect et intention libérale demeure peut-être encore puisque une rupture d'égalité entre cohéritiers peut provenir d'un fait juridique tel que la collaboration professionnelle : Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 1968 : JCP 1969, II, n° 15899, note M.D. ; Defr. 1969, art. n° 29304, note J. MAZEAUD ; v. déjà : Cass. 1^{ère} civ., 10 juin 1963 : Bull. civ. 1963, I, n° 304. Pour une étude approfondie de la notion d'avantage indirect, cf. *infra*, n° 312 et s.

³ Ainsi l'avantage indirect peut résulter d'un acte onéreux tel un bail : Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1996 : Bull. civ. I, n° 315 ; Defr. 1998, p. 465, note B. DE SAINTE AFFRIQUE ; RTD Civ. 1997, p. 485, obs. J. PATARIN. Il peut aussi résulter d'un fait juridique telle une « situation privilégiée » : Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 1968 : JCP 1969, note M. D. ou d'un usage : Cass. 1^{ère} civ., 27 déc. 1963 : JCP 1964, II, 13513, note R.L. Pour une étude générale, cf. V. BARABÉ-BOUCHARD, « Occupation gratuite d'un logement par un héritier », JCP N 2006, 1220.

⁴ V. notamment article 853 du Code civil.

⁵ V. notamment V. BARABÉ-BOUCHARD, note précit., p. 1150 ; Th. DOUVILLE, « Nature de la valeur patrimoniale d'une licence de taxi au regard du droit des régimes matrimoniaux », D. 2008, p. 2264 et s. ; R. SAVATIER, « Rôle constructif de la jurisprudence en matière de rapport dans les partages – application au rapport du droit au bail ou d'occupation sur un immeuble », JCP N 1969, I, 2214 ; M. GRIMALDI, « Droit civil : successions », Paris, Litec, 2001, 6^{ème} éd., p. 658, n° 671.

⁶ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} oct. 1986 : Bull. civ. I, n° 231 ; R., p. 139 ; D. 1987, p. 158, note G. MORIN ; D. 1987, somm. p. 124, obs. D. MARTIN ; RTD Civ. 1987, p. 582, obs. J. PATARIN.

⁷ V. *infra*, n° 277 et s.

⁸ Il semble même qu'aucune intention gratuite ne soit nécessaire ; en réalité, l'avantage indirect correspond à l'élément matériel de la gratuité. V. *infra*, n°312 et s.

des libéralités parce qu'il reflétait une dimension gratuite indéniable. En effet, il n'existe aucune intention onéreuse, aucune volonté d'enrichissement personnel dans la mise à disposition gratuite d'un bien. Il s'agit d'un contrat de service gratuit qui n'est pas nécessairement consenti dans une intention libérale, ni dans un but lucratif. Ainsi, tous les actes gratuits ne sont pas mus par une intention libérale, mais par une intention gratuite¹. Celle-ci correspond à l'élément intentionnel de la gratuité et l'intention libérale n'en est qu'une forme avancée, correspondant, sur une échelle mesurant la bienfaisance, à un grade ultime : le transfert de valeur sans contrepartie. L'existence d'une intention gratuite autonome est décelable dans certains ouvrages servant de référence. Le très usité « Vocabulaire des termes juridiques » de M. CORNU définit le contrat de bienfaisance comme une « *sorte de contrat à titre gratuit dans lequel l'une des parties, sans transférer à l'autre un élément de son patrimoine, lui rend cependant un service (dans une intention bénévole et sans contrepartie)* »². Ce postulat n'est nullement surprenant lorsque l'on sait que « *la générosité passe par degrés successifs du don total au mécénat, à l'aumône, à la donation ad irato et au don intéressé* »³.

B. La détermination de l'intention gratuite

99. Première certitude : l'intention gratuite liée à la liberté. Il existe une réelle difficulté à déterminer la teneur d'une notion qui n'est appréhendée qu'indirectement par la loi et intuitivement par la doctrine et la jurisprudence. La définition de l'intention gratuite peut cependant être obtenue par une analyse des développements consacrés à l'intention libérale dans l'acte gratuit. Les ressources documentaires en ce domaine sont rarissimes. Une première certitude concerne le lien qu'entretient l'intention gratuite avec la liberté qu'éprouve le sujet qui en est animée. Ainsi, il est communément admis que « *l'animus donandi est nécessairement spontané* »⁴. En réalité, la contrainte ne détruit pas nécessairement l'intention gratuite ni même l'altruisme mais elle lui ôte son rôle créateur et, partant, sa dimension catégorique. La contrainte remplace l'intention dans son rôle catégorique puisqu'elle réduit la dimension conventionnelle du rapport de droit⁵. Lorsqu'elle est juridique, il est plus aisé de présupposer l'absence d'intention gratuite. Mais émanant d'une obligation naturelle, elle reste propre au sujet. Celui-ci crée la

¹ Une étude approfondie de l'avantage indirect démontrera cependant que cette donnée se rattache à l'élément matériel de la distinction et n'exige aucunement la détermination d'une intention gratuite quelle qu'elle soit. Mais le fait qu'elle ne soit pas exigée ne signifie pas qu'elle soit totalement absente en pratique. V. *infra*, n° 312 et s.

² G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », association Henry Capitant, PUF 2000, 8^{ème} éd., v° *Bienfaisance*. C'est nous qui surlignons.

³ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, n° 293, p. 144.

⁴ S. LAMBERT, *op. cit.*, n° 3, p. 18.

⁵ Rappelons qu'en principe, le domaine de la distinction est limité à l'existence d'un avantage en lien avec une volonté personnelle. Dans les opérations commandées par la loi ou par le juge, la volonté personnelle peut exister mais n'est pas nécessaire à son existence ; cela ne fait pas échec au constat d'un avantage de nature gratuite ou de nature onéreuse

contrainte inconsciemment, en raison notamment des valeurs qui lui sont propres, de l'éducation qu'il a reçue, ou encore de sa personnalité¹. La liberté n'est pas en soi un élément constitutif de l'acte. Notion fuyante, elle ne saurait rendre compte avec précision de la teneur de l'intention gratuite. De surcroît, nous estimons que cette intention peut coexister avec la contrainte juridique. L'obligation civile d'avantager autrui ne détruit pas *ipso facto* la volonté de le privilégier. Seulement elle n'est plus nécessaire à la validité de l'opération. Son rôle créateur disparaît. Elle n'a donc plus d'incidence catégorique. Tel est le cas de la mise à disposition dite gratuite du logement de famille au profit d'un époux ou d'un concubin dans le cadre d'une procédure de divorce ou de liquidation des intérêts patrimoniaux. Ordonnée par la loi ou par le juge, elle porte en elle-même une contrainte. Celle-ci n'efface pas l'intention gratuite (peut-être qu'en l'absence de contrainte, cette mise à disposition aurait tout de même été consentie) mais la rend dépourvue d'influence catégorique : seul le critère matériel fonde alors la qualification, c'est-à-dire l'absence d'obligation de payer un loyer ou une indemnité d'occupation. Tout dépend donc du cadre dans lequel elle intervient : elle n'est en principe pas dépendante de la liberté d'action du sujet, sauf en matière d'acte juridique ou de fait juridique volontaire. La liberté ne peut donc être un critère déterminant de l'intention gratuite². Elle n'influe que sur son rôle catégorisant.

100. Seconde certitude : diversité des formes d'intention gratuite. L'intention gratuite peut correspondre à divers sentiments. Il convient donc de tenter d'établir une notion globale, susceptible de s'appliquer à divers degrés d'intensité des sentiments humains. La définition de l'intention gratuite se doit également d'être plus générale que celle de l'intention libérale qui en est une forme particulière. La notion de contrepartie ne doit pas en être absente. En effet, c'est à tort que les auteurs de doctrine adoptent le réflexe malheureux d'isoler, après les avoir définis, les éléments constitutifs d'un acte juridique. En matière d'acte gratuit, la cause, le consentement, l'absence de contrepartie et l'intention gratuite s'enchevêtrent en réalité bien plus qu'on ne pourrait traditionnellement le concevoir. De manière générale, ce qui permet de qualifier un acte juridique n'est pas tant la coloration particulière des éléments qui le composent, que l'agencement participatif de ceux-ci.

qualifiant, par abus de langage, l'opération dans son ensemble.

¹ Madame RIEUBERNET écrit à propos des présents d'usage : « *L'usage donne l'idée, le prétexte, mais n'exclut pas l'intention libérale* » : C. RIEUBERNET, « Les donations entre époux – étude critique », thèse Toulouse 1997, p. 32. Tel est également le cas de l'obligation naturelle. Sur la question, v. Ch. GOLDIE-GENICON, « Les libéralités rémunératoires », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 347, spé n° 13, p. 358 ; l'auteur estime fort justement qu'il n'y a « aucune incompatibilité de principe entre l'existence d'une obligation naturelle et la reconnaissance d'une intention libérale du disposant » (p. 359). V. également : N. PETERKA, « Les dons manuels », thèse Paris II, LGDJ 2001, n° 135.

² Elle nous semble cependant indispensable dans la détermination de l'intention libérale. La sémantique conserve ici une logique propre.

101. Définition. Lorsqu'une opération juridique est susceptible de s'inscrire dans le cadre de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux, donc qu'est constatable un avantage en lien avec une intention personnelle, la qualification est soit gratuite soit onéreuse. Cette exhaustivité propre à l'applicabilité des critères guidera notre recherche du critère intentionnel : tout ce qui n'est pas intention onéreuse est intention gratuite¹. Or l'intention onéreuse est bien plus facilement déterminable. Elle semble consister en une volonté d'enrichissement personnel² : ce qui incite à contracter ou à agir est le désir d'obtenir un avantage pour soi. Un raisonnement *a contrario* est donc nécessaire. L'intention gratuite peut se définir de manière générale comme la volonté d'agir dans le dessein d'avantager autrui. Nous insistons sur l'idée de dessein, de but poursuivi. En effet, l'acte onéreux (donc l'intention onéreuse) porte en lui un avantage consenti à autrui. Mais cet avantage n'est qu'une étape, une monnaie d'échange nécessaire à l'obtention d'un avantage pour soi-même. En revanche, dans l'acte gratuit, l'avantage consenti à l'autre est le point d'arrivée, la destination finale de la volonté personnelle. Agir gratuitement, c'est agir pour autrui. Analysée plus précisément, l'intention gratuite est la volonté de placer l'avantage consenti à autrui en l'absence de contrepartie comme une cause essentielle de l'acte. Plusieurs points doivent être éclairés :

1. L'intention se rapporte à l'élément matériel³ mais ne s'y limite pas : elle le porte au-delà d'un rôle de simple effet et lui confère une dimension causale sans laquelle l'acte n'est plus gratuit. Alors que, dans l'acte onéreux déséquilibré, l'avantage est un pur effet accepté, voire subi, dans l'acte gratuit il est voulu et même recherché.

2. L'acte gratuit est un vecteur, un instrument permettant de parvenir à une fin prédéterminée. Cette fin est l'élément matériel gratuit. Celui-ci est donc un attribut de la cause de l'acte⁴. Il est même une partie de la cause essentielle, c'est-à-dire non celle qui explique l'acte, mais celle qui le crée. Il faut ici entendre le terme « cause » dans une acception objective : ni en amont, ni en aval, mais dans l'opération juridique elle-même. L'élément matériel gratuit n'est, dans l'acte gratuit, pas simplement un résultat, mais LE résultat.

3. L'intention gratuite est le socle de l'acte, car elle le façonne littéralement. Elle influe sur les éléments qui le composent et les agence d'une manière caractéristique.

¹ « Il y a une intention de disposer à titre onéreux, comme il y a une intention de disposer à titre gratuit », M. NICOD, « Le formalisme en droit des libéralités », thèse Paris II, 1996, n° 199, p. 79.

² Le terme « enrichissement » est ici entendu de manière très large : il inclut toute forme d'avantage, en valeur ou en nature, matériel ou purement moral.

³ L. JOSSERAND, *op. cit.* : « Le but et les mobiles sont ici décisifs (...) mais il faut ajouter : pas d'intention libérale sans un bienfait effectif dans lequel elle vienne se concrétiser ». Monsieur LUCET écrit, au sujet de l'élément matériel : « L'intention libérale participe à sa détermination, l'explique, lui sert de cause » : F. LUCET, *op. cit.*, n° 22, p.32-33 ; H. MEAU-LAUTOUR, *op. cit.*, n° 459 : « Il faut donc définir l'intention libérale comme le sentiment et la volonté de l'inéquivalence, c'est en effet la seule manière de traduire le lien exact entre la volonté et l'élément objectif typique de la gratuité, lien que le désir de faire plaisir et autres critères psychologiques ne pouvaient représenter ».

⁴ Sur la cause des actes juridiques et notamment des libéralités, v. *infra*, n° 265 et s.

Ainsi définie, l'intention gratuite doit être analysée dans le cadre du rapport de gratuité.

C. La place de l'intention gratuite dans le rapport de gratuité

102. Interrogations. Il est communément admis que la qualification d'une opération dans le cadre du titre gratuit et du titre onéreux « *est relative, d'une part, parce que l'on peut parfois admettre que le contrat ne revêt un caractère gratuit que pour une partie de son objet, d'autre part, parce que l'opération présente dans certains cas une nature différente selon les personnes : il en est spécialement ainsi de la stipulation pour autrui, qui revêt fréquemment un caractère onéreux dans les relations entre stipulant et promettant et un caractère gratuit dans les rapports entre stipulant et tiers bénéficiaire* »¹. Ainsi, un acte *a priori* onéreux peut revêtir une dimension gratuite. Accepter de louer, aux mêmes conditions, à un proche plutôt qu'à un tiers, dans l'unique but de l'aider, recèle une intention gratuite indépendante de la contrepartie espérée (le loyer). La problématique du rôle de l'intention dans le rapport de gratuité est donc double. D'une part il s'agit de savoir si une intention demeure gratuite lorsque que le but recherché est tout autant un enrichissement personnel qu'un avantage consenti à autrui. D'autre part, il convient d'analyser l'agencement du critère intentionnel et du critère matériel.

103. Pluralité d'intentions. L'hypothèse frontière de l'existence de l'intention gratuite est celle, souvent présente en pratique, dans laquelle il existe une pluralité de volontés personnelles, émanant du même sujet. Ainsi, l'acte ou le fait juridiques volontaires n'ont pas été envisagé dans l'unique dessein de s'enrichir, mais également dans celui d'enrichir l'autre. Il existe deux buts, deux finalités. Que peut-on en déduire sur la qualification de l'opération dans son ensemble ? Plusieurs solutions sont envisageables. Une première théorie consisterait à tirer les conséquences de cette double intention dans une application stricte des critères de qualification : l'acte serait donc pour partie onéreux et pour partie gratuit. Cette position est difficilement défendable dans la mesure où le droit positif a toujours refusé de consacrer l'existence d'actes mixtes. Tout au plus sont reconnus les actes neutres, qui ne trahissent pas leur cause, puisque l'unité de leur nature n'est pas contestée. De surcroît une qualification moitié/moitié est profondément simpliste et ne résout pas la difficulté née de l'existence d'un seul élément matériel, gratuit ou onéreux.

Une seconde théorie consisterait à mesurer l'intensité de chaque émanation de volonté afin de conférer une dimension qualifiante à celle qui serait prépondérante. L'acte serait gratuit, car en plus de présenter une inéquivalence objective et subjective, il recèlerait une intention « plus

¹ Dictionnaire permanent JCP LexisNexis, v° *Gratuité*.

gratuite qu'onéreuse ». Cette solution paraît logique. Mais d'une part elle occulte la situation dans laquelle les deux volontés sont placées dans un rapport d'égalité : le sujet agit alors tout autant pour lui que pour autrui. D'autre part, elle nécessite une percée délicate à mettre en œuvre dans l'intellect de la partie à qui la qualification est opposée. Le juge devrait alors tenter de déterminer, mieux que le sujet lui-même, l'intention prédominante qui l'animait. Le résultat d'un tel travail de recherche est bien trop incertain. Il fait peser sur le juge une charge considérable et risque d'aboutir à des erreurs d'appréciation. La personne elle-même ne sait pas toujours si elle agit « plus pour elle » ou « plus pour l'autre ».

Une dernière solution consisterait à retenir, pour toutes les situations, une qualification commune. Elle implique un retour à la définition même des intentions gratuite et onéreuse et à une démarcation nette des deux systèmes de pensée. En présence d'une pluralité intentionnelle, l'une des deux l'emporterait nécessairement. Cette solution a le mérite de la clarté. Encore doit-elle se conformer à la réalité qu'elle reflète. Quelle qualification choisir ? Il nous semble qu'en pareille hypothèse, la gratuité doive l'emporter. Cela tient à l'acception même de l'intention onéreuse. Celle-ci est plus réduite que l'intention gratuite : elle est la volonté d'obtenir un enrichissement purement personnel. Toute autre considération fausse le rapport de droit initial. Quand une volonté gratuite est décelable, elle emporte nécessairement une qualification gratuite de l'ensemble du critère intentionnel, en raison de l'étroitesse de la définition de l'intention onéreuse. Cette solution ne s'applique cependant que lorsqu'une évidence ne s'impose pas quant à la prépondérance de l'une ou l'autre des intentions. Lorsque l'une prédomine de manière manifeste, elle l'emporte. Lorsqu'existe un doute sur la prépondérance de l'un ou de l'autre, l'intention gratuite l'emporte. Le critère intentionnel est donc plus large dans la dimension gratuite. En revanche, le critère matériel est plus large dans la dimension onéreuse, puisqu'une équivalence objective ou subjective suffit à détruire l'économie gratuite de l'opération juridique.

104. Diversité des critères. Quelle solution retenir lorsque la gratuité émane de l'un des deux critères et l'onérosité de l'autre ? Quelle qualification doit-on retenir pour un acte aboutissant à une inéquivalence objective (critère matériel gratuit) mais consentie dans une intention onéreuse (critère intentionnel onéreux) ? Ou au contraire lorsqu'une équivalence objective ou subjective (critère matériel onéreux) émane d'une intention gratuite (critère intentionnel gratuit) ? Il s'agit là d'hypothèses marginales. La difficulté repose alors uniquement dans la détermination successive des éléments matériel et intentionnel. Plus délicate est la qualification d'opérations présentant une divergence quant aux critères. Ces hypothèses se présentent en pratique, notamment à propos des actes aléatoires dans lesquels l'intention originelle

est prédéfinie, mais le résultat, donc le rapport d'équivalence, peut demeurer incertain¹.

La difficulté sera résolue grâce à l'exigence doctrinale et jurisprudentielle unanime selon laquelle l'acte gratuit suppose l'existence d'un critère matériel gratuit et d'une intention qualifiée de libérale. Le cumul des deux critères est indispensable à la qualification gratuite de l'opération dans son ensemble, afin de s'assurer que le résultat n'est pas dû au hasard mais a été réellement recherché. En revanche, s'agissant d'une qualification onéreuse, il n'existe aucune exigence connue de sa détermination dans l'acte onéreux. Considérée par les rédacteurs du Code civil comme la norme des relations conventionnelles entre les personnes, l'intention onéreuse est présumée exister dans l'acte, donc n'a pas à être démontrée. En revanche, l'acte gratuit étant une situation « anormale » ou du moins originale, la caractérisation de ses critères, tant matériel qu'intentionnel, doit être effectuée.

Un exemple simple permet de s'en assurer. Il est admis en jurisprudence que la renonciation à une succession peut être constitutive d'une donation indirecte, dans la mesure où elle est *in favorem*². Mais la qualification gratuite n'est pas systématique. La renonciation en tant que telle n'est pas toujours qualifiée de libéralité, ni même d'acte gratuit : elle procure pourtant un avantage de nature gratuite au bénéfice des cohéritiers qui voient leur part successorale s'accroître. L'inéquivalence objective et subjective est patente. Cependant la renonciation ne devient gratuite que lorsqu'elle n'est pas exclusivement réalisée dans l'intérêt personnel du disposant, mais qu'il agit dans le dessein d'avantager ses cohéritiers. C'est donc la caractérisation d'une intention gratuite qui permet de basculer dans une qualification gratuite : la réunion des deux critères du gratuit est indispensable pour une qualification gratuite. La présence d'un seul critère de l'onéreux est suffisante pour une qualification onéreuse. Notons que cet exemple est une illustration parfaite de notre théorie dans la mesure où la renonciation peut tout à la fois s'exercer pour des raisons personnelles et pour des motifs altruistes. Lorsqu'elle est consentie « parce qu'elle arrange tout le monde », l'intention n'est pas purement gratuite ou purement onéreuse : des considérations diverses guident alors le sujet. Pourtant, si la dimension onéreuse de l'acte de volonté ne prédomine pas avec évidence, la qualification gratuite l'emporte en pratique. Le délicat travail qui consiste à sonder le degré d'altruisme inhérent à un acte juridique ne peut, semble-t-il, que relever du pouvoir souverain du juge du fond.

105. Résumé. La mécanique de qualification peut se régler comme suit :

▪ Avantage gratuit + intention gratuite = acte/fait juridique volontaire **gratuit**

¹ V. *infra*, n° 106 et s.

² Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 1961 : D. 1962, p. 657, note J. BOULANGER ; JCP 1963, II, 12973, note P. VOIRIN ; Cass. req., 15 nov. 1858 : DP 1858, I, p. 433.

▪ Avantage onéreux + intention onéreuse = acte/fait juridique volontaire **onéreux**

▪ Avantage gratuit + intention onéreuse =

◦ Si le bénéfice ainsi consenti est inédit ou fortuit (non considéré par les parties lors de la conclusion de l'acte ou de la réalisation de l'évènement), l'opération est hors du cadre de la distinction. Seul l'avantage en lui-même se rattache à l'élément matériel gratuit, mais en l'absence de volonté en adéquation, l'opération ne peut, en elle-même, recevoir de qualification. Il n'existe pas de lien entre l'avantage et l'intention : l'opération est donc hors du domaine de la distinction. C'est l'exemple de l'avantage indirect¹.

◦ Si le bénéfice ainsi consenti n'est pas inédit ou fortuit (il a été considéré par les parties lors de la conclusion de l'acte ou de la réalisation de l'évènement), l'opération est de nature onéreuse. L'intention onéreuse impliquait la potentialité d'un échec à obtenir une contrepartie. Le sujet a donc pris un risque, pleinement assumé. Il existe un lien entre l'intention et l'avantage, donc l'opération est dans le cadre de la distinction. L'intention onéreuse prédomine sur le critère matériel gratuit.

▪ Avantage onéreux + intention gratuite =

◦ Si le bénéfice ainsi consenti est inédit ou fortuit (non considéré par les parties lors de la conclusion de l'acte ou de la réalisation de l'évènement), il n'existe pas de lien entre l'avantage et l'intention : l'opération est hors du cadre de la distinction. Seul l'avantage en lui-même se rattache à l'élément matériel onéreux, mais en l'absence de volonté en adéquation, l'opération ne peut, en elle-même, recevoir de qualification.

◦ Si le bénéfice ainsi consenti n'est pas inédit ou fortuit, il sera possible de douter de l'existence d'une intention gratuite. Cependant si elle existe réellement, l'opération devra être qualifiée d'onéreuse, puisqu'il n'existera aucun aboutissement à la volonté gratuite : la matérialité de la gratuité fera défaut.

Ainsi, le critère matériel du titre onéreux est plus étendu que le critère matériel du titre gratuit. Le critère intentionnel du titre gratuit est plus étendu, quoique moins fréquent en pratique, que le critère intentionnel du titre onéreux. En toute hypothèse, l'existence d'un seul des deux critères du titre onéreux suffit à emporter une qualification onéreuse. La synthèse de ces réflexions peut être effectuée sous la forme du tableau récapitulatif ci-dessous.

¹ V. *infra*, n° 312 et s.

	<u>Acte onéreux</u>	<u>Acte gratuit</u>
Elément matériel	<p>Existence d'une équivalence objective (avantage/avantage) ou subjective (avantage/sacrifice). Lorsqu'existent des obligations synallagmatiques, chaque prestation est considérée comme une contrepartie de l'autre (appréciation psychologique par les parties)</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <u>équivalence objective + subjective</u> = élément matériel de l'acte onéreux classique ▪ <u>équivalence objective + inéquivalence subjective</u> = élément matériel de l'acte onéreux classique ; l'inéquivalence subjective est ce que recherchent les parties. ▪ <u>inéquivalence objective + équivalence subjective</u> = élément matériel de l'acte onéreux déséquilibré <p>Un avantage matériel doit apparaître. Un avantage moral peut apparaître.</p>	<p>Existence d'une inéquivalence objective (avantage/avantage) et subjective (avantage/sacrifice). Lorsqu'existent des obligations synallagmatiques, les prestations ne sont pas nécessairement considérées comme des contreparties.</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <u>inéquivalence objective + inéquivalence subjective</u> = élément matériel de l'acte gratuit <p>L'avantage du <i>solvens</i> peut être matériel ou moral.</p> <p><u>Remarque</u> : le critère matériel du gratuit est plus restreint que le critère matériel de l'onéreux.</p>
Elément moral	<p>Agir dans son unique intérêt (volonté d'enrichissement par exemple)</p> <p><u>Remarque</u> : le critère intentionnel de l'onéreux est plus restreint que le critère intentionnel du gratuit.</p>	<p>Agir dans l'intérêt d'autrui ou agir autant dans son intérêt que dans celui d'autrui.</p>

La réunion des deux éléments du gratuit est nécessaire pour que l'acte juridique ou le fait juridique volontaire soit gratuit.

La présence d'un seul des éléments de l'onéreux suffit à qualifier l'acte juridique ou le fait juridique volontaire d'onéreux.

Section seconde : Confrontation pratique des critères de la distinction

106. Une rencontre nécessaire. Une fois déterminés les éléments catégoriques de l'acte gratuit et de l'acte onéreux par une mise à l'épreuve systématique face aux concepts hybrides de libéralités avec charges et libéralités rémunératoires, il convient de les confronter avec des données juridiques susceptibles de disqualifier l'obligation volontaire. La libéralité n'a, de prime abord, pas de difficulté à passer l'épreuve des éléments qualifiants gratuits. L'inéquivalence, tant objective que subjective, résulte du transfert de propriété sans contrepartie et ne souffre donc pas d'incertitude quant à la nécessité parfois exigée d'une appréciation en valeur. Quant à l'intention gratuite, elle se traduit sous le concept d'intention libérale inhérent à la libéralité. Le régime matrimonial et, au plus fort, l'avantage qui peut en résulter pour l'un des époux, est plus rétif à se positionner dans le cadre gratuit. Si l'argument généralement employé pour l'exclure de la sphère gratuite est l'absence d'intention libérale, il a également pu lui être reproché une absence circonstancielle de déséquilibre économique¹. En outre, il existe une tendance à considérer le régime matrimonial comme de nature aléatoire. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle pu retenir une qualification de donation déguisée dans l'hypothèse où, les époux étant mariés sous le régime de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale de la communauté au profit du conjoint survivant, la différence d'âge et de fortune des conjoints faisait disparaître un aléa inhérent à l'avantage matrimonial². L'étude de l'acte aléatoire s'impose au stade de la confrontation des critères de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux : l'aléa pouvant caractériser un acte juridique est parfois analysé comme chassant la gratuité qui devrait le caractériser³. Les critères de la gratuité devront être éprouvés au stade de l'acte aléatoire (**Paragraphe premier**), avant d'envisager une application au régime matrimonial (**Paragraphe second**).

¹ S. DEVILLE « L'objet de la libéralité », thèse Toulouse 2009, n° 9, p. 5. L'auteur explique l'absence d'assimilation totale de l'avantage matrimonial avec la libéralité, mais l'argument employé peut se généraliser à tout acte gratuit. La combinaison d'une communauté conventionnelle élargie avec un partage inégal au profit de l'époux apporteur majoritaire fait disparaître l'avantage qui aurait pu être conféré à l'époux apporteur minoritaire. Sur la notion d'avantage confrontée au rapport d'équivalence, v. *infra*, n° 349 et s.

² Cass. req., 18 janv. 1888 : DP 1888, I, p. 174 : constitue une donation déguisée l'adoption d'une communauté universelle avec clause d'attribution intégrale de celle-ci au profit du conjoint survivant dès lors que le mari était âgé et riche et l'épouse jeune et désargentée.

³ Une fois de plus, les réflexions qui ont pu être menées sur la compatibilité entre le gratuit et l'aléa ont mis en avant le concept de libéralité et plus encore la notion d'intention libérale. Il nous semble cependant que l'aléa menace avant tout l'élément matériel de l'acte ; et que si la qualification libérale est parfois déniée, c'est en raison de l'absence présumée de gratuité.

Paragraphe premier : Gratuité et onérosité dans l'acte aléatoire

107. *Commodum ejus esse debet cujus periculum est*¹. Selon une maxime civiliste fort répandue, « l'aléa chasse la gratuité ». Pourtant, de nombreux auteurs ont douté de la rigueur d'un tel postulat, imprécis dans sa formulation. Monsieur LIBCHABER s'est interrogé sur ce point : « La vente d'un coup de filet était pour les Romains l'archétype du contrat aléatoire ; mais la donation d'un coup de filet n'aurait pas la même caractéristique ? »². La figure mérite donc une analyse approfondie³ (A) et une confrontation avec les critères prédéfinis (B).

A. L'incompatibilité théorique : fondements et critiques

108. Confuse incompatibilité. L'origine de l'incompatibilité entre les catégories gratuites et aléatoires se trouve dans la lettre de la loi. L'article 1104 porte en lui une double confusion : il présente la catégorie aléatoire comme une sous-catégorie d'acte onéreux et synallagmatique et inclut dans la définition même de l'aléa les composants nécessaires de ces deux actes. Ainsi naquirent une confusion conceptuelle et une confusion catégorielle qui doivent toutes deux être appréhendées.

1. L'incompatibilité notionnelle écartée

109. L'aléa définit par le Code civil. Selon l'alinéa 2 de l'article 1104 du Code civil : « Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire ». La notion d'aléa est ainsi définie dans une perspective synallagmatique : la chance de gain ou de perte doit concerner « chacune des parties ». On ne peut s'empêcher à ce stade de mettre en avant la contradiction qui existe avec l'article 1965 du même code qui accepte, quant aux avantages et aux pertes dépendant d'un événement incertain, que ceux-ci ne concernent qu'une seule des parties⁴. Cette discordance textuelle a fait émerger un débat sur la consistance de l'aléa dans l'acte : doit-il affecter toutes les parties, ou une seule ? L'article 1104 Cciv. inclut également dans la définition de l'acte aléatoire la notion d'équivalent : l'objet de cet équivalent est la chance de perte ou de gain. La confusion

¹ « Là où est le risque, là doit être le profit » : v. H. ROLAND et L. BOYER, « Adages du droit français », Litec, 4^{ème} éd., n° 53 p. 95.

² R. LIBCHABER, note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004, n° 02-11.088 : Defr. 2005, n° 7, art. 38142, p. 617.

³ Sur l'aléa, v. R. KAHN, « La notion de l'aléa dans les contrats », thèse Paris 1925 ; J. -L. MOURALIS, « La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires », thèse Grenoble 1968 ; A. MORIN, « Contribution à l'étude des contrats aléatoires », thèse Paris IX, 1995 ; A. BÉNABENT, « La chance et le droit », thèse Paris, éd. 1973 ; F. GRUA, « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », RTD Civ. 1983, p. 263.

⁴ Ce qui pose de surcroît la question de la compatibilité entre les catégories aléatoire et unilatérale.

notionnelle est possible¹. Un auteur a d'ailleurs consacré de nombreux développements à une définition de l'aléa fondée sur une analyse économique de la convention². Selon Madame NICOLAS, l'acte aléatoire se compose d'un élément objectif, l'existence d'un événement incertain dont dépend le résultat du rapport contractuel établi, et d'un élément subjectif, l'acceptation consciente par les parties de la soumission de ce résultat au hasard. S'agissant du critère objectif, l'incertitude serait à l'origine d'un déséquilibre dans les prestations : « *un déséquilibre très probable des prestations fournies par les parties en résulte parce que l'événement affecte l'économie même du contrat* »³. Le contrat commutatif porterait quant à lui non-seulement une certitude des parties sur le résultat, mais la conscience que ce résultat serait équilibré. Ce qui distinguerait l'acte aléatoire serait un équilibre originel des prestations qui dégénérerait en déséquilibre prévisible mais dont l'importance, et surtout le bénéficiaire, seraient inconnus. L'acceptation de ce risque exclurait naturellement toute idée de gratuité. Cependant l'analyse ne tient pas : si les parties ont conscience de la survenance d'un déséquilibre objectif et subjectif à venir et qu'elles l'acceptent, cela tend à une catégorisation gratuite, puisque peut émerger comme résultat de la convention un élément matériel gratuit (inéquivalence objective et subjective) et que l'intention initiale peut être gratuite (l'objectif pouvant être l'obtention d'un profit en faveur du cocontractant).

110. Critiques. Cette vision purement économique de l'acte aléatoire a fait l'objet de critiques. Madame DEVILLE lui reproche de créer un lien trop rigide entre la notion de certitude et d'équivalence, quasiment envisagées comme synonymes et pourtant bien distinctes dans leur signification respective⁴. Il nous semble que le critère de l'équivalence doit avant tout servir la distinction du titre gratuit et du titre onéreux. Comme nous l'avons exposé, l'appréciation du rapport d'équivalence et son objet doivent guider la réflexion sur l'existence de l'élément matériel. Si l'économie inhérente à la convention peut permettre de déceler la présence d'une forme aléatoire, encore faut-il qu'elle corresponde à l'acceptation juridique de l'aléa, qui nous semble principalement tenir dans cette fameuse « *chance de gain ou de perte* ». Lorsqu'aucune des parties ne risque de perdre ou de gagner par rapport à l'autre, l'aléa ne peut être catégorisant. À ce sujet, Madame MORIN a pu expliquer la différence entre l'aléa économique, qui influe sur le contenu de la prestation, et l'aléa juridique qui opère sur l'existence de l'obligation ou son

¹ Les réflexions doctrinales sur la classification des contrats relaient cette confusion notionnelle ; un exemple parmi tant d'autres : M.-L. MATHIEU-IZORCHE : « Une troisième personne bien singulière ou « 2+1 = tout autre chose » », RTD Civ. 2003, p. 51, spé n° 15.

² V. NICOLAS, « Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance », LGDJ, t. 267, 1996, préf. J. HERON.

³ V. NICOLAS, *op. cit.*, p. 41.

⁴ S. DEVILLE, *op. cit.*, p.184, n° 338.

exécution et qui est placé directement dans le champ contractuel¹. L'aléa économique ne remet pas forcément en cause la certitude quant à l'existence d'un gain ou d'une perte, ni quant à son sujet. Comme la notion de condition, il n'est qu'une modalité aménageant une obligation au sein d'un acte juridique. Au contraire, dans une perspective juridique « *la réalité de l'objet de l'obligation est soumise à la réalisation de l'aléa* »².

111. Définition retenue. Les recherches récentes menées sur la définition de l'aléa laissent entrevoir d'une part la potentielle évolution de la notion, et d'autre part la tendance doctrinale à penser l'aléa indépendamment de l'idée d'équivalent fondant la distinction gratuit/onéreux et de l'existence d'une réciprocité des obligations caractérisant les actes synallagmatiques. L'aléa est alors considéré comme étant une incertitude portant sur le résultat contractuel, quelle que soit la structure initiale de l'acte. Il importe donc peu que celle-ci présente des obligations réciproques ou que le résultat fasse apparaître un élément matériel gratuit ou onéreux. L'incertitude, qui doit selon la loi caractériser l'événement, détermine le résultat, puisque celui-ci dépend de cet événement³. Cette analyse emporte notre conviction. Nous la compléterons en insistant sur la nécessité que le résultat rendu incertain, consiste soit en une chance de gain, soit en un risque de perte pour l'une des parties. La simple incertitude sur le résultat contractuel est un concept trop large pour témoigner du rôle nécessaire de l'aléa dans la catégorisation juridique. Madame DEVILLE explique ainsi « *on ne saurait, selon nous, qualifier d'aléatoire tout acte comprenant une certaine « dose » d'imprévu* »⁴. Il convient de distinguer les contrats aléatoires, desquels résulte une incertitude sur le résultat contractuel consistant en une perte ou un gain, des actes comprenant un aléa non-catégorisant, tel un aléa économique ne remettant pas en cause la certitude d'une perte ou d'un gain. Les actes juridiquement aléatoires peuvent selon nous se présenter sous deux formes : soit l'obligation résultant de la convention est incertaine (c'est le cas du contrat d'assurance : l'obligation naît de la réalisation du risque garanti), soit celui qui tirera le plus grand bénéfice de cette convention est indéterminé (c'est le cas de la tontine : les obligations de chaque tontinier sont déterminés à l'avance, seule la personne qui tirera profit de cette convention est inconnue). *A fortiori*, si une convention comporte une incertitude sur l'existence de l'obligation ET sur la personne du bénéficiaire, elle présentera une nature aléatoire. Ainsi affranchie des notions de synallagmatisme et d'onérosité et recentrée sur l'exigence légale d'un

¹ A. MORIN « Contribution à l'étude des contrats aléatoires », thèse, Presses Universitaires de la faculté de droit - Université d'Auvergne, LGDJ, 1998.

² A. MORIN, *op. cit.*, p. 7.

³ Cf. notamment S. DEVILLE, *op. cit.*, p. 189 n° 350 ; R. LIBCHABER, note précitée. Cette idée est déjà présente dans certains manuels : Ch. LARROUMET, Droit Civil, « Les obligations, Le contrat », t. III, Economica, 2^{ème} éd., p. 176 et F. TERE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, « Droit civil. Les obligations », Paris, Dalloz 2009, 10^{ème} éd., p. 79, n° 69.

⁴ S. DEVILLE, *loc. cit.*

risque de perte ou d'une chance de gain, la définition de l'aléa ne comporte intrinsèquement plus aucune incompatibilité de principe avec la gratuité. La confrontation avec les critères de distinction du titre gratuit et du titre onéreux peut alors s'envisager.

2. L'incompatibilité catégorielle dépassée

112. Confusion catégorielle. Intimement liée aux définitions proposées, la structure des classifications contractuelles énoncées par le Code civil présente le contrat aléatoire comme une sous-catégorie de contrat à titre onéreux, mais également comme une figure possible de l'acte synallagmatique. Nous avons déjà eu l'occasion d'exposer la confusion opérée par l'article 1106 du Code civil entre le contrat onéreux et le contrat synallagmatique. Celle-ci est révélatrice d'une tendance plus générale. Madame DEVILLE a démontré que la prédominance accordée à la figure synallagmatique dans les classifications du code civil a eu d'importantes conséquences sur les catégories présentées comme subséquentes. D'une part, elle induit un glissement dans l'interprétation des actes aléatoires comme étant nécessairement synallagmatiques. Dépassant le débat selon lequel l'aléa doit affecter une seule des parties ou non, l'acte aléatoire n'existerait que dans l'hypothèse d'une pluralité obligationnelle. D'autre part, le synallagmatisme influe sur l'appréhension de l'acte à titre onéreux : ce dernier ne pourrait être que synallagmatique¹. Ainsi, *« l'influence du modèle synallagmatique sur la définition de l'aléatoire et du commutatif (...), conjuguée à la confusion opérée entre synallagmatisme et onérosité, a tendance à influencer sur le domaine de la catégorie visant l'aléatoire, en cantonnant cette dernière à l'onérosité »*². Conséquence inévitable de ce trouble, la gratuité devient concomitante de l'unilatéralisme, postulat qui ne passe pas l'épreuve de la libéralité avec charge³.

Cet imbroglio nécessite une clarification⁴ quant aux postulats que nous défendons. L'élément catégorique du contrat synallagmatique est l'existence de plusieurs engagements⁵

¹ Pour une application en jurisprudence, voir *Cass. 1^{ère} civ., 13 mai 1998* : D. 1999, jp, p. 29, note N. RAYNAUD DE LAGE : la qualification en acte onéreux est déduite de la réciprocité des obligations, donc du caractère synallagmatique.

² S. DEVILLE, *op. cit.*, n° 325, p.178. Le surlignage est le fait de l'auteur.

³ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, « Les obligations », *Defr. Paris* 2011, 5^{ème} éd. n° 414, p. 197 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, « Droit civil. Les régimes matrimoniaux », t. IV, vol. 1, Sirey Paris 2^{ème} éd. 1985, n° 66 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, « Leçon de droit civil », t. IV, vol. 1 et 2, Montchrestien, 1999, 5^{ème} éd., par L. et S. LEVENEUR, n° 103. V. cependant J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, « Les obligations 1. L'acte juridique », *Dalloz* 2012, 15^{ème} éd., n° 85, p. 74 . Par ailleurs, la promesse unilatérale de vente est un contrat unilatéral onéreux. La jurisprudence elle-même semble avoir dépassé cette catégorisation bien trop stricte ; ainsi à propos de la détermination de l'intention libérale, celle-ci ne peut résulter « *du seul déséquilibre constaté entre les engagements réciproques des cocontractants* » : *Cass. 1^{ère} civ., 14 févr. 1989* : Bull. civ. I, n° 79 ; *Defr.* 1992, p. 181, note A CHAPPERT ; *RTD Civ.* 1989, p. 799, obs. J. PATARIN.

⁴ Voir : M.-L. MATHIEU-IZORCHE : « Une troisième personne bien singulière ou « 2+1 = tout autre chose » », *RTD Civ. janv./mars* 2003, p. 51 et s. pour la nécessité d'une interprétation différente des classifications contractuelles.

⁵ Rappelons pour mémoire que le contrat implique quant à lui une pluralité de manifestations de volontés. Ainsi la donation est-elle un contrat, puisque le bénéficiaire manifeste la volonté d'accepter le transfert de valeur, mais un

placés dans un lien de réciprocité¹ ou de connexité². L'élément catégorique du titre onéreux est l'existence d'une équivalence objective ou subjective et/ou d'une intention purement onéreuse. L'élément catégorique de l'acte aléatoire est l'incertitude sur le résultat contractuel, celui-ci dépendant d'un événement lui-même incertain. Le constat s'avère simple : mélangeant les concepts, le texte ne peut servir de fondement à une opposition systématique des catégories gratuites et aléatoires³.

113. Compatibilité légalement reconnue. La compatibilité de principe entre gratuité et aléa est indéniablement reconnue par le Code civil lui-même, qui désigne la rente viagère comme un contrat aléatoire à l'article 1965, explique plus loin à l'article 1969 que celle-ci peut être constituée « *à titre purement gratuit, par donation entre vifs ou par testament* ». On ne conçoit pas en effet que l'aléa, qui repose ici dans la durée de vie du bénéficiaire⁴, donc dans le montant de la prestation fournie, soit l'objet de la libéralité, puisse faire échec, d'une part, à une inéquivalence objective et subjective dès lors que le bénéficiaire ne consent aucun sacrifice et que le disposant ne retire aucun avantage matériel à l'opération, et, d'autre part à une intention d'avantager autrui, l'incertitude sur ce point révélant l'étendue considérable de cette volonté gratuite. L'acte est d'ailleurs soumis aux règles successorales régissant les libéralités⁵. Cette hypothèse présente cependant le confortable intérêt de ne pas risquer que l'objet de la prestation

contrat unilatéral puisque, sauf figure particulière, il n'est soumis à aucune obligation réciproque.

¹ Terminologie employée par l'article 1102 du Code civil ; l'article 1380 du Code civil québécois reprend également l'idée de réciprocité. Il nous semble cependant que ce qui fait le synallagmatisme n'est pas tant la qualité du lien entre les obligations que leur coexistence au sein de l'acte. Ainsi les charges grevant des libéralités ne sont pas juridiquement des contreparties, mais confèrent à l'acte une dimension synallagmatique. En effet, « une donation constitue une libéralité pour le tout lorsque la charge stipulée par le donateur a une valeur inférieure à la valeur du bien transmis », *Cass. com., 30 mai 1989* : Bull. civ. IV, n° 173, p. 114. Ainsi « *l'analyse en terme d'équivalence des prestations suppose une qualification unique pour le tout, obtenue par référence au résultat de la pondération* » : S. DEVILLE, « L'objet de la libéralité », thèse Toulouse 2009, n° 164. L'auteur défend cependant l'idée que la charge entretient un lien de réciprocité avec l'émolument : « *c'est du rapport de réciprocité que peut être extraite l'inéquivalence éventuelle, et par là même déduite la nature libérale de l'acte* », *loc. cit.*, n° 163 p. 92.

² A. SERIAUX, « La notion de contrats synallagmatique », in « Le contrat au début du XXI^{ème} siècle : mélanges offerts à Jacques Ghestin », LGDJ, 2001, p. 777. Cette position, à laquelle nous souscrivons, n'est pas incompatible avec nos développements sur la donation avec charge : le fait que la charge ne soit pas une contrepartie ne signifie pas l'absence de toute réciprocité, mais témoigne, d'une part, de l'impossibilité de la charge à opérer une compensation avec l'émolument reçu et, d'autre part, de sa vocation à se placer comme une modalité de l'obligation du disposant. La donation avec charge est donc un contrat gratuit synallagmatique (sous réserve de requalification si l'équivalence objective venait à disparaître). Nous sommes cependant d'avis que le critère déterminant du synallagmatisme est la pluralité d'obligations, non la réciprocité de celles-ci. Monsieur SERIAUX explique : « *c'est bien la présence de deux prestations distinctes mais corrélatives qui caractérise le contrat synallagmatique* » et précise d'ailleurs que « *c'est bien davantage la réciprocité des prestations qui fait le synallagma, que la réciprocité des obligations* » : art. précit., p. 780.

³ Pour une analyse complète de l'influence du synallagmatisme sur les notions d'aléa et de contrat aléatoire, cf. S. DEVILLE, *op. cit.*, n° 321 p. 176. L'auteur explique que la prédominance accordée par le Code civil à l'acte synallagmatique à titre onéreux a pour effet de marginaliser les catégories opposées, donc les actes unilatéraux et les actes gratuits, favorisant leur assimilation.

⁴ L'absence d'incertitude sur ce point conduit à une disqualification de l'acte ; voir article 1974 et 1975 du Code civil, ce dernier édictant une forme de « période suspecte » de vingt jours.

⁵ Sur la réduction des libéralités par rente viagère, voir l'article 1970 du Code civil. V. aussi P. FAUQUET, « Réserve et libéralité au conjoint survivant portant sur une rente viagère », JCP N 1990, I, 413.

soit égale à zéro, ni que la personne du bénéficiaire soit indéterminée : il s'agit en effet d'un aléa économique. L'aléa ne devient juridique que lorsque la rente est placée comme la contrepartie d'une autre obligation : naît alors une incertitude sur l'équivalence ou l'inéquivalence finale des prestations, donc sur le résultat contractuel, et chaque partie aura une chance d'y gagner ou d'y perdre, selon la réalisation de l'évènement incertain qu'est la mort du bénéficiaire de la rente. Ainsi, la rente constituée à titre gratuit, sans contrepartie, n'est pas un acte juridiquement aléatoire car le bénéficiaire est déterminé et l'existence de l'obligation n'est pas remise en cause. Cet exemple permet cependant de confirmer que le Code civil n'exclut pas toute idée de gratuité de la notion d'aléa.

114. Aléa sur l'obligation et aléa sur le bénéficiaire de la prestation. Les actes à aléa juridique correspondent à deux hypothèses principales : soit l'aléa porte sur l'existence de la prestation, voire de l'obligation, soit il porte sur la personne du bénéficiaire. Dans les actes aléatoires qui présentent le risque que l'avantage stipulé pour le bénéficiaire soit égal à zéro, la matérialisation de la gratuité peut faire défaut. L'acte encourt alors nécessairement une disqualification, voire une requalification. Mais cela s'explique par le recours aux éléments catégoriques du titre gratuit et du titre onéreux, non par la structure de l'acte aléatoire. Si celui qui aurait dû être le bénéficiaire ne reçoit en réalité aucun avantage, tout dépend alors de ce que perçoit le disposant. S'il ne perçoit rien, l'acte ne dispose alors d'aucune productivité. Objectivement, l'absence d'avantage des deux côtés conduit à une équivalence objective, donc nécessairement à une impossibilité de qualification gratuite. Subjectivement, il peut y avoir inéquivalence si le disposant a consenti un sacrifice, mais cela n'est pas suffisant pour créer la gratuité. Si en revanche le disposant perçoit un avantage de l'acte, alors même que le soi-disant bénéficiaire ne reçoit rien, l'acte comportera une inéquivalence objective, qui se doublera d'une inéquivalence subjective pourvu que l'avantage soit acquis du cocontractant, qui consentira un sacrifice. L'acte pourra ainsi demeurer gratuit, car seules les qualités de disposant et de bénéficiaire changeraient. Quant à l'intention gratuite ou onéreuse, elle ne peut être remise en cause puisqu'elle est considérée en un instant donné.

Dans les actes aléatoires qui impliquent une incertitude sur l'identité du bénéficiaire, l'élément matériel du titre gratuit et du titre onéreux ne change pas : l'acte suppose un critère matériel gratuit ou onéreux et l'aléa n'a pas vocation à bouleverser l'existence du rapport d'équivalence. C'est ici plutôt une analyse de l'intention gratuite ou onéreuse du sujet qui conduira à une requalification. Présenté comme gratuit, l'acte se révélera structurellement onéreux si la motivation de chacune des parties n'est pas l'obtention d'un privilège accordé à l'autre, mais l'espoir d'une gratification personnelle, donc si chacun agit pour soi et non pour l'autre. Si les

parties agissent tout autant pour elles que pour leur cocontractant, l'acte demeurera gratuit.

Dans cette hypothèse, c'est dès l'origine que l'acte s'inscrit dans le cadre de la distinction. Quoi qu'il en soit, l'aléa sur la personne du bénéficiaire ne remet pas en cause l'existence d'un rapport d'équivalence mais la position de chaque partie au regard de ce rapport : sont-elles bénéficiaires ou grande perdante ? Là est l'aléa. Il n'implique pas nécessairement une intention onéreuse.

115. Conclusion. Il résulte de cette analyse que le constat, dans l'opération juridique considérée, d'une incertitude caractérisant l'aléa ne peut suffire à exclure la gratuité : encore faut-il en analyser l'objet et les effets, ce qui conduit à une étude employant les critères prédéfinis du titre gratuit et du titre onéreux, entreprise qui demeure en lien avec l'aléa, mais jouit d'une indépendance conceptuelle. En réalité, dans un contrat commutatif, les parties savent, dès la conclusion de l'acte, qu'existera un avantage gratuit ou un avantage onéreux. Dans le contrat aléatoire, les parties ignorent si l'avantage résultant de l'acte sera de nature gratuite ou onéreuse, donc si l'acte présentera un élément matériel gratuit ou un élément matériel onéreux. La classification de l'acte semble donc dépendre du résultat de son application. Mais en partie seulement. En effet, l'intention des parties peut être analysée au moment de la formation de l'acte, donc avant la réalisation de l'évènement incertain. Soit leur but est d'obtenir un avantage pour eux, soit ils souhaitent obtenir un avantage pour l'autre partie. Ainsi, l'existence d'une intention purement onéreuse permet de le qualifier d'onéreux, puisque nous avons expliqué que la présence d'un seul des éléments matériel ou intentionnel de cette catégorie suffit pour la retenir. En revanche, l'existence d'une intention gratuite au stade de la formation de l'acte rend possible une qualification finale en acte gratuit, pourvu que se dégage effectivement des circonstances, donc de la réalisation de l'évènement incertain, une inéquivalence objective et subjective. Voici comment émergent, dans les catégories commutatives ou aléatoires, les critères de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux. L'aléa rend nécessaire une certaine adaptation des concepts, mais ne conditionne aucunement de manière directe la classification gratuite ou onéreuse¹.

B. L'incompatibilité pratique : analyse des actes aléatoires confrontés à la gratuité

116. Exemples-types. Deux exemples classiques permettent d'appréhender concrètement la problématique de la compatibilité de l'aléa avec l'acte gratuit dans une perspective catégorique : le pacte tontinier et le contrat d'assurance vie.

¹ V. dans le même sens, S. DEVILLE, *op. cit.*, n° 339, p. 185 : « toute confusion entre l'inéquivalence et l'incertitude doit être rejetée car elle favorise à tort l'exclusion de l'aléa du domaine gratuit ».

1. Le pacte tontinier

117. Une définition en débat. Le pacte tontinier, clause d'accroissement ou plus généralement tontine, a été défini de différentes manières par la doctrine et la jurisprudence¹. À l'origine, il était considéré comme un pur accroissement, qui traduisait donc la renonciation d'une des parties à ses droits et l'augmentation corrélative des droits de l'autre partie : une clause aux termes de laquelle deux parties acquièrent un même bien dont elles conviennent que le survivant sera seul propriétaire. Mais pour échapper à la prohibition des pactes sur succession future², la figure, qui n'a pas été légalement organisée, devait être considérée sous un nouvel angle : un arrêt de principe de la Cour de cassation du 3 février 1959 a consacré une vision de la clause comme étant une modalité d'acquisition en commun dans laquelle chaque partie est l'unique propriétaire du bien sous condition suspensive de sa survie et sous condition résolutoire de son prédécès³. La double condition est ici une annexe à l'acquisition commune. Se pose en outre la question du régime juridique gouvernant les pouvoirs des propriétaires *pendente conditione*. Jusqu'au décès du premier tontinier, les parties disposent de droits concurrents sur le bien : la jurisprudence a consacré la solution contestée d'une indivision en jouissance⁴.

118. La tontine aléatoire. Mais cette définition n'a pas convaincu les partisans d'une vision aléatoire du pacte tontinier qui préconisent de ne pas assimiler l'aléa catégorisant à la simple condition aménageant l'obligation⁵. La jurisprudence a en effet eu l'occasion de définir le pacte tontinier comme un contrat aléatoire, aux termes d'un arrêt de principe de la première

¹ V. C. GRIMALDI, « Mystérieuse tontine », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 417.

² Cass. req., 24 janv. 1928 : DP 1928, I, p. 157 ; S. 1929, I, p. 137, note H. VIALLETON ; RTD Civ. 1928, p. 458, R. SAVATIER ; M. NAST, « De l'acquisition conjointe d'un immeuble avec clause d'accroissement au profit du survivant », Defr. 1928, p. 417 ; pour une analyse plus récente : B.-H. DUMORTIER, « Recherche d'un nouveau fondement de la validité de la clause d'accroissement eu égard à la prohibition des pactes sur succession future », RTD Civ. 1987, p. 653, spé. p. 662.

³ Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 1959 : Bull. civ. I, n° 66 ; D. 1960, p. 592, note E.-S. DE LA MARNIÈRE ; JCP 1960, II, 11823, note P. VOIRIN ; RTD Civ., 1960, p. 692, obs. R. SAVATIER. Consécration de la validité de la convention au regard de l'article 1130 du Code civil : Cass. ch. mixte, 27 nov. 1970 : GAJC, 12^{ème} éd., n° 133-136 (IV) ; D. 1971, p. 81, concl. contraires R. LINDON ; Defr. 1971, art. 29786, p. 94, note G. MORIN ; JCP 1971, II, 16823, note H. BLIN ; RTD Civ. 1971, p. 400, obs. R. SAVATIER et 620, obs. R. NERSON. Pour une présentation historique de cette convention : J.-H. BAUCHY, « De Tonti aux tontines », JCP N 1994, p. 368.

⁴ Cass. 1^{ère} civ., 9 févr. 1994 : D. 1994, p. 417, note J. THIERRY ; *ibid.* p. 159 et p. 165, obs. J. PATARIN ; *ibid.* p. 338, obs. J. HAUSER ; D. 1995, somm. 51, obs. M. GRIMALDI ; RTD Civ. 1995, p. 151, obs. F. ZENATI. Il peut en effet difficilement s'agir d'une indivision en propriété puisque les droits du prédécédé sont rétroactivement anéantis ; une telle solution menacerait la validité des opérations et actes engagés sur le bien par le prémourant. Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 1986 : D. 1987, p. 139, note G. MORIN ; JCP 1987, II, 20763, note M. DAGOT ; JCP N 1987, II, 166, note M. HENRY ; RTD Civ. 1987, p. 382, obs. J. PATARIN ; Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 2011, n° 10-21.710 : D. 2011, p. 2868, Dr. Fam. 2012, comm. 10, obs. B. BEIGNIER ; D. 2012, n° 15, pan. n° 971, p.980 . V. aussi J. MAZEAUD, « Les clauses d'accroissement et la jurisprudence de la Cour de cassation », Defr. 1961, art. 20080, n° 16.

⁵ S. DEVILLE, *op. cit.*, p. 173, n° 315 ; Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Variations sur le pacte tontinier », Dt. et pat., 1998, n° 1, p. 52 et s. ; notes sous Cass. 1^{ère} civ., 11 janv. 1983 : JCP N, 1983, p. 329 note R. BROCHARD ; Defr., 1983, p. 1983, note G. MORIN ; D. 1983, p. 501, note Ch. LARROUMET ; JCP, 1984, II, 20127 note F.

chambre civile de la Cour de cassation daté du 14 décembre 2004¹. Par un attendu de principe très explicite, les juges du droit excluent toute possibilité de qualification de la clause en libéralité, en raison du caractère aléatoire du contrat². Or, si l'acte est par nature aléatoire, il ne peut être simplement conditionnel.

Cependant, si la tontine est aléatoire, ce n'est pas tant parce qu'elle remet en cause l'existence d'une obligation dans l'acte – le décès étant inévitable, l'acquisition rétroactive par l'un des tontinier est certaine – que parce que le bénéficiaire de l'attribution finale est indéterminé. La jurisprudence a même considéré que la tontine ne crée pas d'obligation³. L'évènement incertain est donc la survivance de l'un par rapport à l'autre : on dit que l'aléa est viager, puisqu'il dépend de la durée de la vie humaine. L'ordre des décès est en effet au centre de l'opération : s'il est connu, l'acte encourt la disqualification⁴. Cette sanction est également envisageable si le financement n'a été effectué que par un seul des cocontractants⁵ : l'aléa disparaît car l'un est certain de ne pas y gagner et l'autre est assuré de ne pas y perdre. Cette analyse est confortée par le refus de la jurisprudence de disqualifier la tontine lorsque le financement est simplement déséquilibré⁶. Dans cette hypothèse, l'un est certain de moins y gagner que l'autre, mais il peut tout aussi bien gagner que perdre à l'opération. L'autre est assuré de tirer plus de bénéfice de l'opération que son cocontractant, mais absolument rien ne lui garantit la perception effective de ce bénéfice.

L'arrêt de principe du 14 décembre 2004 soulève un autre débat, plus général : celui de la compatibilité entre la catégorie aléatoire, d'une part, et les catégories gratuite et libérale d'autre part. Nous l'avons dit, c'est la disparition de l'aléa qui fonde la disqualification, voire une requalification en acte gratuit. Mais la tontine non disqualifiée ne peut-elle pas s'analyser en un

BOULANGER.

¹ Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004, n° 02-11.088 : Bull. civ. I, n° 313 ; D. 2005, p. 2263, note C. LE GALLOU ; *ibid.*, pan. 2122, obs. M. NICOD ; JCP 2005, I, 187, n° 8, obs. R. LE GUIDEDEC ; Defr. 2005, n° 7, art. 38142, p. 617, obs. R. LIBCHABER ; AJ Fam. 2005, p. 109, obs. F. CHÉNEDÉ ; Dr. Fam. 2005, n° 61, note B. BEIGNIER ; RTD Civ. 2005, p. 693, obs. A. BÉNABENT.

² Cette solution existait en substance dans des arrêts antérieurs moins remarquables : Cass. req., 24 janv. 1928 précit. ; Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 1959 précit. ; Cass. 1^{ère} civ., 11 janv. 1983 ; JCP 1984, II, 20127, note F. BOULANGER ; CA Dijon, 23 mai 1929 ; DH 1929, p. 419 ; TGI Paris 17 sept. 1990 ; D. 1992, somm. 229, obs. B. VAREILLE ; RTD Civ. 1992, p. 619, obs. J. PATARIN.

³ Cass. 3^{ème} civ., 5 déc. 2012, pourvoi n° 11-24.448, publié au Bulletin ; v. nos observations : S. JEAN et Q. GUIGUET-SCHIELÉ, « Petit meurtre entre tontiniers », Lexbase Hebdo 2013, n° 514.

⁴ Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2007 ; Bull. civ. I, n° 173 ; D. 2007, AJ 1510, obs. C. DELAPORTE-CARRE ; *ibid.*, pan. 2134, obs. M. NICOD ; JCP N 2007, 1215, note F. GARCON ; AJ Fam. 2007, 316, obs. F. BICHERON ; PA 18 mars 2008, obs. B. VAREILLE ; RJP 2007, n° 9 p. 31, note S. VALORY ; RLDC 2007/41, n° 2672, note B. XEMARD ; RTD Civ. 2007, p. 1165, obs. A. BÉNABENT. Dans le même sens, mais présentant, selon Monsieur LIBCHABER, de fausses évidences : TGI Villefranche-sur-Saône, 10 nov. 1989. Mais la différence d'âge n'entraîne pas automatiquement la requalification : CA Aix-en-Provence, 13 déc. 1988 ; Defr. 1988, art. 34666.

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2007 précité pour un financement intégral par une partie. Cependant la jurisprudence ne consacre une disqualification que si, en sus, il existe une différence d'âge entre les parties de sorte que l'aléa viager disparaît. En effet, l'aléa viager est au centre du système.

⁶ Cass. 1^{ère} civ., 11 janv. 1983 ; D. 1983, p. 501, note Ch. LARROUMET ; JCP N 1983, II, 329, note E. BROCHARD ; JCP 1984, II, 20127, note F. BOULANGER ; Defr. 1983, p. 985, note G. MORIN ; D. 1991, p. 7 note

acte gratuit voire en une libéralité ? Il convient d'essayer de comprendre de quelle manière l'aléa influe sur la qualification juridique.

119. Tontine et libéralité. Dans la tontine, l'aléa ne porte pas tant sur l'objet ou l'existence du droit que sur la personne qui en sera bénéficiaire. Or la pratique consacre des actes de nature libérale qui comportent un aléa sur la personne¹ : c'est le cas de la clause de réversibilité d'usufruit au profit du survivant des usufruitiers, ou, pour citer une technique fort proche des avantages matrimoniaux, la donation au dernier vivant. L'aléa ne chasse donc pas *ipso facto* toute idée de transfert libéral. Cependant il existe une cohérence dans le cas de la tontine : la libéralité réalisant par nature un transfert de droits et la tontine emportant l'anéantissement rétroactif des droits du prémourant, le passage d'un patrimoine à l'autre n'existe fictivement pas. Fictivement, car dans une réalité non juridique, l'enrichissement de l'un et l'appauvrissement de l'autre sont patents. Il n'y a donc pas juridiquement de transfert de valeur, même indirect. Ce qui rend les deux notions incompatibles est donc bien l'idée de rétroactivité, non celle d'aléa. La fiction juridique empêche toute qualification libérale, alors même qu'elle n'est qu'artificielle... Que l'on considère le pacte tontinier comme une convention véritablement aléatoire ou simplement conditionnelle², elle est fictivement exclusive de tout transfert patrimonial. Le déséquilibre économique existe bel et bien. Ce qui fait défaut c'est le lien de corrélation entre l'appauvrissement et l'enrichissement car il est nié par le mécanisme de l'anéantissement rétroactif. Celui-ci n'est qu'un aménagement de la condition de prédécès et sa portée ne va peut-être pas jusqu'à influencer sur la nature de l'acte. Quant à l'intention libérale, elle n'est pas exclusive de l'incertitude sur la personne du bénéficiaire : la donation au dernier vivant ou la donation à terme de biens présents réciproque témoignent de la compatibilité entre ces deux composants. En définitive, l'obstacle à une qualification en libéralité n'est pas l'aléa mais la fiction selon laquelle il n'existe pas de transfert de droit, ce qui exclut toute possibilité de déséquilibre économique. Or cette fiction est liée à l'effet de la tontine, lequel dépend de l'aléa. Ainsi, la disparition de l'aléa entraîne la disparition de la fiction et le retour à une acquisition plus classique, qui peut être assimilée à une libéralité.

120. Tontine et gratuité. La formule utilisée par la Cour de cassation sur cette question revêt une certaine précision qui ne peut être déniée : c'est la qualification de libéralité qui est exclue, non celle d'acte gratuit. La figure peut donc, sans qu'il soit besoin de démontrer le système

D. MARTIN. Peu importe l'origine des deniers : TGI Paris, 17 sept. 1990 : JCP N 1991, II, 349, note E. MALLET.

¹ Plus facilement reconnues sont les libéralités à objet aléatoire ; v. notamment M. NICOD, D. 2007, Pan. p. 2122 à propos de la donation d'un billet de loterie. La libéralité par rente viagère présente également une forme d'aléa, qui est cependant purement économique.

² La jurisprudence semble incliner vers une vision aléatoire du contrat. V. Cass. 1^{ère} civ., 5 déc. 2012 précit.

juridique, se confronter aux critères de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux. S'agissant du domaine, notons que la gratuité ou l'onérosité ne définit pas la clause. Celle-ci est donc *potentiellement* gratuite ou onéreuse, elle ne l'est pas *nécessairement*. Quant au critère matériel, le résultat contractuel fait apparaître une inéquivalence objective car l'un obtient la propriété exclusive depuis l'origine et l'autre perd tous ses droits pour le présent, l'avenir, mais également le passé. L'inéquivalence subjective est évidente : l'un sacrifie ses droits, l'autre en acquiert. Quant au critère intentionnel, il n'est pas prédéfini. Une tontine convenue entre concubins ou époux pourra laisser entrevoir une intention gratuite. L'anéantissement rétroactif des droits sera peut-être recherché par celui qui la subira dans le dessein de protéger l'autre partie. Il ne s'agira donc plus d'un risque subi, mais d'un effet potentiellement recherché. En revanche, une acquisition entre simples amis ou collègues pourra être prévue dans l'optique d'obtenir l'accroissement. L'anéantissement rétroactif ne sera pas recherché au bénéfice de l'autre mais considéré comme un risque valant bien la chance de gain. L'acte peut être consenti dans une intention gratuite ou onéreuse. Tout dépend de la personne dont l'intérêt est placé au premier plan. Si l'on agit *avant tout* pour faire bénéficier l'autre de l'accroissement, l'acte sera gratuit. Si l'on agit *avant tout* pour obtenir un gain, l'acte sera onéreux, car l'élément matériel gratuit est insuffisant, à lui seul à toute qualification gratuite¹.

121. La tontine, acte gratuit. L'analyse de la tontine a révélé deux vérités :

1. Son exclusion de la sphère libérale n'est pas fondée sur l'aléa ou la condition, mais sur la rétroactivité de l'anéantissement des droits, fiction juridique dont la portée doit être relativisée² et qui, quoi qu'il en soit, ne peut affecter que l'élément matériel de la libéralité.

2. Son exclusion de la sphère gratuite n'a jamais été prononcée par la jurisprudence : structurellement, la confrontation avec les critères de qualification laisse entrevoir la possibilité d'une nature gratuite.

Les incertitudes sur la définition de l'acte aléatoire n'ont donc aucune incidence sur sa nature, qui peut se révéler gratuite, voire libérale.

¹ De nombreuses présentations classiques portent en elles-mêmes une confusion quant à la nature gratuite ou onéreuse de la tontine. Pour un exemple très marqué, cf. B. MONASSIER et Ph. VAN STEENLANDT, « Communauté universelle et tontine entre époux : couple infernal ou insensé ? », JCP N 2010, n° 28, p. 143, article dans lequel la clause est présentée comme « *un contrat aléatoire à titre onéreux (...) suivant lequel la part du prédécédé doit revenir gratuitement au survivant* » (nous surlignons pour marquer la contradiction).

² Les deux conditions, suspensive et résolutoire, ont des incidences sur le régime juridique et notamment fiscal de la clause, mais ne sont pas susceptibles, selon nous, de déterminer sa nature. Cependant la rétroactivité permet à elle seule de justifier la validité de l'acte au regard de la prohibition des pactes sur succession future : les droits du prémourant ne figurent jamais dans l'actif successoral, de sorte qu'il ne peut s'agir d'une stipulation sur une succession.

2. L'assurance-vie

122. Dualité. Le terme « assurance-vie » désigne deux réalités juridiques bien différentes. Alors que l'assurance-vie dite « classique » ou « assurance décès » garantit le risque d'un trépas jusqu'à un terme déterminé à l'avance, l'assurance-vie dite « de placement » prévoit le versement d'un capital à une date donnée. Il s'agit donc de réaliser une épargne. Enfin, il existe une forme hybride, dite mixte dans laquelle seule la personne du bénéficiaire est indéterminée : le souscripteur ou un tiers. Pour autant, la jurisprudence consacre des données communes aux deux figures, notamment dans la définition qu'elle propose de l'aléa catégorisant dans le contrat d'assurance-vie.

a) Les données communes à tous les contrats d'assurance-vie

123. Une définition commune de l'aléa. Quatre arrêts célèbres rendus par une chambre mixte le 23 novembre 2004 et confirmés par un arrêt 21 décembre 2007¹ explicitent la notion d'aléa inhérente à l'assurance-vie : il réside dans l'ignorance, à la date de la souscription, de l'identité du bénéficiaire au dénouement. Selon la Cour, « *le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de vie humaine comporte un aléa au sens de l'article 1964 du Code civil, L. 310-1, 1° et R. 321-20, 20 du Code des assurances et constitue un contrat d'assurance sur la vie* ». Peu importe qu'existe réellement un risque de perte ou une chance de gain pour l'une des parties, voire les deux. Ces décisions accréditent la théorie d'un renouvellement de la notion d'aléa, essentiellement fondée sur l'incertitude quant au résultat contractuel dans une acception large.

124. Des hypothèses similaires de dérogation au régime juridique des actes onéreux. Les contrats d'assurance-vie, par nature aléatoires, échappent naturellement au régime de droit commun des libéralités. Mais dans deux hypothèses particulières, les règles de l'acte gratuit trouvent à s'appliquer. En premier lieu, après avoir expressément exclu tant le capital que les primes versées des mécanismes liquidatifs successoraux que sont le rapport à la succession et la réduction pour atteinte à la réserve héréditaire, l'article L. 132-13 du Code des assurances

¹ Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004 (4 arrêts) : Juris-Data n° 2004-025781 ; Juris-Data n° 2004-025782 ; Juris-Data n° 2004-025783, Juris-Data n° 2004-025784 ; AJ Fam. 2005, n° 2, p. 70, obs. F. BICHERON ; RTD Civ. 2004, p. 434, obs. M. GRIMALDI ; Resp. civ. et assur. 2005, étude 3, note F. LEDUC et Ph. PIERRE ; Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007 : Juris-Data n° 2007-042070 ; JCP N 2008, n° 24, 1222, note Ph. PIERRE et R. GENTILLHOMME ; JCP E 2008, 1265, note S. HOVASSE ; Dr. fisc. 2008, n° 11, comm. 217, note F. DEBOISSY ; RFN 2008, comm. 44, obs. D. FAUCHER ; JCP N 2008, n° 15, 1174 note R. RICHE ; JCP 2008, II, 10029 note L. MAYAUX ; D. 2008, p. 1314, note F. DOUET ; RTD Civ. 2008, p. 137, obs. M. GRIMALDI.

prévoit une dérogation à ce principe¹ lorsque les primes sont manifestement exagérées au regard des facultés du souscripteur². Le capital, qui n'est jamais supposé avoir transité par le patrimoine de ce dernier, ne peut faire l'objet d'un rapport ou d'une réduction. Les primes en revanche y ont effectivement figuré. Cette logique porte en elle une requalification sous-jacente en acte gratuit, mais qui n'est pas matériellement exigée³ : l'opération reste aléatoire, donc onéreuse, mais une intention gratuite est décelable à travers l'exagération des primes au regard des facultés, ce qui rend l'opération douteuse et justifie le rapport et la réduction. Cependant cette première dérogation ne s'étend pas aux actes requalifiés en opérations de capitalisation.

En second lieu, le constat de l'absence d'aléa conduit à une disqualification de l'acte et, partant, à une requalification, soit en opération de capitalisation⁴, soit en donation indirecte lorsqu'est constaté un dépouillement irrévocable dans une intention libérale⁵. Dans la première hypothèse, la somme versée en exécution de la convention doit être rapportée à la succession, comme un élément du patrimoine du défunt. Dans la seconde hypothèse, la requalification entraîne la soumission de l'acte à l'ensemble des règles régissant les libéralités. Il existe cependant une différence entre la jurisprudence de la Cour de cassation, selon laquelle il convient d'opérer une appréciation *in concreto*, et la position du Conseil d'Etat qui, saisi de la question à travers le contentieux du recouvrement de l'aide sociale fondé sur l'article L. 132-8 du Code de l'action sociale et des familles, se contente d'une disparition statistique de l'espérance de vie⁶.

¹ Cass. civ., 29 juin 1896 : DP 1897, I, p. 73 ; Cass. req., 30 mai 1911 : DP 1912, I, p. 172 ; S. 1911, I, p. 560 ; V. A. MAURICE, « L'exagération manifeste des primes versées au titre d'un contrat d'assurance-vie » : JCP N 2005, n° 12, 1197. Cette dérogation s'applique aux deux figures : Cass. 1^{ère} civ., 18 juill. 2000, Juris-Data n° 2000-003006 : Bull. civ. 2000, I, n° 213 ; Dr. Fam. 2000, comm. 149, note M. LEROY ; JCP N 2000, n° 47, p. 1683, note F. SAUVAGE et D. FAUCHER ; Defr. 2001, art. 37276, p. 3, note M. GRIMALDI ; Dt. et pat. 2001, n°1, p. 24, note M. GIRAY ; JCP 2001, I, 329, note J. GHESTIN et M. BILIAU. Dans le même sens : Cass. 1^{ère} civ., 29 janv. 2002, Juris-Data n° 2002-012765 : Bull. civ., I, n° 29 ; Dr. Fam. 2002, n° 9, chron. n° 18, obs. D. VIGNEAU.

² Cette exagération « *s'apprécie au moment du versement, au regard de l'âge ainsi que des situations patrimoniale et familiale* » du souscripteur : Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, n° 01-13592 et n° 02-17507, précit.

³ Certains auteurs préconisent d'ailleurs une requalification en donation lorsque les primes sont manifestement excessives. V. notamment : M. GRIMALDI, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », Defr., 1994, p.744. Cette opinion est contestée puisque cette qualification n'est pas nécessaire à l'application des règles du rapport et de la réduction : D. VIGNEAU, « Assurance-vie et donation », Dr. Fam., 2002, Chron., p.4.

⁴ Cass. 1^{ère} civ. 18 juill. 2000 : Bull. civ. I, n° 213 ; Defr. 2001, p. 4 et 5, note M. GRIMALDI ; D. 2001, p. 1607, obs. J. REVEL ; Dr. Fam. 2000, n° 149, note M. LEROY ; PA 29 mai 2001, note P. JOURDAIN ; JCP N 2001, p. 507, note P. BUFFETEAU. Voir aussi : Cass. 1^{ère} civ., 29 janv. 2002 : Bull. civ. I, n° 29 ; D. VIGNEAU, précit. p.4 ; JCP 2002, I, 178, obs. R. LE GUIDE.

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2007, n° 05-10.254 : Dr. Fam. 2007, n° 176, note V. NICOLAS. Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007, n° 06-12.769 : Bull. civ. I., n° 261 ; Dr. Fam. 2008, comm. n° 30 note B. BEIGNIER ; *ibid.*, chron. p. 11, note V. NICOLAS ; D. 2008, AJ, p. 218, note G. BRUGUIERE-FONTENILLE et p. 1314, note F. DOUET ; RTD Civ., 2008 obs. M. GRIMALDI ; AJ Fam. Dalloz 2008, p. 79, obs. F. BICHERON ; JCP N 2008, p. 1174, note R. RICHE ; RJPF 2008, n° 3, p. 29, obs. Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE ; JCP n° 10029, p. 37, note L. MAYAUX : souscription d'une assurance-vie avec faculté de rachat, le souscripteur se sachant atteint d'un cancer, la concubine étant seule bénéficiaire : requalification en donation indirecte. La faculté de rachat n'exclut pas ipso facto le caractère irrévocable de l'acte ; les faits peuvent révéler « *le caractère illusoire de la faculté de rachat et l'existence chez l'intéressé d'une volonté actuelle et irrévocable de se dépouiller* ». Il est nécessaire que les juges du fond constatent l'absence d'aléa.

⁶ CE, sect. Cont., 19 nov. 2004, n° 254797 ; Juris-Data n° 2004-067609 ; Defr. 2006, art. 38306, note F. SAUVAGE ; S. HOVASSE, « Assurance-vie : attribution bénéficiaire ou donation ? Le point sur la jurisprudence récente du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation », JCP N 2010, 1244.

Cette unité de façade, défendue malgré toutes les critiques qui lui sont opposables, ne doit pas leurrer. C'est distinctement que les deux actes doivent passer l'épreuve d'une confrontation aux critères de qualification du titre gratuit et du titre onéreux.

b) Le contrat d'assurance-vie classique

125. L'indéniable aléa. La certitude quant à l'existence d'un aléa émane d'un constat simple : si l'évènement ne survient pas (pas de décès avant la date prévue au contrat), l'assureur n'a rien à payer. Pour Madame DEVILLE, « *l'élément qui caractérise l'aléa dans de tels contrats est d'abord l'incertitude quant à l'existence de l'obligation de l'assureur* »¹. Il existe un réel aléa, au sens du Code civil, puisque l'assureur peut tout à la fois « perdre » (s'il doit verser le capital, donc si le décès intervient avant le terme de la convention ; c'est alors le bénéficiaire qui obtient un gain) ou « gagner ». Si le décès n'intervient pas, la condition nécessaire à l'exécution de son engagement fait défaut et il ne doit rien. C'est alors le souscripteur qui y perd, puisqu'il n'a aucune possibilité d'obtenir la répétition des primes versées.

126. Le souscripteur et l'assureur. Dans les rapports entre souscripteur et assureur, l'aléa joue un rôle primordial dans la catégorisation. Il influe en effet sur le rapport d'équivalence, puisqu'il pourra, selon les hypothèses, y avoir une inéquivalence objective et subjective (si le décès n'intervient pas) ou une équivalence objective entre les primes payées par le souscripteur et le capital versé au bénéficiaire (si le décès survient). Mais l'aléa n'a pas d'incidence sur l'intention gratuite ou onéreuse des parties. Le souscripteur n'a pas la moindre intention gratuite à l'égard de l'assureur. Son principal objectif est d'obtenir une sécurité financière pour le bénéficiaire, non d'enrichir son cocontractant. De même, l'assureur est animé d'une intention onéreuse, puisqu'il cherche à tirer profit du pari qu'il fait sur la durée de vie du souscripteur. Si le décès ne survient pas, la situation est telle qu'il existe, au profit de l'assureur, un élément matériel gratuit, mais dans une intention onéreuse. L'avantage gratuit conféré à l'assureur a été considéré par les parties, il n'est pas inédit. S'agissant d'un risque assumé, et en l'absence d'intention gratuite, l'acte ne peut être qu'onéreux. Mais cela n'est pas dû à la présence d'un aléa quant à l'objet potentiellement égal à zéro. La qualification est due à l'absence d'intention gratuite sur laquelle l'aléa n'a pas la moindre incidence.

127. Le souscripteur et le bénéficiaire. Dans les rapports entre souscripteur et bénéficiaire, il paraît de prime abord inopportun de chercher à analyser le rapport établi entre une

¹ S. DEVILLE, *op. cit.*, n° 300.

partie au contrat et celui qui, tout en percevant les fruits, demeure un tiers à la convention. Cette difficulté est dépassée puisque le domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux ne se limite pas aux actes juridiques, mais s'étend aux situations volontairement créées desquelles résulte un avantage pour un sujet de droit. Il n'en demeure pas moins qu'entre le souscripteur et le bénéficiaire, l'analyse du rapport se révèle plus complexe. Si le décès survient, le bénéficiaire perçoit le capital de l'assureur. Il existe alors une inéquivalence objective et subjective puisque le souscripteur a consenti un sacrifice sans en retirer d'avantage-contrepartie et que le bénéficiaire a perçu un avantage sans consentir de sacrifice. Il existe également une intention gratuite puisque le souscripteur a agi dans l'intérêt du bénéficiaire. Lorsqu'il y a transfert patrimonial et si cette intention gratuite se révèle de surcroît libérale, la qualification en libéralité (indirecte) paraît envisageable. Si le décès ne survient pas, le bénéficiaire ne perçoit rien. Le souscripteur aura alors consenti un sacrifice sans percevoir d'avantage : inéquivalence subjective pour lui. Le bénéficiaire n'a pas perçu d'avantage non plus : équivalence objective. Mais il n'a consenti aucun sacrifice : équivalence subjective pour lui. En présence d'une équivalence objective, l'acte ne peut être gratuit. Quand bien même le souscripteur aurait agi dans une intention gratuite, et il est difficile d'en douter, l'élément matériel du gratuit fait défaut. L'opération liant le souscripteur et le bénéficiaire n'est pas qualifiable au regard du gratuit et de l'onéreux, puisque aucun d'entre eux n'a perçu d'avantage.

La difficulté vient de ce que l'acte a besoin d'une qualification juridique **avant** que l'on puisse savoir si l'évènement dont il dépend se réalisera. Ce n'est pas au moment du décès que l'on s'interroge sur la nature de l'acte, mais au jour de sa souscription. L'aléa ne joue aucun rôle décisif dans la qualification du rapport assureur/souscripteur : l'existence d'une intention onéreuse suffit à résoudre la question. Mais il est essentiel dans la détermination du rapport souscripteur/bénéficiaire : puisqu'il présente le risque que l'élément matériel ne se réalise pas, l'acte ne pourrait jamais être qualifié de gratuit. Cependant, si l'on admet que la qualification puisse intervenir après l'évènement incertain, l'aléa ne s'oppose plus à une qualification gratuite. C'est la thèse que nous défendons : dans le cas de l'assurance-vie classique, le décès, parce qu'il est l'objet de l'aléa, réalise par application de la convention passée entre le souscripteur et l'assureur un avantage au profit du bénéficiaire. Cette situation est qualifiable de gratuite, puisqu'il existe alors un élément matériel gratuit et une intention gratuite.

128. L'assureur et le bénéficiaire. Entre l'assureur et le bénéficiaire, le mécanisme de la stipulation pour autrui empêche toute relation contractuelle : le premier est obligé à l'égard de l'autre, mais en vertu d'une convention à laquelle le bénéficiaire est juridiquement extérieur. Le bénéficiaire n'a rien versé et a « une chance » de recevoir. L'assureur a encaissé et a « une

chance » de ne pas rétrocéder. En cas de décès, le déséquilibre objectif et subjectif est évident : le bénéficiaire reçoit sans consentir de sacrifice, l'assureur paye sans obtenir d'avantage de la part du bénéficiaire. En l'absence de décès, il existe une équivalence objective (l'assureur n'a pas à payer ; le bénéficiaire n'est obligé à rien) et une inéquivalence subjective en faveur de l'assureur qui ne consent pas de sacrifice mais perçoit un avantage. Pour le bénéficiaire, il existe une équivalence subjective puisqu'il ne sacrifie rien mais n'obtient rien non plus. De surcroît, aucune intention gratuite n'est décelable, car si l'assureur doit payer, c'est en raison de son engagement envers le souscripteur, non d'une volonté libre d'avantager le bénéficiaire. Le rapport est donc onéreux. Ainsi, ce n'est pas tant l'acte juridique ou le fait juridique volontaire qui est qualifiable de gratuit ou d'onéreux que les rapports qu'il crée entre les sujets de droit. Ceux existant entre le souscripteur et le bénéficiaire sont de nature essentiellement gratuite.

c) Le contrat d'assurance-vie placement et le contrat mixte

129. L'insaisissable aléa. L'incertitude quant à l'existence d'un aléa émane du constat que l'assureur est toujours obligé au versement du capital. L'existence de son obligation n'est nullement remise en cause, seule l'identité de la personne à qui il doit payer est incertaine, voire, selon les contrats, le montant exact de la somme à verser, sans que celle-ci ne puisse être égale à zéro. Selon Monsieur GRIMALDI, il « *a pour objet la gestion et la transmission d'une épargne* »¹. Nonobstant la position ferme de la Cour de cassation, l'aléa juridique est absent d'une telle convention. Certes il existe une relative incertitude sur le résultat contractuel qui réside dans la personne du bénéficiaire, mais la double exigence légale du « risque de perte » et de la « chance de gain » est-elle présente ? Rien n'est moins sûr.

• L'assureur devra verser le capital : aucun risque de perte, aucune chance de gain¹, dans la mesure où ses obligations sont définies à l'avance. Seul l'équilibre objectif des prestations peut être remis en cause, et uniquement lorsque le montant du capital dû est indexé sur la durée de vie du souscripteur. Généralement l'assureur est certain de ne pas s'exposer à ce déséquilibre.

• Le souscripteur n'est pas assuré de percevoir le capital et certain de devoir verser des primes : risque de perte, mais pas de chance de gain car quoi qu'il arrive, il aura versé des primes.

• Le bénéficiaire n'est pas assuré de percevoir le capital, mais est certain de ne pas avoir à verser de prime : chance de gain mais aucun risque de perte.

La question est donc de savoir, d'une part, si le risque de perte ou la chance de gain doit concerner toutes les parties au contrat ou peut ne s'appliquer qu'à l'une d'elles et, d'autre part, si l'incertitude sur le risque doit se cumuler à l'incertitude sur le gain. Les arrêts du 23 novembre

¹ M. GRIMALDI, obs. sous Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, précit.

2004 répondent incidemment à la question et élargissent le concept d'aléa, puisque dans le contrat d'assurance-vie placement, il n'existe aucun cumul du risque de perte et que l'incertitude quant au bénéficiaire ne concerne pas les deux parties au contrat, mais l'une de ces parties et un potentiel tiers bénéficiaire. Voilà pourquoi cette définition, trop générale, n'est pas satisfaisante : elle met à mal ce qui fait l'aléa dans le contrat c'est-à-dire le risque de perte nécessairement lié à la chance de gain qui le justifie, le sujet s'exposant à un risque dans l'espoir d'obtenir un gain². Il n'existe donc pas d'aléa juridique dans une telle figure : l'aléa est économique si le montant du capital dû est indexé, mais il n'est pas juridique. Lorsque le montant dû est prédéterminé, l'incertitude sur le bénéficiaire ne rend pas l'acte aléatoire, puisque l'un de ces bénéficiaires potentiels est un tiers au contrat et qu'aucun des sujets ne présente la double condition de risque de perte et de chance de gain.

130. Le souscripteur et l'assureur. La confrontation aux critères de distinction du titre gratuit et du titre onéreux peut cependant s'effectuer. Elle le doit même d'autant plus que l'aléa inhérent à cette convention a été discrédité. Dans les relations entre le souscripteur et l'assureur, s'impose le constat d'un équilibre objectif des prestations. Même si le capital est versé au tiers bénéficiaire, le souscripteur en aura tiré un avantage, puisque c'est le résultat qu'il escompte. Le déséquilibre subjectif est sous-jacent : il explique qu'en dépit d'une équivalence objective, chacun trouve intérêt à l'opération. Qui que soit le bénéficiaire, l'intention qui anime les deux parties au contrat à l'égard de l'autre est onéreuse : elles cherchent à obtenir l'inéquivalence subjective. Le rapport est donc onéreux. Dans les relations entre l'assureur et le bénéficiaire, il existe un déséquilibre objectif et subjectif si la condition du précédès se réalise, mais aucune intention gratuite. Dans le cas contraire, il n'existe aucune interaction entre les deux sujets, donc le rapport n'est pas qualifiable au regard du titre gratuit et du titre onéreux, puisque l'opération ne concerne en rien cette troisième personne.

131. Le souscripteur et le bénéficiaire. Dans les relations entre le souscripteur et le bénéficiaire, tout dépend de la réalisation de la condition. Si le capital est versé au souscripteur, il n'existe aucune interaction entre les deux sujets : le rapport de droit n'est pas qualifiable au regard de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux à défaut d'élément matériel. Si le capital est versé au tiers, il existera une inéquivalence objective et subjective, l'un s'étant appauvri en versant les primes, l'autre s'étant enrichi par la perception du capital. Dans les deux hypothèses, la problématique de l'intention pose difficulté. Peut-on estimer que le souscripteur était animé d'une

¹ Nous soulignons la condition qui fait défaut.

² Ce qui est le principe même du pari. Cela justifie la traditionnelle exclusion du gratuit de l'acte aléatoire par l'absence d'intention gratuite, la finalité recherchée par les parties étant l'enrichissement personnel, fut-il hypothétique.

intention gratuite, voire libérale, dans la mesure où il existait une « chance » qu'il soit lui-même bénéficiaire et que le tiers ne perçoive rien ? En réalité, cette considération explique l'exclusion de la catégorie libérale¹, mais non celle de sphère gratuite. En effet, l'intention gratuite n'est pas en soi une volonté purement altruiste : vouloir agir pour soi et pour autrui, c'est déjà vouloir agir pour autrui... Dans le cas de l'assurance, la considération selon laquelle le souscripteur pourra bénéficier du capital en cas de survie au terme convenu ne remet pas en cause l'intention de faire profiter un tiers dans l'hypothèse inverse. L'intention gratuite doit être considérée lors de la naissance de l'acte. La réalisation effective de la condition n'a donc aucune incidence à ce niveau. L'assurance-vie dite de placement révèle la volonté de « préférer autrui vivant à soi-même mort ». Dans la mesure où rien ne contraint le souscripteur à désigner un tiers bénéficiaire, donc puisque sa liberté est totale entre procéder à une épargne classique ou faire potentiellement bénéficier une personne de sa stipulation, l'intention gratuite est patente. Comme nous l'avons expliqué, celle-ci n'est pas, contrairement à l'intention onéreuse, exclusive de la recherche d'autres intérêts.

Ainsi, même sans procéder à une quelconque requalification, l'assurance-vie quelle que soit sa forme, fait naître entre le souscripteur et le bénéficiaire avantage par le mécanisme de la stipulation pour autrui, un rapport de droit qualifiable de gratuit. Cette considération est inapte à conférer à l'acte lui-même une telle qualification, car à l'égard de l'assureur, partie au contrat, l'intention est toujours onéreuse et l'inéquivalence objective n'est jamais acquise.

Paragraphe second : Gratuité et onérosité dans la convention matrimoniale

132. Présomption d'onérosité ? Il est courant de lire à propos de la nature de l'avantage matrimonial que l'article 1527 al. 1^{er} du Code civil édicte une « *présomption irréfragable d'onérosité* »². En réalité, si présomption il y a³, elle n'englobe pas l'intégralité du titre gratuit mais se limite explicitement aux libéralités et précisément aux donations⁴. La confrontation des notions de régime et d'avantage matrimonial aux données catégoriques du titre gratuit et du titre onéreux n'a pas été un réflexe systématique des écoles de doctrine les plus

¹ En l'absence de dépouillement irrévocable, l'acte ne peut être une donation, même indirecte. Il ne peut non plus s'agir d'un legs en raison de l'inobservation des conditions de forme du testament. L'acte n'est une libéralité que lorsque disparaît l'aléa viager, ce qui permet de révéler l'irrévocabilité du dépouillement via la certitude sur l'ordre des décès et l'intention libérale consistant à souhaiter avantager autrui en argent.

² I. DAURIAC, « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 25, spé. p. 32. Cette position s'explique sans doute par le choix de l'auteur de ne pas tenter de percer le mystère de la nature de l'avantage matrimonial (elle se limite donc à ce qui est communément admis).

³ Il est possible de douter de la portée notionnelle de cet article qui prévoit surtout l'exclusion d'un régime juridique (celui des libéralités et plus particulièrement de l'action en réduction pour dépassement de la réserve).

⁴ Art. 1527 al 1. : « *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* ».

anciennes qui, à l'image de la nature du mariage, ne voyaient pas l'utilité d'une telle analyse. Mais si « *l'Ecole de l'Exégèse ne s'est élevée que très péniblement à la notion générale et abstraite d'avantage matrimonial* »¹, l'« *Ecole contemporaine [en] a pris, comme il se devait, le contre-pied* »². La synthèse³ des réflexions doctrinales sur la nature du régime et de l'avantage matrimonial se présente donc comme un préalable nécessaire à la confrontation successive de ces deux notions aux critères de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux.

A. Les théories doctrinales sur la nature du régime matrimonial et de l'avantage matrimonial

133. Ni gratuit, ni onéreux. Les théories excluant le régime matrimonial du domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux ont trouvé un écho favorable, quoique minoritaire, dans le débat sur la nature de l'avantage matrimonial. Madame MEAU-LAUTOUR et Monsieur LUCET estiment que le régime matrimonial n'a pas vocation à s'inscrire dans le cadre de cette distinction, notamment en raison de l'absence d'antagonisme des sacrifices, de sorte que la nature de l'avantage qui en résulte est *sui generis*. D'autres auteurs ont tenu ce discours, mais de manière plus intuitive : CROIZAT et CHAMPEAUX sont de ceux-là⁴. Nous avons déjà exposé nos doutes quant au bien-fondé d'une telle proposition : l'existence d'un avantage émanant d'une volonté personnelle légitime la place du régime et de l'avantage matrimonial dans la distinction du titre gratuit et du titre onéreux⁵. De surcroît, ces positions, tout comme celles conférant une nature onéreuse au régime et à l'avantage matrimonial ont souffert d'une certitude inébranlable, cependant erronée, selon laquelle le régime dit légal devait échapper au domaine de la distinction. Monsieur LUCET le déplore : « *la référence au mécanisme générateur du régime constitue un facteur de division d'une notion, celle de régime matrimonial, dont l'unité n'est pas douteuse* »⁶.

134. Mi-gratuit, mi-onéreux. Les théories de la double nature ont longtemps dominé le débat doctrinal relatif à la nature de l'avantage matrimonial au cours du XIX^{ème} siècle jusqu'au XX^{ème} siècle⁷. Conditionnée à l'existence d'enfants d'un premier lit, la nature dépendait, selon

¹ J. CARBONNIER, « Le régime matrimonial : sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association », thèse, Bordeaux, 1932, p.670.

² J. CARBONNIER, *op. cit.*, p.678.

³ Pour une analyse complète des courants de pensées relatifs à la nature gratuite ou onéreuse de l'avantage matrimonial : cf. J. CARBONNIER, *op. cit.*, p.653 et s.

⁴ Ch. CROIZAT « La notion d'avantage matrimonial », Rev. Crit. 1928, p.151, à propos du régime légal ; J. CHAMPEAUX « Etude sur la notion juridique d'acte à titre gratuit », thèse Strasbourg, 1931.

⁵ Pour une étude d'ensemble sur le domaine de la distinction : V. *supra*, n° 30 et s.

⁶ F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987.. n° 525 p. 705.

⁷ Voir dans ce sens : A. DURANTON, « Cours de droit français suivant le Code civil », G. Thorel, Paris, 1844, 4^{ème}

cette vision, de la potentielle application de l'action en retranchement. Les débats sur la notion se réglèrent donc par recours au régime juridique applicable : tantôt onéreux, tantôt gratuit, selon que les époux ont ou non des enfants communs, sans qu'aucune modification de la substance de la figure analysée ne puisse fonder cette distinction. L'existence d'une fiction juridique a pu servir de fondement à cette analyse, tout comme celle d'une double présomption. Aucune de ces justifications n'a jamais paru bien convaincante, tant il est difficile de soutenir que les règles qui gouvernent une notion en déterminent la teneur. Cette originalité conceptuelle a été largement abandonnée à la suite d'un célèbre arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 14 mai 1997 en matière fiscale¹. Ainsi peut-on y lire que « *les dispositions de l'article 1527 al.2 ont pour seul effet de soumettre les avantages matrimoniaux aux règles édictées pour les libéralités pour la part qui excède la quotité disponible entre époux* ». La présence d'enfants non issus des deux époux ne modifie donc pas la nature de l'avantage matrimonial, de sorte que l'administration fiscale ne peut prétendre à perception de droits de mutation à titre gratuit. Les tenants d'une nature tantôt gratuite tantôt onéreuse n'ont cependant pas tous désarmé. Dans des manuels récents, il est encore possible de lire que les avantages matrimoniaux sont onéreux le plus souvent, sauf lorsque leur régime en fait des « *libéralités relatives* »².

Un autre courant de pensée, plus ancien, présentait une double nature de l'avantage matrimonial, mais selon une analyse fondamentalement détachée du régime juridique. Ainsi, pour les théoriciens de l'École de l'Exégèse, les avantages matrimoniaux auraient, dans la réalité, une nature gratuite, voire libérale, mais dans la sphère juridique, une nature onéreuse en raison d'une fiction utilitaire imposée par le législateur³. Il est possible de douter de l'existence réelle d'un courant de pensée unanime sur la question de la fiction juridique d'une nature onéreuse. L'analyse des écrits des divers auteurs de cette école démontre la grande diversité des points de vue.

éd. ; Ch. DEMOLOMBE, « Cours de Code Napoléon », XVIII – XXIII, « Traité des donations entre vifs et des testaments », Paris, A. Durand, L. Hachette, 1866-1872, 4^{ème} éd. ; R.-Th. TROPLONG, « Droit civil expliqué », t. XX à XXIII, « Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux », Hingray Paris, 3^{ème} éd. 1857 ; M. PLANIOL, G. RIPERT et J. BOULANGER, « Traité pratique de droit civil français », t. VIII, Paris, LGDJ, 1957 2^{ème} éd., et t. IX, 2^{ème} éd. 1960 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, « Droit civil français », 7^{ème} éd. par A. PONSARD, t. VIII, Litec, 1973 ; H., L. et J. MAZEAUD et M. de JUGLART, « Leçon de droit civil », Montchrestien, Tome IV, vol. 1 et 2, 5^{ème} éd., 1982 par L. et S. LEVENEUR ; J. PATARIN et G. MORIN, « La réforme des régimes matrimoniaux », t. 1. Defrénois 4^{ème} éd. 1977 ; J.-J. DUPEYROUX, « Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit », thèse Toulouse 1955.

¹ Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997 : Bull. civ., n° 146 ; R., p. 192 ; D. 1998, p. 303, note F. DEBOISSY ; JCP N 1997, 939, étude J. PIEDELIEVRE et 1533, note Ph. PELLETIER et P. APPREMONT ; JCP 1997, I, 4047, n° 20, obs. A. TISSERAND ; JCP 1998, I, 133, n° 10, obs. R. LE GUIDEC ; Defr. 1997, p. 1086, obs. G. CHAMPENOIS, et p. 1194, note A. CHAPPERT ; RTD Civ. 1998, p. 179, obs. B. VAREILLE ; Dr. fisc. 1997, n° 31-36, comm. 900, obs. J. PIEDELIEVRE.

² V. en ce sens : G. CHAMPENOIS, « Les régimes matrimoniaux », 2^{ème} éd., Armand Colin, 2001, n° 729.

³ V. notamment, mais la liste n'est pas exhaustive, C.-E. DELVINCOURT, « Cours de Code civil », Dijon, 1834, III, p. 434-446 ; J.-B. COIN-DELISLE « Examen doctrinal de la jurisprudence des arrêts sur l'article 1525 du Code Napoléon » Rev. Critiq. 1862, p.1-23,193-220 et 481-513 ; P. ODIER « Traité du contrat de mariage ou régime des biens entre époux », Paris 1847, II, n° 872 ; F. LAURENT, « Principes du droit civil français », 33 vol. Bruxelles, 1869-1878 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE « Traité théorique et pratique de droit civil », 3^{ème} éd. 1905-1907, not. « Du contrat de mariage ou des régimes matrimoniaux », avec la collaboration de J. LE COURTOIS et F. SURVILLE,

135. Nature onéreuse. Les théories diverses présentant le régime matrimonial comme onéreux ont souffert d'une insuffisance quant à la détermination du domaine de la distinction, souvent limité aux seuls transferts de nature patrimoniale issus d'un acte juridique. La scission entre les régimes conventionnels et le régime légal a gouverné et handicapé l'ensemble du système de raisonnement¹, sauf à faire application de la théorie controversée du contrat tacite². Quant au critère mis en œuvre³, c'est principalement l'existence de devoirs et obligations réciproques qui a conduit à une qualification onéreuse, sans qu'une étude approfondie n'aboutisse à une démonstration convaincante. Le facteur le plus étonnant, qui constitue un véritable point faible, est la reconnaissance par de nombreux partisans de ce courant de pensée d'une impossibilité de s'assurer d'une stricte équivalence entre les sacrifices en matière de régime matrimonial. Or l'existence d'un élément matériel gratuit, car tel est bien le sujet, n'est pas replacé dans une analyse d'ensemble des critères catégoriques : il est simplement conclu que cette inéquivalence soupçonnée conduit à une qualification onéreuse. Ainsi, « *plus qu'une démonstration, il s'agit d'une supposition de l'onérosité du régime matrimonial* »⁴. La notion d'aléa⁵ n'est pas plus apte à justifier le caractère onéreux du régime et des avantages matrimoniaux : les développements que nous avons menés ont permis de démontrer que même si l'existence d'un aléa dans la convention matrimoniale peut être démontrée, il ne fait aucunement échec à l'application des critères du titre gratuit.

136. Une société. L'onérosité du régime matrimonial par recours à la notion de société constitue un apport majeur à la théorie sur la nature du régime et de l'avantage matrimonial⁶. Initiée par le doyen CARBONNIER⁷, elle ne souffre pas d'incertitude quant au domaine de la

II, n^{os} 1450 et s.

¹ J. CHAMPEAUX, *op. cit.*, p. 209

² L. THIEBOT, « Distinction des conventions matrimoniales et des libéralités », thèse CAEN 1911, p. 33 ; POL-ROBERT, « De la nature juridique des avantages matrimoniaux », thèse, Nancy 1914, p. 88 et 190 ; G. DEGAND, « Des conventions modificatives du partage égal de la communauté », thèse Paris, 1916, n^o 61 et 90. Pour la jurisprudence : CA Nancy, 25 févr. 1891 : DP 1892, II, p. 353.

³ Lorsqu'un critère est présenté ; certains auteurs se passent de démonstration pour affirmer le caractère onéreux du régime matrimonial. Ainsi A. PONSARD, « Les donations indirectes en droit civil français », thèse Dijon, 1946, p. 71 ; de même Ch. CROIZAT, art. précit., n^o 1 ; M. PLANIOL, note sous CA Nancy, 25 févr. 1891 : DP 1891, II, p. 353.

⁴ F. LUCET, *op. cit.*, n^o 529 p. 710.

⁵ L. THOMAS, note sous CA Bordeaux 10 avr. 1906 : DP 1906, II, p. 305 et s. ; CA Rouen 20 févr. 1897 : S. 1899, II, p. 241, note DALEMBERT ; P. COURTOIS, « Des apports dans les sociétés à personnalité limitée », thèse Paris, LGDJ 1929, p. 52 et p. 142 ; G. DEGAND, *op. cit.*, p.38. A. PONSARD, *op. cit.*, p.90 ; G. PEYARD, « Le conjoint survivant, étude critique de sa situation patrimoniale », thèse, Lyon, 1975, p. 212 et s ; E. COLMET de SANTERRE, « Cours analytique de Code civil », t. VI, n^o 193 bis, II, p. 425. Sur l'aléa v. *infra*, n^o 106 et s.

⁶ V. aussi F. TERRÉ, « Nature et régimes matrimoniaux – Sur la thèse de Jean Carbonnier », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 795. Cette problématique est ancienne. DUMOULIN voyait la femme comme une associée « à venir » au moment de la liquidation : v. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, « Histoire du droit civil », Paris, Dalloz 2010, 2^{ème} éd., n^o 1106.

⁷ J. CARBONNIER, *op. cit.* Cette idée est présente ailleurs. V. par exemple : Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, « Les

distinction, applicable tant aux faits qu'aux actes juridiques. Elle consiste à considérer le régime matrimonial, qu'il soit légal ou conventionnel, comme une véritable société disposant d'une personnalité juridique¹ et regroupant toutes les conditions nécessaires à la constitution d'un groupement. Les époux apportent des capitaux et retirent en retour des bénéfices : ils sont de réels associés. L'ensemble de l'opération est qualifiable d'onéreuse².

La principale critique qui peut être formulée à l'encontre de cette théorie est l'analyse purement économique sur laquelle elle est fondée. Les intentions des sujets de droits ne sont nullement prises en considération. L'intention libérale ne participe pas, selon le doyen CARBONNIER, de la notion de gratuité, qui ne résulte que du seul constat du déséquilibre objectif des prestations. Or la nécessité d'une analyse aussi précise que possible de la volonté des parties s'impose, afin, notamment, de distinguer les actes véritablement gratuits des simples actes onéreux déséquilibrés. L'exigence d'une intention gratuite ne peut être suppléée. Sans elle, un avantage peut, en tant qu'élément matériel, se rattacher à la catégorie gratuite ou onéreuse, mais l'acte dont il est issu ne saurait revêtir une qualification générale sur ce seul constat.

D'ailleurs, l'analyse de l'élément intentionnel dans la convention matrimoniale explique l'échec de la théorie de l'onérosité fondée sur la notion de société³. Alors que dans un groupement, les associés tentent, ensemble, d'obtenir des richesses qu'ils se partagent par la suite, les époux ont pour ambition de rapprocher leurs patrimoines, donc de faciliter les transferts de l'un à l'autre via les diverses formes de régimes et clauses les aménageant. Ainsi, l'objectif est de s'unir dans une optique de communion. L'origine de la richesse obtenue par avantage matrimonial est le patrimoine de l'autre époux, non l'exercice d'une activité particulière en lien avec les tiers. En somme, les associés s'unissent pour obtenir de la richesse de la part des tiers. Les époux s'unissent pour se faire mutuellement profiter des richesses que chacun peut obtenir séparément. Le rapprochement des associés n'a donc pas pour but d'acquérir des richesses de la part des autres associés. En outre, les associés d'une société civile ou commerciale poursuivent un objectif individuel : le rapprochement avec d'autres personnes physiques n'est qu'une étape, un vecteur d'enrichissement personnel. Au contraire, les époux poursuivent un objectif commun : la construction de la famille. Tout enrichissement personnel n'est qu'un effet indirect, souvent

régimes matrimoniaux », Paris, Defrénois, 2010, 3^{ème} éd., n° 305 à propos du contrat de mariage : « *en raison de son contenu, à l'instar d'un contrat créateur d'un groupement (société, association, ...), il produit des effets à l'égard des tiers* ».

¹ Là se situe la faiblesse de cette théorie : la communauté ne dispose pas de la personnalité morale et les régimes matrimoniaux sans communauté l'ont d'autant moins. Sur la question, v. P. CATALA, « Trois figures de propriété collective », in « Famille et Patrimoine », PUF 2000, p. 107. L'auteur y décrit les divergences fondamentales entre la l'indivision, la communauté et la société.

² « *Les déplacements de valeurs économiques auxquels peut donner lieu le fonctionnement de la société conjugale se produisent tous et nécessairement à titre onéreux* » : J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 776.

³ V. en ce sens, B. BEIGNIER, « Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? », in « Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit », Litec 2009, p. 33. En substance, la majorité des auteurs retiennent que « *l'animus conjugal* n'est pas

inévitables, mais ne constitue pas la finalité de l'association conjugale. Si le régime matrimonial était un groupement, nonobstant l'absence totale de personnalité juridique, il s'assimilerait donc davantage à une association à but non lucratif qu'à une société. Car il ne crée en lui-même aucune richesse : il se contente d'organiser celle, présente et à venir, qui revient aux époux et qu'ils acquièrent bien souvent chacun de leur côté. Ainsi selon Portalis « *le mariage est la société de l'homme et de la femme (...) qui s'unissent pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie* »¹ : la notion de société n'est ici utilisée que pour faire référence à l'association des époux², qui s'opère dans une intention gratuite. PLANIOL écrivait : « *Les époux échappent aux règles ordinaires des sociétés, parce que leur communauté n'est pas une société comme les autres ; elle est avant tout une association d'existences* »³. Prolongeant l'analyse, il serait possible de concevoir que le mariage correspond à l'acte fondateur de l'association que le régime matrimonial organiserait, tels des statuts. Ne dit-t-on pas qu'il est la « charte patrimoniale » de la famille ? Quoi qu'il en soit, le régime matrimonial ne s'assimile pas à la société, pour la simple raison qu'il n'a pas, contrairement à elle, vocation à créer des richesses, mais simplement à opérer une répartition de celles-ci entre les époux.

137. Economie. L'analyse économique fait pareillement échec à toute assimilation à une société. Celle-ci suppose l'existence d'apports plus ou moins égaux entre les parties, ce qui conditionnera le montant des bénéfices auxquels ils pourront prétendre. Aucune espèce de proportionnalité ne résulte, en principe, du régime matrimonial. Si les époux demeurent libres d'adopter un tel système, il n'est pas de l'essence du régime matrimonial. En outre, un époux peut être totalement dispensé d'effectuer le moindre apport, mais pareillement désigné pour recevoir une part plus importante que l'autre de la richesse créée. De même, l'apport d'un des époux peut se faire sans contrepartie, ce qui n'est nullement envisageable en matière de société, l'associé recevant une part sociale en échange du versement d'une somme ou de la mise à disposition de son industrie. L'associé peut de surcroît se retirer de la société et récupérer le montant de son apport. Or le régime matrimonial est par nature immuable et l'avantage matrimonial en principe irrévocable. De plus, la société ne connaît pas de modèle de propriété collective à l'image de la communauté : elle implique davantage une coexistence de droits portant sur un objet commun et se rapproche en cela inévitablement de l'indivision où le montant des droits liquidatif dépend du

véritablement l'*affectio societatis* » : Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*

¹ J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire au projet de Code civil », préf. M. MASSENET éd. Confluences, Bordeaux, 1999.

² Le terme « association » est de plus en plus fréquemment employé pour désigner le régime matrimonial et plus largement toute forme d'organisation patrimoniale du couple. Ainsi : I. DAURIAC, « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 25.

³ M. PLANIOL, note sous CA Nancy, 25 févr. 1891 : DP 1891, II, p. 353.

quantum de la quote-part. Le constat est donc simple : la liberté des conventions matrimoniales, inhérente au régime, permet de faire échec à toutes les conditions de fond nécessaires à la validité et au fonctionnement d'une société. La structure, le fonctionnement et le but du régime matrimonial, particulièrement de la communauté, s'approchent plus de ceux de l'association que de ceux de la société : unir des forces dans un intérêt commun, non dans un intérêt individuel. En outre, l'existence d'une société n'exclut nullement *ipso facto* l'existence de transferts gratuits entre associés¹. Ainsi, quand bien même la communauté, et plus largement le régime matrimonial, constitueraient une société, encore faudrait-il expliquer comment, dans les rapports entre associés, se détermine la nature gratuite ou onéreuse d'un transfert patrimonial.

L'échec des théories antérieures oriente notre raisonnement sur les critères de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux : ils doivent se confronter successivement aux notions de régime et d'avantage matrimonial.

B. La nature juridique du régime matrimonial

138. Recherche de l'inéquivalence. L'analyse de l'élément matériel du régime matrimonial démontre une subtilité : le contenu de la convention ne porte pas toujours en lui-même une inéquivalence. Deux catégories de régimes existent : certains contraignent expressément un époux à un plus grand sacrifice que l'autre, d'autres recherchent en revanche à soumettre les parties à des règles identiques. Dans la première hypothèse, l'inéquivalence objective et subjective est d'évidence : l'un s'engage à apporter à l'autre un avantage plus important que ce qu'il ne perçoit lui-même, ou à supporter des obligations supplémentaires, ce qui implique un sacrifice non-équivalent au bénéfice perçu. En revanche, l'autre est bénéficiaire de la convention, tant objectivement que subjectivement. Dans la seconde hypothèse, il existe en apparence une égalité dans les règles auxquelles les époux se soumettent. En quelque sorte, on pourrait dire qu'il n'y a pas alors d'inéquivalence objective des obligations contenues dans la charte familiale. L'institution du mariage porte en elle cette originalité. Ainsi, ce ne sont pas les engagements des parties qui manifestent une inéquivalence, comme dans la libéralité, mais l'application pratique des règles gouvernant les époux : il faut donc que des faits juridiques apparaissent et que leur soit appliqué le contenu de la convention. On pourrait dire pour schématiser que soumettre à des obligations similaires deux personnes qui se trouvent, en fait, dans une situation inégale, peut conduire à une inéquivalence objective et subjective.

¹ Cass. com., 3 mars 2009, pourvoi n° 08-13.278 et pourvoi n° 07-20.871 : JCP N, 13/11/2009, n° 46 p.37-41, note J. LEDAN ; V. aussi F. LUCET, *op. cit.*, n° 81 et s., et n° 136 et s.

139. Exemple : communauté de biens. Prenons pour exemple la règle directrice du régime de communauté réduite aux acquêts selon laquelle les biens acquis pendant le mariage sont communs aux deux époux : elle représente un engagement réciproque de faire bénéficier l'autre des richesses créées. Il n'existe aucune disparité dans l'engagement. Mais si l'un d'eux devient apporteur majoritaire, notamment car il bénéficie d'un salaire plus important¹, un déséquilibre se crée. C'est donc bien l'application concrète de la règle conventionnelle pourtant identique dans l'engagement, qui crée une inéquivalence. Ce constat est cependant paradoxal, car si les époux ont entendu faire de leurs revenus des biens communs, c'est plutôt dans l'idée d'assurer une égalité financière dans le couple. Mais c'est la recherche de cette égalité qui conduit juridiquement à une inéquivalence ! En réalité, les parties entendent assurer une égalité en valeur, mais créent alors une inégalité en contribution.

Si l'on considère comme un standard d'égalité le fait que l'époux qui perçoit un salaire plus important en conserve la jouissance exclusive compte tenu de son niveau de formation et de ses capacités par exemple, apparaît alors comme inégale la situation dans laquelle l'autre époux, qui ne peut prétendre à de telles qualités, détient des droits identiques sur cette source de revenus. Il existe réellement, de la part de l'apporteur majoritaire, un sacrifice consenti au profit de son conjoint. La difficulté réside dans l'appréciation du rapport d'équivalence : l'avantage qu'il perçoit en retour est-il suffisant pour que subjectivement, l'opération demeure équilibrée et pour que, objectivement, l'opération se révèle égalitaire en comparaison du bénéfice perçu par l'autre ? Rien n'est moins sûr. Il faut garder à l'esprit que l'existence d'un intérêt, même matériel, ne peut suffire à créer une équivalence dans le rapport de droit¹. Cet intérêt existe : il se traduit dans des considérations parfois extérieures au régime matrimonial ou au mariage, mais jamais au couple. Il peut consister dans le fait que l'autre époux, dispensé de fournir une contribution en numéraire équivalente, donc d'occuper un emploi, ait des disponibilités supplémentaires pour s'occuper des enfants ou plus généralement de la gestion des affaires du ménage. Cette forme de contreprestation devenue possible influe-t-elle sur l'élément matériel ? Il est très délicat de l'affirmer.

D'une part, ces considérations sont souvent, comme dans l'exemple proposé, d'ordre extrapatrimonial. Le bien-être de la famille est-il une « contrepartie » à l'inégalité patrimoniale imposée par l'application des règles du régime ? S'agissant de choses situées hors du commerce juridique, il est possible d'en douter. D'autre part, la justification de l'inéquivalence en valeur, se trouve parfois hors du strict cadre du régime matrimonial et traite d'enjeux familiaux qui ne sont pas inclus dans la convention elle-même. Si elle n'est pas incluse dans le même acte juridique que

¹ La règle vaut aussi, dans le régime de communauté réduite aux acquêts, pour tous les biens acquis pendant le mariage grâce à des deniers propres sans clause d'emploi ou de remploi : l'inégalité en valeur est manifeste.

celui qui prévoit l'inégalité en contribution, elle ne peut se positionner qu'en cause subjective, c'est-à-dire lointaine. Ainsi, elle représente un intérêt matériel, non une contrepartie. Il demeure que certaines règles du régime matrimonial, telles les stipulations d'emploi et de remploi, ou le mécanisme des récompenses permettent de limiter efficacement l'inéquivalence objective résultant de l'application du régime. Ces outils sont parfois sources de confusions tant la recherche d'une norme juridique s'avère délicate, voire impossible.

Il est certain que l'adoption de règles communes, applicable aux deux époux, crée inévitablement une inéquivalence objective entre les avantages perçus par chacun et une inéquivalence subjective entre les sacrifices auxquels consentent les parties et les avantages qu'ils retirent de l'acte. Il ne peut en être autrement que dans la situation tout à fait hypothétique où les deux époux auraient le même niveau de revenus (et nous parlons ici d'une stricte égalité en valeur) pour un travail à pénibilité identique (donc une égalité dans le sacrifice), hypothèse dans laquelle ils seraient certains d'apporter autant de richesses l'un que l'autre.

140. L'élément intentionnel. L'étude de l'élément intentionnel présente une difficulté déjà évoquée. L'intention propre au régime matrimonial se révèle complexe car elle inclut des considérations personnelles inévitablement liées à des intérêts affectifs, donc à la recherche d'un avantage pour autrui. Par exemple, l'adoption d'une communauté conventionnelle étendue ne correspond pas toujours à un standard de volonté prédéfini. Celui qui se sait apporteur majoritaire sera sans doute animé d'une intention qui se révélera gratuite. Mais celui qui se saura, en valeur, bénéficiaire de l'adoption d'un tel régime, agira peut-être dans une optique personnelle qui, éventuellement, se révélera exclusive de tout altruisme. Coexistent donc en théorie, dans le régime matrimonial, deux manifestations de volontés émanant parfois du même sujet qui consistent pour l'une à s'avantager personnellement et pour l'autre à avantager le conjoint, les deux étant intimement liées. Nous sommes donc en présence d'un élément intentionnel mixte. Or nous avons déjà proposé des pistes de solution pour parvenir à une qualification réaliste. Si l'intention onéreuse ne se dégage pas avec force et ne porte pas en elle-même l'évidence de sa prépondérance, il convient d'opter pour une qualification gratuite, en raison de l'étroitesse conceptuelle de l'intention propre aux actes onéreux.

Si au contraire l'intention onéreuse prédomine sur la volonté gratuite avec certitude, l'acte n'encourt pas forcément une qualification onéreuse. En effet, si l'intention gratuite ne doit être recherchée que du côté de celui qui subit l'inéquivalence, l'intention onéreuse doit animer toutes les parties à l'opération juridique considérée. C'est en effet la recherche par chacun d'un profit personnel qui conduit à la convention. Et ce profit s'obtient du cocontractant lui-même. Or le

¹ V. *supra*, n° 83.

régime matrimonial n'a pas pour vocation d'opérer un enrichissement de chaque époux au détriment de l'autre. L'intention onéreuse, si elle peut être décelée, n'émane pas des deux époux. On ne se marie pas pour obtenir de l'autre un avantage purement personnel. La convention matrimoniale se présente comme une mise en commun des ressources tant humaines que financières, pour progresser vers un objectif commun. La volonté qui en émane n'est donc pas purement onéreuse, elle inclut la recherche d'un avantage pour autrui. Et si les deux époux ne recherchent qu'un avantage personnel, celui-ci ne s'obtiendra pas du conjoint, mais de la bienveillance du système à l'égard de l'institution du mariage¹. L'intention matrimoniale est garante de l'intention gratuite : cette condition de validité du mariage exclut l'idée que l'union n'ait pour but que la réalisation d'un enrichissement personnel. Lorsqu'apparaît la volonté d'adhérer aux principes fondateurs du mariage, l'intention onéreuse ne peut être prépondérante, même dans le régime matrimonial. La difficulté d'appréhension du critère intentionnel en matière matrimoniale s'explique par le recours à la notion de couple. Dénué de personnalité juridique, celui-ci n'en crée pas moins des effets de droits évidents : il fait passer les parties de la « logique du « je contre tu » » ou de la « logique du « je pour tu » » ou du « tu pour je » » à un schéma de pensée incluant une donnée nouvelle : le « nous ». Le raisonnement se présente alors de la manière suivante : « je et tu » pour nous ». Dès lors qu'apparaissent des enfants, le « nous » se complète du « ils ». Telle est sans doute la traduction gramatico-mathématique de ce qu'un éminent auteur nomme l'*affectio conjugal*, qui gouverne le mariage et le droit des régimes matrimoniaux². De manière plus prosaïque, l'existence de sentiments d'affection très poussés laisse présumer la volonté d'avantager autrui. Peu importe que la volonté de s'avantager soi-même ne disparaisse pas totalement. Il suffit qu'elle ne soit point prépondérante.

141. Le régime matrimonial, potentiellement gratuit. La conclusion de la démonstration se déduit aisément : le régime matrimonial peut porter en lui-même une inéquivalence objective et subjective des prestations. Celle-ci peut être consentie dans une intention gratuite. Pour autant, il ne s'agit pas d'un acte nécessairement gratuit. En effet, la gratuité inhérente au régime matrimonial n'en est pas une composante essentielle, ni une donnée catégorique. De plus, la qualification ne repose pas toute entière sur l'élément intentionnel et elle demeure toujours incertaine, variant selon les conceptions de chacun. Ces développements rejoignent le débat non juridique de l'altruisme et de l'égoïsme dans la relation amoureuse : vivre son amour, est-ce se satisfaire soi-même ou apporter un bienfait à l'être aimé ? L'impossibilité

¹ On pense ici aux avantages fiscaux notamment. Ils ne sont pas un profit issu du cocontractant, mais de l'Etat.

² B. BEIGNIER, « Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? », in « Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit », Litec 2009, p. 33. Pour cet auteur, l'enrichissement éventuellement procuré par le régime matrimonial par un conjoint n'est pas un profit perçu « à l'encontre » de l'autre, mais « grâce » à l'autre.

d'aboutir à une solution convaincante résulte de l'étroitesse du schéma de pensée qui consiste à ne choisir qu'une seule des deux données. Elles coexistent.

C. La nature juridique de l'avantage matrimonial

142. Critère matériel gratuit ou onéreux. L'élément matériel se déduit du concept même d'avantage matrimonial¹. On s'accorde en effet pour estimer que celui-ci profite à l'un des époux, non aux deux. Le mode de détermination de ce profit fait référence à un étalon, qui représenterait une situation « normale », dans laquelle le bénéfice n'apparaît pas : l'avantage émane du régime matrimonial, donc indirectement du conjoint. L'inéquivalence objective est donc patente dans l'avantage matrimonial pris en tant que résultat du régime matrimonial. L'inéquivalence subjective est également décelable. L'époux qui en bénéficie a obtenu un gain, alors que l'autre a consenti un sacrifice sans être avantagé en retour. Pourtant, il est nécessaire de nuancer ce constant. En effet, l'inéquivalence globale générée par le régime matrimonial peut avoir pour objet de compenser un déséquilibre préexistant au sein des relations conjugales, tel qu'un sacrifice consenti par un époux dans sa vie professionnelle pour s'investir dans sa vie familiale. L'avantage en tant que résultat du rapport d'équivalence n'aboutit donc pas nécessairement à l'élément matériel du titre gratuit. En outre, lorsqu'il est envisagé comme une partie du régime matrimonial et non comme le résultat global de son application, l'avantage matrimonial peut trouver une contrepartie équivalente, car les époux ont pu souhaiter parvenir à une égalité en valeur. Ainsi une clause de partage inégal, traditionnellement présentée comme un avantage matrimonial, peut avoir pour contrepartie une inégalité dans les apports respectifs des époux. L'avantage apparaît comme l'objet du rapport d'équivalence, lequel s'avère finalement équilibré. L'élément matériel du titre gratuit n'est donc pas nécessairement présent au sein de l'avantage matrimonial. L'avantage en tant qu'objet du rapport d'équivalence peut autant aboutir à une équivalence qu'à une inéquivalence. En somme, toute systématisation s'avère impossible : l'avantage matrimonial peut correspondre au critère matériel du titre gratuit, mais il peut de même représenter l'élément matériel du titre onéreux.

143. L'avantage matrimonial aléatoire. L'incertitude sur l'existence de l'avantage renvoie aux débats sur la gratuité dans l'acte aléatoire. Certains avantages matrimoniaux, inclus dans la convention matrimoniale, ne sont pas assurés d'émerger effectivement, d'autant plus que le divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux ne prenant effet qu'à la

¹ J.-F. OVERSTAKE « Essai de classification des contrats spéciaux » thèse, Bordeaux, LGDJ 1969 : « *L'avantage est le signe du gratuit* ».

dissolution du régime matrimonial¹. Il existe alors une réelle incertitude quant au résultat contractuel, consistant dans l'existence de l'obligation et/ou de la personne du bénéficiaire, et qui dépend d'un évènement incertain. Tel est le cas de la clause d'attribution intégrale de la communauté au profit du conjoint survivant : l'aléa porte sur l'ordre des décès, donc sur la personne du bénéficiaire plus que sur l'existence de l'attribution, qui est aussi certaine que la mort. De même, une clause de partage inégal en cas de dissolution par décès dont le bénéfice serait accordé à un seul des époux revêt une réelle incertitude, puisque elle dépend de l'ordre des décès. Mais tous les avantages matrimoniaux ne comportent pas d'aléa. La clause dite d'ameublissement, par laquelle un époux fait entrer en communauté un bien qui aurait dû revêtir une qualification de propre ne comporte aucune incertitude sur le résultat contractuel : le bénéficiaire est déterminé et l'existence de l'obligation, dont l'exécution s'effectue dès l'entrée en communauté du bien, est certaine. D'une manière générale, remarquons que si certains régimes matrimoniaux comportent une forme d'aléa², notamment car la consistance du résultat contractuel ne sera déterminée qu'à la dissolution de l'union, tel n'est pas le cas de tous les régimes. La séparation de bien ne comporte que peu d'interactions entre les patrimoines des époux et aucune incertitude sur le résultat contractuel. L'aléa qui peut donc se retrouver dans certains régimes n'est pas catégorisant de la notion, par nature commutative³. Tout dépend donc de l'acception faite de l'aléa : doit-il concerner toutes les parties ? Doit-il comporter une chance de gain et un risque de perte ? L'absence de consensus sur la définition de l'aléa ôte toute crédibilité à une analyse de la nature gratuite ou onéreuse fondée sur le postulat d'un caractère purement aléatoire du régime et de l'avantage matrimonial. En tout état de cause, l'incertitude sur le dénouement contractuel reposant sur un risque de perte et une chance de gain n'est pas de l'essence du régime matrimonial, ni de l'avantage matrimonial.

Il n'en demeure pas moins que l'incertitude caractérisant certaines dispositions peut compliquer l'analyse conceptuelle sous l'angle de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux. Cependant la difficulté n'est qu'illusoire. Remarquons avant toute chose qu'elle ne concerne que les « avantages matrimoniaux ne prenant effet qu'à la dissolution du régime ». Les autres avantages disposent d'une matérialité dans le présent. De plus, la réciprocité des engagements n'a

¹ Art.265 du Cciv. dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, art. 16. Cette révocation automatique n'est cependant pas d'ordre public : la volonté contraire de l'époux qui les a consentis permet de maintenir les avantages matrimoniaux en les rendant irrévocables. Au-delà de la singularité de cette situation, c'est sa pérennité qui interroge : comment garantir l'application d'une clause d'attribution intégrale de la communauté au profit du conjoint survivant alors que le divorce a emporté la dissolution automatique de cette communauté ?

² Selon Monsieur LUCET, « *il est indéniable que l'aléa joue un rôle dans tout régime matrimonial. Les résultats de ce dernier dépendent des hasards de l'activité patrimoniale des époux* » ; F. LUCET, *op. cit.*, n° 530 p. 711.

³ Il convient en outre de ne pas confondre l'aléa juridique et le caractère éventuel ou futur du droit transmis. Tous les avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial sont éventuels, mais pas nécessairement aléatoires.

jamais fait échec à la qualification gratuite, et même libérale, d'une donation à cause de mort¹. En réalité, comme nous l'avons déjà exposé, si la révélation de l'élément matériel est subordonnée à la réalisation d'un évènement futur, l'élément intentionnel étant envisagé au jour de la conclusion de l'acte ne peut être remis en cause en lui-même. Tout au plus cette volonté est-elle dénuée d'effet. Mais sa classification en tant que critère intentionnel du gratuit demeure possible nonobstant l'incertitude sur le résultat contractuel. L'aléa caractérisant la mise en commun des revenus n'influe quant à lui que sur la personne du bénéficiaire : il est certain que les époux n'auront jamais d'apports et de contributions strictement égaux. La connaissance et l'acceptation de cette inéquivalence à venir, sans que ne puisse être déterminé avec certitude son bénéficiaire, ne fait pas échec à l'existence d'une intention gratuite. Elle la justifie même : l'acceptation d'une potentielle perte sèche *in fine* démontre que dans le régime matrimonial, l'intention gratuite existe bel et bien.

144. Critère intentionnel gratuit ou onéreux. La diversité des formes d'avantages matrimoniaux à laquelle des développements seront consacrés dans le cadre de notre deuxième partie ne doit pas empêcher une tentative d'identification du critère intentionnel de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux au sein des avantages matrimoniaux. Or, comme pour le critère matériel, toute systématisation s'avère impossible. Il est en effet des hypothèses dans lesquelles l'existence d'une intention gratuite semble indéniable : tel est le cas de la communauté universelle assortie d'une clause d'attribution intégrale de la communauté au profit du conjoint survivant². La Cour d'appel de Paris avait énoncé cette belle formule : « *la communauté universelle avec attribution intégrale au survivant est un acte d'assistance et de prévoyance conforme aux devoirs de famille* »³. Une telle figure, si proche d'une institution contractuelle au dernier vivant, peut-elle valablement revêtir une dimension onéreuse ? Il semble impossible de défendre une telle idée. Pour autant, la diversité des exemples connus d'avantages matrimoniaux invite à nuancer l'affirmation d'une intention toujours gratuite. On ne saurait voir dans les dispositions spécifiques du régime matrimonial, une intention toujours charitable. Les époux peuvent certes chercher à avantager l'un d'eux via la convention matrimoniale. Mais ils peuvent également souhaiter aboutir à un équilibre et limiter les enrichissements de l'un au détriment de l'autre.

¹ Voir aussi, avant 1967, la donation mutuelle : H. LEPINGLE, « Les libéralités mutuelles et réciproques », thèse Rennes, 1938 ; B. MOLLET, « Les donations matrimoniales », thèse Grenoble 1969.

² Il s'agit de l'hypothèse qui donne le plus d'étendue à l'avantage. La jurisprudence a posé une présomption de qualification en avantage matrimonial, présomption qui nous semble irréfragable : Cass. 1^{ère} civ., 15 oct. 1996 : Bull. civ. I, 1996, n° 350, JCP 1996, n° 48, IV, n° 2377, p. 301 ; JCP N 1997, n° 8, jp. p. 320 ; D. 1996, n° 39, IR, p. 238 ; Gaz. Pal. 2 juill. 1997, n° 185-186, pan., p. 154 ; Gaz. Pal. 1997, p. 330-331, comm. 22 ; Defr. 1997, n° 6, p.417. V. aussi, estimant que cette figure est par nature un avantage matrimonial : M. GIRAY, « L'imbroglio des libéralités entre époux depuis la réforme du divorce » : Dt. et pat. mars 2005, p. 30 et s. ; R. JUAN, « La Communauté universelle », JCP N 1980, I, p. 95.

³ CA Paris, 2^e ch. A, 8 janv. 1994, Juris-Data n° 1994-021642.

La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux

Indépendamment de l'existence d'un critère matériel gratuit, les époux peuvent avoir pour ambition de préserver des rapports patrimoniaux équilibrés. Cette ambivalence du critère intentionnel se retrouve dans les deux conceptions de l'avantage matrimonial. Perçu comme le résultat global du régime matrimonial, les époux ont pu souhaiter, en créant un déséquilibre par la convention matrimoniale, compenser un déséquilibre préexistant et donc tendre vers l'onérosité. Conçu comme une disposition spécifique du régime, l'avantage peut de même avoir pour fonction de préserver l'équilibre dans les relations patrimoniales des époux. Si l'existence d'une intention gratuite est, dans certaines hypothèses, consubstantielle à l'avantage, elle ne l'est pas systématiquement.

Conclusion du Chapitre second

145. L'avantage matrimonial potentiellement gratuit. L'analyse des critères de distinction du titre gratuit et du titre onéreux aboutit à un constat. Le critère matériel de la gratuité consiste en une inéquivalence objective et subjective des prestations. Le critère moral est l'intention gratuite, entendue de manière large comme la volonté d'agir dans l'intérêt d'autrui, sans que l'existence d'un intérêt personnel ne soit dirimante. Ainsi, l'inéquivalence objective et subjective des avantages perçus et des sacrifices consentis par les parties est nécessaire à une qualification gratuite, mais pas suffisante. L'existence d'une intention gratuite doit être déterminée. L'élément matériel et l'élément moral peuvent, indépendamment l'un de l'autre, se rattacher à une catégorie gratuite ou onéreuse. Appliqués à l'avantage matrimonial, les critères ne sont pas intangibles. Potentiellement gratuit ou onéreux au stade du domaine de la distinction, l'avantage matrimonial l'est aussi au niveau des critères du titre gratuit et du titre onéreux : il est apte à rassembler tant les éléments matériels et intentionnels de la gratuité que ceux de l'onérosité. Les régimes matrimoniaux peuvent présenter un équilibre dans les prestations et n'être souscrits par les époux qu'en considération de leurs intérêts personnels. Ils peuvent au contraire produire un déséquilibre objectif et subjectif des prestations et être animées d'une intention gratuite. L'élément matériel du titre gratuit peut se déduire soit de l'inéquivalence des engagements de chacun, soit de la recherche d'une égalité en valeur entre des sujets placés dans des situations différentes, ce qui aboutit à une inéquivalence en contribution. La règle matrimoniale ayant pour fonction d'organiser la dissolution du lien conjugal ou de régir, de manière continue, les biens durant la vie du mariage, l'intention gratuite de l'avantage qui en découle peut être caractérisée au moment du choix du régime.

En réalité, seule la potentielle nature gratuite de l'avantage matrimonial peut expliquer sa soumission à certaines règles applicables aux libéralités. Car il n'y a que le dépouillement à titre gratuit qui présente un risque justifiant qu'il soit limité. Le régime juridique appliqué aux avantages matrimoniaux reconnaît donc implicitement sa nature, ce qui illustre son influence sur les raisonnements notionnels. Pour autant, contrairement à la donation, l'avantage et le régime matrimonial ne se définissent pas au moyen de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux, leur nature gratuite ou onéreuse n'étant pas déterminante de leur existence ou de leurs traits catégoriques. S'agissant de notre étude, l'ont retiendra surtout l'aptitude de l'avantage matrimonial à s'inscrire pleinement dans la gratuité et la prédominance des hypothèses où il se présente effectivement comme gratuit.

Conclusion du Titre Premier

146. Propositions fondamentales sur la place de l'avantage matrimonial au sein de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux. Les recherches menées sur le titre gratuit et le titre onéreux et la confrontation des données ainsi obtenues aux notions appréhendées dans une perspective comparative ont abouti à des propositions fondamentales qui dépassent parfois la thématique dans le cadre de laquelle elles ont été formulées. Il convient d'en rappeler synthétiquement la teneur.

Sur le domaine de la distinction :

1. **Le domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux est régi par l'applicabilité des critères de cette distinction :** lorsqu'apparaît un avantage issu d'une volonté personnelle, l'opération dans son ensemble peut être qualifiée de gratuite ou d'onéreuse.

2. **Les critères de qualification peuvent, indépendamment l'un de l'autre, se rattacher à la catégorie gratuite ou onéreuse.** Ce n'est que la combinaison des deux qui permet de classer l'opération dans laquelle ils s'inscrivent (acte ou fait juridique) dans la catégorie gratuite ou onéreuse.

3. **L'avantage matrimonial et la donation entre époux, d'origine conventionnelle, sont qualifiables au regard du titre gratuit et du titre onéreux.** L'avantage matrimonial est potentiellement gratuit ou onéreux. La donation entre époux est nécessairement gratuite.

Sur les critères de la distinction :

1. L'élément matériel de l'acte à titre onéreux est une **équivalence objective entre les avantages obtenus par les parties ou une équivalence subjective entre le sacrifice que chacune consent et l'avantage qu'elle retire de l'obligation volontaire ;**

2. L'élément matériel de l'acte à titre gratuit est une **inéquivalence objective entre les avantages obtenus par les parties, qui s'accompagne d'une inéquivalence subjective entre le sacrifice que chacune consent et l'avantage qu'elle retire de l'obligation volontaire ;**

3. L'élément intentionnel du titre gratuit est **l'intention gratuite**, définie comme la **volonté d'agir dans le dessein d'avantager autrui en plaçant l'avantage consenti sans contrepartie dans un rôle de cause essentielle de l'acte.** L'élément intentionnel du titre onéreux est **l'intention onéreuse**, définie comme la **volonté d'agir dans le dessein de s'avantager personnellement.** Une opération recelant à la fois une intention gratuite et une intention onéreuse doit être considérée comme portant une volonté gratuite, sauf si la volonté onéreuse prédomine de manière certaine et évidente.

4. La réunion des éléments matériel et intentionnel du titre gratuit est indispensable pour

une qualification gratuite. La réunion d'un seul des éléments matériel et intentionnel du titre onéreux suffit pour une qualification onéreuse.

5. L'avantage matrimonial et la donation entre époux sont qualifiables de gratuits, car ils peuvent satisfaire aux critères de la distinction.

- La donation entre époux, en tant que libéralité, est nécessairement d'essence gratuite.
- Le régime matrimonial peut présenter une donnée matérielle gratuite, soit une inéquivalence objective et subjective. Il peut être inspiré par une intention gratuite. Il est donc potentiellement gratuit.

- L'avantage matrimonial, qu'il soit conçu comme le résultat d'un rapport d'équivalence ou comme son objet, paraît constituer une donnée matérielle gratuite, mais peut parfois se présenter comme onéreux si existe une contrepartie équivalente. Il peut être consenti dans une intention gratuite, ce qui est couramment le cas. Il n'en va autrement que si les époux ont cherché, au moyen du régime matrimonial, à assurer un équilibre patrimonial. L'avantage matrimonial est donc potentiellement gratuit ; il l'est dans la plupart des cas.

147. Du gratuit au libéral. L'analyse et l'application du domaine et des critères de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux auront donc permis de mieux comprendre le rapprochement nécessaire des notions d'avantage matrimonial et de donation entre époux. La perception de l'unité de leur nature est un pré-requis indispensable à toute analyse approfondie de leurs divergences. En effet, la distinction du titre gratuit et du titre onéreux ne permet pas, à elle seule, de présenter une justification suffisante à la différence conceptuelle des avantages matrimoniaux et des donations entre époux et donc une légitimation aux divergences ponctuelles mais significatives des règles juridiques qui leur sont applicables.

Après l'explication de la convergence, vient celle de la divergence. La convergence, soit l'analyse du concept de gratuité, a fait la part belle à l'avantage matrimonial lors de la confrontation des données catégoriques. La justification en est simple : la gratuité de la donation se déduit de la lettre de la loi, mais celle de l'avantage se devait d'être minutieusement démontrée. La divergence, soit l'analyse du concept de libéralité, redonnera ses lettres de noblesse à la donation entre époux dans la recherche de la pertinence de sa distinction avec les avantages matrimoniaux.

TITRE II : L'avantage matrimonial hors de la libéralité ?

« **HIPPOLYTE**

J'ignore si ce cœur que je laisse en vos mains...

ARICIE

Partez, Prince, et suivez vos généreux desseins.

Rendez de mon pouvoir Athènes tributaire.

J'accepte tous les dons que vous voulez me faire.

Mais cet empire enfin si grand, si glorieux,

N'est pas de vos présents le plus cher à mes yeux. »

Phèdre, Jean Racine, 1677

Acte II, scène III

148. Le genre et l'espèce. Une fois réalisée l'étude de l'avantage matrimonial et de la donation entre époux au regard de la gratuité, il convient de confronter directement les critères catégoriques de la libéralité aux avantages matrimoniaux, afin d'éprouver la pertinence de l'énoncé légal de l'article 1527 du Code civil. « *L'acte à titre gratuit est le genre ; la libéralité l'espèce* »¹. Sur la libéralité en tant que notion, que sait-on ? Originellement, le Code civil ne définissait pas l'acte libéral et se contentait d'en préciser les deux formes possibles : il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs et par testament². Cette carence faisait de la libéralité « *d'avantage une catégorie d'actes qu'une espèce nommée* »³. Mais avec la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, l'Arlésienne prend corps et une véritable définition est légalement posée à l'article 893 du Code civil : « *La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne* ». Le mot « libéralité » provient du latin « *liber* », qui exprime l'idée de liberté. Ainsi n'existe-t-il pas de libéralité sans liberté. Celle-ci incarne l'acte d'un homme libre et exprime la dignité humaine du sujet qui la consent. Ces éléments prédisposent à la formalisation de critères catégoriques. Si la liberté est nécessaire à la libéralité, cette dernière ne saurait être imposée par la loi ou toute forme d'autorité supérieure : elle est d'origine conventionnelle et exprime l'autonomie de la volonté personnelle.

¹ J. FLOUR et H. SOULEAU, « Les successions », Paris, Armand Colin, 1991, 3^{ème} éd., n° 30.

² Article 893 anc. Cciv. Il reprend à son compte la solution de l'Ancien droit : Ord. de d'AGUESSEAU, févr. 1731, art 3 : « *Toutes donations à cause de mort, à l'exception de celles qui se feront par contrat de mariage, ne pourront dorénavant n'avoir aucun effet (...); en sorte qu'il n'y ait à l'avenir en nos Etats que deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit, dont l'une sera celle des donations entre vifs, et l'autre celle des testaments et codicilles* ».

³ S. DEVILLE, « L'objet de la libéralité », thèse Toulouse, 2009, n° 116 p. 68.

149. Définition légale. La définition du Code civil contient une redondance qui la maintient dans un certain flou¹ : la libéralité doit être un acte gratuit, mais qu'est-ce qu'un acte gratuit ? Le risque de ne considérer celui-ci que comme une donnée purement matérielle n'est pas exclu², de même que l'aggravation de la confusion entre les données gratuite et libérale³. En réalité, l'acte libéral ne se confond pas avec l'acte gratuit, mais il est emblématique. Il en est l'expression la plus aboutie dans un système qui sacralise le droit de propriété comme étant le plus absolu de tous les droits et la faculté de disposition comme la forme la plus révélatrice de l'étendue du pouvoir du propriétaire. L'exercice de l'*abusus* par l'aliénation du bien sans contrepartie implique une diminution du patrimoine à défaut d'objet permettant la subrogation réelle. Celle-ci est par nature suspecte, car il n'est pas ordinaire d'œuvrer à son propre appauvrissement. Seules des manœuvres douteuses, telle que la soustraction du bien à régime juridique déterminé, notamment fiscal, ou au contraire une grandeur d'âme exceptionnelle, traduite par l'idée de charité, peuvent expliquer la volonté du sujet de se dépouiller sans obtenir d'équivalent matériel. Historiquement, on retrouve une suspicion marquée à l'encontre de la donation dans la Rome antique dès la loi *Cincia*⁴ qui prohibait les donations aux avocats et les donations *ultra modum*, c'est-à-dire d'un montant trop important⁵, sauf au bénéfice des *personae exceptae*⁶. L'exécution effective de la disposition ne satisfait pas le juriste qui tente d'en percevoir la cause, ou du moins l'origine. Une plongée au cœur des motivations personnelles du disposant s'avère nécessaire, non seulement pour comprendre l'origine de l'acte, mais aussi pour se rassurer sur la licéité et la moralité de l'opération. L'étude de l'élément intentionnel devient ainsi plus qu'une simple explication de la situation juridique considérée : elle aboutit à en déterminer la teneur. Le critère subjectif de la libéralité est né.

De surcroît, l'inclusion des termes « ou de ses droits » simultanément dans l'article 893 du Code civil définissant la libéralité en tant que notion et dans l'article 895 définissant le testament témoigne du souci du législateur de prendre acte de la dématérialisation des échanges dans le commerce juridique⁷. Pourtant, cette reconnaissance est maladroite, car le droit réel n'est pas simplement un vecteur de la transmission patrimoniale, il est aussi juridiquement considéré

¹ M. NICOD, « De la libéralité selon le Code civil », in « Leçons du droit civil : mélanges en l'honneur de François Chabas », Bruylant 2011, p. 707.

² Ce qui s'incarne à travers des travaux de recherches récents : V. S. LAMBERT, « L'intention libérale dans les libéralités », thèse Aix-Marseille 2005. L'auteur ne voit dans la gratuité que l'inéquivalence du rapport matériel.

³ V. sur ce point, S. DEVILLE, *op. cit.*, n° 204 et s.

⁴ Aux environs de 204 avant J.-C.

⁵ J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, « Histoire du droit civil », Paris, Dalloz 2010, 2^{ème} éd., p. 1405 et s.

⁶ De même, la loi *Calpurnia* (149 avant J.-C.) interdit les donations aux magistrats sous peine de sanction pénale (action *repetundarum*).

⁷ Sur ce point, v. notamment A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, « Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille », thèse Limoges 1997, n° 10 p. 21. L'auteur y évoque notamment le droit de présentation et les clientèles civiles.

comme un bien disposant d'une valeur marchande¹. On peut expliquer cette nouvelle redondance par le malaise suscité par la considération d'un droit comme étant un bien, donc par l'incompréhension suscitée par une telle évolution. Une autre explication peut résider dans la volonté du législateur d'accorder des largesses dans les modalités de transmission à titre gratuit. En somme, que l'objet transmis soit visé comme un bien ou comme un droit sur le bien n'aurait pas d'incidence sur la validité et la qualification de l'acte : la loi serait donc moins exigeante dans la désignation de l'objet qui doit être nécessairement déterminé ou déterminable.

150. Une donnée définie par ses critères. La doctrine et la jurisprudence n'avaient pas attendu la définition légale pour travailler à dégager des critères catégoriques. Tout n'est pas libéral : l'entrée dans la catégorie suppose, en sus de la gratuité et de la réunion des conditions communes à toutes les conventions, l'existence de deux critères dont la teneur répond à celle des actes gratuits, soit un élément dit matériel et un élément dit intentionnel : « *toute libéralité comprend un élément intentionnel, subjectif, et un élément matériel, objectif* »². Pour Monsieur GRIMALDI, la donation « *suppose la réunion d'un élément matériel, économique, et d'un élément moral, intentionnel* »³. De même, selon le professeur SÉRIAUX : « *tout acte de libéralité [entre vifs] combine un élément matériel – le déplacement unilatéral de valeurs d'un patrimoine à une autre – et un élément intentionnel qui n'est autre que la volonté avérée d'opérer cette mutation* »⁴. Déjà JOSSERAND écrivait qu'il n'y a pas de « *libéralité sans intention libérale, et pas d'intention libérale sans un bienfait dans lequel elle vient se concrétiser* »⁵. Les critères matériel et intentionnel de l'acte libéral sont des émanations particulières des critères de la gratuité : le déséquilibre économique est une forme aboutie de déséquilibre objectif et subjectif des prestations et l'intention libérale est la représentation quasi-parfaite de l'intention gratuite. Ainsi, le défaut d'existence de l'un de ces deux éléments n'entraîne pas *ipso facto* l'exclusion de la catégorie gratuite. Il commande uniquement la disqualification de la libéralité.

¹ H. PERINET-MARQUET, « Regard sur les nouveaux biens », JCP 2010, n° 44 p. 2071.

² H.L. J. MAZEAUD et F. CHABAS, « Leçon de droit civil », t. IV, vol. 2, Montchrestien, 1999, 5^{ème} éd., par L. et S. LEVENEUR, n° 1324, p. 564

³ M. GRIMALDI, « Droit civil : libéralités, partages d'ascendants », Paris, Litec, 2000, n° 1000, p.3

⁴ A. SÉRIAUX, « Les successions. Les libéralités », PUF., 2^{ème} éd., 1993, n° 56, p.4

⁵ L. JOSSERAND, « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », thèse, 1928, Dalloz éd. 2006, n° 293, p. 371. Une telle position de la part de cet auteur est remarquable, dans la mesure où son analyse subjectiviste de la libéralité conduit à voir dans l'intention libérale le critère unique de qualification. Voir aussi, sans que cette liste ne prétende à l'exhaustivité : R.-J. POTHIER, « Traité des obligations », Paris, Dalloz, 2011, préf. J.-L. HALPÉRIN, n° 12 ; M. PLANIOL, G. RIPERT et J. BOULANGER, « Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL », t. IV, « Régimes matrimoniaux, successions, libéralités », Paris, LGDJ, 1959, n° 117 ; A. COLIN et H. CAPITANT, « Cours élémentaire de droit civil français », t. II, Dalloz, 1950, 10^{ème} éd., p. 261.

151. Critères catégoriques et conditions de validité. Dans le passage de *Phèdre* cité en ouverture, toutes les données inhérentes à la donation sont présentes : Hippolyte, épris d'Aricie et libre de l'aimer depuis l'annonce de la mort de Thésée, renonce aux droits qu'il pourrait tirer de sa qualité d'héritier et place ses forces au service d'Aracie dans la lutte politique qui l'oppose au fils de Phèdre, sa marâtre. Ainsi se dessinent un déséquilibre économique (l'abandon de droits politiques), un objet (la gouvernance de l'empire), une intention libérale (Hippolyte est généreux de nature), une cause (l'amour et la justice ; Hippolyte offre son soutien politique avant de déclarer son amour), une capacité (Hippolyte s'émancipe de son père qu'il croit mort), un consentement (il abdique aux pouvoirs de la princesse sur son cœur), une dimension contractuelle (Aracie « accepte tous les dons ») et même un cadre formaliste (par le ralliement explicite de ses soutiens politiques). Le tout s'inscrit dans le contexte très spécifique aux libéralités entre époux : l'affection portée à l'autre. Il semble impossible de limiter l'analyse aux critères catégoriques. Ceux-ci devront être envisagés simultanément avec les conditions de validité inhérentes à la condition d'acte juridique. Ainsi, les notions fondamentales du droit des obligations volontaires telles la cause, l'objet, le consentement, la capacité mais aussi le formalisme ne devront pas être éludées, dans la mesure où le parti a été pris de considérer que la donation entre époux comme l'avantage matrimonial sont issus d'une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit. L'objectif sera donc de confronter l'avantage matrimonial aux critères catégoriques et aux conditions de validité des donations entre époux. La minutieuse analyse de l'élément matériel et des données essentielles qui s'y rapportent (**Chapitre premier**) précèdera celle de l'élément intentionnel duquel il semble émerger (**Chapitre second**).

Chapitre premier : Les données matérielles de la libéralité confrontées à l'avantage matrimonial

152. Importance du critère matériel. L'analyse de l'élément matériel de la libéralité est souvent occultée par la complexité que revêt l'appréhension de l'intention libérale, élément subjectif. Puisque le déséquilibre économique est une donnée matérielle, son acception semble facilitée, alors que la plongée au cœur des motivations personnelles du disposant que nécessite l'établissement d'une intention libérale paraît bien plus délicate. Pourtant, l'étude de ce critère ne doit pas être négligée. Il sert de référence concrète aux typologies gratuites et permet, à son niveau, de résoudre de nombreux contentieux. Car, avant de se demander si une intention libérale est à la source du déséquilibre économique, il faut s'assurer de la réalité de celui-ci¹. Il conviendra de prendre en considération l'élément matériel de la libéralité en tant que notion et de s'abstenir de se cantonner à sa seule expression dans la figure connue qu'est la donation entre vifs ou dans le moule plus original des donations à cause de mort. La démarche entreprise a pour objectif d'explicitier la distinction des donations entre époux et des avantages matrimoniaux, mais aussi d'œuvrer à dégager une définition claire et pertinente de cette dernière donnée. En raison l'absence de définition à ce stade de l'étude, il nous faudra raisonner sur des exemples d'avantages matrimoniaux communément admis comme tels². De même, les instruments d'identification n'étant pas encore déployés, il nous faudra employer des termes généraux. L'expression « patrimoine conjugal » aura ainsi pour fonction de désigner les biens des époux indépendamment de toute qualification.

153. Fond et forme. L'étude de l'élément matériel ne peut se restreindre à la seule détermination du déséquilibre économique, notion très largement abordée en doctrine et pour laquelle le mystère ne réside que dans certains cas complexes d'application pratique. L'analyse de l'objet transmis devra être réalisée. Mais surtout, le support qui permet de réaliser l'élément matériel nous occupera grandement. Il est fondamental pour éprouver la comparaison des notions. Ainsi seront successivement étudiés le contenu matériel de l'acte (**Section première**) et le vecteur de la prestation (**Section seconde**).

¹ Ainsi, en matière de libéralité, une opération juridique ne présente pas le caractère de donation si son auteur, même mû par une pensée de bienveillance et agissant pour l'avantage exclusif d'autrui ne se dépouille volontairement par là d'aucune portion de son patrimoine : Cass. civ., 5 avr. 1938 : DH 1938, p. 305. Le montant du déséquilibre n'a en principe pas d'influence sur la qualification elle-même : Cass. com., 5 oct. 2004 : Bull. civ., IV, n° 178 ; D. 2005, pan. 2123, obs. M. NICOD ; RTD Com. 2005, p. 372, obs. L. GROSCLAUDE.

² Les communautés conventionnelles élargies, les clauses de partage inégal, les conventions ayant pour but d'accroître la créance de participation au profit d'un époux, les clauses de prélèvement avant partage, etc.

**Section première : La détermination de l'élément matériel par l'analyse du
negotium : le contenu de la transmission patrimoniale**

154. L'objet de la libéralité. L'analyse de l'objet de la libéralité a été renouvelée par les travaux de thèse de Madame DEVILLE qui ont eu l'insigne mérite de replacer les données matérielles au cœur du débat sur la qualification des actes juridiques. L'élément matériel de la libéralité réside dans le déséquilibre économique intervenant entre deux sujets de droit : ainsi peut-on dire qu'il est l'objet de la libéralité¹. Dans cette acception, l'objet permet traditionnellement de distinguer la libéralité des autres actes à titre gratuit. Il convient de vérifier si cette fonction est apte à fonder une différence ou une similitude fondamentale entre la donation conjugale et l'avantage matrimonial (**Paragraphe premier**). Or on ne peut se contenter de définir le critère matériel pour comprendre les donations entre époux et les avantages matrimoniaux au regard de la distinction entre les actes gratuits. Il faut l'analyser plus en profondeur et appréhender l'objet de l'objet, donc l'objet de la prestation, entendu comme le bien et le droit transmis, lequel se trouve au cœur du mécanisme juridique dans lequel il s'inscrit. S'il permet traditionnellement de distinguer les actes au sein de la typologie libérale, peut-être éclairera-t-il la comparaison notionnelle des données libérales et matrimoniales (**Paragraphe second**).

**Paragraphe premier : L'objet de la libéralité : le déséquilibre économique saisi comme
élément matériel**

155. Méthodologie. L'objectif est de mettre en perspective, à la manière d'un calque, les lignes communes aux deux dessins et les lignes divergentes. Afin de saisir pleinement le rôle du déséquilibre économique dans l'opération de qualification, il convient d'en extraire la teneur au sein de la libéralité (A), avant de l'appliquer à l'avantage matrimonial (B).

A. Extraction du concept dans les données libérales

156. Définition du déséquilibre économique. La définition du déséquilibre économique, autrement appelé critère objectif de la libéralité, semble faire l'unanimité tant en jurisprudence qu'en doctrine et reposer dans une formule simple : doivent exister un appauvrissement du disposant et un enrichissement corrélatif du gratifié², soit une perte pour l'un

¹ V. S. DEVILLE, « L'objet de la libéralité », thèse Toulouse, 2009, n° 113, p. 67. L'objet peut être saisi comme élément matériel de la libéralité, soit le déséquilibre économique. H., L., et J., MAZEAUD et F. CHABAS, « Leçon de droit civil », t. II, « Obligations, théorie générale », Paris, Montchrestien, 1998, 9^{ème} éd. par F. CHABAS, n° 232 et s. : « *l'objet de l'obligation est la prestation promise* ».

² V. notamment : Ph. MALAURIE, « Les successions, les libéralités », Defrénois 2006, 2^e éd., n° 293, p. 144.

et un gain pour l'autre. Ainsi posée, la règle semble être celle de la réunion de trois critères : la sortie d'un patrimoine, l'entrée dans un autre patrimoine et une corrélation entre les deux. Les deux premières données traduisent des exigences à caractère patrimonial. La troisième, souvent occultée, fournit des précisions indispensables sur les modalités du transfert.

1. Entrée et sortie : les exigences patrimoniales du déséquilibre économique

157. L'exigence d'un déséquilibre. Ce qui compte en matière de libéralité n'est pas tant l'existence ou l'absence de contrepartie que l'inéquivalence nécessaire des engagements de chacun. Ainsi, la jurisprudence a pu préciser que « *toute donation implique nécessairement que le disposant se dépouille de la chose sans rien recevoir en échange, ou, du moins, sans recevoir un équivalent qui fasse disparaître la gratuité essentielle du contrat* »¹. On remarquera ici la proximité entre l'idée de gratuité et celle de déséquilibre économique, qui œuvre à une confusion des données dont il faut se préserver. C'est en effet l'élément matériel du gratuit qui est menacé par l'existence d'une valeur équivalente. Celle-ci n'empêcherait donc pas simplement la qualification en libéralité mais aussi celle d'acte à titre gratuit². De manière générale, notons que ce qui permet véritablement la détermination du déséquilibre économique est, plus que l'obligation elle-même, la consistance des prestations saisie dans une perspective purement économique³.

C'est au sujet des donations avec charges⁴ que l'idée d'équivalence, empruntée aux réflexions sur le titre gratuit, trouve une application particulière en matière de libéralité. Ce qui permet une disqualification de l'opération est un simple bilan comptable des valeurs supportées par chacune des parties indépendamment de la nature de l'objet de la prestation⁵. La libéralité ne peut être qualifiée comme telle qu'autant que le déséquilibre est réel⁶. Lorsqu'il s'inscrit dans un cadre plus large et trouve sa cause dans une opération préexistante au bénéfice de celui qui se présente alors comme le disposant, l'acte n'a plus pour objet de créer un déséquilibre mais bien de compenser celui qui existe déjà : c'est l'hypothèse des donations rémunératoires. Entre époux, la donation n'échappe pas à cette règle : ainsi peut-on voir des rémunérations ou des compensations

¹ Cass. req., 24 janv. 1928 : DP 1928, I, p. 157 ; Cass. civ., 28 nov. 1938 : DH 1939, p. 17 ; Cass. civ., 8 déc. 1948 : JCP 1949, II, n° 4652 ; Cass. civ., 16 juill. 1959 : D. 1960, p. 185, note R. SAVATIER.

² Pour une étude sur le critère matériel de l'acte gratuit, V. *supra* n° 80 et s.

³ Présumé démontré fondé par Madame DEVILLE, *op. cit.*, n° 145 et s., p. 83. L'utilisation de l'objet de l'obligation comme critère catégorique libéral conduit de plus à un « *glissement commode* » vers une vision de l'acte comme étant essentiellement unilatéral.

⁴ Pour une étude de la libéralité avec charge à l'épreuve de la gratuité, V. *supra*, n° 93.

⁵ Cass. req., 25 févr. 1913 : S. 1920, I, p. 220 ; Cass. civ., 28 nov. 1938 précit. ; Cass. 1^{ère} civ., 9 juill. 1991, n° 89-17.242 : D. 1991, IR, p. 225 ; Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1982, n° 81-13.030 : D.1983, IR, p.348, (*a contrario*).

⁶ Pour une analyse d'ensemble de la contrepartie face à la gratuité, V. *supra*, n° 83 et s.

sous un masque libéral¹. Pourtant il est parfois délicat de savoir s'il faut ou non élargir le domaine de l'acte à une opération préexistante. Le don appelle le don, dit-on souvent². Une donation n'est pas disqualifiée d'office si elle fait écho à une autre : il ne faut voir dans cette figure qu'un échange de politesse. Peut-être le critère de requalification repose-t-il alors dans la nature de l'acte qui a créé le premier déséquilibre : s'il s'agit d'une libéralité, l'opération ne sera pas disqualifiée, mais s'il s'agit d'un autre type d'acte, tel un service rendu dans le cadre d'un contrat d'ami, la donation ou le legs pourront avoir pour objet une rémunération, entraînant une requalification. Mais ce critère, qui semble être à l'épreuve de toutes les hypothèses, ne dispose d'aucun fondement valable si ce n'est la réussite de sa mise à l'épreuve de la pratique : il est essentiellement empirique.

158. L'exigence d'un transfert. La libéralité est fondamentalement un acte de disposition : il faut donc une sortie, en principe définitive, du patrimoine. Cette donnée permet traditionnellement de distinguer les libéralités d'autres actes gratuits, appelés « *contrats de bienfaisance* » classiques, qui peuvent avoir pour objet des droits économiquement appréciables mais qui ne réalisent pas, en principe, de transfert de patrimoine³. Le « *contrat de bienfaisance* » était entendu originellement dans le Code civil comme chapeautant l'ensemble des actes à titre gratuit, y compris le testament qui est pourtant dénué de nature contractuelle. Sa terminologie sert encore parfois de référence à la définition de la gratuité dans son ensemble. Mais aujourd'hui, ce terme s'entend de manière plus restreinte, comme synonyme de « *contrats d'amis* ». Les plus couramment cités sont la garantie bénévole de la dette d'autrui, le prêt sans intérêt, le mandat non rémunéré, le dépôt, l'assistance bénévole... il existe alors un enrichissement et éventuellement un appauvrissement, mais pas de transfert définitif de droit⁴. La frontière est pourtant mince parfois. Le cautionnement n'est *a priori* pas constitutif d'une libéralité⁵, sauf si la caution renonce à toute

¹ Un arrêt de la première chambre civile du 9 janvier 1979 voit dans le « cadeau » offert à l'épouse une possible rémunération « *de la perte des gains et salaires que lui auraient assurés l'exercice d'une profession séparée ainsi que des avantages, tant présents et futurs, qui en auraient découlé et dont [la femme] s'était privée dans un intérêt commun* » ; Cass. 1^{ère} civ., 9 janv. 1979 : Defr. 1980, art. 32174, note A. PONSARD. Un arrêt plus récent a retenu que cette compensation pouvait intervenir à l'avance : Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1993 : Defr., 1994, art. 35761, n° 47, obs. G. CHAMPENOIS.

² Sur la question, v. A., G., B., S. et D. DECOCQ, I. et G. VAISSIE, Th. et A. HAVETTE, « Une certaine idée du don », in « Une certaine idée du droit, mélanges offerts à André Decocq », Litec, 2004

³ Il s'agit d'une « *sorte de contrat à titre gratuit dans lequel l'une des parties, sans transférer à l'autre un élément de son patrimoine, lui rend cependant un service (dans une intention bénévole et sans contrepartie)* » ; G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », association Henry Capitant, PUF 2000, 8^{ème} éd., v° *Bienfaisance*.

⁴ Cette délimitation des figures libérales et des contrats d'amis s'incarne aussi dans l'expression « *contrat de service gratuit* ». Ils seraient donc du domaine des services, alors que la libéralité consisterait en une réelle gratification se traduisant par une modulation du contenu patrimonial. Cette ligne de démarcation n'est cependant pas déduite de la loi mais d'un raisonnement cherchant la logique d'une pratique. V. M. BOITARD, « Les contrats de service gratuits », thèse Paris, 1941.

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 1973, n° 70-13.061 : D. 1975, p. 549, note F. STEINMETZ ; Cass. 1^{ère} civ., 11 juill. 1978, n° 77-11.550 : Bull. civ. I, n° 264 ; D. 1979, IR 73, obs. D. MARTIN ; Cass. 1^{ère} civ., 27 janv. 1982, n° 80-17.124, Bull. civ. I, n° 46 : D. 1983, IR 189, obs. M. VASSEUR.

action récursoire ou recours subrogatoire¹. Il en est de même lorsque, les parties s'étant entendues sur le paiement d'un prix contre service rendu, le créancier y renonce expressément et fait ainsi « cadeau » de son travail à l'autre. Toutes les fois où le droit existe dans le patrimoine, la renonciation à son exercice crée indirectement un transfert de valeur. Il y a là un nouvel exemple de la dématérialisation du transfert au service de l'économie et de la cohérence de l'acte juridique. Mais d'autres hypothèses sont bien plus complexes. Ainsi en est-il de la mise à disposition d'un logement sans contrepartie. Lorsqu'elle intervient au profit de descendants, elle peut s'analyser en l'accomplissement de l'obligation légale de contribuer à l'entretien et l'éducation des enfants. Mais lorsque ceux-ci sont majeurs et financièrement indépendants, ou lorsque la mise à disposition se fait au profit d'un tiers ou même d'un époux, la qualification peut sembler douteuse. Le contentieux relatif au rapport des libéralités, préalable aux opérations de partage successoral, avait permis à la jurisprudence de se prononcer et d'analyser cette situation en avantage indirect².

159. Illustration. Entre époux, la question s'est également posée et la solution apportée par un arrêt de la première chambre civile du 3 novembre 1988 est loin d'être satisfaisante. Dans les faits, deux époux avaient souscrit une étrange convention dénommée « bail autorisation » qui permettait au mari d'occuper pendant trente ans et « gratuitement » un logement dont son épouse était propriétaire, ainsi que de « sous-louer » le bien en percevant les fruits. Embarrassée, la Cour d'appel de Riom avait, le 19 février 1987, rejeté l'analyse proposée par l'épouse consistant à voir dans cette convention une « donation temporaire d'usufruit » et opté pour la qualification en commodat afin d'éviter la sanction du non-respect du formalisme imposé par l'article 931 du Code civil. La Cour de cassation a censuré la décision des juges du fond aux motifs, d'une part, que le prêt à usage nécessite que l'emprunteur se serve personnellement de la chose, condition mise en échec par la faculté de sous-louer et, d'autre part, que l'opération peut être perçue comme une « donation éventuelle de fruits »³. Si cette décision nous paraît lacunaire, c'est qu'elle ne se fonde que sur le deuxième « composant » de l'acte (la faculté de sous-louer) et ne dit mot sur l'occupation gratuite elle-même. Or, si celle-ci constitue déjà une donation de fruits par renonciation, comment considérer que la faculté de sous-louer opère à elle seule une telle gratification ? Existerait-il une « double donation de fruits » : ceux économisés par le bénéficiaire et ceux qu'il peut percevoir en qualité de sous-bailleur ? En toute logique, il ne peut cumuler les

¹ Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 1982, n° 81-11.446 : Bull. civ. I, n° 173 ; D. 1983, p. 320, note J. MESTRE ; Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 1987, n° 85-15.899 : Bull. civ. I, n° 297 ; D. 1988, somm. 275, obs. L. AYNÈS ; Defr. 1988, art. 34275, obs. L. AYNÈS ; *ibid.*, art. 34337, obs. G. CHAMPENOIS.

² Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 1997, n° 94-16.813 : Bull. civ. I, n° 22 ; Defr. 1997, art. 33650, note Ph. MALAURIE ; D. 1997, jp. 607, note V. BARABÉ-BOUCHARD ; D. 1999, chron. 155, note I. NAJJAR ; JCP 1998, I, 133, n° 8, note R. LE GUIDEDEC ; JCP N 1998, p. 356, étude D. BARTHE ; RTD Civ. 1997, p. 480, obs. J. PATARIN. Sur l'abandon de cette qualification et les conséquences qui en découlent, *cf. infra*, n° 312 et s.

³ Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 1988, n° 87-13.319 : JCP 1989, II, 21375, note Th. HASSLER ; JCP N 1990, II, 27, note J.-F.

deux, puisque s'il occupe effectivement le bien, il ne peut le louer et inversement. L'économie ou l'encaissement se présentent plutôt comme deux modes de perception des fruits donnés. Il y aurait, en toute hypothèse, donation de fruits : peu importe la stipulation relative à la sous-location puisque, en acquérant le bien, la propriétaire a acquis le droit aux fruits futurs, droit auquel elle a expressément renoncé par le « bail-autorisation ». La faculté de sous-louer ne doit donc s'analyser que comme une modalité du transfert, mais n'est pas nécessaire à la qualification de « donation de fruits », qui peut se réaliser par d'autres voies. Il convient cependant d'approuver la juridiction du fond (en cela non contredite par la Cour de cassation) qui refuse d'y voir une donation d'usufruit dans la mesure où ce ne sont pas l'entier *usus* et l'entier *fructus* qui sont transmis, mais deux modes bien particuliers d'exercice de ces droits, réglés dans la convention elle-même.

La libéralité nécessite donc un transfert de droit, plus précisément d'un droit émanant de la propriété¹. La mise à disposition d'un bien, si elle présente un avantage, n'est pas une libéralité portant sur le bien, mais sur les éventuels fruits de ce bien. Selon DUPEYROUX, la libéralité opère essentiellement l'abandon d'un droit patrimonial principal², à la différence des droits auxiliaires comme les droits processuels et de garantie, qui ont pour seule fonction d'assurer la réalisation d'un droit principal. Pour Monsieur LUCET, « *la donation ne peut donc exister que moyennant amputation du patrimoine du disposant* »¹.

2. La corrélation enrichissement / appauvrissement : les caractères du transfert

160. L'exigence d'une dualité de patrimoine. Nul ne peut se donner à soi-même. En matière de libéralité conjugale, cette règle a des incidences lorsque le bien transmis par libéralité dépend d'une communauté légale ou conventionnelle. Le donataire disposant d'ores et déjà de droits sur le bien, l'émolument transféré ne consiste en réalité que dans le droit détenu par le donateur : ce qui est donné, c'est la part qui n'était pas déjà possédée. L'élément matériel de la distinction des actes libéraux et non libéraux ne se contente pas d'une donnée purement patrimoniale. Il ne suffit pas qu'un transfert soit opéré, encore faut-il que les deux événements, l'entrée et la sortie, se réalisent en lien l'un avec l'autre. Cette dernière condition de « corrélation » semble être assurée par deux composants : l'identité d'objet des deux précédentes et l'instantanéité de l'opération de transfert.

161. L'exigence d'une identité d'objet. Ce doit être le même bien qui sort d'un patrimoine et qui entre dans un autre. Sans empiéter outre mesure sur les raisonnements

PILLETOUT ; RTD Civ. 1989, p. 570, obs. Ph. RÉMY ; *ibid.*, 1990, p. 700, obs. J. PATARIN.

¹ Sur la nécessité de dépasser ce critère par une analyse du droit transmis, v. *infra*, n° 184.

² J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 303.

particuliers propres à l'objet de la libéralité, c'est le caractère d'unité qui nous préoccupe ici. Il est important, mais son incidence est toute relative en pratique dans la mesure où ce qui compte est l'identité de l'objet, non l'identité de la forme sous laquelle il se présente. Par exemple, ce principe ne permet pas, à lui seul d'expliquer l'exclusion de la sphère libérale des gratifications perçues au moyen de l'assurance-vie : alors que le disposant se dépouille de primes, le bénéficiaire obtient un capital. Pour la jurisprudence, ce critère n'est pas déterminant. Elle préfère se fonder sur l'existence d'un aléa, par principe exclusif de toute gratuité, ou sur l'absence d'intention libérale². C'est en réalité le développement des formes indirectes de donation entre vifs qui assouplit l'exigence de l'identité d'objet. Si, fondamentalement, le principe reste l'identité d'objet, celui-ci peut avoir été quelque peu transformé entre le dépouillement du donateur et l'enrichissement du donataire. Pour exemple, la cession d'un bail peut réaliser une donation indirecte du fonds de commerce³. Ces nouvelles formes de donation sont incontestablement un élément complexifiant l'étude de l'objet de la libéralité. Cependant ils ne mettent pas à mal le principe d'identité d'objet.

162. *Hic et nunc.* L'instantanéité de l'opération permet également de présumer de la corrélation nécessaire : le transfert patrimonial se réalise en un instant donné, de telle sorte que le droit de propriété ne cesse jamais. Il n'existe pas de période ni de zone de transition dans laquelle tomberait le bien situé « en transit » d'un patrimoine à un autre. Outre la question de l'exigibilité du bien, que la jurisprudence a reléguée au plan de la réalisation matérielle de l'acte⁴, c'est le transfert du droit qui s'opère immédiatement. En matière de donation entre vifs, il est concomitant à l'acte lui-même : ainsi la réalisation des formalités nécessaires à l'*instrumentum* aboutit-elle à la concrétisation du *negotium*. Par exemple, le don manuel ne se réalise que par la tradition, remise matérielle du bien de la main à la main⁵, qui, présenté comme une exigence formelle traduit surtout la réalisation de la condition nécessaire à toute libéralité : l'instantanéité de la sortie et de l'entrée du droit d'un patrimoine à un autre.

¹ F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987, n° 26, p. 38.

² Ainsi toute requalification en donation n'est-elle pas exclue : CE, 19 nov. 2004 : Recueil Lebon 443 ; D. 2004, IR 3190 ; JCP 2005, II, 10018, concl. C. DEVYS (2^{ème} esp.) ; Defr. 2006, p. 43, note F. SAUVAGE ; AJDA 2005, p. 194, chron. C. LANDAIS et F. LENICA (2^{ème} esp.) ; RJPF 2005-3140, note Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE ; RDC 2005, p. 302, obs. A. BÉNABENT ; RFDA 2005, p. 375, note B. PLESSIX (2^{ème} esp.) ; RDSS 2005, p. 89, concl. C. DEVYS (2^{ème} esp.) ; RGDA 2005, p. 485, note J. BIGOT.

³ Cass. 1^{ère} civ., 30 nov. 1982 : D. 1983, p. 85, note A. BRETON ; RTD Civ. 1983, p. 576, obs. J. PATARIN.

⁴ Comme en témoignent la nature juridique de la réversibilité d'usufruit et, plus largement, les droits à terme. V. M. GRIMALDI, « Les donations à terme », in « Le droit privé à la fin du XX^{ème} siècle : études offertes à Pierre Catala », Litec, Paris, 2001, p. 421 ; B. JADAUD, « La donation à terme », JCP N, 2006, n° 1024, p. 142 ; S. AUGER, « Les donations à terme », Dt. et pat., oct. 2008, p. 60 ; S. DURANT, « L'usufruit successif », thèse, Defr. 2006 ; A. GOBIN, « Propos sur la réversibilité juridique », JCP N 1995, p. 1119 ; M. IWANESKO, « L'usufruit successif ou la quasi-fiducie », Dt. et pat., 1999, n° 69, p. 34.

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 11 juill. 1960 : D. 1960, p. 702, note P. VOIRIN ; Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 1996 : D. 1996, somm. 365, obs. M. NICOD.

Les libéralités testamentaires présentent également une telle instantanéité : si les effets de l'acte sont suspendus, le décès entraîne l'immédiat transfert de droit, matérialisé par la naissance de l'indivision, même lorsqu'aucun héritier *ab intestat* n'est appelé et nonobstant la réalisation des formalités fiscales ou paiement de frais notariés. En ce sens, il est possible de soutenir que toutes les libéralités sont irrévocables. En effet, plus que les legs, ce sont les testaments qui sont librement révocables¹. Cette libre révocabilité est justifiée par la nécessaire préservation de la liberté de tester. Or celle-ci prend fin au décès, qui marque par ailleurs la prise d'effet des dispositions testamentaires valables et l'exigibilité des libéralités à cause de mort. Ainsi, une fois exécuté, le legs devient par principe irrévocable. La même mécanique imprime l'irrévocabilité de principe des donations entre vifs : la réunion des conditions de validité de l'acte entraîne le transfert immédiat du droit qui en est l'objet, nonobstant la remise effective du bien ou le report de son exigibilité par une disposition particulière.

163. Instantanéité et dématérialisation. Permettre l'instantanéité du transfert impose de dématérialiser la donation : plus qu'un bien, c'est souvent un droit sur un bien qui est transmis. Cette subtilité emporte quelques critiques et n'est pas sans risque : le droit étant lui-même un bien, ne transmet-on pas en réalité le droit sur le droit sur le bien ? Ce raisonnement ne connaît pas de limite, mais il faut raison garder : la dématérialisation ne doit être acceptée qu'autant qu'elle est utile en pratique. Elle est en outre rendue nécessaire par la diversité formelle de l'acte libéral. Celui-ci peut en effet résulter indirectement d'une renonciation à un droit. Le bien n'a alors pas toujours intégré matériellement le patrimoine du renonçant, seul le droit lui a été acquis et c'est sur ce droit que porte la renonciation. Ainsi peut-on dire qu'il existe une « sortie d'un patrimoine ». L'exemple le plus évident est celui de la renonciation à succession *in favorem*² : elle s'effectue avant tout partage, donc avant que le renonçant ne sache *sur quoi* porte son droit, et même parfois avant liquidation, de sorte qu'il peut ignorer la quotité de son droit. La dématérialisation du transfert est aussi indispensable à la souplesse dont ne pourrait se passer l'ingénieuse pratique notariale dans sa dimension créatrice et qui modélise la liberté individuelle de disposer à titre gratuit. Ainsi en est-il de la réversibilité d'usufruit, dont la nature juridique a été percée à jour par la jurisprudence en se fondant sur une analyse impliquant une dématérialisation :

¹ Cette libre révocabilité est, plus qu'un élément du régime, un véritable trait catégorique des libéralités testamentaires, comme en témoigne l'article 895 du Code civil qui les définit : « le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits et qu'il peut révoquer ». Cette donnée fait écho à l'irrévocabilité de principe attachée à la donation entre vifs, l'antagonisme des deux critères permettant de résoudre de nombreux conflits de qualification, dont le plus célèbre est relatif à la libéralité par chèque : Cass. 1^{ère} civ., 5 févr. 2002 : D. 2002, somm. 2447, obs. M. NICOD ; D. 2003, somm. 344, obs. D. MARTIN ; Defr. 2003, p. 43, obs. G. CHAMPENOIS ; Dr. Fam. 2002, n° 47 obs. B. BEIGNIER ; RJPF 2002, n° 6, p. 41, note J. CASEY ; RTD Civ. 2002, p. 551, obs. J. PATARIN ; D. 2003, chron. 2712, A. BOUJEKA.

² Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 1961 : D. 1962, p. 657, note J. BOULANGER ; JCP 1963, II, 12973, note P. VOIRIN ; Cass. req., 15 nov. 1858 : DP 1858, I, p. 433.

le droit est transmis immédiatement, l'exigibilité reportée, ce qui en fait une donation de biens présents, mais à terme¹. Cette nature bien singulière présente le double avantage d'échapper à la prohibition des pactes sur succession future, puisque le droit transmis est actuel, et de rester soumise à une révocabilité exceptionnelle en dérogeant expressément au principe érigé par l'importante réforme des libéralités conjugales opérée par la loi du 26 mai 2006. Ce traitement attrayant, conjugué aux effets particuliers de cette figure originale, en fait un mode privilégié de gratification entre conjoints.

164. Synthèse. L'élément matériel de la libéralité en fait un acte de disposition portant sur un droit réel principal² et qui se transfère instantanément. Ces caractéristiques ne sont pourtant pas exclusives de toute autre qualification : la plupart des actes onéreux sont également des actes de disposition. À la différence de ceux-ci, l'acte libéral traduit, par le transfert de valeurs économiquement déterminables, l'exigence d'une inéquivalence objective propre à tous les actes gratuits. Mais quel est le critère déterminant de la distinction entre la libéralité et les autres actes gratuits ? La notion de déséquilibre économique ne permet pas de le révéler. Mais ses contours étant à présent déterminés, il convient d'opérer une confrontation avec les avantages matrimoniaux, afin de déterminer ses ressemblances ou dissemblances avec la donation entre époux.

B. Application du concept aux données matrimoniales

165. Conditions remplies. Transfert de droit, identité d'objet et dualité de patrimoine sont des conditions de l'acte libéral qui se retrouvent dans l'avantage matrimonial sans que de réelles difficultés ne président à leur identification³. L'avantage matrimonial est en effet avant tout

¹ Sur la réversibilité d'usufruit, la jurisprudence est parvenue à une définition : il s'agit d'une donation à terme de bien présent. Une chambre mixte de la Cour de cassation a mis fin à la discordance entre les chambres par divers arrêts importants : Cass. ch. mixte, 8 juin 2007 ; JCP N 2007, p. 761, rapp. G. RIVIERE ; Dr. Fam. 2007, n° 151, note B. BEIGNIER ; RTD Civ. 2007, p. 605, obs. M. GRIMALDI ; JCP 2007, II, 10130, note G. GOUBEAUX ; RJPf 2007, n° 7-8, p. 29, obs. S. VALORY ; RDC 2007, p. 1166, note I. DAURIAC ; Cass. 1^{ère} civ., 31 oct. 2007 ; Bull. civ. I, n° 342 ; RJPf 2008, n° 1, p. 49, obs. G. CHAMPENOIS. Définition acquise par la troisième chambre : Cass. 3^{ème} civ., 6 nov. 2002 ; Bull. civ. III, n° 220 ; Defr. 2003, n° 37752, p. 777, note S. PIEDELIEVRE ; RTD Civ. 2003, p. 134, obs. J. PATARIN. La Première chambre a ouvert la voie : Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 1997 ; Bull. Civ. I, n° 291 ; PA 1999, n° 164, p. 17, note G. TEILLAIS ; JCP 1997, n° 22969, p. 560, note I. HAREL-DUTIROU ; JCP 1999, I, 132, n° 5, obs. R. LE GUIDEC ; RTD Civ. 1998, p. 721, obs. J. PATARIN et p. 937, obs. F. ZÉNATI. La doctrine a activement contribué à cette reconnaissance : C. FARGE, « La clause de réversibilité d'usufruit : une technique à la disposition des praticiens », Defr. 2005, n° 38249, p. 1569. *Contra*, pour la jurisprudence : Cass. 1^{ère} civ., 20 avr. 1983 ; Bull. civ. I, n° 124, p. 108 ; D. 1986, p. 31, note M. GRIMALDI ; RTD Civ. 1984, p. 349, obs. J. PATARIN ; JCP 1984, II, n° 20257, note E.-S. DE LA MARNIÈRE ; Defr. 1983, p. 1356, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP N 1985, II, p. 30, note Ph. RÉMY ; Cass. com., 2 déc. 1997 ; Bull. civ. IV n° 318. *Contra*, pour la doctrine, voir principalement : F. ZÉNATI, RTD Civ. 1998, p. 937.

² Sur la libéralité portant sur des droits personnels, v. *infra*, n° 185.

³ Encore que nos développements nous amèneront à considérer qu'en matière d'avantage matrimonial, le déséquilibre peut naître, plus que d'un *transfert* de droit, de la *création* d'un droit propre à l'autre époux. Cela est notamment le cas

un droit portant sur un bien ou un ensemble de biens, consenti à un époux par un autre ou créé à son bénéficiaire. La dualité patrimoniale se retrouve dans la liquidation nécessaire du régime une fois l'union dissoute, qui permet de reconstituer avec précision la composition de chaque universalité. Mais d'autres conditions particulières à l'élément matériel ne se transposent pas aisément à l'avantage issu du fonctionnement du régime.

1. *Le déséquilibre par transfert de valeur patrimoniale, une exigence inadaptée à l'avantage matrimonial*

166. L'existence d'un déséquilibre. Que l'on conçoive l'avantage matrimonial comme le produit net d'une conjonction de dispositions ou comme isolé en une stipulation, il reflète un déséquilibre. C'est en effet nécessairement suite à une comparaison face à un régime matrimonial servant de standard que l'avantage apparaît en tant que résultat de la charte économique choisie par les époux. Pour autant, les réflexions menées sur les critères du titre gratuit et du titre onéreux ont révélé l'aptitude de l'avantage matrimonial à s'inscrire dans l'onérosité : ainsi, le déséquilibre qu'il produit peut être matériellement compensé, soit par une disposition particulière du régime matrimonial, soit, au-delà, par un déséquilibre préexistant dans les relations des parties. L'originalité de l'avantage matrimonial tient donc à ce que le constat d'un déséquilibre limité à une stipulation suffit à la qualification. La compensation de ce déséquilibre, donc sa disparition, n'a pas d'incidence sur la qualification d'avantage matrimonial. Il suffit donc que le déséquilibre existe un instant donné, qu'il soit visible sous un certain angle, pour que l'on y voit un avantage matrimonial. Par exemple, la clause de préciput est envisagée comme un avantage matrimonial car elle suppose en elle-même un déséquilibre. Pourtant, la clause peut avoir pour objet de compenser un apport excessif de la part d'un époux. Mais cette considération est sans effet sur la perception de la clause, car il suffit qu'elle produise un déséquilibre. La diversité formelle sous laquelle il peut se présenter n'est pas ici un élément de difficulté mais de confirmation. La clause d'attribution intégrale de la communauté au profit du survivant, l'ameublissement d'un bien originairement propre, la stipulation de partage inégal, la créance de participation en régime de participation aux acquêts... les figures les plus connues portent en elles le trait catégorique commun d'un déséquilibre nécessairement constaté, peu important que, rapporté à l'ensemble des relations patrimoniales du couple, elles ne soient qu'une contrepartie. L'on retiendra donc qu'en toute hypothèse, l'avantage matrimonial est perçu comme un déséquilibre.

du régime de participation aux acquêts : l'époux qui s'est le moins enrichi dispose d'un droit créé à son bénéficiaire, à participer à la moitié de la différence nette d'enrichissement

167. Absence d'exigence quant au caractère économique du déséquilibre. Il n'existe aucune certitude quant à l'exigence d'un déséquilibre *économique* pour la qualification en avantage matrimonial. Un exemple simple permet d'en attester. Malgré une consécration jurisprudentielle en tant qu'avantage matrimonial¹, il existe aujourd'hui un réel débat sur la qualification de la clause de prélèvement de bien commun moyennant indemnité, autrement dénommée clause commerciale². La difficulté vient du fait que le prélèvement ayant une contrepartie résidant dans le versement d'une somme compensatrice, l'opération ne révélerait aucun déséquilibre économique, mais une simple différence en nature. Dans l'hypothèse exceptionnelle où le calcul de l'indemnité serait favorable à l'époux préleveur³, par exemple lorsque le prix payé est inférieur à la valeur réelle du bien, la majorité des commentateurs semble s'accorder sur la qualification en avantage matrimonial, dans la mesure où c'est la convention elle-même qui a fixé les modalités de détermination de la contrepartie. En revanche, lorsque le prix effectivement versé correspond objectivement à la valeur du bien, donc lorsqu'aucune inéquivalence objective ne ressort de l'opération, le doute s'installe. Le débat doit s'enrichir des considérations sur la nature de l'avantage matrimonial au regard de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux. Nous avons déduit de notre étude sur ce point que l'avantage matrimonial est une donnée potentiellement gratuite ou onéreuse, donc qu'elle ne se définit ni par la gratuité, ni par l'onérosité. Si la majorité des avantages issus d'une convention matrimoniale semble correspondre aux critères du titre gratuit, aucun élément catégorique de la notion ne la limite à cette nature charitable. Il n'est pas exclu que la clause commerciale, présentant un critère matériel onéreux, donc nécessairement une nature onéreuse, puisse en elle-même constituer un avantage matrimonial. Ce qui nous intéresse, au stade de l'analyse de l'élément matériel, est l'existence même de l'incertitude sur la qualification de cette clause⁴. Le simple fait que le débat existe sur ce

¹ Cass. civ., 16 déc. 1925 : DP 1927, I, p. 5, note H. CAPITANT ; S. 1926, I, p. 169, note H. VIALLETON : dans cet arrêt, la Cour de cassation soumet la clause de prélèvement moyennant indemnité à la distinction de l'article 1525 al. 2 du Code civil, donc la reconnaît comme avantage matrimonial. Dans le même sens : Cass. civ., 7 avril 1856 : DP, 1856, I, p. 207 ; CA Paris, 11 déc. 1924 : DP 1925, II, p. 39.

² Articles 1511 et s. Cciv. Le bénéficiaire devient propriétaire du bien objet du prélèvement avant tout partage : Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 1981 : JCP 1983, II, 19979, note M. DAGOT ; JCP N, 1982, II, 195, note Ph. RÉMY ; Cass. 1^{ère} civ., 5 févr. 1975 : Defr. 1976, 318, note G. MORIN. La clause était à l'origine nulle, car analysée comme un pacte sur succession future : CA Rouen, 15 déc. 1922, arrêt rendu sur appel interjeté contre T. civ. Rouen, 5 avr. 1921 : DP 1923, II, p. 1, note H. CAPITANT ; S. 1928, II, p. 33, 1^{ère} esp., note F. GENY. Pour l'arrêt de principe : Cass. civ., 11 janv. 1933 : DP 1933, I, p. 10, note H. CAPITANT ; S. 1933, I, p. 161, note F. GENY. La clause n'est licite que depuis la loi n° 65-570 du 13 juill. 1965 (art. 20). Sur la question, v. M.-C. JOUVENET, « Des clauses dérogeant à l'égalité en nature du partage de la communauté conjugale », JCP N 1981, I, p. 341.

³ Les époux peuvent en effet fixer eux-mêmes les modalités de calcul de l'indemnité compensatrice, aux termes de l'article 1512 du Code civil. Ainsi peuvent-ils prévoir que la base du calcul prendra en compte une valeur minorée ou majorée.

⁴ Madame DAURIAC écrit à propos de la clause de prélèvement moyennant indemnité : « *Si la juste valorisation de l'indemnité garantit les droits des héritiers, elle ne fait pas disparaître entre époux le traitement préférentiel dont profite l'auteur du prélèvement* » : I. DAURIAC, « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », in « *Quelle association patrimoniale pour le couple ?* », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 25, spé. p. 41

point démontre l'étonnante complexité de la donnée matrimoniale. Alors qu'un tel échange intervenant entre deux sujets non mariés ne laisserait aucun doute sur l'exclusion d'une qualification libérale, l'inclusion d'une telle opération dans un régime matrimonial rend incertaine la classification en tant qu'avantage matrimonial.

168. Difficulté quant à l'exigence d'une valeur patrimoniale. L'exigence d'un transfert portant sur une valeur patrimoniale est une condition remplie si l'on retient la vision classique de l'avantage matrimonial comme un profit reçu en qualité de copartageant. Mais ne considérer l'avantage que comme un profit économiquement chiffré est extrêmement réducteur ; cela revient à nier la pluralité des effets de droit engendrés par la convention matrimoniale¹ et à ne retenir de ceux-ci que les transferts de droits réels économiquement appréciables. Tout dépend en réalité de la définition retenue de l'avantage² : celle-ci conditionne la nécessité ou non d'un transfert de valeur et l'exigence d'une appréciation économique de l'objet transmis. Partant, une définition trop stricte laisse en suspens de multiples effets émanant du régime matrimonial et qui bénéficient pourtant à l'un des époux en défavorisant l'autre. S'agissant de la clause commerciale, en quoi consisterait l'« avantage » ? Le prix du bien ayant été payé à la communauté, aucun bénéficiaire en valeur ne s'en dégage. Le bien étant commun, chacun des époux avait un droit égal de 50% sur sa valeur. En payant le prix total du bien à la masse commune, l'époux a en quelque sorte racheté à son conjoint sa part des droits sur le bien³. Ce qui doit donc être pris en considération n'est pas tant l'inéquivalence objective de l'opération (par hypothèse inexistante) que l'avantage effectivement obtenu par le bénéficiaire (la propriété pleine et entière du bien), qui s'inscrit lui-même dans un rapport d'équivalence. Il existe un réel avantage dans la mesure où il est plus intéressant d'être propriétaire du bien que de détenir une valeur économique équivalente. Cet intérêt étant essentiellement subjectif, il ne se traduit pas en valeur mais en nature. Or, si l'on conçoit que l'avantage matrimonial puisse s'exprimer uniquement en valeur, l'existence d'un transfert de valeur patrimonial n'est pas une exigence catégorique. Ainsi, en matière d'avantage matrimonial, la donnée catégorique semble résider dans l'existence d'un déséquilibre, non dans son appréhension économique⁴. Ce déséquilibre peut revêtir diverses formes. Il peut s'exprimer en nature comme en valeur.

¹ Sur le rôle de la liberté des conventions matrimoniales dans la création, puis l'identification des avantages matrimoniaux, voir *infra*, n° 232 et s.

² V. *infra*, n° 301 et s.

³ La terminologie ainsi employée rappelle bien la nature essentiellement onéreuse d'une telle stipulation.

⁴ D'autres hypothèses peuvent servir ce raisonnement : une clause du régime matrimonial qui conférerait à l'un des époux une gestion exclusive d'un bien commun ne créerait aucun déséquilibre en valeur, dans la mesure où toute aliénation du bien entraînerait l'application du mécanisme de la subrogation réelle, de plein-droit ou par emploi et remploi, et qu'ainsi la communauté ne serait pas diminuée. De même, seules les règles de pouvoir ayant été modifiées, chacun garde une vocation égale dans la liquidation du bien à la dissolution. Faut-il considérer que cette stipulation, dérogeant au régime légal, n'est créatrice d'aucun avantage matrimonial ? Sans trancher trop tôt un débat à peine

Si de réelles difficultés existent pour transposer le concept de déséquilibre économique, élément catégorique de la libéralité, à l'avantage matrimonial, les modalités du transfert de droit révèlent également une nette insuffisance de l'acception classique de la donnée matrimoniale.

2. Les conditions relatives au transfert, révélatrices de l'insuffisance notionnelle de l'avantage matrimonial

169. L'instantanéité du déséquilibre. La donation entre vifs réalise toujours un transfert instantané, quand bien même l'exigibilité du droit est reportée. Le legs et l'institution contractuelle se réalisent également de manière instantanée : le décès du disposant réalise le transfert du droit. En revanche, le mécanisme de l'avantage matrimonial est plus subtil. En raison de son inclusion dans un corps de règles destinées à régir les relations patrimoniales d'un couple, ses effets semblent pouvoir se distiller dans le temps. Certes, les avantages consentis comme gains de survie sont subordonnés au décès de celui des époux qui y a consenti. Ainsi peut-on isoler précisément le moment où la disposition particulière du régime matrimonial prendra effet. Cela est le cas des clauses d'attribution intégrale, de partage inégal, de prélèvement avant partage et de toute espèce de bénéfice retiré de la dérogation aux règles classiques de la liquidation. Cependant, la diversité des avantages matrimoniaux est souvent un obstacle à la détermination des critères communs qui le caractérisent en tant que notion. Est-il en effet possible de saisir l'instant où se réalise le transfert du droit des avantages dits « de masse » ? Lorsqu'une communauté conventionnelle élargie est adoptée par les époux¹, ceux-ci conviennent que des biens qu'ils auraient pu par ailleurs conserver en tant que propres tomberont dans la masse commune. Ainsi leur conjoint disposera de droits sur ces biens, notamment à la liquidation : il pourra en réclamer le partage pour moitié². Se dessine alors nettement la difficulté : le transfert opéré par le déséquilibre se produit-il au jour de la convention notariée adoptant le régime, au jour de l'entrée effective du bien dans le patrimoine conjugal, ou au moment de la dissolution de l'union par décès ou par divorce ? Ce transfert s'opère-t-il à une seule de ces trois étapes ou se construit-il progressivement ? Si l'on considère que le déséquilibre engendré par la convention matrimoniale est une construction par étapes, il faut alors conclure que l'instantanéité du transfert ne caractérise pas l'avantage matrimonial, ce qui permet de le différencier de la libéralité. En revanche, si l'on s'attache à déterminer un instant précis où le transfert a lieu, il faut alors choisir.

ouvert, nous remarquons que l'hésitation sur la qualification à adopter amène à penser que la place du déséquilibre économique n'est pas la même en matière de libéralité et d'avantage matrimonial.

¹ Nous raisonnons sur cet exemple car l'unanimité est faite autour de l'idée qu'une communauté conventionnelle élargie est source d'avantage matrimonial.

² Voire plus, ou même moins, selon que les modalités du partage ont été aménagées dans la convention matrimoniale.

Schématiquement trois possibilités existent : le jour de la convention, le jour de l'entrée du bien dans le patrimoine conjugal, ou le jour de la dissolution du régime matrimonial.

La plus aisée à écarter semble être la deuxième option. On ne saurait considérer que le transfert de valeur est effectif au jour où le bien intègre le patrimoine, pour deux raisons. La première relève du bon sens : le bien propre devenu commun peut avoir été acquis avant que le régime matrimonial ne soit adopté, voire avant le mariage. Il n'était alors pas affecté par la convention, dans la mesure où elle ne dispose d'aucun effet rétroactif. La seconde est plus scientifique : ce n'est pas l'acquisition, par l'un des époux, du bien en question qui est à la source d'une qualification prévue par une convention antérieure. Le droit de considérer ce bien comme commun semble préexister à son acquisition lorsque celle-ci se fait après le mariage : il émane en substance de la convention elle-même. De plus, le déséquilibre n'est pas révélé, puisqu'étant commun, chacun des époux dispose des mêmes droits et pouvoirs sur le bien¹.

170. Avantage et liquidation du régime matrimonial. Ces premières réflexions permettent de mettre en avant le rôle central du régime matrimonial dans la création du droit au profit de l'autre époux, mais aussi de la liquidation de ce régime. Il semble de pure logique de considérer que ce droit a été créé par le régime adopté, qu'il saisit son objet au jour de l'entrée du bien dans le patrimoine conjugal (ou au jour de l'acte si le bien a été acquis antérieurement) et qu'il révèle un déséquilibre (éventuellement économique) lors de la dissolution. Le droit serait donc né au jour de la convention et prendrait pleinement effet lors de la dissolution... Mais qu'en est-il entre-temps ? L'entrée en communauté ne produit-elle pas *ispo facto* des effets de droit ? Faut-il attendre la liquidation pour que le droit produise le moindre effet ? Telles sont les premières difficultés nées de la position de la doctrine dominante qui ne voit dans l'avantage matrimonial qu'un profit procuré en qualité de copartageant. Le législateur semble condamner cette vision trop stricte de l'avantage matrimonial lorsque, traitant de leur sort en cas de divorce, il crée en l'article 265 du Code civil issu de la loi du 23 juin 2006 une catégorie comprenant les « *avantages matrimoniaux prenant effet au cours du mariage* »². Comment considérer qu'un avantage est un profit obtenu en qualité de copartageant, donc issu directement de la liquidation du régime, lorsque le législateur lui-même indique que cette figure si particulière produit des effets avant la dissolution du mariage, donc antérieurement à toute liquidation et à tout partage³ ? En réalité, la liquidation révèle un avantage, un déséquilibre, qui existait déjà en substance dans la convention elle-même et qui produisait déjà des effets, notamment en termes de pouvoirs de

¹ Sauf aménagement conventionnel.

² D'amples développements seront ultérieurement consacrés à cette catégorie d'avantage qui ne va pas sans poser des difficultés dans la recherche d'une acception unitaire de la notion.

³ Cela est aussi révélateur de la confusion dans l'utilisation du terme. L'article 265 du Code civil semble désigner

gestion du bien par chacun des époux. Ainsi, lorsqu'un bien possédé par un époux entre en communauté du fait de l'adoption d'une communauté universelle, l'avantage matrimonial existe même avant tout partage. La liquidation du régime fera apparaître un profit en faveur de l'époux qui n'était pas originairement propriétaire. Mais ce n'est pas cette simple opération liquidative qui crée l'avantage. Celui-ci a déjà produit des effets perceptibles notamment à travers le jeu des règles de pouvoirs. Au contraire de la donation, l'avantage n'est pas toujours instantané ; les droits du bénéficiaire de l'avantage sur le bien existent au moment où le régime matrimonial entre en vigueur, mais souvent ne se réalisent pleinement que par le partage.

171. Avantages par étape et avantages instantanés. On ne peut pas considérer que l'instantanéité du déséquilibre soit une caractéristique de l'avantage matrimonial, puisque pour que l'avantage de masse soit révélé, il nécessite au moins deux étapes : l'inclusion dans une masse commune, puis la liquidation. La mise en commun d'un bien qui aurait dû être propre en est l'exemple topique : elle confère immédiatement à l'époux qui en bénéficie des prérogatives tenant aux pouvoirs d'administration et de gestion, mais l'avantage ne se réalise pleinement que lorsque la liquidation aura permis de lui octroyer des droits exclusifs sur le bien¹. L'avantage matrimonial se présenterait donc *a priori* comme un contrat à exécutions successives. Pourtant, certains avantages semblent se réaliser instantanément : ceux qui sont conçus comme gains de survie ne prennent pas effet avant le décès de l'époux qui les a consentis. De même, la stipulation de propre sur un bien qui aurait dû être commun réalise ses effets instantanément et n'a nul besoin de liquidation pour parachever l'avantage qui en est issu².

En résumé, l'instantanéité du transfert peut innover l'avantage matrimonial, mais il ne caractérise pas la notion, puisque certaines formes d'avantages distillent leurs effets dans le temps.

172. Analyse du bénéficiaire. Il semble de prime abord bien inutile de chercher à comparer le bénéficiaire d'une libéralité entre époux et celui d'un avantage matrimonial : dans les deux cas l'opération concerne des époux, donc le bénéficiaire est un conjoint. Mais en réalité, la doctrine dominante ayant trop strictement défini l'avantage matrimonial, une condition a été ajoutée quant à la qualité du bénéficiaire. Alors que le bénéficiaire de la libéralité conjugale est un époux, celui de l'avantage matrimonial serait un époux en sa qualité de copartageant³. Cette vision

l'avantage matrimonial en tant que stipulation, non en tant que résultat issu d'une convention (le régime matrimonial).

¹ Schématiquement représenté par la moitié de sa valeur.

² La pleine réalisation d'un avantage par inclusion d'un bien ou d'un droit dans la communauté est conditionnée à la liquidation de celle-ci, alors que l'avantage issu d'une exclusion de l'objet de la communauté, donc d'une inclusion dans une masse propre, n'est pas soumis à cette modalité : en effet, seule une masse commune ou indivise est liquidée, non les masses de biens propres ou personnels.

³ V. en ce sens notamment, I. DAURIAC, « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER

est très limitative puisqu'elle subordonne la réalité de l'avantage matrimonial à l'effectivité de la liquidation. Cela réduit la notion d'avantage matrimonial et implique nécessairement l'existence d'une donnée économique, donc d'un déséquilibre chiffré entre les patrimoines. Cette position favorise un rapprochement entre les notions d'avantage matrimonial et de donation entre époux et entretient donc la confusion. Dans cette optique, tout profit n'ayant pas trait à une liquidation de communauté, d'indivision ou de créance de participation ne serait juridiquement pas un avantage matrimonial. Sous l'angle du bénéficiaire, cela revient à dire que l'avantage matrimonial ne gratifie pas un époux mais un ex-époux ! Il faudrait attendre un divorce ou un décès pour voir un avantage se concrétiser. En réalité, l'avantage matrimonial peut être un profit réalisé en qualité de copartageant, mais ne l'est pas nécessairement.

173. Synthèse : le déséquilibre économique et l'avantage matrimonial. Le déséquilibre économique n'est donc pas plus une donnée catégorique de l'avantage matrimonial que du régime matrimonial. Ce dernier peut en effet exister indépendamment de tout transfert de valeur économique : l'exemple le plus évocateur est bien entendu le régime de séparation de biens. En revanche, l'existence d'un déséquilibre semble caractériser l'avantage matrimonial, même s'il est compensé par ailleurs. Ainsi peut-on dire que le déséquilibre économique est à la fois une donnée catégorique et un effet de la libéralité, mais qu'il n'est qu'un effet parmi tant d'autres du régime matrimonial et une forme possible d'avantage matrimonial... mais pas la seule. L'enseignement de cette étude peut être résumé ainsi : l'avantage matrimonial peut consister en un déséquilibre économique, mais pas nécessairement. Le critère catégorique matériel de la libéralité est donc inapte à distinguer clairement les donations entre époux des avantages matrimoniaux, même s'il révèle certaines divergences. C'est peut-être dans l'étude de l'objet de la prestation que repose la justification de la distinction.

Paragraphe second : L'objet de la prestation : la matérialité du déséquilibre économique

174. Le rôle de l'objet. Les travaux menés par Madame DEVILLE sur l'objet de la libéralité démontrent que, plus qu'une simple prestation transmise, l'objet dispose dans le cadre libéral d'une fonction catégorique bien particulière¹. À ce titre, il permet de comprendre la singularité de la figure dans laquelle il s'inscrit et éclaire les typologies usitées par le Droit pour classer les actes juridiques. Le rôle de l'objet de la prestation doit être ici rappelé (A), avant de s'interroger sur le point de savoir s'il apporte ou non un éclairage comparatif sur les donations entre époux et avantages matrimoniaux (B).

et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 25, spé. p. 39.

A. La fonction de l'objet de la prestation dans l'acte libéral

175. Triple fonction. L'objet est avant tout une condition classique de validité de l'acte juridique (1), mais aussi un moyen d'opérer une classification entre les libéralités (2) et entre les actes à titre gratuit (3).

1. La fonction traditionnelle de l'objet, condition de formation de l'acte juridique

176. Un acte juridique. La libéralité étant avant tout un acte juridique, la présence d'un objet en son sein est nécessaire à son existence et à sa validité. Ainsi l'objet conditionne-t-il à la fois la formation et la validité de l'acte qui sert de support à la figure libérale. C'est bien entendu dans l'article 1108 du Code civil que se trouve l'exigence d'un « *objet certain qui forme la matière de l'engagement* », aux côtés des conditions relatives au consentement (libre et éclairé), à la capacité et à la licéité de la cause dans l'obligation. Le rôle de l'objet est ici bien particulier : il permet d'assurer la matérialité de l'acte juridique, donc sa réalité. L'objet permet à l'acte libéral d'intégrer naturellement le domaine de la distinction du titre onéreux et du titre gratuit par la réalisation d'un avantage, produit d'une volonté personnelle. Il est, du *quatuor* des conditions générales de validité des conventions, le seul qui traduise véritablement une donnée matérielle, tangible. C'est sans doute cette particularité qui le rend *a priori* aisé à appréhender et explique la disproportion entre l'intérêt porté à ce contentieux et celui relatif aux données subjectives que sont le consentement et la cause. Cependant, la notion d'objet n'est pas toujours facile à saisir et se présente sous divers aspects : on distingue l'objet de l'acte, l'objet de l'obligation et l'objet de la prestation. Ce dernier est une véritable donnée matérielle², contrairement aux deux autres qui peuvent consister en des droits ou des obligations générales. Pour autant, le Code civil ne présente pas vraiment de distinction entre ces acceptions et voit originairement dans l'objet une « chose »³.

¹ S. DEVILLE, « L'objet de la libéralité », thèse Toulouse, 2009.

² H., L., et J., MAZEAUD et F. CHABAS, « Leçon de droit civil », t. II, « Obligations, théorie générale », Paris, Montchrestien, 1998, 9^{ème} éd. par F. CHABAS, n° 231 et s. : « *les rédacteurs du Code civil n'ont pas su distinguer l'objet du contrat et l'objet de l'obligation* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, « Les obligations », Defr. 2011, 5^{ème} éd. n° 596 et s. ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, « Droit civil. Les obligations », Paris, Dalloz 2009, 10^{ème} éd., n° 265 et s. ; J.-F. OVERSTAKE, « Essai de classification des contrats spéciaux », LGDJ 1969, préf. J. BRETHER de LA GRESSAYE, p. 23 et s. ; A.-S. LUCAS-PUGET, « Essai sur la notion d'objet du contrat », thèse Nantes, LGDJ, 2005, préf. M. FABRE-MAGNAN.

³ L'article 1126 du Code civil par exemple évoque l'objet de l'obligation, qui peut être de faire, de ne pas faire, ou de donner, alors que l'article 1127 du même code traite plutôt de l'objet de la prestation, mais les deux sont présentés sous le vocable « objet du contrat ». S'agissant de l'exigence relative à l'existence de l'objet, une particularité est perceptible en matière de libéralité à cause de mort ; en effet, portant sur les biens à venir, l'objet n'existe pas forcément dans le patrimoine du disposant au jour de l'acte : S. DEVILLE, *op. cit.*, n° 70. C'est alors la condition de détermination de l'objet qui offre l'assurance du sérieux de l'obligation.

177. Les caractères de l'objet. Il ne suffit pas que l'objet existe : il doit être certain, c'est-à-dire déterminé ou déterminable¹. L'importance de cette condition est relative pour les legs et donations de biens à venir, nécessaire pour compenser le renversement du principe de l'exigence relative à l'existence de l'objet². S'agissant des donations entre vifs, la condition de l'objet permet la réalisation de l'irrévocabilité spéciale de la figure, donnée caractéristique et catégorique³. L'objet doit également être licite. Les choses hors commerce, telles les marchandises de contrebande⁴ ou la drogue ne peuvent valablement former la matière d'un engagement. L'illicéité ne se cantonne cependant pas aux choses hors commerce, qui n'en sont qu'une espèce particulière⁵. Appliquée à la libéralité, une difficulté survient : les éléments et produits du corps humain. Ils sont par nature hors du commerce juridique car dénués de patrimonialité⁶. Le législateur n'hésite cependant pas à employer la terminologie libérale dans sa réglementation⁷. Cela pourrait conduire à penser que la gratuité est le domaine réservé des transactions sur cet objet, qui aurait donc bien sa place dans le commerce juridique. L'objet de l'acte libéral aboutit donc à complexifier certaines données et à bousculer des principes fondateurs de notre droit. La gratuité a cela de novateur que, manifestant une volonté altruiste, le Droit envisage d'aménager certains concepts pour lui dégager la place nécessaire qu'elle occupe dans une société en quête d'humanisme et de solidarité⁸.

¹ Par exemple, un acte est nul lorsque le caractère contradictoire des dispositions d'une transaction rend l'objet incertain : Cass. Soc. 18 mai 1999 : Bull. civ. V, n° 222.

² S. DEVILLE, *op. cit.*, n° 76 et s. De surcroît, la consistance de l'objet a des incidences sur la qualification du legs et donc place la condition de déterminabilité au cœur des hypothèses de conflits catégoriques des sous-catégories de libéralités testamentaires. V. *infra*, n° 178 et s.

³ Sur cette question, v. par exemple : Cass. 1^{ère} civ., 5 févr. 2002 : D. 2002, somm. 2447, obs. M. NICOD ; D. 2003, somm. 344, obs. D. MARTIN ; Defr. 2003, p. 43, obs. G. CHAMPENOIS ; Dr. Fam. 2002, n° 47 obs. B. BEIGNIER ; RJPF 2002, n° 6, p. 41, note J. CASEY ; RTD Civ. 2002, p. 551, obs. J. PATARIN ; D. 2003, chron. 2712, A. BOUJEKA. L'une des questions soulevées par l'arrêt a trait à l'objet de la libéralité par chèque insuffisamment provisionné. La Cour de cassation a refusé d'y voir un don manuel valable à hauteur de la provision, ce qui se justifie notamment par l'irrévocabilité renforcée intrinsèque à la donation entre vifs ; une solution contraire aurait conféré au disposant un pouvoir potestatif sur la teneur de l'objet, ce qui aurait pu conduire à un anéantissement de l'acte par sa seule volonté.

⁴ Article 1128 Cciv. ; Cass. com., 24 sept. 2003 : RTD Civ. 2003, p. 703, obs. J. MESTRE et B. FAGES. La jurisprudence est foisonnante en matière de conventions portant sur des éléments du corps humain. La convention de mère porteuse est nulle pour illicéité de l'objet : Cass. ass. pl., 31 mai 1991 : Bull. civ. n° IV ; R. p. 247 ; GAJC, 12^{ème} éd., n° 50 ; D. 1991, p. 417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN ; JCP 1991, II, 217452, comm. J. BERNARD, concl. H.-P. DONTENWILLE, note F. TERRÉ ; Defr. 1991, p. 948, obs. J. MASSIP ; RTD Civ. 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER.

⁵ E. TRICOIRE, « L'extracommercialité », thèse Toulouse, 2002, p. 21 ; G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », RTD Civ. 2000, p. 47 et s.

⁶ Article 16-1 al. 3 Cciv.

⁷ Articles L. 1222-1 et s. Code de la Santé Publique.

⁸ La libéralité est pionnière dans de nombreux domaines du droit. Il en est ainsi pour l'émergence du concept d'insanité d'esprit par exemple : v. *infra*, n° 258 et s.

2. La fonction essentielle de l'objet, outil de classification des actes libéraux

178. L'objet, critère de distinction des espèces libérales. Ce qui différencie fondamentalement la donation entre vifs d'une part et les legs et institutions contractuelles¹ d'autre part est l'objet auquel ils s'appliquent respectivement² : des biens présents, actuellement inclus dans le patrimoine du disposant et donc prompts à en sortir, ou des biens à venir, envisagés comme une partie du patrimoine futur. La dématérialisation aboutit à y voir avant tout un droit actuel ou un droit éventuel³. Cette distinction par l'objet rejaillit sur les caractéristiques mêmes de la libéralité étudiée⁴ : alors que la donation entre vifs opère un transfert immédiat⁵ et irrévocable⁶, la libéralité à cause de mort conditionne le transfert du droit et de la chose au décès du disposant et demeure jusqu'à cette date librement révocable⁷. De même, le contenu des sous-catégories libérales en est affecté : la validité des donations à terme et conditionnelles, la distinction des notions de bien futur et bien à venir, le mécanisme de l'institution contractuelle, la fonction du

¹ Cette figure est dite hybride car empruntant divers caractères de deux autres. Dans son essence, elle se rapproche davantage du legs ; dans les conditions de sa formation, elle revêt les exigences de la donation. Mais sa nature juridique est plus celle d'un legs que d'une donation entre vifs. V. M. GRIMALDI, « La nature juridique de l'institution contractuelle », thèse Paris II, 1977.

² « Ces deux notions [bien présent et bien à venir] sont la transcription juridique et catégorique de l'idée fondatrice de la dualité libérale » : S. DEVILLE, *op. cit.*, n° 461. C'est l'auteur qui surligne.

³ Les libéralités à cause de mort échappant par exception légale à la prohibition de principe des pactes sur succession future (articles 1130 et 722 du Code civil) caractérisés par le transfert d'un droit éventuel. Sur la prohibition de ces pactes, voir notamment : M. NAST, « Etude sur la prohibition des pactes sur succession future », thèse Paris, 1905 ; H. CAPITANT, « La prohibition des pactes sur succession non-ouverte », *Revue critique* 1933, p. 100. Le critère distinctif du pacte sur succession future et de la promesse post-mortem repose sur l'analyse du droit transmis, actuel ou éventuel : Cass. civ., 11 janv. 1933 : DP 1933, I, p. 10, note H. CAPITANT. De nombreuses difficultés demeurent dans l'application de ce critère, et la jurisprudence adopte une logique parfois difficile à saisir, se réservant en réalité un rôle de police des actes douteux : Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 2005 : Bull. civ. I, 361 ; D. 2005, IR, p. 2772 ; D. 2006, p. 993, note I. NAJJAR ; D. 2006, pan., p. 2072, obs. M. NICOD ; RDC 2006, n° 2, p. 481, note Cl. GRARE-DIDIER ; Dr. Fam. 2005, n° 252, note B. BEIGNIER ; AJ Fam. 2006, p. 77, obs. F. BICHERON ; RJPF 2006, n° 12, p. 43, obs. J. CASEY.

⁴ La recherche d'un critère distinctif s'est avant tout fondée sur la nature du support (contrat ou acte unilatéral), sur les caractéristiques de l'acte et sur les finalités propres à chacun (en cela, le legs manifeste une tentative d'emprise sur la mort par l'anticipation de la dévolution successorale). V. M. GRIMALDI, « Les dernières volontés », in « Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu », 1994, PUF, p. 177, n° 2.

⁵ Même dans l'hypothèse d'une réversibilité d'usufruit. On distingue alors entre le transfert du droit de son exigibilité, construction prétorienne reprise par la loi du 23 juin 2006 pour faire échapper la figure à la prohibition des pactes sur succession future.

⁶ L'irrévocabilité n'est donc pas uniquement un élément du régime, mais surtout un élément intrinsèque à la notion. La jurisprudence utilise ce critère pour qualifier (ou disqualifier) certaines opérations en donation : V. notamment Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004, n° 03-18.423 : Bull. civ. I, n° 137 ; D. 2005, p. 626, note C. NOBLOT ; *ibid.*, pan. 813, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; JCP 2005, I, 187, n° 8 obs. R. LE GUIDEDEC ; AJ Fam. 2005, p. 67, obs. F. BICHERON ; Dr. Fam. 2005 n° 27, note V. LARRIBAU-TERNEYRE et n° 38 note B. BEIGNIER ; RTD Com. 2005, p. 394, obs. R. LE GUIDEDEC ; Defr. 2005, n° 7, art. 38142, p. 617, note R. LIBCHABER. Certains auteurs prônent l'abandon de l'irrévocabilité spéciale des donations : L. JOSSERAND, « Cours de droit civil positif français », Sirey TIII, 2^{ème} éd., 1933, n° 1350 ; Ph. MALAURIE, « Les successions, les libéralités », Defrénois 2012, 5^{ème} éd., p. 229, n° 430. D'autres rappellent qu'elle est de l'essence de la donation : R.-J. POTHIER, « Œuvres Complètes », annotées par P. BUNET, Paris, 1861, t. VIII, n° 79 ; H. LECUYER, « L'irrévocabilité spéciale des donations », in « Le droit privé à la fin du XX^{ème} siècle : études offertes à Pierre Catala », Litec, Paris, 2001, p. 405.

⁷ La jurisprudence a aligné le régime juridique des institutions contractuelles sur celui des legs : cela est justifié par la proximité naturelle des notions. V. notamment Cass. 1^{ère} civ., 10 févr. 1998, pourvoi n° 96-12.501 : Defr. 1998, n° 12, p. 822, chron. G. CHAMPENOIS ; JCP N 1999, n° 48, p. 1732, R. LE GUIDEDEC ; JCP N 1999, n° 44, p. 1636, R. LE GUIDEDEC et Ch. LAVISSE.

formalisme sont autant de données qui s'éclairent lorsqu'elles sont analysées par le prisme de l'objet¹. De surcroît, les règles communes aux libéralités sont largement influencées par l'objet de la prestation : la réduction (particulièrement l'ordre d'imputation et de réduction) et le rapport successoral (les legs étant présumés faits hors part successorale et les donations présumées faites en avancement d'hoirie selon l'article 843 du Code civil).

L'objet permet en outre de distinguer les actes au sein d'une sous-catégorie libérale² : selon qu'il s'agira d'un droit portant sur un bien particulier ou d'une vocation au tout, le legs sera qualifié de particulier³ ou d'universel⁴, emportant de multiples conséquences sur le statut du légataire, ses pouvoirs d'administrateur successoral⁵ ou ses obligations⁶. C'est encore l'objet qui inclut entre ces deux figures une notion bien étrange, le legs à titre universel⁷, si les termes du testament confèrent une vocation à tous les meubles, tous les immeubles, une quote-part des biens, une quote-part des meubles ou des immeubles, ou encore l'usufruit ou la nue-propriété de toute la succession⁸. Les difficultés de qualification qui émergent en pratique de cette espèce hybride tiennent essentiellement aux contraintes pesant sur la détermination de l'objet et, partant, sur l'interprétation de la volonté du testateur.

3. La fonction potentielle de l'objet, outil de classification des actes gratuits

179. Exposé du problème. La définition de la libéralité, si elle permet de comprendre l'essence de la notion, n'est pas apte à résoudre d'importants conflits de qualification qui se posent de manière récurrente dans le contentieux de la propriété. Au sein de la distinction des actes à titre gratuit, coexistent deux sous-ensembles : les libéralités et une catégorie hétérogène d'actes comportant une inéquivalence objective et subjective des prestations, dénommés « contrats de services gratuits ». S'impose alors la recherche d'éléments distinctifs et, dans ce domaine, Monsieur LUCET souligne que « *la difficulté vient de ce que le contrat de bienfaisance comme la libéralité, a des incidences patrimoniales* »⁹. La nécessité d'un transfert de droit patrimonial principal permet de résoudre les hypothèses les plus complexes¹⁰. Celles-ci ont

¹ S. DEVILLE, *op. cit.*, n° 267 et s.

² S. DEVILLE, *op. cit.*, n° 564 et s.

³ Articles 1014 et s. du Code civil.

⁴ Articles 1003 et s. du Code civil.

⁵ On songe ici bien sûr à la saisine qui bénéficie au légataire universel en l'absence d'héritier réservataire : article 1006 du Code civil.

⁶ Notamment quant à l'obligation à la dette successorale : le légataire universel et à titre universel, continuateurs de la personne du défunt, sont tenus aux dettes *ultra vires successionis*, donc sur leurs patrimoines personnels (au-delà des forces de la succession).

⁷ Article 1010 et s. du Code civil.

⁸ Cass. req., 3 déc. 1972 : DP 1873, I, p. 233 ; Cass. req., 29 juin 1910 : DP 1911, I, p. 49, note H. CAPITANT ; Cass. req., 31 janv. 1893 : GAJC, 12^{ème} éd. n° 128 ; DP 1893, I, p. 359.

⁹ F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987, n° 25, p. 36.

¹⁰ Ce critère employé par DUPEYROUX est repris notamment par Monsieur LUCET : *op. cit.*, n° 23 et s.

souvent trait à la différenciation de la donation entre vifs et du prêt à usage, lequel demeure très souvent gratuit, sauf requalification¹. La confrontation a cependant été tardive : elle ne s'est exprimée véritablement que lors de l'élaboration du Code civil et de la rédaction de l'article 1105 qui définit la gratuité sous couvert du terme « contrat de bienfaisance ». Cela s'explique par la diversité des situations juridiques qu'englobe en son sein la gratuité : il n'est pas difficile de comprendre la différence entre un service bénévole et une donation. Mais la proximité de cette dernière avec le commodat invite à la recherche d'un critère utile à résoudre les conflits de qualification. Les différentes théories proposées par la doctrine pour démarquer efficacement les deux catégories d'actes gratuits se fondent toutes uniquement sur l'analyse de l'élément matériel, notamment car est unanimement acquise l'idée que l'intention appelée « libérale » préside à tous les actes à titre gratuit et ne peut donc réapparaître pour tracer une division interne au titre gratuit².

180. Critère économique. La thèse majoritaire se fonde sur un *criterium* économique³ : la libéralité supposerait un véritable appauvrissement, alors que le contrat de service gratuit n'induirait qu'un manque à gagner. De fait, l'un serait plus grave que l'autre, ce qui expliquerait la rigueur accrue de son régime juridique (formalisme, causes de révocation, rapport, réduction, etc.). Il est pourtant nécessaire de dépasser ce critère : toutes les hypothèses n'aboutissent pas à cette différence dans la gravité de l'opération⁴ et il est admis légalement que la modicité n'a pas d'influence sur la qualification d'une opération juridique, notamment en matière de libéralité⁵, bien qu'elle justifie une adaptation de son régime juridique. Mais surtout, ce critère ne satisfait pas d'un point de vue scientifique : en effet, il « prévoit la réutilisation de critères distinctifs éprouvés à un autre stade catégorique, lors de la confrontation des typologies gratuite

¹ La jurisprudence admet cependant d'y voir un acte onéreux sans disqualifier l'opération. V. *supra*, n° 50.

² Sur l'intention gratuite, v. *supra*, n° 94 et s.

³ Cette thèse majoritaire se fonde sur un constat des effets patrimoniaux de chaque figure, non sur une construction abstraite. Voir notamment, sans que la liste ne prétende à l'exhaustivité : J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, p. 294, n° 29 ; A. ROUAST, « La prestation gratuite de travail », in « Étude de Droit Civil à la mémoire d'Henri Capitant », Paris, Dalloz, 1977, p. 695 ; L. JOSSERAND, *op. cit.* ; P. PONT, et V. MARCADE, « Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence. Commentaire - Traité des petits contrats et de la contrainte par corps », Paris, t. I, 2^{ème} éd., 1877 ; M. GRIMALDI « Libéralités. Partage d'ascendants », Litec 2000, n° 1001, p.6 ; Ch. JUBAULT, « Droit Civil, Les successions, les libéralités », Montchrestien - Lextenso, 2010, n° 774 et 775, p. 530 ; Th. HASSLER, Ph. RÉMY, J.-F. PILLEBOUT, J. PATARIN notes sous Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 1988 précitées ; Ph. MALAURIE, V. BARABÉ-BOUCHARD, J. PATARIN, R. LE GUIDEC, notes précitées sous Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 1997 ; I. NAJJAR, art. précit. ; A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, « Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille », PULIM, 1999, p. 229 et s. A. BÉNABENT, note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 1997, Dt. et pat., juin 1997, jp, p. 82.

⁴ Bien que la libéralité emporte souvent des conséquences patrimoniales importantes, la modicité qui la caractérise parfois ne fait pas échec à une qualification. Il est moins « grave » d'émettre un chèque d'une cinquantaine d'euro au profit d'un proche à l'occasion de son anniversaire que de lui prêter une voiture pendant une année. Cet exemple simple témoigne de la nécessité de dépasser une analyse simplement fondée sur la valeur pour dégager des critères catégoriques : un appauvrissement n'est pas nécessairement plus grave qu'un manque à gagner.

⁵ Cass. com., 5 oct. 2004 : Bull. civ. IV, n° 178, pan, 2123, obs. M. NICOD ; RTD Com. 2005, p. 372, obs. L. GROCLAUDE. V. en ce sens H. MEAU-LAUTOUR, « La donation déguisée en droit privé français. Contribution à l'étude générale de la donation », thèse Paris II, 1983, n° 99 et s.

et onéreuse »¹, il « ajoute aux définitions livrées par la loi »² et apparaît comme « irrespectueux des caractéristiques intrinsèques de la catégorie des contrats de service »³. Le vocable « manque à gagner » n'est de surcroît, à notre sens, pas représentatif des seuls contrats d'amis. Les donations indirectes par renonciation constituent également un « manque à gagner ». La frontière avec la notion d'enrichissement est bien trop fine pour que ce critère se montre pleinement efficace.

181. Nature de l'acte. Une autre théorie a mis en avant la nature de l'acte support : les contrats de service créeraient un droit nouveau alors que la libéralité transférerait un droit préexistant⁴. Émise à l'origine par DUPEYROUX⁵, cette théorie a été plus récemment reprise par le professeur GOUBEAUX à l'occasion d'un arrêt traitant de la concession gratuite d'un droit de passage⁶. Un peu différente est la proposition du professeur SÉRIAUX, qui se fonde sur le caractère de « disposition » intrinsèque à la libéralité⁷. C'est aussi la nature de l'obligation qui est ici analysée : la libéralité impliquerait une obligation de « donner »⁸ et le contrat de service gratuit une obligation « de faire ou de ne pas faire ». Mais ces visions sont bien trop abstraites pour être applicables en pratique : peu opérationnelles, elles se fondent sur une acception du « droit patrimonial » qui n'est pas celle communément admise dans le langage juridique. De plus, l'obligation de « donner », au sens de « remettre », incombe au commodant dans le cadre d'un prêt à usage, qui est pourtant un contrat de service gratuit.

182. Nature du droit transmis. Les théories fondées sur la nature du droit transmis semblent être plus convaincantes. Elles ne présentent pas le défaut habituel de chercher à distinguer les notions en définissant uniquement la libéralité, figure par ailleurs bien connue, mais tentent de dégager des critères de distinction qui s'adaptent autant à l'une qu'à l'autre des typologies envisagées. Pour ce courant de pensée, ce qui distinguerait les deux catégories serait l'objet de la prestation : la libéralité porterait sur un droit de propriété et les contrats de services gratuits sur d'autres droits réels ou personnels⁹. Cette position a pour elle certains fondements textuels¹⁰. Cependant, si la libéralité est effectivement un mode d'accès à la propriété, elle n'en

¹ S. DEVILLE, *op. cit.*, n° 239.

² S. DEVILLE, *op. cit.*, n° 247.

³ S. DEVILLE, *op. cit.*, n° 248.

⁴ Ainsi, il ne peut y avoir donation de service, postulat largement admis en doctrine : J. FLOUR et H. SOULEAU, « Les libéralités », Paris, Armand Colin, 1982, n° 31 ; M. BOITARD, « Les contrats de service gratuit », thèse Paris 1941, p. 107 ; D. MAYER, « L'amitié », JCP, 1974, I, 2663, n° 10.

⁵ J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 303, p. 304.

⁶ G. GOUBEAUX, note sous Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 1973 : Defr., 1975, p. 531.

⁷ A. SÉRIAUX, « Manuel de droit des successions et libéralités », PUF, 2003, p. 13, n° 4

⁸ Le terme s'entend ici comme synonyme de « transférer », donc en tant qu'obligation, non en tant qu'acte juridique.

⁹ Ph. MALAURIE, « Les successions, les libéralités », Defr., 5^{ème} éd., 2012, p. 146, n° 295 ; V. aussi Monsieur DAGOT à propos de l'arrêt sur la concession d'un droit de passage : Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 1973 : Bull. civ. I, n° 178, p. 159 ; JCP 1975, II, n° 17920, note M. DAGOT ; Gaz. Pal. 1973, p. 894, note D. MARTIN.

¹⁰ Notamment les *Institutes* de Justinien définissant la donation comme un moyen d'acquérir la propriété, mais aussi

représente pas l'unique voie. Ce critère ne saurait utilement exclure les contrats de service qui, comportant des obligations, peuvent aboutir directement ou indirectement à un transfert de propriété. Si chacune des théories exposées semble donc porter en elle une certaine vérité, la recherche d'un outil de qualification infaillible demeure infructueuse. C'est cependant dans l'étude de l'objet de la prestation que repose l'explication retenue par Madame DEVILLE. Ce n'est donc pas véritablement l'objet de la libéralité, le déséquilibre économique, qui permettrait de décliner les sous-catégories gratuites, mais l'objet de la libéralité, soit le bien et plus encore, le droit portant sur le bien. La distinction classique entre les droits réels et les droits personnels serait à même de fonder un critère de qualification pertinent. Rappelons-le, la traditionnelle distinction entre le droit réel et le droit personnel tient à la relation toute particulière que chacun met en place. Le droit réel assure un lien direct entre le titulaire et le bien dans un rapport d'exclusivité. Le droit personnel établit une relation directe également, mais cette fois entre deux personnes juridiques. La difficulté vient de ce que le droit personnel n'est pas exclusif de toute dimension patrimoniale : il fait parfois intervenir une chose. La subtilité réside alors dans le lien, qui n'est qu'indirect, entre le titulaire du droit personnel et cette chose. Les avantages qui peuvent en être tirés ne le sont « *que par l'intermédiaire d'un autre sujet* »¹. Cette proposition n'est pas nouvelle : PLANIOL², COIN-DELISLE³, PONSARD⁴, ainsi que DUPEYROUX avaient déjà mis en avant l'objet de la prestation dans l'opération de qualification, ce dernier le cantonnant au droit réel principal⁵.

183. Insuffisance. L'insuffisance de ce « *critère nouveau devenu classique* »⁶, replacé dans une perspective purement juridique, s'est vite révélée face à des donations ayant pour objet des droits personnels, telles les cessions de créance ou les remises de dette. Cela a conduit

l'article 711 du Code civil et l'article 894 du même code dans sa version originelle.

¹ M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « Droit civil, les biens », Collection Sirey Université, 2006, p. 29. Voir aussi : F. TERRÉ et Ph. SIMLER, « Droit civil, les biens », Dalloz, 7^{ème} éd., 2006, p. 54 et 57 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, « Droit civil. Les obligations », Paris, Dalloz 2009, 10^{ème} éd., 2005, p. 2, n° 3 ; Ph. MALINVAUD, « Droit des obligations », Litec, 12^{ème} éd., 2012, p. 1 et s. ; F. TERRÉ, « Introduction générale au droit », Dalloz 7^{ème} éd., 2006, p. 324, n° 404 et s. Madame DEVILLE écrit que les contrats de service « *obéissent naturellement à la définition du droit personnel, car ils consistent tous dans l'exécution d'une prestation au profit d'un bénéficiaire* » alors que « *la libéralité emporte transfert d'un droit réel en principe, assurant un lien direct entre le bénéficiaire et la chose sur laquelle porte le droit. Dès lors que l'acte est réalisé, le disposant est exclu des relations au bien, et la relation vis-à-vis du gratifié s'éteint également* » : S. DEVILLE, *op. cit.*, n° 264 et s.

² M. PLANIOL, « Traité élémentaire de droit civil », t. III par G. RIPERT et J. BOULANGER, Paris, LGDJ, 1946, p. 598. Suivi en cela par J. CHAMPEAUX, « Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit », thèse Strasbourg, 1931.

³ J.-B. COIN-DELISLE, « Commentaire analytique du Code civil », Livre III, titre II : « Donations et testaments », Le Normand 1841, p. 22 et 31.

⁴ A. PONSARD, « Les donations indirectes en droit civil français », thèse, Paris, 1946.

⁵ J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 303. Il s'appuie sur un arrêt traitant de la qualification d'un acte consenti entre époux portant faculté d'option pour l'épouse de devenir commanditaire d'une société constituée pour la gestion d'un fonds de commerce commun. La Cour de cassation refuse d'y voir une donation car il n'y a aucun transfert de bien ou de droit patrimonial : Cass. civ., 5 avr. 1938 : DH 1938, p. 305. De même, Cass. civ., 12 déc. 1951 : Bull. civ. I, n° 345.

⁶ M. BOITARD, « Les contrats de service gratuit », thèse Paris, 1941, p. 111 et s.

PONSARD à opposer les droits réels « actuels ou virtuels » et les droits réels « par anticipation »¹, notion très imprécise. Il est vrai que le droit réel est l'objet naturel de la prestation libérale et que les contrats de services gratuits sont le terrain privilégié des droits personnels. Cependant, il émane de ces propositions le sentiment d'un critère réducteur². Il serait dangereux de considérer que la libéralité ne doit concerner que des droits réels, en raison principalement du phénomène rampant et inexorable déjà évoqué que constitue la dématérialisation des échanges. En résumé, les droits sont de plus en plus considérés comme des biens en eux-mêmes, porteurs d'une valeur marchande et susceptibles de transactions³. Et cela ne concerne pas que les droits réels : l'objet du droit est inapte à le faire échapper à cette évolution, sauf lorsqu'il est strictement attaché à la personne et donc insusceptible, par nature, de transfert. Ainsi, *le droit personnel pouvant être envisagé comme un bien autonome*, l'analyse doit évoluer et gagner tant en technicité qu'en complexité, perdant inévitablement en pertinence.

L'exemple le plus représentatif est le droit de créance⁴. Droit personnel par excellence, car consistant dans le droit de revendiquer quelque chose de quelqu'un, il peut faire l'objet d'une cession, à titre gratuit comme à titre onéreux. Intervenant sans contrepartie, la question de sa qualification au sein de la typologie gratuite se pose. La tendance est très nette en faveur de la libéralité et n'est nullement remise en cause. Mais nous voici alors face à une libéralité portant sur un droit personnel... Madame DEVILLE explique que le transfert de créance s'apparente à un transfert de droit réel dans ses effets, puisque le cédant s'efface totalement du nouveau rapport créé entre le débiteur et la personne gratifiée. Le rapport d'exclusivité propre au droit réel existe alors bel et bien⁵. Si l'auteur semble intégrer l'évolution constatée⁶, il semble qu'elle perde de vue le véritable objet de la prestation, en abordant l'obligation issue de la cession et l'effet de sa réalisation. La lacune tient selon nous dans la confusion entre le transfert de droit personnel par cession de créance et la création d'un droit réel pour réaliser cette cession. En d'autres termes, s'il est exact et indéniable que la cession de créance est permise par l'emprunt aux mécanismes de transmission de droit réel, par ailleurs rendu possible par la considération de ce droit comme étant

¹ A. PONSARD, *op. cit.*, p. 29.

² Rappelons à ce titre qu'il nous semble indispensable que tout critère de qualification soit suffisamment large pour résister aux évolutions à venir. La difficulté tient donc dans ce que la liberté personnelle, infiniment riche, aboutit à créer sans cesse de nouveaux actes juridiques qu'il convient de classer au regard de ces critères.

³ Cela n'est bien entendu pas limité au seul droit patrimonial de la famille. L'exemple le plus évocateur nous semble être la quote-part détenue par une personne dans une indivision : elle devient cessible, monnayable, et ouvre droit à un certain pouvoir de gestion en plus de l'utilité retirée par le partage. Elle est donc un bien qui s'ajoute au bien ou à l'ensemble des biens indivis.

⁴ La jurisprudence a reconnu la validité de donation de récompense : Cass. 1^{ère} civ., 12 déc. 2006 : Bull. civ. I, n° 536, p. 477 ; Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 2007 : Bull. civ. I, n° 162 ; RTD Civ. 2007, p. 608, obs. M. GRIMALDI ; JCP 2007, II, n° 10113, note F. SAUVAGE ; JCP N 2007, p. 1147, note G. RIVIÈRE ; D. 2007, p. 663, obs. C. DELAPORTE-CARRE ; AJ Fam. 2007, p. 271, obs. P. HILT.

⁵ « Il y aurait droit personnel si l'exécution de la prérogative ouverte au bénéficiaire était, après cession, tributaire du cédant » : S. DEVILLE, *op. cit.*, n° 268.

⁶ Elle cite notamment Y. EMERICH, « La propriété des créances : approche comparative », LGDJ, t. 469, 2007.

lui-même un bien, l'objet de la prestation ne change pas et surtout, ne se confond pas avec l'objet de l'obligation. En somme, peu importe le mécanisme utilisé : l'objet demeure un droit personnel et il est effectivement transmis d'une personne à une autre.

184. Exemple. Ces développements s'éclairent lorsque l'on prend comme exemple une créance tirée d'un contrat de service gratuit : une personne A s'engage envers une autre personne B à effectuer bénévolement un travail. La dimension gratuite est indéniable, tout comme la qualification de contrat d'ami. L'objet est bel et bien un droit personnel. Imaginons cependant que B veuille rétrocéder cet avantage à C, sans contrepartie. Si la créance demeure un droit personnel, le droit de l'exiger est alors considéré comme un bien susceptible d'être transféré. C'est ce que Madame DEVILLE décrit. Cependant, pour qualifier la cession de créance ainsi opérée, elle analyse d'une part la relation de B à C, soit l'obligation de B à l'encontre de C, et d'autre part la relation nouvellement créée entre A et C, soit l'effet de la réalisation de l'obligation. Mais ce faisant, elle élude l'objet réel de la transmission : ici, la prestation de travail. Ainsi peut-on dire que si l'ensemble contractuel se globalise et évolue vers une dimension patrimoniale, l'objet de la prestation initiale ne varie nullement. *In fine*, ce qui est transmis n'est pas que le droit à l'exécution de la créance mais la créance elle-même, soit le droit sur la personne. La cession transfère un bien, mais pas un droit réel. Tout le système est conçu à cette fin. Qu'une telle complexité soit nécessaire est révélateur d'une évolution naturelle peu adaptée aux classifications traditionnelles. Ainsi peut-on conclure que la libéralité peut porter sur un droit personnel. Il n'en demeure pas moins que le critère ainsi dégagé permet de résoudre de nombreux conflits catégoriques, tout comme d'ailleurs la thèse majoritaire portant sur l'analyse économique.

185. Proposition : transfert définitif ou temporaire. Parmi les critères proposés, celui de la création ou du transfert de droit semble le plus convaincant. Mais il est présenté de manière trop stricte et doit donc s'adapter. Si la libéralité implique nécessairement un transfert, ce qui témoigne du réel appauvrissement par abandon, le contrat de service gratuit peut se réaliser autant par création d'un droit nouveau que par cession d'un droit préexistant. Mais dans ce dernier cas, il s'agit plutôt d'une partie du droit, centrée sur l'utilité du bien, tel l'usage dans l'exemple du commodat. Une autre donnée interpelle : elle est de nature temporelle¹. Lorsque le contrat de service gratuit se réalise par transfert d'un droit ou d'une partie du droit, celui-ci n'a pas vocation à durer indéfiniment, particulièrement lorsqu'un bien entre en considération : le commodat ne se

¹ Madame DEVILLE ne la retient pas, mais reconnaît cependant au sujet du droit d'usage et d'habitation : « *Bien que la durée de l'usage ne dicte pas ipso facto la nature de libéralité, il nous semble qu'il s'agit d'un élément œuvrant en ce sens, notamment lorsqu'il est question d'un immeuble* », S. DEVILLE, *op. cit.*, n° 285.

caractérise-t-il pas par l'obligation du commodataire de restituer la chose empruntée¹, donc par le terme fixé à l'opération ? Ainsi, la limitation dans le temps semble être une caractéristique intrinsèque du contrat de service gratuit. Par exemple, la garantie bénévole de la dette d'autrui s'éteint lorsque disparaît la dette et la réalisation d'un travail non rémunéré s'effectue pour une prestation ciblée². En revanche, la libéralité, une fois exécutée, se caractérise par son irrévocabilité de principe, donc le transfert du droit a vocation à durer de manière perpétuelle s'agissant d'un droit de propriété, ou viagère s'agissant d'un usufruit. Ainsi, la libéralité reposerait sur l'idée d'un transfert définitif (viager ou perpétuel) de droit réel ou personnel et le contrat de service gratuit consisterait en la création ou le transfert temporaire d'un droit en vue de l'exploitation de l'utilité du bien ou de la personne³. La simple création du droit peut indifféremment être perpétuelle ou temporaire. Aucune « sortie » du patrimoine n'étant effectuée, la condition de l'appauvrissement n'est pas réalisée⁴. Le transfert de droit ou d'une de ses utilités doit en revanche être temporaire, sous peine de requalification⁵. En d'autres termes, la donation réalise la création d'un droit au profit d'un bénéficiaire et la disparition ou l'amoindrissement d'un droit corrélativement dans le patrimoine du disposant. Le contrat de service gratuit peut opérer ainsi, mais l'amputation du patrimoine du gratifiant n'est que temporaire. Le contrat de service peut aussi se réaliser par création d'un droit, sans que celui-ci ne soit accompagné de l'amoindrissement des droits du disposant⁶. Contrairement aux propositions de DUPEYROUX, la libéralité peut selon nous porter tout autant sur un droit patrimonial principal qu'accessoire⁷.

Le critère passe aisément l'épreuve de la distinction entre le commodat et la donation, difficulté dans l'optique de laquelle il a été construit⁸. En matière de mise à disposition d'un bien immobilier, l'analyse se complexifie. Le problème vient à notre sens de ce que la jurisprudence n'y voit qu'une donation de fruits. Il nous semble que l'acte est bien plus complexe. En effet une

¹ Article 1875 du Code civil, *in fine*. La jurisprudence y voit l'« essence » du commodat : Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1998 ; Cass. 3^{ème} civ., 19 janv. 2005 ; Bull. civ. III, 2005, n° 12 p. 10 ; D. 2005, n° 35, p. 2439.

² Il s'agit là d'hypothèses de droit créé, non transmis, mais la limitation dans le temps existe ici aussi.

³ La donnée temporelle est inhérente à l'espèce présentée dans l'arrêt du 3 novembre 1988 (Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 1988 précité) : le « bail autorisation » était « temporaire », ce qui empêchait toute qualification libérale.

⁴ On retrouve ici le *distingo* entre manque à gagner et appauvrissement, mais qui n'est pas appliqué pour lui-même.

⁵ En l'absence de précision sur ce point dans l'acte, il appartiendrait alors au juge de sonder la volonté des parties. Si celle-ci ne transparaît aucunement, sans doute faudrait-il opter pour une présomption de transfert temporaire, en raison de la gravité des effets de la libéralité. Il se peut également que l'analyse de l'élément intentionnel suffise à écarter la qualification en libéralité.

⁶ Ce qui n'exclut nullement le sentiment d'un sacrifice, nécessaire à l'établissement d'un rapport d'inéquivalence subjective.

⁷ Pour autant qu'un détachement soit possible. Pour rejeter l'hypothèse d'une libéralité portant sur un droit accessoire, DUPEYROUX avance l'exemple d'une constitution gratuite de servitude (*op. cit.*, n° 312). Selon nous ce n'est pas le caractère accessoire qui exclut la qualification, mais bien l'absence de transfert, puisque le patrimoine du disposant ne s'amoindrit pas, malgré le sacrifice qu'il consent. Il s'agit donc d'un contrat d'ami portant sur un droit réel, ce qui contrevient par ailleurs à la théorie développée par Madame DEVILLE.

⁸ De même, il correspond à la solution portée par les anciens arrêts Cass. 1^{ère} civ., 5 avr. 1938, et Cass. 1^{ère} civ., 12 déc. 1951 précités : il n'y a pas libéralité, car l'acte n'entraîne pas un transfert de droit, mais la création d'un droit au profit du bénéficiaire, sans que les droits ou le patrimoine du disposant ne soit réduit.

donation de fruits peut être réalisée par le simple versement des loyers par le locataire sur un compte ouvert au nom d'un bénéficiaire désigné, le tout dans une intention libérale. Mettre à disposition le bien immobilier suppose un avantage supplémentaire, qui s'exprime en nature, et ne repose pas tant dans le *fructus* que dans l'*usus*¹. En application du critère prédéfini, il semble donc que la mise à disposition sans contrepartie implique à la fois une donation de fruits par transfert irrévocable du droit sur ceux-ci et un contrat de service gratuit par transfert temporaire de l'usage. Il s'agirait donc d'une modalité de transfert de fruits qui s'accompagne d'un droit d'usage du bien frugifère. L'hypothèse implique donc de distinguer le bien de ses fruits, postulat qui n'est pas intégré par une jurisprudence en quête d'une nature unitaire de l'acte juridique².

186. Les limites de l'objet. L'objet n'est pas apte à résoudre tous les conflits catégoriques, même si la prééminence de son analyse dans ce domaine est évidente au vu des diverses théories exposées. S'il est donc un indice, voire une étape utile dans le cheminement vers un critère catégorique, il ne saura se suffire à lui-même. Si les difficultés soulevées par la fonction catégorique de l'objet se devaient d'aboutir à une proposition tangible, notre but était surtout la compréhension de l'objet de la libéralité, dans l'optique d'une confrontation aux avantages matrimoniaux.

B. L'objet, inapte à distinguer les donations entre époux des avantages matrimoniaux

187. Deux instruments. Donations entre époux et avantages matrimoniaux apparaissent souvent dans une fonction instrumentale : ce sont des outils, des vecteurs concurrents permettant d'effectuer une transmission patrimoniale. Comme l'écrivait Pierre CATALA : « *l'extraordinaire plasticité du régime matrimonial, associée avec la gamme des libéralités possibles envers les héritiers, permet aujourd'hui d'ajuster les actes d'anticipation successorale aux multiples variables des familles et des patrimoines* »³. Ce rapprochement fonctionnel peut faire douter de l'utilité de l'objet comme critère de distinction. Il permet cependant de mieux comprendre les deux figures.

1. L'objet, condition de validité de l'acte juridique

¹ Sur le droit d'usage et d'habitation, sous quelque forme que ce soit V. J.-F. PILLETOUT, « Le contentieux du droit d'usage et d'habitation », JCP 1981, n° 3049, p. 45 ; D. PONTON-GRILLET, « Le droit d'usage et d'habitation : diminutif ou substitut de l'usufruit ? », D. 1992, p. 235 ; du même auteur : « Le renouveau du droit d'usage et d'habitation : éclairage civil et fiscal », Dr. Fam. 2001, n° 20, p. 10.

² Ce qui démontre les limites du critère proposé par Madame DEVILLE : il ne s'applique pas aux nouvelles formes, plus élaborées, de gratification à titre gratuit. De même que la jurisprudence qui se fonde sur le *criterium* économique.

³ P. CATALA, « Le patrimoine des couples », in « Famille et patrimoine », PUF 2000, n° 3 p. 196.

188. Difficultés. L'analyse de l'objet comme condition de validité de l'acte juridique révèle toute la complexité de la notion. Cherche-t-on en effet l'objet du régime matrimonial ou l'objet d'une disposition particulière de celui-ci, analysée pour elle-même ? Prend-on en considération l'objet de l'acte juridique ou l'objet de la prestation qui en résulte ? Les difficultés renvoient aux hésitations déjà évoquées tenant à l'appréhension de la notion d'avantage, avant même tout qualificatif matrimonial¹. Doit-on considérer l'avantage comme un acte juridique ou comme le résultat de celui-ci ? Si la deuxième option est choisie, l'avantage s'entend-t-il de la prestation qui fera l'objet du rapport d'équivalence ou comme le résultat de ce rapport, donc le bénéfice net dégagé par l'une des parties ? Il convient de prendre les questions les unes après les autres et d'utiliser un critère transversal : l'analyse de l'objet en tant que condition de validité de l'acte se satisfait d'une dichotomie fondée sur l'origine du contenu du régime. En outre, on ne peut retenir, dans cet axe d'analyse, la notion d'avantage matrimonial comme étant un simple résultat, dans la mesure où c'est aux conventions que s'adresse l'article 1108 du Code civil.

189. Régimes matrimoniaux et avantages issus de dispositions proposées par la loi. Isoler l'objet du régime matrimonial, entendu comme notion globalisante, n'est pas une entreprise délicate : cet acte a en effet pour fonction la régulation des rapports patrimoniaux entre les époux et à l'égard des tiers. Mais il s'agit là de l'objet du contrat. L'objet de la prestation est l'ensemble des biens appartenant aux époux, quelle que soit la qualification qui résulte du régime. C'est en effet le régime matrimonial qui détermine l'existence et la composition des masses. L'objet du régime matrimonial ne se limite pas aux biens communs ou à vocation communautaire, même si les règles qu'il imprime sont plus nombreuses sur ces ensembles. À ce titre, on remarque l'existence de sous-ensembles d'objets, régis par des règles communes. Ainsi en est-il, en régime communautaire, des masses de biens propres et communes. En régime de séparation, on distingue les biens dits personnels des biens indivis et des acquêts qui peuvent résulter d'une société adjointe. En régime de participation aux acquêts coexistent, au sein des biens composant le patrimoine conjugal et dénommés « biens personnels », la masse dite du « patrimoine originaire » et celle dite du « patrimoine final ». Dans les régimes proposés par la loi, les conditions d'existence, de déterminabilité et de licéité de l'objet sont essentiellement remplies au moyen d'une référence globale aux biens des époux. C'est donc le filtre de la patrimonialité qui assure tant la réalité que la licéité de l'objet. À ce niveau, la prise en charge légale de l'organisation patrimoniale du couple est garante du respect des exigences relatives à l'objet et donc de la validité de la convention matrimoniale. Les avantages matrimoniaux qui se révéleraient par leur truchement sont donc également protégés d'une action en nullité.

¹ Sur ce point, v. *infra*, n° 336 et s.

190. Régimes matrimoniaux et avantages issus de dispositions créées par les parties. La liberté personnelle des époux étant modulatrice du contenu, la possibilité d'une annulation pour défaut, incertitude ou illicéité de l'objet apparaît véritablement. La condition de licéité semble cependant assurée par la définition même du régime matrimonial, lequel ne peut traiter que des biens. Mais les conditions d'existence et de déterminabilité doivent être réglées par les parties elles-mêmes. La loi les avertit indirectement à ce sujet. Par exemple, s'agissant de la clause de préciput, qui autorise l'époux survivant à effectuer un prélèvement sur la masse commune, l'article 1515 du Code civil précise qu'il ne peut s'agir que de « *soit une certaine somme, soit certains biens en nature, soit une certaine quantité d'une espèce déterminée de biens* ». De même, pour la stipulation de parts inégales, l'article 1521 du Code civil rappelle qu'il doit s'agir « *d'une certaine part, comme le tiers ou le quart* » et l'article 1524 de préciser que l'attribution bénéficiaire peut porter sur « *la communauté entière* ». Il s'agit ici de rappeler que la liberté des conventions matrimoniales¹ n'est pas un moyen de contourner les règles générales du droit des conventions de l'article 1108 du Code civil. Ainsi, l'avantage matrimonial, entendu ici comme stipulation particulière du régime, doit saisir un objet qui lui est propre et qui remplit les exigences relatives à l'existence, la détermination et la licéité².

191. Spécificité de l'objet de l'avantage matrimonial. Les remarques présentées par Madame DEVILLE sur l'objet de la libéralité comme condition de formation et de validité de l'acte qui lui sert de support semblent transposables aux données matrimoniales. Rappelons que selon cette auteure, la libéralité testamentaire portant sur des biens à venir n'est pas à même de remplir la condition d'existence traditionnellement exigée sans que cela ne remette en cause la validité de l'acte juridique. Au contraire, cette impossibilité est de l'essence du legs et de l'institution contractuelle, ce qui aboutit à un renversement du principe et amène la condition de déterminabilité à assurer seule la garantie du sérieux de l'opération. Or certains avantages matrimoniaux reconnus comme tels par la jurisprudence présentent cette caractéristique : les clauses de partage inégal, telle l'attribution intégrale de la communauté au profit du conjoint survivant, la créance de participation en régime de participation aux acquêts et, dans une certaine mesure, de la clause de préciput³. La condition d'existence de l'objet ne leur est pas impossible.

¹ Article 1387 du Code civil. Sur la relation fondamentale entre liberté des conventions matrimoniales et avantage matrimonial, voir *infra*, n° 232 et s.

² Les décisions relatives à ces conditions de l'objet de l'avantage matrimonial sont cependant rarissimes. Mais une action en nullité de la clause de préciput qui porterait sur des biens non déterminables est tout à fait recevable, autant sur le fondement de l'article 1515 du Code civil que sur celui de l'article 1108 Cciv.

³ Celle-ci peut en effet porter sur un bien qui existe effectivement dans le patrimoine du disposant, ou sur un bien qui n'est pas encore acquis, lorsqu'est désignée une « *espèce déterminée de biens* » tels « *les biens meubles* », « *les biens corporels* », ou « *les valeurs mobilières* » (art. 1515 Cciv.). Les développements à venir démontreront cependant qu'il

Cette similitude invite à s'interroger sur la nature des droits objets de ces clauses : s'agit-il de biens à venir ou de biens présents ?

Quoi qu'il en soit on ne saurait estimer que la condition de l'objet certain permet d'assurer leur irrévocabilité, dans la mesure où on ne peut trouver dans l'objet la justification à l'irrévocabilité de principe des avantages matrimoniaux. Celle-ci est en effet intrinsèquement liée au principe d'immutabilité des conventions matrimoniales et concerne autant les avantages portant sur des biens présents que ceux portant sur des biens à venir. Cette particularité peut inciter à une qualification de ces avantages en droits actuels. Cela n'altère pas le raisonnement relatif à la condition de l'existence de l'objet mais révèle un doute sur la nature réelle des droits conférés par avantage matrimonial.

2. L'objet, critère catégorique de l'acte juridique

192. Premières réflexions. L'intérêt de déterminer l'objet réel de l'avantage matrimonial ne transparait pas de prime abord aux yeux du juriste qui tente de percer le mystère de la distinction fondamentale qui existe avec la libéralité. En effet, entendu comme un « bien » au sens primaire postulé par le Code civil, l'objet de l'avantage matrimonial et de la libéralité peut indifféremment s'accommoder des distinctions connues. On ne saurait utiliser la classique distinction entre les droits réels et les droits personnels pour expliquer la fondamentale divergence entre les donations entre époux et les avantages matrimoniaux. Si nous avons reconnu une certaine primauté des droits réels en matière de libéralité, l'avantage matrimonial, par la multiplicité des formes qu'il revêt, ne réserve pas ses effets à cette catégorie de droits. Certains gains de survie comme le préciput ou l'attribution intégrale de la communauté portent nécessairement sur des droits réels. D'autres, comme la créance de participation en régime de participation aux acquêts, consistent indéniablement en des droits personnels.

193. Une certaine préférence catégorique fondée sur l'objet. Les avantages matrimoniaux auraient naturellement vocation à porter sur des biens communs, ou du moins à vocation communautaire¹, alors que les libéralités entre époux concentreraient leurs effets sur des biens propres ou personnels à chacun des époux. S'il est reconnu en jurisprudence et en doctrine que la clause dite de prélèvement à titre gratuit, ou préciput, peut s'analyser en un avantage

s'agit de biens présents affectés de modalités.

¹ Ce vocable permet d'englober les créances de participation. Il est en effet possible de considérer que le régime de participation aux acquêts serait sous-tendu par une logique communautaire : les biens entrant dans le calcul de la créance et composant le « patrimoine final » de chaque époux seraient en réalité compris dans une « communauté fictive » qui aurait vocation à être partagée. La notion de biens « à vocation communautaire » peut désigner toute forme de propriété collective. V. en ce sens, « Droit patrimonial de la famille », Dalloz Action 2011/2012, n° 173.07, p. 357.

matrimonial, encore faut-il, selon les termes de l'article 1515 du Code civil, qu'elle ait pour objet un bien commun. Si elle venait à porter sur un bien propre rien ne pourrait s'opposer à sa qualification en donation de biens à venir¹. De surcroît, la spécificité de la personne du bénéficiaire démontre que l'avantage matrimonial dispose d'une assiette potentiellement plus importante en raison de son exclusion de principe des règles successorales relatives à la réduction : la limite à la liberté de disposer à titre gratuit que constitue la quotité disponible entre époux est plus souvent imposée aux libéralités entre époux qu'aux avantages matrimoniaux. Cependant, on ne saurait trouver ici un critère catégorique satisfaisant pour l'ensemble des hypothèses de conflits de qualification. Il suffit de songer à la donation de communauté entre époux pour comprendre que l'interpénétration entre les règles issues du droit des libéralités et celles du droit des régimes matrimoniaux est une réalité complexe qui contrevient au postulat².

194. Historique : absence de rôle de l'objet sur la qualification de l'opération.

L'ancien droit français semblait confondre tout à la fois libéralité, avantage matrimonial et droit successoral légal³. Il connaissait par exemple l'institution du douaire, gain de survie conféré à l'épouse et à l'origine constitué sur les biens propres du mari. Considéré comme indispensable à la survie de la femme qui, une fois mariée, n'est plus héritière de sa famille, le douaire résulte de la progressive transformation de la *dos ex marito*⁴ et se conçoit comme une forme de récompense de la chasteté. Il se présente donc *a priori* comme une figure libérale⁵. Plus ancien de trois siècles que le régime de communauté, il connaît une lente évolution et peut alors porter sur des biens communs. Par une ordonnance de Philippe Auguste de 1214, le douaire coutumier est créé, afin de compenser son éventuelle absence dans la charte matrimoniale ce qui le rapproche de la notion que nous connaissons de « droit légal ». Le douaire est alors soit conventionnel soit coutumier⁶, mais son caractère indispensable l'apparente progressivement à un véritable droit légal de succession. Dans certaines villes, dont Amiens, il peut être réciproque et est alors perçu comme un aménagement de la communauté. Il existe ici une véritable confusion quant à l'objet, puisque le

¹ En ce sens : Cass. req., 11 mars 1931 : DP 1931, I, p. 133 et Cass. 1^{ère} civ., 7 juill. 1971 : D. 1972, p. 294 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, « Droit civil : les régimes matrimoniaux », Paris, Dalloz, 2011, 6^{ème} éd., n° 762.

² V. *infra*, n° 372.

³ P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, « Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil », Paris, Albin Michel, Bibliothèque de synthèse historique, 1985, Collection « L'évolution de l'humanité », p. 285 et s. ; J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, « Histoire du droit civil », Paris, Dalloz 2010, 2^{ème} éd., p. 1405 et s.

⁴ Il s'agit de la dot constituée lors du mariage selon la tradition franque, donnée par le mari à son épouse au moment des fiançailles. Elle est propriété de la femme et l'époux en est totalement privé si aucun enfant n'est issu du mariage. Elle doit être distinguée de la dot *profectice* romaine constituée par le père de la mariée, ou la dot *adventice*, constituée par la mariée elle-même et qui appartient définitivement au mari.

⁵ L'idée d'ingratitude sanctionnait le douaire. D'où l'adage « *Au mal coucher, la femme perd son douaire* ». La confusion vient de ce qu'il semble issu de la *dos ex marito*, à dominante plus matrimoniale que libérale.

⁶ La confusion se traduit encore dans le devenir de ces deux formes de douaire. Ce qui les sépare n'est pas tant leur contenu, donc leur objet, que leur origine ; ainsi, le douaire légal peut être vu comme l'ancêtre de l'usufruit légal du conjoint survivant, alors que le douaire conventionnel serait l'ancêtre de l'institution contractuelle.

même douaire peut porter en partie sur des biens propres et en partie sur des biens communs, sans que la nature réelle de la figure ne soit percée à jour¹. Au XVIII^{ème} siècle, le douaire légal disparaît dans de nombreuses régions mais subsiste entre nobles ou si l'épouse renonce à la communauté : sa fonction est, dans ce dernier cas, de compenser la perte d'un avantage matrimonial par l'octroi d'une gratification libérale.

D'autres institutions révèlent la confusion de nature entre les profits issus d'une libéralité, de la convention matrimoniale ou de la loi : la *tertia collaborationis* est plus ancienne que le douaire et correspond au préciput du tiers des acquêts, au profit exclusif de l'épouse. Elle s'apparente à un avantage matrimonial, mais son origine est purement légale. Elle exprime bien l'idée déjà présente d'utiliser des règles matrimoniales pour assurer la dévolution des biens au décès. Elle tombe en désuétude à la fin du XIII^{ème} siècle et s'intègre parfois à la *dos ex marito*. De même, le *Morgengab*², don à l'épouse valant récompense de la virginité et ratification du mariage par renonciation à une répudiation pour vice caché, fusionne avec la dot dès l'époque carolingienne. L'institution de la dot retranscrit elle aussi une véritable confusion entre libéralité et avantage matrimonial : elle est dite « donnée » du mari à l'épouse, mais est perçue comme un aménagement du régime matrimonial séparatiste. L'« augment de dot » peut aussi être stipulé dans un contrat de mariage, au profit de l'épouse. En somme, si une préférence catégorique semble aujourd'hui décelable dans l'objet, elle ne trouve pas son origine dans l'histoire.

195. La distinction entre droits actuels et éventuels appliquée aux avantages matrimoniaux. S'il n'existe *a priori* pas de distinction quant à l'objet de l'avantage matrimonial et l'objet de la libéralité, il convient cependant de déterminer la nature réelle des droits transmis par le régime matrimonial pour s'en assurer. S'il semble aisé de qualifier les avantages « de masse » de biens présents en raison de leur inclusion actuelle dans une masse commune ou propre, la difficulté est plus grande pour les avantages liquidatifs qui ne s'exécutent qu'à la dissolution par divorce ou par décès. Portent-ils sur des biens à venir, donc sur des droits éventuels, ou sur des biens présents, donc sur des droits actuels, mais à terme ? Les droits liquidatifs se révélant au décès, tels que le préciput et l'attribution intégrale de la communauté au survivant, se présentent *a priori* comme des droits éventuels, en raison de leur similitude avec les droits successoraux³. Cependant il serait erroné de considérer qu'ils ont une nature duale selon qu'ils sont concrétisés au divorce ou au décès. Ils portent en effet

¹ Ni que cela soit par ailleurs nécessaire. En outre, on tenterait vainement une qualification de ces anciennes figures au moyen de nos critères actuels. Ils étaient en effets conçus avant tout dans une perspective fonctionnelle, donc issus de la pratique et des nécessités tangibles ; ils ne reposaient sur aucune théorie d'ensemble.

² En allemand : « le prix du matin ».

³ Le présupposé temporel se fait ici ressentir.

sur le même droit et seules les circonstances de leur effectivité, donc les causes de la dissolution de l'union, divergent.

196. Définition des droits éventuels : le critère temporel. Monsieur VERDIER a consacré ses travaux de recherche de doctorat à cette notion¹. Il envisage le droit éventuel comme un droit « en formation », encore inabouti. Cela le conduit à considérer que le bénéficiaire d'une libéralité à cause de mort n'est investi d'aucun droit, ni même « *d'une simple vocation privilégiée* »². Le droit éventuel serait ainsi un droit encore « *inexistant* »³, il consisterait en une simple « *espérance de droit* ». Si l'on prolonge cette analyse en la transposant à la notion de pacte sur succession future, définie comme conférant un droit éventuel, l'on comprend véritablement le paralogisme dont souffre le raisonnement : toute convention conférant un droit ne serait pas un pacte sur succession future... Cette thèse n'est pas défendable : le droit éventuel existe valablement au jour de l'acte. C'est d'ailleurs lui qui porte atteinte à la liberté de tester, seule justification encore utile de la prohibition des pactes successoraux. L'existence du droit ne postule pas à sa classification dans les catégories actuelle et éventuelle. Sans doute faut-il opérer une distinction entre les biens futurs, innervés par un critère temporel, et les biens à venir qui seraient la transcription des droits éventuels. En effet, des actes juridiques peuvent valablement porter sur des biens futurs, tels la donation de maison à construire⁴ ou du revenu futur de parts sociales.⁵ En revanche, les conventions sur les biens à venir sont par principe prohibées, ce qui invite à dépasser une appréhension purement matériel pour envisager un critère fondé sur la potestativité.

197. Définition des droits éventuels : le critère potestatif. Un second courant de pensée axe son raisonnement sur le caractère incertain du droit éventuel plus que sur son existence réelle. Cette incertitude résulterait essentiellement de son caractère potestatif⁶. La potestativité peut se définir comme un lien de sujétion entre les deux parties dont l'une a la maîtrise de la situation née de l'accord⁷. En somme, un droit éventuel serait passible d'être annihilé par la seule

¹ J.-M. VERDIER, « Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits », thèse, Paris, 1955.

² J.-M. VERDIER, *op. cit.*, n° 102.

³ Dans le même sens, G. MARTY et P. RAYNAUD, « Droit civil, introduction générale à l'étude du droit », t. I, Sirey, 2^{ème} éd. 1972, n° 165. V. aussi R. LIBCHABER, note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 2002 : Defr. 2002, p. 124, art. 37604, n° 64.

⁴ Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 1966 : Bull. civ. I, n° 342.

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 1974, n° 72-14.259 : Bull. civ. I, n° 157 ; D. 1975, p. 144, note A. PONSARD ; JCP N 1975, II, 17911, note H. THUILLIER ; RTD Civ. 1974, p. 844, obs. R. SAVATIER.

⁶ L. BELANGER, « La condition de survie et l'acte juridique », thèse, LGDJ, t. 474, 2007, n° 218 : l'auteur s'intéresse plus à l'irrévocabilité de l'engagement qu'à sa potestativité, mais les deux critères sont intimement liés. J. PATARIN, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 1996 : RTD Civ. 1996, p. 679 ; S. DEVILLE, *op. cit.*, n° 485.

⁷ S. VALORY, « La potestativité dans les relations contractuelles », PUAM, 1999, préf. J. MESTRE ; I. NAJJAR, « *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral* », LGDJ, 1967, préf. RAYNAUD ; S. DEVILLE, *op. cit.*, n° 492.

volonté de celui qui l'a consenti¹, alors que le droit actuel nécessiterait le concours du cocontractant, ou la conjonction avec des facteurs extérieurs, pour remettre en cause l'effectivité de l'obligation. En droit commun des obligations², on oppose les conditions purement potestatives, nulles par principe car dépendant de la seule volonté d'une partie, et les conditions simplement potestatives, valables³ car réduisant le pouvoir de la volonté sur l'obligation en la combinant à la réalisation d'un événement extérieur ou en la pondérant avec la volonté nécessairement exprimée d'un autre sujet⁴. Les théories appliquant la potestativité à la détermination du droit éventuel n'exigent cependant pas que celle-ci résulte d'une condition expresse de la convention⁵. Appliquée à la délicate distinction des pactes successoraux prohibés et des promesses *post mortem*⁶, essentiellement fondée sur un critère les distinguant par la nature actuelle ou éventuelle du droit transmis, la théorie convainc. Certes, la jurisprudence dans ce domaine se réserve un contrôle de l'opportunité de l'acte, dissimulé derrière l'imprécision de la notion qui ne connaît aucune définition légale⁷. Mais la majeure partie du contentieux est réglée par référence à des données prédéterminées appliquées rigoureusement, sans avoir égard à la volonté réelle des parties. Si la potestativité est au cœur du droit éventuel, on comprend mieux l'extension de la notion de pacte sur succession future aux actes unilatéraux, par nature

¹ Madame DEVILLE extrait de la potestativité la notion de droit éventuel, qu'elle applique ensuite au droit des libéralités. À ce titre, elle met en avant un argument textuel intéressant, l'article 944 du Code civil, aux termes duquel « Toute donation entre vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle ». S'agissant des donations entre époux, un élément de complexité émane de l'article 947 du même code, qui exclut l'application des articles 943 à 946 aux libéralités conjugales. Cependant il est possible de voir dans ce texte un reste de l'ancien principe de révocabilité *ad nutum* des donations entre époux. Posant un principe d'irrévocabilité des donations de biens présents entre époux, la loi du 26 mai 2004 aurait oublié d'ôter cet article, qui contrevient totalement au nouvel article 1096 du Code civil. La loi du 23 juin 2006 n'a cependant pas corrigé cette erreur. Sur ce sujet, voir notre étude : « L'irrévocabilité des donations de biens présents entre époux », mémoire de recherche, M2 Droit Privé Fondamental, 2008.

² Article 1170 du Code civil : « La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher ». Article 1174 du Code civil : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ».

³ Sauf en matière de donations entre vifs, caractérisées par une irrévocabilité renforcée.

⁴ Quoique dans cette dernière hypothèse soit souvent préférée la qualification de « condition mixte » (article 1171 du Code civil). Sur la potestativité : S. VALORY, *op. cit.* ; du même auteur : « Potestativité et requalification du contrat », *Dt. et pat.*, 1999, n° 72, p. 72 ; R. BAILLOD, « Le droit de repentir », *RTD Civ.* 1984, p. 227, n° 20 ; J. ROCHEFELD : « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *in* « Le contrat au début du XXI^{ème} siècle : mélanges offerts à Jacques Ghestin », LGDJ, 2001, p. 747 ; Ph. BRUN : « Le droit de revenir sur son engagement », *Dt. et pat.*, 1998, n° 60, p. 78 ; A. BORIES, « Condition, terme et potestativité, à propos d'une promesse unilatérale d'achat », *D.* 2005, jp. 1009 ; J. GHESTIN, « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du code civil », *in* « Mélanges dédiés à Alex Weill », Dalloz, Litec, 1983, p. 243 ; I. NAJJAR, art. précit.

⁵ Qui désigne un événement futur et incertain dont dépend l'existence d'une obligation. Elle est une modalité de l'obligation, au même titre que le terme qui se définit au contraire comme un événement futur dont la réalisation est certaine. Voir notamment J.-J. TAISNE, « La notion de condition dans les actes juridiques », thèse, Lille, 1977.

⁶ V. par exemple, pour une promesse de vente dont l'option ne peut être levée qu'après le décès du promettant (promesse *post mortem*) : Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 1985 : *Bull. civ. I*, n° 173, p. 155 ; *RTD Civ.* 1996, p. 391, obs. J. PATARIN ; *D.* 1986, p. 65, note I. NAJJAR ; Cass. 1^{ère} civ., 5 mai 1986 : *Bull. civ. I*, n° 114, p. 116 ; *JCP* 1987, n° 20851, note O. BARRET.

⁷ Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 1987, n° 85-16.484 : *JCP N* 1988, II, 2, note F. SAUVAGE ; *RTD Civ.* 1987, p. 755, obs. J. MESTRE et p. 784 obs. J. PATARIN.

révocables, car ne matérialisant qu'une seule volonté¹. L'évolution de la jurisprudence en ce domaine est difficilement compréhensible si l'on se fonde uniquement sur la préservation de la liberté de tester, respectée par l'acte unilatéral révocable. Elle paraît au contraire logique si l'on part du principe qu'elle se fonde sur la potestativité. De même, est potestatif l'acte qui établit une reconnaissance de dette dont le paiement s'exercera au décès du débiteur, lorsqu'est convenu que ce montant sera égal à une fraction du patrimoine successoral² : le débiteur reste alors libre d'organiser la diminution, voire la disparition totale de l'émolument, par un appauvrissement volontaire *ante mortem*.

198. Application du critère temporel aux avantages matrimoniaux : des droits éventuels. Une série d'arguments existe en faveur d'une vision de ces droits en droits éventuels si l'on retient un critère purement temporel : les droits liquidatifs n'existeraient pas encore au jour de l'acte, ou du moins, ils représenteraient l'étape ultime de la formation successive de l'avantage matrimonial. S'agissant de la créance de participation en régime de participation aux acquêts, elle ne semble naître effectivement que du calcul opéré entre les enrichissements respectifs. Il s'agirait donc d'un droit né après la convention matrimoniale. De plus, le bénéficiaire étant inconnu, l'incertitude caractériserait ce droit. En outre, toute clause d'attribution, de partage inégal, ou même les droits classiques issus d'un régime communautaire non aménagé, porte sur un ensemble de biens qui n'existent pas forcément au jour de l'acte, mais qui se retrouveront dans le patrimoine conjugal au jour de la liquidation. Le critère temporel semble cependant inapte à expliciter la distinction entre avantages « *prenant effet au cours du mariage* » et ceux « *n'ayant pris effet qu'à*

¹ Du moins lorsqu'ils portent sur des droits patrimoniaux. Certains actes unilatéraux particuliers portant sur des droits personnels sont irrévocables : ainsi en est-il de l'établissement d'une filiation par reconnaissance. La gravité des enjeux justifie ce caractère.

² Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 1996 : RTD Civ., 1996, p. 681, obs. J. PATARIN ; D. 1997, somm., p. 368, note M. GRIMALDI ; D. 1997, p. 369, note I. NAJJAR ; en revanche, lorsque le quantum de la dette est fixé à l'avance, le créancier dispose d'une réelle créance à exercer contre la succession, laquelle pourra, à défaut d'actif, être poursuivie sur le patrimoine personnel des héritiers tenus *ultra vires successionis*. V. notamment Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 2002 : Bull. civ. I, n° 106 ; Dr. Fam. 2002, n° 94, p. 33, note B. BEIGNIER ; D. 2002, p. 2753, note I. NAJJAR ; Defr. 2002, p. 1244, n° 37604, note R. LIBCHABER ; AJ Fam. 2002, p. 188, obs. S. DEIS-BEAUQUESNE ; RJPF 2002, n° 9, p. 43 ; RTD Civ. 2003, p. 131, obs. J. PATARIN. De même, constitue un droit éventuel, affecté d'une condition, un prêt consenti entre vifs, prévoyant un remboursement dans les cinq ans et précisant qu'en cas de décès du prêteur avant la fin du remboursement, le reliquat restant ne serait plus dû. Il s'agit ici d'une donation de biens présents conditionnelle ; v. Cass. 1^{ère} civ., 9 juill. 2003 : Bull. civ. I, n° 169 ; Dr. Fam. 2003, n° 136, p. 32, note B. BEIGNIER ; D. 2004, p. 1848, note S. BOUZOL ; AJ Fam. 2003, p. 354, obs. DEIS-BEAUQUESNE ; Defr. 2003, p. 1566, n° 37845, note R. LIBCHABER ; JCP N 2004, p. 1435, note J.-G. MAHINGA. V. aussi sur la même affaire : Cass. 1^{ère} civ., 24 févr. 1998 : Bull. civ. I, n° 79, p.53 ; D. 2000, somm., p. 428, obs. M. NICOD. La validité semble reposer dans l'aléa puisque lorsque celui-ci fait défaut, la sanction est encourue : Cass. 1^{ère} civ., 7 déc. 1983 : Bull. civ. I, n° 290 ; R., p. 48, D. 1984, p. 563, note L. MAYAUX ; JCP N 1985, II, 57, note M. DAGOT ; Defr. 1984, p. 1227 note J.-M. OLIVIER ; RTD Civ. 1985, p. 184, obs. J. PATARIN. Cela vaut tant que les juges se contentent d'appliquer les critères prédéfinis. Lorsqu'ils effectuent une police des actes douteux, ils statuent en opportunité et peuvent alors qualifier de pacte de prohibé des conventions qui réunissent les composants d'une promesse *post mortem*. V. par exemple : Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 2005 : Bull. civ. I, 361 ; D. 2005, IR, p. 2772 ; D. 2006, p. 993, note I. NAJJAR ; D. 2006, pan., p. 2072, obs. M. NICOD ; RDC 2006, n° 2, p. 481, note Cl. GRARE-DIDIER ; Dr. Fam. 2005, n° 252, note B. BEIGNIER ; AJ Fam. 2006, p. 77, obs. F. BICHERON ; RJPF 2006, n° 12, p. 43, obs. J. CASEY.

la dissolution ». En effet, les droits liquidatifs en cas de divorce ne sont pas révoqués par celui-ci, bien au contraire, il les rend exigibles. Pour forcer l'explication, il faudrait distinguer les droits liquidatifs dus au divorce de ceux dus au décès et y voir des droits liquidatifs particuliers et des droits liquidatifs généraux (les premiers dérogeant aux seconds), ce qui nous semble inconcevable.

199. Application du critère potestatif aux avantages matrimoniaux : des droits actuels¹. Bien plus convaincants sont les résultats obtenus par l'utilisation du critère de la potestativité. Une donnée essentielle doit être prise en compte : l'immutabilité de principe du régime matrimonial². Celle-ci interdit fondamentalement celui qui consent un avantage matrimonial de revenir sur son engagement³. Certes, ce principe est aujourd'hui largement battu en brèche par l'importance de son exception principale, posée à l'article 1397 du Code civil. Mais cet article prévoit une procédure qui nécessite le consentement des deux époux pour toute modification de la convention matrimoniale. Toute potestativité est exclue et les avantages matrimoniaux portent sur des droits actuels⁴. L'on pourrait prétendre que le divorce emportant révocation de certains avantages, la potestativité y tiendrait une certaine place⁵. C'est oublier que pour divorcer, il faut être deux. Seul le divorce pour altération définitive du lien conjugal peut être imposé à un époux, et il implique de lourdes contraintes qui font douter de sa qualification en condition purement potestative. Monsieur DELMAS-SAINTE HILAIRE note à ce propos : « *le nouveau divorce pour altération définitive du lien conjugal se rapproche d'un divorce*

¹ *Contra* : C. SAUJOT, « Les avantages matrimoniaux (Notion, Nature juridique) », RTD Civ. 1979, p. 699, spé. p. 702 : « *L'avantage matrimonial, contrairement à une libéralité, n'opère au profit du bénéficiaire aucun dessaisissement actuel. Le bénéficiaire est souvent incertain au jour du contrat car l'avantage matrimonial peut prendre la forme d'un gain de survie* ».

² Article 1396 al. 3 Cciv. : « *Le mariage célébré, il ne peut être apporté de changement au régime matrimonial que par l'effet d'un jugement à la demande de l'un des époux dans le cas de la séparation de biens ou des autres mesures judiciaires de protection ou par l'effet d'un acte notarié, le cas échéant homologué, dans le cas de l'article suivant* ». Le texte a été remanié par l'article 44 de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 qui a élargi l'exception prévue à l'article 1397 du Code civil. Sur l'immutabilité, v. *infra*, n° 239 et s. et 465 et s.

³ Que ce soit unilatéralement ou avec l'accord de son conjoint.

⁴ Cependant le critère dégagé est celui d'un pouvoir potestatif de fait plus que de droit.

⁵ V. en ce sens : N. PETERKA, « Donations entre époux », in « Droit patrimonial de la famille », M. GRIMALDI (dir.), Paris, Dalloz, 2011, n° 354-83. Tel a été l'objet de la première branche du moyen d'un arrêt du 14 mars 2012 prononçant la nullité des clauses de non-divorce. Le débat n'est cependant pas tranché ; certes la Cour d'appel a retenu qu'« *il est exact que la condition de non-divorce est purement potestative en présence des dispositions des articles 237 et 238 [du Code civil] instituant comme cause de divorce l'altération définitive du lien conjugal* », mais la cassation de cet arrêt est réalisée sur la seconde branche du moyen. Si les motifs de l'arrêt sont donc cassés, la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur la question, qui demeure ouverte. Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2012, pourvoi n° 11-13.791 : Bull. civ. I, n° 56 ; D. 2012, n° 37, pan. p. 2576 ; *ibid.*, p. 1386, note A. POSEZ ; JCP 2012, n° 18, chron. 920 ; *ibid.*, n° 20, note Cl. BRENNER ; *ibid.*, n° 29, chron. p. 1465 ; JCP 2013, n° 9, p. 442, chron. R. LE GUIDEC ; AJ Fam. 2012, 233, obs. S. DAVID ; JCP 2012, n° 561, §1, obs. M. MEKKI ; JCP N 2012, n° 12 p. 5, note H. BOSSE-PLATIERE ; *ibid.*, n° 15, p. 29, note Cl. BRENNER ; RTD Civ. 2012, p. 300, chron. J. HAUSER ; *ibid.*, p. 357, chron. M. GRIMALDI ; PA 2012, n° 83, p. 16, note J.-G. MAHINGA ; *ibid.*, n° 123 p. 4, note Y. AKLOUCHE ; RLDC 2012, n° 93, p. 47, note M. NICOD ; RJP 2012, n° 5, p. 6, obs. F. SAUVAGE ; JCP E 2012, n° 25, p. 33, note J.-B. SEUBE ; RDC 2012, n° 3 p. 89, note Ch. GOLDIE-GENICON ; Defr. 2012, n° 18, p. 893, note Ch. DONZEL-TABOUCOU.

répudiation » cependant « *la condition, même dans l'hypothèse indiquée, est au plus simplement potestative dans la mesure où le divorce reste, en dépit de la liberté de demander la séparation, prononcé ou homologué par un juge* »¹. Cette idée rejoint celle de Monsieur HAUSER : « *du caractère institutionnel du mariage, même très atteint, on déduira facilement que sa fin ne saurait être entre les mains de ses seules parties ou de l'une d'entre elles* »².

Doivent également être rejetés les contre-arguments reposant sur les articles 265-2 et 1397-1 du Code civil. Ces dispositions sont une limite matérielle au principe de l'immutabilité mais impliquent un réel accord de volonté, donc excluent la potestativité. De même, toute tentative pour vider unilatéralement de sa consistance la communauté, objet principal des droits liquidatifs, est mise en échec par les règles relatives aux pouvoirs des époux, notamment en termes d'actes de disposition et d'actions contre les fraudes³. En outre, il est inévitable que le mariage a vocation à être dissout à un moment ou à un autre et les époux ne peuvent que retarder l'échéance de ce qui constitue un véritable terme. Cette position offre également une justification nouvelle à la requalification en libéralité à cause de mort du préciput portant sur un bien propre : il s'agirait d'une institution contractuelle car, le bien étant compris dans le patrimoine propre du disposant, celui-ci retrouverait le loisir d'en disposer avant son décès, ce qui en ferait un droit éventuel⁴.

200. Des droits affectés de modalités. Si certains avantages matrimoniaux se présentent *a priori* comme portant sur des biens à venir, c'est qu'ils s'incarnent dans une dimension temporelle indéniable et qu'existe un présupposé consistant à voir dans la temporalité le critère de distinction entre les biens présents et les biens à venir. Cependant, celle-ci n'a pas d'effet sur le caractère actuel ou éventuel du droit transmis. En clair, un droit actuel peut tout à fait être affecté d'une modalité s'inscrivant dans une perspective temporelle⁵ : c'est le cas de la

¹ Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « La réversion d'usufruit entre époux à l'épreuve de l'article 265 du Code civil », Dt. et pat. 2005, n° 141, p. 32. V. aussi Cl. BRENNER, « Brèves observations sur la révocation des donations entre époux après la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », Defr. 2005, art. 38084, n° 23, p. 107. Rappelons que pour qu'un engagement « *ne soit pas potestatif, il faut, mais il suffit, qu'il ne dépende pas de la seule volonté du débiteur* » : J. GHESTIN, art. précit., p. 247.

² J. HAUSER, note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 1998 : RTD Civ. 1998, p. 882, spé. p. 883. De même, il écrit à propos de la clause d'attribution intégrale de la communauté au profit du conjoint survivant : « *l'application de ce régime ne saurait dépendre d'une condition purement potestative mais au pire seulement d'une condition mixte* ».

³ En régime de communauté réduite aux acquêts, si le principe est celui de la gestion concurrente, même pour les actes de disposition, le régime encadre l'aliénation en imposant la cogestion pour les actes les plus graves, empêchant efficacement un époux de vider seul la consistance de la communauté : cf. Articles 1422 à 1425 Cciv. S'agissant de la fraude, nous citerons les articles 1421 al. 1^{er} et 1426 Cciv. pour le régime de communauté légale (dispositions communes aux autres régimes de communauté nommés) et les articles 1573 et 1574 Cciv. pour le régime de participation aux acquêts.

⁴ Ainsi, la clause de prélèvement, qu'elle soit à titre onéreux ou à titre gratuit, ne serait un pacte sur succession future (autorisé) que si elle porte sur un bien propre ou personnel. Portant sur un bien commun, elle s'analyserait en une promesse *post mortem*, puisqu'elle ne créerait alors aucun droit éventuel.

⁵ En ce sens, Madame DEVILLE explique qu'il ne faut pas entendre par « bien présent » un bien compris dans le

condition et plus encore du terme pouvant affecter l'existence ou l'exigibilité de l'obligation. Ainsi la créance de participation peut-elle s'analyser en un droit actuel de créance à terme et conditionné par le déséquilibre des enrichissements respectifs des époux¹. Les clauses d'attribution intégrale et toutes les dispositions intéressant la liquidation d'une communauté sont pareillement des droits actuels car nés de la convention matrimoniale et insusceptibles d'anéantissement potestatif. Ils sont aussi des droits à terme, car exigibles uniquement à la dissolution de l'union ou au jour du changement de régime matrimonial. Dans la mesure où leur existence et leur exigibilité ne sont subordonnées qu'au maintien de la volonté des deux parties, ils sont des droits actuels, comme la plupart des droits créés ou transmis par conventions. La vision de l'avantage matrimonial comme portant sur des droits actuels affectés de modalités se retrouve s'agissant de la date d'imputation lors de la mise en œuvre de l'action en retranchement : une large majorité d'auteur estime que l'avantage ne doit pas s'imputer au jour du décès mais au jour du mariage, comme pour la donation à terme de biens présents, qui s'impute au jour où elle est consentie².

Le critère tenant à la maîtrise de l'obligation par le débiteur est convainquant, bien qu'il soit troublant de dépasser un critère temporel³. Confronté aux caractéristiques du déséquilibre économique en matière libérale, il permet de démontrer que la création de droit est toujours instantanée en matière d'avantage matrimonial, bien que la révélation du déséquilibre puisse nécessiter plusieurs étapes successives. Mais il ne permet cependant pas d'expliciter la distinction posée par l'article 265 du Code civil⁴, puisque le raisonnement aboutit à la conclusion que tous les avantages matrimoniaux portent sur des biens présents⁵. Il éclaire cependant substantiellement sur la distinction d'avec les libéralités entre époux. En effet, si la libéralité peut indifféremment créer et porter sur des droits actuels ou éventuels, l'avantage matrimonial ne peut avoir pour objet que des droits actuels, éventuellement affectés d'une modalité. Mais l'objet est insuffisant à fonder une ligne de démarcation claire : une fois encore, les caractéristiques des deux figures se

patrimoine au jour de l'acte. En effet, une donation entre vifs peut porter sur un bien futur, qui n'est pas encore acquis, par exemple lorsque le terme de l'obligation est l'acquisition effective du bien par le disposant.

¹ Il s'agirait donc d'une condition « simplement » potestative, puisque dépendant également du comportement de l'autre époux et des aléas de la vie professionnelle. Ainsi, seule la potestativité pure pourrait fonder la qualification du droit éventuel.

² En ce sens : M.-Cl. RONDEAU-RIVIER, « Le remariage », thèse dactyl., Lyon, 1981, n° 307, p. 401 ; F. LUCET, *op. cit.*, p. 560 ; Cl. BRENNER, art. préc., n° 30 ; F. LUCET et R. LE GUIDEC, « Liquidation civile et fiscale de communauté et de succession : avantage matrimonial, exercice de l'action en retranchement », *Defr.* 1998, n° 17, art. 36859, p. 1000 ; L. TAUDIN, « Examen de premier clerc. Session septembre 1996 », *Defr.* 1997, n° 9, art. 36570, p. 577 ; N. LEVILLAIN et M.-C. FORGEARD, « Liquidation des successions », *Dalloz Référence*, 2013/2014, n° 321.45, p. 201 ; M. GRIMALDI, « Solution d'examen professionnel », *Defr.* 1986, art. 33706, note 23 ; *Defr.* 1987, art. 34014, note 29. V. notre proposition sur ce point : *infra*, n° 550 et s.

³ Ce trouble naît de l'utilisation même des vocables « présents » et « à venir ». Il vaudrait sans doute mieux parler de biens « dont la certitude est présente », ou « dont la certitude est à venir ».

⁴ Elle sera analysée en profondeur ultérieurement. V. *infra*, n°411 et s.

⁵ Dès lors, ce n'est plus dans l'objet que nous chercherons l'explication à la distinction issue de cet article.

rejoignent en partie. Ainsi, l'objet permet de distinguer efficacement l'avantage matrimonial des libéralités à cause de mort, legs et institutions contractuelles, mais opère en revanche un rapprochement avec les donations entre vifs. De surcroît, l'extension envisagée de la notion d'avantage matrimonial et le dépassement de la vision classique en un bénéfice reçu en qualité de copartageant permettent d'embrasser des objets plus nombreux que ceux de la libéralité. Plus qu'un droit, l'avantage pourrait alors consister en un pouvoir, ou en un autre droit que celui de la propriété ou ses démembrements.

201. Synthèse. L'analyse du *negotium* de l'acte a permis, à travers la compréhension des notions de déséquilibre économique et d'objet de la prestation, de mettre en avant des recoupements fondamentaux : l'avantage matrimonial peut consister en un déséquilibre économique et il porte sur des droits actuels affectés de modalités. Au-delà de cette avancée, l'étude démontre que le rapprochement trop fréquent des avantages matrimoniaux et des donations entre époux, opéré par le législateur lui-même à l'article 1527 du Code civil, conduit à considérer que les deux figures portent nécessairement sur le même objet et aboutissent systématiquement à un résultat similaire. Cet amalgame est réducteur de la richesse de la notion d'avantage matrimonial, qui peut par nature présenter des formes bien plus subtiles. Ainsi, l'appréhension systématique de l'avantage par l'exclusion de principe de sa nature libérale aboutit à se focaliser sur la similarité de leurs formes et effets et fausse, en la réduisant, la compréhension de la notion d'avantage matrimonial. Celui-ci est rarement étudié pour lui-même : sa confrontation à la libéralité est systématique, ce qui ne permet pas de rendre compte de l'étendue de son potentiel. Une plongée au cœur du vecteur matériel de la donation entre époux et de l'avantage matrimonial permettra d'en attester.

Section seconde : La détermination du vecteur matériel par l'analyse de l'instrumentum : le support de la transmission patrimoniale

202. Formalisme. L'analyse du formalisme trouve naturellement sa place au sein d'une étude sur les données matérielles. Ainsi que l'a écrit Monsieur NICOD, la forme et le fond se distinguent en ce que l'un « *est matériel et variable – c'est une enveloppe, un procédé sensible, un rite – alors que le second – qui touche à la substance de l'acte – est intellectuel et constant* »¹. La forme qu'emprunte la volonté pour accéder à la réalité juridique peut être qualifiée de vecteur, en ce sens que la volition se fonde dans un moule spécifique. Le mot latin *forma* désigne originellement le moule fondateur², soit un véhicule englobant une donnée immatérielle. Pour les libéralités et avantages matrimoniaux, l'importance du formalisme est indéniable : elle se traduit dans la lettre de la loi³. Dans les deux cas, la forme entretient des liens étroits et indispensables avec l'acte juridique lui-même, puisqu'elle conditionne sa validité et donc son accès à la vie juridique. Le formalisme étudié dans son rapport à l'acte pourra révéler des dissonances singulières entre les figures comparées (**Paragraphe premier**). La teneur des exigences formelles révèle des similitudes et des divergences : le formalisme dans l'acte juridique est source d'enseignements (**Paragraphe second**).

Paragraphe premier : Le formalisme et l'acte juridique

203. Actes juridiques. La libéralité et le régime matrimonial sont des actes juridiques : on ne peut donc prétendre expliquer l'étroite relation de leur validité aux formes qu'elles empruntent (B) sans exposer les lignes de force du droit privé français en matière de forme des conventions (A).

A. L'acte juridique à l'épreuve du formalisme

204. Consensualisme. En droit des obligations contractuelles, le consensualisme est la règle⁴. Les articles 1108 et 1134 du Code civil ont été interprétés quasi-unaniment comme

¹ M. NICOD, « Le formalisme en droit des libéralités », thèse Paris XII, 1992, éd. La Mouette, 2001, n° 31 p. 12. Nous soulignons.

² A. ERNOUET et A. MEILLET, « Dictionnaire étymologique de la langue latine », Paris, 1951 v° *Forme* ; M. NICOD, *op. cit.*, n° 22.

³ Principalement les articles 1394 et s. Cciv. pour les conventions matrimoniales, 931 Cciv. pour les donations entre vifs et 967 et s. Cciv. pour les libéralités testamentaires.

⁴ Cass. 3^{ème} civ., 12 juill. 1983 : Bull. civ. III, n° 165, p. 126. Sur le formalisme en droit des contrats civils, v. M.-A. GUERRIERO, « L'acte juridique solennel », thèse Toulouse, 1974, LGDJ 1975 ; J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in « Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle : études offertes à George Ripert », LGDJ 1950, t. I, p. 93 ; A. RIEG, « Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français », Travaux de l'Association H. CAPITANT, t. XX, 1968 ; J. MESTRE, « L'approche par le juge du

prolongeant la théorie de l'autonomie de la volonté en permettant à la simple rencontre des volontés de produire des effets de droit : le consentement seul suffit à obliger¹. Cependant le Code civil de 1804 n'est nullement anti-formaliste et ne dégage pas expressément le principe du consensualisme². C'est bien avant le XIX^{ème} siècle qu'il faut en rechercher l'émergence³. L'évolution du droit romain de la République à l'Empire témoigne d'un recul progressif du formalisme incarné par des formules sacramentelles telles que « *spondesne ? spondeo* »⁴ et l'émergence de contrats spéciaux et de contrats innommés plus consensuels⁵. Dans l'ancien droit français, le formalisme est encore présent et ne recule qu'au XI^{ème} siècle sous l'impulsion du droit canonique⁶ et de la pratique du serment religieux⁷. Le consensualisme est encore combattu au XVI^{ème} siècle, période qui traduit une sorte de lutte consciente entre les deux tendances⁸. Le consensualisme ne triomphe alors que modérément, grâce aux juristes de l'école des glossateurs et des postglossateurs qui interprétaient « *les textes du droit romain à la lumière des principes du droit canonique* »⁹. Le Code civil est donc l'héritier d'une lente évolution historique qui aboutit à une prédominance du consentement sur la forme qui lui sert de support. En réalité, le consensualisme ne doit pas être assimilé à l'absence totale de forme¹⁰. Il consiste plutôt dans la liberté de choisir les modes d'extériorisation de la volonté¹¹ : « *le consensualisme pur est dédié aux anges* »¹².

205. Le nécessaire formalisme. La doctrine s'accorde pour estimer que la forme est nécessaire à l'expression d'une volonté personnelle¹³. Déjà chez Grotius, théoricien de l'Ecole du droit de la Nature et des Gens selon qui le droit est une qualité morale et les règles sont déduites de la nature raisonnable, se trouve l'idée que le formalisme est nécessaire : « *Du côté de celui qui*

formalisme légal », RTD Civ., 1988, p. 329 et s.

¹ *Solus consensus obligat*.

² X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », JCP 1999, I, 170, n° 8.

³ V. J.-Ph. LÉVY, « Le consensualisme et les contrats, des origines au Code civil », Revue sciences morales et politiques, 1995, n° 209.

⁴ « *Jures-tu ?* » « *Je jure* ».

⁵ Mais le formalisme est demeuré le principe : « *ex nudo pacto actio non nascitur* », soit « le pacte nu ne fait naître aucune action ».

⁶ Opposant à la formule romaine le précepte : « *ex nudo pacto actio oritur* », soit « le pacte nu fait naître l'action ».

⁷ Qui était pourtant un acte formaliste !

⁸ Querelle opposant les canonistes aux romanistes.

⁹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y LEQUETTE, « Droit civil. Les obligations », Paris, Dalloz 2009, 10^{ème} éd., n° 130.

¹⁰ V. notamment F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y LEQUETTE, *op. cit.*, n° 128.

¹¹ M. NICOD, *op. cit.*, n° 15.

¹² M. DUPRÉ, « Contribution à une théorie générale des contrats spéciaux – Apports du principe de liberté contractuelle tempérée », thèse Toulouse, 2011, n° 125. L'auteur présente le formalisme comme une limite à la liberté contractuelle tempérée.

¹³ M. NICOD, *op. cit.*, n° 15 : « *force créatrice, la volition a besoin d'être extériorisée* » ; G. CORNU, « Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil, Les cours de droit », 1976, n° 247 : « *La volonté qui forme le contrat en droit français (...) n'est jamais un phénomène purement psychologique, un état d'âme, mais toujours une expression (écrite, orale, corporelle...).* Si intense soit-elle, une énergie mentale inexprimée n'engendre aucun acte juridique » ; L. JOSSERAND, « La désolennisation du testament », DH 1932, chron. p. 76 : « *une liberté extrême consumerait la*

donne, un acte intérieur de volonté ne suffit pas ; mais il faut en même temps ou des paroles ou d'autres signes extérieurs ; parce qu'un acte interne (...) ne convient pas à la nature de la société humaine ». De même, « du côté de celui à qui la chose est donnée – toute loi civile mise à part – on requiert de lui, selon le droit naturel, la volonté de recevoir, accompagnée d'un signe extérieur »¹. Le formalisme va plus loin que la simple exigence d'une forme : il conditionne la validité de l'acte juridique au respect d'un rite. Tel est le cas notamment de la constitution d'hypothèque², de la subrogation conventionnelle par la volonté du débiteur³, de la vente d'immeuble à construire⁴, etc. Aujourd'hui, il connaît un certain renouveau en droit de la consommation et permet une protection efficace du consommateur⁵.

206. Forme ou fond ? « Plus intuitive que rationnelle »⁶, la distinction entre le fond et la forme d'un acte juridique ne va pas sans difficulté. Certaines conditions imposées par la loi semblent intéresser autant le fond de l'acte que sa forme⁷. Selon le doyen CORNU, la forme correspond à « toute façon d'agir, toute manière de procéder qui préside à l'accomplissement d'un acte juridique ou au déroulement d'une série d'actes ». Elle est un « mode d'expression de la volonté »⁸. Trois significations juridiques de la notion de forme⁹ sont classiquement présentées : elle peut être une apparence, un mode de création ou une formalité. La troisième signification est généralement retenue : la forme est donc entendue dans un sens très restreint. Mais il nous semble cependant nécessaire d'accorder à ce terme une acception plus large, rejoignant le sens courant, dans la mesure où tous les actes juridiques ont nécessairement une forme : elle est donc avant tout une apparence et sa fonction est de faire passer la volonté personnelle du domaine des idées à celui de la matière, donc de la rendre contraignante. Il est parfois délicat de distinguer strictement la forme et le fond. Si la forme correspond à une donnée matérielle, elle n'est pas dénuée de lien

ruine de la liberté ».

¹ GROTIUS, « Le droit de la guerre et de la paix », trad. PRADIER-FODERE, PUF, Quadrige grands textes, 2005, p. 250 et s. Le terme « donner » est ici entendu comme objet de l'obligation (de donner), non sans le sens particulier de donation acte juridique. « Toute loi civile mise à part » démontre que ce n'est pas la loi qui crée la forme, mais que celle-ci préexiste.

² Article 2416 Cciv.

³ Article 1250 Cciv.

⁴ Article L. 261-10 et s. du Code de la construction et de l'habitation.

⁵ Notamment en matière de démarchage et de vente à domicile (Art. L. 121-23 C. conso.), ou de crédit à la consommation (Art. L. 312-2 C. conso.)

⁶ H. MEAU-LAUTOUR, « La donation déguisée en droit civil français », thèse Paris II, 1983, LGDJ, 1985, n° 340, p. 255.

⁷ Monsieur NICOD cite deux exemples : l'acceptation de la donation par le bénéficiaire (d'abord vu comme étant une condition de forme : *CA Limoges*, 31 juill. 1877 et *Cass. req.*, 3 déc. 1878 : DP 1879, I, p. 271, puis comme une condition de fond : *Cass. civ.*, 18 oct. 1909 : DP 1910, I, p. 462 ; S. 1911, p. 1489, note A. TISSIER ; M. NICOD, *op. cit.*, n° 37 et s.) et la prohibition des testaments conjonctifs (*ibid.*, n° 39). V. sur ce dernier point un arrêt récent selon lequel « dans l'ordre international, les règles qui gouvernent l'établissement d'un testament conjonctif sont des règles de forme » : *Cass. 1^{ère} civ.*, 21 nov. 2012, n° 10-17.365 et n° 10-30.845, *Juris-Data* n° 2012-026552 : JCP 2012, n° 1298 p. 2192, note A. DEVERS.

⁸ G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », association Henry Capitant, PUF 2000, 8^{ème} éd., v° *Forme*.

⁹ M. NICOD, *op. cit.*, n° 22.

avec l'élément intentionnel¹ dans la mesure où elle permet à celui-ci d'entrer dans la sphère juridique : elle la sert². Le critère de démarcation le plus pertinent nous semble être celui de la continuité : alors que les règles de fond sont immuables, sauf à disqualifier l'acte et à le priver de logique terminologique, les règles régissant la forme peuvent varier au gré des exigences du législateur³.

207. Forme et formalisme. Le formalisme juridique désigne en général « *l'aspect de quelque chose qui ne tient pas compte des autres aspects de celle-ci* »⁴. Appliqué à l'acte juridique, il consiste en la nécessité de respecter une forme pour en assurer la validité. La notion de forme semble donc légèrement différente de celle de « formalisme » dans la mesure où elle en est une composante. Il existe en effet des situations dans lesquelles une forme est imposée à l'acte sans que cela n'influe sur son existence juridique : on distingue traditionnellement les formes requises *ad validitatem* de celles prescrites *ad probationem* et *ad publicitatem*⁵. Il existe entre les trois des points communs, tels que les procédés employés – parmi lesquels l'écrit occupe une place de choix – et les buts recherchés⁶. Mais des différences fondamentales les divisent : l'analyse de la période à laquelle elles interviennent⁷ et de l'intensité de la sanction encourue⁸ démontrent que les unes intéressent la validité de l'acte⁹ alors que les deux autres n'agissent que sur ses effets¹⁰, bien que la notion de formalisme reste en toute hypothèse unitaire¹¹. S'il existe plusieurs sortes de formes, certains auteurs ont de cette notion une vision restrictive, avec l'objectif avoué de sauvegarder une certaine logique terminologique. Ainsi, selon Monsieur

¹ Sur l'idée que la forme ne peut jamais être dissociée du fond, v. J.-P. NIBOYET, « Traité de droit international privé français », t. V, 1^{ère} éd. n° 1450, p. 206 et E. BARTIN, « Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française », t. II, 1932, p. 475.

² *Forma dat esse rei* : la forme donne de l'être à la chose.

³ Si le législateur décidait d'imposer la présence de témoins pour la rédaction des donations notariées, la substance de l'acte n'en serait pas perturbée. Le critère est proposé par le professeur NICOD : cf. phrase précitée en annonce de section, *op. cit.*, n° 31 : l'un est variable, l'autre constant.

⁴ « Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit », 2^{ème} éd. LGDJ, 1993, v° *Formalisme juridique*.

⁵ Il existe cependant des formalités apparemment mixtes : tel était le cas de l'insinuation des donations. M. NICOD, *op. cit.*, n° 56.

⁶ Les formalités permettent toujours une facilité probatoire, en même temps qu'elles assurent une certaine publicité et protègent la volonté personnelle : M. NICOD, *op. cit.*, n° 51 et s.

⁷ Les formalités *ad validitatem* sont effectuées au moment de la naissance de l'acte juridique, les autres sont prescrites après. Ainsi, « *les formalités non solennelles n'écartent pas le principe du consensualisme, elles se contentent de lui apporter un tempérament a posteriori* », M. NICOD, *op. cit.*, n° 60.

⁸ La nullité de l'acte pour les formalités prescrites *ad validitatem* ; la difficulté, voire l'impossibilité probatoire pour celles prescrites *ad probationem* ; l'inopposabilité pour les formalités *ad publicitatem*.

⁹ Ainsi peut-on dire que la vente d'immeuble est consensuelle, puisque la sanction du défaut de publicité est l'inopposabilité. V. Cass. 1^{ère} civ., 27 nov. 1990 : Bull. civ. III, n° 255, p. 143.

¹⁰ Il existe cependant un adage assimilant l'absence de preuve à l'absence d'existence juridique : *idem est non esse et non probari*. Mais sa portée ne doit pas être exagérée : cette formule a essentiellement pour but de révéler l'importance de la preuve dans le système juridique et use pour ce faire d'une extrapolation. Elle sert davantage les praticiens que les théoriciens : les juges ne peuvent se fonder sur l'existence d'un acte ou d'un fait non-prouvé, de sorte qu'ils agissent fictivement comme si cet acte ou ce fait allégué n'existait pas.

¹¹ « *La grande diversité des formalités ne saurait, en effet, faire obstacle à une conception unitaire du formalisme* » : M. NICOD, *op. cit.*, n° 49 ; v. aussi, *ibid.*, n° 63.

NICOD, la forme est « *tout procédé d'extériorisation dont dépend la validité de la manifestation de volonté* », alors que le formalisme correspond, plus largement, à tout procédé incarnant la manifestation de volonté¹. Pour faciliter la compréhension, nous ne retiendrons pas ces subtilités et utiliserons les termes dans leur sens couramment employé en droit : la forme désignant l'apparence d'un acte juridique donné, le formalisme l'ensemble des formes prescrites par la loi, et l'acte juridique formaliste (ou solennité²) correspondant à la forme imposée à peine de nullité³.

En toute hypothèse, l'idée est commune d'une distinction de l'acte juridique formaliste (donc la forme à peine de nullité) au sein du formalisme en général englobant l'acte juridique (soit toutes les formes dont celles requises *ad validitatem*, *ad probationem* et *ad publicitatem*). En réalité, l'acte n'est proprement formaliste que si la forme est une condition de validité imposée par la loi⁴. Dans les autres cas, il n'est pas toujours dénué de formalisme (il peut avoir une forme imposée), mais celui-ci ne le pénètre pas suffisamment pour atteindre son existence juridique. Ce serait donc le degré d'importance du formalisme⁵ qui rendrait l'acte formaliste ou le ferait demeurer consensuel. Il faut en revenir à la grammaire la plus élémentaire pour bien percevoir la nuance entreprise : le terme « formalisme » utilisé en tant que nom commun englobe l'ensemble des formes légalement prescrites (les formalités), alors que le terme « formaliste », utilisé comme adjectif caractérisant l'acte, ne correspond qu'aux cas où la forme est une condition de validité⁶.

B. Libéralités entre époux et avantages matrimoniaux à l'épreuve du formalisme

208. Solennité et droit de la famille. Le « *droit solennel de la famille* » serait, selon le doyen CORNU, une constante qui concernerait divers domaines, dont le mariage, le contrat de mariage et les libéralités⁷. Régimes matrimoniaux, donations et testaments obéissent en effet à un formalisme *ad validitatem* qui en fait de véritables actes juridiques formalistes. La libéralité étant

¹ Ce faisant, l'auteur assimile la notion de « forme » à celle couramment admise de « formalisme juridique », c'est-à-dire qu'elle concernerait uniquement les actes formalistes. En revanche, l'auteur utilise le terme « règle de forme » pour désigner ce qui est communément entendu par forme, soit l'apparence que prend un acte, que cette apparence conditionne ou non sa validité : M. NICOD, *op. cit.*, n° 65.

² La solennité est la forme imposée à l'acte juridique formaliste, donc à peine de nullité. Elle se définit en effet comme une « *formalité particulière à l'accomplissement de laquelle est subordonnée la validité d'un acte* » ; cf. G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », association Henry Capitant, PUF 2000, 8^{ème} éd.

³ Nous entendons cependant le terme « formalité » de la même manière que le professeur NICOD, soit une « forme imposée » ; *ibid.*, n° 46.

⁴ *In sollemnibus forma data esse rei* : dans les actes solennels, la forme donne existence à l'acte.

⁵ Symbolisé, comme le remarque le professeur NICOD, par l'importance de la sanction et la période d'intervention.

⁶ L'acte formaliste est donc synonyme de solennité ; le formalisme englobe l'ensemble des formalités. Certaines formes sont prescrites par la loi (formalités) : c'est le formalisme. Au sein du formalisme, coexistent les actes formalistes (ou solennels : la forme est imposée pour la validité) et les actes non-formalistes (qui demeurent consensuels : la forme est imposée, mais pour d'autres raisons que la validité ; la publicité ou la preuve notamment). En ce sens, v. J. FLOUR, art. précit., n° 10.

⁷ G. CORNU, « Le fond et la forme dans le droit de la famille », *Annales de droit de Louvain*, t. XLIX, 1989, p. 259-260. Le contrat de mariage et les libéralités sont d'ailleurs deux des quatre actes juridiques solennels prévus par le Code civil de 1804 aux côtés de la constitution d'hypothèque et la subrogation conventionnelle par la volonté du

« subordonnée non seulement à une manifestation de volonté, mais encore au respect d'un rite préétabli »¹, la forme qu'elle revêt s'ajoute aux conditions de fond² et constitue une condition de validité à part entière. Le respect des conditions de forme du contrat de mariage, comme de celles de la libéralité est sanctionné par une nullité absolue³ qui fait obstacle à toute ratification par la volonté des parties⁴. Historiquement, c'est dans le pragmatique recours au notaire sous l'ancien droit français que se trouve l'origine des obligations formelles enchâssant le contrat de mariage. Le Code civil a repris à son compte cette pratique aux utilités indéniables⁵. S'agissant des libéralités, deux grandes ordonnances du chancelier D'AGUESSEAU ont posé le principe d'un formalisme *ad validitatem*⁶. Ces contraintes avaient un objectif affiché - mettre fin aux divergences jurisprudentielles selon les régions⁷ - et se distinguent en cela des formalités prescrites pour le contrat de mariage⁸, bien que dans les deux cas, c'est la coutume qui ait fait le

débiteur.

¹ M. NICOD, *op. cit.*, n° 6.

² Sur le formalisme des libéralités, v. notamment : E. BEKELYNC, « Étude critique du formalisme testamentaire », thèse Paris, 1967 ; J. DEBEAURAIN, « Les formes actuelles du don manuel », JCP N 1979, I, p. 276 ; R. SAVATIER : « La date du testament olographe », Rep. Gén. Not., 1932, art. 23038 ; « L'écriture du testament olographe », Rep. Gén. Not., 1934, art. 23918 ; « La signature du testament olographe », Rep. Gén. Not., 1936, art. 24588 ; A. TOULEMON, « L'évolution de la jurisprudence en matière de testament olographe », JCP 1969, I, 2285 ; G. WIEDERKEHR, « La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile », D. 1984, chron., p. 167.

³ Pour la nullité du contrat de mariage pour défaut de forme : G. CORNU, « Les régimes matrimoniaux », PUF, 9^{ème} éd. 1997, p. 182. ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, « Droit civil : les régimes matrimoniaux », Paris, Dalloz, 2011, 6^{ème} éd., n° 203 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, « Droit civil. Les régimes matrimoniaux » par P. RAYNAUD : Sirey, 2^{ème} éd. 1986, n° 126. Pour les donations : Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 1967 : D. 1967, p. 584, note A. BRETON ; JCP 1967, II, 15225, note R.-L. ; Cass. 1^{ère} civ., 26 janv. 1983 : Bull. civ. I, n° 39 ; R., p. 44 ; D. 1983, p. 317, note A. BRETON ; RTD Civ. 1983, p. 773, obs. J. PATARIN et p. 749, obs. F. CHABAS. Sur le testament, v. par exemple : Cass. civ., 18 mai 1936 : DH 1936, p. 345 ; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 1961 : JCP 1961, II, 12271, note M. TARABEUX. Quant à la nullité des donations entre vifs par acte sous-seing privé, v. Cass. civ., 7 févr. 1898 : DP 1901, I, p. 68 ; Cass. req., 23 oct. 1905 : DP 1906, I, p. 32 ; Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 1967 : JCP 1967, II, 15225. De même, nullité d'une donation entre vif pour défaut de signature : Cass. req., 29 juill. 1875 : DP 1876, I, p. 79.

⁴ S'agissant du contrat de mariage, les époux peuvent tout de même liquider leurs intérêts pécuniaires dans le cadre d'un divorce conformément aux dispositions du contrat nul ; mais il s'agit alors d'une convention nouvelle. Cass. 1^{ère} civ., 26 avr. 1869 : DP 1869, I, p. 246 ; S. 1869, I, p. 297. On a pu s'étonner que la libéralité, acte juridique qui traduit sans doute plus que tous les autres l'exercice d'une volonté individuelle, soit encadrée si strictement dans des contraintes solennelles : M. NICOD, *op. cit.*, n° 7. Cependant, un courant de pensée estime au contraire que le formalisme imposé *ad validitatem* sert l'expression de cette précieuse volonté : R. IHERING, « L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement », traduction O. DE MEULENAERE, t. III, 1877, 50, p. 157 : en droit romain la forme et la liberté entretiennent un rapport très particulier : « *la forme est la sœur jumelle de la liberté* » ; M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 14 ; H. MEAU-LAUTOUR, *op. cit.*, n° 354 et s. ; N. CHARDIN, « Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté », thèse Strasbourg, LGDJ 1988, n° 316 et s.

⁵ Ce n'est qu'au XVI^{ème} siècle qu'apparaît l'idée que le contrat de mariage fixe le régime matrimonial. Jusqu'alors, il servait à opérer des modifications ponctuelles sur le statut d'un bien ou à lister les apports de chacun.

⁶ Ordonnance de 1731 pour les donations entre vifs et de 1735 pour les testaments. V. H. REGNAULT, « Les ordonnances civiles du chancelier d'AGUESSEAU », t. I, « Les donations et l'ordonnance de 1731 », 1929 et t. II, « Les testaments et l'ordonnance de 1735 », 1935. Ces prescriptions ont traversé la Révolution (notamment la loi du 17 nivôse an II) et se sont retrouvées sous une forme presque intacte dans le Code civil de 1804 (loi du 13 floréal an XI).

⁷ M. NICOD, *op. cit.*, n° 79.

⁸ « Pour la forme, sans que jamais il n'y ait eu à ce sujet une disposition le rendant obligatoire, en fait, presque toujours, le contrat de mariage se fait dans l'ancien droit par-devant notaire. Seule l'intervention de celui-ci permettait d'obtenir les privilèges et hypothèques résultant de l'acte (...) c'est seulement le Code civil qui a rendu cette forme obligatoire », J-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, « Histoire du droit civil », Paris, Dalloz 2010, 2^{ème} éd., n° 1065, p.1401.

droit¹. Le point commun entre les deux est d'autant plus remarquable que le formalisme se présente comme une exception au principe du consensualisme gouvernant le droit des obligations contractuelles. Ainsi, ce n'est pas la nature d'acte juridique qui justifie cette similitude, mais bien une donnée supplémentaire qui les fédère et qu'il faut déterminer.

209. Le domaine du formalisme. S'il n'est pas contestable d'affirmer que testaments et donations sont sans exception des actes formalistes², tous les régimes matrimoniaux ne le sont pas. L'attractivité du régime dit légal tient en effet à son absence de contrainte formelle qui résulte du caractère supplétif de l'applicabilité de ce « *droit commun de la France* »³. La portée du formalisme est moindre en matière de régime matrimonial qu'en matière de libéralité : absolue dans le second cas, la règle est limitée aux régimes conventionnels dans le premier. Ce constat influe nécessairement sur la question du formalisme en lien avec l'avantage matrimonial. Si l'on admet qu'un avantage puisse résulter d'un régime de communauté réduite aux acquêts non-modifié, il faut conclure que tous les avantages matrimoniaux ne sont pas formalistes, puisqu'aucune formalité n'est imposée pour l'applicabilité du régime légal. Dans une optique contraire, la limitation du formalisme aux seuls régimes conventionnels est un argument de poids pour les partisans d'une vision de l'avantage matrimonial exclusive du régime légal : d'essence formaliste, l'avantage ne pourrait résulter d'un régime légal dénué de contrainte formelle. La limitation du formalisme en matière de régime matrimonial se justifie pleinement dans la mesure où il est plus qu'un acte juridique : c'est un effet du mariage. Or le mariage est lui-même formaliste, ce qui limite le domaine de l'exception que constitue le régime légal⁴. De surcroît, le rôle du formalisme peut expliquer cette limitation : ayant entre autres considérations pour objectif d'éclairer la volonté par la rencontre d'un professionnel⁵, la rigueur formelle perd de son utilité lorsque la loi elle-même garantit l'équilibre, la moralité et la justice d'un contrat qu'elle propose. En somme, le notaire n'a nul besoin d'être garant de l'équité de la convention puisque c'est la loi elle-même qui assure ce rôle. Le régime légal a été conçu pour convenir au plus de situations conjugales possibles et se caractérise par l'égalité de principe entre époux.

En définitive, la limitation du domaine du formalisme ne fait pas obstacle à la considération du régime matrimonial comme un acte solennel. Si les formalités prescrites pour le contrat de mariage à peine de nullité ne s'appliquent pas au régime dit légal, c'est parce que la particularité de ce régime et le rôle que veut lui faire tenir la loi au sein de l'organisation

¹ La plupart des pratiques sont inspirées du droit romain, telles que la présence de témoins.

² Même les dons manuels, donations déguisées et donations indirectes, présentées comme des exceptions au principe de l'article 931 du Code civil sont en réalité des actes formalistes.

³ Art. 1393 Cciv. *in fine*.

⁴ Le régime légal n'est donc pas totalement consensuel puisque le mariage impose le respect de rites.

⁵ V. *infra*, n° 222.

patrimoniale des couples justifient une telle dérogation. L'exception, relative ici, ne limite pas le fondement du principe.

210. L'objet du formalisme. Le formalisme concerne en principe l'acte lui-même, non ses effets. Envisager l'avantage matrimonial comme le simple résultat d'un acte juridique ne permet pas de le considérer formaliste : la solennité est imposée par la loi au régime matrimonial, non à l'avantage qui en est issu. En revanche, estimer que l'avantage s'analyse en un acte juridique, soit une partie du régime matrimonial, aboutit à un rapprochement inévitable avec la libéralité. En matière d'avantage matrimonial, il n'est exigé de formalité que parce que l'avantage résulte des dispositions du régime. Ce n'est donc pas l'avantage matrimonial en lui-même qui est soumis au formalisme, mais le *negotium* dont il est issu. Un régime matrimonial qui ne porterait aucun avantage n'en serait pas moins formaliste. L'origine du formalisme est donc fondamentalement différente dans les deux cas. Inhérente à l'acte dans libéralité, elle lui est consécutive dans l'avantage matrimonial. Ce dernier n'est formaliste que parce que le régime matrimonial et le mariage le sont.

211. Forme et effets. En matière de formalisme, on cherche en vain à distinguer l'acte de ses effets. Ceux-ci expliquent la contrainte formaliste. En effet, si libéralités et régimes matrimoniaux sont des actes solennels, c'est en raison de l'importance de leurs effets. Tel est le cas de la plupart des actes juridiques soumis à un formalisme¹, qu'il s'agisse de formalités de preuve, de publicité ou de validité. Sans entrer prématurément dans le détail de la fonction du formalisme, il faut bien noter qu'il concerne toujours des actes graves en raison de leurs effets. La gravité des effets est donc une donnée commune aux libéralités et régimes matrimoniaux et elle explique le formalisme imposé. Se dessinent alors une divergence et une convergence.

S'agissant de la divergence, la libéralité est un acte grave dans ses effets en raison de l'inéquivalence objective et subjective des prestations qui se traduit par la création ou la transmission définitive d'un droit. Au contraire, les effets du régime matrimonial sont importants parce qu'il représente la charte patrimoniale de la famille et que les époux y seront en principe soumis tout au long de leur existence commune. L'effet instantané et unilatéral de la libéralité ne peut s'assimiler aux effets successifs et synallagmatiques du régime matrimonial. La divergence tient à ce que les effets des deux actes ne sont pas graves pour la même raison. S'agissant de la convergence, elle tient justement dans la notion d'avantage matrimonial. Le régime peut, parfois, aboutir au transfert ou à la création définitive d'un droit et ainsi créer une inéquivalence objective

¹ « En réalité, derrière cette diversité se dissimule un même fil conducteur : en raison de la gravité de ces contrats, le législateur a voulu que le consentement des parties soit éclairé et réfléchi » : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, « Droit civil. Les obligations », Paris, Dalloz 2009, 10^{ème} éd., n° 143.

et subjective entre les parties. La convergence tient à ce que certains effets peuvent être graves pour les mêmes raisons. Mais le régime matrimonial n'est pas formaliste parce qu'il peut produire des avantages : il l'est parce qu'il constitue une charte à application temporelle étendue et au contenu contraignant. C'est aussi l'analyse des effets qui explique le recul relatif du formalisme s'agissant du régime légal. D'une part, en tant que charte familiale, ce régime produit des effets importants, mais ils sont légitimés par la loi qui le présente comme une référence. D'autre part si elle peut produire des inéquivalences objectives et subjectives¹, la communauté réduite aux acquêts n'en est pas le terrain le plus propice², au point que l'on doute de son aptitude à produire des avantages matrimoniaux. L'analyse permet de démontrer qu'il n'est sans doute pas opportun de ne voir dans l'avantage matrimonial qu'un résultat ou qu'un acte juridique : il est tout à la fois les deux.

212. Distinction des formalismes. Si libéralités et régimes matrimoniaux sont des actes formalistes, ils n'obéissent pas à un principe formaliste commun³. C'est la particularité de leurs effets propres qui justifie le recours à des règles formelles dans chacune des hypothèses. Il n'existe pas plus de similitudes, dans le rapport du formalisme à l'acte, entre libéralité et régime matrimonial qu'entre le contrat d'hébergement d'une personne âgée⁴ et le contrat d'apprentissage⁵. S'ils présentent pour point commun d'être formalistes, ils ne le sont pas pour les mêmes raisons. L'Histoire le démontre bien : alors que le formalisme propre au contrat de mariage participe d'une démarche volontaire des justiciables qui fut intégrée par le Droit⁶, celui des libéralités est nettement politique : il fut d'ailleurs contesté⁷ depuis les ordonnances d'AGUESSEAU⁸, pendant la Révolution⁹ et en particulier sous la Convention¹⁰. En somme, il paraît plus naturel de recourir à des formes particulières pour le contrat de mariage que pour la donation. L'analyse du contenu et des justifications de ces formes particulières permettra de renforcer ce constat.

¹ Résultant d'une contribution inégale à l'enrichissement commun par exemple, peu important la qualification en avantage matrimonial. Sur la question des avantages matrimoniaux en régime légal, v. *infra*, n° 374 et s.

² Les règles des récompenses permettent de limiter les effets de la mise en communauté, de même que les catégories de biens propres, qui sont loin d'être marginales en pratique.

³ Même si, dans l'hypothèse des donations enchâssées dans le contrat de mariage, le formalisme du contrat de mariage peut suffire à assurer la validité formelle de la donation.

⁴ L. 24 janvier 1997, art. 8 *ter*.

⁵ Art. L. 6222-4 Code du travail.

⁶ On pourrait presque parler de codification à droit constant.

⁷ Toutefois ces contestations restèrent sommaires et peu nombreuses : M. NICOD, *op. cit.*, n° 86.

⁸ M. NICOD, *op. cit.*, n° 80 et s.

⁹ Sect. Civ. 25 fructidor an XI ; Req. 8 frimaire an XIII, Merlin de DOUAI, « Recueil alphabétique des questions de droit », v° *don manuel*, 5, p. 441.

¹⁰ Premier projet CAMBACERES, 1793.

Paragraphe second : Le formalisme dans l'acte juridique

213. Formalités révélatrices. Il serait fastidieux et inutile de présenter une liste complète des formalités requises pour la formation d'une libéralité et d'un contrat de mariage. Seules seront présentées celles qui, requises *ad validitatem*, permettent d'attester d'une convergence ou d'une divergence des procédés. Il ne faut pas en effet perdre de vue que la forme est imposée pour des raisons précises tenant principalement au respect de la volonté. L'analyse du contenu des exigences formelles indépendamment de la volonté du sujet (A) précèdera celle de leurs fonctions au service de cette volonté (B).

A. Le contenu du formalisme : la forme indépendante de la volonté

214. Le formalisme préalable : les conditions de forme du mariage. Libéralités entre époux et avantages matrimoniaux présentent pour point commun d'intervenir entre deux époux. Or le mariage est lui-même un acte solennel. Pour mémoire, il convient de rappeler que des formalités sont préalables au mariage tandis que d'autres concernent la célébration¹. S'agissant des premières, il faut noter principalement la remise de certaines pièces à l'officier d'état civil², l'audition des époux³ et la publication des bans⁴. Concernant les secondes, on rappellera la nécessité d'une célébration publique à la mairie du domicile des époux⁵, la présence des deux époux⁶ et des témoins⁷, la lecture des articles 212, 213, 214, 215 et 220 du Code civil⁸, l'interpellation des futurs époux sur le contrat de mariage, la déclaration de se prendre pour mari et femme, le prononcé de l'union et l'établissement d'un acte de mariage⁹. L'accomplissement de ces formalités est bien plus prépondérant pour l'efficacité des avantages matrimoniaux que pour celle des libéralités. En effet, la libéralité entre époux n'est pas soumise à la validité du mariage. La seule conséquence du mariage sur la libéralité est la dénomination du bénéficiaire : il sera un époux, non un tiers *lambda*. Il en résultera des conséquences sur le régime juridique applicable, mais pas sur la validité de l'opération. En revanche, le régime matrimonial n'étant pas viable hors

¹ Articles 63 et s. Cciv. pour les premières ; articles 165 et s. Cciv. pour les secondes.

² Articles 70 et 71 Cciv. : copie intégrale de l'acte de naissance ou acte de notoriété, pièce d'identité, informations relatives aux noms, prénoms, date et lieu de naissance, profession et domicile des témoins, autorisation pour les futurs époux mineurs.

³ Elle est cependant facultative : article 63 Cciv.

⁴ Article 63 Cciv. Cette dernière condition n'est prescrite qu'à titre de publicité : elle n'entraîne pas la nullité du mariage et peut faire l'objet de dispenses (art. 169 Cciv.). Cf. E. LEVY « De la publication du mariage », RTD Civ. 1912, p. 907.

⁵ Sauf dispense. Article 165 Cciv.

⁶ Même pour les mariages célébrés à l'étranger. Article 146-1 Cciv. issu de la loi n° 93-1027 du 24 août 1993. Cette règle est cependant assimilée à une condition de fond.

⁷ Article 37 Cciv.

⁸ Article 75 Cciv.

⁹ Article 76 Cciv.

du mariage¹, il ne peut exister d'avantage matrimonial si les formalités nécessaires à la validité du mariage ne sont pas accomplies. Ainsi retrouve-t-on, s'agissant de la forme, le lien très étroit qui unit les avantages matrimoniaux au mariage. Cette relation n'est pas aussi intense en matière de libéralités entre époux. En somme, le formalisme nécessaire à la validité du mariage est une composante à part entière du formalisme imposé au régime matrimonial et donc à l'avantage qui en est issu.

215. Conditions de forme du contrat de mariage. Les formalités *ad validitatem* du contrat de mariage² sont généralement présentées sous la forme d'un triptyque³ : il doit s'agir d'un acte authentique passé devant notaire, les parties doivent être présentes ou représentées et les consentements doivent être exprimés simultanément. S'agissant de l'exigence d'un acte notarié, des contraintes spéciales sont assimilables à cette condition de forme⁴, comme par exemple la remise, au moment de la signature, d'un certificat contenant diverses indications⁵ à remettre à l'officier d'état civil avant la célébration du mariage. Quant à la présence des deux parties, un assouplissement conséquent est apporté par la possibilité de se faire représenter, à condition que le représentant soit investi d'une procuration spéciale et authentique⁶. La simultanéité des consentements est garantie par l'unicité de la date et la signature des parties, qui s'assimilent donc à des conditions solennelles. Il s'agit bien d'une condition « de forme » et non « de fond » dans la mesure où elle fait échec à la théorie de l'émission de l'acceptation en droit commun des contrats⁷, sans remettre en cause l'exigence d'une rencontre des volontés. Ces trois conditions de forme sont prescrites à peine de nullité⁸. Elles se distinguent donc très nettement des autres formalités qui s'assimilent à des règles de publicité⁹ telles que la mention du contrat de mariage

¹ Cette proximité entre régime matrimonial et accomplissement des conditions de forme et de fond du mariage est particulièrement marquée pour le régime dit légal dont l'applicabilité n'est assujettie à aucune autre forme que celles prescrites pour la validité du mariage. C'est au contraire l'absence de formalité supplémentaire (contrat de mariage prévoyant un régime conventionnel) qui commande à l'application du régime de communauté réduite aux acquêts.

² V. sur cette question : A. RIEG et F. LOTZ, « La publicité en matière de régimes matrimoniaux, une institution à réformer », JCP N 1973, p. 2570.

³ Article 1394 Cciv.

⁴ La conservation de l'acte en minute n'est pas expressément prévue par la loi mais s'est imposée en pratique.

⁵ Nom, prénom et lieu de résidence du notaire ; noms, prénoms, qualités et demeures des futurs époux ; date du contrat et indication que le certificat doit être remis à l'officier d'état civil.

⁶ Cass. civ., 29 mai 1854 : DP 1854, I, p. 207 ; S. 1854, I, p. 437 ; Cass. 1^{ère} civ., 5 févr. 1957 : JCP 1957, II, 10051, note A. COLOMER.

⁷ Cass. com., 7 janv. 1981 : Bull. civ. IV, n° 14 ; GAJC, 11^{ème} éd. n° 144-145 (II) ; RTD Civ. 1981, p. 849, obs. F. CHABAS. Il ne s'agit donc pas d'une dérogation à la règle de la rencontre des consentements, mais bien une exigence supplémentaire que ces consentements soient exprimés simultanément devant le notaire.

⁸ Pour l'intervention du notaire : G. CORNU, « Les régimes matrimoniaux », PUF, 9^{ème} éd. 1997, p. 182. ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, « Droit civil : les régimes matrimoniaux », Paris, Dalloz, 2011, 6^{ème} éd., n° 203. G. MARTY et P. RAYNAUD, « Droit civil. Les régimes matrimoniaux » par P. RAYNAUD : Sirey, 2^{ème} éd. 1986, n° 126. Pour la simultanéité de la présence des parties et des consentements : Cass. civ., 6 avr. 1856 : S. 1859, I, p. 17 ; Cass. civ., 6 nov. 1895 : S. 1896, I, p. 5 ; DP 1897, I, p. 25.

⁹ Pour un exposé historique de ces conditions, cf. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 205 et s.

dans l'acte de mariage¹ ou le régime particulier de la publicité foncière². Elles se distinguent aussi des conditions de fond telles que l'antériorité du contrat de mariage par rapport à la célébration du mariage³, la réunion des conditions nécessaires à la validité de toute convention⁴, ou la célébration effective du mariage⁵.

216. La libéralité par acte authentique. S'agissant des legs, trois formes testamentaires nécessitent l'intervention du notaire. Le testament par acte public⁶, le testament mystique⁷ et le testament dit « international »⁸ obéissent chacun à des conditions de forme qui leur sont propres. Même lorsqu'il n'est pas un acte authentique, le testament symbolise classiquement le formalisme inhérent à la libéralité, dans la mesure où aucune dérogation jurisprudentielle n'a été admise⁹. L'authenticité est également consubstantielle aux donations entre vifs : l'article 931 du Code civil exige en principe la rédaction de l'acte devant notaire et sa conservation en minute. La forme imposée est ici prépondérante. Elle étend ses effets aux institutions contractuelles, offrant ainsi un critère efficace de démarcation entre la donation de biens à venir et le legs¹⁰. Les exigences de forme à peine de nullité pour la donation sont au nombre de trois¹¹ : l'intervention d'un notaire¹² territorialement compétent¹ pour donner force authentique à l'acte, la rédaction en

¹ Article 76 Cciv. et 1394 al. 3 Cciv. La sanction est l'inopposabilité : à l'égard des tiers, les époux sont réputés mariés sous le régime de communauté réduite aux acquêts à moins que « dans les actes passés avec les tiers, ils n'aient déclaré avoir fait un contrat de mariage ».

² Une publication à la conservation des hypothèques doit être effectuée lorsque, par exemple, le contrat de mariage contient une constitution de dot ou une donation de bien présent sur un immeuble, ou encore lors de la mise en communauté d'un bien immobilier : CA Paris, 2^{ème} ch. B, 20 oct. 2005, n° 05/09277 : AJ Fam. 2006, p. 165, note P. HILT ; V. aussi CA Paris, 13 sept. 2001 : Defr. 2002, art. 37565-41, p. 829, note S. PIEDELIEVRE.

³ Article 1395 Cciv. Cette règle est liée au principe d'immutabilité des conventions matrimoniales.

⁴ Article 1108 Cciv.

⁵ L'absence de célébration du mariage rend le contrat de mariage caduc ; il est en effet un contrat particulier, considéré comme accessoire au mariage. En témoignent les anciennes dénominations du contrat de mariage : « pacte de famille », « charte pécuniaire du ménage », « acte réglementaire » : Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, « Les régimes matrimoniaux », Paris, Defrénois, 2010, 3^{ème} éd., n° 205 et s.

⁶ Article 971 Cciv.

⁷ Article 976 Cciv.

⁸ Convention de Washington du 26 oct. 1973 portant loi uniforme sur la forme d'un testament international ; décret n° 94-990 du 8 nov. 1994 (JO 16 nov. 1994) ; loi n° 94-337 du 29 avr. 1994.

⁹ La jurisprudence a admis des tempéraments à certaines contraintes formelles particulières. Ainsi pour le testament olographe, une date incomplète peut être reconstituée par des éléments intrinsèques : Cass. req., 4 juin 1934 : DH 1934, p. 460 ; Cass. req., 8 déc. 1936 : DH 1937, p. 52 ; ou par des éléments extrinsèques à l'acte. L'absence de date n'entraîne pas *ipso facto* la nullité du testament si peut être reconstituée une période au cours de laquelle il est établi que le testateur n'a pas été frappé d'incapacité et n'a pas révoqué le testament : Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2007 : Bull. civ. I, n° 182 ; D. 2007, chron. 2330, n° 3, obs. P. CHAUVIN, et pan. 2135, obs. M. NICOD ; Defr. 2007, p. 1432, note M. BEAUBRUN ; AJ Fam. 2007, p. 315, obs. F. BICHERON ; Dr. Fam. 2007, n° 131, note B. BEIGNIER ; RJP 2007-8/42, obs. J. CASEY ; RTD Civ. 2007, p. 604, obs. M. GRIMALDI. Des assouplissements ont aussi été apportés à l'exigence de la signature : Cass. 1^{ère} civ., 5 oct. 1959 : D. 1959, p. 507, note G. HOLLEAUX ; JCP 1959, II, 11323, note P. VOIRIN.

¹⁰ Les institutions contractuelles sont assimilées dans leurs effets aux libéralités testamentaires. Il s'agit pourtant de véritables donations dans la mesure où elles consistent en un contrat et empruntent le formalisme de l'article 931 du Code civil sans dérogation possible : il ne peut exister de don manuel, donation indirecte ou déguisée à cause de mort. Cass. 1^{ère} civ., 10 févr. 1998, n° 96-12.501 : JCP N 1998, n° 10, p. 342, JCP 1998, n° 12 p. 475 et n° 14 p. 625.

¹¹ L'acte doit cependant être conforme aux dispositions du décret n° 71-941 du 26 nov. 1971.

¹² Le texte emploie le pluriel, mais la présence d'un seul notaire suffit depuis la loi n° 66-1012 du 28 déc. 1966 (D.

minute² et la production d'un état estimatif des meubles³. Les formalités sont donc moindres que pour le contrat de mariage : par exemple, la signature de chacune des parties peut intervenir à des dates différentes, dans la mesure où la simultanéité des consentements n'est pas requise⁴. Cela explique qu'une donation puisse être contenue dans un contrat de mariage : se conformer aux formalités prévues pour le contrat de mariage revient *a fortiori* à respecter les exigences de l'article 931 du Code civil⁵, en se soumettant volontairement à des formalités supplémentaires qui ne sont pas indispensables. Or il ne peut être reproché aux époux de rechercher plus de sécurité juridique en se soumettant à une contrainte formaliste plus dense, ne serait-ce que pour se ménager une preuve.

L'assimilation de l'*instrumentum* a cependant ses limites : le contrat de mariage ne peut accueillir de legs. Cela s'explique par l'analyse des particularités de fond : le legs est avant tout une manifestation de volonté unilatérale dont la forme testamentaire et la prohibition des testaments conjonctifs sont les garants. En revanche, la donation est un contrat qui accueille la rencontre de deux volontés. De surcroît, les dispositions à cause de mort sont empreintes d'une intention particulière, *l'animus testandi*, qui trouve mal sa place dans le contrat de mariage qui a pour but d'organiser la vie future et non de prévoir les conséquences patrimoniales du décès. La convergence des *instrumentum*, en pratique attrayante⁶, est source de difficultés pour le juriste confronté à une opération de qualification : elle implique d'isoler, à l'intérieur de l'acte, les dispositions intéressant le régime matrimonial des données libérales.

217. Divergence de forme. La diversité formelle de la libéralité révèle une divergence entre libéralités entre époux et avantages matrimoniaux : alors que l'authenticité de l'acte est une condition infaillible en matière de régime matrimonial⁷, il existe de nombreuses exceptions en matière libérale. Le droit des libéralités connaît en effet un phénomène de libéralisation des formes⁸ inconnu du droit des régimes matrimoniaux. D'une part, la dualité des figures libérales a

1967, p. 33) qui a modifié l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI, sauf, selon cette loi lorsque « *les parties ou l'une d'elles ne sauront ou ne pourront signer* » (Art. 9-3).

¹ Article 1317 Cciv.

² Ce qui suppose donc que le notaire recueille le consentement des parties et dresse un acte instrumentaire daté et signé par lui et les parties. La signature du notaire doit intervenir après celle des parties : Cass. civ., 19 août 1845 : DP 1845, I, p. 378.

³ Article 948 Cciv. Mais cette condition est appréciée souplesment : l'état estimatif n'a pas besoin d'être authentique et il peut y être suppléé par « *tout acte pouvant fixer, de manière invariable, la consistance et la valeur des objets donnés* » : Cass. req., 11 avr. 1854 : DP, I, p. 246.

⁴ CA Caen, 25 janv. 1845 : Journ. not. 1846, art. 12630. Article 932 al 2 Cciv.

⁵ Seule l'exigence d'une rédaction en minute est une formalité supplémentaire de la donation qui n'est pas prescrite pour les contrats de mariage. Cependant la pratique notariale y a systématiquement recours.

⁶ Il est intéressant pour les époux de saisir l'occasion d'une rencontre avec un notaire pour concrétiser tous les actes qu'ils projetaient d'effectuer : donation, vente, reconnaissance de dette, etc. Cela permet une réduction des coûts et un gain de temps peu négligeables.

⁷ Sauf s'agissant du régime dit légal.

⁸ Parfois déploré par la doctrine. M. NICOD, *op. cit.*, n° 484 : « *La liberté des formes, qui est une source d'insécurité,*

toujours imposé une diversité formelle : la donation et le testament, tous deux entendus comme *instrumentum*, obéissent à des règles de forme différentes adaptées au contenu de leurs effets. Mais s'agissant des avantages matrimoniaux, aucune sous-distinction connue n'aboutit à une divergence de formes¹. D'autre part, il existe une diversité formelle interne aux sous-catégories. Alors que le testament pourra être olographe, mystique, authentique ou sous forme dite « internationale », la donation peut être notariée, manuelle², déguisée³ ou indirecte⁴. En effet, la véritable portée de l'article 931 du Code civil est aujourd'hui de prohiber les donations ostensibles par acte sous-seing privé, non d'exclure toute forme non-authentique. Le formalisme ne disparaît pas⁵, mais il s'incarne davantage dans une condition particulière à une subdivision de la catégorie de donation que dans une solennité générale. En quelque sorte, on passe de l'exigence d'une formalité à l'exigence d'une forme. Celle-ci est alors entendue dans ses trois acceptions, sans que l'une ne prime sur l'autre : le mode de création de la donation révèle une apparence particulière et constitue la formalité nécessaire. La multiplication des formes de donner est indispensable pour que la donation demeure attractive. Les exceptions à l'article 931 du Code civil sont soumises à un régime fiscal qui leur est propre⁶. S'agissant de notre étude, les donations déguisées et indirectes attisent les conflits catégoriques : en se dispensant d'une forme notariée qui aboutirait à nommer l'acte et en se concentrant sur les conditions de fond des libéralités, qui peuvent être similaires à celles des avantages matrimoniaux, le terrain de la confusion est favorisé. D'autant que ces deux figures nécessitent, pour se réaliser, le support d'un acte juridique quel qu'il soit⁷. Il

de contestations, risque à terme de tuer la liberté de gratifier ». V. aussi M. DAGOT, « Des donations non solennelles », JCP 2000, I, 248.

¹ Cela tient sans doute à l'unité de l'objet des avantages matrimoniaux (droits actuels), par opposition à la dualité d'objet des libéralités (droits actuels ou droits éventuels).

² Le don manuel suppose la tradition de la chose donnée *de manu ad manum*, ce qui assure la dépossession actuelle et irrévocable. Cass. 1^{ère} civ., 11 juill. 1960 : D. 1960, p. 702, note P. VOIRIN ; Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 1996 : D. 1997, somm. 365, obs. M. NICOD. N. PETERKA, « Les dons manuels », thèse Paris II, 1999, LGDJ, 2001 ; J. DEBEAURAIN, « Les formes modernes du don manuel », JCP N 1979, I, 276.

³ Cass. req., 16 août 1853 : DP 1854, I, p. 390 ; Cass. 1^{ère} civ., 5 oct. 1960 : Bull. civ. I, n° 419. V. H. MEAULAUTOUR, « La donation déguisée en droit privé français. Contribution à l'étude générale de la donation », thèse Paris II, 1983, LGDJ, 1985.

⁴ Cass. req., 15 nov. 1858 : D. 1858, I, p. 433 ; Cass. 1^{ère} civ., 27 nov. 1961 : Bull. civ. I, n° 553. V. Th. TAURAN, « La subtile distinction entre les donations indirectes et les donations déguisées », RRJ 2011, n° 2, p. 609 ; R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », Defr. 2000, art. 37273, p. 1409 ; I. NAJJAR, « Donations déguisées ou indirectes en droit français », D. 1995, chron., 115.

⁵ « *Le déguisement, la tradition, sont des substituts de la forme comme mode de protection de la volonté* » : J. FLOUR, art. précit., n° 17, p. 110-111.

⁶ Le don manuel n'est taxable que dans quatre hypothèses : reconnaissance volontaire de la part du donataire ou reconnaissance judiciaire (art. 757 CGI), rappel au titre d'une nouvelle donation intervenant entre les mêmes parties ou de la succession du donateur (art. 784 CGI), révélation du don à l'administration fiscale (art. 757 CGI). Les donations indirectes et déguisées sont fiscalement soumises aux dispositions de l'article 1729 du Code général des impôts et de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales.

⁷ La donation indirecte nécessite le recours à un acte juridique translatif qui lui sert de support : Cass. 1^{ère} civ., 20 nov. 1984 : Bull. civ. I, n° 312 ; JCP 1986, II, 20571, note M. DAGOT.

devient alors délicat de distinguer les effets produits par le régime et ceux qui émanent d'un acte qui s'en sert de support. La nécessité d'un *criterium* efficient se fait ressentir¹.

218. Formalisme du *mutuus dissensus*². Certes, les actes comparés ne sont pas placés sur un pied d'égalité s'agissant des conditions de leurs révocations respectives. Le testament est librement révocable, tout comme la donation de biens à venir, mais la donation entre vifs est en principe irrévocable. Quant aux avantages matrimoniaux, ils ne peuvent être révoqués que par une modification du contrat de mariage respectueuse des impératifs fixés à l'article 1397 du Code civil³, encore qu'ils n'aient pas pris effet. Cependant l'hypothèse d'une révocation n'est jamais totalement exclue, même reléguée au titre d'exception. Cela est particulièrement vrai pour les donations entre époux. Rappelons que toutes les donations entre vifs consenties entre époux avant le 1^{er} janvier 2005⁴ sont soumises à une révocabilité *ad nutum*⁵, de même que les donations de biens présents entre époux ne prenant pas effet au cours du mariage⁶. Comme les donations entre vifs de droit commun, elles sont également révocables pour les causes légalement prescrites⁷.

D'une manière générale, la révocation d'une libéralité est moins contraignante d'un point de vue formel⁸ que celle des avantages matrimoniaux⁹. Mais cette divergence s'explique aisément par des considérations de fond déjà abordées : le régime matrimonial se présente comme un contrat synallagmatique¹⁰ alors que la donation est un contrat unilatéral. Mais cela n'explique pas tout : assortie d'une charge, la donation devient synallagmatique. C'est encore une fois dans l'importance des effets de l'acte que l'on trouvera l'explication de la divergence. Le régime est une charte régissant la vie matrimoniale sur la durée. La libéralité n'intervient qu'en un instant

¹ F. LUCET consacre d'ailleurs de nombreux développements à ces deux catégories dans le cadre de son étude des rapports entre libéralités entre époux et régimes matrimoniaux. Il s'agit en effet d'une étape nécessaire au tracé d'une frontière claire. F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987.

² Nous n'abordons ici que la révocation d'origine conventionnelle, non celle légalement prévue en cas de divorce qui s'opère de manière systématique, donc dispensée de formalisme (article 265 Cciv.).

³ Le principe demeurant l'immutabilité du régime matrimonial (art. 1396 al 3 Cciv.).

⁴ Date d'entrée en vigueur de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 portant réforme du divorce.

⁵ Article 1096 anc. Cciv.

⁶ Sur cette question, v. *infra*, n° 460 et s.

⁷ Les causes légales de révocation des donations sont l'ingratitude (art. 955 et s. Cciv.), l'inexécution des conditions (art. 954 Cciv.) et la survenance d'enfants (art. 960 et s. Cciv.). Cette dernière hypothèse ne concerne pas les donations entre époux (article 1096 al. 3 Cciv.)

⁸ La révocation d'un testament ou d'une donation révocable *ad nutum* n'implique aucun parallélisme des formes et peut même être tacite, mais elle est tout de même formaliste, dans la mesure où la volonté révocatoire doit être matérialisée dans un acte. Cependant la rétractation de l'acceptation est soumise au parallélisme des formes : Cass. 1^{ère} civ., 2 juin 1970 : Bull. civ. I, n° 187 ; JCP 1972, II, 17095, note M. DAGOT ; Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2006 : Bull. civ. I, n° 289 ; Defr. 2006, art. 38496, note B. GELOT, D. 2007, pan. 2134, obs. M. NICOD. Cette exigence n'est pas étendue à la renonciation par le donateur à une charge ou une clause stipulée à son profit : Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1996 : Defr. 1997, art. 36682, note B. GELOT ; Cass. 1^{ère} civ., 5 avr. 2005 : Bull. civ. I, n° 168 ; D. 2005, pan. 2123, obs. B. BEIGNIER.

⁹ L'article 1397 Cciv. prévoit une procédure spécifique et des conditions de fond particulières. Bien que la procédure ait été partiellement déjudiciarisée et allégée par la réforme du 23 juin 2006, le formalisme demeure.

¹⁰ Le régime matrimonial peut cependant contenir des stipulations unilatérales, telles des clauses de partage inégal au bénéfice d'un époux désigné.

donné, son effet est instantané¹. C'est d'ailleurs l'inclusion d'actes extérieurs dans cette charte qui commande l'extension du principe d'immutabilité et donc l'alignement des conditions formelles de révocation². En la matière, toute la spécificité de la contrainte formelle s'explique par l'immutabilité des conventions matrimoniales. Il n'est pas exclu que l'avenir voit se consacrer un rapprochement des donations entre époux et avantages matrimoniaux, en raison de l'irrévocabilité croissante des donations entre époux et de l'affaiblissement du principe d'immutabilité du régime matrimonial³. L'antique frontière entre donations librement révocables et avantages immeubles tend à s'assouplir des deux côtés.

B. La fonction du formalisme : la forme au service de la volonté

219. Le formalisme utilitaire. Le formalisme n'est pas dénué de finalité et son degré d'importance est variable en fonction de l'acte juridique auquel il s'applique car certaines manifestations de volonté en ont davantage besoin que d'autres. La sanction du formalisme traduit son impérativité : « *entre les finalités et les sanctions du formalisme, il y a donc un enchaînement* »⁴, preuve qu'une fonction bien précise lui est attribuée, comme pour toute condition de validité. Il est placé au service de la volonté dont il est le support. L'histoire des actes juridiques témoigne d'une évolution : au formalisme objectif (la forme sans la volonté) s'est progressivement substitué un formalisme subjectif (la volonté par la forme)⁵. Devenu utilitaire et réfléchi⁶, le formalisme « *s'analyse à présent comme une technique volontariste* »⁷. Même s'il lui arrive parfois de la desservir, il est garant de la volonté⁸. Selon certains, il existerait, au sein du formalisme en général, trois catégories de règles de formes correspondant à trois justifications : attirer l'attention des parties par la forme ou la mention de l'acte, obtenir une sécurité et une rapidité par l'emploi de titres stéréotypés et protéger les tiers par la publicité⁹. S'agissant du

¹ Sauf recours à des mécanismes impliquant des exécutions successives, tels que la rente.

² Ainsi les institutions contractuelles, librement révocables par principe, sont soumises à l'immutabilité lorsqu'elles sont consenties par contrat de mariage. Elles sont même exceptionnellement irrévocables « *en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la donation...* » (Art. 1083 Cciv.). V. *infra*, n° 473.

³ Sur le changement de régime matrimonial, v. M. PARQUET, « Le changement de régime matrimonial comme instrument de stratégie patrimoniale », thèse Paris II, 2005.

⁴ G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Defr.* 2000, n° 15, art. 37209, p. 880.

⁵ M. NICOD, *op. cit.*, n° 11.

⁶ F. GENY, « Sciences et Technique en droit privé positif », 1921, t. III, n° 203, p. 103.

⁷ M. NICOD, *op. cit.*, n° 15.

⁸ « *Depuis que le formalisme primitif (...) a cédé la place au formalisme moderne, la forme n'a d'autre but que d'assurer la protection des intérêts de fond* », M. NICOD, *op. cit.*, n° 34. De même, selon Monsieur COURTIER, il vise à protéger « *les répercussions de fait sur le statut social des personnes* », G. COUTURIER, art. précit., n° 15-16, p.880 et s. V. aussi L. AYNÈS, « Formalisme et prévention », in « Le droit du crédit au consommateur », Litec 1982.

⁹ J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in « Le droit français au milieu du XX^{ème} siècle », LGDJ 1950, t. I, p. 93

formalisme *ad validitatem* des libéralités, Monsieur NICOD a démontré qu'il servait la volonté¹ à deux niveaux : il permet d'abord son extériorisation et s'assure ensuite de sa protection. La confrontation avec les avantages matrimoniaux pourra s'opérer selon ce schéma.

220. L'extériorisation de la volonté : « connaître et comprendre la convention »². La forme est avant tout un moule qui permet l'expression d'une volonté personnelle, un cadre dans lequel elle prend corps et force juridique. Il s'agit ici de la fonction primaire de la forme, entendue dans un sens large. Elle permet de garantir le respect des conditions de fond, au premier rang desquelles figurent, pour la donation entre vifs, les caractères actuel et irrévocable du dépouillement. L'authenticité n'est pas l'unique moyen de parvenir à cette garantie : les formes non écrites de donations de biens présents ont été consacrées par la jurisprudence parce qu'elles permettent de s'assurer que la transmission était immédiate et irrémédiable³. C'est à cette seule condition qu'une remise matérielle peut constituer un don manuel⁴. Il en est de même en matière de donations déguisées et indirectes⁵. Des critiques ont pu être formulées contre cette vision⁶ : les modes non-authentiques ne seraient pas équivalents aux formes légalement prescrites, notamment s'agissant de l'information et du conseil du notaire et ne permettraient pas de garantir l'irrévocabilité et le caractère actuel de la donation, comme en témoigne l'utilisation d'actes empreints de potestativité⁷. Cependant, le recours au notaire en matière de libéralité a pour

¹ D'autres auteurs rattachent le formalisme à des considérations plus concrètes. Selon TRONCHET, il va de pair avec la réserve : l'un est d'ordre quantitatif, l'autre d'autre qualitatif mais tous deux permettent de limiter la privation des espérances des héritiers *ab intestat* par libéralité. TRONCHET cité par P.-A. FENET, « Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil », Paris, 1827, t. XII, p. 389. Cette vision appelle à certaines réserves. Les contraintes formelles n'ont pas pour but d'empêcher la volonté de produire des effets : elles l'encadrent, mais ne la limitent pas. Au contraire, le formalisme, notamment l'authenticité, légitime la libéralité.

² Y. JEANCLOS, « Formalisme ou consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats », in « Hommages à J. BOULVERT », Université de Nice, 1987, p. 336.

³ S'agissant des testaments, la forme non-authentique permet, par les exigences imposées, le respect de la condition tenant à l'*animus testandi*.

⁴ Cass. 1^{ère} civ., 11 juill. 1960 : D. 1960, p. 702, note P. VOIRIN. Ainsi n'est pas valable la donation par l'intermédiaire d'un coffre-fort dans lequel est placée la chose donnée si le gratifiant est seul détenteur de la clé permettant de l'ouvrir : Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 1996 : D. 1997, somm. 365, obs. M. NICOD ; Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 2002 : Bull. civ. n° 105 ; D. 2002, IR, p. 1467, Defr. 2003, p. 46, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD Civ. 2002, p. 554, obs. J. PATARIN. C'est cette même absence d'irrévocabilité et de caractère actuel qui a conduit la jurisprudence à refuser de voir un don manuel dans la remise d'un chèque insuffisamment provisionné lorsque la provision nécessaire n'a pas été constituée du vivant de l'émetteur : Cass. 1^{ère} civ., 11 juin 1991 : Defr. 1991, p. 1134, obs. G. CHAMPENOIS.

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 20 nov. 1984 : JCP 1986, II, 20571, note M. DAGOT ; RTD Civ., 1985, p. 760, obs. J. PATARIN. La majorité des auteurs voit donc dans les formes non-authentiques de donations entre vifs un substitut à l'authenticité, soit un formalisme prolongé bien que diversifié. V. notamment G. RIPERT, « Étude critique de la notion de libéralité, Cours de doctorat », Paris, 1930-1931, p. 113 s. ; M. PLANIOL, « Traité élémentaire de droit civil », t. III par G. RIPERT et J. BOULANGER, Paris, LGDJ, 1946, n° 3351 ; A. PONSARD, « Les donations indirectes en droit civil français », thèse Dijon 1946, p. 128 ; H. MEAU-LAUTOUR, « La donation déguisée en droit civil français », thèse Paris II, LGDJ 1985.

⁶ V. notamment J.-F. MONTEDRON, Jurisclasseur permanent, v° *Donations et testaments, forme authentique*. H. HOVASSE, « Le notaire et la transmission de l'entreprise à titre gratuit », JCP N 1996, prat. 3667, p. 477 s., spé p. 478.

⁷ Par exemple : vente avec condition potestative (Cass. civ., 7 nov. 1896 : D. 1897, jp. p. 584 ; Cass. civ., 16 déc. 1949 : D. 1950, jp. p. 393, note M. FREJAVILLE), reconnaissance de dette (CA Aix-en-Provence, 7 avr. 1970 : JCP N

fonction l'obtention d'informations sur le régime applicable et l'assurance de la validité de l'acte. S'agissant des formes dites potestatives de transmission, soit elles ne sont pas retenues en jurisprudence¹, justement car les conditions de fond de la donation ne sont pas respectées, soit la requalification de l'acte fait échec à toute révocabilité, nonobstant la forme de l'acte support².

Plus que le respect des conditions de fond et l'accueil de la volonté dans un cadre tangible, la fonction primaire du formalisme permet aussi de conserver une trace de l'opération et ainsi « *de garder la mémoire* »³ de l'acte. Cette fonction se retrouve dans l'exigence formelle du contrat de mariage. Il s'agit d'une vitrine permettant aux tiers intéressés de connaître le régime matrimonial applicable : les formalités de publicité sont subséquentes aux conditions requises *ad validitatem*⁴. Cette fonction est sans doute plus marquée pour le contrat de mariage que pour la libéralité, dans la mesure où elle intéresse davantage de personnes extérieures à la convention⁵. Le formalisme en matière de régime matrimonial a également pour fonction, comme dans la libéralité, d'accueillir la volonté des époux et de garantir la validité intrinsèque des dispositions prises⁶.

221. L'extériorisation de la volonté : identification du contenu et de l'étendue de la volonté. Le formalisme a une fonction qualifiante⁷ dans la mesure où il permet de déterminer l'objet de la prestation et parfois l'intention des parties⁸. En matière de libéralité la forme authentique dispensera d'une recherche de l'intention libérale⁹ dans la mesure où l'acte notarié

1971, II, 10145 ; Journ. not. 1971, art. 50070), remise du bien à un mandataire servant d'intermédiaire chargé de le remettre au donataire au décès du disposant (Cass. civ., 30 janv. 1967 : Bull. civ. I, n° 40).

¹ Cass. 1^{ère} civ., 20 nov. 1984 précit. En matière de don manuel, cf. aussi la jurisprudence relative au retrait de fonds avec procuration qui, n'entraînant pas la renonciation du mandant à la propriété des fonds retirés, n'opère pas tradition en l'absence d'intention libérale : Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2006 : Bull. civ. I, n° 210, D. 2006, AJ 1526, obs. V. AVENAROBARDET ; Dr. Fam. 2006, n° 196, note B. BEIGNIER. De même sur la nécessité d'une tradition antérieure au décès du donateur : Cass. 1^{ère} civ., 23 janv. 1980 : Bull. civ. I, n° 36, D. 1980, IR 398, obs. D MARTIN ; RTD Civ., 1982, p. 190, obs. J. PATARIN.

² Comme en témoigne une célèbre jurisprudence sur la donation indirecte par cautionnement. Une fois la requalification opérée, la caution ne peut exercer de recours subrogatoire contre le débiteur : Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 1982 : D. 1983, p. 320, note J. MESTRE ; JCP 1989, I, 3377, F.-X. TESTU. De même s'agissant du don manuel : Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2006 précit. : si l'intention libérale avait été démontrée, la requalification aurait empêché le mandant de retirer les fonds pour en priver le mandataire. On observe ici une forme de prédominance de l'élément intentionnel, qui semble « commander » la qualification de l'opération, quitte pour les juges à ajuster les données matérielles afin de les faire entrer dans la catégorie des donations.

³ M. NICOD, *op. cit.*, n° 222. L'auteur explique que la solennité en matière de libéralité évite que l'acte n'échappe au contrôle et à la mémoire de la société (héritiers du disposant, créanciers, etc.).

⁴ Ainsi l'interpellation par l'officier d'état civil au cours de la célébration du mariage garantit l'information aux personnes présentes. Le régime légal n'échappe pas à cette formalité.

⁵ Le contrat de mariage intéresse notamment les enfants des époux, les créanciers et les autres parties au contrat de mariage. En revanche, la libéralité intéresse surtout les descendants, car elle a des répercussions successorales. Les créanciers sont moins concernés, quoiqu'il soit toujours possible d'organiser son insolvabilité par le biais de donations. S'agissant des autres parties, elles n'existent que très rarement.

⁶ Notamment le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs et l'absence de fraude.

⁷ La forme est aussi définie comme un « *mode de description et de classification des normes juridique* » (ici des différentes libéralités et régimes matrimoniaux), « Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit », 2^{ème} éd. LGDJ, 1993, v° *forme juridique* 2°.

⁸ « *Par ses exigences, le formalisme favorise la compréhension de la volonté émise* », M. NICOD, *op. cit.*, n° 204 et s.

⁹ V. en ce sens, S. LAMBERT, « L'intention libérale dans la donation », thèse Aix-Marseille 2005 ; M. NICOD, *op. cit.*, n° 201, p. 79. Ce dernier tempère cependant : « *il ne s'agira pas, cependant, d'une classification définitive, mais*

permet de présumer la qualification¹. Cette fonction se retrouve en matière de régimes matrimoniaux² : le contrat de mariage désigne le régime applicable et expose les modifications qui lui sont éventuellement apportées. Mais la classification que permet la forme est ici limitée. Elle sera une étape non suffisante de l'identification : la pratique consacre la double liquidation pour chiffrer l'avantage et saisir pleinement son étendue. Il ne faudra donc pas se contenter des dispositions de l'acte, mais opérer en sus un travail comptable au vu d'un étalon de référence. Parce que l'avantage matrimonial est presque plus un effet du mariage qu'un acte juridique, c'est dans le fonctionnement du régime plus que dans sa simple désignation que l'on trouvera le *quantum*³. En outre, ce n'est pas le formalisme qui permet de distinguer les donations entre époux par contrat de mariage des avantages matrimoniaux : le critère de référence est, en la matière, le régime matrimonial, non le contrat de mariage. Ces considérations s'inscrivent dans une réalité bien plus large qui les explique. Si la libéralité est pleinement connue, appréhendée et saisie par le Droit, l'avantage matrimonial n'est que partiellement compris. Sa nature justifie peut-être qu'il soit par principe soustrait à l'autorité du Droit.

222. Protection de la volonté : information et conseil. Le formalisme « *protège le gratifiant contre les défaillances de sa volonté, souvent assiégée par des sollicitations intéressées* »⁴. S'agissant du mariage, les informations communiquées aux futurs époux⁵ ont pour fonction d'éclairer leur consentement. La plupart des formalités imposées permettent à l'officier d'état civil ou aux tiers d'opérer un contrôle sur la validité des conditions inhérentes à l'union matrimoniale, notamment celles ayant trait au consentement libre et éclairé. L'exigence d'un acte authentique contraint les parties à se rapprocher d'un professionnel tenu d'une obligation d'information et de conseil. C'est en ce sens que l'authenticité paraît primer, selon certains auteurs⁶, sur les formes non-solennelles. La qualité du professionnel est ici une donnée commune aux libéralités et aux régimes matrimoniaux : il s'agit dans les deux cas d'un notaire⁷. Cependant, son rôle d'information et de conseil semble bien plus important en matière de contrat de mariage. Le développement des formes non-authentiques de donations et de testaments démontre une

plutôt d'un travail d'approche. On ne peut, en effet, totalement exclure que l'apparence formelle ait été choisie à des fins trompeuses. C'est pourquoi l'observation du rite ne fournit qu'une direction, un axe de recherche ».

¹ La preuve contraire sera délicate à rapporter puisqu'il faudra introduire une procédure en inscription de faux.

² D'où la nécessité pour le juge de rechercher l'existence d'un contrat de mariage ; l'article 1387 Cciv. ne permet pas de présumer de l'absence de contrat de mariage : Cass. 1^{ère} civ., 24 mars 1987 : Bull. civ. I, n° 109 ; R., p. 143 ; Defr. 1987, p. 947, obs. G. CHAMPENOIS.

³ En revanche, en matière de libéralité, la forme suffit souvent à déterminer le *quantum* de la prestation.

⁴ M. NICOD, *op. cit.*, n° 222, p. 89.

⁵ Décret 23 déc. 2002, annexe, JO 29 déc. 2002, p. 21943 et s.

⁶ H. HOVASSE, art. précit.

⁷ Certains auteurs plaident pour un rôle accru du notaire dans les formalités préalables au mariage. Ainsi M. DAGOT, préconise-t-il la consultation notariale obligatoire avant le mariage. V. M. DAGOT, « Le certificat notarial pré-nuptial », JCP 1977, I, 2838.

réalité : le sujet sait généralement en quoi consiste une libéralité. En revanche, il est bien plus ignorant de la complexité des règles du régime matrimonial et des conséquences de celles-ci. Le recours au notaire pour la libéralité intervient davantage dans l'optique de s'assurer de la pérennité de l'acte et de ses effets que pour en comprendre la teneur. Pour le contrat de mariage, c'est surtout la recherche d'une information, voire d'un conseil, qui justifie le formalisme¹. Bien entendu, le notaire consulté pour effectuer une libéralité délivrera également des informations. Mais celles-ci porteront surtout sur les effets de l'acte, sa gravité et le régime juridique qui lui sera applicable². Cela démontre une réalité sociale : la libéralité est un acte connu mais le régime matrimonial, et *a fortiori* l'avantage matrimonial, paraissent bien plus mystérieux³.

223. Protection de la volonté : visualisation de la gravité. La forme a pour fonction d'attirer l'attention des parties sur la gravité des effets de l'acte qu'elles souhaitent passer⁴. Toutes les formes valables de libéralités assurent cette préoccupation : l'authenticité, bien entendu, mais aussi la tradition réelle⁵ pour les dons manuels, la simulation pour les donations déguisées⁶, ou l'utilisation d'un acte support pour les donations indirectes⁷. En cette matière, une certaine divergence est décelable entre régimes matrimoniaux et libéralités entre époux. La fonction de prévention est bien moins marquée pour les régimes matrimoniaux et ce pour plusieurs raisons. D'une part la majorité des couples s'en remettent à la sagesse de la loi et à l'économie du régime légal : c'est ici la loi, et non le formalisme, qui garantit contre le risque. D'autre part, le choix d'un régime matrimonial n'est plus définitif : les conditions de changement ont été considérablement assouplies et il n'existe que peu d'entraves réelles à la volonté des époux de modifier leur statut⁸. Enfin et surtout, tous les régimes n'ont pas vocation à produire des avantages matrimoniaux. Il existe des mécanismes efficaces à la limitation des transferts patrimoniaux. L'avantage

¹ Ainsi l'information délivrée est-elle souvent un préalable au choix du régime. S'agissant de la libéralité, la décision semble être prise avant même la rencontre avec le notaire.

² En terme de fiscalité principalement et il sera ainsi amené à formuler un conseil. De même, il expliquera aux parties les conséquences successorales de la libéralité. Mais le plus souvent, il n'aura pas besoin d'expliquer en quoi consiste la libéralité, contrairement aux explications détaillées qui précéderont le choix d'un régime matrimonial.

³ D'où la tendance, traduite dans le domaine de la recherche juridique, qui consiste à tenter de comprendre l'avantage matrimonial en l'analysant par le prisme de la figure libérale.

⁴ M. NICOD, *op. cit.*, n° 224, p. 91.

⁵ Par la remise matérielle du bien, le disposant prend conscience d'aliéner les pouvoirs matériels dont il dispose sur le bien, ce qui se traduit juridiquement par l'abandon des droits sur le bien. La remise est donc un symbole censé attirer l'attention sur la gravité.

⁶ « *Le donateur doit aménager le contrat contenant la libéralité de manière à lui donner les apparences régulières d'un acte à titre onéreux. Il a ainsi clairement conscience de la portée de son engagement* » : M. PLANIOL, « *Traité élémentaire de droit civil* », t. III par G. RIPERT et J. BOULANGER, Paris, LGDJ, 1946, n° 3351. De même, v. H. MEAU-LAUTOUR, *op. cit.*, n° 461 s., p. 340 s.

⁷ « *Le donateur sera suffisamment mis en garde par le caractère légal du moule sous lequel il aura réalisé sa volonté : le seul fait de recourir à un acte abstrait manifeste une certaine pratique des affaires et suppose la connaissance des effets engendrés par cet acte* » : A. PONSARD, « *Les donations indirectes en droit civil français* », thèse Dijon 1946, p. 128.

⁸ L'opposition des enfants majeurs, des créanciers, ou des parties au contrat de mariage n'a pour effet que de bloquer la procédure, non d'empêcher tout changement.

matrimonial est davantage perçu au même titre que le régime matrimonial, comme un effet naturel du mariage, accepté lorsque l'engagement de l'union a été pris. Pour les régimes comportant d'importants risques de captation, le notaire retrouve son rôle de prévention. Mais dans la majorité des cas, il est plus un informateur et un conseil qu'un garde-fou. En revanche, la libéralité implique toujours une inéquivalence significative, donc un risque que le gratifiant ne doit pas négliger.

En définitive, la forme dans l'acte juridique témoigne, sous un aspect commun, de profondes divergences dans l'appréhension des libéralités entre époux et avantages matrimoniaux. Or l'étude du formalisme ne peut s'effectuer sans la prise en compte de considérations de fond. En somme, les divergences formelles ne sont que le relai de divergences fondamentales.

Conclusion du Chapitre premier

224. L'étude du critère matériel. L'analyse des données matérielles de la distinction est riche en enseignements. Le premier de tous est qu'en matière de régime matrimonial comme de libéralité, la forme ne peut être exclue d'une recherche portant sur les critères fondamentaux : elle fait entièrement partie de l'acte, dans la mesure où il est formaliste. S'agissant du fond, la comparaison a révélé une vérité déjà soupçonnée : ce ne sont pas tant les données qui composent un acte qui permettent sa qualification que la manière dont elles s'agencent les unes par rapport aux autres. L'exposé a démontré de nombreux points communs aux domaines, lesquels ne se recoupent pas systématiquement. Si le déséquilibre économique doit caractériser la libéralité, il peut se retrouver dans l'avantage matrimonial. Si la libéralité peut porter sur un bien présent, l'avantage matrimonial le doit.

La forme traduit ce même constat. Certes, les contraintes du formalisme sont souvent similaires légalement (le recours au notaire est imposé par la loi dans les deux cas) ou conventionnellement (les libéralités peuvent être délibérément incluses dans un contrat de mariage). Mais le contrat de mariage est plus exigeant que la donation ou le testament, et la diversité formelle propre à la libéralité est inadaptée aux régimes matrimoniaux. Fondamentalement, la gravité des effets est différente dans les deux cas, donc la justification du recours au formalisme est nuancée : alors que la nécessité d'une information prime s'agissant du contrat de mariage, le formalisme des libéralités vise la prise de conscience du risque.

L'élément matériel révèle donc une profonde divergence qui semble tenir dans le lien qu'entretient chacun des actes avec le mariage. Si la libéralité entre époux n'est que l'utilisation d'une technique connue dans un cadre particulier, l'avantage matrimonial est profondément dépendant de l'union matrimoniale : celle-ci le crée et régit ses caractéristiques. Toute forme imposée au mariage commande celle du régime matrimonial et de l'avantage qui en est issu. L'incidence du mariage est une source de distinction matérielle.

Chapitre second : Les données intentionnelles de la libéralité confrontées à l'avantage matrimonial

225. L'essence du gratuit. « *La volonté de donner ou de léguer est de l'essence des dispositions à titre gratuit* »¹. L'élément intentionnel de la libéralité est classiquement présenté comme le critère de distinction essentiel entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux. Mais la formule témoigne de ce que, en plus de marquer une frontière à ce stade général, l'intention permet d'opérer une démarcation au sein de la gratuité. Mais pour cela, il ne faut pas se contenter de constater une intention gratuite : il faut que celle-ci soit adaptée à la figure libérale, modelée par l'élément matériel lui-même. On se souvient en effet qu'un même critère ne peut intervenir à deux stades dichotomiques successifs.

L'une des particularités de la libéralité tient à ce que les critères de distinction, les données catégoriques, sont visés comme condition de validité de l'acte juridique. Une telle imbrication rend impossible une étude de l'intention libérale détachée des données intentionnelles propres à tout acte juridique. Ce n'est donc pas seulement l'*animus donandi* qui devra être étudié, mais l'ensemble des données intentionnelles, même si certaines sont dépourvues de dimension catégorique. Au sein de la figure libérale, coexistent des facteurs intentionnels inhérents à la condition d'acte juridique et qui révèlent des particularités dans leur application à la libéralité (la volonté, la capacité et le consentement) et des données intentionnelles inhérentes à la spécificité de l'acte juridique libéral (l'étude de l'intention libérale ne peut s'isoler de celle de la cause de l'acte). Seront donc successivement envisagées les données intentionnelles de droit commun appliquées à la libéralité (**Section première**) et les données intentionnelles spécifiques à cet acte juridique particulier (**Section seconde**).

¹ Cass. req., 27 juin 1887 : D. 1888, I, p. 303 ; Cass. req., 9 déc. 1913 : D. 1919, I, p. 29 ; Cass. 1^{ère} civ., 2 mai 1966, n° 64-10.85 : Bull. civ. I, n° 153 ; Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 1969, n° 67-12.667 : JCP 1969, II, n° 16112, note M. D. ; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 1977, n° 74-11.994 : Bull. civ. I, n° 259 ; Defr. 1977, art. 31582, obs. G. CHAMPENOIS ; Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 1996, n° 94-14.222 : D. 1998, I, p. 163, note E. CLAUDEL ; Cass. 1^{ère} civ., 13 mai 1998, n° 96-16.222 : Bull. civ. I, n° 170 ; Defr. 1998, art. 36848, rapp. P. SARGOS.

Section première : Volonté, capacité et consentement : les données inhérentes à la condition d'acte juridique

226. Deux chemins. Selon Monsieur LUCET : « *la corrélation des enrichissements d'origine matrimoniale avec ceux qui sont d'origine libérale est évidente : intervenant par des voies différentes, ces enrichissements, complémentaires l'un de l'autre, se rejoignent pour, ensemble, parer aux insuffisances de la vocation (successorale) légale* »¹. La donation entre époux et l'avantage matrimonial emprunteraient en somme un vecteur différent². Le terme s'entend d'un acte juridique qui permet de réaliser un résultat défini. Si, comme nous l'avons pu démontrer, le résultat de la libéralité entre époux n'est pas fondamentalement différent de celui de l'avantage matrimonial, les moyens d'y parvenir divergent. Analyser le vecteur revient à déterminer la voie empruntée par la volonté personnelle, le moule qu'elle épouse pour se concrétiser. Si le chemin est différent, le point de départ l'est peut-être aussi. Il conviendra de s'en assurer et d'étudier l'origine des données intentionnelles (**Paragraphe premier**), avant d'analyser leur implication dans l'acte juridique (**Paragraphe second**).

Paragraphe premier : La volonté, origine des données intentionnelles

227. Certitudes. Au-delà des multiples incertitudes doctrinales sur la définition de l'avantage matrimonial, il est une constante exigée par la jurisprudence et consacrée par la doctrine : l'avantage résulte du fonctionnement du régime matrimonial³. La libéralité, en revanche, est issue d'un acte juridique autonome⁴. Or le droit des régimes matrimoniaux est gouverné par le principe de la liberté des conventions matrimoniales et le droit des actes juridiques par celui de la liberté contractuelle. Il est tentant de postuler que l'avantage matrimonial doit être issu de la liberté des conventions matrimoniales et que la libéralité est issue de la liberté contractuelle de droit commun. Mais ce postulat est nuancé par l'inclusion des libéralités dans la charte familiale. L'exemple le plus symbolique est à ce titre la donation entre époux stipulée par

¹ F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987, n° 336, p. 478

² L'un serait imposé (le régime matrimonial), l'autre serait plus libre (donation entre époux).

³ Pour une application récente : Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008, n° 07-19.348 : Juris-Data n° 2008-046078 ; JCP 2009, I, 140, n° 17 obs. A. TISSERAND ; JCP N 2009, 1203, note S. DEVILLE ; D. 2009, AJ 98, obs. V. EGEA ; *Ibid.*, pan. 2513, obs. J. REVEL ; Defr. 2009, p. 1605, art. 38987-3, note B. VAREILLE ; RDC 2009, 1169, obs. Cl. GRARE-DIDIER ; AJ Fam. 2009, 84, obs. F. BICHERON ; RTD Civ. 2009, p. 564, note M. GRIMALDI ; Dr. Fam. 2009, n° 4, p. 43, B. BEIGNIER comm. 46 ; RJPF 2009, n° 2 p. 20, note F. VAUVILLÉ ; RLDC 2009, n° 57, p. 57 et p. 59, note C. LE GALLOU.

⁴ V. en ce sens notamment : Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 2006, Juris-Data n° 2006-031909 : Bull. civ., I, n° 48 ; n° 02-21.121 ; D. 2006, IR. 466 et pan. 2073, obs. M. NICOD ; AJ Fam. 2006, p. 209, obs. P. HILT ; Dr. Fam. 2006 n° 3, comm. n° 60, note B. BEIGNIER ; JCP 2006, IV, 1375 ; JCP N 2006, I, n° 26, 1229, note Ph. SIMLER ; Defr. 2006, n° 20, art. 38469, p. 1607, obs. G. CHAMPENOIS ; RJPF 2006, n° 7 p. 14, note F. VAUVILLÉ.

contrat de mariage. Le trouble qui résulte de ce constat ne doit pas être redouté. Au contraire, il peut s'avérer riche en enseignements et une analyse approfondie doit être menée sur ce sujet. L'analyse de la liberté personnelle créatrice de droits (A) précèdera la détermination de son objet lorsqu'elle est appliquée aux conventions matrimoniales (B).

A. Le cadre de la volonté

228. Droit commun et droit spécial. Doivent être successivement abordés des développements relatifs à la liberté contractuelle de droit commun (1) et un exposé de la liberté des conventions matrimoniales (2) qui se présente *a priori* comme le prolongement de celle-ci.

1. La liberté contractuelle de droit commun

229. Fondements. Le principe de la liberté contractuelle trouve son fondement dans la lettre et l'esprit de l'article 1101 du Code civil¹ qui témoigne de l'aptitude de la volonté personnelle à créer du droit et à s'y soumettre. Bien que dénommée « contractuelle », la liberté s'étend à toute convention². La jurisprudence refuse d'y voir une norme à caractère constitutionnel³, cependant elle se rattache inévitablement aux articles 2 et 4⁴ de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789⁵. La liberté contractuelle est souvent présentée comme la triple possibilité de contracter ou non, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu du contrat. Appliquée aux régimes matrimoniaux à strictement parler, la liberté s'incarne principalement dans la troisième composante : il n'est en effet pas possible d'être marié sans régime matrimonial, ni de choisir un autre cocontractant que son conjoint. Ces deux données s'incluent dans la liberté matrimoniale propre au mariage : on choisit de se marier ou non et l'on choisit son conjoint.

¹ « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

² Il est très fréquent actuellement d'utiliser les deux termes comme synonymes, bien que l'un soit une espèce particulière du genre que constitue l'autre.

³ Cons. Const. 3 août 1994 : JCP 1995, II, 22404, note Y. BROUSSOLLE ; D. 1995. somm. 351, obs. P. GAÏA ; RTD Civ. 1996, p.151, obs. J. MESTRE ;

⁴ Cons. Const. 10 juin 1998 : JO 14 juin 1998 ; RTD Civ. 1998, p. 796, obs. N. MOLFESSIS ; RTD Civ. 1999, p. 78, obs. J. MESTRE ; JCP 1999, I, 179, n° 14, obs. B. MATHIEU et M. VERPEAUX. V. aussi Cons. Const. 13 janv. 2000, n° 99-423 DC : JO 20 janv. 2000 ; JCP 2000, I, 261, n° 17, obs. B. MATHIEU et M. VERPEAUX.

⁵ Le premier de ces textes érige au rang de droit personnel et imprescriptible de l'homme « la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». Le second définit la liberté comme consistant « à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ».

Le principe d'autonomie de la volonté¹ fonde la liberté contractuelle. Issu de la philosophie individualiste des Lumières, il représente l'idée que l'homme ne peut être assujéti qu'à des obligations qu'il aurait choisies. Le terme « autonomie », du grec ancien « *autonomos* »² désigne originairement le « *fait de se gouverner d'après ses propres lois* »³. L'idée d'une volonté librement manifestée produisant des contraintes innerve la philosophie du Contrat social de Rousseau⁴ : l'homme est passé de l'état de nature à celui de société au moyen d'un pacte qui le lie aux autres. L'autonomie de la volonté ne se contenterait donc pas de régir les rapports juridiques entre les sujets : elle serait l'origine de l'État de droit⁵. La volonté est donc une source du droit à part entière⁶. La théorie de l'autonomie de la volonté justifie la force obligatoire du contrat autant que son effet relatif⁷. Pourtant, elle n'y est pas intégrée purement et simplement : c'est la reconnaissance par la loi de la situation contractuelle qui lui confère son autorité⁸. L'histoire du contrat depuis le Code civil se présente sous la forme d'une rivalité entre deux constantes : la liberté individuelle et le cadre qui la régit⁹. La liberté contractuelle se définit autant par ce qu'elle permet (en principe, tout) que par ce qu'elle ne peut atteindre¹⁰.

230. Les limites de la liberté contractuelle. Aux termes de l'article 6 du Code civil : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* »¹¹. La référence aux bonnes mœurs, notion évolutive, tend à se réduire au profit du recours aux dispositions intéressant l'ordre public¹². Cette notion se caractérise par un

¹ V. notamment : Ch. GOUNOD, « Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé français », thèse Dijon, 1912 ; V. RANOUIL, « L'autonomie de la volonté », PUF, 1980, préf. Ph. LÉVY ; G. ROUCHETTE « La force obligatoire du contrat » in « Le contrat aujourd'hui », Comparaison franco-anglaise, LGDJ, 1987 ; D. TERRÉ - FORNACCIARI, « L'autonomie de la volonté », Revue sciences morales et politiques, 1995, p. 255.

² Constitué du préfixe *auto* (soi-même) et du substantif *nomos* (règle, loi).

³ L. HULSIUS, « Dictionnaire françois-alemand et alemand-françois », d'apr. BEHRENS, in *Z. fr. Spr. Lit.* t. 23, 2^e part., p. 12

⁴ J.-J. ROUSSEAU, « Du contrat social », 1762, Flammarion 2012.

⁵ Aujourd'hui, la production de normes et le règlement des litiges sont gagnés par le contrat. V. « La contractualisation de la production normative », sous la direction de S. CHASSAGNARD et D. HEIZ, actes de colloque, Dalloz 2008.

⁶ Et la volonté est liée à la raison, qui elle-même mène à la justice : D. TERRÉ-FORNACCIARI précit., spé p. 264. Ainsi, « *qui dit contractuel, dit juste* » selon la formule de A. FOUILLE. Cf. C. JAMIN, « Quelle nouvelle crise du contrat ? », in « La nouvelle crise du contrat », Dalloz, 2003, p. 12, note 19.

⁷ Le contrat est une « loi » qui ne contraint pas les tiers. Article 1134 al. 1 du Code civil : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

⁸ Par exemple, le contrat n'a de force que « légalement formé », donc reconnu par le droit. Cf. G. ROUHETTE, « Contribution à l'étude critique de la notion de contrat », thèse Paris, 1965, n° 113, p. 407.

⁹ V. notamment J. HAUSER, « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique », thèse, LGDJ, 1971.

¹⁰ De nombreux auteurs voient dans l'interprétation *a contrario* de l'article 6 du Code civil le fondement de la liberté contractuelle. V. notamment Ph. MALAURIE, « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », JCP 2008, I, 204. L'auteur se positionne contre les propositions de réforme tendant à formaliser dans un texte le principe de liberté contractuelle.

¹¹ V. entre autres : E. GERAUD-LLORCA et C. PERES, « L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil », in « Les bonnes mœurs » : PUF 1994, p. 61 ; et « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie » : D. 2009, p. 381.

¹² Une étape décisive dans cette évolution a été marquée par le revirement jurisprudentiel relatif aux libéralités consenties dans le but d'entretenir un concubinage ou une relation adultère, qui ne sont plus considérées comme ayant une cause immorale : Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 1999, n° 96-11.946 : Bull. civ. I, n° 43, JCP 1999, II, n° 10083, note M.

certain flou commode¹ qui permet au juge de fonder des sanctions à l'encontre d'actes immoraux. Elle peut se définir comme « *le bon fonctionnement des institutions indispensables à la société* »². L'ordre public est décliné sous diverses classifications : interne ou international³, textuel ou virtuel, de protection ou de direction, économique, professionnel, etc. Au-delà de la limite textuelle fondée sur l'article 6 du Code civil⁴, un auteur a démontré que figurait au titre des limites la rigidité du cadre dans lequel s'inscrit la liberté contractuelle : celle-ci serait « tempérée » par la prise en considération de l'appréhension qualitative du lien contractuel lors de la formation et de l'exécution de l'accord⁵. En somme, un vrai contrat serait un « bon contrat » et le Code civil en serait le garant à travers de nombreuses dispositions relatives à l'objet, la cause, le formalisme, le consentement, la lésion, la capacité, la bonne foi, etc. L'originalité tient ici à la hiérarchie des valeurs : le tempérament n'est pas l'une des exceptions au principe, il s'y incarne.

231. Liberté contractuelle et libéralité. La liberté contractuelle est directement à l'origine du pouvoir de disposer à titre gratuit par libéralité. À défaut de texte particulier, ce n'est que dans le droit commun que l'on peut trouver la consécration de la possibilité d'entamer son propre patrimoine sans obtenir de contrepartie équivalente. La libéralité est avant tout un acte juridique. Ce faisant, elle s'inclut dans la typologie des conventions spéciales nommées par le Code civil¹. Faut-il encore rappeler l'étymologie du terme « libéral » pour démontrer que la liberté des conventions est inhérente à la notion, sans doute avec plus de force que pour tout autre acte juridique : « *il faut être libre (liber) pour se montrer généreux (liberalis), pour consentir une*

BIILIAU et G. LOISEAU ; D. 1999, jp. p. 267, rapp. X. SAVATIER, note J.-P. LANGLADE-O'SUGHRUE ; Defr. 1999, art. 37008, obs. D. MAZEAUD ; Defr. 1999, art. 37017, obs. G. CHAMPENOIS ; D. 1999, somm., p. 307, obs. M. GRIMALDI. Solution réaffirmée par : Cass. 1^{ère} civ., 16 mai 2000, n° 98-15.950 : Dr. Fam. 2001, comm. 102, obs. B. BEIGNIER ; confirmée et amplifiée par : Cass. ass. pl., 29 oct. 2004 : RLDC 2004, n° 11, n° 466, M. LAMARHE ; D. 2004, jp. p. 3175, note D. VIGNEAU, JCP 2005, II, n° 10011, note F. CHABAS, JCP N 2006, p. 354, obs. R. LE GUIDEC, Defr. 2005, p. 234, note S. PIEDELIEVRE.

¹ V. notamment, F. TERRÉ, « Rapport introductif », in « L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle », Paris, Dalloz 1996. V. aussi l'insistance de M. BAUDOIN dans son rapport de 1952 au Congrès de l'Association Capitant, sur « L'extrême relativité et l'extrême mobilité de l'ordre public ».

² Ph. MALAURIE, « L'ordre public et le contrat », thèse Paris, 1951. V. aussi s'agissant des controverses relatives à la définition de l'ordre public : L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, « L'ordre public en droit privé interne », in « Mélanges Henri Cailant », Paris, Dalloz, 1939, p. 381 et s. ; G. RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in « Études F. GENY », 1934, t. II, p. 347 et s. Au titre des matières relatives à l'ordre public figure par exemple le respect de la dignité de la personne humaine. Dans un arrêt de 1997, le Conseil d'Etat a, au nom de ce principe, reconnu l'extension des prérogatives de la police municipale et soustrait à la sphère contractuelle les manifestations publiques qui y portaient atteinte Il s'agissait de manifestations organisant le lancer de personnes atteintes de nanisme : CE, 27 oct. 1995, Commune de Morsang-sur-Orge : D. 1996, p. 177, note J.-P. LE BRETON ; JCP 1996, II, 22630 (2^{ème} esp.), note F. HAMON. L'espèce relevait néanmoins tout autant de la contrariété aux bonnes mœurs que de l'atteinte à l'ordre public : c'est pourtant cette dernière qui a servi de fondement à la censure.

³ V. R. LIBCHABER, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in « L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle », 1996, p.65 ; P. LAGARDE, « Compte rendu du ZEuP Zeitschrift für Europäische Privatrecht », RCDIP 1993.862 ; S. POILLOT-PERUZETTO, « Ordre public et droit communautaire », D. 1993, p. 177.

⁴ Pour un exposé détaillé sur l'ordre public et les bonnes mœurs, v. notamment F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, « Droit civil. Les obligations », Paris, Dalloz 2009, 10^{ème} éd., n° 370 et s.

⁵ M. DUPRÉ, « Contribution à une théorie générale des contrats spéciaux - Apports du principe de liberté contractuelle tempérée », thèse Toulouse, 2011, spé. n° 105 et s.

libéralité (*liberalitas*) »². En somme, ce que fonde la liberté contractuelle de droit commun, c'est la possibilité d'user d'une convention pour mettre en œuvre l'*abusus* par disposition, que ce soit à titre gratuit ou à titre onéreux³. La liberté contractuelle est donc une donnée globalisante, définie par ses contours, et qui a vocation à régir l'ensemble des conventions particulières. À ce titre, elle est à même de fonder la libre organisation patrimoniale de la famille au sein d'un contrat de mariage. Pourtant, un principe spécial a été légalement prévu pour les conventions matrimoniales.

2. La liberté des conventions matrimoniales

232. Origine du principe. Le fondement juridique du principe de liberté des conventions matrimoniales se trouve dans l'article 1387 du Code civil, dont la rédaction issue de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965⁴ n'est pas si différente de celle prévue à l'origine par le Code civil⁵. La règle se présente comme un recul du caractère impératif de la loi et une consécration de la dimension supplétive de son application aux couples mariés. Il ne s'agit pas d'un principe issu du Code Napoléon⁶. Son apparition remonte au XVI^{ème} siècle⁷ et semble intimement liée à l'émergence du régime de communauté. Ce système a en effet été consacré en tant que « régime » à cette époque⁸. Les premiers aménagements par les époux eux-mêmes ont fait leur apparition⁹ et le principe de liberté était en ce domaine garant du respect de la diversité des pratiques

¹ Dans le Code civil Québécois, l'étude de la donation est incluse dans le Livre relatif aux obligations (art. 1806 Cciv.).

² M. NICOD, « Le formalisme en droit des libéralités », thèse Paris XII, 1992, n° 4. L'auteur cite également : « *L'acte à titre gratuit est un acte libre* » : J. HAMEL, « La notion de cause dans les libéralités », thèse Paris 1920, p. 30 ; Y. FLOUR, « Libéralités et libertés – libéralités et personnes physiques », *Notariat et Libéralités*, 4^{ème} Rencontres notariat-université, PA 8 mai 1995, n° 55, p. 12 ; Defr. 1995, art. 36142, n° 1 : « *Le don est la manifestation la plus haute de la liberté agissante* ».

³ Le droit de disposer librement de ses biens revêt une valeur constitutionnelle : Cons. Const. 4 juill. 1989 : D. 1990.209, note F. LUCHAIRE ; Cons. Const. 29 juill. 1998 : RTD Civ. 1999, p. 136, obs. F. ZÉNATI.

⁴ L. n° 65-570, 13 juill. 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux : JO 14 juill. 1965 ; JCP 1965, III, 31209.

⁵ L'article est actuellement formulé ainsi : « *La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, 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* ». La version originaires se présentait comme suit : « *La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, et, en outre, sous les modifications qui suivent* ».

⁶ V. notamment P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, « Histoire du droit privé », t. III, Le droit familial : PUF 1968, p. 262.

⁷ C'est à cette période que triomphe l'idée que le contrat de mariage a pour objet de fixer le régime matrimonial des époux. Jusqu'alors, il permettait d'aménager le régime par diverses clauses, par exemple en modifiant le sort d'un bien quant à sa nature, son administration et sa liquidation. Le contrat de mariage avait surtout, avant le XVI^{ème} siècle, une fonction probatoire : il contenait en effet la liste des apports réalisés par chacun des époux. V. sur ce point F. TERRÉ et Ph. SIMLER, « Droit civil : les régimes matrimoniaux », Paris, Dalloz, 2011, 6^{ème} éd., n° 150.

⁸ Depuis le XIII^{ème} siècle existaient déjà des « pratiques communautaires » localisées principalement dans les pays de droit écrit, mais pas de communauté à proprement parler.

⁹ Diverses clauses encore utilisées aujourd'hui sont apparues au XVI^{ème} siècle. Ainsi en est-il de la clause d'ameublement, de préciput ou de parts inégales. D'autres ont muté pour s'adapter à l'évolution des consciences et de la société, telles les clauses de réalisation du mobilier, de séparation de dettes, ou d'emploi. D'autres enfin ont totalement disparues telles que les clauses d'apport franc et quitte. V. sur ce point : P.-L. TIMBAL, « Droit romain et ancien droit français, régimes matrimoniaux, successions, libéralités », Dalloz, 1960, n° 96.

régionales¹. Le Code civil l'a conservé pour cette même raison, désireux en outre de garantir l'attractivité du mariage et d'opérer un compromis entre le régime communautaire et dotal². De nos jours, le principe est indispensable à la préservation de la diversité des situations conjugales : si l'organisation patrimoniale était trop strictement imposée, certains couples animés d'une intention matrimoniale ne franchiraient jamais l'étape du mariage.

233. Contenu du principe. La liberté des conventions matrimoniales se présente comme le libre choix d'un régime matrimonial (le régime dit légal ou un régime conventionnel nommé ou innommé³) et d'un aménagement particulier (le régime peut être assorti ou non de clauses le modifiant). Après avoir imposé à chaque époux de prévoir une organisation patrimoniale du couple⁴, il semblait nécessaire de réaffirmer cette liberté individuelle inhérente à toute convention : le régime matrimonial est un effet obligatoire du mariage, mais la réaffirmation de la liberté du contenu permet de respecter son origine conventionnelle. L'acceptation qui est faite de la liberté des conventions matrimoniales est plus large que le simple choix d'un régime, notamment en raison du lien très particulier qu'elle entretient avec l'idée du mariage. Ainsi, la liberté ne se limite-t-elle pas au régime matrimonial mais s'étend à la convention matrimoniale. Celle-ci, traditionnellement incluse dans un contrat de mariage, comprend des dispositions n'ayant pas nécessairement trait au choix d'un régime. On cite souvent, pour en illustrer la diversité, les donations entre futurs époux ou concédés par ou en faveur des tiers⁵, les reconnaissances de dettes et, témoin de l'extension au-delà du domaine patrimonial, la reconnaissance d'un enfant.

234. Liberté des conventions matrimoniales et avantage matrimonial. La liberté des conventions matrimoniales est indissociable de la notion d'avantage matrimonial dans la mesure où c'est la faculté conférée aux époux de déterminer par eux-mêmes la charte familiale qui les

¹ Il y eut, à partir du XVI^{ème} siècle une double évolution : aggravation de l'incapacité de l'épouse et augmentation de ses garanties et privilèges.

² L'un était l'apanage des pays de droit écrit, l'autre était le modèle des pays de coutume. V. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, « Histoire du droit civil », Paris, Dalloz 2010, 2^{ème} éd., n° 1060, p. 1459. V. aussi, Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, « Les régimes matrimoniaux », Paris, Defrénois, 2010, 3^{ème} éd., n° 2010.

³ À ce titre les époux peuvent opter pour un régime matrimonial issu d'un pays étranger : Cass. civ., 17 nov. 1924 : S. 1925, I, p. 113, note J.-P. NIBOYET.

⁴ L'application supplétive des dispositions du régime légal se présente en effet comme la mise en œuvre de l'obligation faite aux époux de choisir un régime matrimonial (v. article 1393 Cciv.). Le juge est contraint de rechercher l'existence du régime matrimonial, aucune présomption d'application du régime légal n'étant applicable : V. Cass. 1^{ère} civ., 24 mars 1987 : JCP N 1987, prat. 345 ; Defr. 1987, art. 34016, n° 56, p. 947, obs. G. CHAMPENOIS. V. également, M. MATHIEU, « La liberté des conventions matrimoniales » : JCP N 1989, I, p. 321, spé n^{os} 4 à 6.

⁵ On songe ici notamment à la constitution d'une dot, pratique tombée en désuétude mais théoriquement toujours possible, car constitutive d'une libéralité. V. FLOUR et SOULEAU, « Les libéralités », Paris, Armand Colin, 1982, n° 392 et s. Il n'est cependant pas possible de réintroduire le régime dotal.

conduit à s'avantager au moyen du régime choisi¹. En somme, si les formes sous lesquelles peuvent se présenter les avantages matrimoniaux sont infinies, c'est parce que ces derniers trouvent leur origine dans le principe de liberté des conventions matrimoniales². Cette donnée semble *a priori* permettre une distinction d'avec les libéralités entre époux, celles-ci ayant pour origine la liberté personnelle de droit commun. De plus, la notion d'avantage matrimonial étant bien moins saisie et connue par le droit que celle de libéralité, le champ d'application de la liberté est plus étendu. Le principe de liberté des conventions matrimoniales embrassant le concept général de régime matrimonial ne se limite pas aux régimes conventionnels et gouverne également le régime dit « légal ». Il est notable que la réforme du 23 juin 2006, en faisant reculer l'immutabilité par l'assouplissement de la procédure de changement de régime matrimonial prévue par la loi du 13 juillet 1965, œuvre à renouveler l'intérêt de la liberté des conventions matrimoniales et à favoriser les transmissions patrimoniales par avantage matrimonial³.

235. Liberté de droit commun et liberté spéciale. L'extension du principe de liberté de droit commun s'effectue par le recul des exceptions. La question s'est posée de savoir s'il existe une différence entre la liberté des conventions matrimoniales et celle qui régit les contrats de droit commun. Il semble de prime abord que l'une soit issue de l'autre et qu'elle en constitue une application particulière⁴. Pourtant, une majorité d'auteurs dénoncent une assimilation trop simpliste, mettant en avant la palette de possibilités qu'offre l'article 1387 du Code civil par rapport au principe général de liberté contractuelle⁵. Selon certains, la liberté des conventions matrimoniales serait une dérogation aux exceptions grevant la liberté de droit commun.

¹ Le principe de liberté des conventions matrimoniales est d'ailleurs souvent illustré par la diversité des régimes possibles et des clauses pouvant l'aménager.

² Madame DAURIAC note par exemple s'agissant des avantages matrimoniaux que « *la palette des possibilités est étendue et la liste n'est assurément pas exhaustive* » : I. DAURIAC, « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 25,spé. p. 27. Sur le lien entre liberté des conventions matrimoniales et avantage matrimonial, v. B. PACAUD et F.-R. PUJOL, « Les avantages matrimoniaux », Defr. 1991, n° 1, art. 34928, p. 24.

³ V. A. COLOMER, « La pratique des régimes matrimoniaux depuis la réforme de 1965 », Defr. 1973, art. 30427, p. 1041 ; « Le statut matrimonial du Français : 75^{ème} Congrès des notaires de France », La Baule, 7 - 10 mai 1978, s. I. s. n., 1978, t. 2, n° 24 s. ; M. FAUCHEUX, « Le choix du régime matrimonial. Étude de sociologie juridique », thèse Paris, 1979. Sur la question, v. également A. RIEG, F. LOTZ et Ph. RIEG, « Technique des régimes matrimoniaux », Paris, Lexis Nexis, 1993, 3^{ème} éd. 1993, n° 4 et s.

⁴ Elles sont par exemple toutes deux issues d'un système d'essence individualiste et libéral. Les pays anciennement communistes de l'est de l'Europe ne connaissent pas le principe de liberté des conventions matrimoniales : le régime de société d'acquêts est imposé, sauf en Pologne. Sur ce point V. I. FADLALLAH, « La famille légitime en droit international privé », Dalloz 1977, n° 68.

⁵ Selon Messieurs MALAURIE et AYNÈS, la liberté des conventions matrimoniales n'est pas une application pure et simple de la liberté contractuelle : cf. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, « Les régimes matrimoniaux », Paris, Defrénois, 2010, 3^{ème} éd., n° 201. Selon Messieurs FLOUR et CHAMPENOIS, elle « *n'est pas une simple application de la liberté contractuelle de droit commun, mais elle est souvent plus large que celle-ci* » : v. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, « Les régimes matrimoniaux », Paris, Armand Colin, 2001, 2^{ème} éd.p. 148.

L'organisation familiale relèverait en effet de l'ordre public classique¹, donc l'organisation patrimoniale par création d'un régime matrimonial applicable aux époux serait contraire à l'exception à la liberté des conventions de droit commun². Mais cette position n'est pas convaincante dans la mesure où l'article 1387 du Code civil vise expressément l'association conjugale « quant aux biens » : il ne s'agit pas de régir l'état des personnes, mais leur patrimoine.

En pratique, la liberté des conventions matrimoniales permet de passer des conventions qui seraient nulles en application du droit commun des contrats, car contraires aux limites de la liberté contractuelle. L'exemple le plus symbolique est l'institution contractuelle qui, en tant que pacte sur succession future, est en principe prohibée³ en raison de son caractère potestatif, mais qui peut être prévue dans un contrat de mariage même lorsqu'elle n'est pas consentie entre époux⁴. La liberté des conventions matrimoniales peut donc se déployer jusqu'au droit des libéralités. Elle permet d'étendre le champ des possibles en la matière : en témoigne la possibilité exceptionnelle de prévoir des donations sous conditions potestatives par contrat de mariage⁵. De même, les clauses de prélèvement avec ou sans indemnité⁶, traditionnellement considérées comme des pactes successoraux, sont exceptionnellement valables dans le cadre d'un régime matrimonial⁷. Si l'on envisage la communauté comme une société entre époux, la liberté des conventions matrimoniales offre des possibilités dérogatoires au droit commun des sociétés. La mise en société de biens futurs est interdite, contrairement à la constitution d'une communauté⁸. Quant à la liquidation, les clauses de partage inégal d'une communauté, d'une indivision, ou encore d'une créance de participation sont licites dans le cadre d'un régime matrimonial, contrairement à la prohibition de droit commun des clauses léonines⁹. La liberté des conventions matrimoniales permet aussi d'assouplir les règles relatives à la capacité : le mineur sur le point de se marier peut consentir une donation par contrat de mariage¹⁰. Ces dérogations, ou plutôt ces

¹ L'état des personnes ne peut en principe faire l'objet de convention : articles 16 et s. Cciv.

² F. TERRÉ, et Ph. SIMLER, « Droit Civil. Les régimes matrimoniaux », Précis Dalloz, 6^{ème} éd., n° 377.

³ Article 943 du Code civil.

⁴ Il existe deux exceptions à cette prohibition : l'une, prévue par l'article 947 du Code civil, rend inapplicable aux donations entre époux la prohibition issue de l'article 943 du même code. L'autre, prévue par l'article 1082 du Code civil, autorise toute personne à prévoir une telle libéralité par contrat de mariage.

⁵ L'article 1086 du Code civil déroge à l'article 943 prohibant les conditions potestatives dans la donation, qu'elles soient purement ou simplement potestatives.

⁶ Respectivement prévues aux articles 1515 et s. et 1511 et s. du Code civil. À rapprocher de l'article 1390 du même code. Ces textes dérogeraient à la prohibition générale limitant la liberté contractuelle, prévue à l'article 1130 al. 2 du Code civil.

⁷ Il nous semble cependant, en application du raisonnement ci-dessus évoqué, qu'il s'agisse davantage de promesses *post mortem*, donc de conventions conférant un droit actuel à terme. Leur objet – un bien commun – empêche toute potestativité de la part de celui qui s'oblige. V. *supra*, n° 199 et s.

⁸ L'article 1526 du Code civil déroge à l'article 1837 al. 2 ancien Cciv. V. A PONSARD et N. DEJEAN DE LA BÂTIE, sur Ch. AUBRY et Ch. RAU, « Droit civil français », t. VI, 7^{ème} éd., 1975, §378, n° 10. La loi du 4 janvier 1978 a supprimé les sociétés universelles : v. Y. CHARTIER, « La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978 », JCP 1978, I, 2917, n° 26.

⁹ L'article 1525 du Code civil déroge à l'article article 1844-1 du même code (ancien article 1855 al 2).

¹⁰ L'article 1398 Cciv. déroge aux articles 903 et 904 Cciv.

retours au principe de liberté contractuelle, ne sont pas nouvelles : si l'ancien article 1855 al. 2 du Code civil déclarait nulle la stipulation affranchissant un associé de toute contribution aux pertes, l'article 1514 ancien autorisait l'épouse à reprendre ses apports «*francs et quittes de toute dette*»¹. De même, les clauses conventionnelles d'inaliénabilité dans l'ancien régime dotal auraient dû être nulles car prévues sans limitation de durée.

236. Limites de la liberté spéciale. Les limites au principe de liberté des conventions matrimoniales sont formulées à l'article 1387 du Code civil et concernent le respect des bonnes mœurs et des «*dispositions qui suivent*», soit les articles 1387-1 à 1399 du même Code. L'article 1388 du Code civil interdit toute dérogation aux droits et devoirs qui résultent du mariage ainsi qu'aux règles régissant l'autorité parentale, l'administration légale et la tutelle. C'est en réalité, à l'image des limites imposées à la liberté contractuelle de droit commun, le respect des dispositions d'ordre public, dont celles intéressant l'état des personnes, qui est concerné. Une similitude dans les limites est donc notable entre la liberté générale et la liberté spéciale. Les époux ne peuvent donc modifier les dispositions du régime primaire² et doivent respecter le principe de prohibition des pactes sur succession future³. Ils ne peuvent non-plus différer la date de prise d'effet de la convention (sauf à reporter la célébration du mariage). Dans une volonté de rupture avec le droit de l'Ancien Régime, le Code civil édictait à l'article 1390 une interdiction de faire référence à l'une des coutumes ou l'un des statuts locaux de l'ancienne France⁴. Une limite matérielle conséquente tient dans le principe d'immutabilité du régime matrimonial : il affecte le *mutuus dissensus* de la convention. Cependant, il est en net recul, surtout depuis la loi du 23 juin 2006 qui a partiellement déjudiciarisé le changement de régime⁵.

La limite la plus significative apportée à la liberté des conventions matrimoniales est le principe d'égalité entre époux consacré par la loi du 23 décembre 1985⁶. Les époux ne peuvent faire aucune stipulation qui aurait pour effet de restaurer l'ancienne puissance maritale ou l'ancienne qualité de chef de famille du mari⁷ : c'est ensemble que les époux assurent la direction

¹ Cette faculté a disparu depuis la loi du 23 déc. 1985.

² Bien qu'une réserve soit légalement prévue s'agissant de la contribution aux charges du mariage : si les époux ne peuvent s'y soustraire (le principe est d'ordre public), ils restent libres d'aménager conventionnellement la répartition finale de cette charge (le *quantum* n'est pas d'ordre public).

³ Cependant l'article 1389 Cciv. ne vise pas les pactes successoraux dans leur globalité, mais les dispositions qui auraient pour effet de «*changer l'ordre légal des successions*». Il n'est donc pas impossible de trouver dans la convention matrimoniale des pactes successoraux (l'institution contractuelle en est le parfait exemple).

⁴ Cet article a été abrogé par la loi du 13 juillet 1965, cependant la probabilité de voir un contrat de mariage se référer à une coutume datant d'avant la Révolution française est bien peu élevée.

⁵ Article 1397 nouveau.

⁶ Loi n° 85-1372 du 23 déc. 1985 sur l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs : JO 26 déc. 1985, JCP 1986, III, 58067. V. sur ce point, J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, « Les régimes matrimoniaux », Paris, Armand Colin, 2001, 2^{ème} éd., n° 42 et s.

⁷ L'ancien article 1388 Cciv. lui conférait des pouvoirs sur les biens communs dits « ordinaires », l'épouse disposant de droits exclusifs sur les biens communs dits « réservés ». La loi du 13 juillet 1965 autorisait les époux à se conférer

de la famille¹. Il leur est de même impossible de rendre l'un d'eux juridiquement incapable. Le principe d'égalité des époux² a surtout d'importantes répercussions quant aux conventions modifiant les pouvoirs des époux sur les biens³. En la matière, les époux ont uniquement la possibilité de modifier le mode d'accès à l'égalité matrimoniale non d'instaurer une inégalité⁴. S'agissant des biens communs, ils peuvent étendre le principe de cogestion mais non le limiter conventionnellement⁵. Le principe de gestion exclusive des biens personnels est d'ordre public⁶.

D'une manière générale, il semble que, pour les régimes innommés⁷, les limites soient celles du droit commun des contrats. Seuls les régimes nommés auraient la faculté de déroger aux limites de la liberté générale, en vertu d'un texte spécial, donc d'une autorisation de la loi. Il n'est pas d'exemple connu de convention innommée contraire aux limites de la liberté de droit commun et qui serait valable au nom du principe de la liberté des conventions matrimoniales, sans autre fondement juridique précis⁸. Plus que « tempérée », la liberté des conventions matrimoniales est véritablement « guidée »⁹. C'est en effet la loi qui désigne les conventions particulières exceptionnellement licites. Toute autre stipulation est fondée sur la liberté générale autant que spéciale.

237. Une distinction fondée sur l'objet. En résumé, la liberté des conventions matrimoniales n'est jamais moindre que celle du droit commun. Nombreuses sont les hypothèses

des pouvoirs égaux sur ces deux sortes de biens, via les clauses de main commune (ancêtre de notre actuelle clause d'administration conjointe, article 1503 Cciv.) ou de représentation mutuelle (anciens articles 1503 et 1504 Cciv.).

¹ Ce principe édicté à l'article 213 du Code civil fait partie de l'ordre public matrimonial.

² Au nom de ce principe, a également disparu la clause de libre inscription hypothécaire par laquelle l'épouse recouvrait le privilège d'hypothèque légale supprimé par la loi du 13 juillet 1965 (ancien article 2135 Cciv.).

³ L'inégalité est admise en matière de propriété ou d'autres droits ; par exemple, une clause de prélèvement peut n'être stipulée que pour l'un des époux désigné et non celui des deux qui survivrait.

⁴ Par exemple, la clause d'unité d'administration par laquelle les biens propres d'un époux étaient gérés par l'autre ou par lui-même, dérogeait au contenu du principe légal. Ainsi, en 1804 le principe étant la gestion des biens propres de l'épouse par le mari, la clause permettait à l'épouse de prévoir une gestion exclusive à son profit. Au contraire, après la loi du 13 juillet 1965, le principe étant la gestion exclusive des biens propres par chacun des époux, la clause pouvait permettre au mari d'administrer seul les biens propres de son épouse ou inversement (anciens articles 1505 et s. Cciv. V. pour cette dernière hypothèse). Depuis la loi du 23 décembre 1985 une telle stipulation est interdite et chacun administre ses propres : article 225 du Code civil.

⁵ Ce qui amène certains auteurs à estimer que la cogestion des biens communs est une règle d'ordre public. V. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, « Les régimes matrimoniaux », Paris, Armand Colin, 2001, 2^{ème} éd., n° 161 p. 152. La doctrine est unanime sur ce point ; v. pourtant la proposition d'un régime de communauté différée : A. POURNIER, « Une nouvelle étape dans la réforme permanente du droit des régimes matrimoniaux : la loi du 23 décembre 1985 », RTD Civ. 1989, p. 447 et s. spé. n° 76 et s.

⁶ Article 225 Cciv., issu de l'article 6 de la loi du 23 déc. 1985.

⁷ Ceux-ci sont très rarement employés et leurs limites sont celles de la liberté contractuelle de droit commun dès lors qu'ils ne se rattachent à aucune stipulation reconnue valable par la loi.

⁸ Ainsi il n'est pas certain qu'un régime matrimonial prévoyant l'attribution de droits éventuels à un époux soit valable, ce qui confirme l'analyse selon laquelle le régime confère des droits actuels affectés de modalités, puisque toute potestativité juridique ou matérielle est exclue.

⁹ Le guide en la matière semble être le notariat ; l'exemple de l'adjonction d'une société d'acquêts au régime de séparation de biens en est un illustre exemple. V. Cass. req., 25 janv. 1904 : DP 1904, I, p. 105, note L.-V. GUILLOUARD ; S. 1904, I, p. 305, note Ch.-L. LYON-CAEN ; J.-L. FILETTE, « À propos des récentes tentatives de résurrection de la séparation de biens avec société d'acquêts : étude critique », Defr. 1996, art. 36369, p. 897.

dans lesquelles elle prolonge la liberté contractuelle. L'explication ne peut se trouver dans la seule intervention notariale qui serait garante de moralité. Ce qui rend ces clauses exceptionnellement valables, c'est plutôt leur inclusion dans une charte matrimoniale, dans l'acte juridique si particulier que constitue le contrat de mariage¹. De même, le fondement des limites apportées aux deux libertés est le même², seule leur application est plus ou moins étendue. Il semble donc que la liberté des conventions matrimoniales soit tantôt une application particulière de la liberté contractuelle de droit commun³, tantôt un prolongement ponctuel de celle-ci au-delà des limites traditionnellement prévues. Cependant, si la liberté spéciale est plus étendue⁴, elle est également plus encadrée⁵. En somme, la liberté est un concept unitaire, qui a vocation à s'appliquer à des objets différents. Ce qui semble distinguer les deux principes serait le domaine auquel elles s'appliquent. La liberté spéciale s'appliquerait aux « conventions matrimoniales », ce qui justifierait l'extension de son champ d'application, tout en expliquant le recoupement très large avec la liberté de droit commun.

B. Le domaine de la volonté : délimitation du concept de convention matrimoniale

238. Deux acceptions. Dans un sens étroit, la convention matrimoniale est l'« *ensemble des clauses du contrat de mariage par lesquelles les futurs époux adoptent un type de régime matrimonial conventionnel ou même le régime légal, ou enfin modifient le régime qu'ils adoptent* »⁶. Cette définition est centrée sur la notion de régime matrimonial⁷. Dans un sens plus élargi, la convention matrimoniale serait « *l'ensemble des clauses du contrat de mariage quel que soit leur objet : conventions matrimoniales au sens strict, donations entre époux ou aux époux, clauses constatant leurs apports, etc.* »⁸. Cette seconde acception crée un parallèle entre l'*instrumentum* et le *negotium* : la convention matrimoniale serait le contenu du contrat de mariage. Aucune de ces deux définitions ne paraît pleinement convaincante, car le détachement du régime matrimonial et du contrat de mariage est une réalité. En effet, le contrat de mariage,

¹ La liberté des conventions matrimoniales est une véritable faveur législative accordée au mariage.

² Principalement l'ordre public et les bonnes mœurs.

³ Lorsque la convention matrimoniale ne dépasse pas les limites connues de la liberté contractuelle.

⁴ Notamment car elle permet l'instauration d'une communauté de biens. La loi n'interdit aucunement à deux personnes non mariées d'effectuer une communauté, mais on aurait tendance à considérer que le pouvoir de la volonté individuelle est inapte à mettre en œuvre cette forme de propriété collective : seul le mariage la justifierait.

⁵ Le *mutuus dissensus* est la règle en matière contractuelle : les parties font et défont le contrat. Les articles 1396 et 1397 font ici figure d'exception.

⁶ G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », association Henry Capitant, PUF 2000, 8^{ème} éd., v^o *Convention matrimoniale*. Sur cette question : A. HOUGLARD, « La notion de régime matrimonial », thèse Toulouse 2008.

⁷ Historiquement, la « convention matrimoniale » désigne le contenu du contrat de mariage, donc les régimes conventionnels, alors opposés au régime légal. La notion de régime matrimonial a ensuite émergé afin de fédérer les deux ensembles. Aujourd'hui, non-seulement l'expression « convention matrimoniale » semble apte à désigner le régime légal, mais elle est de surcroît constituée d'autres éléments que le simple choix du régime. V. *infra*, n^o 238 et s.

⁸ G. CORNU, *ibid.*

présenté classiquement comme l'acte déterminant le régime matrimonial des époux, peut être indépendant de celui-ci. Des époux ayant choisi de se soumettre au régime dit légal peuvent passer un contrat de mariage qui ne désignerait pas leur régime matrimonial et ne contiendrait que des dispositions annexes : il peut y avoir contrat de mariage sans régime matrimonial. De même, il peut exister un régime matrimonial, donc une convention matrimoniale, sans contrat de mariage puisque les époux ne sont pas contraints de le prévoir¹ mais sont obligatoirement soumis à un régime matrimonial. Il n'est pas possible de limiter la notion au contenu du contrat de mariage dans la mesure où la grande majorité des couples ne prévoit pas de contrat et se voit appliquer supplétivement les règles de la communauté réduite aux acquêts. Les définitions proposées témoignent donc d'un réel malaise dans la recherche d'un sens précis. Cela tient à ce que les stipulations du contrat de mariage sont très diverses et se voient parfois appliquer des règles différentes. Se pose alors la question de savoir si les dispositions du contrat de mariage forment un ensemble indissociable et unitaire, ou au contraire si elles peuvent être envisagées séparément².

239. Immutabilité. La diversité est révélée par le champ d'application du principe d'immutabilité. Instaurée à l'article 1396 alinéa 3 du Code civil, la règle de l'immutabilité répond très intimement à celle de la liberté et en constitue la limite matérielle prépondérante. Elle en détermine l'originalité car elle écarte le *mutuus dissensus* gouvernant traditionnellement le droit des contrats³. Les deux principes se répondent et se structurent l'un l'autre. Certes, la loi du 23 juin 2006 a considérablement élargi l'exception majeure au principe d'immutabilité en déjudiciarisant partiellement la procédure de changement de régime matrimonial⁴. Cependant, il demeure et témoigne d'un ordonnancement des valeurs : le Droit « préfère » un régime immuable à une modification. Quoique la règle soit largement dénoncée pour sa rigidité et sa relative inutilité, elle permet encore de sanctionner des actes douteux et dispose d'un champ d'action étendu⁵. Et même si l'avenir devait consacrer sa disparition, il n'en demeure pas moins que toute

¹ Le nombre de contrats de mariage est d'ailleurs en recul : moins de 10% aujourd'hui contre 41,70% en 1872. Cf. M. FAUCHEUX « Le choix d'un régime matrimonial (étude de sociologie juridique) », thèse, Paris II, 1979, 2 vol.

² V. notamment sur cette question : A. BARATHON, « De la divisibilité des clauses du contrat de mariage », thèse Paris 1913.

³ Article 1134 Cciv. al. 2. V. Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 1960 : D. 1961, p. 89, note G. HOLLEAUX ; Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 1994 : Bull. civ. I, n° 175, p. 130 ; RTD Civ. 1995, p. 108, obs. J. MESTRE ; CA Paris, 22 juin 1974 : Gaz. Pal. 1975, I, p. 149. Cf. R. VATINET, « Le *mutuus dissensus* », RTD Civ. 1987, p. 252 ; A. SIRI, « Le *mutuus dissensus*. Notion, domaine, régime », thèse, Aix-Marseille III.

⁴ Des auteurs vont même jusqu'à affirmer que le principe a purement et simplement disparu et ne traitent plus que de la mutabilité contrôlée. Cf. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, « Les régimes matrimoniaux », Paris, Defrénois, 2010, 3^{ème} éd. Cette analyse est erronée : l'article 1396 al. 3 Cciv. n'a pas été abrogé par la loi du 23 juin 2006.

⁵ La jurisprudence sanctionne en effet toute « altération de l'économie du régime » : Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 1985 : Bull. civ. I, n° 285, p. 254 ; JCP N 1986, II, 247, note Ph. SIMLER ; Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 2006, Juris-Data n° 2006-031909 : Bull. civ., I, n° 48 ; n° 02-21.121 ; D. 2006, IR 466 et pan. 2073, obs. M. NICOD ; AJ Fam. 2006, p. 209, obs. Ph. HILT ; Dr. Fam. 2006 n° 3, comm. n° 60, note B. BEIGNIER ; JCP 2006, IV, 1375 ; JCP N 2006, I, n° 26, 1229, note Ph. SIMLER ; Defr. 2006, n° 20, art. 38469, p. 1607, obs. G. CHAMPENOIS ; RJP 2006, n° 7 p. 14, note F. VAUVILLÉ. Ce critère large comprend le changement, la modification partielle, mais aussi l'arrangement sur la

modification est strictement encadrée¹ pour des raisons qui dépassent la simple exigence d'un parallélisme des formes. L'immutabilité ne semble pas se limiter au seul régime matrimonial : elle concerne en principe l'ensemble de la convention matrimoniale². En effet, même si l'article 1387 du Code civil régissant la liberté spéciale porte sur l'« *association conjugale* », alors que l'article 1396 alinéa 3 du même code limite en principe l'immutabilité au « *changement de régime matrimonial* », l'identité d'objet est aisément démontrable. L'article 1396 alinéa 1^{er} emploie le terme « convention matrimoniale » pour prohiber les changements antérieurs au mariage. Les deux textes se situent dans le même Chapitre premier du Titre cinquième du Code civil, entourés de dispositions qui utilisent cette expression de manière récurrente³. De surcroît, la jurisprudence n'a jamais hésité à étendre le principe d'immutabilité à des stipulations du contrat de mariage qui ne seraient pas inhérentes au régime⁴, telles des libéralités⁵. Le principe d'immutabilité¹ comme celui de liberté spéciale saisissent donc le même objet : la convention matrimoniale.

qualification propre ou commune d'un bien (Cass. 1^{ère} civ., 24 nov. 1987 : Bull. civ. I, n° 308, p. 220 ; JCP 1989, II, 21255, note M. DAGOT) et des conventions liquidatives qui n'entreraient pas dans le champ d'application temporel de l'article 265-2 Cciv. (Cass. 1^{ère} civ., 8 avr. 2009 : D. 2009, p. 2508, obs. J. REVEL et p. 2528, note Th. PASQUIER).

¹ De nombreux auteurs parlent aujourd'hui de « mutabilité contrôlée ».

² Il existe un réel malaise dans la conciliation des notions de « régime matrimonial conventionnel », « régime matrimonial légal » et « convention matrimoniale ». Il est relevé par la problématique de l'immutabilité. En témoigne la proposition de Messieurs FLOUR et CHAMPENOIS de substituer le terme « *immutabilité du régime matrimonial* » à celui d'« *immutabilité des conventions matrimoniales* », « *puisque le dit principe s'applique tout autant au régime légal qu'aux régimes conventionnels* » : J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, « Les régimes matrimoniaux », Paris, Armand Colin, 2001, 2^{ème} éd., n° 188. Cette solution est malvenue, car elle occulte l'application de l'immutabilité aux conventions dites annexes. Or, la jurisprudence relaie l'immutabilité des donations par contrat de mariage, allant même jusqu'à les soustraire de l'exception au principe : CA Amiens, 5 nov. 1974 précité. La seule façon de concilier ces notions de manière cohérente est de faire tomber la dichotomie trop stricte entre régimes conventionnels et régime légal. Ce dernier, en tant qu'effet du mariage, dispose d'une origine conventionnelle.

³ L'article 1395 Cciv. emploie le même terme pour désigner le *negotium* du contrat de mariage ; l'article 1394 fait de même pour régir les conditions de forme du contrat de mariage.

⁴ La jurisprudence détermine le champ d'application de l'immutabilité en ces termes : « *Il n'y a changement prohibé au régime matrimonial ou conventionnel que si, sans intervention judiciaire, une règle légale ou une clause du contrat de mariage a été directement modifiée ou écartée, plus généralement toutes les fois que le maintien de conventions passées ou d'arrangements conclus pendant le mariage aurait pour résultat de neutraliser les effets réguliers ou légaux que devaient produire les clauses du contrat de mariage ou les dispositions de la loi* », Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 1985 précité. Cette formulation large comprend donc le régime dit légal, qui ne peut dès lors être vu que comme une partie de la convention matrimoniale.

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 1985 précité. Cependant la jurisprudence se contredit sur la question de savoir si la procédure de changement prévue à l'article 1397 Cciv. doit être employée pour la seule modification de dispositions extérieures au régime mais comprises dans le contrat de mariage. Un arrêt de la Cour d'appel d'Amiens avait jugé que cette procédure ne peut être employée pour la révocation d'une donation incluse dans un contrat de mariage, le régime demeurant inchangé. Mais la justification utilisée est le principe d'immutabilité : celui-ci régirait donc bien l'ensemble des dispositions du contrat de mariage, au contraire de son exception, qui ne concernerait que le régime proprement dit : CA Amiens, 5 nov. 1974 : JCP 1975, II, 18132, note J. PATARIN ; Defr. 1976, art. 31206, p. 1113, note R. GUIMBELLOT ; RTD Civ. 1976, p. 384, obs. R. SAVATIER. Cette solution est à mettre en perspective avec une interprétation *a contrario* d'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 29 octobre 1974 confirmant que les juges du fond peuvent déduire de l'absence de disposition intéressant les donations par contrat de mariage dans une convention modificative que ces libéralités sont maintenues. *A contrario*, il serait donc possible de les modifier au moyen de l'article 1397 du Code civil, donc l'exception aurait le même champ opérationnel que le principe, soit la convention matrimoniale, et non simplement le régime. V. Cass. 1^{ère} civ., 29 oct. 1974 : Bull. civ. I, n° 228 ; R. 1975, p. 18 ; D. 1976, p. 189, note Ph. CASANOVA ; JCP 1975, II, 18015, note J. PATARIN ; Gaz. Pal. 1975, I, p. 143, note G. MORIN ; RTD Civ. 1975, p. 304, obs. R. NERSON. Dans le même sens : Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1975 : Bull. civ. I, n° 163 ; R., p. 18.

240. Dérogation à l'immutabilité. Il existe des dispositions du contrat de mariage qui ne sont pas soumises à l'immutabilité². Selon la majorité des auteurs, tout dépend de l'analyse de la commune intention des parties : si celles-ci ont entendu conditionner la convention dite « annexe » à la réalisation du mariage et à un régime conventionnel précis, l'immutabilité s'imposera³. La jurisprudence est hésitante. Certaines décisions anciennes penchaient en faveur de l'immutabilité absolue de toutes les conventions dites « annexes » au contrat de mariage⁴. La question s'est bien entendu posée au sujet des libéralités incluses dans le contrat de mariage. Si elles demeurent indépendantes du régime matrimonial proprement dit, l'influence du contrat de mariage n'est pas neutre. La question est simple : les libéralités par contrat de mariage sont-elles un élément de la convention matrimoniale ? Une réponse affirmative s'impose si l'on considère que la convention n'est autre que le *negotium* du contrat de mariage, qui serait le contenant. Mais l'analyse sur ce point révèle bien des subtilités. La question est liée à l'irrévocabilité des donations. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004, les donations entre époux étaient librement révocables : la question de savoir si elles étaient immuables puisqu'incluses dans un contrat de mariage revêtait donc une importance pratique indéniable. Aujourd'hui, elle se pose dans les mêmes termes s'agissant de la donation de biens à venir, librement révocable par principe, et des donations de biens présents entre époux consenties avant le 1^{er} janvier 2005. La question a également retrouvé une utilité pratique suite à la réforme des successions et libéralités du 23 juin 2006 : peut-on soumettre la donation par contrat de mariage à la procédure de mutabilité contrôlée⁵ ? Pourtant, il faut bien circonscrire le domaine d'étude : « *l'immutabilité est plus que l'irrévocabilité* »⁶. Alors que l'irrévocabilité empêche de revenir sur les effets et d'annihiler l'acte juridique, l'immutabilité a un champ plus large et prohibe toute modification quelle qu'elle soit. En somme, la question de l'irrévocabilité et celle de l'immutabilité doivent être analysées séparément, puisqu'elles ont des effets, un fondement et un régime distincts.

Cela n'a pourtant pas été la préoccupation des auteurs qui se sont interrogés sur la

¹ Que l'on présentera dès lors comme l'immutabilité des conventions matrimoniales.

² J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *op. cit.*, n° 198.

³ V. par exemple F. TERRÉ et Ph. SIMLER, « Droit civil. Les régimes matrimoniaux », Précis Dalloz 2011, 6^{ème} éd. n° 238. Il est question d'un « *lien suffisant de connexité* » entre la disposition en cause et le contrat de mariage.

⁴ Le terme employé est malheureux : il ne s'agit ni plus ni moins que de dispositions du contrat de mariage. V. par exemple : CA Agen, 25 avr. 1972 : Gaz. Pal. 1972, II, p. 589 ; Defr. 1973, art. 30259 ; RTD Civ. 1973, p. 376, obs. R. SAVATIER ; RTD Civ. 1974, p. 131, obs. R. NERSON. De même, CA Amiens, 5 nov. 1974 précité.

⁵ Sur ce point, la jurisprudence semble contradictoire, mais tend vers la possibilité d'une modification de la libéralité incluse dans un contrat de mariage via la procédure prévue à l'article 1397 Cciv. V. CA Amiens, 5 nov. 1974 et Cass. 1^{ère} civ., 29 oct. 1974 précités.

⁶ J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *op. cit.*, n° 198. Nous ne partageons cependant pas le point de vue de ces auteurs sur la justification de cette assertion. Selon eux : « *Celle-ci empêche le donateur de reprendre ce qu'il a donné. Celle-là interdit au donataire de renoncer à ce qu'il a reçu* ». En effet, l'irrévocabilité d'une donation est toujours renforcée en ce qu'elle interdit aux deux parties de revenir sur l'opération, même avec leur accord commun. Ainsi l'immutabilité comme l'irrévocabilité s'imposent au donateur comme au donataire, dans la mesure où la donation est avant tout un

question, ce qui tient à la prédominance de la révocabilité *ad nutum* à l'époque où les réflexions ont été menées. Trois courants semblent se dégager¹. Selon un premier courant, la donation demeure irrévocable². Selon un second, la donation est soumise à la révocabilité ordinaire des contrats³. Enfin, un troisième courant considère que la donation est soumise par principe à l'immutabilité et par exception à une mutabilité contrôlée. Cette dernière théorie, qui a la faveur d'une jurisprudence pourtant hésitante, semble la plus opportune⁴. Cependant, le rapprochement entre les concepts d'irrévocabilité et d'immutabilité est à déplorer. De plus, des décisions anciennes démontrent que la donation par contrat de mariage n'est pas strictement immuable puisqu'il est possible, même par une convention ne respectant les conditions de l'article 1397 du Code civil, d'en augmenter le montant⁵. Il demeure cependant interdit de le diminuer de quelque façon que ce soit⁶. La donation par contrat de mariage ne serait donc pas totalement immuable, ou du moins, l'immutabilité souffrirait une exception autre que celle prévue à 1397 du Code civil. Qu'il s'agisse de donations entre époux ou en leur faveur n'est pas un critère déterminant. La jurisprudence admet que l'immutabilité s'étende aux donations incluses dans un contrat de mariage⁷. Cette solution est à approuver, mais des efforts doivent être réalisés pour préserver le sens du vocable « immutabilité » : la donation par contrat de mariage doit être pleinement immuable, même s'il ne s'agit que de modifier les modalités du paiement, ou de prévoir un nouveau terme ou une nouvelle condition. En toute hypothèse, le caractère irrévocable des donations de biens présents ne doit jamais être perdu de vue : la procédure de l'article 1397 du Code civil ne doit pas aboutir à une révocation de la donation. Or aucune décision n'a pour

contrat.

¹ V. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *op. cit.*, n° 199.

² Comprendre : « immuable ». M. PATARIN, note sous Cass. 1^{ère} civ., 29 oct. 1974 précitée ; Jcl. Civ., art. 1396-1397, 2^{ème} fasc., n° 20 et 21 ; H., L., et J., MAZEAUD et M. DE JUGLART, « Leçons de droit civil. Régimes matrimoniaux », Montchrestien 1977, 4^{ème} éd., n° 49-2 et 51 ; E.-S. DELAMARNIÈRE, « Les techniques d'interprétation de la loi (à propos de l'application de la réforme des régimes matrimoniaux, loi du 13 juillet 1965) », RTD Civ., 1971, p. 231, spé. p. 247.

³ Comprendre : « muable », même incluse dans le contrat de mariage. L'immutabilité ne s'étendrait pas aux conventions annexes. Ce courant repose sur une interprétation stricte de l'article 1396 al. 3 qui n'évoque que le « régime matrimonial », alors même que les deux alinéas précédents utilisent clairement la notion plus large de « convention matrimoniale ». V. A. PONSARD, n° 112 ; Ph. CASANOVA, note sous Cass. 1^{ère} civ., 29 oct. 1974 précitée.

⁴ M. GRIMALDI, « La nature juridique de l'institution contractuelle », thèse Paris II, 1977, n° 520 et s. et n° 537 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, « Droit civil. Les régimes matrimoniaux », Sirey 1985, 2^{ème} éd., n° 145 et 168 ; A. COLOMER, « Droit civil. Régimes matrimoniaux », Litec, 12^{ème} éd., 2004, n° 336 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, n° 249 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 246 ; G. MORIN note sous Cass. 1^{ère} civ., 29 oct. 1974 précitée ; F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987, n° 308.

⁵ Cass. civ., 30 nov. 1937 : S. 1938, I, p. 241, note R. MOREL. La décision a été rendue à une époque qui ne connaissait pas l'exception de mutabilité.

⁶ Par exemple, renonciation au paiement de la dot (entendue comme libéralité accordée aux époux) : Cass. civ., 26 mars 1867 : S. 1867, I, p. 215 ; diminution de la dot : Cass. civ., 2 janv. 1924 : S. 1924, I, p. 169, note H. VIALLETON ; CA Pau 9 janv. 1838 : S. 1839, II, p. 339 ; CA Rennes 1^{er} mars 1849 : DP 1851, II, p. 238 ; S. 1849, II, p. 602. Ces décisions témoignent de l'amalgame malheureux opéré entre l'immutabilité et l'irrévocabilité.

⁷ Aux futurs époux : Cass. civ., 2 janv. 1924 précité ; Cass. civ., 8 mars 1949 : S. 1949, I, p. 182 ; JCP 1949, II, 4973, note P. VOIRIN ; entre futurs époux : Cass. civ., 22 janv. 1894 : S. 1894, I, p. 173.

l'instant entériné l'immutabilité parfaite des donations par contrat de mariage que nous appelons de nos vœux.

Quoi qu'il en soit, reconnaître l'extension de l'immutabilité aux donations consenties par contrat de mariage revient à les considérer comme faisant pleinement partie de la convention matrimoniale. Tel n'est pas le cas de toutes les dispositions du contrat de mariage. Ainsi, la reconnaissance d'enfant incluse dans un contrat de mariage ne peut être remise en cause par la procédure de l'article 1397 du Code civil, ce qui revient souvent à la considérer comme exclue du principe d'immutabilité. L'amalgame est regrettable. Comme la donation, la reconnaissance d'enfant est par nature irrévocable, ce qui limite par conséquent les possibilités de modification. En revanche, d'autres sortes de conventions, souvent onéreuses, ne sont pas soumises à l'immutabilité ni à son exception, même si les cocontractants sont visés dans la procédure de changement de régime au titre des « *personnes qui étaient parties dans le contrat modifié* ».

241. Applicabilité *ratione temporis*. La diversité est également révélée par l'application *ratione temporis* des dispositions du contrat de mariage. Celui-ci ne prend effet qu'à compter du mariage et doit donc nécessairement être rédigé avant sa célébration. Cette règle édictée à l'article 1395 du Code civil¹ est liée au principe d'immutabilité. Cependant, l'article 1396 prévoit la possibilité de « *changements et contre-lettres* »² avant le mariage, sous certaines conditions formelles³. La jurisprudence est bien moins exigeante sur la forme des contre-lettres lorsque celles-ci portent sur des dispositions du contrat de mariage autres que le régime matrimonial : la forme est alors libre⁴. Cette liberté n'est cependant pas un facteur de division interne entre le régime matrimonial et les autres dispositions du contrat de mariage, puisque certaines conventions modifiant les conditions d'exécution du régime sont aussi soumises à cette liberté de forme⁵. En revanche, la division est bien marquée s'agissant des conséquences de cette règle.

¹ « *Les conventions matrimoniales doivent être rédigées avant la célébration du mariage et ne peuvent prendre effet qu'au jour de cette célébration* ».

² L'expression de « contre-lettre » a pu être regrettée ; il ne s'agit en effet nullement de révéler la véritable nature d'un acte simulé.

³ Présence et consentements simultanés des parties au contrat de mariage et rédaction en minute du contrat de mariage. V. notamment : Cass. civ., 11 juill. 1855 : S. 1855, I, p. 699 ; DP 1856, I, p. 9 ; Cass. req., 24 déc. 1867 : S. 1868, I, p. 134.

⁴ V. notamment H., L., et J., MAZEAUD et M. DE JUGLART, *op. cit.*, n° 67 ; A. PONSARD, « Les donations indirectes en droit civil français », thèse Dijon, 1946, n° 72 *in fine* ; M. PLANIOL, « Traité élémentaire de droit civil », t. III par G. RIPERT et J. BOULANGER, Paris, LGDJ, 1946, n° 65-1 et n° 107. Il existe cependant peu de jurisprudence à ce sujet.

⁵ Tout semble dépendre ici du degré d'altération du statut matrimonial. Par exemple, la modification du mode de paiement de la dot sans en changer la valeur est libre quant à la forme : Cass. req., 4 août 1852 : S. 1852, I, p. 631 ; DP 1852, I, p. 193 ; Cass. req., 6 déc. 1892 : S. 1893, I, p. 187 ; DP 1893, I, p. 219. De même pour la modification du montant de la dot, ce qui est plus contestable car l'acte devient plus grave dans ses effets : A. COLIN et H. CAPITANT, « Cours élémentaire de droit civil français », t. III, Dalloz, 10^{ème} éd. 1950, par J. DE LA MORANDIÈRE, n° 107 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, « Droit civil français », 7^{ème} éd. par A. PONSARD, t. VIII, Litec

242. Rétroactivité ? Les effets du contrat de mariage peuvent-ils rétroagir ? Il ne s'agit pas d'un acte juridique conditionné au mariage, contrairement à ce qui avait été traditionnellement admis¹ : le mariage est le terme suspensif d'exécution des effets du contrat de mariage dont il est la cause². Cependant, certaines dispositions du contrat de mariage prennent effet avant le mariage lui-même. Tel est le cas de la reconnaissance d'un enfant naturel, d'une vente ou d'un louage³, mais aussi de libéralités incluses dans un contrat de mariage⁴, ou même d'une acquisition immobilière entre le contrat de mariage prévoyant une communauté de meubles et acquêts et la célébration du mariage⁵. Il est délicat de trouver une cohérence d'ensemble à ces exceptions éparses. Il n'y a pas de conséquence à tirer de l'exception de l'article 1498 al. 3 du Code civil dans la mesure où elle est légale et se justifie par le risque de fraude : on ne saurait y voir une disposition du contrat de mariage exclue de la convention elle-même. L'exception conventionnelle pour les libéralités est difficile à saisir : l'article 1395 ne serait pas d'ordre public, sauf pour les dispositions du régime matrimonial... L'explication est torturée. S'agissant des autres exceptions, c'est une fois de plus le lien entre la disposition et le contrat de mariage (et le mariage lui-même) qui est éclairante. Certaines exceptions s'expliquent parce qu'elles ne seraient pas une partie de la convention matrimoniale, d'autres en raison d'une particularité propre⁶. Le point commun de toutes ces exceptions est la protection qu'elles offrent aux époux.

1973, § 501, n° 72, p. 143 ; H. L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, « Leçon de droit civil », t. IV, vol. 1 et 2, Montchrestien, 1999, 5^{ème} éd., par L. et S. LEVENEUR, n° 67. À comparer avec : Cass. req., 14 nov. 1898 : DP 1899, I, p. 40 ; S. 1900, I, p. 15. Le laxisme de la jurisprudence semble fondé sur l'équité et se faire au cas par cas.

¹ Selon une jurisprudence ancienne, certaines dispositions du contrat de mariage pouvaient rétroagir au jour de la rédaction de l'acte puisque le mariage était considéré comme une condition suspensive. Le contrat de mariage était conclu *si nuptiae sequantur*, la rétroactivité se déduisant de l'article 1179 Cciv. Cass. req., 26 janv. 1847 : DP 1847, I, p. 67 ; S. 1847, I, p. 147 ; Cass. civ., 5 févr. 1872 : DP 1873, I, p. 80 ; S. 1872, I, p. 73 ; Cass. civ., 18 déc. 1878 : DP 1879, I, p. 441 ; S. 1881, I, p. 373, note Cl. BUFNOIR. Cette position a été critiquée, notamment car le mariage apparaît plutôt comme la cause du contrat et non comme une simple modalité affectant l'obligation : M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 102 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 145 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.*, n° 62, note 19.

² Cass. req., 24 avr. 1936 : DH 1938, I, p. 11, note M. NAST ; S. 1936, I, p. 337, note E. PILON. La solution a été définitivement entérinée par la loi n° 65-570 de 1965 qui précise que les conventions matrimoniales « ne peuvent prendre effet qu'au jour de la célébration du mariage » (art. 1395 Cciv. précité).

³ M. PLANIOL, G. RIPERT, *op. cit.*, n° 103-1 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 216, p. 155.

⁴ Ne dispose pas de l'action paulienne contre la libéralité par contrat de mariage le créancier dont la créance est née postérieurement à ce contrat : Cass. req., 26 janv. 1847 : DP 1847, I, p. 63 ; Cass. civ., 7 févr. 1872 : DP 1873, I, p. 1880 ; S. 1872, I, p. 73. Les époux peuvent également convenir que la donation se réalisera sans terme : H., L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 60 ; A. RIEG et F. LOTZ, « Technique des régimes matrimoniaux », Paris, Lexis Nexis, 1993, 3^{ème} éd., n° 163. De même les biens donnés en dot aux futurs époux dans le contrat de mariage deviennent leur propriété dès le jour du contrat : A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 146 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 103-3.

⁵ Il s'agit ici d'une exception légale justifiée par la prévention de la fraude ; cf. art. 1498 al. 3 Cciv. Cette exception est appliquée restrictivement : Cass. req., 24 avr. 1936 : S. 1936, I, p. 337, note E. PILON ; DH 1937, I, p. 11, note M. NAST.

⁶ Le risque de fraude s'agissant de l'article 1498 al. 3 Cciv. ; le caractère immédiat du transfert de propriété s'agissant de la libéralité par contrat de mariage. Ainsi la donation conserverait une spécificité propre.

243. Report ? Est-il possible de différer dans le temps l'application des dispositions du contrat de mariage ? Il est admis par la doctrine que les dispositions sans lien substantiel avec le régime puissent être affectées de modalités différant leur exigibilité dans le temps, tels une condition ou un terme¹. S'agissant de différer les effets du régime matrimonial, la question est plus délicate. Antérieurement à la loi du 13 juillet 1965, l'ancien article 1399 du Code civil prohibait l'instauration d'un terme suspensif portant sur la communauté. Des auteurs ont pu y voir *a contrario* la possibilité de prévoir un terme extinctif, lequel n'était pas contraire au principe d'immutabilité². Ils en ont également déduit que la prohibition du terme suspensif ne concernait que le régime matrimonial et ne s'étendait pas à l'ensemble des dispositions du contrat de mariage. La jurisprudence avait depuis longtemps admis que le contrat puisse prévoir des régimes matrimoniaux successifs à effet rétroactif³. Les critiques à l'égard de cette position étaient légitimes au regard de la rétroactivité de la condition⁴, pour des considérations plus pratiques que théoriques⁵. La loi du 13 juillet 1965 ayant supprimé l'ancien article 1399 du Code civil, la question se posait une nouvelle fois, sans que la doctrine ne modifiât véritablement son point de vue⁶ : l'instauration d'un terme suspensif serait contraire à l'immutabilité. Or une telle justification ne convainc pas car la modification opérée en cours d'union le serait en application de la convention matrimoniale originelle qui ne serait nullement modifiée. Si le rejet de l'instauration d'une condition potestative s'impose⁷, aucune disposition légale n'interdit de prévoir un terme suspensif ou même une condition résolutoire pour le régime matrimonial.

Les réponses proposées par la doctrine opèrent une division nette entre le régime matrimonial, dont les effets ne devraient pas pouvoir être différés, et les conventions dites « annexes » pour lesquelles la liberté la plus totale semble s'imposer. Or cette distinction ne nous semble pas ici opportune. Les seules contraintes pesant sur les époux sont, d'une part, d'être nécessairement soumis à un régime matrimonial à compter de la célébration du mariage et, d'autre part, de respecter les limites imposées à la liberté contractuelle. Il est donc possible, selon nous, de prévoir un terme ou une condition suspensive ou résolutoire pour le régime matrimonial et pour

¹ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 216, p. 157. On songe par exemple à une vente à terme, ou une libéralité conditionnelle.

² V. F. LUCET et B. VAREILLE, RTD Civ. 1992, p. 174.

³ CA Colmar, 8 mai 1864 : DP 1864, II, p. 85. Les époux avaient stipulé dans leur contrat de mariage qu'ils seraient soumis au régime de communauté d'acquêts jusqu'au jour où ils seraient investis de la succession de leurs parents et, qu'à partir de ce moment, ils seraient censés être soumis au régime de communauté universelle avec rétroactivité au jour du mariage. V. aussi CA Paris, 9 août 1870 : DP 1871, II, p. 113.

⁴ R. JUAN, « La communauté universelle », JCP N 1980, I, p. 95 s., n° 46 s.

⁵ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 216. Les critiques n'ont cependant pas abouti à un infléchissement jurisprudentiel.

⁶ H., L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 60 ; A. RIEG et F. LOTZ, *op. cit.*, n° 318.

⁷ Cass. civ., 15 mai 1878 : D. 1878, I, p. 294, S. 1878, I, p. 449 ; CA Bordeaux, 1^{er} juill. 1886 : D. 1886, II, p. 283 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 140 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 61. La liberté des conventions matrimoniales est en effet limitée, comme celle des contrats de droit communs, par la prohibition des conditions potestatives (article 1174 Cciv).

les autres dispositions du contrat de mariage. La liberté des conventions matrimoniales le permet et l'immutabilité ne s'applique pas en pareille hypothèse. Quant aux considérations pratiques qui ont guidé les nombreuses critiques, elles doivent aboutir à déconseiller aux époux de prévoir un tel aménagement, mais pas à les en empêcher. La jurisprudence tend à autoriser ces aménagements de l'application *ratione temporis*, comme en témoigne le contentieux relatif à la clause alsacienne¹ dite de « liquidation alternative ».

244. Sanctions. La diversité est enfin révélée par le domaine d'application des sanctions. Celles du contrat de mariage sont de trois sortes : inopposabilité aux tiers, nullité et caducité². Seules les deux dernières nous intéresseront directement³. La nullité opère une double distinction dans sa nature et dans son étendue⁴. Selon la cause, la nullité peut être de nature relative⁵ ou absolue⁶. Elle peut, dans son étendue, concerner uniquement le régime matrimonial ou s'étendre à d'autres dispositions du contrat de mariage. Par exemple, si la règle de l'antériorité du contrat de mariage par rapport à la célébration de l'union n'est pas respectée, la nullité s'étend aux donations incluses dans le contrat de mariage, qu'il s'agisse de donations de biens présents⁷ ou de biens à venir⁸. Cependant, les dispositions considérées comme annexes ne sont pas nulles. C'est le cas d'une vente ou d'une reconnaissance d'enfant naturel⁹. La différence de traitement est souvent expliquée par le fait que le contrat de mariage est nécessaire à la validité de l'acte qu'il accueille¹⁰ : tel est le cas de la donation de biens à venir. S'agissant de la donation de biens présents, la disparition du contrat de mariage rend l'acte irrespectueux des conditions formelles de l'article 931 du Code civil¹¹. L'explication est séduisante, mais se heurte à la logique, qui voudrait que la reconnaissance d'un enfant soit de même annulée puisqu'il s'agit d'un acte solennel

¹ V. *infra*, n° 412, n° 434 et n° 489 et s.

² Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.*, n° 61, p. 118 ; H., L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 77, p. 108 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 213, p. 154 ; V. aussi Y. BUFFELAN-LANORE, « Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil », LGDJ 1963, p. 161 ; R. CHABAN, « La caducité des actes juridiques. Étude de droit civil », LGDJ 2006, spé. p. 121. V. CA Paris, 14 déc. 1999, Juris-Data n° 1999-104435.

³ L'inopposabilité sanctionne le défaut de publicité et ne semble pas opérer de distinction entre le régime matrimonial et les autres dispositions du contrat de mariage. S'agissant d'une protection offerte aux tiers, la sanction disparaît lorsqu'est démontré qu'il ne pouvait ignorer les dispositions de la convention.

⁴ Cette deuxième distinction se retrouve s'agissant de la caducité.

⁵ En cas de défaut de capacité ou de consentement ; v. notamment J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *op. cit.*, n° 175. Pour le défaut de capacité, le nombre de titulaires de l'action s'étend : 1398 al. 2 et 1399 al. 2 Cciv.

⁶ Par exemple lorsqu'une condition de forme requise *ad validitatem* n'est pas respectée.

⁷ CA Lyon, 24 juin 1859 : S. 1860, II, p. 17.

⁸ CA Nîmes, 8 janv. 1850 : DP 1850, II, p. 188 ; CA Montpellier, 21 déc. 1857 : S. 1859, II, p. 524 ; CA Pau, 3 mars 1909 : S. 1910, II, p. 76 ; DP 1911, II, p. 171.

⁹ Tribunal civ. Seine, 14 juill. 1858, sous CA Paris 25 janv. 1855 : S. 1855, II, p. 1 ; CA Grenoble, 6 août 1861 : DP 1862, II, p. 207, S. 1862, II, p. 132. Cf. Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.*, n° 60, p. 117 ; H., L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 79 ; CA Nîmes, 25 mai 1857 : S. 1857, II, p. 609 ; CA Grenoble, 6 août 1861 : S. 1862, II, p. 132 ; DP 1861, II, p. 207.

¹⁰ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 168.

¹¹ Ainsi la donation serait-elle maintenue si une autre forme est substituée à l'acte notarié : donation indirecte, déguisée ou don manuel : Cass. civ., 20 juill. 1953 : Bull. civ. I, n° 256. Dans cet arrêt, la donation était cependant nulle pour

nécessairement passé devant un officier public. En réalité, si la sanction s'étend à certaines dispositions mais non à d'autres, ce n'est pas tant pour des raisons tenant aux conditions qui leur sont propres que parce qu'elles s'incluent ou non dans la convention matrimoniale¹. La preuve en est que la sanction s'étend aux dispositions annexes qui n'ont été consenties qu'en raison du choix d'un régime particulier² : des dispositions s'incluent alors dans la convention matrimoniale. Le même raisonnement peut être tenu pour les hypothèses de caducité : si le mariage n'est pas célébré, les libéralités incluses dans le contrat de mariage sont caduques³.

Il faut cependant distinguer les cas où l'*instrumentum* est nul ou caduc des hypothèses dans lesquelles la sanction ne touche qu'une disposition du contrat de mariage pour une cause qui lui est propre. En somme, il faut se demander si la sanction affecte la convention matrimoniale ou une partie de celle-ci⁴. Dans ce dernier cas, il est logique de ne sanctionner que la partie de l'acte viciée. Dans le premier, ce sont toutes les dispositions de la convention matrimoniale qui doivent tomber : si certaines perdurent, c'est parce que, n'ayant pas de lien suffisant avec le mariage, elles ne sont pas une partie de la convention matrimoniale⁵.

245. Lien substantiel et lien formel. L'analyse des différentes émanations de la divisibilité des clauses du contrat de mariage témoigne d'une grande complexité dans l'appréhension des concepts. Le raisonnement est souvent parasité par des considérations externes⁶. Il en ressort tout de même une double distinction interne au contrat de mariage : le régime matrimonial et les autres dispositions et, au sein de celles-ci, les conventions autonomes et celles qui dépendent du contrat de mariage. Ainsi existe-t-il des dispositions n'ayant qu'un lien formel avec l'acte, et donc le mariage, et d'autres qui entretiennent un lien substantiel. Le régime matrimonial participe de cette dernière catégorie, de même que les libéralités et certaines dispositions pour lesquelles le rattachement nécessite une étude approfondie de la commune

une cause qui lui était propre.

¹ L'arrêt du 20 juillet 1953 précité n'a pas été suivi de décisions connues attestant qu'une donation par contrat de mariage annulée soit maintenue si une forme est substituée. C'est en effet la cause de la donation qui disparaît ici.

² J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *op. cit.*, n° 176.

³ Même si la libéralité n'est pas incluse dans le contrat de mariage : article 1088 Cciv. V. par exemple, Cass. civ., 9 août 1887 : DP 1888, I, p. 133 ; CA Douai 17 déc. 1985 : D. 1986, p. 301, note J.-P. LANGLADE.

⁴ Le défaut de consentement peut par exemple n'affecter que le choix du régime matrimonial. Les libéralités seront ainsi valables. En revanche, s'agissant des conditions de forme, c'est l'acte support qui est menacé, donc la convention dans son ensemble. Pour l'admission d'une nullité limitée : Cass. ch. réunies, 21 juin 1892 : DP, 1892, I, p. 369 ; S. 1894, I, p. 440, note Cl. BUFNOIR ; Cass. civ., 30 nov. 1908 : S. 1908, I, p. 418 ; A. BARATHON, *op. cit.*, p. 139 ; Ph. SIMLER, « La nullité partielle des actes juridiques » thèse Strasbourg, 1968, éd. 1969, n° 140, p. 168.

⁵ Certaines décisions se sont d'ailleurs prononcées en faveur d'une nullité d'ensemble de la convention matrimoniale : CA Bordeaux, 1^{er} juill. 1886 : DP, II, p. 283.

⁶ Ainsi pour l'analyse de la sanction, il ne faut pas confondre la nullité propre à une disposition particulière (par exemple, incapacité de recevoir une libéralité faite par un tiers), pour laquelle la divisibilité s'impose, et celle qui concerne l'ensemble de la convention (par exemple, irrégularité de la forme du contrat de mariage), qui implique une sanction affectant toute la convention matrimoniale (les dispositions du contrat de mariage non annulées ne sont donc pas une partie de la convention proprement dite). De même, l'analyse du champ d'application de l'immutabilité est parasitée par le caractère révocable ou irrévocable des donations ; une délimitation minutieuse doit donc être effectuée.

intention des parties. Le juge doit donc apprécier au cas par cas. Mais les libéralités semblent bénéficier d'une forme de « présomption » qui les inclut dans la convention matrimoniale, les rendant ainsi immuables et exposées aux sanctions de l'*instrumentum*. S'agissant de la prise d'effet, le principe reste, même pour les libéralités, que le mariage constitue un terme. Des dérogations existent et ont pour fonction de protéger les époux et de préserver la particularité de l'acte libéral¹.

246. Identification de la convention matrimoniale. Les critères de délimitation de la convention matrimoniale sont donc au nombre de deux. Le premier est l'inclusion dans le contrat de mariage². Seul le régime légal est une exception acceptable, pour des raisons déjà exposées³. Le second critère est le lien étroit avec le mariage : la convention a pour but d'organiser l'union. Et ce lien doit être particulier, la disposition ne doit pas simplement « concerner » le mariage, elle doit y être liée de manière vitale. Ainsi, la reconnaissance d'un enfant naturel n'est pas un élément de la convention matrimoniale car l'établissement de la filiation, si elle participe à la constitution de la famille, peut être indépendante du mariage. Il en va de même pour la vente entre époux, le prêt, la reconnaissance de dette⁴, etc. Si ces actes concernent les époux, ils ne dépendent pas du mariage. Le même raisonnement pourrait être tenu pour les libéralités entre époux ou à leur profit⁵. Mais celles-ci ont très souvent pour fonction de compléter les effets du régime matrimonial⁶ et sont donc liées au mariage⁷.

247. Mariage et convention matrimoniale. Le mariage serait donc la cause de la convention matrimoniale⁸. Mais une difficulté survient. La non-célébration du mariage entraîne la caducité de la convention, sanction affectant l'efficacité, et non la nullité de l'acte, sanction qui s'impose lorsqu'une condition de fond fait défaut. Voir dans le mariage la cause de la convention revient à l'ériger en condition de validité est dépassée lorsque l'on se souvient que la caducité est

¹ Les époux peuvent prévoir que la donation de biens présents prendra effet avant le mariage parce que le mariage n'est pas indispensable à sa réalisation. En revanche, il ne peut exister de régime matrimonial sans mariage.

² Par exemple, la donation par acte distinct n'est pas immuable. Elle est irrévocable s'il s'agit d'une donation de biens présents, mais des modifications mineures peuvent intervenir ultérieurement.

³ V. *supra*, n° 209.

⁴ Cependant, dans l'esprit des parties, il peut arriver que ces actes soient liés au mariage. Il convient alors d'apprécier au cas par cas.

⁵ Les donations au bénéfice d'un seul des époux ne sont pas considérées comme faisant partie de la convention matrimoniale, quand bien-même elles seraient incluses dans le contrat de mariage ; c'est le cas d'une donation faite par contrat de mariage à l'un des futurs époux et à ses frères et sœurs : CA Lyon, 30 nov. 1874 : S. 1876, II, p. 328.

⁶ Par exemple, la donation de biens à venir compense l'indépendance trop stricte qu'opère un régime de séparation de biens.

⁷ De même pour les donations consenties par les tiers : le mariage les explique.

⁸ Parce que leur cause n'est pas le mariage, des dispositions comme la vente entre époux ou la reconnaissance d'enfant survivent à la sanction affectant le contrat de mariage et peuvent prendre effet avant le mariage. Cette cause explique aussi le fréquent et regrettable amalgame entre les notions de « régime matrimonial » et de « convention matrimoniale ». V. notamment F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse

une notion mal comprise et peu définie, qui s'applique en droit dans deux hypothèses : lorsque manque un élément nécessaire à la pleine efficacité de l'acte, ou lorsque disparaît, après la conclusion de la convention, un élément nécessaire à sa validité¹.

L'analyse démontre aussi que le régime matrimonial est l'objet naturel de la convention matrimoniale et que l'intensité du lien qu'il entretient avec les autres dispositions détermine de manière pragmatique le régime juridique qui leur est applicable. Il existe donc un réel décalage entre le contrat de mariage *instrumentum* et la convention matrimoniale *negotium*. Pour préserver le sens des mots, il serait souhaitable de faire cesser la pratique consistant à ne voir dans le contrat de mariage qu'une enveloppe apte à recueillir toute stipulation. Réserver son accès aux seules dispositions ayant pour cause le mariage simplifierait la conceptualisation et rendrait à la terminologie sa fonction éclairante. Cependant, le droit n'est pas l'apanage des théoriciens et il existe de réelles utilités pratiques à concentrer des dispositions diverses dans un même contenant². Ces commodités doivent-elles être préférées à la simplification du traitement du contentieux³ ? Il s'agit là d'une difficulté que nous n'avons pas vocation à résoudre. Notre but était principalement de mieux comprendre le domaine de la volonté, donnée intentionnelle, et de délimiter le champ d'application de la liberté des conventions matrimoniales. À la lumière des développements qui y ont été consacrés, il est possible d'avancer que celle-ci correspond tant à la possibilité de lier certaines dispositions au sort du mariage, qu'à celle d'en déterminer le contenu. Ces considérations permettent d'éclairer la condition relative au gratifié : alors que le droit commun des actes juridiques permet aux libéralités de gratifier toute personne choisie, le droit spécial des régimes matrimoniaux permet de gratifier uniquement le conjoint. En somme, le bénéficiaire d'une libéralité peut être le conjoint. Le bénéficiaire d'un avantage matrimonial doit être le conjoint.

Paragraphe second : Les données de droit commun appliquées aux conventions spéciales

248. Conditions de validité de droit commun. En tant qu'actes juridiques, la libéralité entre époux et les régimes matrimoniaux sont soumis aux dispositions de l'article 1108 du Code civil qui prévoit, pour la validité de toute convention, trois données intentionnelles : la capacité, le

Paris II, 1987, n° 187 et s., p. 267 et s.

¹ Par exemple, lorsque le bien objet du legs périclite par cas fortuit, l'article 1042 Cciv. prévoit que le legs est caduc, non qu'il est nul. Or, c'est bien l'objet qui fait défaut, donc une condition de validité. Il en est de même pour l'incapacité de recevoir (article 1043). En revanche, la disparition du bénéficiaire avant l'ouverture de la succession n'affecte pas la validité du legs, mais simplement son efficacité : il est pareillement question de caducité.

² La plus importante étant une réduction des coûts pour les parties. Le notaire y trouve également son compte : les formalités sont simplifiées.

³ Il est parfois très délicat pour le juge de sonder la volonté réelle des parties et de dire si une convention « annexe » a pour cause le mariage et doit donc s'inclure dans la convention matrimoniale dont elle emprunte alors le régime juridique.

consentement et la cause. Analysée dans le cadre des notions comparées, chacune révèle des spécificités éclairantes sur la distinction. Mais seules les deux premières peuvent être isolées du critère catégorique qu'est l'intention libérale. Doivent donc être successivement étudiées la capacité (A) et le consentement (B) en matière de libéralité et d'avantage matrimonial.

A. La capacité en matière de libéralité et d'avantage matrimonial

249. Capacité à contracter. La capacité visée à l'article 1108 du Code civil est celle du contrat¹ : il s'agit donc d'une donnée spécifique, qui ne se confond pas avec le concept général de capacité. Ce faisant, sa détermination est conditionnée à l'appréhension du triptyque bien connu des patrimonialistes qui classe les actes juridiques en fonction de leur gravité² : acte de conservation³, acte d'administration⁴ et acte de disposition⁵. La capacité, traditionnellement définie comme l'aptitude à être titulaire de droits et à les exercer, est donc doublement composée de la faculté de détenir des droits et de celle de les mettre en œuvre. Cette distinction est reprise par le droit des incapacités, qui distingue l'incapacité d'exercice⁶ de l'incapacité de jouissance⁷. En raison du principe selon lequel « *toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi* »⁸, l'incapacité de jouissance, plus absolue que l'incapacité d'exercice, fait figure d'exception⁹ et n'est prévue que dans des cas spécifiques. Les sanctions de l'inobservation des règles de capacité sont la nullité ou la rescision pour cause de lésion¹⁰.

250. Capacité et libéralité. S'agissant des libéralités entre époux, il n'existe aucune particularité propre à la capacité. Il faut donc se référer aux règles régissant les libéralités en général, dont l'analyse minutieuse démontre qu'elles se présentent sous un double aspect. D'une part, en tant qu'acte de disposition, la libéralité est directement concernée par le droit général des

¹ En réalité, elle est entendue plus largement comme celle des conventions.

² Le décret n° 2008-1484 du 22 déc. 2008 effectue une classification fournie des actes juridiques sous forme de tableau.

³ Il s'agit d'une « *opération juridique destinée à assurer la sauvegarde d'un droit, d'une chose, d'un patrimoine* » ; G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », association Henry Capitant, PUF 2000, 8^{ème} éd., v° *Conservation – acte de*.

⁴ Défini comme une « *opération de gestion normale, acte ordinaire d'exploitation d'un bien ou d'une masse de biens englobant l'expédition des affaires courantes et la mise en valeur naturelle d'un patrimoine* » ; *loc. cit.*, v° *Administration – acte d'*.

⁵ Entendu comme une « *opération grave qui entame ou engage un patrimoine pour le présent ou pour l'avenir, dans ses capitaux ou sa substance* » ; *loc. cit.*, v° *Disposition – acte d'*.

⁶ Qui correspond à la simple inaptitude d'exercer par soi-même un droit dont on est titulaire. Mais un représentant peut les exercer.

⁷ Qui empêche la personne d'être directement titulaire de droits. Même son représentant ne peut donc les exercer.

⁸ Article 1123 du Code civil. Il est suivi de l'article 1124 Cciv. listant les exceptions. Le principe de capacité à contracter est le relai du principe général selon lequel « *Tout Français jouira des droits civils* » (art. 8 Cciv.) : la capacité est donc le principe, l'incapacité l'exception.

⁹ Le principe de la capacité d'exercice est notamment posé par l'article 414 Cciv.

¹⁰ Art. 1124 et 1304 Cciv. pour la nullité ; art. 1305 et 1313 Cciv. pour la rescision.

incapacités¹. D'autre part, la spécificité de l'acte libéral le contraint à supporter des mesures contraignantes qui ne se retrouvent qu'en ce domaine. Or cette dualité correspond à la hiérarchisation de la capacité d'exercice et de jouissance. Ainsi, certaines règles de capacité en matière libérale sont des applications particulières des règles générales applicables à tout acte de disposition et relaient le principe de l'incapacité d'exercice. D'autres sont des dispositions spécifiques, réservées aux libéralités et consacrent des hypothèses d'incapacité de jouissance. Le positionnement de chaque ensemble de dispositions au sein du Code civil témoigne de cette distinction. Les premières sont regroupées au sein des titres X, XI et XII², relatifs successivement à la minorité et à l'émancipation, à la majorité et aux majeurs protégés par la loi³ et à la gestion du patrimoine des majeurs en tutelle. Les secondes se retrouvent dans les parties consacrées spécifiquement aux libéralités.

251. Dispositions de droit commun. Au rang des applications particulières des règles de droit commun se trouve notamment l'incapacité de donner pour le majeur sous tutelle⁴, étendue temporellement grâce à l'article 464 du Code civil⁵. Rien ne permet d'exclure les donations du champ d'application de l'article 473 alinéa 2 du code civil⁶ qui permet au juge d'énumérer certains actes que le mis sous tutelle pourra effectuer seul⁷. Figurent aussi en tant qu'application particulière des dispositions du régime général des incapacités la possibilité pour la personne mise sous curatelle de consentir des donations⁸, ainsi que l'impossibilité pour le mineur non émancipé et le majeur sous tutelle de recevoir seuls une donation⁹. La sanction de ces règles est particulière, car la condition de la capacité à accepter une donation devient une règle de

¹ L'article 902 Cciv. relaie, pour les libéralités, le principe de la capacité à disposer, sauf exception.

² Il est parfois opéré un renvoi, comme dans l'article 935 Cciv.

³ La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 a remplacé le terme jugé péjoratif « incapable » par celui de « personne protégée ».

⁴ Article 476 Cciv. Les conditions dans lesquelles le tuteur peut effectuer la donation au nom du mis sous tutelle sont accrues : l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille est nécessaire.

⁵ Les obligations résultant d'actes souscrits par la personne protégée moins de deux ans avant l'accomplissement des formalités de publicité du jugement d'ouverture de la mesure de protection peuvent être réduites s'il est prouvé que l'inaptitude du majeur à défendre ses intérêts était notoire ou connue du cocontractant au jour de l'acte. Les actes eux-mêmes peuvent être annulés s'il en résulte un préjudice pour la personne protégée.

⁶ Anciennement, article 501 Cciv.

⁷ Cependant il serait étonnant que le juge des tutelles autorise un acte aussi grave que la donation sans même l'assistance du tuteur. L'objectif de ce texte est en effet d'assurer autant que possible l'autonomie de la personne, en adaptant la mesure au cas par cas.

⁸ Avec l'assistance du curateur : art. 470 al. 2.

⁹ L'article 935 Cciv. renvoie aux articles 463 anc. et s. du Code civil, donc au droit commun des incapacités. Il convient donc de se reporter aux articles 389-5 et 389-6 Cciv. pour l'administration légale pure et simple ou sous contrôle judiciaire et à l'article 463 ancien du Code civil s'agissant des mineurs sous tutelle (une disposition pourtant abrogée par la loi du 5 mars 2007). Il faut ici distinguer selon que la donation est pure et simple (chacun des père et mère peut accepter seul le don fait au mineur non émancipé ; de même, le tuteur peut accepter seul le don fait au majeur protégé ; le mis sous curatelle n'a pas besoin de l'assistance du curateur), ou grevé de charges pesant sur le donataire (il faut alors l'accord des deux parents plus l'autorisation du juge des tutelles pour l'administration légale et celle du conseil de famille dans le cas d'une tutelle des majeurs ; le mis sous curatelle doit être assisté du curateur).

forme : la nullité encourue n'est donc pas relative, mais absolue¹. Mais si l'application à une figure particulière conduit à certaines spécificités, ce n'est jamais que le régime de droit commun des incapacités qui est appliqué.

252. Dispositions spéciales. S'agissant des dispositions propres aux libéralités, il faut noter l'incapacité totale du mineur non émancipé de consentir une donation². Sa seule possibilité de disposer à titre gratuit est strictement conditionnée : il doit avoir plus de 16 ans, disposer par testament³ et dans la limite de la moitié de son patrimoine⁴. Quant à la capacité de recevoir, il faut noter l'extension opérée par l'article 935 alinéa 3 du nombre de personnes habilitées à accepter la donation au nom du mineur non émancipé⁵. Mais le plus remarquable est l'existence d'incapacités totales de recevoir, reposant sur la qualité du gratifié ou la relation particulière qu'il entretient avec la personne, protégée ou non⁶. Ainsi n'est-il possible pour le mineur de disposer à titre gratuit au profit de son tuteur que s'il est parvenu à la majorité et que le compte définitif de la tutelle a été rendu et apuré⁷. Une incapacité totale de recevoir une libéralité frappe de même les membres de professions médicales, de pharmacie et les auxiliaires médicaux ayant prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle est décédée, ainsi que les ministres du culte⁸. Le but est ici d'éviter toute captation⁹, donc de protéger le disposant contre sa propre générosité¹⁰,

¹ Cependant, les donations non-authentiques sont soumises à une nullité relative ; le délai est donc de 5 ans, conformément à l'article 1304 Cciv. : Cass. 1^{ère} civ., 11 janv. 2005 : Bull. civ. I, n° 23 ; Gaz. Pal. 2005, somm. 1446 ; D.2005, IR 246 ; D. 2005, Jur. 1207, note A.-L. THOMAT-RAYNAUD ; PA 31 oct. 2005, 15, note J. MASSIP ; Defr. 2005, p. 1065, chron. J. MASSIP ; AJ Fam. 2005, 146, obs. F. BICHERON ; Dr. Fam. 2005, n° 63, note B. BEIGNIER ; RJPF 2005, n° 4, p. 46, note J. CASEY ; RLDC 2005, n° 16, n° 667, note C. BERNARD-XEMARD. L'acte peut cependant être confirmé ou ratifié dans les conditions de l'article 1340 Cciv.

² Art. 903 Cciv. ; art. 904 Cciv. interprété *a contrario*.

³ En tant qu'acte personnel, le testament ne peut jamais être effectué par une autre personne que celle protégée.

⁴ Sauf s'il n'y a pas de parent au-delà du 6^{ème} degré inclus. On retrouve ici une forme de réserve au profit des membres de la famille du mineur.

⁵ « Néanmoins, les père et mère du mineur non émancipé, ou les autres ascendants, même du vivant des père et mère, quoiqu'ils ne soient pas tuteurs du mineur, pourront accepter pour lui ».

⁶ Ce droit spécial des incapacités dépasse largement le droit commun dans la mesure où des incapacités frappent des sujets de droit dotés d'une pleine capacité. D'autres actes juridiques, tels que la vente, sont interdits selon des règles spéciales, toujours en raison de leur gravité et du rapport entre les parties : art. 509 2°, 1125-1, et 1596 Cciv.

⁷ Article 907 Cciv.

⁸ Art. 909 Cciv. Il en est de même pour les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les personnes morales au nom desquelles ils exercent leurs fonctions : ils ne peuvent être gratifiés au moyen de libéralités par des personnes dont ils assurent la protection. Les libéralités aux établissements d'utilité publique n'ont d'effet que si elles sont autorisées par arrêté préfectoral (art. 910 Cciv.). Les fondations, congrégations et associations peuvent être gratifiées par libéralité, mais le préfet conserve un pouvoir de contrôle. Dans tous les cas, une association créée en vue de recevoir une libéralité est illicite : Cass. 3^{ème} civ., 3 mai 1973, n° 72-12.176 : Bull. civ. III, n° 304. V. M. GRIMALDI, « Libéralités. Partages d'ascendants », Paris, Litec, 2000, n° 1670 et s.

⁹ V. également les incapacités qui frappent les personnes morales de droit privé, not. : R. ABRAHAM : « Le champ d'application de la loi du 15 janvier 1990 relative au financement des activités politiques », RFDA 1993, p. 469. Pour les personnes morales de droit public, v. not. : Cl. WITZ, « La révision des charges et conditions en matière de libéralités après la loi du 4 juillet 1984 », D. 1985, chron. 101 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1681. Pour les fondations, v. not. : M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1690 ; H. SOULEAU, « L'acte de fondation en droit privé », thèse Paris 1969 ; J. BERNARD DE SAINT AFFRIQUE, « Fondations et libéralités », Defr. 1997, art. 36646. V. aussi les règles particulières applicables aux fonds de dotation : F. SAUVAGE et E. PORNIN : « L'émergence des fonds de dotations dans le paysage du mécénat français », Bull. Joly 2009, p. 620.

¹⁰ Ce dispositif est renforcé par l'article 911 du Code civil qui prévoit des présomptions irréfragables d'interposition de

considérée comme une faiblesse dont pourraient profiter certaines personnes à l'endroit desquelles il est en situation de dépendance¹.

Une autre règle particulière aux donations résulte de l'article 906 du Code civil. Il ne s'agit pas ici de consacrer une incapacité de jouissance, mais plutôt de prévoir une condition supplémentaire pour la validité de la donation, tenant à la qualité du donataire. Ainsi faut-il, pour être « *capable de recevoir entre vifs* »², être conçu au jour de la donation et naître vivant et viable³. Cette disposition, qui met en œuvre le principe *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodo ejus agitur*⁴, pose des difficultés s'agissant de l'acceptation : peut-on transposer à cette situation les dispositions de l'article 935 du Code civil⁵ ? Incomprise, la règle est davantage une condition tenant à l'existence du donataire qu'à sa capacité⁶. Elle constitue cependant une spécificité propre à la libéralité, qui confère en principe à son bénéficiaire un avantage sans que celui-ci ne soit obligé en retour.

253. Capacité et avantage matrimonial. Les règles de capacité de l'avantage matrimonial ne se présentent pas, comme en matière libérale, comme des applications particulières du droit commun ou des dispositions spécifiques à cette figure. Il n'existe en droit positif aucune préconisation sur la capacité des époux consentant des avantages matrimoniaux. Comme souvent, c'est pour le régime matrimonial que des règles sont prescrites⁷. Or on voit se dessiner une fois de plus le lien très étroit entre le mariage et les conventions matrimoniales : la capacité des régimes matrimoniaux est celle du mariage. Cette règle, transcrite dans l'adage *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*⁸ est déclinée aux articles 1398⁹ et 1399¹⁰ du Code

personnes. Le but est ici d'éviter la fraude.

¹ L'ancien article 908 du Code civil prévoyait une incapacité partielle de recevoir pour les enfants naturels ainsi qu'une impossibilité d'exercer l'action en réduction. Le but était ici de protéger la famille légitime. Cette disposition a été abrogée par la loi n° 2001-1135 du 3 déc. 2001.

² Pour la capacité de recevoir par testament, « *il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur* » (art. 906 al. 2).

³ Cette règle est cependant grevée d'exceptions : les articles 1048 et 1049 Cciv. autorisent par exemple les libéralités graduelles et résiduelles (loi n° 2006-728 du 23 juin 2006) ; les institutions contractuelles par contrat de mariage peuvent se faire au bénéfice d'enfants à naître (art. 1082 Cciv.).

⁴ L'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il y a avantage. V. art. 725 et 961 Cciv.

⁵ La pratique consacre l'acceptation par l'un des parents. Cependant il est inexact d'assimiler l'enfant à naître à un mineur.

⁶ La portée de cette disposition est de prohiber les donations à personnes futures. En effet, il ne peut y avoir de droit sans titulaire : Cass. 1^{ère} civ., 22 juill. 1987, n° 85-13.907 : Bull. civ. I, n° 258 ; Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1991 : D. 1992, p. 149, note E. AGOSTINI.

⁷ V. notamment J. F. OVERSTAKE, « Le contrat de mariage des incapables », RTD Civ. 1971, p. 1 et s.

⁸ « Qui est capable de se marier, est capable de souscrire un pacte nuptial ». Ainsi, pour les libéralités par contrat de mariage, la capacité n'est plus celle de donner mais celle de se marier.

⁹ « *Le mineur capable de contracter mariage est capable de consentir 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* ». S'agissant des personnes dont le consentement est requis pour le mariage du mineur (qu'il soit émancipé ou non), v. art. 148, 159 et s Cciv.

¹⁰ « *Le majeur en tutelle ou en curatelle ne peut passer de conventions matrimoniales sans être assisté, dans le contrat, par son tuteur ou son curateur* ». De même, s'agissant du changement de régime matrimonial, d'un époux majeur protégé, l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille est nécessaire (art. 1397 al. 7 Cciv.). Pour une

civil : « *Les règles de validité des conventions matrimoniales suivront donc celles du mariage* »¹. Il est remarquable que le rôle du tuteur, du curateur, ou de celui qui doit consentir au mariage du mineur consiste en une assistance et non en un consentement comme pour le mariage. S'il est normal que toute représentation soit exclue s'agissant d'un acte personnel², il faut expliquer l'absence de nécessité d'un consentement : en réalité, le consentement à mariage contient déjà celui du régime matrimonial, puisqu'il s'agit d'un effet direct du mariage. Il n'est donc nul besoin de le réitérer, même pour un régime conventionnel.

On observe ici un nouvel exemple de rapprochement entre le régime matrimonial et la donation par contrat de mariage : l'article 1398 du Code civil les assimile ni plus ni moins, car ils constituent, ensemble, une partie substantielle de la convention matrimoniale³. Les règles spécifiques aux libéralités ainsi que celles qui ne constituent qu'une application particulière du droit commun des incapacités sont donc écartées au profit de celles régissant le mariage. Mais cela s'explique par des considérations pratiques. En réalité, la convention matrimoniale étant antérieure au mariage et ne produisant effet que lorsque celui-ci est célébré, le contrôle du respect des intérêts de la personne protégée s'effectue bel et bien lorsque le juge ou le conseil de famille se prononce sur l'autorisation à mariage. Ainsi, l'autorisation à mariage délivrée par le juge ou le conseil de famille, ou encore le consentement des parents au mariage du mineur s'étend à toutes les dispositions du contrat de mariage et à tous les effets du mariage : la protection est donc renforcée, puisque sont autorisés des actes qui, pris isolément, ne nécessiteraient pas l'accord du tuteur, du juge, des parents ou du conseil de famille. En définitive, les articles 1398 et 1399 du Code civil ne feraient qu'instaurer une condition supplémentaire à la convention matrimoniale qui n'existe pas pour le mariage : l'assistance du tuteur, curateur, ou de la personne dont le consentement est requis pour le mariage du mineur dans la rédaction de l'acte.

L'influence du mariage sur la libéralité est aussi marquée par l'article 903 du Code civil qui prévoit que le mineur de moins de seize ans ne peut disposer (sous-entendu par libéralité), sauf par contrat de mariage : l'incapacité de jouissance devient une incapacité d'exercice par l'effet du mariage et de sa convention. Cette faveur s'explique par le contrôle déjà évoqué⁴, mais cela n'est

comparaison avec le droit antérieur : Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 2004 : D. 2004, p. 1856, note Ph. DELMAS-SAINT-HILAIRE.

¹ F. De SAINT POL, « L'incapable, la transmission de son patrimoine et l'acte personnel », PA 11 mai 2006, n° 94, p. 59. V. aussi V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Le régime matrimonial de l'incapable », JCP N 1999, p. 843.

² Le mariage étant un acte personnel, aucune représentation n'est possible : le tuteur se contente d'assister la personne protégée. Cette spécificité s'étend aux conventions matrimoniales ; or, celles-ci portent principalement sur des biens et ne sont pas des actes personnels. C'est la force d'attraction du mariage qui explique cette situation : la convention est perçue comme un prolongement, un accessoire du mariage dont elle emprunte des règles car il est sa cause.

³ Sur la délimitation de la convention matrimoniale, v. *supra*, n° 238 et s.

⁴ Les personnes devant consentir au mariage ou l'autoriser vérifieront que la libéralité n'est pas contraire aux intérêts du mineur.

pas suffisant. C'est surtout l'émancipation du mineur par le mariage¹ qui justifie la disparition de l'incapacité d'exercice dès la célébration du mariage². On ne peut donc voir dans cette disposition une attraction du mariage et du régime matrimonial sur des conventions particulières : c'est surtout le jeu mécanique de l'émancipation qui produit des effets de droit. La règle *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* serait donc le corollaire, s'agissant des mineurs non-émancipés, de l'article 413-1 du Code civil.

254. Institution contractuelle par contrat de mariage³. La question s'est posée de savoir si la capacité requise était une capacité de donner ou de disposer par testament⁴. L'analyse des solutions jurisprudentielles témoigne de l'influence de la convention matrimoniale sur la capacité puisque l'institution contractuelle entre époux relèverait d'une capacité testamentaire⁵, alors que, prévue par contrat de mariage, elle serait soumise à une capacité de donner⁶. La justification de ces solutions réside dans le caractère irrévocable d'une institution contractuelle par contrat de mariage⁷. En réalité, le débat rejoint celui de la délimitation de la convention matrimoniale. L'institution contractuelle, assimilée dans ses effets et son régime juridique à un legs, obéit logiquement à la capacité de tester⁸. Mais incluse dans la convention matrimoniale, elle est soumise à une capacité plus restrictive qui est celle du mariage, non de la donation. C'est donc en considération des articles 1398 et 1399 relatifs aux conventions matrimoniales qu'est imposée l'assistance du tuteur, du curateur, ou des personnes dont le consentement à mariage est requis. Dans tous les cas, on ne voit dans ce débat qu'un intérêt doctrinal : la précision des textes facilite la pratique en assimilant expressément la donation (entre vifs ou à cause de mort) à la convention matrimoniale, donc à la capacité à mariage.

255. Synthèse. En définitive, l'analyse de la capacité démontre d'une part que la libéralité est suffisamment grave pour que soient prévues, en plus des dispositions de droit

¹ Art. 413-1 Cciv. issu de la loi n° 74-631 du 5 juill. 1974 : « *Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage* ».

² Or, la libéralité ne prendra effet qu'au jour du mariage. Toute dérogation conventionnelle est proscrite car la capacité d'exercice n'est pas rétroactive : le mineur ne peut donner qu'à compter de son émancipation par le mariage. Dans le même ordre d'idée, un testament antérieur à la célébration du mariage serait nul pour défaut de capacité.

³ Une première originalité est que l'institution contractuelle, lorsqu'elle est passée par contrat de mariage, peut se faire au profit d'enfants à naître : art. 1082.

⁴ D'une manière générale, la capacité à disposer entre vifs est plus restrictive que celle de disposer par testament. Par exemple, la personne mise sous curatelle peut librement tester seule mais l'assistance du curateur est nécessaire pour une donation (art. 470 Cciv.).

⁵ Cass. civ., 20 févr. 1929 ; Cass. req., 10 juill. 1944 : JCP 1944, 2732, note P. VOIRIN.

⁶ Cass. ch. réunies, 21 juin 1892 : D. 1892, I, p. 369 ; Cass. req., 8 mai 1877 : DP 1878, I, p. 32 ; Cass. req., 25 avr. 1887 : D. 1888, I, p. 169.

⁷ En réalité, l'institution contractuelle n'est jamais à proprement parler irrévocable mais, d'une part, l'article 1083 Cciv. limite le pouvoir de disposer à titre gratuit du donateur et, d'autre part, son inclusion dans le contrat de mariage la rend immuable, ce qui, en pratique, n'autorise la révocation que du consentement des deux époux dans les conditions de l'article 1397 Cciv. L'immutabilité est en effet « plus » que l'irrévocabilité ; v. *infra*, n° 465 et s.

⁸ La justification se trouve dans le niveau de gravité de l'acte, qui ne tient pas qu'à sa libre révocabilité, mais aussi à

commun, des règles spécifiques limitant l'aptitude à transmettre et à recevoir à titre gratuit. D'autre part, cette gravité n'est pas relayée s'agissant des avantages matrimoniaux. La raison est double. Le bénéficiaire d'un avantage matrimonial ne peut être que le conjoint (le risque de captation est donc limité) et le lien qu'entretiennent les deux figures avec le mariage a des incidences sur les règles de capacité : lorsque la libéralité est une partie de la convention matrimoniale, elle est soumise aux règles contraignantes du mariage, en plus de celles qui lui sont propres. Le lien de dépendance de l'acte au mariage explique la divergence et la convergence des conditions de validité.

B. Le consentement à la libéralité et à l'avantage matrimonial

256. Consentement. Le consentement de la partie qui s'oblige est une condition de validité des actes juridiques imposée par l'article 1108 du Code civil qui se retrouve pour les libéralités autant que pour le régime matrimonial dont l'application directe au contrat spécial qu'est la donation démontre l'insuffisance terminologique¹. En effet, c'est autant le consentement du donataire que celui du donateur qui est exigé ici². Le consentement est également fondamental en matière de régime matrimonial. Un arrêt de la Cour de cassation du 29 mai 2013 a d'ailleurs sanctionné une Cour d'appel qui avait annulé un changement de régime matrimonial en faveur d'une société d'acquêts, en raison de la différence d'apport entre les deux époux³ : au visa des articles 1108 et 1134 du Code civil, la Cour de cassation rappelle que le changement, accepté par les deux époux, s'impose à eux.

C'est davantage la qualité du consentement (2) que son existence (1) qui est l'enjeu des contentieux⁴.

1. L'existence du consentement

257. Consentement et volonté. Souvent confondues, le consentement et la volonté ont pourtant des champs d'application distincts : alors que la volonté correspond au désir intime du

son caractère futur, donc à son objet (des biens à venir).

¹ L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription avait proposé de substituer à cette formule celle de « *consentement des parties contractantes* ». V. Y LEQUETTE, G. LOISEAY et Y.-M. SERINET, « Validité du contrat – Consentement » : in « Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription. Exposé des motifs », La documentation française, 2006, p. 29.

² V. cependant : M. NICOD, « La donation entre vifs est-elle toujours un contrat ? », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux. *Liber amicorum*. », LGDJ, Dalloz 2009, p. 375.

³ Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2013, n° 12-10.027, publié au Bulletin ; JCP 2013, n° 24, p. 1152 ; PA 2013, n° 134, p. 6, note J.-G. MAHINGA ; Lexbase Hebdo 2013, n° 536, note S. DEVILLE.

⁴ Le code civil s'attache plus à la qualité du consentement qu'à son existence. Seuls les articles 1108 et 489 évoquent l'existence du consentement. L'avant-projet de réforme du droit des obligations visait autant l'existence (art.1109 à 1109-2) et l'intégrité du consentement (1110 à 1110-2) que les vices susceptibles de l'affecter (art. 1111 et s.).

sujet¹, le consentement en est la manifestation particulière. Le domaine de la volonté est plus vaste que celui du consentement² : il dépasse d'ailleurs le droit des contrats et opère des distinctions en matière de faits juridiques dans des matières aussi variées que le droit de la responsabilité civile³ et le droit pénal⁴. Ainsi le consentement peut-il se définir comme l'« accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droit »⁵ ou « dans l'accord, la volonté de chacune des parties »⁶. Le consentement est une abdication aux effets d'un acte juridique⁷ qui justifie la force obligatoire de celui-ci⁸. Il s'agit donc d'une partie de la volonté, affectée à un objet spécifique. Erigé comme condition de validité des conventions⁹, le consentement se présente comme l'élément de validité par excellence dans la mesure où son absence fait échec à l'existence même de l'acte¹⁰ : le consentement fait l'acte¹¹. L'étendue du consentement est fondamentalement différente pour les donations entre époux et pour les avantages matrimoniaux. Alors qu'il s'agira dans le premier cas d'accepter le déséquilibre économique des prestations en un moment donné, il faudra, dans le second, consentir à un ensemble de règles destinées à régir la vie du couple sur la durée qui pourront potentiellement aboutir à un déséquilibre. Or, si le législateur et la jurisprudence ont pris en compte la gravité de l'acte libéral indépendamment de la qualité de son

¹ On distingue cependant la volonté personnelle, propre à l'esprit, et la volition, la manifestation extérieure de cette volonté. V. not. M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD Civ. 1995, p. 573 : « *La volonté est au cœur de l'humanisme et marque l'infériorité incommensurable de l'homme, tandis que le consentement est un objet, conséquence de la volonté, symbole et extériorisation de la volonté, mais distinct de la volonté* ».

² M.-A. FRISON-ROCHE, art. précit., n° 13 : la volonté est « *une sorte de norme fondamentale a-juridique qui fonde le système mais qui n'a pas vocation à y participer de façon dominante* ».

³ Qui distingue notamment la faute volontaire et la faute non volontaire.

⁴ Le droit pénal général exige un « élément intentionnel » pour la constitution d'une infraction, soit la volonté portant sur le fait brut, sans considération de ses effets : V. not. B. BOULOC, « Droit pénal général », Précis Dalloz, 22^{ème} éd., 2011 n° 266.

⁵ G G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », association Henry Capitant, PUF 2000, 8^{ème} éd., v° *Consentement*. Dans une acception plus restreinte, le terme peut aussi désigner « *l'acceptation donnée à une offre ou une demande* » ou l'« *adhésion d'une personne à un acte conclu par d'autres* ».

⁶ Le consentement est donc une partie de la volonté, exprimée pour former un acte juridique. Mais la volonté est plus que le consentement. Elle peut, par exemple, agir au stade précontractuel sur la modulation du contenu de l'accord. Elle peut de même aboutir à un anéantissement de la convention. Elle agit également sur les faits juridiques.

⁷ Ainsi, l'abdication consécutive à des manœuvres extérieures au sujet ne détruit pas le consentement ; il demeure, mais il est dit vicié. M.-A. FRISON-ROCHE, art. précit., n° 2 : « *le consentement est signe d'une sorte de capitulation* ». V. aussi L. JOSSERAND, « Le contrat forcé et le contrat légal », D. 1940, chron. 1 ; P. DURAND « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », RTD Civ. 1944, p. 73 ; R. MOREL, « Le contrat imposé », in « *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle : études offertes à George Ripert* », LGDJ 1950, t. II, p. 116.

⁸ *Solus consensus obligat* : le seul consentement suffit à obliger. Mais le consentement est une abdication portant sur les effets d'un engagement ; ainsi, *qui auctor est, se non obligat* : qui donne son autorisation ne s'oblige pas.

⁹ La question du consentement, traditionnellement abordée sous l'angle de la constitution de l'acte via l'offre et l'acceptation pose des difficultés de délimitation de la phase précontractuelle et du moment exact où un accord est valablement formé. V. notamment D. MAZEAUD « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in « *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle : mélanges offerts à Jacques Ghestin* », LGDJ, 2001, p. 637 ; A. ALBERTINI, « Les mots qui vous engagent... », D. 2004, chron. 230 ; M.-J. LITTMAN, « Le silence dans la formation des actes juridiques », thèse Strasbourg, 1969 ; P. DIENER, « Le silence et le droit », thèse Bordeaux, 1975.

¹⁰ Ainsi, « *alors que l'absence des autres conditions conduit seulement à vicier le contrat, à défaut de consentement, il y a le néant* », Ph. MALINVAUD, « Droit des obligations », Litec 12^{ème} éd., 2012, n° 112, p. 87.

¹¹ J.-Ch. SERNA, « Le refus de contracter », thèse LGDJ 1967, préf. J. CARBONNIER.

bénéficiaire¹, il n'en va pas de même du régime matrimonial. Cela tient au « filtre » juridique que constitue le mariage, qui doit lui-même être consenti. De même, le choix d'un régime matrimonial se présentant en pratique à la manière d'un « contrat d'adhésion »², le consentement se trouve réduit à sa plus simple expression : accepter ou refuser.

258. Consentement et capacité. Le consentement est souvent confondu avec la capacité sous couvert de protéger le sujet en raison de son insanité d'esprit³. La confusion est latente : l'article 414-1 du Code civil⁴ qui évoque la nécessité d'être sain d'esprit pour faire un acte valable⁵ est la première disposition du Titre XI du Livre 1^{er} relatif à la majorité et aux majeurs protégés par la loi⁶. Il s'agit pourtant d'une notion classée au rang du consentement. Le droit des libéralités relaie cette confusion, dont il est à l'origine : l'article 414-1 Cciv. n'est que la reprise générale⁷ d'une formule prévue par le Code civil au sujet des libéralités à l'article 901⁸, situé dans un chapitre intitulé « *De la capacité de disposer ou de recevoir par donation entre vifs ou par testaments* » mais qui opère une confusion explicite avec le consentement en précisant *in fine* que la libéralité « *est nulle lorsque le consentement a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence* »⁹. En réalité, l'insanité d'esprit, entendue de manière large¹⁰ comme « *tous les accidents qui sont de nature à troubler l'esprit du testateur, à lui enlever la faculté d'apprécier l'acte qu'il se propose d'établir* »¹¹ se rapproche davantage de la capacité que du consentement. En effet,

¹ H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, « Leçon de droit civil », t. IV, vol. 1 et 2, Montchrestien, 1999, 5^{ème} éd., par L. et S. LEVENEUR, n° 1330.

² En raison du grand nombre et de la diversité des régimes matrimoniaux légalement proposés, les régimes innomés sont extrêmement rares. Tout au plus existe-t-il certains aménagements particuliers propres à une situation donnée, mais le notaire cherche surtout à trouver le régime connu le mieux adapté à la situation patrimoniale des époux, quitte à inclure des aménagements sous forme de clause-type.

³ V. notamment sur ce point : O. SIMON, « La nullité des actes juridiques pour trouble mental », RTD Civ. 1974, 707 ; J. KLEIN, « Le traitement jurisprudentiel de la nullité pour trouble mental », Defr. 2006, I, p. 695, art. 38382 ; J. KLEIN et F. GEMIGNANI, « Le notaire face à l'insanité d'esprit », JCP N 2006, 1142. Cette liste ne prétend aucunement à l'exhaustivité.

⁴ Anciennement article 489 Cciv. avant la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007.

⁵ « *Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte* ».

⁶ L'article se présente comme un propos liminaire aux dispositions régissant l'incapacité des majeurs. Il fait partie des « *dispositions indépendantes des mesures de protection* ».

⁷ Cette reprise est opérée par la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968, soit bien postérieurement à la rédaction de l'article 901 issu du Code Napoléon.

⁸ « *Pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit* ». Avant la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, il était ainsi rédigé : « *Pour faire une donation entre vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit* ».

⁹ L'insanité d'esprit est cependant un fondement bien distinct de celui des vices du consentement : Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 2003, n° 00-17.712 ; Defr. 2003, p. 1093, obs. J. MASSIP ; JCP N 2004, 1473, étude A. CERMOLACCE

¹⁰ La jurisprudence parle également de « *toutes les variétés d'affection mentale par l'effet desquelles l'intelligence du disposant aurait été obnubilée, ou sa faculté de discernement dérégulée* » : Cass. civ., 4 févr. 1941 : DA 1941, p. 11. Les hypothèses concernées sont très variées : vieillesse, affaiblissement dû à l'âge, maladie, infirmité physique, passions violentes, drogue, alcool, etc.

¹¹ Cass. req., 9 mars 1875 : S. 1875, I, p. 269. Les juges du fond sont souverains dans l'appréciation de cette insanité : Cass. req., 12 févr. 1868 : D. 1868, I, p. 289 ; Cass. civ., 5 déc. 1949 : D. 1950, p. 57 ; Bull. civ. 1949, I, n° 349, p. 1172 ; RTD Civ. 1950, p. 214, obs. R. SAVATIER. Elle peut par exemple consister en une sénilité : Cass. civ., 7 mars 1864 : S. 1864, I, p. 163 ; D. 1864, I, p. 168.

l'abdication aux effets de l'acte est réelle : c'est l'aptitude de celui qui a consenti qui est remise en question dans un contexte particulier. Or la particularité de l'acte libéral est le parangon de l'insanité d'esprit : l'ancien droit français annulait déjà les libéralités consenties sous l'effet de la haine ou de la colère envers les héritiers via l'action *ab irato*¹. Mais la notion ne correspond pas à la capacité juridique², car elle crée une hypothèse d'annulation indépendante de tout régime de protection³. Il s'agirait plutôt d'une catégorie intermédiaire qui ferait produire des effets juridiques à une incapacité qui n'a pas été préalablement sanctionnée par l'ouverture d'une mesure de protection. Certains arrêts rendus en matière de droit international privé ont pu y voir une « *incapacité naturelle* »⁴, qualification qui n'a pas été suivie par la jurisprudence relative aux conventions⁵. Cette solution est la plus exacte qui soit, car ce n'est pas tant la liberté ou la sincérité de la volonté qui est en jeu que l'aptitude à l'exprimer, les deux étant inévitablement liées.

259. L'insanité d'esprit libérale. Les auteurs s'accordent aujourd'hui pour estimer que les deux dispositions traitent strictement de la même notion⁶ et que la libéralité ne suppose pas un niveau d'intelligence supérieur à celui des autres actes juridiques⁷. Mais la jurisprudence exige

¹ L'hypothèse se retrouve encore aujourd'hui, mais le *criterium* a changé : il faut que l'emportement soit de nature à troubler les facultés mentales du disposant : Cass. req., 9 mars 1875 : S. 1875, I, p. 269 ; Cass. req., 29 févr. 1876 : S. 1876, I, p. 155 ; Cass. 1^{ère} civ., 13 avr. 1964 : JCP 1964, II, 13721, note P. VOIRIN.

² Elle en est indépendante, les juges n'étant pas liés par la mesure s'ils statuent sur l'insanité d'esprit : Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 2003 précit. Et inversement : Cass. 1^{ère} civ., 6 juill. 2000, n° 98-22.654 ; RJPF, 2000, n° 12, p. 13, note J.-F. PANSIER.

³ La jurisprudence rappelle d'ailleurs que l'insanité d'esprit ne se confond pas avec l'état qui justifie l'ouverture d'une mesure de protection : il n'y a pas toujours concordance entre les deux : CA Paris, 16 oct. 1995 : RTD Civ. 1996, p. 685, obs. J. PATARIN ; CA Paris, 24 avr. 1869 : D. 1870, II, p. 221. Les deux fondements ne sont pas exclusifs l'un de l'autre, l'insanité d'esprit pouvant être invoquée même lorsque la personne fait l'objet d'une mesure de protection : Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 2003, n° 00-17.712 précit. En pratique, les deux systèmes se complètent l'un l'autre, comme en témoigne une jurisprudence qui prononce la nullité de l'acte sur le fondement de 489-1 ancien alors que la personne a été placée sous un régime de curatelle après avoir consenti des procurations ayant abouti à des ventes : Cass. 1^{ère} civ., 14 nov. 2006, n° 05-12.353 : Bull. civ. I, n° 481 ; AJ Fam. 2007, IR 39 ; Dr. Fam. 2007, n° 70 note Th. FOSSIER ; RJPF 2007, n° 3, p. 15, obs. J. CASEY. De même, la preuve de l'insanité d'esprit permet de suppléer l'absence de notoriété de l'état du donateur : Cass. 1^{ère} civ., 10 juin 1981, n° 79-16.663 : Bull. civ. I, n° 202 ; Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 1990, n° 89-10.583 ; Defr. 1990, p. 1300, obs. J. MASSIP.

⁴ « *L'insanité et la démence constituent en réalité des cas d'incapacité naturelle soumis à la loi personnelle et non à la loi régissant les actes juridiques incriminés comme les vices du consentement* » : Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 1957 : RCDIP 1957, p. 680, note H. BATIFFOL. V. déjà : Cass. req., 26 déc. 1934 : DP 1936, p. 165, note E. CLUNET.

⁵ Un arrêt a cependant qualifié l'insanité d'esprit de « *fait matériel dont la preuve et la portée sont abandonnées à la prudence des juges du fond* » ; Cass. civ., 5 déc. 1949 précit.

⁶ Pour un exemple de nullité pour insanité d'esprit contre un acte authentique : CA Paris, 4 févr. 1854 : DP 1855, II, p. 135 ; Cass. 1^{ère} civ., 12 déc. 1957 : Bull. civ. I, n° 169. Nullité pour insanité d'esprit contre une donation par contrat de mariage : Cass. 1^{ère} civ., 23 déc. 1856 : D. 1857, I, p. 17 ; S. 1857, I, p. 244. Nullité pour insanité d'esprit d'une donation entre époux : Cass. 1^{ère} civ., 28 déc. 1831 : S. 1832, I, p. 358.

⁷ V. notamment : M. GRIMALDI, « *Droit civil : libéralités, partages d'ascendants* », Paris, Litec, 2000, n° 1045 p. 50. Il est cependant rappelé que des arguments vont en sens contraire : la gravité de l'acte et la redondance des articles 414-1 et 901 Cciv. Ainsi, selon le chancelier d'AGUESSEAU, la loi exige pour les libéralités « *une sagesse moins équivoque, une raison plus éclairée, une volonté plus ferme que pour s'obliger dans un contrat* ». Mais les effets d'un acte gratuit sont plus aisés à comprendre que ceux d'un acte onéreux qui implique l'effort d'opérer un rapport d'équivalence : « *dans le titre onéreux, il faut à la volonté, pour qu'elle soit sainement délibérée, une capacité économique ; dans le titre gratuit, il lui suffit souvent d'une simple rationalité affective* » (M. GRIMALDI, *ibid.*).

pour annuler une libéralité sur ce fondement que le trouble mental soit grave¹. De plus, le régime de la nullité est plus large pour les libéralités qu'en matière de droit commun. C'est en effet en se fondant sur l'article 901 du Code civil que la jurisprudence avait pu déroger à l'exigence d'une preuve intrinsèque de l'insanité d'esprit². La redondance entre les articles 901 et 414-1 du Code civil n'est donc pas que le reflet de la construction historique de cette cause de nullité : elle permet, dans notre droit positif, de protéger davantage le disposant qui consent un avantage dans le cadre d'une donation ou d'un testament. Ces particularités tiennent à la gravité de l'acte libéral qui en fait le terrain le plus propice au détournement de la volonté de la personne atteinte d'insanité d'esprit³. Le régime matrimonial ne bénéficie pas de cet élargissement, dans la mesure où le mariage qui le précède⁴ permet aux tiers d'opérer un contrôle relatif sur les risques encourus, lesquels sont moins prégnants dans un acte synallagmatique comme la convention matrimoniale⁵. Le contrat de mariage fait de même l'objet d'une publicité dont les formes non-authentiques de libéralités ne bénéficient pas. Il serait pourtant faux de croire que l'insanité d'esprit est une notion polymorphe : seule la mise en œuvre de la sanction est facilitée, eu égard aux effets particuliers de l'acte. Mais s'agissant de l'existence du consentement, les donations entre époux et les avantages issus du régime matrimonial sont soumis aux mêmes impératifs.

2. La qualité du consentement

260. Vices du consentement. La théorie des vices du consentement a naturellement vocation à s'appliquer aux libéralités entre époux et aux avantages matrimoniaux. Quelques originalités doivent cependant être relevées. S'agissant des avantages matrimoniaux, il n'existe pas de disposition spécifique⁶. Cependant, le lien étroit qu'ils entretiennent avec le mariage marque ici une distance. Alors que le mariage lui-même ne peut être annulé que pour violence⁷ ou

¹ Cass. civ., 7 mars 1864 : D. 1864, I, p. 168 ; Cass. req., 4 mai 1943 : DA 1943, p. 66 ; Cass. civ., 5 déc. 1949 : D. 1950, p. 57 ; Cass. 1^{ère} civ., 17 janv. 1961 : Bull. civ. I, n° 42 ; Cass. 1^{ère} civ., 11 juin 1980 : Bull. civ. I, n° 184 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1045.

² Il existe de plus une présomption simple que l'état habituel de démence fait présumer l'absence de consentement au moment de la libéralité : Cass. civ., 5 déc. 1949 précit. Mais la preuve d'un intervalle lucide peut être rapportée : Cass. civ., 4 févr. 1941 : DA 1941, p. 113 ; RTD Civ. 1940-41, p. 478, obs. R. SAVATIER ; Cass. 1^{ère} civ., 20 oct. 1954 : D. 1955, p. 66 ; Cass. 1^{ère} civ., 11 juin 1980 : Bull. civ. I, n° 184 ; D. 1981, IR 91, obs. D. MARTIN.

³ De plus, on sait que la libéralité a des incidences successorales directes, alors que les répercussions du régime sur la liquidation de la succession sont indirectes.

⁴ Lequel peut aussi être annulé pour insanité d'esprit : Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 1980 : JCP 1981, II, 19552, note G. RAYMOND.

⁵ Sur ce point, v. not. C. PHILIPPE, « Régimes matrimoniaux et altération des facultés mentales », *Dr. Fam.*, 2006, n° 5, étude 24.

⁶ Il convient donc d'appliquer les nombreuses solutions du droit commun. Par exemple, avantages matrimoniaux et donations entre époux adoptent le régime des nullités relatives des actes juridiques soumises en principe à la prescription quinquennale : V. Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 1958 : D. 1959, p. 18, note G. HOLLEAUX ; JCP 1959, II, 10949, note P. ESMEIN.

⁷ Cass. 1^{ère} civ., 17 déc. 1968 : D. 1969, p. 410 ; T. civ. Montpellier, 16 juill. 1946 : Gaz. Pal. 1946, II, p. 183.

erreur¹, rien ne soustrait les dispositions du contrat de mariage², qui en est l'accessoire, aux conséquences du dol³. Cet état s'explique par les domaines respectifs des actes juridiques. Alors que le mariage régit en premier lieu les relations personnelles des époux, le régime matrimonial a vocation à organiser les effets patrimoniaux de l'union, ce qui nécessite une protection supplémentaire et rend plus visible la distinction entre les manœuvres dolosives et les « *artifices normaux qui ne sont qu'art de plaire* »⁴. Le régime légal est ainsi placé dans une situation originale par rapport aux autres régimes matrimoniaux : si l'option n'est pas formalisée dans un contrat de mariage, il ne peut, en tant qu'effet direct du mariage, qu'être remis en cause par les voies restrictives qui concernent le mariage. Pour les régimes prévus par contrat de mariage, l'exigence d'un consentement libre et éclairé demeure⁵, même si l'intervention du notaire permet de prévenir l'émergence du contentieux. En toute hypothèse, le consentement matrimonial n'est pas neutre dans l'étude du consentement portant sur le régime matrimonial, même si les deux données ne doivent pas être confondues⁶.

Le changement de régime matrimonial nécessite de même le consentement des époux et peut, comme le choix initial, aboutir à la création d'avantages matrimoniaux. Mais ici, les personnes qui étaient parties au contrat de mariage initial n'ont pas à consentir à la modification⁷. Elles ne disposent que d'un droit d'opposition dont l'efficacité est très relative⁸. Cela s'explique aisément par la teneur de la modification qui, le plus souvent, ne concerne pas les actes annexes faisant intervenir des tiers mais se concentre sur le cœur de la convention matrimoniale⁹ : le choix et l'aménagement du régime ou une disposition entre époux¹⁰. En somme, la modification est perçue comme une convention entre époux alors que le contrat de mariage fait encore figure de

¹ Article 180 Cciv.

² « *Comme toute convention, le contrat de mariage est susceptible d'annulation lorsqu'il a été conclu en violation des règles du droit commun concernant le consentement* », CA Paris, 14 déc. 1999 : Dr. Fam. 2001, n° 19, note B. BEIGNIER. La validité du contrat de mariage nécessite donc un consentement effectif et exempt de vices : Cass. 1^{ère} civ., 2 nov. 1977, n° 75-15. 539 : JCP 1978, IV, p. 5.

³ Selon un adage de LOYSEL, « *Dans le mariage, il trompe qui peut* ». Le dol n'est donc pas une cause de nullité du mariage. Mais en pratique, l'existence de manœuvres dolosives facilite la preuve de l'erreur. M. MAZEAUD et J. DE JUGLARD, « *Leçons de droit civil* », t. IV, vol. 1, « *Les régimes matrimoniaux* », Montchrestien, 5^{ème} éd., 1982, n° 59 ; M. PLANIOL, « *Traité élémentaire de droit civil* », t. IX, par G. RIPERT et J. BOULANGER, Paris, LGDJ, 1960, n° 41.

⁴ A. BÉNABENT, « *Droit civil, La famille* », Litec 11^{ème} éd. 2003, n° 96.

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 1995, n° 93-15.005 : Bull. civ. I, n° 291 ; D. 1996, 233, note F. BOULANGER ; Defr. 1996, p. 321, obs. J. MASSIP, p. 407 obs. G. CHAMPENOIS ; RTD Civ. 1996, p. 392, obs. J. MESTRE ; *ibid.* 1997, p. 205, obs. B. VAREILLE ; CA Paris, 14 déc. 1999 : Dr. Fam., févr. 2001, comm. n° 19, obs. B. BEIGNIER.

⁶ Il existe par exemple une réelle différence entre l'action en nullité dirigée contre le mariage (absolue et ouverte à tout intéressé) et l'action en nullité du contrat de mariage pour vice du consentement (relative et transmissible aux héritiers, sauf lorsqu'il s'agit d'une erreur sur la qualité de la personne ; l'action en nullité est alors strictement attachée à la personne). Mais la jurisprudence a parfois tendance à assimiler les deux : v. par expl. Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 1995 précit.

⁷ Article 1397 Cciv.

⁸ L'homologation du juge est très fréquente suite à une opposition.

⁹ Ce qui constitue par ailleurs un exemple supplémentaire de divisibilité des clauses du contrat de mariage.

¹⁰ De plus, la modification projetée s'effectue au moyen d'un nouvel acte juridique auquel seuls les époux sont juridiquement parties.

pacte de famille¹. Il existe peu de précisions sur le consentement en matière de changement de régime matrimonial², ce qui incite à se référer au droit commun et à prolonger les solutions applicables à l'hypothèse du choix initial³. La nature contractuelle du changement opéré, et donc la nécessité de préserver l'intégrité du consentement, ont été les préoccupations majeures de la jurisprudence qui n'a jamais reconnu à l'homologation judiciaire le pouvoir de déroger à ces impératifs⁴. La prédominance du consentement est encore démontrée par l'obstination de la Cour de cassation à faire relever la procédure judiciaire d'homologation de la matière gracieuse, alors même qu'elle constate l'existence d'un litige⁵. L'entente conjugale différencie en effet la procédure de changement conventionnelle des mesures judiciaires de protection qui ont un caractère contentieux.

261. Spécificité des vices du consentement en matière libérale. L'application de chaque cas de vice du consentement révèle aussi des originalités propres à la figure libérale⁶, qui ne se retrouvent pas pour les régimes matrimoniaux⁷. L'erreur est par exemple une cause de nullité classique⁸. Mais elle est appliquée de manière plus large pour les libéralités, notamment parce qu'est admise, contrairement au droit commun, l'erreur qui ne porte ni sur la substance ni sur la personne, et que l'appréciation du caractère déterminant du consentement est bien plus souple⁹. De surcroît, la jurisprudence assimile en matière libérale la disparition de la cause¹⁰ à

¹ La nécessité d'une convention modificative pour passer d'un régime dit conventionnel à un régime dit légal démontre une fois de plus l'origine et la nature conventionnelle du régime de communauté réduite aux acquêts.

² L'on sait cependant que le consentement doit perdurer jusqu'à l'homologation lorsque celle-ci est nécessaire : Cass. 1^{ère} civ., 27 avr. 1982 : Bull. civ. I, n° 148, R., p. 45 ; Cass. 1^{ère} civ., 14 avr. 2010 : Bull. civ. I, n° 97, D. 2010, actu. 1087 ; JCP 2010, n° 1220, note G. WIEDERKEHR ; Defr. 2010, p. 1367, note J. MASSIP ; *ibid* 2011, p. 375, obs. G. CHAMPENOIS.

³ Ainsi la nécessité d'un consentement non-vicié s'étend-elle aux hypothèses de modification de la convention matrimoniale : CA Agen, 6 avr. 1998 : Dr. Fam. 1998, n° 115, note B. BEIGNIER.

⁴ L'homologation judiciaire ne purge donc pas l'acte de ses vices. Il peut être attaqué en nullité pour une cause qui lui est propre, généralement en cas de fraude : Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 1997, n° 94-20.276 : Bull. civ. I, n° 20 ; R., p. 191 ; D. 1997, p. 273, rapp. X. SAVATIER ; JCP 1997, II, 22912, note C. PAILLET ; *ibid.*, I, 4047, n° 12 obs. G. WIEDERKEHR ; Defr. 1997, p. 420, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD Civ. 1997, p. 985, obs. B. VAREILLE.

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 2008 : Bull. civ. I, n° 87, D. 2008, p. 2042, note D. LE NINVIN ; RLDC 2008, n° 5, n° 2999, obs. C. JEANNE ; RJPF 2008, n° 6, p. 32, obs. F. VAUVILLÉ ; Defr. 2008, p. 2187, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD Civ. 2008, p. 725, obs. R. PERROT. La solution est cependant inévitable au regard de l'article 1301 du Code de procédure civile.

⁶ En la matière, le besoin de protection contre les vices affectant le consentement semble plus important qu'ailleurs, ce qui transparaît dans la redondance imposée à l'article 901 du Code civil par la loi du 23 juin 2006.

⁷ Il existe cependant des constantes. Par exemple, l'intervention notariale, si elle réduit considérablement le risque d'annulation par une action préventive ne l'exclut jamais totalement. Ainsi, même une donation notariée peut être annulée pour violence (et, *a fortiori*, pour erreur ou dol) : CA Montpellier, 1^{er} avr. 1952 : D. 1952, p. 619, note G. RIPERT ; Cass. req., 15 juill. 1878 : D. 1879, I, p. 22. Le vice est cependant plus difficile à prouver.

⁸ V. par exemple, erreur de droit : Cass. req., 13 juin 1826 : D. 1826, I, p. 307. Sur la croyance erronée que l'institution contractuelle était révocable : Cass. 1^{ère} civ., 21 juin 1960 : Bull. civ. I, n° 339 ; Cass. 1^{ère} civ., 26 nov. 1968. Sur la croyance erronée que la renonciation est un droit personnel : Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 1960 : S. 1961, p. 1.

⁹ G. GRELON, « L'erreur dans les libéralités », RTD Civ. 1981, p. 201, n° 43 et s.

¹⁰ Entendue comme les « éléments en considération desquels le disposant s'est résolu à donner ou léguer », M. GRIMADI, *op. cit.*, n° 1051. Par exemple constitue une erreur sur la cause le fait pour le disposant de s'être cru sans héritier (Cass. 1^{ère} civ., 13 avr. 1964 : Bull. civ. I, n° 185 ; JCP 1964, II, 13721, note P. VOIRIN) ou de croire que le donataire est son enfant (erreur sur la filiation : Cass. req., 13 juin 1826 : D. 1826, I, p. 307).

l'erreur sur la cause¹. Mais cela tient à l'*intuitus personae* qui caractérise l'acte, car une problématique similaire se retrouve au sujet du mariage². De même, pour les actes onéreux, l'erreur sur les mobiles n'est retenue que lorsqu'ils sont entrés dans le champ contractuel, alors qu'en matière de libéralité, il suffit que l'erreur ait déterminé le disposant, quand bien même les mobiles n'étaient pas la condition de la libéralité³. C'est ici l'intention libérale qui fausse le jeu normal des nullités. Il semble que la difficulté à la caractériser ou à l'exclure incite les juges à se fonder davantage sur le droit commun que sur la spécificité de l'acte.

S'agissant de la violence, il n'y a que peu de particularités par rapport au droit commun, si ce n'est qu'elle est plus aisément admise puisqu'il peut être tenu compte de toutes les circonstances, internes et externes⁴. Quant au dol, deux originalités sont à noter⁵. La première est historique : l'ancien droit français connaissait un régime particulier pour les captations et suggestions⁶ en matière de libéralité. Ces concepts ont aujourd'hui intégré le droit commun des conventions à travers la notion de dol, mais la libéralité demeure l'hypothèse principale de ces pratiques⁷. La seconde est de droit positif : alors qu'en droit commun il est exigé que le dol émane du cocontractant⁸, il peut, pour fonder l'annulation d'une libéralité, provenir des manœuvres d'un tiers⁹. Pour certains auteurs, cet élargissement fondé sur l'article 901 du Code civil traduirait une conception nouvelle du dol, dépourvue de toute dimension pénale¹⁰. Il est cependant possible de

¹ Notamment lorsque le disposant a gratifié le bénéficiaire parce qu'il était son gendre (ou sa bru) et que celui-ci divorce par la suite : Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1985 : Defr. 1986, art. 33636, p. 1438, obs. J.-L. AUBERT ; RTD Civ. 1986, p. 397, obs. J. PATARIN. Ici, c'est plutôt la cause qui a disparu, l'intention libérale étant indissociable de l'union matrimoniale.

² Erreur sur les qualités essentielles de la personne : CA Toulouse, 2 mars 1993 : RTD Civ. 1993, p. 563, obs. J. HAUSER ; TGI Paris, 7 mai 1996 : RTD Civ. 1996, p. 583, obs. J. HAUSER ; Dr. Fam. 1997, comm. 38, obs. H. LECUYER. Pour Monsieur HAUSER, il s'agirait plutôt d'une absence de cause.

³ V. H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 1341 ; Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1985 précit. D'une manière générale, il faut que l'erreur soit entrée directement dans le champ contractuel : Cass. req., 13 janv. 1826 ; CA Lyon, 6 févr. 1933. Or, pour la libéralité, est jugé déterminant le motif qui à lui seul explique l'intention libérale.

⁴ Cass. req., 15 juill. 1878, précit. ; CA Paris, 22 mai 1939 : Gaz. Trib., 1^{er} sept. 1939 : la distinction opérée à l'article 1112 Cciv. n'est pas reprise. H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 1342.

⁵ L'appréciation du dol est aussi large qu'elle l'est pour le droit commun : « *il faut des pratiques artificieuses ou des insinuations mensongères* » (Cass. req., 6 déc. 1909 : D. 1910, I, p. 142) qui soient répétées (« *un ensemble de manœuvres dolosives ou de pratiques fallacieuses* » : Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1957 : Gaz. Pal. 1958, I, p. 68.) et qui ont eu un caractère déterminant de la décision du donateur (Cass. req., 27 juin 1887 : DP 1888, I, p. 303 ; Cass. req., 27 oct. 1941 : DA 1942, I, p. 56).

⁶ La captation consiste à « *capter l'attention d'une personne, s'en attirer les bonnes grâces afin d'obtenir d'elle une libéralité* » et la suggestion à : « *influer sur la volonté d'une personne (par ex. en suscitant l'aversion à l'égard des autres membres de l'entourage) dans le même but* » cf. H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS *op. cit.*, n° 1343 ; art. 47 ord. d'AGUESSEAU, août 1735.

⁷ On parle parfois de captation-dol : Cass. req., 15 mai 1935 : DH 1935, p. 329 ; Cass. req., 20 août 1940 : JCP 1941, II, 1592, note P. GUYOT ; Cass. 1^{ère} civ., 26 nov. 1968 : Bull. civ. I, n° 297, p. 224, RTD Civ. 1969, p. 559, obs. Y. LOUSSOUARN ; Cass. 1^{ère} civ., 30 oct. 1985 : JCP 1986, IV, 22.

⁸ Cass. com., 26 avr. 1971 : JCP 1972, II, 16986, obs. N. BERNARD ; Cass. com., 18 juin 1973 : D. 1973, IR 188, JCP 1973, IV, 297 ; Cass. com., 22 juill. 1986 : Gaz. Pal. 1986, II, pan. 277.

⁹ Cass. civ., 18 mai 1825 : S. 1826, I, p. 8 ; Cass. req., 2 janv. 1887 : DP 1888, I, p. 303. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1055.

¹⁰ H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 1343.

ne voir dans cet élargissement des hypothèses de nullité que la traduction du souci de protection renforcée du donateur lui-même.

262. Le droit des libéralités, pionnier en matière de consentement. En définitive, en matière de consentement, le droit des libéralités fait figure de pionnier : il fut le fer de lance de l'émergence du concept d'insanité d'esprit et traduit encore aujourd'hui des originalités marquées en matière de vices du consentement. Cela ne peut s'expliquer par la simple recherche d'une adéquation entre les effets de l'acte et la volonté des parties. Il y a, en sus, un souci de protection du disposant contre les conséquences de sa propre volonté¹. Or il n'existe pas de préoccupation similaire pour les avantages matrimoniaux, alors même que l'analyse des données matérielles a démontré que les effets pouvaient être aussi importants que pour la libéralité². Le filtre du mariage n'explique pas tout, de même que l'assouplissement du formalisme en matière de donation. La considération du bénéficiaire n'est pas plus éclairante : les données intentionnelles ne varient pas lorsque la libéralité est consentie au bénéfice d'un époux. Il faut chercher l'explication ailleurs, du côté de la relation intime de l'acte avec le mariage lui-même, problématique récurrente. Si les exigences intentionnelles sont moindres en matière de régime matrimonial, c'est en grande partie car l'avantage est implicitement considéré comme un dû attaché à la qualité de conjoint, donc comme un effet normal du mariage. L'appréhension des avantages matrimoniaux témoigne donc d'une confusion générale entre les effets incontournables du mariage³ et ceux qui sont délibérément choisis.

¹ Cf. H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 1345 : le législateur et la jurisprudence assurent « la protection [du disposant] contre lui-même. Mais ils protègent, du même coup, le patrimoine familial, puisque l'examen auquel ils se livrent les conduit à prononcer la nullité de la libéralité dans nombre de cas où un acte à titre onéreux serait proclamé valable ».

² Conséquences d'autant plus graves que, par principe, les avantages matrimoniaux ne sont pas soumis au régime juridique des libéralités, notamment pour les opérations de rapport et de réduction (art. 1527 Cciv.).

³ Au premier rang desquels figurent les dispositions du régime primaire.

Section seconde : L'intention libérale, donnée inhérente à la particularité de l'acte juridique

263. Définition et fonction. L'acte libéral a été appréhendé par la jurisprudence et la doctrine à travers les spécificités qui lui sont propres. Une confusion générale s'est opérée entre les données catégoriques, qui permettent à un acte juridique d'obtenir une qualification connue, et les conditions de validité, qui aboutissent à le créer. Ainsi le déséquilibre économique, élément catégorique matériel, est-il perçu comme l'objet de l'acte, ce qui a rendu nécessaire l'émergence du concept d'« objet de la prestation », qui se rapporte au droit et au bien transmis¹. Selon un procédé similaire, l'intention libérale, élément catégorique intentionnel, est traditionnellement assimilée à la cause de l'acte. Les incertitudes relatives à la définition de cette intention (**Paragraphe second**) ne peuvent être réglées sans apporter, au préalable, des réponses quant à la fonction qui lui est attribuée (**Paragraphe premier**).

Paragraphe premier : La fonction de l'intention libérale

264. Cause et intention libérale. L'étude de l'intention libérale ne peut que difficilement se détacher de l'analyse de ce qui est souvent présenté comme sa fonction : la cause même de l'acte. Monsieur LUCET écrit : « *Si, comme nous le croyons, la notion de cause participe au critère de distinction du titre gratuit et du titre onéreux, l'élément matériel et l'élément intentionnel doivent entretenir avec elle des relations qu'il s'agit d'éclairer* »². Ainsi, une compréhension précise de l'intention libérale nécessite-t-elle d'éprouver cette certitude primaire qui la place dans une dimension causale. C'est avant tout la fonction causale en elle-même qu'il faudra déterminer (A), avant d'explorer les conséquences de son application aux données comparées (B).

A. La délicate appréhension de la cause de l'acte juridique

265. Aperçu jurisprudentiel de la cause³. La cause dans l'acte juridique est une donnée délicate à appréhender. Elle est définie de manière générale comme l'« *intérêt de l'acte*

¹ V. *supra*, n° 174 et s.

² F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralité entre époux », thèse Paris II, 1987, n° 21 p. 29.

³ Sur la notion de cause, v. not. H. CAPITANT, « De la cause des obligations », thèse Paris, 1923, Dalloz 3^{ème} éd. 1927 ; L. JOSSERAND, « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », thèse 1928 ; J. ROCHFELD, « Cause et type de contrat », thèse Paris I, 1997, LGDJ 1999 ; R.-M. RAMPELBERG, « Le contrat et sa cause : aperçu historique et comparatif sur un couple controversé », in « Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen du contrat », Dalloz, 2003, p. 19 ; J. GHESTIN, « En relisant « De la cause des obligations » de Henri Capitant », in « Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit : mélanges offerts à Jean-Luc Aubert », Dalloz, 2005, p. 115 ; D. BONNET, « Cause et condition dans les actes juridiques », thèse Reims, 2003,

juridique pour son auteur »¹, soit ce qui justifie l'engagement, la raison pour laquelle les parties ont contracté. La lecture de la jurisprudence révèle au premier abord une certaine subjectivité dans son utilisation. Tantôt voit-on la cause confondue avec l'objet même de l'acte². Tantôt la cause est confondue avec une condition dont dépendrait l'engagement³. Tantôt la cause permet aux juges d'opérer un contrôle sur l'équilibre même des prestations⁴ : ainsi en témoigne la célèbre jurisprudence « Chronopost » qui déclare non écrite une clause qui affranchit de sa responsabilité en cas de retard une société de livraison qui fait de la rapidité d'exécution son « fonds de commerce »⁵. Cette vision régulatrice de la cause a parfois été perçue comme un renouveau de la notion⁶ ou comme l'émergence du principe de proportionnalité en droit des contrats.

266. Une notion polymorphe. L'analyse de la cause révèle une complexité dans la compréhension de ses typologies. En premier lieu, c'est l'exigence légale qui distingue l'existence de la cause de sa véracité et de sa licéité. Alors que la « fausse cause » permet le plus souvent de sanctionner une erreur et se confond avec les vices du consentement⁷, l'existence de la cause permet de vérifier la substance même de l'acte, protégeant ainsi le cocontractant, pendant que la licéité est garante de la moralité de l'acte dans ses aboutissements et protège l'ordre public et les bonnes mœurs⁸. Cette distribution agit directement sur la sanction : l'absence de cause est

LGDJ, 2005, préf. P. DE VAREILLES-SOMMIERES ; J. GHESTIN, « Cause de l'engagement et validité du contrat », LGDJ, 2006 ; X. LAGARDE, « Sur l'utilité de la théorie de la cause », D. 2007, chron., p. 740 ; J. TIMBAL « De la cause dans les contrats et les obligations en droit romain et en droit français ; étude critique », thèse Toulouse 1882 ; Sur l'influence de la cause sur la classification des contrats : F. TERRÉ, « L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications », thèse Paris, 1956, n° 245 et s. ; J.-F. OVERSTAKE, « Essai de classification des contrats spéciaux », thèse Bordeaux, 1969, LGDJ, spé. n° 185.

G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », association Henry Capitant, PUF 2000, 8^{ème} éd., v° Cause.

² Ce qu'illustre un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 4 mai 1983 : « Lorsque l'obligation d'une partie est dépourvue d'objet, l'engagement du cocontractant est nul faute de cause » : Cass. 3^{ème} civ., 4 mai 1983 : Bull. civ. III, n° 103 ; RTD Civ. 1984, p. 113, obs. F. CHABAS. De même : Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 1973 : D. 1974, p. 37, note Ph. MAULAURIE.

³ Par exemple, le contrat de bail commercial n'a plus de cause en cas de résolution de la vente du fonds de commerce Cass. 3^{ème} civ., 30 oct. 2002 : Bull. civ. III, n° 211 ; JCP E 2003, p. 991, note M. KEITA ; Defr. 2003, p. 249, obs. R. LIBCHABER ; RTD Civ. 2003, p. 115, obs. G. LARDEUX. De même, une convention d'occupation gratuite entre époux conditionnée aux liens matrimoniaux perd sa cause lors du divorce : Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 2008 : JCP 2009, I, 140, n° 19, obs. M. STORCK.

⁴ Cass. com., 14 oct. 1997 : Defr. 1998, I, p. 1040, note D. MAZEAUD ; Cass. com., 8 févr. 2005 : RDC 2005, p. 684, obs. D. MAZEAUD. La jurisprudence a pu utiliser la cause pour rééquilibrer le contrat : R. MARTY, « De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux », thèse Paris II, 1995.

⁵ Cette clause permet à la société de manquer à l'une de ses obligations essentielles : Cass. com., 22 oct. 1996 : D. 1997, p. 121 note A. SERIAUX ; JCP 1997, II, 22881 note D. COHEN ; Defr. 1997, I, p. 333, obs. D. MAZEAUD. De même pour les clauses abusives des contrats bancaires (dates de valeur) : Cass. com., 6 avr. 1993 : D. 1993, p. 310, note Ch. GAVALDA ; Cass. com., 29 mars 1994 : Bull. civ. IV, n° 134.

⁶ V. J. GHESTIN, « L'absence de cause et la contrepartie propre à une obligation résultant d'une clause du contrat », *in in* « Droit et actualité : études offertes à Jacques Béguin », Paris, Litec 2005, p. 311.

⁷ V. *supra*, l'erreur sur la cause. M. GRIMALDI, « Droit civil : libéralités, partages d'ascendants », Paris, Litec 2000, n° 1251 ; J. CARBONNIER, « Droit civil » t. IV, « Les obligations », PUF 2000, 22^{ème} éd., §58. *Contra* : J.-R. BINET « De la fausse cause », RTD Civ. 2004, p. 655. La doctrine majoritaire écarte l'existence d'une fausse cause partielle : R. MARTY : « De l'absence partielle de cause dans l'obligation », thèse Paris II, 1995.

⁸ Par exemple, ont pu être considérés comme ayant une cause illicite, le contrat de strip-tease (TGI Paris, 8 nov. 1973 : D. 1975, p. 401, note M. PUECH), la présentation d'une clientèle d'astrologue (Cass. 1^{ère} civ., 10 févr. 1998 : D.

soumise à une nullité relative¹, donc de protection individuelle, alors que l'illicéité de la cause est exposée à une nullité absolue². De surcroît, c'est l'objet même de la cause qui varie : tantôt entend-on parler de « cause de l'obligation »³, tantôt de « cause du contrat »⁴. Enfin, apparaît plus précisément la coexistence de deux acceptions de la cause. D'une part, la cause abstraite désigne la prestation obtenue du cocontractant et peut, dans chaque type de contrat, être invariablement prédéterminée. D'autre part, la cause subjective, propre à chaque sujet, réside dans les mobiles personnels, le ou les buts poursuivis.

Une constante est cependant décelable : contrairement aux faits juridiques, la cause en matière d'actes semble cesser d'être une origine pour devenir un aboutissement⁵. On passe de la question « pourquoi ? » à l'interrogation « pour quoi ? »⁶. La réalité est encore plus complexe : la cause ne cesse pas d'être une origine dans la mesure où elle se situe dans l'appréhension des effets de l'acte, donc au stade de la volonté⁷. Or il n'est pas illogique de voir dans l'origine d'un acte juridique la volonté personnelle. La différence avec la cause des faits juridiques n'est qu'illusoire : en toute hypothèse, c'est bien le contenu de l'origine de l'opération que l'on tente d'identifier. La cause est fondamentalement, en matière d'acte juridique, une donnée intentionnelle⁸, ce qui la distingue des faits juridiques pour lesquels la cause est purement matérielle. La pluralité des fonctions, objets et acceptions de la cause a nécessité de faire coexister deux données causales

2000, p. 442 note L. GANNAGE), le contrat par lequel une personne sert d'intermédiaire pour une adoption (Cass. 1^{ère} civ., 22 juill. 1987 : D. 1988, p. 172 note J. MASSIP) ou encore une convention de mère porteuse (Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 1989 : D. 1990, IR 273, rapport J. MASSIP et Cass. ass. pl., 31 mai 1991 : D. 1991, p. 417, rapp. Y. CHARTIER note D. THOUVENIN ; JCP 1991, II, 21752, concl. J. BERNARD, concl. H.-P. DONTENWILLE et note F. TERRÉ). V. aussi G. RAYMOND, « Messageries roses et droit des contrats », Contrat, concurrence consommation, 1994, chron. n° 4 ; R. DORAT DES MONTS, « La cause immorale », thèse Paris, 1955.

¹ V. par exemple : Cass. 3^{ème} civ., 29 mars 2006 : RDC 2006, p. 1072, obs. D. MAZEAUD. Il en est de même en matière de libéralité : Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1999, n° 97-16.306 : Defr. 2000, art. 37107, obs. J.-L. AUBERT, D. 2000, p. 507, note A. CRISTAU.

² Sauf en cas d'atteinte à l'ordre public de protection.

³ Articles 1108 et 1131 Cciv. précités.

⁴ Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 1989 : Bull. civ. I, n° 293 ; GAJC, 11^{ème} éd., n° 155 ; D. 1991, somm. 320, obs. J.-L. AUBERT ; JCP 1990, II, 21546, note Y. DAGORNE-LABBE ; Gaz. Pal. 1991, I, p. 374, note F. CHABAS ; RTD Civ. 1990, p. 468, obs. J. MESTRE.

⁵ Le doyen HAMEL écrit : « la notion d'une cause antérieure à l'effet n'est-elle pas une conception purement mécanique, et ne doit-elle pas, dans le monde des données intellectuelles, disparaître en cédant la place à l'idée de but et de fin ? », J. HAMEL, « La notion de cause dans les libéralités. Étude de la jurisprudence française et recherche d'une définition », thèse Paris, 1920, p. 2.

⁶ Entendue comme « Pour quoi faire ? » « Dans quel but ? » « Pour quel objectif ? ».

⁷ D'où en principe la nécessité, quelle que soit l'acception retenue de la cause, qu'elle existe au jour de l'acte. Dans tous les cas, la cause doit exister au jour où l'acte est passé : Cass. 3^{ème} civ., 8 mai 1974 : D. 1975, p. 305, note Ch. LARROUMET ; Cass. com., 21 oct. 1974 : Bull. civ. IV, n° 225 ; Cass. com., 30 juin 1987 : Bull. civ. IV, n° 163 ; Cass. 3^{ème} civ., 17 juill. 1996 : Bull. civ. III, n° 193 ; Defr. 1996, I, p. 1357, note Ph. DELBECQUE. *Contra* (la cause doit exister tout au long du contrat) : A. CERMOLACCE, « Cause et exécution du contrat », thèse Aix-Marseille 2000, PUAM 2001, préf. J. MESTRE. « La cause, au sens classique du mot, c'est l'intention (...) ou du moins c'est un aspect particulier de cette intention » : L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 120.

⁸ Ainsi selon L. JOSSERAND, la cause « affecte l'aspect d'un acte de volition », elle « surgit des profondeurs de notre être pensant » et dispose d'une valeur psychologique (*op. cit.*, n° 108 p. 141). Selon CAPITANT, elle est « inséparable de la manifestation de la volonté constitutive de l'accord » (H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 34).

sous le même terme générique¹. Ainsi présente-t-on aujourd'hui la cause comme véritablement duale².

267. La cause objective de l'obligation. La notion de cause abstraite sert à en contrôler l'existence. Tel est le sens de la formule consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt du 30 décembre 1941 : « *Dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de chaque contractant trouve sa cause dans l'obligation envisagée par lui comme devant être effectivement exécutée, de l'autre contractant* »³. Mais plus que de la « contrepartie convenue »⁴, il s'agit de sa considération, de la volonté de voir se réaliser cette contreprestation, sans quoi l'acte préexisterait à sa propre cause. Ici, la cause est liée à l'élément matériel de la convention et se confond nettement avec l'objet même de l'acte⁵, ce qui rend donc nécessaire la distinction entre l'objet de l'acte et l'objet de la prestation. La cause de l'obligation est l'effet de droit inhérent à l'acte. Cette vision est en totale adéquation avec la pensée autonomiste du Code civil, réticente à sonder et donc à juger la volonté personnelle pour l'entraver. Elle est le produit d'une théorie dite classique impulsée par les premiers commentateurs du Code civil⁶. La cause est ainsi identifiée au but direct et immédiat⁷. JOSSERAND remarque que la cause ainsi entendue est empreinte de spécificités⁸. Non seulement elle s'applique à l'obligation et non à l'acte⁹, mais elle en est une partie intégrante¹⁰ : la cause n'est pas extérieure mais elle est, dans l'acte, l'origine de l'obligation.

¹ Sur le débat entre les deux acceptions v. également : G. RIPERT, « La règle morale dans les obligations civiles » ; R. DAVID, « Cause et considération », in « Mélanges offerts à Jacques Maury », t. II, Dalloz Paris, 1960, p. 111 ; J. MAURY « Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence », RID comp. 1951, 485 ; R. MARTY, « De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux », thèse Paris II, 1992 ; J. ROCHFELD, « Cause et type de contrat », LGDJ, 1999, préf. J. GHESTIN.

² Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 1989 : Bull. civ. I, n° 293, Defr. 1990 art. 34750, obs. J.-L. AUBERT ; JCP 1990, II, 21546, note Y. DAGORNE-LABBE ; RTD Civ. 1990, p. 469, obs. J. MESTRE.

³ Cass. civ., 30 déc. 1941 : DA 1942. 98 ; Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1988 : Bull. civ. I, n° 38.

⁴ J. GHESTIN, « Cause de l'engagement et validité du contrat », LGDJ, 2006 ; « L'absence de cause l'engagement : l'absence de contrepartie convenue », JCP 2006, I, 177 ; « Le renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause », JCP 2006, I, 194 ; X. LAGARDE « L'objet et la cause du contrat entre actualité et principes », PA 6 avr. 2007.

⁵ Cass. 3^{ème} civ., 4 mai 1983 précit.

⁶ V. L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 108 p. 140. J. DOMAT : « *l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre* », « Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et le *legum delectus* », Livre I, Titre I, Section I ; de même, C. DEMOLOMBE, « Cours de Code Napoléon », XIV – XXIX, « Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général », Paris, imprimerie générale, 1868-1876, n° 346 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et G. BARDE, « Traité des obligations », t. I, n° 298. Il existait des variantes au sein de ce courant. Ainsi CAPITANT estimait que la cause n'était pas tant l'idée de la contrepartie que celle de sa réalisation effective : ce qui est déterminant est, selon lui, la réalité espérée, non la simple promesse, soit le dénouement du *vinculum* plus que le *vinculum* lui-même : H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 13. Des arrêts vont dans ce sens : Cass. civ., 14 avr. 1891 : DP 1891, I, p. 329 ; Cass. civ., 22 nov. 1921 : Gaz. Pal. 22 déc. 1921.

⁷ Ch. DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 345 ; de même Ch. AUBRY et Ch. RAU, « Droit civil français », t. IV, LGDJ 4^{ème} éd., §345.

⁸ L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 112.

⁹ Selon CAPITANT : « *La cause d'un contrat, cela ne signifie rien* » : *op. cit.*, n° 5. Pour DEMOLOMBE, « *il faut autant d'obligations que d'objets que de causes* » : *op. cit.*, n° 347.

¹⁰ La valeur organique de la cause ainsi entendue est une constante du courant classique « *à la différence des simples motifs, lesquels sont extérieurs à l'acte, adventices et individuels* » : L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 119. De même : J. HAMEL, *op. cit.*, p. 3.

Elle participe donc à sa qualification puisque « pour un même type d'acte juridique donné, la cause sera invariablement la même »¹. Cette vision de la cause n'a pas été épargnée par les critiques. On a pu lui reprocher d'être à la fois fautive², inutile³, incomplète et décousue⁴. Reposant sur l'exécution d'une obligation, la cause au sens classique est toujours neutre d'un point de vue moral. En réalité, la cause abstraite ne peut se concevoir indépendamment de la cause dite subjective qui en complète l'efficace.

268. La cause subjective du contrat. La notion de cause concrète permet de contrôler la licéité de l'opération et s'applique à l'acte lui-même. Elle est le mobile individuel, concret et variable dans le même type d'acte d'une personne à une autre. La doctrine reconnaît très explicitement la dualité conceptuelle de la cause : « si la cause de l'obligation de l'acheteur réside bien dans le transfert de propriété et la livraison de la chose vendue, la cause du contrat de vente consiste dans le mobile déterminant, c'est-à-dire celui en l'absence duquel l'acheteur ne se serait pas engagé »⁵. La cause n'est plus ici dans l'acte, elle s'extériorise. Ce n'est plus le résultat brut de l'obligation, mais les suites de l'acte. Par exemple, dans le contrat de vente immobilière, la cause de l'obligation de l'acheteur est l'obtention d'une maison. La cause de l'acte correspond aux suites de l'exécution de l'obligation adverse : l'installation de la famille ou au contraire la mise en location du bien, l'affectation à l'utilité du groupe familial sous forme de résidence secondaire, etc. La cause est liée uniquement à l'élément intentionnel, puisque la matière sur laquelle elle porte (les suites matérielles et juridiques) est extérieure à la convention. Elle n'est plus la volonté de l'élément matériel mais la raison intime et avancée qui pousse, plus qu'à l'exécution de l'obligation, à la création du contrat. Il est dès lors impossible de dresser des standards, chaque sujet ayant ses propres motivations personnelles. Ainsi, bien que tout emprunteur contracte un prêt dans le but d'obtenir des liquidités, les suites ne seront pas les mêmes selon les débiteurs : certains effectueront un investissement, d'autres en profiteront pour désintéresser un créancier, ou encore dépenseront l'avance pour des loisirs, etc. Tel était bien le sens de la formule de JOSSERAND : une « multitude de considérations, de raisons d'être qui

¹ L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 112. Par exemple, la cause de l'obligation d'un acte aléatoire repose dans l'aléa ; v. not. pour les assurances l'article L. 121-15 du Code des assurances ; s'agissant d'une rente viagère : Cass. 3^{ème} civ., 6 nov. 1969 : JCP 1970, II, 16502 note A. BÉNABENT ; Cass. 3^{ème} civ., 4 nov. 1980 : Bull. civ. III, n° 169 ; Cass. 1^{ère} civ., 5 mai 1982 : Bull. civ. n° 164 ; Cass. 3^{ème} civ., 2 févr. 2000 : Bull. civ. III, n° 26, p. 18 ; JCP 2000, II, 10289 note J.-F. WEBER. Pour les contrats réels, la cause réside dans la remise de la chose ; v. L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 109, p. 145.

² L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 113, p. 150 ; H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 13 et s.

³ L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 114, p. 152 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, « Traité élémentaire de droit civil », t. II, « Obligations, contrats, sûretés réelles », Paris, LGDJ, 1949, n° 1039. Ces critiques prennent pour argument la confusion entre la cause de l'obligation et l'objet de l'acte.

⁴ Cette dernière critique est développée par JOSSERAND : il la présente comme la « véritable critique de la théorie classique de la cause » (*op. cit.*, n° 119). Il reproche à cette théorie d'opérer un tri trop sélectif entre les mobiles.

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 1989 précit. Nous soulignons.

sont très variables et dont l'importance juridique est fort inégale »¹. La cause de l'acte correspond donc aux buts finaux, aboutis. On parle parfois de cause impulsive et déterminante². Étant hors du contrat, il n'est pas exigé qu'elle existe ou soit établie : il suffit qu'elle soit licite³.

Si la doctrine a bien intégré la catégorisation de la fonction causale⁴, il est à déplorer que cette rigueur ne se trouve pas relayée par la jurisprudence. Il arrive en effet que des actes soient annulés pour inexistence d'une cause subjective, alors que seule l'illicéité devrait théoriquement être sanctionnée⁵. La cause subjective est pour sa part directement menacée par le net recul de la notion de bonnes mœurs, ce qui encourage à en faire une utilisation bien plus large. Elle est donc parfois conçue, plus que comme un mobile, comme une condition de l'acte⁶. Elle intègre alors l'acte au moyen d'une interprétation extensive de la volonté des parties et régit, plus que la formation, l'exécution même de l'acte⁷. Mais cette mutation, implicite et maladroite, opère une réelle confusion entre la cause de l'acte, extérieure et relative à la volonté, et la condition, inhérente et relevant du consentement⁸. En somme, toutes les difficultés ne sont pas dépassées dans la compréhension de la cause. L'application aux libéralités et avantages matrimoniaux révélera de nouvelles zones d'ombres.

¹ L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 110 p. 147. Cependant il ne s'agit pas, comme le présente l'auteur, de la cause de l'obligation, mais de celle de l'acte. La nécessaire coexistence des deux concepts n'était pas encore entérinée.

² Or, le motif déterminant n'est pas que l'origine de l'acte, c'est aussi la suite de la réalisation de l'obligation ; par exemple pour le prêt : « *Le prêt ayant pour objet le financement partiel du rachat de la clientèle d'un chirurgien-dentiste, sa cause, qui n'est pas seulement la remise des fonds, mais cette remise en vue d'une opération illicite, est elle-même illicite* » : Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} oct. 1996 : Bull. civ. I, n° 235 ; D. 1997, somm., 171, obs. R. LIBCHABER ; Contr. Conc. Conso. 1997, p. 3, obs. L. LEVENEUR ; RTD Civ. 1997, p. 116, obs. J. MESTRE.

³ Pour un arrêt récent, v. Cass. 1^{ère} civ., 15 févr. 2012, n° 10-23.026 : Bull. 2012, I, n° 34 : la disparition de la cause subjective du testament n'emporte aucune conséquence sur sa validité. Il appartient au seul testateur d'en tirer les conséquences. En somme, la cause subjective n'a pas besoin d'exister, elle doit simplement être licite. En revanche, sa disparition peut influencer sur le consentement du testateur. En ce sens déjà : Cass. 1^{ère} civ., 15 déc. 2010, n° 09-70.834 : Bull. 2012, I, n° 270.

⁴ V. cependant, refusant de voir dans les actes onéreux une cause autre que celle dite objective : G. BAUDRY-LACANTINERIE et G. BARDE, *op. cit.*, n° 313 ; CA Paris 14 déc. 1889 : DP 1890, II, p. 189 ; Trib. Civ. Seine, 30 nov. 1921 (infirmé par CA Paris 22 mars 1923 : DP 1923, II, p. 118) ; CA Poitiers, 8 févr. 1922 : DP 1922, II, p. 33, note R. SAVATIER. Au contraire, la jurisprudence l'a bien intégré ; ainsi, toutes les conventions annexes à l'ouverture d'une maison de tolérance ont une cause illicite : L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 152 p. 196.

⁵ Par exemple, disparition de l'avantage fiscal escompté pour une donation-partage : Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 1986 : Bull. civ. I, n° 25. De même lorsque la convention avait pour but de remplir un devoir entre époux et que le divorce intervient : Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 2008 précit.

⁶ Monsieur GRIMALDI y voit une troisième acception de la cause, celle de « *condition sine qua non de l'accord* » : M. GRIMALDI, « Droit civil : libéralités, partages d'ascendants », Paris, Litec, 2000, n° 1250, p. 184.

⁷ M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1259. Cela invite à penser qu'il s'agit d'une donnée tenant au consentement, lequel doit parfois être maintenu même après la formation de l'acte (conditions résolutoires notamment).

⁸ Selon Monsieur GRIMALDI, il ne s'agit pas d'une condition-modalité, au sens d'un évènement futur et incertain dont dépend la réalisation de l'obligation, mais d'une condition *sine qua non*, « *un élément sans lequel le gratifiant n'aurait pas disposé* » : M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1257 et s. Selon nous il s'agit bien, en réalité, d'une donnée tenant au consentement, non à la cause. Tout au plus peut-on y voir la « cause du consentement », mais pas celle de l'acte, ni celle de son obligation.

B. Le rôle spécifique de la cause dans la libéralité et l'avantage matrimonial

269. Difficultés d'application : l'intention libérale comme cause de l'obligation libérale¹. La dichotomie explicative de la notion de cause et de la dualité de sa fonction régulatrice a été conçue sur le modèle du contrat synallagmatique à titre onéreux qui révèle sans ambiguïté l'intérêt direct de chacune des parties. Mais ce modèle se heurte frontalement à la figure libérale qui se présente soit sous une forme non-contractuelle (le testament), soit sous une forme contractuelle unilatérale² (la donation ordinaire), soit encore sous une forme synallagmatique (la libéralité avec charge), mais en toute hypothèse porteuse d'un déséquilibre économique. Or la cause en matière libérale revêt une importance capitale³. S'agissant d'une opération volontairement déséquilibrée, il n'existe pas, en principe, d'obligation adverse justifiant le sacrifice consenti⁴, ce qui pose une réelle difficulté d'application de la théorie causale classique. La théorie de la cause de la libéralité dépasse ici largement la sous-distinction interne entre les actes entre vifs et les actes à cause de mort⁵ pour se mettre en quête d'une définition unitaire de la cause, qui s'impose plus que jamais depuis l'émergence de la notion de libéralité dans la loi elle-même⁶. Deux éléments sont constants s'agissant de la cause des libéralités. D'une part, la doctrine classique retient qu'en présence d'un seul obligataire, la cause de l'obligation ne réside pas dans la contrepartie (par définition inexistante ou insuffisante), mais dans l'intention libérale du disposant⁷. D'autre part, la jurisprudence a postulé que « *la cause d'une libéralité réside dans le motif déterminant qui l'a inspirée* »⁸. Comment agencer ces deux propositions ? La notion de cause évoquée est-elle la même ?

¹ Pour une étude historique complète de l'appréhension de la cause dans les libéralités, v. J. HAMEL, *op. cit.*, p. 61 et s. (Droit romain), p. 76 et s. (Ancien Droit et Code civil), p. 107 et s. (doctrine du XIX^{ème} siècle).

² Selon la théorie classique, la cause des actes unilatéraux résiderait dans la prestation du débiteur elle-même, ou dans une obligation préexistante ; v. L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 109. Cette dernière idée n'est pas reprise en matière de libéralité, sauf peut-être s'agissant de la requalification d'une libéralité rémunératoire.

³ Selon certains, la cause a « *un rôle plus important dans le domaine des libéralités que dans celui des actes à titre onéreux* » car elle « *constitue pour le patrimoine familial une menace plus grave* » et parce que « *l'annulation d'une libéralité n'a pas les mêmes inconvénients pour la sécurité du commerce juridique que l'annulation d'un acte à titre onéreux* » : v. H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, « *Leçon de droit civil* », t. IV, vol. 1 et 2, Montchrestien, 1999, 5^{ème} éd., par L. et S. LEVENEUR, n° 1384, p. 584.

⁴ J.-F. OVERSTAKE, *op. cit.*, p. 189.

⁵ Dépassant par là-même l'appréhension duale héritée du Droit romain. Cf. J. HAMEL, *op. cit.*, p. 61.

⁶ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

⁷ Pour PORTALIS : « *la cause d'un acte de bienfaisance est toujours la bienfaisance même* » : P.-A. FENET, « *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* », Paris, 1827, t. XIV, p. 47 et 131 ; pour POTHIER : « *dans les contrats de bienfaisance, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle* » et « *le désir de gratifier tient lieu de cause* » : R.-J. POTHIER, « *Traité des obligations* », Paris, Dalloz, 2011, préf. J.-L. HALPÉRIN, n° 42 ; H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 1384 ; J. HAMEL, *op. cit.*, p. 4 : « *nos auteurs ont été amenés à chercher la cause de l'acte libéral à l'intérieur même de cet acte, dans cette volonté d'appauvrissement qui l'oppose aux actes onéreux* ». Pour certains, l'intention libérale est la cause de tous les actes à titre gratuit : Ph. MALINVAUD, « *Droit des obligations* », Litec 2012, 12^{ème} éd., n° 71, p. 53.

⁸ Cass. 1^{ère} civ., 6 oct. 1959 : D. 1960, p. 515, note Ph MALAURIE. La jurisprudence évoque également les « *circonstances et esprit dans lesquels les parties [ont] agi* » : Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 1980, n° 84-15.513 : JCP 1988,

Il est évident que la cause envisagée dans la seconde proposition n'est pas la cause objective : l'allusion aux motifs est explicite¹. Il s'agit donc en réalité de savoir si l'intention libérale est entendue comme cause subjective ou objective². Il semble que la seconde hypothèse doive prédominer³. En effet, retenir que la cause subjective est à la fois l'intention libérale et les mobiles déterminants revient implicitement à reconnaître que la libéralité est dénuée de toute cause objective : en somme, il n'existerait pas de cause à l'obligation et seul l'acte serait causé, postulat qui n'a été reconnu ni en jurisprudence ni en doctrine⁴. De surcroît, serait établi un standard invariable pour une cause subjective pourtant dénommée comme telle car, propre au sujet, elle est amenée à varier d'une situation à une autre. En outre, cela contraindrait à définir l'intention libérale par les mobiles, ce qui est loin d'être une évidence. La vision d'une intention libérale reposant dans les mobiles aboutirait à contourner la fonction primaire de la cause subjective en la portant au rang de condition de constitution de l'acte alors qu'elle ne sert, à l'origine, qu'à vérifier la licéité de l'opération. L'intention libérale ne peut en effet être en elle-même illicite. En revanche, elle peut ou non être absente d'un acte juridique. De plus, la « cause-mobile » retranscrite du droit commun aux libéralités est suffisante pour garantir la moralité de l'opération⁵. En ce domaine, les libéralités marquent le recul relatif de la moralité et des bonnes mœurs constaté pour tous les actes juridiques⁶ et la tendance à exiger de la cause subjective plus

II, n° 21027, note C. DAVID ; Defr. 1986, art. 33825, p. 120, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD Civ. 1987, p. 586, obs. J. PATARIN.

¹ D'autant qu'il s'agissait dans cet arrêt de connaître de la validité d'une donation entre concubins, donc de statuer sur la licéité de la cause, non son existence.

² Dans le premier cas, les deux propositions se rejoignent. Dans le second, elles se complètent et aboutissent à définir la cause de la libéralité dans toutes ses acceptions. Une troisième possibilité consisterait à voir dans l'intention libérale une cause-condition *sine qua non* : c'est le sens qu'elle prend dans la proposition des doyens CARBONNIER et CATALA : l'intention libérale serait « *le motif sans lequel le disposant n'aurait pas disposé* ». Cf. J. CARBONNIER, P. CATALA, G. MORIN et J. DE SAINT AFFRIQUE, « Des libéralités : une offre de loi », Defr. 2003, p. 30, art. 911 al. 2. La justification est séduisante : « *la cause que l'on disait abstraite, apparaît dans une fonction active, sur laquelle insistent les Modernes : elle classe, elle catégorise, elle est l'instrument, précieux en maints domaines, de la qualification* ». Cette proposition ne nous convainc pas car, d'une part, la notion de cause ainsi dégagée est incertaine et trop proche du consentement et, d'autre part, l'intention libérale ne peut, à notre sens se définir par une condition de validité, cause ou consentement, mais uniquement par référence à la volonté.

³ C'est en ce sens que la doctrine l'interprète : v. L. JOSSERAND, *op. cit.* ; M. GRIMALDI, *op. cit.* ; H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*

⁴ Cependant certains auteurs ont pu soutenir que l'obligation de la libéralité était sans cause : HUC, comm. livre II, n° 39 cité par J. HAMEL, *op. cit.*, p. 5.

⁵ La libéralité peut être annulée pour cause illicite selon les critères du droit commun : par exemple si elle sert un projet meurtrier (T. civ. Seine, 3 janv., 1952 : D. 1952, p. 205), si elle a une finalité punitive (TGI La Roche-sur-Yon, 3 mai 1995 : D. 1997, p. 13, note H. VRAY), ou pour éviter la saisie du créancier (donation entre époux dans ce seul but : Cass. req., 28 déc. 1938 : DC 1941, I, p. 132 ; Gaz. Pal. 1938, I, 376).

⁶ Elle semble même impulser cette tendance. Il était à une époque possible d'annuler une libéralité consentie dans le but de d'assurer « *soit la formation, la continuation ou la reprise des rapports immoraux, soit leur rémunération* » : Cass. req., 8 juin 1926 : D. 1927, I, p. 113, note R. SAVATIER ; S. 1931, II, p. 45 ; Cass. 2^{ème} civ., 10 janv. 1979 : JCP 1979, IV, 88 ; RTD Civ. 1979, p. 646, obs. R. SAVATIER ; *ibid.* 1980, p. 343, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI ; Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 1982 : Bull. civ. I, n° 321. Un revirement a cependant été opéré : Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 1999, n° 96-11.946 : Bull. civ. I, n° 43, JCP 1999, II, n° 10083, note M. BIILIAU et G. LOISEAU, D. 1999, p. 267, rapp. X. SAVATIER, note J.-P. LANGLADE-O'SUGHRUE ; Defr. 1999, art. 37008, obs. D. MAZEAUD et art. 37017, obs. G. CHAMPENOIS, D. 1999, somm., p. 307, obs. M. GRIMALDI. Solution réaffirmée : Cass. 1^{ère} civ., 16 mai 2000, n° 98-15.950 : Dr. Fam. 2001, comm. 102, obs. B. BEIGNIER ; puis confirmée et amplifiée par : Cass. ass.

qu'une licéité, une existence réelle.

En définitive, l'intention libérale ne serait pas la cause de l'acte, mais celle de l'obligation¹. Se dessine donc l'idée, dans une perspective fonctionnelle, que l'intention libérale ne se confond pas avec les mobiles : l'une est la cause de l'obligation, les autres sont la cause de l'acte².

270. Un grain de sable dans la théorie classique de la cause³ : la véritable cause de la libéralité. L'intention libérale perçue comme cause de l'obligation pose des difficultés conceptuelles⁴. JOSSERAND a démontré que le rôle même de la cause et l'étape à laquelle elle intervient ne sont pas les mêmes, qu'il s'agisse d'un classique contrat synallagmatique, d'un contrat réel, ou d'une libéralité. Ainsi, dans les libéralités *« et d'après la conception classique, la cause préexiste à la formation de l'acte tandis que, dans les contrats réels, elle se confond avec cette formation, alors qu'enfin dans les contrats synallagmatiques, elle n'est plus que résultante ; dans le premier cas, elle déclenche le consentement, dans le deuxième, elle fait corps avec lui (...) ; dans le troisième, elle n'intervient plus qu'après coup et pour rendre compte du mécanisme de l'opération »*⁵. JOSSERAND évoque ainsi une *« déformation du concept de cause »* par le droit des libéralités⁶. Mais comme nous l'avons déjà indiqué, la cause étant une donnée volontariste, elle se situe toujours en amont de l'acte et le constitue⁷ : peu importe que son objet varie selon les classifications contractuelles.

Alors que la cause de l'obligation repose classiquement dans l'appréhension intentionnelle d'une donnée matérielle propre à l'acte, elle devient, en matière de libéralité, une notion purement intentionnelle qui est extérieure à l'acte. Si l'on en revient à une vision plus orthodoxe de la cause de l'obligation, objective, il faut chercher à la rattacher à une donnée matérielle inhérente à l'acte.

pl., 29 oct. 2004 : RLDC 2004/11, n° 466, M. LAMARHE ; D. 2004, p. 3175, note D. VIGNEAU ; JCP. 2005, II, n° 10011, note F. CHABAS ; JCP N 2006, p. 354, obs. R. LE GUIDEC ; Defr. 2005, p. 234, note S. PIEDELIEVRE. Sur les libéralités entre époux destinées à faciliter l'exécution d'une convention de séparation amiable : Cass. civ., 2 janv. 1907 : S. 1911, I, p. 585, note A. WAHL ; D. 1907, I, p. 137, note A. COLIN. V. L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 133.

¹ Selon Monsieur LUCET, l'abstraction est nécessaire à la catégorisation : F. LUCET, *op. cit.*, n° 21, p. 31.

² Ce qui pourra être un indice de définition de l'intention libérale. Monsieur GRIMALDI opère en partie ce rapprochement entre la définition de l'intention libérale et sa fonction : *« cette cause abstraite ne se distingue de la cause concrète que si l'on écarte la conception affective de l'intention libérale : apprécier celle-ci en tenant compte des mobiles ruinerait la dualité de la cause dans le domaine des libéralités »* : M. GRIMALDI, « Libéralités. Partages d'ascendants », Paris, Litec 2000, n° 1252.

³ *« Mais transposée dans le domaine des actes à titre gratuit, cette méthode ne donnait plus aucun résultat satisfaisant »*, J. HAMEL, *op. cit.*, p. 4.

⁴ Selon le doyen HAMEL, en matière de libéralités, la cause a été employée dans une perspective fonctionnelle, comme un outil régulateur qui s'adaptait en fonction des situations : J. HAMEL, *op. cit.*, p. 7.

⁵ L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 119, p. 159 ; nous soulignons.

⁶ L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 124.

⁷ Ce n'est pas tant l'élément matériel en lui-même que son appréhension, la volonté de le créer. S'agissant des libéralités, le doyen HAMEL écrit qu'elles sont *« le résultat de tout un ensemble de faits psychologiques et d'actions extérieures qui mettent en mouvement la volonté du disposant et la déterminent à l'acte libéral »*, J. HAMEL, « La notion de cause dans les libéralités », thèse Paris, 1920, p. 1.

Or, en matière de libéralité pure et simple, il n'existe qu'une seule obligation et on ne peut attribuer à l'intention libérale une fonction de contrepartie¹. Soit l'obligation se sert de cause à elle-même, puisqu'elle est la seule donnée matérielle², soit c'est la conséquence de l'exécution de cette obligation qui est la cause. La première idée doit être rejetée. On ne saurait trouver la cause dans son propre objet. Cela reviendrait à perdre la logique de la notion même de cause. La cause de l'obligation serait donc la conséquence de son exécution. Or la conséquence directe de l'exécution d'une obligation sans contrepartie est la création d'un déséquilibre qui, en matière libérale, ne peut être qu'économique. Le déséquilibre économique, élément matériel de la libéralité, est donc apte à s'insérer dans la définition classique de la cause. Ainsi, la véritable cause de l'obligation dans la libéralité est le déséquilibre économique, ou plus exactement, car il s'agit d'un acte juridique, la volonté de créer ce déséquilibre³. La cause demeure alors dans l'acte. L'obligation n'est pas causée par elle-même mais par son but immédiat. Le travers de la théorie classique de la cause rejaillit ici : le déséquilibre est tout à la fois l'objet de l'acte et la cause de l'obligation⁴. Cela conforte la justesse de l'application de la théorie classique de la cause à la libéralité. Un raisonnement à peu près similaire se retrouve au sujet du cautionnement : la cause objective de cette sûreté réside dans l'avantage escompté par le débiteur et subordonné à l'obtention de la garantie⁵. La cause n'est donc pas l'intention de la caution, fut-elle animée d'un sentiment bienveillant, ni l'obligation de la caution, mais sa conséquence directe, ce que permet l'exécution de l'obligation⁶.

¹ De même en matière de libéralité avec charge, puisque celle-ci n'est pas juridiquement une contrepartie.

² La cause de l'obligation serait dès lors son exécution, soit la délivrance du bien.

³ Ainsi, « *le disposant agit dans la volonté de réaliser une œuvre libérale dont la perspective se projette dans l'avenir* », J. HAMEL, *op. cit.*, p. 1. Déjà chez BOYER, l'élément matériel participe de la cause catégorique : L. BOYER, « La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif », thèse Toulouse 1947. De même, c'est bien l'élément matériel et non l'intention libérale, dont parle en réalité OVERSTAKE lorsqu'il écrit qu'un débiteur peut s'engager « *parce qu'en retour de cette prestation [il] n'attend pas de contrepartie correspondante car il a manifesté sa volonté qu'il en soit ainsi, et c'est en considération de cette volonté de ne rien obtenir en retour qu'il donne son consentement qui se trouve ainsi causé* » : J.-F. OVERSTAKE, « Essai de classification des contrats spéciaux », thèse Paris, 1969, p. 194. De même, Monsieur LUCET évoque le déséquilibre économique comme cause qualifiante lorsqu'il écrit : « *soit le débiteur a placé comme cause de son engagement l'existence d'une contrepartie (...) : l'intention libérale sera absente* » ; *soit il décide d'exécuter sa prestation sans contrepartie (...) : l'engagement sera alors à titre gratuit* » : F. LUCET, *op. cit.*, n° 22 p. 32.

⁴ Cette démonstration doit également s'appliquer aux donations avec charge. N'étant pas une contrepartie, la charge ne peut être posée comme cause objective, d'autant qu'elle n'est pas un but mais une modalité de l'obligation libérale agissant sur le consentement, non sur la cause. Il n'y a en effet pas de lien de réciprocité entre l'émolument et la charge, mais un simple lien conditionnel.

⁵ Arrêt dit LEMPEREUR, Cass. com., 8 nov. 1972 : D. 1973, p. 753 (1^{ère} esp.), note Ph. MALAURIE ; Gaz. Pal. 1973, I, p. 143, note D. MARTIN ; Ch. ATIAS, « Par la grâce du droit : la cause de l'engagement de la caution », in « Mélanges Michel Cabrillac », Litec. 1999, p. 339 : « *La cause de l'obligation de la caution est la considération du crédit accordé par le créancier au débiteur principal ; la perte de ses fonctions par un dirigeant de société qui avait cautionné la société, si elle peut influencer sur les mobiles l'ayant conduit à se porter caution, laisse inchangée la cause de son engagement, fixée au moment de la formation du contrat* ».

⁶ C'est donc une cause détachée de l'intérêt matériel ou moral de la caution, indépendante des mobiles. Un rapprochement avec la libéralité est possible car le cautionnement est un acte gratuit à dimension économique. La cause objective est le bienfait obtenu par le bénéficiaire. V. aussi : Cass. com., 16 févr. 1977 : JCP 1979, II, 19154, note Ph. SIMLER ; Cass. com., 3 nov. 1988 : D. 1989, p. 185, note L. AYNÈS ; RTD Civ. 1989, p. 360, obs. M.

271. Absence de fonction causale. La conséquence directe de cette démonstration est que l'intention libérale n'a aucune fonction causale. Cette proposition peut surprendre, car il est constant que l'intention libérale se situe en amont de l'acte, donc à son origine. Toutefois la cause n'a pas le monopole de l'origine. En matière d'acte juridique, l'origine est toujours la volonté personnelle. Au sein de cette volonté se trouve la cause consistant en l'anticipation, d'une part, du résultat brut de l'acte projeté (la cause objective, qui justifie l'obligation) et, d'autre part, des suites naturelles ou juridiques de ce résultat (la cause subjective qui, *in fine*, justifie l'acte). Mais la volonté créatrice ne se limite pas à la cause, laquelle mène au consentement. Ainsi, l'intention libérale, rattachée à la volonté dans sa fonction créatrice, demeure toujours à l'origine de l'acte libéral mais ne participe ni de sa cause objective, qui est le déséquilibre économique, ni de sa cause subjective, le mobile déterminant qui ne peut être standardisé. L'intention libérale ne se conçoit jamais comme un résultat matériel et ne peut donc s'inscrire dans la vision duale de la cause consistant en l'anticipation du résultat.

La conceptualisation de l'intention libérale au sein de la libéralité devient à la fois délicate, car un nouveau rôle doit lui être assigné, et libre, car débarrassée d'une théorie de la cause qui présente de nombreuses insuffisances. S'il peut sembler impensable à certains de détacher l'intention libérale de la cause, cela ne peut signifier qu'une seule chose : l'idée de cause a été mal appréhendée et une nouvelle théorie, fondée sur l'origine, doit être envisagée. Cette entreprise n'est pas la nôtre. Nous retiendrons simplement que l'intention libérale, en tant que donnée purement intentionnelle, ne trouve pas sa place dans la vision d'une cause résidant dans les conséquences matérielles de l'acte, que celles-ci lui soient inhérentes ou consécutives.

272. La cause du régime matrimonial. S'agissant d'un contrat synallagmatique, la cause du régime matrimonial est plus évidente à conceptualiser. La cause objective, celle des obligations de chacune des parties, résiderait, conformément à la théorie classique, dans la contrepartie espérée, donc dans les obligations mises à la charge du conjoint. Par exemple, dans un régime de communauté, l'obligation de l'un des époux de mettre en commun des biens qui devraient demeurer propres sans ce régime a pour cause l'obligation de l'autre conjoint de mettre en commun ses biens. S'agissant de la cause subjective, elle ne peut par définition être préalable, car elle repose sur le mobile personnel propre au sujet. La cause du régime matrimonial semble

BANDRAC. Cela semble donc être radicalement différent de la solution retenue pour la libéralité, dans laquelle il n'existerait pas de cause de l'obligation, mais simplement une cause du contrat ; ici la cause du contrat (motifs) importe peu et seule compte la cause de l'obligation (l'avantage reçu par le débiteur via la sûreté). Il en va différemment si les parties elles-mêmes ont entendu lier le sort du cautionnement à la qualité de dirigeant, donc lier l'efficacité (mais non la validité) de l'acte à la persistance (mais non seulement l'existence au jour de la conclusion) du mobile, soit la cause de l'acte (non la cause de l'obligation).

davantage guidée qu'en droit commun, puisqu'il ne suffit pas qu'elle soit illicite : elle doit respecter l'intérêt de la famille. Parce que le régime matrimonial est aussi un pacte de famille, ce n'est pas uniquement l'intérêt des parties qui transparaît dans les mobiles, mais celui de l'ensemble du groupe familial. Cette originalité est à mettre en relation avec le mariage lui-même, considéré comme un acte fondateur de la famille. C'est donc, en toute hypothèse, l'intérêt de la famille qui guide le choix initial d'un régime matrimonial¹. Ainsi, l'option pour un régime séparatiste peut trouver sa cause dans la préoccupation de protéger le conjoint contre les conséquences d'une activité professionnelle risquée. L'adoption d'un régime de communauté peut avoir pour cause le désir de faciliter la mise à disposition des revenus de l'un des époux au profit de celui qui n'a pas d'emploi ou qui perçoit une rémunération inférieure. En toute hypothèse, c'est l'organisation patrimoniale de la famille dans son propre intérêt qui est recherchée. Cependant, l'intérêt de la famille n'est la cause subjective elle-même. Les mobiles plus personnels doivent être recherchés et, ici comme ailleurs, une intention frauduleuse peut faire tomber l'acte.

273. La cause de l'avantage matrimonial. Si l'avantage matrimonial est appréhendé comme une clause particulière du régime, il faudrait accepter que certaines dispositions d'un même acte juridique disposent d'une cause propre. Passée cette réticence, plusieurs situations peuvent se présenter. En premier lieu, la stipulation particulière peut pareillement obliger les deux époux² : la cause de l'obligation de l'un sera alors, classiquement, l'obligation de l'autre. Cependant, il est des situations dans lesquelles les époux savent qu'en pratique, l'application de la clause se fera essentiellement au bénéfice de l'un d'eux³. Là apparaît tout l'intérêt de la théorie duale de la cause en matière de régimes matrimoniaux : la cause objective demeurera ici inchangée, puisque le mécanisme contractuel est toujours synallagmatique, mais la cause subjective ne sera plus tout à fait la même. Les mobiles déterminants se trouveront liés à la volonté de protéger ou de favoriser l'un des deux époux⁴ alors que, dans le cas d'une application « équilibrée », cette préoccupation n'apparaîtra pas.

En deuxième lieu, une clause du contrat de mariage peut ostensiblement avoir pour but d'avantager l'un des conjoints, mais sans que l'identité du bénéficiaire final ne soit connue⁵. La cause de l'obligation est alors le gain espéré par chacun, soit l'« obligation » pour le perdant de

¹ Cependant la méconnaissance de l'intérêt de la famille n'est sanctionnée que dans l'hypothèse d'un changement de régime, seul cas où apparaît juridiquement cette exigence (art. 1397 Cciv.). Le risque principal est alors que le juge refuse l'homologation.

² Par exemple une clause d'exclusion des biens professionnels du calcul de la créance de participation. Ou, en régime de communauté, la mise en commun des biens acquis.

³ Dans le cas d'une clause d'exclusion des biens professionnels, si un seul époux travaille à son propre compte, il sera seul bénéficiaire de la clause. Dans le cas d'une communauté, il arrive que l'un des époux soit le seul à acquérir de nouveaux biens ou qu'il nourrisse la communauté de manière bien plus conséquente que l'autre.

⁴ Sans que cette intention d'avantager ne soit un mobile en soi.

⁵ L'exemple classique étant la clause d'attribution intégrale de la communauté au profit du conjoint survivant.

subir un appauvrissement au bénéfice de l'autre. À la manière d'un contrat unilatéral, la cause objective repose alors dans l'élément matériel, le déséquilibre¹. Lorsque, sans que le mécanisme contractuel ne soit modifié, l'identité du bénéficiaire n'est pas un secret, par exemple lorsque l'ordre des décès est presque assuré², la cause objective ne varie pas, mais, une fois encore, les mobiles seront empreints d'une volonté d'avantager l'un des époux³. En troisième lieu, lorsque la disposition particulière du régime matrimonial est ostensiblement au bénéfice de l'un, à l'exclusion explicite de l'autre⁴, la cause objective est également le déséquilibre créé et la cause subjective est toujours liée à cet avantage librement consenti.

Ainsi, lorsque l'avantage matrimonial est perçu comme une disposition particulière du régime, il peut disposer d'une cause objective tantôt semblable à celle des contrats synallagmatiques, tantôt identique à celle des contrats unilatéraux. Quant à la cause subjective, qui est toujours orientée vers l'intérêt de la famille, elle peut varier considérablement sans que le montage conventionnel ne soit perturbé. Opposé à l'invariable cause objective et au cadre intangible des mobiles en matière de libéralités⁵, l'avantage matrimonial se présente alors comme disposant d'une donnée causale multiforme qui n'agit nullement sur la qualification. Sans que l'élément intentionnel ne soit exclu, il semble que la donnée matérielle soit prédominante pour la qualification.

Considéré comme le résultat d'un rapport d'équivalence incluant toutes les données du régime, il faudrait supposer que les parties aient eu connaissance, ou du moins se soient doutées de l'aboutissement final, ce qui est difficilement envisageable. En revanche, il est plausible de postuler que l'existence d'une inéquivalence finale soit envisagée, puisque sauf situation très exceptionnelle, l'un retire toujours davantage de bénéfices du régime que l'autre⁶. Il n'en est autrement que si, d'une part, l'acte est lui-même équilibré⁷ et, d'autre part, les conditions pratiques de son application sont égalisées⁸. Il est également possible de considérer que cette inéquivalence ait été acceptée quel qu'en soit le bénéficiaire : en somme, chacun a accepté le risque d'être perdant et la chance d'être gagnant, sans que cela ne se soit fait dans une intention

¹ Dont on rappelle que le caractère économique n'est pas déterminant. V. *supra*, n° 165 et s.

² On pourrait dire : lorsque disparaît l'aléa viager.

³ Les mobiles seront alors l'explication de cette volonté d'avantager.

⁴ Par exemple, une clause de partage inégal de la communauté : 1/3 pour le mari, 2/3 pour l'épouse.

⁵ Celles-ci sont toujours pourvues d'une cause objective qui est le déséquilibre économique et de mobiles en liens avec l'intention de gratifier.

⁶ Il en va ainsi dans tous les régimes, même en séparation de biens. Ce régime est souvent choisi pour protéger le patrimoine de l'un des époux : celui-ci retire donc plus d'avantages que l'autre à l'adoption d'un tel régime.

⁷ Donc qu'il ne met pas une obligation à la seule charge de l'un des conjoints.

⁸ Ce qui suppose par exemple, s'agissant d'un régime de communauté, que chaque époux alimente la masse commune dans la même proportion. Cette hypothèse est absolument irréaliste. Quand bien-même l'équilibre serait constaté, rien ne dit que les époux auraient crûs pouvoir aboutir à un tel résultat et s'en soit donnés les moyens tout au long du mariage.

mercantile. Ainsi perçu, l'avantage matrimonial ne serait pas pourvu d'une cause propre, puisqu'il n'est que le résultat d'un acte et d'un ensemble de dispositions elles-mêmes causées¹.

274. Le mariage comme cause subjective ? La considération du mariage avait permis de tracer une ligne de démarcation nette entre les dispositions du contrat de mariage, qui font partie intégrante de la convention matrimoniale, et celles qui ne sont considérées que comme des « annexes ». Nous avons conclu que le mariage est la cause de la convention matrimoniale². L'étude concrète de la cause fait apparaître une insuffisance. Le mariage ne peut être la cause objective des obligations du régime et autres dispositions du régime puisqu'il ne se situe pas dans l'acte lui-même. Et il ne peut être un mobile déterminant, puisque, déjà réalisé, il ne consiste pas en un but final, en une suite juridique de la convention. En revanche, peut être érigée au rang de cadre des mobiles l'organisation patrimoniale de la famille. Cette idée rejoint l'intérêt de la famille tout en préservant la notion de cause subjective comme but final et sans établir de standard imposé. Ce désir se retrouve en outre dans les donations entre époux incluses dans le contrat de mariage et qui souvent permettent de compléter habilement les lacunes du régime. Mais la difficulté est que certaines de ces donations, tout en contribuant à l'idée de construction patrimoniale et de préservation de l'intérêt de la famille, ne sont pas incluses dans l'*instrumentum*, sont généralement exclues de la notion de convention matrimoniale. Ici transparait la difficulté d'appréhension des donations entre époux, qui justifie partiellement une adaptation de leur régime. Alors qu'en droit commun, la libéralité est généralement consentie au profit d'une personne et que la cause subjective concerne exclusivement le bénéficiaire, elle peut, entre époux, être une donnée bénéficiant à l'ensemble du groupe familial.

275. Le mariage comme cause-condition ? La complexité exposée se retrouve lorsque l'on se souvient qu'une troisième notion de cause a pu être dégagée tant par la jurisprudence que par la doctrine. Monsieur GRIMALDI évoque l'idée d'une cause qui serait une « condition *sine qua non* », distincte tant de la modalité affectant l'obligation que de l'élément matériel servant de cause objective et des mobiles personnels présentés comme conséquences de l'acte et buts finaux poursuivis par les parties³. Cette troisième cause serait l'élément sans lequel les parties n'auraient pas contracté, ce qui nous a semblé relever davantage de l'idée de consentement que de la notion

¹ Cette idée rejoint celle de la considération de l'avantage matrimonial comme étant un acte juridique à part entière ou le simple résultat matériel d'un acte.

² V. *supra*, n° 247 et s.

³ Cette cause-condition était très présente en Droit romain dans lequel « *deux notions se chevauchent, celle de la causa conçue comme le fait du donataire qui explique la générosité du donateur par analogie avec la théorie de la cause dans les contrats synallagmatiques onéreux, et celle de la causa donationis regardée comme cette intention libérale du donateur indépendamment des motifs qui l'ont fait naître, suffisante pour expliquer à elle seule un appauvrissement volontaire* » ; J. HAMEL, *op. cit.*, p. 65.

de cause¹. Or, en matière de régime matrimonial, le mariage semble se présenter comme une cause-condition². Cette acception n'est qu'en partie exacte et impose de distinguer l'existence du régime de son contenu. Le régime est inévitablement lié au mariage, puisque ce dernier l'impose. Le mariage est donc à l'origine du régime sans être véritablement sa cause³ ni même relever du consentement : il serait en quelque sorte sa cause matérielle. Mais le contenu du régime n'étant pas imposé⁴, le mariage peut être une condition déterminante du consentement à un régime particulier. De même, pour les actes qui ne sont pas des effets du mariage, mais inclus dans la convention, le mariage est aussi une donnée qui influe sur le consentement et l'idée de cause-condition. Là se retrouve la difficulté exposée pour les libéralités entre époux : le mariage peut parfois être véritablement une « cause-condition du consentement » et parfois en être totalement détaché⁵. Or seuls les actes pour lesquels le mariage est une cause-condition déterminant le consentement peuvent s'inclure dans la notion de convention matrimoniale.

L'étude de la cause permet d'affiner la ligne de démarcation entre les conventions matrimoniales et les dispositions annexes. Les premières seraient tout à la fois animées par des mobiles tenant à l'organisation patrimoniale de la famille et par l'idée que sans le mariage, elles n'auraient pas été consenties. En revanche, les mobiles des secondes ne seraient pas encadrés par la considération d'une organisation patrimoniale et ne dépendraient pas, au niveau du consentement, de la réalisation du mariage. On voit bien qu'il est très délicat en pratique d'effectuer une telle distinction. Cela impliquerait de sonder la volonté en profondeur, ce qui est toujours source d'incertitude. C'est alors qu'apparaîtra le véritable rôle de l'*instrumentum*, qui jusqu'à présent était plutôt source de confusions : la présence de la disposition au sein du contrat de mariage fera présumer son appartenance à la convention matrimoniale. Mais cette présomption est simple : très souvent les juges n'appliquent pas aux ventes, mandats, ou reconnaissances d'enfants inclus dans le contrat de mariage, le régime juridique de la convention matrimoniale, car leur lien avec celle-ci n'est que formel. Il n'arrive jamais, sauf dans l'hypothèse particulière du régime légal, que les juges appliquent le régime des conventions matrimoniales à des actes totalement extérieurs au contrat de mariage, tels des donations entre époux en cours d'union. Cela s'explique aisément par des considérations pratiques. Les critères d'identification sont mal connus et délicats à mettre en œuvre, le régime des conventions matrimoniales est contraignant et il n'est pas adéquat de soumettre un acte de volonté extérieur au contrat de mariage à un régime juridique

¹ Il s'agirait d'une condition du consentement.

² Selon cette idée, on ne conçoit pas, par exemple, de créer une communauté avec une personne avec laquelle on n'est pas lié par le mariage.

³ Sauf à repenser l'idée de cause, ce qui n'est pas à exclure.

⁴ Pas plus que les avantages matrimoniaux.

⁵ Le disposant aurait pareillement disposé de son patrimoine, que le bénéficiaire soit son conjoint ou simplement son concubin.

lourd dans l'unique dessein de préserver une logique théorique.

276. Rapprochements. Pour conclure, l'on retiendra de ces développements que l'avantage matrimonial dispose d'une cause variable, qu'il s'agisse de la cause de l'obligation ou de celle de l'acte, alors que la libéralité est enfermée dans un cadre causal strict : ici se dessine la divergence d'intensité des données intentionnelles entre les deux notions. Elles peuvent cependant bénéficier d'une cause objective identique : la création d'un déséquilibre économique. C'est alors l'avantage qui se rapproche notionnellement de la libéralité. Elles peuvent de même disposer d'un cadre identique pour leur cause subjective : le désir d'organiser patrimoniallement la vie familiale. C'est alors la libéralité qui se rapproche fonctionnellement de l'avantage et plus largement du régime matrimonial. S'agissant de la « cause-condition *sine qua non* », il faut distinguer l'existence du régime en tant que tel et son contenu librement déterminé : le mariage n'est jamais la cause « intentionnelle » de l'existence du régime, il en est la cause « matérielle » puisque le régime matrimonial est un effet du mariage. En revanche, le contenu du régime n'étant pas imposé, le mariage en est une condition *sine qua non*. En matière de libéralité, le mariage n'est pas obligatoirement une cause « condition *sine qua non* », mais peut l'être. Ici se retrouve la considération du bénéficiaire : l'avantage gratifie nécessairement un conjoint ; la libéralité gratifie éventuellement un conjoint.

L'analyse de la cause a dû, pour être pleinement pertinente, se détacher de la donnée intentionnelle majeure qui marque la distinction : l'intention libérale. Pour aboutir, le raisonnement doit passer par son étude rigoureuse. C'est donc sa définition qui affinera la compréhension de son rôle.

Paragraphe second : La définition de l'intention libérale

277. Intention libérale et avantage matrimonial. La querelle entre les courants subjectivistes et objectivistes¹ étant aujourd'hui dépassée², ou du moins résumée à l'idée

¹ La doctrine s'est un temps divisée en deux tendances opposées. La première, dite subjectiviste, qui s'incarnait principalement dans les écrits de JOSSERAND et HAMEL, faisait prédominer l'intention libérale qui serait suffisante à qualifier la libéralité : L. JOSSERAND, « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », thèse 1928, Dalloz 2006 ; J. HAMEL, « La notion de cause dans les libéralités », thèse Paris, 1920. La seconde, objectiviste, se retrouvait principalement chez DUPEYROUX qui estimait que l'intention libérale n'est ni suffisante ni nécessaire et que l'inéquivalence est le critère de distinction du titre gratuit et du titre onéreux, théorie qu'il élabore en s'appuyant sur une note de jurisprudence rédigée par PLANIOL : M. PLANIOL, note sous CA Nîmes, 22 janv. 1890 : D. 1891, II, p. 113. V. J.- J. DUPEYROUX, « Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit », thèse Toulouse, 1955. Cet objectivisme est aussi présent chez PONSARD : A. PONSARD, « Les donations indirectes en droit civil français », thèse Dijon 1946 ; et chez CARBONNIER : J. CARBONNIER, « Le régime matrimonial : sa nature juridique sous le rapport de société d'association », thèse Bordeaux, 1932 p. 739.

² Il est aujourd'hui reconnu que l'intention libérale est insuffisante à elle seule à la qualification de l'acte : v. not. Cass. civ., 5 avr. 1938 : DH 1938, p. 305. Les deux données se complètent l'une et l'autre : V. J. CHAMPEAUX, « Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit », thèse Strasbourg 1931, p. 79. Selon Monsieur GRIMALDI, les deux

principalement théorique de la prédominance de l'un des critères sur l'autre¹, la détermination de l'intention libérale apparaît fondamentale. Mais s'il sera indispensable de retracer les grandes lignes du sempiternel débat sur la teneur de la gratuité et l'appréciation de l'intention libérale, nous n'aurons pas pour ambition de le clore en apportant une solution définitive. Notre objectif sera, plus modestement, d'approcher au plus près de la réalité de l'intention libérale (A) pour pouvoir convenablement analyser son rapport à l'avantage matrimonial (B).

A. L'intention libérale inhérente à la figure libérale

278. Fondamentaux. Les certitudes sur l'intention libérale doivent être rappelées comme préalable indispensable à la compréhension de la donnée intentionnelle de la libéralité². Elle est avant tout une donnée nécessaire à la qualification libérale³, et les juges doivent la rechercher⁴ avant de statuer en la matière⁵. Elle est donc une donnée catégorique. Mais ce devoir imposé aux juridictions est fortement compliqué par le refus systématique de la Cour de cassation de se prononcer sur une définition claire de l'intention libérale qu'elle laisse à l'appréciation des juges du fond⁶ tout en exigeant de ne pas la déduire du simple déséquilibre économique⁷. Ce refus est explicitement démontré par certaines espèces dans lesquelles le pourvoi propose une réelle définition (objective) de l'intention libérale, opposée à l'acception (subjective) retenue par les juges du fond⁸. Cette réticence est à déplorer au regard de l'importance catégorique de la notion. Il

courants ne seraient qu'illusoire : M. GRIMALDI, « Libéralités. Partages d'ascendants », Paris, Litec 2000, n° 1001 et n° 1005. En effet, DUPEYROUX l'objectiviste ne nie pas toute dimension subjective à la gratuité puisqu'il évoque l'appréciation subjective du rapport d'équivalence qui, selon Madame MEAU-LAUTOUR, est parfois assimilée - à tort - à l'étude de l'intention libérale : H. MEAU-LAUTOUR, « La donation déguisée en droit privé français. Contribution à l'étude générale de la donation », thèse Paris II 1983, n° 74. En outre, PONSARD s'oriente vers un courant objectiviste dans sa thèse mais reconnaît dans des écrits ultérieurs la nécessité de caractériser une intention libérale Defr. 1980, art. 32174. De même, les subjectivistes ne nient pas totalement la nécessité d'un élément matériel : JOSSERAND insiste notamment sur la nécessité d'un bienfait dans lequel l'intention libérale se concrétise : L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 293 et n° 294.

¹ En réalité, aucun courant ne nie vraiment la nécessité de combiner les deux éléments, mais chaque auteur accorde une priorité à l'un ou à l'autre, ce qui s'explique souvent par le domaine d'étude de chacun : les mobiles pour JOSSERAND et la cause pour HAMEL, dits subjectivistes ; l'acte gratuit dans sa matérialité pour DUPEYROUX, la particularité de la charge dans l'acte juridique pour PLANIOL et la technicité de la donation indirecte pour PONSARD, dits objectivistes.

² V. notamment J.-Cl. BRAULT, « L'intention libérale dans les relations familiales », Def. 1998, art. 36900.

³ Cass. req., 27 juin 1877 : D. 1888, I, p. 304 ; Cass. req., 9 déc. 1913 : D. 1919, I, p. 29 ; Cass. 1^{ère} civ., 13 mai 1998 : Bull. civ. I, n° 170, Defr. 1998, art. 36848, rapp. P. SARGOS ; Cass. 1^{ère} civ., 14 févr. 1989 : Bull. civ. I, n° 79 ; Defr. 1992, art. 35192, p. 181, note A. CHAPPERT ; RTD Civ. 1989, p. 799, obs. J. PATARIN.

⁴ Cass. 1^{ère} civ., 7 févr. 1967 : Bull. civ. I, n° 50 ; Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 2002, n° 00-13.276 : Bull. civ. I, n° 276, D. 2003, somm. 1873, obs. M. NICOD. Entre époux, la recherche d'une intention libérale est également nécessaire, mais souvent compliquée par la multiplicité des origines possibles de l'acte : Cass. 1^{ère} civ., 19 mai 1976 : Bull. civ. I, n° 183 (versement pour contribution aux charges du mariage ou complément de rémunération) ; Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1979 : Defr. 1980, art. 32174, 3^{ème} esp. note A. PONSARD ; RTD Civ. 1981, p. 427, obs. J. PATARIN.

⁵ Les juges du fond doivent nécessairement qualifier l'acte auquel ils sont confrontés, sans être tenus par la qualification opérée par les parties : Cass. 1^{ère} civ., 24 nov. 1965 : Bull. civ. I, n° 644.

⁶ Cass. req., 9 déc. 1913 précit ; Cass. 1^{ère} civ., 24 févr. 1976 précit. ; Cass. 1^{ère} civ., 19 avr. 1977 : Bull. civ. I, n° 172.

⁷ Cass. 1^{ère} civ., 4 nov. 1981 : Bull. civ. I, n° 329, p. 278 ; Cass. 1^{ère} civ., 14 févr. 1989 précit.

⁸ V. notamment Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 2002 précit.

n'est en outre pas justifié. L'appréciation souveraine des juges n'ôte pas à la Cour de cassation son rôle d'interprète de la loi civile, et la définition de l'intention libérale est une réelle question de droit, non une interrogation de fait. Tout se passe comme si les juges du droit laissaient à l'appréciation des juges du fond la définition même de l'intention libérale qui serait dépendante de la conscience de l'humain, à la manière d'une intime conviction¹.

279. Courant objectiviste. La recherche d'une définition précise de l'intention libérale a abouti à une double conception. L'acception communément admise de la donnée intentionnelle comme « *l'intention de procurer à autrui un avantage sans contrepartie* »² n'est pas suffisante, en pratique, à guider la démarche des juges du fond dans l'entreprise de qualification. Pour un courant dit « objectiviste », l'intention libérale se résume à la conscience et volonté de ne pas obtenir d'équivalent³. Cette vision abstraite ne nécessite aucune analyse approfondie des mobiles du disposant, de sorte que s'il trouve un intérêt personnel à l'acte, celui-ci n'échappe pas nécessairement à la qualification libérale. Elle est compatible avec l'esprit des rédacteurs du Code civil pour lesquels « *les intérêts sont les moteurs des comportements humains* »⁴. Certaines décisions ont semblé admettre cette acception peu exigeante de l'élément moral, mais dans des espèces qui ne mettaient pas directement en jeu la qualification et où les juges étaient davantage invités à statuer sur la licéité de la cause⁵. On a classiquement reproché à cette théorie de confondre l'intention libérale avec le consentement⁶ et d'aboutir au paradoxe selon lequel l'absence d'intention libérale entraîne une absence totale d'acte juridique. En réalité, cette critique est simpliste. La vision objective est bien plus technique et précise que ce que sa transcription courante laisse supposer : l'intention libérale est un acte de volonté, non une simple abdication aux effets comme l'est le consentement⁷. C'est justement lorsque l'intention ne se situe qu'au

¹ Ce qui se justifie d'autant moins, puisque l'intime conviction repose, en matière pénale, sur l'appréciation de faits juridiques, non sur l'interprétation d'une exigence légale.

² G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », association Henry Capitant, PUF 2000, 8^{ème} éd., v° *Intention libérale*. Certaines définitions proposées s'orientent directement vers une conception affective. Selon ROLAND et BOYER, *l'animus donandi* « recouvre l'ensemble des motifs personnels et contingents ayant déterminé la libéralité et qui joue le rôle qu'occupe la cause dans les actes à titre onéreux » : H. ROLAND et L. BOYER, « Locutions latines du droit français », Litec 3^{ème} éd. 1993, v° *animus donandi*.

³ V. not. H. MEAU-LAUTOUR, « La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation », thèse Paris II, 1983, LGDJ, 1985, spé. n° 459. J. MAURY, « Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français », thèse Toulouse 1920, p. 207 ; M. BOITARD, « Les contrats de services gratuits », thèse Paris 1941 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1006, p. 13. H., L., et J. MAZEAUD, « Leçons de droit civil » t. IV, 4^{ème} éd. par A. BRETON, 1982, n° 1325 ; J.-F. OVERSTAKE, « Essai de classification des contrats spéciaux », LGDJ, 1969, t. 91 ; G. CORNU, « Du sentiment en droit civil. Annales de la Faculté de Droit de Liège », 1963, p. 189. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, « Traité pratique de droit civil français », t. IX, par M. NAST, Paris, LGDJ, 1927, n° 314 et 320 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, « Les libéralités », Paris, Armand Colin, 1982, n° 42.

⁴ X. MARTIN, « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *Revue d'histoire du droit*, 1982, p. 589 et s., spé. p. 611.

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 2 mars 1966 : Bull. civ. I, n° 153 ; Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1979, précit. ; Cass. 3^{ème} civ., 31 mai 1989 : Bull. civ. III, n° 126 ; RTD Civ. 1989, p. 69, obs. crit. J. MESTRE

⁶ V. not. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1006, p. 14.

⁷ Monsieur GRIMALDI écrit : « *le consentement n'est que l'acceptation (qui peut être résignée) du sacrifice, alors*

stade du consentement qu'elle n'est pas caractérisée comme libérale¹ : la « conscience » (soit l'acceptation d'un effet) ne suffit pas, il faut de surcroît la « volonté » (soit la recherche d'un but)².

280. Courant subjectiviste. Au contraire, pour le courant dit subjectiviste, l'intention libérale correspond à la préférence pour autrui par rapport à soi-même, soit une volonté quasiment désintéressée³. Cette vision affective implique un minutieux travail de compréhension des mobiles du disposant, ce qui est bien entendu très délicat⁴. L'intention libérale n'est pas compatible avec un intérêt personnel, lequel fait directement obstacle à la qualification libérale. Ici, l'étude des mobiles, en plus de confirmer la licéité de la cause, agit sur la détermination d'un critère qualifiant. L'intention libérale n'est plus uniquement la cause de l'obligation, elle est la cause de l'acte. On a pu reprocher à cette conception d'être ardue à mettre en pratique en raison de la multiplicité des motivations humaines pour un même acte et de la délicate exploration de l'intellect qui se traduit difficilement dans le domaine juridique, notamment pour des raisons probatoires. Mais s'agissant d'une appréciation souveraine, la cassation est rarement encourue, même s'il existe une erreur manifeste d'appréciation. S'agissant de la preuve, la liberté de principe en la matière fait tomber la critique⁵. De plus, la présence d'un seul mobile personnel au disposant suffit au juge pour trancher, sans qu'il ne soit besoin d'explorer l'ensemble des motivations. Les critiques qui nous semblent être les plus pertinentes tiennent plutôt à la confusion entre l'intention libérale et la cause subjective⁶ : on reproche à une certaine conception de l'intention libérale de trop se rapprocher du consentement, de sorte qu'elle ne serait pas une notion autonome, mais l'on ne s'offusque point de la placer dans un rôle de cause de l'acte juridique, ce qui aboutit au même résultat. La première question à se poser quant au rôle de l'intention libérale est sans doute de savoir si elle est une notion propre à l'acte libéral ou si elle n'est que la coloration particulière d'une condition de droit commun des conventions⁷. Selon cette vision subjective, les mobiles ne sont pas seulement en lien avec le déséquilibre et l'intention libérale, ce

que l'intention libérale postule sa recherche ; le consentement n'est qu'une volonté appliquée au sacrifice, alors que l'intention libérale est une volonté tendue vers lui » : M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1006 p. 14.

¹ Ainsi, lorsque le déséquilibre est « inconscient », « non-voulu en lui-même » : M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1006 p. 13. Le sacrifice peut avoir été consenti mais ne pas être recherché.

² En somme, il ne faut pas que le déséquilibre économique ne soit qu'un effet subi, il doit être un but recherché.

³ J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 41 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, « Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae », t. X et t. XI, 5^{ème} éd., 1918 et 1919 ; et t. X et t. XI, 6^{ème} éd. par P. ESMEIN, 1954 et 1956 ; J. HAMEL, « La notion de cause dans les libéralités », thèse Paris 1920, p. 6. Cf. aussi J. VALLOIR « La notion d'acte à titre gratuit », thèse Rennes, 1919, p. 99 et s. ; L. JOSSERAND, « Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé », Paris Dalloz 1928, n° 261.

⁴ M. LABBÉ, note sous Cass. civ., 15 juill. 1878 : S. 1879, I, p. 393 : « nous flottons sur la mer infinie des mobiles de la volonté humaine ».

⁵ De même que la technique du faisceau d'indices.

⁶ Ce qui est d'autant plus surprenant que les tenants de cette conception reprochent à la vision objective une confusion entre l'intention libérale et une autre condition générale de validité, le consentement.

⁷ Selon nous, la seconde vision doit l'emporter : l'intention libérale n'est pas tant une condition de validité propre à la qualité d'acte juridique qu'une donnée spécifique à la libéralité qui adopte un rôle nouveau.

qui est inévitable, ils sont orientés dans un sens restreint puisque l'exigence aboutit pratiquement à conditionner la qualification libérale à une absence totale de motifs liés à la personne du disposant. Cela aboutit à une sélection trop stricte puisque qu'« *il n'y a pas d'activité humaine – même libérale – qui soit toute désintéressée, matériellement et moralement* »¹. Plus grave, l'intention libérale est ici autonome par rapport à l'acte et détachée de son corollaire, le déséquilibre économique². Or les deux éléments sont intrinsèquement liés, comme en témoigne le débat sur le critère de l'intérêt qui peut se situer tant sur le plan matériel³ qu'intentionnel. Le lien entre les deux critères est un élément indispensable à leur compréhension intrinsèque⁴.

281. Tendances légale et jurisprudentielle. Des présages de préférence pour l'une des acceptions se retrouvent dans la loi et la jurisprudence. Il semble que la loi ait laissé des indices en faveur d'une conception objective, mais la jurisprudence a adopté une tendance nettement affective. Monsieur GRIMALDI relève, au sujet de la loi, que l'article 900 du Code civil⁵ a originellement été conçu pour déjouer les manœuvres contre-révolutionnaires, donc qu'il autorise tacitement l'idée de motifs personnels inhérents à l'acte libéral⁶. En outre, la transcription de la gratuité dans le domaine commercial témoigne du caractère illusoire et naïf de la vision subjective⁷. Cependant c'est cette tendance qui a la préférence de la jurisprudence⁸, mais sous deux réserves de taille. D'une part, l'intérêt personnel est lui-même soumis à un certain degré

¹ H. VIALLETON, note sous *Cass. civ.*, 24 janv. 1928 : S. 1928, I, p. 37, cité par M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1006 p. 15. Il cite également J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 44 et même PASCAL, « Pensées », Section X – 663. Le risque est également d'entraîner une inadéquation trop sévère entre les donations réalisées par actes notariés, pour lesquelles la présomption de qualification dispense de toute recherche de l'intention libérale, et les donations non-notariées : un même ensemble de motifs pourra aboutir à une qualification libérale par le recours à une forme notariée mais ne sera pas à même, en l'absence de celle-ci, de fonder l'existence d'une intention libérale.

² Sauf application du critère de l'intérêt pour refuser l'existence du déséquilibre économique, fait remarquer Madame MEAU-LAUTOUR : H. MEAU-LAUTOUR, *op. cit.*, n° 62

³ Pour une analyse du critère de l'intérêt, moral ou matériel, face au critère matériel de la gratuité, v. *supra*, n° 81 et s.

⁴ Cette particularité, déjà remarquée à propos de l'étude de la gratuité, s'exprime notamment à travers la problématique des libéralités rémunératoires : ce n'est pas seulement l'intention libérale qui fait défaut, mais le déséquilibre économique, puisque l'opération est alors replacée dans un contexte plus large que la convention et étend celle-ci à une situation préexistante. Ainsi le versement n'a plus pour but la création d'un déséquilibre, mais la disparition d'une inéquivalence préexistante, un réajustement. « *Lorsque le disposant trouve à l'acte un avantage matériel indirect, la qualification de libéralité est écartée tantôt du point de vue de l'élément intentionnel, tantôt, comme c'est préférable, du point de vue de l'élément matériel* » : M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1009, p. 19.

⁵ « *Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non-écrites* » : M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1007 p. 17.

⁶ Ce qui rejoint l'esprit général des rédacteurs du Code civil.

⁷ V. notamment : C. GOYET, « La gratuité dans la promotion commerciale », *RTD Com.* 1975, p. 34 ; F. GRUA, « L'acte gratuit en droit commercial », thèse Paris I, 1978 ; D. BELLAICHE, « La gratuité en droit des affaires », thèse Paris I, 1998 ; D. GUÉVEL, « La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ? », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux », Dalloz 2009, p. 229.

⁸ *Trib. Civ. Mamers*, 2 févr. 1875 : DP 1875, V, p. 188. Ainsi, un intérêt matériel empêche la qualification libérale : *Cass. civ.*, 19 juill. 1894 : D. 1895, I, p. 125 ; S. 1894, I, p. 439. De même pour l'intérêt moral : *Cass. req.*, 14 avr. 1863 : D. 1863, I, p. 402 ; S. 1863, I, p. 362 (jurisprudence dite des « dons de cloches ») : le concours d'un particulier au rétablissement des cloches du village, fondues pendant la guerre pour créer des armes, n'est pas une libéralité dans la mesure où le dessein du disposant était de « *satisfaire son caprice, sa fantaisie ou sa vanité* » et son désir d'entendre le son des cloches comme « *il le rêvait dans les vagues réminiscences de son jeune âge, telle qu'il le lui fallait et qu'il le voulait pour la satisfaction de sa fantaisie ou de sa vanité de millionnaire* ».

d'exigence, qui peut varier selon l'humeur de la jurisprudence. D'autre part et surtout, la Cour de cassation refuse catégoriquement d'exercer son contrôle, ce qui laisse ouvert le champ des possibles et n'exclut nullement une application pratique de la conception objective.

282. Méthode. Les développements ultérieurs permettent d'esquisser la réalité de l'intention libérale et de dégager des constantes dans la précision de sa définition. En tout premier lieu, l'intention libérale apparaît comme un acte de volonté distinct du consentement et de la cause. Elle semble en cela être une donnée supplémentaire attachée à la qualité libérale. En second lieu, l'élément intentionnel entretient avec l'élément matériel un lien particulier de dépendance et d'interaction qui ne doit jamais être négligé¹. Or celui-ci adopte le rôle de cause objective et l'intention libérale le précède. Mais les deux données ne s'assimilent pas pour autant. En troisième lieu, l'intention libérale est un outil pratique œuvrant à la qualification : une transcription théorique de son contenu doit donc pouvoir être assimilée par la pratique, ce qui exige un travail de simplification, de cohérence et de pédagogie. Mais cette dimension pratique ne doit pas être omniprésente : le risque est grand de dénaturer la notion elle-même lorsque la qualification s'opère dans l'optique de l'application ou de l'exclusion d'un régime juridique donné, ce qui, en pratique, est toujours le cas. En dernier lieu, et surtout, la définition de l'intention libérale doit répondre à celle proposée de l'intention gratuite, plus large car englobant l'intégralité des actes gratuits, donc indépendante de l'objet de chaque figure. Celle-ci avait été perçue comme la volonté de placer l'avantage consenti à autrui en l'absence de contrepartie comme une cause essentielle de l'acte². La discussion sur l'intention libérale rejoint celle de l'intention gratuite. Elle est d'abord philosophique avant d'être politique et juridique. Une transcription nette et précise doit être effectuée dans le domaine du droit. Mais il faut avant tout choisir entre une conception pessimiste, qui aboutit à reléguer la gratuité au rang de la générosité, rarissime en pratique, ou une vision optimiste, moins exigeante et qui voit dans la gratuité l'expression d'une volonté teintée de nuances. Les implications pratiques liées notamment au régime juridique des actes libéraux doivent peser dans ce choix : on ne saurait nier la réalité de déséquilibres voulus sous prétexte de conserver une totale adéquation entre la vision la plus aboutie du don et celle qui est largement répandue. Le pragmatisme nécessaire à toute activité juridique doit conduire à une conception technique qui n'exige pas une exploration trop avancée de la pensée humaine. Il faut autant que possible laisser « *le domaine psychologique fermé au*

¹ Souvent les débats pratiques sur l'intention libérale sont de fausses discussions et les difficultés pourraient être réglées en se fondant sur le déséquilibre économique. En requalifiant l'acte, il serait possible de placer ce déséquilibre comme la contrepartie d'une autre obligation juridique : il ne s'agirait donc plus d'un déséquilibre à proprement parler, mais d'un paiement.

² V. *supra*, n° 99 et s.

jurisconsulte »¹. L'intention libérale doit de même se confronter à la cause de l'obligation et l'objet de l'acte (le déséquilibre économique), tout en restant dans sa dimension d'action (la volonté personnelle), mais en tenant compte de sa fonction (la création de l'acte par l'agencement de ces éléments internes).

283. Définition proposée de l'intention libérale. La définition la plus précise de l'intention libérale nous semble être la suivante : elle est la volonté du disposant de placer le déséquilibre économique comme la cause objective et l'objet de l'acte². L'analyse des mobiles ne doit pas être totalement rejetée³, mais simplement remise à sa place : si les motifs du disposant peuvent être connus, ils doivent servir la qualification. En la matière, la problématique ne nous semble pas tant être celle de l'existence de motifs liés à la personne du disposant que celle de leur coexistence avec des motifs liés au gratifié⁴. En somme, s'il existe à la fois des motifs dits égoïstes et des motifs dits altruistes, l'intention libérale peut exister⁵. En revanche, l'absence totale de motifs liés au gratifié peut raisonnablement conduire les juges à supposer que le déséquilibre économique n'est pas la réelle cause de l'obligation, mais que celle-ci se situe dans un intérêt matériel. L'intérêt moral est en revanche inapte à prendre au déséquilibre son rôle de cause objective, dans la mesure où celle-ci s'entend d'une donnée tangible selon la théorie classique de la cause. Il n'en demeure pas moins que l'absence totale de motifs tenant à la personne du gratifié peut influencer sur la qualification, puisqu'il est alors fort probable que l'objet de l'acte ne soit plus le déséquilibre économique, sans qu'il soit nécessaire de préciser quelle est la cause réelle de l'obligation. Si un intérêt matériel est la réelle cause de l'obligation, cela ne fait pas nécessairement obstacle à la présence d'un déséquilibre économique : celui-ci existera toujours,

¹ H. CAPITANT, « De la cause des obligations », thèse 1923, Paris, Dalloz 1927, n° 205 cité par M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1006 p. 15.

² Cette idée du rapport au déséquilibre est souvent présente dans les définitions proposées. Ainsi, « pour qu'un acte soit à titre gratuit, il ne suffit pas de constater un transfert de valeur d'un patrimoine dans un autre opéré sans contrepartie ; il faut que ce résultat soit le fruit d'une intention libérale, qu'il y ait eu volonté de procurer un enrichissement sans rien recevoir en échange (...) » : H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*

³ En pratique, les magistrats recherchent l'existence ou non d'une cause pour qualifier en libéralité. Ainsi, lorsque le déséquilibre économique n'est pas la seule cause de l'acte, l'opération peut être requalifiée. Par exemple, un chèque émis au profit d'un ascendant dans le besoin a au moins trois causes. L'une est subjective : le disposant se sent dans l'obligation d'aider son ascendant (obligation naturelle). Les deux autres causes sont objectives, car moins lointaines et plus directes par rapport à l'acte lui-même. La première cause objective est la création d'un déséquilibre économique. La seconde est l'accomplissement d'une obligation civile : le devoir de secours envers les ascendants. Ainsi, le déséquilibre économique n'est-il qu'un vecteur : il permet l'acquittement d'une obligation civile. La cause ne se limite pas au simple déséquilibre, mais s'étend à son but final. Lorsqu'il n'existe pas d'obligation civile, par exemple s'il s'agit d'un ascendant au second degré, le déséquilibre économique est l'unique cause de l'obligation et la qualification libérale s'impose.

⁴ Dans tous les cas, nous parlons des motifs du disposant, mais ils peuvent soit le concerner personnellement (avantage fiscal, accomplissement d'un devoir moral, etc.) soit concerner le gratifié (faciliter son installation, le récompenser d'un effort important, etc.). « Dans une même opération, le disposant a pu être poussé par des mobiles différents, à la fois intéressés et désintéressés » : H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 1325.

⁵ En somme, nous optons pour une vision objectiviste, mais précisée, et qui n'exclut pas l'utilisation des motifs personnels du disposant qui, en pratique, peuvent être très utiles et permettent de replacer l'opération dans son contexte

mais sera relégué au rang de simple effet. Cette théorie permet donc de concilier l'indépendance des deux données et leur interdépendance. L'intention libérale est fondamentale : elle fait la cause de l'acte¹, donc crée celui-ci, ce qui justifie son rôle catégorique. Elle est à la source de l'acte qu'elle façonne, elle agit directement sur l'agencement de ses composants. Tout le travail des magistrats se situe donc dans l'appréhension de l'intensité des motifs propres au disposant, ceux qui ne concernent que lui : sont-ils suffisamment puissants pour influencer sur l'acte lui-même ?

La jurisprudence fourmille d'exemples dans lesquels ces motifs égoïstes, qui sont presque consubstantiels à l'activité juridique de l'humain, ne sont pas assez prédominants pour influencer sur la qualification libérale. Ainsi la volonté de contribuer à l'exercice d'un culte de la part d'auteurs de dons manuels à une association n'exclut pas l'intention libérale². De même pour l'apport à une association en vue d'acquérir un immeuble dans lequel avait vécu celui dont l'association perpétuait la mémoire³. L'intérêt moral est de même souvent inapte à empêcher la qualification en libéralité⁴. Certes, la jurisprudence ne se range pas totalement à notre théorie, dans la mesure où elle estime qu'un « *avantage moral profond* » peut être exclusif de l'intention libérale⁵. Mais il est fort probable, d'une part, que la perspective du régime juridique applicable invite dans ces hypothèses les juges à statuer en équité et, d'autre part, que ce ne soit pas tant l'existence d'un motif tenant au gratifiant que l'absence de motif tenant au gratifié qui ait justifié cette solution. Les écrits de doctrine comportent parfois, en substance, cette vision de l'intention libérale⁶.

284. Exemple. Pour illustrer notre position, nous proposons de reprendre une célèbre espèce exposée dans un arrêt de la première chambre civile du 19 novembre 2002⁷. Pour remplir un légataire de ses droits dans la succession de sa grand-mère, une attribution avait été consentie par l'héritier réservataire qui se trouvait être son père. Une sous-évaluation flagrante en résultait : la valeur du château et des parcelles était largement sous-estimée. Le déséquilibre économique

et de limiter l'abstraction.

¹ En quelque sorte, elle serait la cause de la cause, la « cause-origine » négligée par les théoriciens de la cause. Monsieur LUCET écrit : « *Le lien avec l'élément matériel, loin de constituer une faiblesse est indispensable : l'intention libérale participe de sa détermination, l'explique, lui sert de cause* », F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987, n° 22 p. 32. Il s'agirait selon l'auteur d'une « cause force justificative dans le droit », systématisée par Monsieur HAUSER : J. HAUSER « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique », thèse Paris, 1971, LGDJ, n° 159.

² Cass. com., 5 oct. 2004 : Bull. civ. IV, n° 178 ; D. 2005, pan. 2123 obs. M. NICOD ; RTD Com. 2005, p. 372, obs. L. GROSCLAUDE.

³ Cass. 1^{ère} civ., 24 févr. 1976 : Bull. civ. I, n° 80.

⁴ La volonté de priver un héritier réservataire de la quotité disponible n'exclut pas l'intention libérale du testateur vis-à-vis d'une tierce personne : Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2009 : Bull. civ. I, n° 200, D. 2009, AJ 2490 ; JCP 2010, n° 203, § 10, obs. R. LE GUIDE, *ibid.*, n° 336, § 11, obs. H. PERINET-MARQUET ; AJ Fam. 2009, n° 2009, 460, obs. F. BICHERON ; Dr. Fam. 2009, n° 144, note B. BEIGNIER ; Defr. 2010, p. 95, obs. R. LIBCHABER ; *ibid.*, 2011, p. 698, obs. B. VAREILLE ; RLDC 2010/72, n° 3858, note R. MESA ; RTD Civ. 2011, p. 162, obs. M. GRIMALDI.

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 8 déc. 1982 : Gaz. Pal. 1983, I, pan. 65 ; de même : Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 1988 : Bull. civ. I, n° 52.

⁶ S. LAMBERT, « L'intention libérale dans la donation », thèse Aix-Marseille, 2004, n° 2 p. 16. V. aussi F. LUCET, *op. cit.*, n° 22 p. 32.

⁷ Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 2002 précit.

était patent. Mais n'était-il qu'un effet ou la cause objective de l'acte ? Comme nous l'avons précédemment exposé, la Cour d'appel se fondait sur l'existence d'un intérêt matériel¹ et d'un intérêt moral² de la part de celui qui avait consenti au sacrifice, pour exclure l'intention libérale. Le moyen du pourvoi, qui proposait successivement une définition objective de l'intention libérale et une preuve de celle-ci au regard des faits de l'espèce, fut rejeté sous le prétexte facile de l'appréciation souveraine des juges du fond. Cet arrêt a pu être interprété comme étant une confirmation implicite de la théorie subjective : les intérêts que le disposant trouvait à l'acte excluaient toute intention libérale. Mais en réalité, c'est plutôt l'absence de motifs tenant au bénéficiaire qui a pu laisser penser que le déséquilibre économique n'était pas la cause objective de l'acte, laquelle se résumait à l'attribution elle-même, donc à la concrétisation du partage³. Ainsi, même si le père avait conscience d'avantager le fils⁴, sans doute n'en avait-il pas la volonté, laquelle implique une liberté de la part du sujet qui, en l'espèce, faisait défaut puisque le fils était le seul à pouvoir assumer l'entretien du château. Cette absence de volonté de placer le déséquilibre économique comme la cause de l'acte⁵ résultait, en l'espèce, du manque de choix pour atteindre ses objectifs matériels et moraux et du défaut de motifs tenant au gratifié lui-même, élément totalement occulté par le moyen du pourvoi, ce qui justifie son rejet. La solution nous semble donc opportune, mais la justification n'étant pas satisfaisante, l'arrêt encourt une critique inévitable.

Une autre possibilité, selon nous, de conférer à ces éléments factuels une incidence qualificative, serait de procéder à une requalification globale de l'acte juridique. Il ne s'agirait pas d'une donation, mais d'un contrat onéreux. La sous-évaluation correspondrait alors au paiement par le père du service rendu par le fils en acceptant de s'occuper du château et de l'entretenir. Il ne s'agirait donc pas d'un contrat unilatéral. D'une part, le fils s'engage à conserver le bien dans la famille et à l'entretenir. D'autre part, le père consent, par une sous-évaluation du bien, à payer ce service. La vente ultérieure du château par le fils constituerait une inexécution contractuelle qui ne serait pas caractérisée si l'acte était qualifié de libéral, car l'existence de l'intention libérale doit être appréciée au jour de l'acte sans qu'un changement futur dans le consentement du disposant ne puisse remettre en cause la donation, par nature à effet direct et irrévocable. Ce raisonnement se

¹ Ne pas avoir à assumer la charge de l'entretien du bien.

² Voir le château demeurer dans le giron familial. Ce qui, au demeurant, n'a pas été respecté puisque l'acquéreur a ensuite vendu le bien en empochant une plus-value conséquente.

³ Il ne faut pas oublier qu'en matière de donation indirecte, la libéralité résulte d'un acte qui produit ses propres effets et dispose de sa propre cause. Ainsi la détermination d'une cause objective autre que le déséquilibre économique n'exclut pas l'intention libérale puisque l'acte est doublement composé d'une partie onéreuse et d'une partie gratuite.

⁴ Ce qui, selon l'argument pertinent du moyen, était démontré par la prière adressée au fils de rétablir l'équilibre avec sa sœur, demanderesse au pourvoi. Cependant cela n'est absolument pas incompatible avec l'intention de gratifier ; au contraire, il existe ici une double intention libérale : l'une qui concerne le donataire, l'autre qui s'adresse au bénéficiaire du « rééquilibrage » ; mais seule la première se traduit juridiquement par un lien de droit.

⁵ Disons la seconde cause, en plus de celle visant à effectuer le partage.

heurte cependant à une question de preuve. Cet acte juridique onéreux que nous décrivons ne pouvait en effet être prouvé par écrit. Sauf à démontrer l'impossibilité morale de se pré-constituer une preuve écrite, il était impossible d'apporter la preuve de l'acte.

285. Synthèse. En somme, si l'intention libérale est indubitablement un critère qualifiant, son rôle de condition de validité demeure incertain : cela nécessiterait une redéfinition de la cause elle-même, qui dépasserait l'idée de but pour intégrer celle d'origine. L'étude de l'intention libérale, indispensable à la compréhension de l'acte juridique, devait nécessairement aboutir à une proposition concrète permettant d'approcher la réalité de la figure libérale. Mais l'entreprise est l'étape d'un raisonnement d'ensemble qui vise à comprendre l'avantage matrimonial par le prisme libéral : la confrontation entre l'élément matériel de la libéralité et le profit issu du régime matrimonial doit s'opérer.

B. L'intention libérale immiscée dans l'avantage matrimonial

286. Une absence de principe. L'exclusion opérée par l'article 1527 du Code civil des avantages matrimoniaux de la sphère libérale a pu être justifiée par certains au moyen de la défaillance totale d'intention libérale au sein de la notion¹. La donnée étant souvent perçue comme objective, l'analyse de l'intellect des époux ne permettrait pas de la comprendre. Il paraît évident que le régime matrimonial choisi par les époux, s'il peut en tant que donnée liée au mariage être empreint d'une affection conjugale, ne traduit pas une intention libérale. La mise en relation avec l'objet le démontre aisément : le régime est avant tout une convention réciproque qui ne traduit pas en elle-même une inéquivalence issue d'une pesée des valeurs. Une intention gratuite, entendue dans un sens large, n'est cependant pas exclusive du régime matrimonial, lequel sert le couple en organisant et facilitant ses relations patrimoniales¹. Elle peut se déduire de l'absence d'intention proprement onéreuse. Mais cela ne suffit pas à caractériser une intention libérale définie de manière précise et par rapport au déséquilibre économique : si celui-ci n'est pas la cause de l'obligation, comment l'intention libérale pourrait-elle trouver sa place dans l'acte ?

Il serait tentant d'envisager l'intention propre à l'avantage comme le désir de mettre des richesses en commun, par opposition à l'intention libérale de la donation qui reposerait dans le désir du sujet de s'exclure totalement du bénéfice de la gratification, en la subissant. La communauté de biens, berceau de l'avantage matrimonial, traduit cette inclinaison au

¹ V. J. CARBONNIER, « Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association », thèse Bordeaux 1932 ; A. COLOMER, « Droit civil. Régimes matrimoniaux », Litec 2004, 12^{ème} éd., n° 1164 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, « Les régimes matrimoniaux », Paris, Armand Colin, 2001, 2^{ème} éd., n° 720 et 726 et s. ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, « Droit civil : les régimes matrimoniaux », Paris, Dalloz, 2011, 6^{ème} éd., n° 763 p. 605 ; F. LUCET, *op. cit.*, n° 568.

rapprochement du patrimoine qui n'est, somme toute, que la traduction économique de l'union des cœurs et des corps, soit l'essence même du mariage. Mais toute systématisation est impossible, car la liberté des conventions matrimoniales permet aux époux à la fois de faire échec à cette jonction patrimoniale ou de la prolonger au-delà d'une simple mise en commun. Or cette seconde possibilité autorise l'immixtion de l'intention libérale dans la sphère matrimoniale.

287. Une immixtion possible². Des doutes ont pu naître sur l'absence totale d'intention libérale dans la donnée matrimoniale³. L'hypothèse qui crée l'hésitation est la clause d'attribution intégrale de la communauté au profit du conjoint survivant⁴, surtout lorsqu'elle est adjointe à une communauté universelle⁵. Ici, la disparité des points de vue s'explique, une fois encore, par la diversité conceptuelle inhérente à la notion d'avantage. En somme, il apparaît que les théoriciens nient l'intention libérale lorsqu'ils appréhendent l'avantage matrimonial comme étant le produit net du fonctionnement du régime⁶. En revanche, lorsque l'avantage est envisagé comme une partie du régime, une clause portant en elle-même des conséquences juridiques et dotée d'une cause propre, rien n'exclut *ispo facto* l'intention libérale. En effet, la proximité entre une clause d'attribution intégrale de la communauté au profit du conjoint survivant et une donation réciproque universelle entre conjoints se situe sur un terrain intentionnel⁷. L'objet, a-t-on dit, les différencie⁸. Mais l'intention et la cause ne sont-elles pas similaires ? Dans les deux cas un déséquilibre économique se crée. Il est nécessaire à la qualification libérale mais non-prépondérant dans la détermination de l'avantage matrimonial. Il peut être placé comme cause de

¹ Sur l'intention gratuite dans le régime matrimonial, v. *supra*, n° 140 et s.

² Des arrêts anciens témoignent d'une recherche de l'intention libérale dans les régimes matrimoniaux. Sur l'adoption d'une communauté universelle : Cass. civ., 3 avr. 1843 : S. 1843, I, p. 289 ; Cass. req., 18 janv. 1888 : DP 1888, I, p. 174. Sur l'adoption d'une communauté de meubles et acquêts avec intention libérale d'avantager celui des conjoints qui apporte le moins : Cass. civ., 18 janvier 1961 : Bull. Civ. I, n° 45 p. 37.

³ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 763 : « *il n'en est pas moins certain que, le plus souvent, le motif déterminant est l'avantage gratuit procuré à l'un des époux ou au survivant* ».

⁴ Laquelle est considérée sans réserve par la jurisprudence comme constitutive d'un avantage matrimonial : Cass. 1^{ère} civ., 27 mars 2007, n° 05-14.910 : Bull. civ. I, n° 136 ; RLDC 2007, n° 38, p. 57, note F. LEANDRI.

⁵ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 763 : « *Tel est le cas, de toute évidence, dans les hypothèses nombreuses d'adoption, initiale ou par voie de changement de régime, d'une communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au survivant et exclusion de la reprise des apports* ».

⁶ Tel est le cas du doyen BEIGNIER qui évoque l'avantage comme étant un enrichissement ; l'emploi du singulier est révélateur de l'acception moniste qu'il adopte : « *par elle-même, la communauté entraîne un enrichissement d'un époux grâce à un autre* », B. BEIGNIER, « Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? », in « Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit », Litec 2009, p. 33, spé. p. 38.

⁷ Cass. 1^{ère} civ., 29 oct. 1974 ; cf. M. GRIMALDI, « La nature juridique de l'institution contractuelle », thèse, Paris II, 1977, n° 518, note 66.

⁸ Cf. *supra*, n° 199 et s. Nous avons démontré que les avantages matrimoniaux portent toujours sur des biens présents, même s'ils sont affectés d'une modalité, alors que les libéralités à cause de mort comprennent des biens à venir. Dans le premier cas, toute potestativité matérielle et juridique est exclue, mais dans le second, l'exécution effective de l'obligation dépend du maintien de la volonté du disposant.

l'obligation et il est issu d'une volonté libre¹. Rien, dans la conceptualisation de l'intention libérale, ne l'exclut systématiquement d'une clause du régime matrimonial.

L'avantage matrimonial perçu comme le résultat net du rapport d'équivalence de toutes les stipulations du régime n'est pas non-plus exclusif de l'intention libérale. Il n'arrive jamais, nonobstant le caractère synallagmatique du régime matrimonial, que l'application de celui-ci révèle un équilibre objectif. Certes, le déséquilibre n'est pas systématiquement conscientisé par les époux, de sorte qu'il n'est pas toujours une donnée tenant à la volonté. Mais rien n'exclut qu'il le soit. Les époux peuvent être conscients que l'application d'un régime aboutira à un enrichissement au bénéfice de l'un d'eux. Ils peuvent de même y consentir et rien ne leur interdit de placer cet effet comme la cause du choix du régime. Mais la difficulté de démontrer l'intention libérale dans l'adoption d'un régime est ici très importante. Il faut tenir compte non-seulement du régime matrimonial mais aussi de l'intégralité des relations patrimoniales entre les époux. Par exemple, l'adoption d'une communauté étendue alors que seul l'un des époux dispose d'un revenu révèle un déséquilibre économique inhérent au fonctionnement général du régime. Les époux sont conscients que seul l'un d'eux enrichira la communauté : ils ont la conscience du déséquilibre et y consentent. Mais considérer qu'ils placent cette inéquivalence au cœur de l'acte nécessite un travail délicat d'appréhension des motifs : le déséquilibre engendré peut avoir pour but la mise en place de la contribution de l'époux apporteur aux charges du mariage. Il n'y a alors pas véritablement de déséquilibre puisqu'il s'agit de s'acquitter d'une obligation légale : l'extension de l'acte permet de détruire l'élément matériel. Corrélativement, sans déséquilibre envisagé, il n'y a pas d'intention libérale. Il en est de même lorsque le choix d'un régime a une finalité rémunératoire ou compensatrice.

288. L'avantage matrimonial compatible avec l'intention libérale. En matière d'avantage matrimonial, l'intention libérale peut exister, mais ne joue aucun rôle juridiquement reconnu. Monsieur LUCET, qui dénie toute dimension subjective aux avantages matrimoniaux et au régime matrimonial, reconnaît cependant une corrélation des fonctions entre les deux notions². Les avantages matrimoniaux s'associent aux libéralités pour la protection post-mortem du conjoint, laquelle est propice à l'intention libérale³. L'auteur reconnaît que « *la volonté des futurs conjoints a pu commander partiellement l'enrichissement* »⁴ et va même jusqu'à admettre

¹ Le principe de liberté de conventions matrimoniales en est le garant.

² F. LUCET, *op. cit.*, n° 336, p. 478.

³ Ainsi les avantages matrimoniaux peuvent se compléter de legs (Cass. req., 13 juin 1855 : DP 1855, I, p. 321), de donation d'usufruit de biens propres (Cass. civ., 29 avr. 1863 : S.1863, I, p. 361), d'une donation réciproque sur les biens propres au profit du survivant (Cass. civ., 7 déc. 1870 : S. 1870, I p. 437), de l'attribution de la moitié des biens propres du prémourant : Cass. req., 9 févr. 1875 : S. 1875, I, p. 183), etc. V. F. LUCET, *op. cit.*, n° 331, p. 472, note 103.

⁴ F. LUCET, *op. cit.*, n° 502, p. 679.

qu'« elle semble pouvoir prendre l'aspect plus précis d'une intention libérale « sentiment et volonté de l'inéquivalence » ou du moins « volonté de préférer autrui à soi-même » ». Il précise cependant : « le droit positif n'en a cure ». En réalité, la compatibilité entre la notion d'avantage matrimonial et l'intention libérale a été consacrée par la jurisprudence pendant près de 80 ans. Depuis 1897 et jusqu'en 1975, une distinction était opérée entre les avantages empreints d'une intention libérale, soumis à la déchéance de l'ancien article 299 du Code civil, et ceux qui en étaient dépourvus et n'encourageaient donc pas la sanction¹. Ce n'est que lorsque, avec la loi du 11 juillet 1975², la révocation des avantages matrimoniaux était encourue même en l'absence de comportement fautif d'un époux que cette distinction a été dépassée. La jurisprudence a donc reconnu pendant très longtemps que les avantages matrimoniaux pouvaient être innervés par une intention libérale. Cette reconnaissance n'a été délaissée qu'en raison de la réforme du divorce de 1975 qui la rendait inapte à justifier une application cohérente de la règle de droit.

289. Difficultés pour isoler l'intention libérale. Dans la convention matrimoniale, l'intention libérale n'est pas toujours aisément décelable, surtout lorsque l'avantage est perçu comme le résultat net d'un rapport d'équivalence incluant tous les composants du régime. Le cadre du mariage et les obligations qu'il crée ne doivent pas être négligés, ni même l'intégralité des relations patrimoniales, passées et futures des conjoints. La distinction créée par l'article 1527 du Code civil a donc un effet simplificateur très salutaire. Elle dispense, pour la qualification en avantage matrimonial, de l'établissement d'une intention libérale qui ne lui est pas inhérente. Mais sa finalité première n'est pas là. Son but est d'empêcher d'utiliser une intention libérale présente à l'acte pour une qualification libérale³. La prudence est révélatrice de la proximité des données. Il existe d'autres hypothèses dans lesquelles les données catégoriques de la libéralité peuvent exister mais la loi refuse d'imposer à l'acte le régime juridique et les conditions de validité (surtout formelles) de la donation : c'est l'exemple de la renonciation anticipée à l'action en réduction⁴. En somme, la loi postule que l'origine de l'acte n'est pas l'intention libérale et que son objet n'est pas la création d'un déséquilibre économique⁵. Pour qualifier en donation indirecte, il faudrait trouver une cause supplémentaire à celle de l'acte support. Même si elle peut exister en pratique, la loi

¹ CA Rouen, 20 févr. 1897 : S. 1899, II, p. 241, note DALAMBRET ; CA Poitiers, 3 févr. 1936 : DH 1936, II, p. 215 ; CA Paris, 20 janv. 1948 : JCP 1948, I, 4238, note P. VOIRIN ; Cass. civ., 19 mars 1952 : D. 1952, p. 452 ; JCP 1952, II, 6935, cassant CA Paris, 20 janv. 1948, préc. ; Cass. 1^{ère} civ., 6 oct. 1959 : D. 1959, I, p. 593, note R. LENOAN.

² L. n° 75-617 portant réforme du divorce.

³ En la matière, seule une qualification en donation indirecte semble envisageable, car le régime matrimonial n'est pas une simulation : « le choix d'un régime matrimonial ne peut être regardé comme un acte secret permettant la réalisation d'une donation déguisée entre époux », Cass. civ., 16 déc. 1975 : Defr. 1976, art. 31284, note G. MORIN.

⁴ Art. 930-1 al. 2 : « La renonciation, quelles que soient ses modalités, ne constitue pas une libéralité ». Pourtant, la capacité requise est celle exigée pour consentir une donation (al. 1^{er}).

⁵ Les données propres à la figure libérale sont cependant réunies, à commencer par le déséquilibre économique, puisque sans la RAAR, le bénéficiaire de la libéralité serait débiteur d'une indemnité de réduction à l'encontre du réservataire.

interdit toute qualification. En effet, l'avantage matrimonial semble se caractériser davantage par une donnée matérielle que par une donnée intentionnelle. Si l'intention gratuite, voire libérale, peut exister dans certaines formes d'avantages, elle n'est jamais prépondérante dans la qualification. C'est le constat d'un déséquilibre objectif, pas nécessairement économique, mais potentiellement moral ou en nature, qui fait l'avantage matrimonial¹.

¹ Cette idée est bien présente en jurisprudence : CA Caen, 21 nov. 1868 : S. 1869, II, p. 262 ; CA Bordeaux, 10 avr. 1906 : DP 1906, II, p. 305, note L. THOMAS ; Cass. req., 3 févr. 1908 : DP 1908, I, 93 ; S. 1913, I, p. 516 ; CA Paris, 30 nov. 1910 : DP 1915, II, p. 9, note P. De LOYNES ; Cass. 1^{ère} civ., 10 févr. 1965 : Bull. civ. I, n° 117, p. 88 ; Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 1985 : Bull. civ. I, n° 283. Tous ces arrêts sont rendus à propos de la réduction de l'avantage matrimonial : l'amalgame terminologique entre avantage retranchable et libéralité est récurrent. L'idée demeure cependant que l'issue du litige ne dépend pas de l'intention des parties mais de la donnée matérielle objectivement constatée.

Conclusion du Chapitre second

290. Etude du critère intentionnel. L'analyse des données intentionnelles a démontré la nécessité d'isoler, pour mieux les comprendre, les données catégoriques de la libéralité et les conditions de sa validité. Si certaines, comme le consentement ou la capacité, réussissent aisément à se détacher de la qualification sans pour autant négliger une adaptation à la particularité de la figure, d'autres participent à la confusion et encouragent les difficultés conceptuelles : la cause par exemple, illustre le flou artistique dans lequel évoluent l'intention libérale et le déséquilibre économique. L'agencement précis de chaque critère est indispensable et révèle les insuffisances des théories classiques.

S'agissant de notre étude, les données intentionnelles des figures libérales et matrimoniales ne sont pas tellement différentes les unes des autres. C'est plutôt l'intensité de leur fonction qui varie : très protectrices pour la libéralité, même entre époux, elles reculent lorsque le mariage entre pleinement dans le champ contractuel, car celui-ci est une garantie de moralité. Cela détermine la problématique de la convention matrimoniale entendue au sens large. Quant au droit des libéralités, il impulse à bien des égards la théorie générale des actes juridiques et des obligations. L'influence du droit des régimes matrimoniaux est bien moindre, car son champ d'action est plus ciblé. Or, si une divergence existe au stade intentionnel, c'est elle qui justifie la fondamentale distinction des libéralités entre époux et des avantages matrimoniaux, car la matérialité de l'acte ne permet pas à lui seul de saisir l'ensemble de l'opération projetée. La question semble donc s'orienter davantage vers la place que le système juridique souhaite accorder aux données intentionnelles dans la conceptualisation.

Conclusion du Titre Second

291. Propositions fondamentales sur le rapport de l'avantage matrimonial à la catégorie libérale. L'étude des avantages matrimoniaux par le prisme de la spécificité libérale a démontré de nombreuses vérités nécessaires à la compréhension de la distinction. Elles doivent être rappelées.

Sur le déséquilibre économique (objet du contrat) :

- L'avantage matrimonial est apte à créer un transfert patrimonial similaire à celui opéré par la libéralité ;
- Mais le caractère « économique » du déséquilibre ne caractérise pas l'avantage matrimonial comme il définit la libéralité : il est en effet trop restreint.

Sur l'objet de la prestation :

- La libéralité consiste en un transfert définitif de droit ; l'avantage matrimonial peut consister en une création ou un transfert provisoire de droit ;
- La libéralité peut porter sur des droits actuels (biens présents) ou des droits éventuels (biens à venir), ce qui permet une classification interne à la figure ; l'avantage matrimonial ne porte que sur des droits actuels (biens présents), éventuellement affectés de modalités.

Sur la forme :

- Libéralités entre époux et avantages matrimoniaux n'obéissent pas à un formalisme commun : ils sont formalistes en raison de considérations différentes ;
- La diversité formelle de la libéralité est inadaptée aux régimes matrimoniaux car ceux-ci sont un effet du mariage et l'information notariale est prédominante ;
- L'unité formelle des régimes matrimoniaux est inadaptée aux libéralités car elles sont un outil de droit commun qui dépasse le simple cadre du couple et prédomine la nécessité d'attirer l'attention sur la gravité de l'opération.

Sur la liberté et la volonté :

- La liberté contractuelle de droit commun est « **tempérée** » ; la liberté des conventions matrimoniales est véritablement « **guidée** » ; l'extension de la liberté contractuelle pour les conventions matrimoniales n'est pas générale : elle ne concerne que certaines hypothèses légalement prévues ;
- La liberté des conventions matrimoniales est une application particulière et parfois étendue de la liberté de droit commun ;

La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux

▪ La convention matrimoniale est composée **du régime matrimonial quel qu'il soit** ainsi que de toutes les dispositions du contrat de mariage dont le mariage est la cause-condition.

Sur le consentement et la capacité :

▪ Certaines règles de capacité en matière libérale sont des applications particulières des règles générales applicables à tout acte de disposition et relaient le principe de l'incapacité d'exercice ; d'autres sont des dispositions spécifiques, réservées aux libéralités, et consacrent des hypothèses d'incapacité de jouissance ;

▪ Les deux données intentionnelles révèlent, dans leur application aux figures étudiées, toute la spécificité de l'acte libéral, pionnier en matière de protection personnelle, et celle de l'avantage matrimonial, inévitablement dépendant du régime matrimonial et systématiquement lié au mariage.

Sur la cause :

▪ La cause objective de la libéralité est le déséquilibre économique ; la cause subjective repose dans les mobiles, buts à atteindre, qui sont la suite matérielle et/ou juridique de l'opération (loisirs, investissement, etc.), nécessairement liés au déséquilibre ;

▪ La cause objective du régime matrimonial est l'ensemble des obligations adverses ; la cause subjective repose dans les mobiles, buts à atteindre, qui sont la suite matérielle et/ou juridique de l'opération (protection, optimisation de la gestion patrimoniale, etc.) ; cette cause est toujours encadrée par l'idée d'intérêt de la famille ;

▪ La cause de l'avantage matrimonial envisagé comme une disposition particulière du régime nécessite d'opérer une distinction :

○ Si la stipulation est synallagmatique, la cause objective est l'obligation adverse et la cause subjective réside dans les mobiles, buts liés à l'intérêt de la famille ; si son application est objectivement déséquilibrée, l'encadrement des mobiles sera plus précis et orienté vers ce déséquilibre ;

○ Si la stipulation est unilatérale, la cause objective sera le déséquilibre issu d'un rapport d'équivalence restreint à la seule clause. Les mobiles demeurent les buts personnels mais sont liés à la volonté d'avantager l'un des époux ;

▪ L'avantage matrimonial envisagé comme le résultat du rapport d'équivalence incluant toutes les dispositions du régime n'est pas pourvu d'une cause propre, il n'est que le résultat du régime, lui-même causé ; le déséquilibre final était supposé par les parties et celles-ci l'ont accepté, mais sans en faire la cause des dispositions.

Sur l'intention libérale :

▪ L'intention libérale se définit comme **la volonté du disposant de placer le déséquilibre économique au cœur de l'opération, c'est-à-dire à la fois comme la cause de l'obligation et comme l'objet de l'acte**. Les mobiles peuvent servir à démontrer la présence ou l'absence d'une telle volonté, mais un intérêt personnel prédominant ne détruit pas l'intention libérale ; celle-ci ne peut se concevoir si le disposant n'est pas libre ;

▪ L'intention libérale n'est pas à l'origine d'un régime matrimonial ; elle **peut être à l'origine d'un avantage matrimonial**, mais ne le définit pas.

292. L'avantage matrimonial, apte à revêtir les traits libéraux. « À l'intérieur d'une même classification, les catégories qui la composent sont donc antinomiques et alternatives : elles s'excluent l'une de l'autre car on ne peut être simultanément une chose et son contraire »¹. Tel n'est nullement le cas des avantages matrimoniaux et des donations entre époux. L'analyse des critères de l'acte libéral et leur confrontation aux données matrimoniales aboutissent au constat opposé : les deux notions sont susceptibles de se recouper. Certains avantages matrimoniaux sont consentis dans une intention libérale et opèrent un déséquilibre économique. Ici, le rapprochement de nature peut expliquer le rapprochement de régime juridique². Seul le vecteur semble être à même d'opérer une ligne de démarcation franche. La donation entre époux ne résulte jamais de la seule application du régime matrimonial. L'avantage matrimonial n'est jamais la résultante de la pure volonté individuelle. Il émane de la coloration particulière qu'elle emprunte par le prisme de la liberté des conventions matrimoniales. Mais cette seule donnée est insuffisante à comprendre la complexité de la différence de traitement opérée par le droit entre les deux figures.

En définitive, les traits catégoriques libéraux et les conditions de validité propres aux donations ne sont pas fondamentalement inadaptés à l'avantage matrimonial. Ils peuvent s'y retrouver et donc menacer de requalification. Mais ils ne définissent nullement l'avantage matrimonial, dont le domaine paraît bien plus étendu. En somme, si un avantage peut être une libéralité, il ne l'est pas forcément.

¹ J.-L. BERGEL, « Différence de nature = différence de régime », RTD Civ. 1984, p. 255, spé p. 265.

² Cf. *infra*, n° 450 et s.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

293. L'avantage matrimonial sous le prisme des classifications libérales. L'étude de l'exclusion des avantages matrimoniaux de la sphère des donations entre époux a révélé deux enseignements majeurs. D'une part, les points de convergence autorisent une assimilation : l'aptitude à s'inscrire dans le cadre de la distinction du titre onéreux et du titre gratuit, le possible rattachement à la catégorie gratuite, l'objet de la prestation, l'origine des données intentionnelles et certaines conditions de fond. D'autre part, les points de divergence révèlent l'aptitude de l'avantage matrimonial à s'émanciper de la tutelle libérale : le formalisme emprunté lui est propre, le critère matériel plus large, l'application des données de droit commun moins originale, l'intention n'a pas besoin d'être libérale, etc. L'avantage matrimonial, lié au régime matrimonial, est en lien étroit avec le mariage. Cela n'est pas le cas de la figure libérale. La force d'attraction coexiste avec la force de répulsion. Si le droit français a choisi d'instaurer une frontière tangible entre les notions, d'autres systèmes juridiques ont pris conscience de la proximité des deux figures : le droit belge, par exemple, impose la qualification partielle en donation au préciput, à la clause d'attribution intégrale du patrimoine commun et à la clause de partage inégal lorsque ces dispositions portent sur un bien entré en communauté du chef du prédécédé au moyen d'une stipulation expresse du contrat de mariage¹.

294. Fiction ou présomption ? Au-delà de l'exclusion opérée par la loi, il existe un rapprochement naturel des notions. L'énoncé de l'article 1527 du Code civil n'est donc pas fondé sur une vérité. Au contraire, il la transgresse. Ce mensonge législatif ne peut se justifier que par une volonté de séparer fictivement les deux notions. La souplesse formelle de la donation et l'incertitude quant à ses critères catégoriques aboutit à requalifier en libéralité des actes qui se présentent sous une autre apparence. Le législateur a voulu préserver les conventions matrimoniales d'une requalification libérale.

Les textes se présentent donc comme contraires à la réalité. Le débat traditionnel reprend ici ses droits². L'idée que les articles 1527, 1516 et 1525 du Code civil édicteraient une présomption irréfragable est séduisante³, mais se heurte à deux considérations. D'une part, le domaine naturel des présomptions est celui des faits juridiques, non des actes, et se manifeste sur un plan probatoire. D'autre part, le mécanisme se présente comme la transcription juridique d'une

¹ Articles 1458 et 1464 du Code civil belge.

² Sur le débat entre les tenants d'une conception dualiste de l'avantage, v. *supra*, n° 15 et s.

³ La présomption est la « conséquence que la loi ou le juge tire d'un fait connu à un fait inconnu dont l'existence est rendue vraisemblable par le premier » : G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », association Henry Capitant, PUF 2000, 8^{ème} éd., v° *Présomption*.

réalité supposée. La présomption va donc dans le sens d'une vérité existante¹. Or l'analyse a démontré la proximité naturelle de la donation entre époux et de l'avantage matrimonial. La théorie de la fiction juridique² paraît plus pertinente : elle consiste en l'affirmation d'une vérité juridique que l'on sait contraire à la vérité existante, un mensonge de la loi, dans le but de protéger une personne. Elle est « réservée au législateur souverain »³. Cela correspond assez bien au mécanisme légal utilisé pour les avantages matrimoniaux. Il est fait comme si les avantages matrimoniaux ne pouvaient être des donations, afin de les préserver et d'accorder ainsi une faveur aux conjoints⁴. Il ne s'agit pas d'une fiction sur la nature onéreuse de l'avantage, mais plus spécifiquement sur son impossible qualification libérale. Le procédé peut être désigné sous l'expression « fiction disqualificative ». Fiction, car elle modèle une réalité pour créer une vérité spécifique à la sphère juridique. Disqualificative, car elle empêche, nonobstant la réunion des conditions de validité et des traits catégoriques libéraux, une qualification en donation. Cette fiction peut s'analyser en une interdiction formelle, une impossibilité totale de qualifier l'avantage matrimonial en donation. Elle est générale et ne doit pas conduire à une interprétation stricte des textes⁵ puisqu'elle se fonde sur une disposition générale : l'article 1527 du Code civil⁶. C'est parce que l'avantage matrimonial rattrape la donation et que s'exerce une force d'attraction entre les deux figures, que le droit exclut l'avantage du périmètre libéral dans une réalité juridique purement fictive, afin de le préserver de la précarité du régime juridique et de la rigueur des conditions de validité de la donation.

295. Un concurrent potentiel. L'avantage dispose donc en lui-même d'une aptitude à devenir une notion juridique à part entière. L'émancipation doit à présent se réaliser pleinement, ce qui passe par une détermination de ses problématiques propres et interroge sur la notion générale d'avantage en droit privé. C'est souvent sur ce dernier point que l'incompréhension s'installe. Exclu de la donation, l'avantage matrimonial démontre des spécificités nécessaires à sa définition. Emancipé de celle-ci et soumis à des règles propres, il pourra se présenter comme un véritable concurrent à la donation entre époux et s'inscrire alors pleinement dans le système

¹ V. par exemple la présomption de paternité (art. 312 Cciv.) : l'enfant est censé avoir pour père le mari, en raison de l'exclusivité des relations sexuelles du couple marié. Le mari est donc le père le plus vraisemblable. Sur la présomption, v. *supra*, n° 17.

² Elle se définit comme un « artifice de technique juridique (en principe réservé au législateur souverain) consistant à « faire comme si », à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit », G. CORNU, *op. cit.*, v° Fiction.

³ *Ibid.*

⁴ Ne lit-on pas expressément que les avantages « ne sont point regardés comme... » (Art. 1527 Cciv. et art. 1516 Cciv.) et que les stipulations « ne sont pas réputées ... » (Art. 1525 Cciv.) des donations ?

⁵ Ce qui lui a été reproché tant par la doctrine que par la jurisprudence. Cf. *supra*, n° 15.

⁶ Avant 1965, il n'existait légalement que des distinctions spécifiques. L'actuel article 1527 du Code civil confère à la distinction une portée plus large que les seuls articles 1525 et 1516 du Code civil. Sur cette question, v. *supra*, n° 5 et s.

La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux

juridique. L'opération intellectuelle de distinction ayant été analysée, il reste à envisager son résultat. L'efficacité de la fiction disqualificative est subordonnée à l'aptitude des avantages matrimoniaux à concurrencer la donation entre époux.

Seconde partie

L'avantage matrimonial concurrent de la donation entre époux : efficacité de la fiction disqualificative

Concurrence : Rivalité entre plusieurs forces poursuivant le même but¹.
Fait d'être ensemble, d'agir de concert, conjointement, à égalité
dans la poursuite d'un même but².

296. Avantage matrimonial et libéralité. L'avantage matrimonial peut être une libéralité. L'étude des conditions de validité et des traits catégoriques libéraux a en effet démontré que l'avantage matrimonial peut revêtir les caractéristiques libérales, tant sur le fond que sur la forme. Il n'est donc, en théorie, ni exclu de la sphère gratuite, ni banni du domaine libéral. Des décisions anciennes l'ont reconnu : soit que la qualification libérale a été substituée à celle d'avantage matrimonial³, soit elles se sont cumulé⁴. Les deux figures se présentent comme deux cercles non concentriques de diamètres différents qui se superposent partiellement, partageant ainsi une aire commune où menace la requalification libérale. En cela, l'avantage matrimonial existe indépendamment de la donation et la proximité de leurs effets en fait une notion concurrente : il peut créer lui-même son propre déséquilibre économique, avec ou sans intention libérale. C'est donc en lui-même, et non par référence à la donation, que l'avantage matrimonial doit être analysé : on recherchera à présent le centre du cercle de l'avantage, non celui de la libéralité. Or « *plus les notions juridiques sont fondamentales, plus elles sont ambigües* »⁵.

¹ Le Nouveau Petit Robert, V. *Concurrence*, n° 2.

² CNRTL, V. *Concurrence*, n° 1.

³ *Cass. civ.*, 3 avr. 1843 : S. 1843, I, p. 289 : « *La cour royale de la Guyane a déclaré que l'intention des époux Blanchard avait été de disposer, en faveur du survivant d'eux, de tout ce dont la loi permet la disposition entre époux* ». *Cass. req.*, 18 janv. 1888 : DP 1888, I, p. 174 : constitution d'une donation déguisée par l'adoption d'une communauté universelle alors que l'un des époux ne réalise aucun apport.

⁴ *CA Colmar*, 28 mars 1928 : DH 1929, II, p. 84, note H. DESBOIS : les époux étaient passés d'une communauté réduite aux acquêts à une communauté universelle avec clause d'attribution au conjoint survivant (le changement de régime matrimonial était alors possible en Alsace). Le mari, âgé de 75 ans, était malade et décéda 3 jours plus tard. Pour la Cour, il s'agit d'un testament déguisé destiné à priver momentanément de sa réserve l'enfant commun du couple. Ici, la cour recherche la véritable intention des parties.

⁵ G. WIEDERKEHR, « *Propos à bâtons rompus sur la notion de régime matrimonial* », in « *Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller : Liber amicorum* », Strasbourg, LGDJ 1994, p. 533, spé. p. 541.

297. Avantage matrimonial ou libéralité ? L'avantage matrimonial ne serait qu'une figure possible de donation, et donc une voie d'accès à la gratification libérale, si le législateur n'était pas intervenu pour instaurer une fiction disqualificative interdisant toute requalification de l'avantage en libéralité¹. C'est donc la loi elle-même qui utilise l'avantage matrimonial et en fait un rempart contre l'expansion du libéral, rendue possible par l'élasticité formelle de la donation et l'imprécision de l'élément moral de la libéralité. L'article 1527 du Code civil n'est pas l'unique exemple de fiction disqualificative. La loi a de plus en plus fréquemment recours à ce procédé. Tel est le cas pour le préciput², la clause de partage inégal, la clause d'attribution intégrale³, mais aussi la prestation compensatoire⁴, les facilités de paiement accordées pour le règlement de l'indemnité de réduction⁵, la renonciation à l'action en réduction⁶ et la faculté de cantonnement du conjoint survivant bénéficiaire d'une libéralité⁷. Cette dernière est particulièrement révélatrice de la nature fictive de la prohibition de requalification, dans la mesure où il est acquis qu'une renonciation à succession *in favorem* peut être qualifiée de donation indirecte. Le législateur poursuit ainsi deux objectifs. D'une part, il veut éviter que l'acte dont il s'agit soit annulé comme ne remplissant pas les contraintes formelles de la donation. D'autre part et surtout, il souhaite éviter l'application d'un régime juridique qui rend la réalité de l'opération très précaire : c'est parce qu'il n'est pas juridiquement requalifié en libéralité que l'avantage ne fait pas en principe l'objet d'une réduction pour atteinte à la réserve ou d'un rapport successoral⁸, qu'il n'est pas soumis aux droits de mutation à titre gratuit⁹, qu'il peut se cumuler avec les droits successoraux du conjoint survivant¹⁰ et qu'il n'est révocable ni *ad nutum*¹¹ ni pour cause légale¹².

¹ Sur la nature de fiction, v. par exemple : CA Paris, 30 novembre 1910 : DP 1915, 2, 9, note P. DE LOYNES.

² Art. 1516 Cciv. : « *Le préciput n'est point regardé comme une donation, soit quand au fond, soit quant à la forme, mais comme une convention de mariage et entre associés* ».

³ Art. 1525 Cciv. : « *La stipulation de parts inégales et la clause d'attribution intégrale ne sont point réputées des donations, ni quant au fond, ni quant à la forme, mais simplement des conventions de mariage et entre associés* ».

⁴ Art. 281 Cciv. : « *Les transferts et abandons prévus au présent paragraphe sont, quelles que soient leurs modalités de versement, considérés comme participant du régime matrimonial. Ils ne sont pas assimilés à des donations* ».

⁵ Art. 924-3 al. 2 Cciv. : « *Les avantages résultant des délais et modalités de paiement accordés ne constituent pas une libéralité* ».

⁶ Art. 930-1 al. 2 Cciv. : « *La renonciation, quelles que soient ses modalités, ne constitue pas une libéralité* ».

⁷ Art. 1094-1 Cciv. : « *Sauf stipulation contraire du disposant, le conjoint survivant peut cantonner son émolument sur une partie des biens dont il a été disposé en sa faveur. Cette limitation ne peut être considérée comme une libéralité faite aux autres successibles* ».

⁸ Cass. req., 12 juill. 1842 : S. 1842, I, p. 679 ; Cass. civ., 21 mars 1859 : S. 1859, I, p. 761 ; Cass. civ., 16 déc. 1861 : S. 1862, I, p. 10 ; Cass. civ., 2 août 1899 : S. 1900, I, p. 233, note G. FERRON ; DP 1901, I, p. 433, note A. COLIN.

⁹ Cass. civ., 8 mai 1854 : DP 1854, I, p. 184 ; Cass. civ., 7 avr. 1856 : DP 1856, I, p. 207 ; Cass. civ., 11 nov. 1873 : S. 1874, I, p. 36 ; T. civ. Lille, 27 déc. 1900 : S. 1903, II, p. 119. ; T. civ. Rhône, 17 déc. 1926 : JCP 1927, I, 642. V. Y.-A. GILET, « Régimes matrimoniaux, fiscalité des successions », Impr. Le Brun, Caen, 1978, n° 475.

¹⁰ Cass. req., 3 févr. 1908 : DP 1908, I, 93 ; S. 1913, I, p. 516 ; T. civ. Niort, 30 déc. 1910 : S. 1911, II, p. 259 ; DP 1913, V, p. 30 ; CA Bordeaux, 10 avr. 1906 : DP 1906, II, p. 305, note L. THOMAS.

¹¹ Art. 1096 anc. Cciv.

¹² Pour ingratitude (art. 955 et s. Cciv.) ou inexécution des conditions et charges (art. 954 Cciv.)

298. L'avantage, concurrent à la libéralité. L'avantage matrimonial aboutit, comme la donation entre époux, à opérer des transferts de propriété, mais sans être contraint par un régime juridique suspicieux, même s'il arrive qu'ils soient expressément soumis au même traitement. Les deux notions sont donc au cœur d'une véritable stratégie d'optimisation patrimoniale¹ et se présentent comme deux voies d'accès à un même objectif : la gratification du conjoint. Le droit français a choisi une fiction disqualificative par principe et, par exception, l'application d'un régime juridique emprunté aux libéralités. Mais quelles que soient les règles applicables aux avantages matrimoniaux, ils ne sont jamais requalifiés en donation. Afin de comprendre pourquoi et comment l'avantage matrimonial est un concurrent, il faut d'abord l'étudier en lui-même, indépendamment de la libéralité : l'efficacité de la distinction dépend du domaine d'application de l'alternative qu'offre la distinction. Il faut ensuite analyser la symétrie des règles qui régissent les deux notions, puisque le choix sera guidé par l'application d'un régime juridique spécifique. Il apparaît nécessaire de déterminer la notion d'avantage matrimonial, puisqu'elle trace les frontières de la fiction disqualificative (**Titre Premier : Le domaine d'application de la fiction disqualificative**). C'est ensuite le régime juridique des avantages matrimoniaux et des donations entre époux, dont la différence est le fruit même de la distinction, qui sera analysé (**Titre Second : Les conséquences de la fiction disqualificative**).

¹ V. notamment : A. ALBARIAN, « La notion d'avantage matrimonial : au confluent du droit civil et de l'ingénierie fiscale », RRJ, n° 2007/1, p. 205-234 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Les réformes accomplies : le point sur les avantages matrimoniaux », in « Le droit patrimonial de la famille : réformes accomplies et à venir », Travaux de l'association Henri Capitant, Journées notariales, t. IX, Strasbourg, 2003, p. 13.

TITRE I : Le domaine d'application de la fiction disqualificative

« **ACHILLE**

*Madame, je me tais, et demeure immobile.
Est-ce à moi que l'on parle, et connaît-on Achille ?
Une mère pour vous croit devoir me prier ;
Une reine à mes pieds se vient humilier ;
Et me déshonorant par d'injustes alarmes,
Pour attendrir mon cœur on a recours aux larmes !
Qui doit prendre à vos jours plus d'intérêt que moi ?
Ah ! Sans doute on s'en peut reposer sur ma foi.
L'outrage me regarde ; et quoi qu'on entreprenne,
Je réponds d'une vie où j'attache la mienne.
Mais ma juste douleur va plus loin m'engager.
C'est peu de vous défendre, et je cours vous venger,
Et punir à la fois le cruel stratagème
Qui s'ose de mon nom armer contre vous-même. »*

*Iphigénie, Jean Racine, 1674
Acte III, scène 6*

299. L'émergence de l'avantage matrimonial. En 1804, il n'existait pas d'avantage « matrimonial » au sein du Code civil, ni d'appréhension unitaire de la notion. Trois ensembles de dispositions coexistaient : les articles 1516 et 1525¹, qui édictaient une fiction disqualificative spéciale pour le préciput et la clause d'attribution intégrale, l'article 1496, prévoyant l'action en retranchement pour les avantages issus de la confusion du mobilier ou des dettes², et l'article 1527 qui instaurait le retranchement pour toutes les conventions matrimoniales dépassant la quotité disponible, exception faite des simples bénéfiques résultant de travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux³. Il n'existait donc pas comme aujourd'hui de lien évident entre la définition légale de l'avantage, la fiction disqualificative à l'égard des donations et l'action en retranchement. L'avantage n'était pas « matrimonial » car l'adjectif se rapportait aux seules conventions matrimoniales, alors que la loi elle-même désignait

¹ « Code civil des Français. Edition originale et seule officielle », Paris, Imprimerie de la République, An XII – 1804, réédition Litec 2004, art. 1496. V. J. LAMY, « Du caractère des avantages matrimoniaux, origines historiques des principes du Code civil », thèse Paris 1937.

² « Tout ce qui est dit ci-dessus sera observé même lorsque l'un des époux ou tous les deux auront des enfants de précédens mariages. Si toutefois la confusion du mobilier et des dettes opérerait, au profit de l'un des époux, un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'article 1098, au titre des Donations entre vifs et des Testaments, les enfants du premier lit de l'autre époux auront l'action en retranchement ».

³ « Les époux peuvent faire toutes autres conventions, ainsi qu'il est dit à l'article 1387, et sauf les modifications portées par les articles 1388, 1389, et 1390. Néanmoins, dans le cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage, toute convention qui tendrait dans ses effets à donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1098, au titre des Donations entre-vifs et des Testaments, sera sans effet pour tout l'excédent de cette portion : mais les simples bénéfiques résultant de travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfans du premier lit ».

le régime légal comme source de tels profits. Ce n'est qu'à mesure de l'émergence, sous l'influence de la transformation sociale du mariage, de la notion de « régime matrimonial »¹, fédérant conventions matrimoniales et régime légal, que l'avantage est « devenu » matrimonial. Et ce n'est que lorsque la loi a reconnu l'existence du « régime matrimonial » que l'avantage a pu être légalement perçu comme « matrimonial »². L'unification s'est réalisée progressivement. Une étape décisive a été franchie avec un arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1890³ qui a étendu la fiction disqualificative aux avantages sujets à retranchement et donc fait de l'avantage une réelle notion concurrente, apte à exclure toute qualification libérale. Mais la distinction opérée par le Code Napoléon se retrouve encore dans des systèmes juridiques qui en ont hérité et qui n'ont pas évolué comme le nôtre vers l'unification. Tel est le cas notamment en droit camerounais⁴, mais aussi en droit Belge : les articles 1458 et 1464 du Code civil belge édictent une fiction disqualificative en donation pour le préciput, la clause de partage inégal et la clause d'attribution intégrale du patrimoine commun⁵, et l'article 1465 se contente de l'exposé de l'action en retranchement⁶.

300. Le paradoxe de l'avantage matrimonial. L'appréhension de l'avantage matrimonial s'est réalisée tantôt par recours à la notion générale d'avantage, tantôt à travers la recherche d'une définition précise du « matrimonial ». Or ce qui explique sa particularité est sans doute le contexte dans lequel il s'inscrit. Un auteur a récemment expliqué que sa source se trouve dans l'intention participative qui anime les époux⁷. Plus largement, c'est parce qu'il intervient dans un contexte marital qu'il est difficile à comprendre : la frontière entre l'intérêt du couple,

¹ V. A. HOUGLARD, « La notion de régime matrimonial », thèse Toulouse 2008.

² La notion de régime matrimonial est consacrée par la loi n° 65-570 du 13 juill. 1965. La première apparition de la notion d'avantage matrimonial dans la lettre de la loi remonte à la loi n° 75-617 du 11 juill. 1975. La loi du 27 juill. 1884 ne parle encore que des « avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage » (art. 299).

³ Cass. ch. réunies, 19 déc. 1890 (succession Grégoire) : S. 1891, I, p. 129, note A. WAHL.

⁴ Les dispositions des articles 1496, 1516, 1525 et 1527 du Code civil camerounais sont en tous points identiques à celles du Code Napoléon de 1804 : Me P. BOUBOU, « Code civil. Texte intégral annoté », éditions Avenir, oct. 2006.

⁵ Qui peuvent cependant être requalifiés en libéralités s'ils portent sur un bien entré en communauté du chef du prédécédé par une stipulation expresse du contrat de mariage ! Art. 1458 : « *Le préciput n'est point regardé comme une donation, mais comme une convention de mariage. Il sera cependant considéré comme une donation, à concurrence de moitié, s'il a pour objet des biens présents ou futurs que l'époux prédécédé a fait entrer dans le patrimoine commun par une stipulation expresse du contrat de mariage* ». Article 1463 Cciv. belge : « *La stipulation de parts inégales et la clause d'attribution de tout le patrimoine commun ne sont pas regardées comme des donations, mais comme des conventions de mariage. Elles sont cependant considérées comme des donations pour la part dépassant la moitié qu'elles attribuent au conjoint survivant dans la valeur, au jour du partage, des biens présents ou futurs que l'époux prédécédé a fait entrer dans le patrimoine commun par une stipulation expresse du contrat de mariage* ».

⁶ Art. 1465 Cciv. belge : « *Dans le cas où il y aurait des enfants qui ne leur sont pas communs, toute convention matrimoniale qui aurait pour effet de donner à l'un des époux au-delà de la quotité disponible sera sans effet pour tout l'excédent ; mais le partage égal des économies faites sur les revenus respectifs des époux, quoique inégaux, n'est pas considéré comme un avantage fait au préjudice des enfants qui ne leur sont pas communs* ».

⁷ E. ROUSSEAU, « De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 711. Pour notre avis sur cette position, v. *infra*,

l'intérêt personnel et l'intérêt d'autrui y est très mince. Dans l'extrait proposé de la tragédie *Iphigénie*, Achille dit répondre d'une vie à laquelle il attache la sienne : l'outrage subi par sa future épouse le regarde comme s'il avait été personnellement attaqué. Mais s'il entend se venger, est-ce uniquement pour défendre Iphigénie, ou pour laver l'affront qu'il a lui-même subi¹ ? Dans le domaine matrimonial, cherche-t-on son propre intérêt, celui de son conjoint, celui du couple, celui de la famille ? Il est souvent délicat de démêler le véritable but recherché par les époux², voilà pourquoi on ne saurait rattacher arbitrairement les avantages matrimoniaux à la catégorie gratuite ou onéreuse.

L'étude de l'avantage matrimonial souffre d'un paradoxe. D'une part il est une donnée autonome qui ne peut se définir par le seul recours aux critères libéraux³. D'autre part il est juridiquement conçu dans une perspective libérale, puisqu'il est le support d'une fiction disqualificative servant de frontière au libéral. Il faut donc constamment arbitrer entre ces deux considérations : ce que l'avantage est fondamentalement et ce qu'il doit être dans le domaine matrimonial pour que la fiction disqualificative soit efficace. S'il se conçoit de manière autonome, c'est en raison de l'emploi du terme « avantage ». S'il se conçoit par référence à la libéralité, c'est par la limitation opérée au moyen de l'adjectif « matrimonial ». Ainsi, l'avantage existe-t-il avant d'être matrimonial. Il doit d'abord être compris dans cette acception large et complexe (**Chapitre premier**) avant d'être juridiquement utilisé, et donc précisé, dans la sphère matrimoniale (**Chapitre second**).

n° 446.

¹ Achille se sent d'autant plus concerné que le stratagème d'Agamemnon le faisait passer pour un traître aux yeux de sa fiancée.

² Ce qui rend très délicate toute utilisation de critères subjectifs.

³ Il existe indépendamment de la libéralité, même s'il peut en être une.

Chapitre premier : L'avantage en droit privé

301. L' « avantage », notion couramment usitée. Peu de réflexions ont été menées sur ce que recouvre cette donnée pourtant essentielle des relations humaines. S'agissant des avantages matrimoniaux, le débat n'est nullement traité. Il existe cependant. Le réflexe systématique consistant à définir l'avantage matrimonial par opposition ou rapprochement avec la figure libérale a occulté l'indispensable analyse de cette notion fondamentale. Pourtant, la connaissance de l'avantage est une étape nécessaire vers la compréhension de l'avantage matrimonial. De nombreuses problématiques systématisées en droit patrimonial conjugal se retrouvent, à un niveau élargi, dans d'autres disciplines du droit. Si l'on cherche en effet à déterminer l'existence d'un avantage matrimonial par l'utilisation d'un étalon au service d'une technique liquidative, il faut se demander si celui-ci peut transparaître en nature et s'il doit être tenu compte de l'ensemble des interactions du régime matrimonial. De telles difficultés se retrouvent par exemple dans la détermination des avantages occultes en droit fiscal, ou encore la comptabilisation des avantages en nature en droit social. Il ne s'agira pas d'éluder ici la dimension « matrimoniale », mais plutôt de se concentrer sur la signification du terme « avantage ». Nous verrons que l'adjectif qualificatif a un rôle bien précis dans l'interprétation et la définition de la notion.

Il existe donc une problématique consubstantielle à la notion d'avantage quelle que soit la forme qu'elle revêt. À ce titre, il peut sembler étrange de chercher à déterminer une notion qui a pourtant été largement utilisée dans des raisonnements antérieurs. Mais le réflexe connu de l'analyse de l'avantage matrimonial à travers le prisme de la figure libérale invitait à explorer cette méthode afin d'en déduire tous les enseignements utiles et de mieux comprendre ses insuffisances. Une fois cette stratégie décrite, c'est à l'avantage en tant que notion qu'il convient de s'intéresser. Celle-ci recouvre différentes significations juridiques. Dresser l'aperçu juridique de l'avantage (**Section première**) sera donc le préalable indispensable à la compréhension et la résolution des difficultés existantes (**Section seconde**).

Section première : Aperçu juridique de l'avantage

302. L'avantage récurrent. La notion d'avantage est apte à qualifier de nombreuses hypothèses connues et semble parler d'elle-même. Cette facilité est troublante, car la notion intervient dans des disciplines très différentes les unes des autres. Son domaine de prédilection demeure le droit patrimonial, particulièrement le droit patrimonial de la famille. C'est dans cette matière qu'elle est le plus usitée. Si elle y adopte alors un sens précis, c'est là que nous pourrons nous approcher au plus près de sa signification au sein de la notion plus globale d'« avantage matrimonial ». Il convient donc d'opérer un aperçu général de l'avantage (**Paragraphe premier**), avant d'en étudier les particularités au sein du droit patrimonial de la famille (**Paragraphe second**).

Paragraphe premier : L'avantage saisi par le droit : aperçu général

303. L'avantage non juridique. L'avantage n'est pas à proprement parler une notion juridique. Il s'agit plutôt d'une facilité de langage employée sans orientation juridique précise : il apparaît plus comme un concept que comme une notion¹. Ce n'est donc pas en priorité dans le droit que l'on cherchera une signification (B), mais dans la sémantique (A).

A. À la recherche du concept : l'avantage dans la sphère sémantique

304. Polysémie. La définition de l'avantage n'est pas unitaire. Aucun dictionnaire ou ouvrage ayant vocation à expliciter le terme ne se satisfait d'une seule interprétation. Le lexique juridique de référence du doyen CORNU propose même trois acceptions². Dans la première, l'avantage serait « *dans un sens général et courant* », un profit, un gain, une utilité. Il serait alors synonyme de « *bénéfice* » ou « *intérêt* ». Mais il peut être aussi une « *faveur* », une « *situation préférentielle* », un « *privilege* », ou encore un « *succès acquis sur un adversaire* ». Cette multiplicité se retrouve dans l'analyse de la proxémie³. Deux ensembles de mots distincts se rattachent au terme « avantage ». Un premier groupe est gouverné par l'idée de supériorité et implique des termes tels que « succès », « prédominance », « triomphe », « primauté ». Un second ensemble, situé à l'extrême opposé du premier, fait apparaître la notion de « bienfait », ce qui transparaît à travers des termes tels que « profit », « privilege », « intérêt ». Ce second agglomérat

¹ Sur la distinction entre notion et concept, v. not. J.-L. BERGEL, « À la recherche des concepts émergents en droit », D. 2012, n° 24, p. 1567 et s.

² G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », association Henry Capitant, PUF 2000, 8^{ème} éd., v° *Avantage*.

³ Le Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL) propose un logiciel dénommé proxémie qui permet une visualisation en trois dimensions du degré de proximité entre un terme donné et d'autres qui lui sont

de mots est lui-même scindé en deux sous-ensembles : d'une part l'idée de « revenu », « bénéfice », « rétribution », donc ce qui est reçu en exécution de quelque chose qui constitue une contrepartie et, d'autre part, l'idée de « faveur », « bienfait », dans le sillage duquel se trouve la « libéralité », ce qui correspondrait plus à une donnée gratuite. L'orientation paraît donc fondamentalement duale, conclusion confortée par l'étymologie du mot. Suffixé du terme « avant », lequel se place d'abord dans une dimension temporelle et spatiale, l'« avantage » a vu émerger successivement deux significations, qui coexistent aujourd'hui.

305. Une différence. La première utilisation du terme « avantage » remonte au XII^{ème} (généralement daté de 1160) et signifie littéralement « *ce qui produit une différence* »¹, « *ce qui est en plus pour quelqu'un* ». Cette première acception, largement dominante, a été déclinée notamment dans le domaine sportif² : en tennis, a l'« avantage » celui qui parvient à gagner le point suite à une égalité, ce qui le rapproche de l'obtention d'un jeu. Le Centre National des Ressources Textuelles et Lexicales évoque la « *supériorité d'une personne sur une autre, ou sur quelque chose* »³. Le dictionnaire de l'Académie Française mentionne une « *supériorité ; ce par quoi on l'emporte* »⁴. Cette première forme a abouti à la locution « d'avantage », employée pour effectuer une comparaison quantitative signifie « *plus de* »⁵. Apparaît alors l'idée d'une comparaison, d'un ascendant sur quelqu'un ou quelque chose. Ainsi s'entend le terme contraire « désavantage » : « *ce qui défavorise, et toute condition d'infériorité* ». L'adverbe « avant » qui compose le mot indique alors une hiérarchie : ce qui est avant, ce qui est après. Émane alors l'idée d'un rapport de force, d'une compétition : l'avantage est le constat de l'ascendant d'un sujet sur un autre. Cette première acception ne se conçoit donc que dans le contexte d'une comparaison, ce qui implique une pluralité de sujets ou d'objets. Il est ainsi possible de « tirer avantage » d'une situation.

306. Un bienfait. Une seconde acception a émergé peu après l'apparition de la première. À partir de 1175, l'« avantage » peut également signifier « intérêt », « profit », « *ce qui est profitable* »¹, utile, favorable. Le terme « avant » évoque alors, non pas une hiérarchie, mais une dynamique : « aller de l'avant », « avancer ». Il revêt son sens originel de progression

proches : cf. <http://www.cnrtl.fr/proxemie/>

¹ V. « Le Robert, dictionnaire historique de la langue française », A. REY, éd. Dictionnaires Le Robert, 1995, v° *Avantage* ; R. WACE, *Rou*, éd. H Andresen III, 10721 p. 453.

² « *On enregistre ensuite des spécialisations juridiques, puis sportives en matière de hippisme (1855), de tennis (1898)* », *loc. cit.*

³ Centre National des Ressources Textuelles et Lexicales : <http://www.cnrtl.fr/definition/> ; v° *Avantage*. Il est ajouté « *ou sur son état antérieur* », ce qui correspond plutôt à la seconde acception.

⁴ Cf. le site de l'Académie Française : <http://www.academie-francaise.fr>

⁵ Cette forme n'est cependant plus courante, remplacée définitivement par « davantage » au XVII^{ème} siècle : J. PIOCHE et J.-C. ROLLAND, « Dictionnaire étymologique du français », Paris, Le Robert, 2009.

temporelle et spatiale. L'avantage serait donc un outil permettant une évolution personnelle. Il n'est alors plus question de compétition avec autrui, ni de supériorité destinée à emporter une compétition : il s'agit d'une ascension individuelle. Si comparaison il y a, elle ne se fait plus entre deux objets ou deux sujets, mais plutôt, au sein d'un même objet ou sujet, entre deux situations dont l'une est antérieure à l'autre. Une tenue ou une coiffure « avantage », donc permet de s'améliorer soi-même. Dans le même ordre d'idées, la contraction « *davantage* » signifie « *en plus grande quantité, encore plus* » : il s'agit ici d'ajouter une quantité d'une espèce donnée. Cette idée est également présente dans l'opposition classique entre les termes « avantage » et « inconvénient ». L'un désigne ce qui permet d'aller de l'avant, ce qui est bénéfique, et l'autre ce qui entrave une progression, dégrade une situation. L'avantage n'est donc plus « ce que j'ai et que l'autre n'a point », mais devient « ce que j'ai acquis et dont je ne disposais pas auparavant ». Il n'implique plus nécessairement une pluralité d'objets ou de sujets, mais suppose une pluralité de situations.

307. Coexistence des acceptions. En définitive, deux grandes significations se dégagent de l'analyse sémantique : soit une avancée « pour soi », un bienfait personnel, libre de toute comparaison avec autrui, soit une avancée par rapport à l'autre, peu important que la personne qui détient l'avantage ait, en elle-même, effectué une avancée. La difficulté vient de ce que les différentes significations ne recouvrent pas deux réalités distinctes, mais correspondent à deux modes de perception d'une réalité unique : soit pour constater une progression sur soi-même, soit pour établir une ascendance sur autrui. Mais le second peut être le résultat du premier². Or, quel que soit le sens retenu, il est déjà possible de remarquer que la libéralité est créatrice d'avantage. D'une part elle permet de gratifier une personne, de lui octroyer un bienfait, donc d'améliorer sa situation. D'autre part, elle peut aboutir à placer son bénéficiaire dans une situation de supériorité. Supériorité sur le donateur d'abord, puisque le rapport d'équivalence est objectivement et subjectivement déséquilibré en sa défaveur. Supériorité sur les tiers ensuite, puisque la libéralité peut, par exemple, aboutir à privilégier un héritier par rapport à un autre. L'avantage doit à présent se confronter à sa juridicité. Or, en droit comme ailleurs, l'« *avantage, très vivant, a plusieurs dérivés* »³.

¹ *Le Robert, op. cit.*

² Mais cela n'est pas nécessairement le cas. En sport par exemple, l'un des adversaires peut prendre l'avantage en raison d'une pénalité subie par l'autre. Tel est le cas lorsqu'un joueur est exclu d'une équipe (carton rouge) et que l'effectif de l'une devient plus important que celle de l'autre.

³ *Le Robert, op. cit.*

B. Les déclinaisons connues de l'avantage : l'avantage dans la sphère juridique

308. L'avantage sans qualificatif. Lorsque le terme « avantage » est employé seul, il est dénué de signification spécifiquement juridique et ne correspond qu'à l'utilisation, dans la sphère juridique, d'un mot courant qui conserve ses particularités linguistiques. On trouve le terme employé dans son sens premier, celui de « différence », dans le cadre d'un rapport comparatif avec autrui. C'est par exemple le cas au sujet de la preuve contre les commerçants : l'article 1330 du Code civil évoque le fait de « tirer avantage », dans le cadre d'un contentieux, de la force probante des « livres des marchands ». On retrouve également cette signification en procédure civile, notamment à l'article 64 du Code de procédure civile¹. D'une manière générale, « prendre ses avantages » signifie, pour un plaideur, demander à la juridiction de tirer toutes les conséquences de la carence de son adversaire². Mais le terme s'emploie aussi dans son sens plus subjectif, celui qui représente une avancée personnelle, une progression. C'est le cas, dans le Code civil, des « réparations avantageuses » visées à l'article 701 alinéa 3³, de la situation de l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net à l'article 791⁴ et de la définition du contrat aléatoire à l'article 1964⁵. Le terme est également employé en ce sens dans certains adages juridiques tels que « *infans conceptus...* »⁶. Il en va de même en droit commercial, notamment aux articles L. 123-13 alinéa 3, L. 145-50 alinéa 2 et L. 225-37 du Code de commerce⁷. Le droit pénal en fait souvent une utilisation élargie en évoquant les « *avantages quelconques* », par exemple aux

¹ « Constitue une demande reconventionnelle, la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire ».

² G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », association Henry Capitant, PUF 2000, 8^{ème} éd., v° *Avantage*. On observe ici encore que l'« avantage-différence » n'est pas toujours induit par l'« avantage-bienfait », mais peut être dû à une régression de l'adversaire. Pour un exemple en procédure civile : G. DEHARO, « Frais irrépétibles : le Conseil constitutionnel censure l'avantage de la partie civile », JCP 2011, n° 15 p. 694.

³ Sur la servitude : « si cette assignation primitive était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujéti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne pourrait pas le refuser ».

⁴ « L'acceptation à concurrence de l'actif net donne à l'héritier l'avantage : 1° D'éviter la confusion de ses biens personnels avec ceux de la succession ; 2° De conserver contre celle-ci tous les droits qu'il avait antérieurement sur les biens du défunt ; 3° De n'être tenu au paiement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis ». Il s'agit d'une situation avantageuse par rapport à une autre (l'acceptation pure et simple), non d'une comparaison avec d'autres personnes comme les cohéritiers.

⁵ « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un élément incertain ». Sur l'aléa, v. *supra*, n° 106 et s.

⁶ *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodo ejus agitur* : l'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il y a avantage.

⁷ Art. L. 123-13 al 3 Ccom. : « Si l'assemblée approuve l'évaluation des apports et l'octroi d'avantages particuliers, elle constate la réalisation de l'augmentation du capital » ; art. L. 145-50 Ccom. : « Le changement d'activité peut motiver le paiement, à la charge du locataire, d'une indemnité égale au montant du préjudice dont le bailleur établirait l'existence. Ce dernier peut en outre, en contrepartie de l'avantage procuré, demander au moment de la transformation, la modification du prix du bail sans qu'il y ait lieu d'appliquer les dispositions des articles L. 145-37 à L. 145-39 » ; art. L. 225-37 Ccom. : « Ce rapport présente en outre les principes et les règles arrêtés par le conseil d'administration pour déterminer les rémunérations et avantages de toute nature accordés aux mandataires sociaux et il mentionne la publication des informations prévues par l'article L. 225-100-3 ».

articles 221-5-1 et 225-4-1 du Code pénal¹. Enfin et surtout, c'est sur la notion d'« avantage » que s'est construite la théorie des quasi-contrats et c'est encore cette notion qui fonde le renouveau conceptuel en la matière : il est courant aujourd'hui de distinguer les quasi-contrats nés d'avantages reçus sans cause de ceux provenant d'avantages attendus².

Mais la signification exacte du terme est parfois complexe à dégager. Il existe des hypothèses dans lesquelles il est pratiquement impossible de savoir s'il est question d'« avantage-bienfait » ou d'« avantage-différence », de sorte qu'il est tentant de postuler que les deux acceptions sont visées³. Or la plupart de ces hypothèses concernent le droit des libéralités, la gratuité, ou les avantages matrimoniaux. C'est aux articles article 1832-1, 1105 et bien sûr 1527 du Code civil que la confusion est la plus significative⁴. Le premier de ces textes évoque les « *avantages et libéralités résultant d'un contrat de société entre époux* »⁵, terminologie fort proche de la problématique des avantages matrimoniaux. Le deuxième définit le contrat de bienfaisance⁶. Le troisième enfin et surtout, est censé définir les avantages matrimoniaux⁷. S'agissant de ces derniers, il est notable que dans les textes datant du Code Napoléon le vocable n'est pas accolé à l'adjectif « matrimonial », alors que le terme apparaît dans des dispositions plus récentes, comme celles intéressant le divorce. Il semblerait donc que, à l'origine, il n'existait pas de signification juridique précise et que l'« avantage » s'entendait dans un sens courant. En revanche, la pratique ayant rendu nécessaire la recherche d'une définition précise, la tendance à évoquer l'avantage « matrimonial » est apparue en jurisprudence et en doctrine⁸ et a par la suite été légalement entérinée⁹.

¹ Art. 221-5-1 Code pénal : « *Le fait de faire à une personne des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques afin qu'elle commette un assassinat ou un empoisonnement est puni, lorsque ce crime n'a été ni commis ni tenté, de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende* ». Art. 225-4-1 Code pénal : « *La traite des êtres humains est le fait, en échange d'une rémunération ou de tout autre avantage ou d'une promesse de rémunération ou d'avantage, de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger ou de l'accueillir, pour la mettre à sa disposition ou à la disposition d'un tiers, même non identifié, afin soit de permettre la commission contre cette personne des infractions de proxénétisme, d'agression ou d'atteintes sexuelles, d'exploitation de la mendicité, de conditions de travail ou d'hébergement contraires à sa dignité, soit de contraindre cette personne à commettre tout crime ou délit* ».

² Sur les quasi-contrats, v. par exemple : Ph. LE TOURNEAU et A. ZABALZA, « Le réveil des quasi-contrats [à propos des loteries publicitaires] » : Contrats, conc. conso. 2002, chron. 22 ; A. BÉNABENT, « Droit des obligations », Montchrestien, 12^{ème} éd. 2010, n° 511 ; D. FENOUILLET et Ph. MALINVAUD, « Droit des obligations », Litec, 12^{ème} éd. 2012, n° 772 et s.

³ Elles ne sont pas antinomiques : un « avantage-différence » peut être dû à un « avantage-bienfait ». Cette hypothèse est tellement répandue qu'elle aboutit à une véritable confusion des deux acceptions sous ce même terme.

⁴ Voir aussi l'article 924-3 al. 3 à propos du règlement de l'indemnité de réduction : « *Les avantages résultant des délais et modalités de paiement accordés ne constituent pas une libéralité* ».

⁵ Ceux-ci « *ne peuvent être annulés parce qu'ils constitueraient des donations déguisées, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte juridique* ».

⁶ « *Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit* ».

⁷ « *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* ».

⁸ Sur l'apparition de la notion d'avantage « matrimonial », concomitante à celle de « régime matrimonial », v. *supra*, n° 7.

⁹ La notion d'avantage matrimonial apparaît pour la première fois dans la loi avec la loi n° 75-617 du 11 juill. 1975 portant réforme du divorce. V. C. SAUJOT, « Les avantages matrimoniaux (Notion – Nature juridique) », RTD Civ.

309. L'avantage pourvu d'un qualificatif. Affublé d'un qualificatif, l'« avantage » cesse d'être un concept abstrait et devient une notion juridique avec un sens précis. C'est le cas des avantages matrimoniaux. La question est alors de savoir quelle est la fonction du qualificatif, comment il opère et quels renseignements il donne sur l'avantage. Le qualificatif peut parfois désigner l'origine de l'avantage. Ainsi parle-t-on d'« avantage fiscal » pour désigner les bienfaits issus d'une législation fiscale favorable. Il en va de même pour l'avantage dit « contributif » qui correspond à une « *prestation dont l'octroi aux assurés sociaux est subordonné, de leur part, au paiement antérieur de cotisations* »¹ ou pour l'« avantage tarifaire » qui est une faveur accordée par un vendeur, souvent entre deux professionnels (un fournisseur et un distributeur), reposant dans le montant du prix versé. Le qualificatif peut aussi désigner la destination de l'« avantage » : soit l'utilisation qui en sera faite, comme dans l'hypothèse de l'« avantage de retraite »² permettant de financer le train de vie d'une personne retraitée, soit le bénéficiaire du bienfait, comme pour les « avantages sociaux », qui sont des compléments de revenus sans caractère rémunérateur destinés à améliorer le bien-être et les conditions de travail des salariés³.

C'est parfois la teneur de l'avantage qui est précisée. D'une part, il arrive que la forme revêtue par l'avantage en fasse une catégorie juridique à part entière : c'est le cas des « avantages en nature »⁴ en droit du travail, des « avantages occultes » en droit fiscal⁵, ou des « avantages financiers »⁶. D'autre part, le qualificatif précise parfois un état spécifique dans lequel se trouve l'avantage, ce qui permet d'en faire une véritable notion juridique : c'est l'hypothèse des « avantages particuliers » en droit des sociétés⁷ et des « avantages acquis » en matière sociale⁸.

1979, p. 699, spé. p. 701.

¹ G. CORNU, *op. cit.*, v° *Avantage contributif*.

² V. par exemple : E. JEANSEN, « Prévoyance – Notion d'avantage de retraite », JCP S 2011, n° 31 p. 24.

³ Chèques vacances, chèques restaurant, participation, intéressement, chèque emploi service, etc. Le terme « social » permet de viser explicitement la qualité de salarié. V. J. PELISSIER, A. SUPIOT, et A. JEAMMAUD, « Droit du travail », Dalloz, 24^{ème} éd. 2008, n° 955, p. 1221.

⁴ « *Prestations complémentaires (nourriture, logement, chauffage, habillement, etc.) qui, fournies par l'employeur au salarié en tant qu'accessoires, font partie de son salaire* », G. CORNU, *op. cit.*, v° *Avantages en nature*.

⁵ Art. 111 c ou 115 *quinquies* CGI. JCl. Fiscal Impôt direct Traité, Fasc. 3540, n° 23. V. « Notion d'avantage occulte », Bulletin des conclusions fiscales 01/07/1995, n° 18-52, p. 22-24 ; « Notion d'avantage occulte », J. FELMY, Bulletin des conclusions fiscales, 01/01/1994, n° 9-43 p. 57-59 ; « Quelles sont les conditions de qualification en « avantage occulte » des avantages en nature accordés au personnel ? Conclusions du commissaire du gouvernement », Bulletin des conclusions fiscales, F. LOULOUM, 01/04/1996, n° 2 p. 35-36.

⁶ V. par exemple art. 420 Cciv.

⁷ « *Situation privilégiée faite dans les statuts d'une société par actions soit à une personne non associée sans contrepartie, soit à l'un des actionnaires afin de lui conférer des droits plus étendus qu'aux autres (vocation à une fraction supplémentaire des bénéfices ; actions à vote plural)* ». Ou encore : « *Situation privilégiée, illicite, faite à certains créanciers dans une procédure collective de règlement du passif tendant (par le moyen d'accords, notamment avec le débiteur), à les avantager au préjudice des autres ou à obtenir un vote favorable dans les assemblées de créanciers (conventions, frappée de nullité, qui expose les créanciers bénéficiaires aux sanctions de l'abus de confiance)* », G. CORNU, *op. cit.*, v° *Avantages particuliers*.

⁸ « *Droits découlant d'une convention collective et conservés en cas de modification de celle-ci lorsqu'une clause (généralement de style) l'a prévu. Plus généralement, ensemble de droits qui, une fois appliqués, ne peuvent être remis en cause* », G. CORNU, *op. cit.*, v° *Avantage acquis* (maintien des). Cf. art. L. 132-8, al. 6 et 7 du Code du travail.

Dans tous les cas, l'avantage est alors précisé et devient spécifique. Son contenu est alors plus décisif de la qualification que la signification même du terme « avantage ». En somme, il importe peu que l'on évoque l' « avantage-différence » ou l' « avantage-bienfait » : ce qui est déterminant est la qualité de sa substance et la forme par laquelle il est exprimé (en numéraire, au moyen d'un bien ou d'un service, d'une manière dissimulée, etc.).

310. Avantage dit matrimonial. S'agissant de l'avantage matrimonial, l'adjectif « matrimonial » ne semble pas désigner une destination : on ne saurait soutenir que l'avantage doive nécessairement être employé pour la vie matrimoniale, dans la mesure où il peut être perçu lors de la dissolution de l'union. On ne saurait non plus y voir l'exigence d'une forme, car le qualificatif n'emporte aucune précision sur la substance. Il s'agit ici surtout d'une provenance : l'avantage est issu de la sphère matrimoniale. Elle est concomitante au mariage lui-même, elle en résulte. L'article 1527 du Code civil évoque d'ailleurs la source de l'avantage, puisqu'il est question des « *avantages que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses d'une communauté conventionnelle...* ». L'origine est donc la seule information qui puisse être obtenue de l'analyse du qualificatif. D'un point de vue purement lexical, l'avantage matrimonial ne semble donc pas limité à une forme particulière, ni à une destination spécifique¹. L'emploi du terme « avantage » par la sphère juridique, avec ou sans complément, révèle donc une orientation générale. Mais celle-ci ne peut suffire. Une étude plus juridique doit être menée. Le droit patrimonial de la famille en est le terrain propice.

Paragraphe second : L'avantage saisi par le droit patrimonial de la famille : aperçu spécifique

311. Emploi de l'avantage. Le droit patrimonial de la famille utilise sans doute plus que toute autre discipline la notion d'avantage. Elle s'en saisit souvent pour désigner des profits chiffrables ou des bienfaits en nature. La problématique de l'avantage indirect est révélatrice des difficultés qui existent à saisir pleinement cette notion polymorphe (A). De plus, au sein même de cette matière, l'avantage semble étendre son influence et se recherche dorénavant dans toute forme de conjugalité (B).

¹ Pour une analyse juridique sur ce point, cf. *infra*, n° 336 et s.

A. L'avantage indirect

312. Evolution et difficultés. La notion d'avantage indirect a fait l'objet d'une longue évolution jurisprudentielle aux rebondissements saisissants (1). Un revirement récent démontre que toutes les questions ne font pas encore l'objet d'un consensus doctrinal (2).

1. Les variations jurisprudentielles de l'avantage indirect

313. Première étape : avantage et libéralité indirecte. Les textes relatifs au rapport successoral sont à l'origine de l'apparition de l'avantage indirect et de l'émergence de son contentieux. Cette notion est si intimement liée à l'institution du rapport qu'il est parfois difficile de savoir s'il est question de l'appréhension d'une nature ou de l'application d'un régime juridique. L'article 843 du Code civil assimile l'avantage indirect à la libéralité : « *Tout héritier (...) doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donation entre vifs, directement ou indirectement (...)* ». Cependant, une interprétation *a contrario* de l'article 853 du même code encourage à imposer le rapport successoral des avantages issus d'autres actes que les libéralités, lorsque ceux-ci présentaient un avantage indirect lorsqu'ils ont été faits¹. Enfin, l'article 860 alinéa 4 du Code civil dispense de rapport l'avantage indirect qui pourrait naître de l'application de règles conventionnelles dérogatoires aux dispositions légales concernant la valeur sujette au rapport. Historiquement, l'acception de l'avantage indirect était « *subsumée par celle de libéralité indirecte* »². Cet amalgame a été rendu possible par l'opacité des notions de donations indirecte et déguisée, encore pesante tout au long du XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème}. Mais, « *au fur et à mesure que les contours de la donation indirecte ont été dessinés avec plus de netteté, l'avantage indirect s'en est peu à peu détaché* »³.

314. Deuxième étape : émancipation de l'avantage indirect. La notion d'avantage indirect s'est progressivement détachée de la sphère libérale, gagnant ainsi singulièrement en autonomie. Ainsi a-t-on pu voir consacrer l'hypothèse d'un avantage indirect en l'absence de

¹ Article 853 Cciv. : « *Il en est de même [dispense de rapport] des profits que l'héritier a pu retirer de conventions passées avec le défunt, si ces conventions ne présentaient aucun avantage indirect, lorsqu'elles ont été faites* ».

² F. SAUVAGE, note sous Cass. 1^{ère} civ., 18 janv. 2012 (3 arrêts), n^{os} 09-72.542, 11-12.863, et 10-27.325 : JCP 2012, n^o 17, n^o 513. L'auteur mentionne un célèbre traité : G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, « *Traité théorique et pratique de droit civil, Des successions* », t. 3, éd. Sirey, Paris 1905, n^o 3587.

³ F. SAUVAGE, note précitée. Il est fait référence aux travaux suivants : A. PONSARD, « *Les donations indirectes en droit civil français* », thèse Dijon, 1946 ; R. LIBCHABER, « *Pour une redéfinition de la donation indirecte* », Defr. 2000, art. 37273, p. 1409. Il est possible de citer également les travaux de Madame MEAU-LAUTOUR : « *La donation déguisée en droit privé français. Contribution à l'étude générale de la donation* », thèse Paris II 1983 ; ainsi que ceux de Madame LAMBERT, qui fédère donations indirectes et déguisées sous l'expression « *donations non-directes* » : S. LAMBERT, « *L'intention libérale dans les libéralités* », thèse Aix-Marseille 2005. Les deux notions étant aujourd'hui bien connues, le détachement conceptuel des avantages indirects est scientifiquement envisageable.

convention spécifique entre le *de cuius* et l'héritier, notamment en matière de collaboration professionnelle, lorsqu'elle permet à ce dernier de poursuivre l'activité de son auteur au décès¹. De même lorsque, de manière concomitante, le *de cuius* a cessé d'exploiter son fonds de commerce et que l'héritier a débuté l'exploitation d'un fonds de même nature² : l'avantage indirect est alors constitué par la réunion de la clientèle du premier fonds à celle du second, mais il n'existe formellement aucune convention entre le *de cuius* et son héritier. Les avantages indirects semblent donc pouvoir résulter d'une succession de faits juridiques ou d'un acte onéreux, tel un bail rural, soit que la convention présente un déséquilibre manifeste des prestations³, soit que les cohéritiers consentent à l'un des leurs un bail sur un bien indivis⁴, soit que l'exploitation du bien ouvre droit à une attribution préférentielle⁵.

La multiplication des hypothèses d'avantages indirects ne semblait alors nullement gêner les observateurs. Elle restait en somme limitée à des cas particuliers et se justifiait par la recherche d'une égalité entre les cohéritiers. Mais un double phénomène s'est développé vers la fin du XX^{ème} siècle. D'une part, le débat s'est cristallisé autour d'une situation bien précise : l'occupation sans contrepartie d'un bien appartenant au *de cuius*⁶. D'autre part, l'élargissement de la notion d'avantage indirect est devenu très audacieux. Dans un célèbre arrêt du 14 janvier 1997, dit arrêt « Knoll », la Cour de cassation a estimé que l'opération pouvait s'analyser en une

¹ Cass. 1^{ère} civ., 10 juin 1963 : Bull. civ. I, n° 304 ; Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 1968 : JCP 1969, II, n° 15899, note M.D ; Defr. 1969, art. n° 29304, note J. MAZEAUD (représentant de commerce) ; CA Aix-en-Provence, ch. civ. B., 3 sept. 1998, Juris-Data n° 1998-047362 (cabinet d'expertise ; simple reprise de l'activité par l'héritier) ; Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 2002, n° 00-18.339, Juris-Data n° 2002-016422 : Bull. civ. I, n° 277 ; JCP 2003, I, 180, n° 6, obs. R. LE GUIDEC ; D. 2003, p. 1590, note S. MIRABAIL (exploitation d'un cabinet dentaire).

² Cass. 1^{ère} civ., 10 oct. 1979 : Bull. civ. I, n° 245 ; D. 1980, IR, p. 402, obs. D. MARTIN ; JCP N 1980, prat. 425 ; RTD Civ. 1982, p. 181, obs. J. PATARIN.

³ Un arrêt ancien semble imposer un déséquilibre des prestations pour la qualification d'avantage indirect ; v. Cass. 1^{ère} civ., 5 déc. 1978 : Gaz. Pal. 1979, I, somm. p. 101 : ne constitue pas un avantage indirect un bail qui présente tous les caractères d'un acte à titre onéreux (donc un bail équilibré). V. aussi Cass. 1^{ère} civ., 25 janv. 2005, n° 02-10305, inédit.

⁴ L'acte demeure onéreux et ne fait nullement intervenir le *de cuius*. Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 1981, n° 80-11.795 : Bull. civ. I, n° 115 ; JCP 1982, II, 19812 ; JCP N 1982, II, p. 27, note Ph. RÉMY ; Defr. 1981, art. 32750, n° 102, p. 1327, note G. CHAMPENOIS ; RTD Civ. 1982, p. 183, note J. PATARIN.

⁵ Cependant le bail rural consenti par le *de cuius* à l'un de ses héritiers ne donne pas naissance, au jour du décès du bailleur, à un avantage indirect dont la valeur devrait être rapportée à la succession, dès lors que l'héritier preneur recueille le bien, non pas à titre d'attributaire dans le partage, mais en vertu d'un legs présumé préciputaire en application de l'article 843 du Code civil : Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1996, n° 94-13.301 : Bull. civ. I, n° 315, Defr. 1998, art. 36781, note J. BERNARD DE SAINT AFFRIQUE ; RTD Civ. 1997, p. 485, obs. J. PATARIN ; JCP N 1998, p. 816, obs. R. LE GUIDEC ; Comp. : Cass. 1^{ère} civ., 2 mars 2004, n° 01-01412, Juris-Data n° 2004-022768. De même, n'est pas rapportable le bénéfice lié à la continuation du bail rural par application de l'article L. 411-34, alinéa 1^{er} du Code rural car l'avantage résulte alors d'une disposition de la loi, non de la volonté du *de cuius* : Cass. 1^{ère} civ., 18 mars 1980 : Bull. civ. I, n° 93 ; Defr. 1981, p. 279, note A. BRETON ; JCP N 1981, prat. 160 ; RTD Civ. 1981, p. 189, obs. J. PATARIN ; Journ. not. 1981, p. 379, obs. E.-S. DE LA MARNIÈRE.

⁶ Les problématiques sur ce point sont délicates car la mise à disposition d'un logement peut s'analyser en l'exécution d'une obligation civile ou naturelle, la mise en œuvre d'un devoir d'entraide entre parents. On s'éloigne alors sensiblement des hypothèses de profits issus d'une libéralité ou de l'avantage d'ordre professionnel, qui créent un déséquilibre non justifié par un besoin vital ou impérieux. En outre, d'un point de vue purement juridique, la qualification de l'opération est problématique : s'agit-il d'une libéralité (portant sur les fruits du bien) ou d'un pur contrat d'ami, perçu comme un enrichissement sans appauvrissement corrélatif ?

donation de fruits et revenus et donc être soumise au rapport¹. Le premier intérêt de cette décision est de trancher un conflit de qualification². Le deuxième est de soumettre d'une manière générale les donations de fruits et revenus au domaine du rapport. Il s'agit sur ce point d'un véritable revirement de jurisprudence, puisque la position des juges du droit était la dispense de rapport pour ces formes singulières de libéralités³. La solution a depuis été entérinée par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006⁴. Un troisième intérêt peut être trouvé à cet arrêt : s'il consacre l'extension du champ opératoire du rapport, il réduit, sur un plan notionnel, le domaine de l'avantage indirect. Ce ne sont en effet plus les avantages indirects (liés à l'usage du bien) qui sont rapportables mais les libéralités qui résultent de l'occupation gratuite (liées aux fruits du bien) : l'avantage indirect est alors nettement concurrencé. Cette solution préservait la logique du rapport et contenait la progression de l'avantage indirect. Mais le raisonnement avait une faille : puisqu'il s'agissait de démontrer l'existence d'une libéralité, il fallait nécessairement prouver le déséquilibre économique et l'intention libérale. L'élément matériel posait rarement difficulté⁵, mais l'*animus donandi* était bien plus délicat à établir. Le domaine du rapport était donc limité par la difficulté probatoire de l'intention libérale, ce qui a conduit à une dérive très contestée. Dans un arrêt du 8 janvier 2005, la Cour de cassation s'est débarrassée du problème en dispensant de toute preuve de l'intention libérale : « *même en l'absence d'intention libérale établie, le bénéficiaire d'un avantage indirect en doit compte à ses cohéritiers* »⁶. Le domaine du rapport est ainsi étendu via

¹ Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 1997, n° 94-16.813 : Bull. civ. I, n° 22, p. 13 ; D. 1997, p. 607, note V. BARABÉ-BOUCHARD ; Defr. 1997, p. 1136, note Ph. MALAURIE ; JCP 1998, I, 133, n° 8, obs. R. LE GUIDEDEC ; RTD Civ., 1997, p. 480, obs. J. PATARIN ; D. 1999, p. 155, note I. NAJJAR ; JCP N 1998, I, n° 10, p. 356, note D. BARTHE. Sur cette question : M. GRIMALDI, « Retour sur les donations de fruits et revenus (à propos de la mise à disposition d'un logement) », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 431.

² Sur la distinction entre libéralité et contrat de service gratuit, v. *infra*, n° 179 et s.

³ Cass. civ., 28 juill. 1913 : DP 1917, I, p. 58 ; S. 1914, I, p. 197 ; Cass. civ., 27 nov. 1917 : D. 1921, I, p. 21 ; S. 1917, I, p. 105, note Ch. LYON-CAEN ; Comp. : Cass. 1^{ère} civ., 10 déc. 1969 : JCP 1970, II, 16351, note M. D. Sur les donations par fruits et revenus : R. LE BALLE, « Du rapport et de la réduction des libéralités portant sur des fruits ou des revenus », Rev. crit. lég. et jurispr. 1926, p. 341 ; H. DESBOIS, « Des donations de fruits et de revenus », JCP 1929, I, 939 ; P. ESMEIN, « Des donations de fruits et de revenus », Defr. 1934, art. 23958 et art. 23987 ; P. VOIRIN, note ss Cass. civ., 16 déc. 1940 : JCP 1941, II, 1655 ; J. FLOUR, note ss le même arrêt : DC 1943, p. 104 ; B. VAREILLE, « Volonté, rapport et réduction », thèse Limoges, PUF, 1988 ; A. CHAMOULAUD-TRAPPIERS, « Les fruits et les revenus en droit patrimonial de la famille », thèse PULIM 1999.

⁴ L. n° 2006-728 du 23 juin 2006, art. 5, art. 851 al. 2 Cciv. : Le rapport « est également dû en cas de donation de fruits ou revenus, à moins que la libéralité n'ait été faite expressément hors part successorale ».

⁵ L'élément matériel de la libéralité peut se retrouver dans la mise à disposition du bien sans contrepartie puisque le propriétaire renonce à percevoir les fruits du bien, ce qui l'appauvrit et enrichit corrélativement le bénéficiaire. Restait cependant le cas de l'hébergement au domicile de l'auteur : s'il impose un certain sacrifice, il ne conduit pas à un appauvrissement du disposant.

⁶ Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 2005 : D. 2006, pan., p. 2072, obs. M. NICOD ; JCP N 2006, n° 24, p. 1148, note V. BARABÉ-BOUCHARD ; JCP 2008, I, 108, n° 8 et JCP N, 2008, n° 1063, p. 23 obs. R. LE GUIDEDEC ; RJPF, 2006, p. 34 obs. J. CASEY ; PA, 3 mai 2006, note A. CHAMOULAUD-TRAPIER. La formule rappelle celle utilisée dans un arrêt rendu à propos de la dispense de rapport de l'article 860 Cciv. : « *Même en l'absence d'intention libérale établie, l'avantage indirect résultant de la différence entre la valeur sujette à rapport et la valeur du bien calculée au jour de l'ouverture de la succession, conformément à l'article 922 Cciv., est acquis au donataire par préciput et hors part* » ; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} oct. 1986 : Bull. civ. I, n° 231 ; R., p. 139 ; D. 1987, p. 158, note G. MORIN ; D. 1987, somm. 124, obs. D. MARTIN ; RTD Civ., 1987, p. 582, obs. J. PATARIN.

la notion d'avantage indirect, laquelle devient une donnée purement objective, totalement émancipée de la sphère libérale.

315. Troisième étape : recul de l'avantage indirect. L'arrêt Knoll témoignait déjà du malaise suscité par l'extension de la notion d'avantage indirect, puisque le rapport y est justifié par les conséquences libérales de la mise à disposition gratuite d'un logement. Un arrêt du 3 octobre 2010 semblait également marquer une distance avec la conception objective, mais sa portée limitée était insuffisante à opérer un réel revirement¹. L'une des cohéritières avait été hébergée pendant de longues années par ses parents âgés dont elle prenait soin. Au décès de ceux-ci, s'est posée la question du rapport de cet avantage. La cohabitation directe au domicile des auteurs empêchait le cohéritier d'invoquer l'existence d'une libéralité portant sur les fruits et revenus. Il a donc fondé sa demande de rapport sur l'avantage indirect ce qui, au vu de la position de la jurisprudence, avait toute les chances d'aboutir même en l'absence d'intention libérale. Pourtant, la Cour de cassation a approuvé le rejet de la demande par les juges du fond au visa de l'article 852 du Code civil. Selon les juges du droit, la demande qui réclamait la réintégration à la masse à partager des « frais d'entretien et d'indemnités d'occupation », tendait en réalité à imposer le rapport des frais d'entretien et de nourriture qui en sont légalement dispensés. La portée de l'arrêt est limitée car, se fondant sur une exception, il ne tranche pas la qualification en avantage indirect et statue sur le régime juridique. En somme, l'hébergement aurait pu constituer un avantage indirect non-rapportable par exception, mais un avantage indirect tout de même... De plus, l'hébergement semblait avoir une contrepartie : la cohéritière s'étant occupée de ses parents dans leurs vieux jours, aucun déséquilibre n'était perceptible². Quoi qu'il en soit, cet arrêt réalise une application élargie du concept de « *frais d'entretien et de nourriture* », donc un recul sensible de la notion d'avantage indirect et du rapport successoral, mais par extension d'une exception, non par une simple réduction du champ opérationnel du principe. La Cour de cassation semble signifier qu'il faut cesser de rechercher une égalité trop stricte entre les situations des héritiers³.

316. Quatrième étape : fin de l'avantage indirect ? C'est par une série de quatre arrêts que le revirement spectaculaire s'est opéré le 18 janvier 2012⁴. Dans les quatre espèces la

¹ Cass. 1^{ère} civ. 3 mars 2010, n° 08-20.428 : Bull. civ. I, n° 58 ; Dr. Fam. 2010, n° 62, p. 29, note B. BEIGNIER ; RTD Civ., 2010, p. 604, obs. M. GRIMALDI ; AJ Fam., 2010, p. 236, obs. F. BICHERON ; JCP N 2010, 1184, note V. BARABÉ-BOUCHARD ; JCP N 2011, n° 18, p. 38, obs. R. LE GUIDEC ; Defr., 2011, n° 7, p. 721, note B. VAREILLE ; RLDC 2010, n° 71, p. 50, obs. E. POULIQUEN ; Gaz. Pal. 2010, n° 314-315, p. 49, note. J. CASEY.

² Cela révèle l'exigence d'une inéquivalence au sein du rapport entre l'héritier et le *de cuius* et plus seulement la rupture d'égalité dans les situations respectives des héritiers.

³ « *Un égalitarisme mal compris tuerait l'égalité, qui consiste ici à ce que chaque enfant soit mis en mesure d'épanouir ses talents propres, par essence différents de ceux de ses compagnons de couvée* », B. VAREILLE, note précitée.

⁴ Cass. 1^{ère} civ. 18 janv. 2012, pourvois n° 09-72.542, 10-27325, 11-12.863, 10-25.685, et 10-27.325 : JCP 2012, n° 17

question posée est celle du rapport de l'avantage tiré de l'occupation gratuite par un héritier d'un bien appartenant au *de cuius*. Les solutions sont unanimement guidées par une nouvelle interprétation du domaine du rapport : celui-ci nécessite à présent l'existence d'une libéralité, laquelle suppose un appauvrissement du disposant dans l'intention de gratifier son héritier. En l'absence d'intention libérale, la demande de rapport à succession ne peut donc aboutir¹. Ce retour à la rigoureuse vision subjective de l'avantage indirect a été largement salué, mais la portée de la solution est encore sujette à interprétation. Soit l'avantage indirect n'existe plus en tant que notion : ce ne serait qu'une partie de l'acte libéral, peut-être l'élément matériel. Soit l'avantage indirect n'existe plus en matière d'occupation gratuite d'un logement mais demeure efficace dans d'autres hypothèses telles la collaboration professionnelle ou le bail rural. Soit encore, l'avantage indirect n'est pas concerné d'un point de vue notionnel par ce revirement : seul son régime juridique serait réduit puisqu'il ne serait plus soumis au rapport. Cette dernière interprétation semble la plus convaincante. Les arrêts du 18 janvier 2012 traitent avant tout du domaine du rapport, donc de l'application d'un régime juridique : seule la libéralité est désormais rapportable, non le simple avantage indirect. Ces arrêts signent surtout la fin de l'interprétation *a contrario* de l'article 853 du Code civil. En substance, la Cour ne postule pas que l'avantage indirect n'existe pas. Mais elle l'exclut du rapport successoral en offrant le monopole aux libéralités². Pour que ce dernier soit rapportable, il doit, dit-on, revêtir les caractéristiques libérales.

Les contours de la notion d'avantage indirect ne sont pas précisés, mais la Cour de cassation indique très clairement que le droit successoral doit s'en désintéresser. Or, sans régime juridique spécifique, a-t-il encore un avenir ? Il devient clairement une notion marginale et semble être bouté hors de toute juridicité. Il subit un véritable déclassement, passant du stade de notion juridique mal définie à celui de concept global à peine usité par le droit. Ce revirement revient sur des décennies d'émancipation de l'avantage indirect, donc sur la multiplicité des formes qu'il a pu revêtir. La collaboration professionnelle entre un héritier et son auteur aura beau, *de facto*, créer un bénéfice, celui-ci ne sera pas pris en compte s'il ne constitue pas une libéralité. La pression sur l'intention libérale est donc accentuée : pierre angulaire des qualifications, elle est la clé du règlement du contentieux. L'élément matériel n'est pas en reste. L'intérêt de l'avantage indirect était précisément de parer à l'exigence du déséquilibre économique et de permettre le rapport sur le simple constat de l'enrichissement de l'héritier, sans avoir à nécessairement constater l'appauvrissement du *de cuius*.

p. 835, n° 513, note F. SAUVAGE ; Dr. Fam. 2012, n° 3, comm. 50, note B. BEIGNIER ; RJPJF 2012, n° 2, p. 6, note D. MARTEL ; RLDC 2012, n° 94, p. 43, note M. MESA ; Lexbase Hebdo 2012, n° 478, note S. DEVILLE.

¹ Ainsi peut-on lire dans l'arrêt au pourvoi n° 10-25.685 : « *seule une libéralité, qui suppose un appauvrissement du disposant dans l'intention de gratifier son héritier, est rapportable à la succession* ».

² Cette exclusion n'est pas totale ; si l'on conçoit que l'avantage indirect et la libéralité sont des notions qui peuvent se recouper, un avantage indirect-libéralité sera soumis au rapport.

Pour autant, l'avantage indirect ne se confond pas, même aujourd'hui, avec la libéralité indirecte¹. Le retour à une application plus orthodoxe du rapport successoral doit cependant être approuvé. Par nature non-impérative, l'institution du rapport est fortement dépendante de la volonté du *de cuius* et ne doit s'appliquer que d'une manière supplétive. Il n'est pas nécessaire de rechercher l'égalité en toute chose et la libéralité devient un garde-fou efficace qui exige une certaine gravité dans la rupture de l'égalité imposée aux héritiers. Il demeure loisible à chacun d'avantager l'un de ses enfants par d'autres mécanismes. Mais le revirement opéré se focalise sur l'application des règles du rapport et n'influence qu'incidemment la perception de l'avantage indirect : s'il est banni du rapport, sauf à présenter un laissez-passer libéral, il n'est pas définitivement enterré.

2. Recherche d'une définition de l'avantage indirect

317. Un caractère « indirect ». La nécessité d'un caractère indirect était au cœur des critiques adressées à l'application du rapport aux avantages indirects sans intention libérale. C'est en effet la mise à disposition elle-même qui crée l'avantage. Il n'y a pas d'intermédiaire entre la convention ou le fait juridique et le bienfait perçu par le bénéficiaire. Ainsi, « *le profit dont bénéficie le successible étant l'objet même de la mise à disposition* »², l'opération ne pouvait, selon certains auteurs, être valablement qualifiée d'avantage indirect. Le caractère indirect est fondamental dans la recherche d'une définition. Pour Madame BARABÉ-BOUCHARD, les avantages indirects seraient des « *profits non justifiés par l'objet principal d'une convention conclue entre le de cuius et un de ses successibles, ou d'un acte accompli à sa faveur par le défunt* »³. Pour Madame DEVILLE, « *au-delà de l'effet immédiat du contrat, ce dernier n'a pas forcément conscience que l'acte pourra favoriser un héritier par rapport aux autres dans le cadre du partage* »⁴. L'avantage serait donc consécutif à un acte ou un fait juridique qui n'a pas pour vocation première de le créer. Il serait un effet collatéral, une conséquence obtenue par ricochet. Se pose alors la question du rôle des facteurs subjectifs : si l'avantage est le fruit d'une volonté personnelle, dans quelle mesure peut-il être « indirect »¹ ?

318. Un « avantage ». L'utilisation du vocable est, plus qu'ailleurs, particulièrement troublante. On se souvient que le terme recouvre deux sens. L'avantage est d'abord un « bienfait » perçu par le sujet qui compare sa nouvelle situation à celle qui était antérieure à l'obtention de ce

¹ *Contra* : F. SAUVAGE, note précitée.

² S. DEVILLE, note précitée.

³ V. BARABÉ-BOUCHARD, « Occupation gratuite d'un logement par un héritier ; de la dispense systématique de rapport au rapport systématique ? », JCP N 2006, n° 1220, p. 1150.

⁴ S. DEVILLE, *op. cit.*

bénéfice. Il est ensuite une différence créée entre deux ou plusieurs sujets dans un rapport de concurrence. Or l'apparition de l'avantage indirect dans le cadre d'un régime particulier, celui du rapport, a directement agi sur la perception de cette notion, en orientant la seconde acception. Le rapport successoral ayant vocation à assurer l'égalité entre cohéritiers, ce n'est pas tant dans la différence instituée entre le bénéficiaire et le gratifiant que l'avantage a été recherché, mais dans celle créée entre les situations respectives des héritiers². L'histoire de l'avantage indirect est innervée par cette problématique : faut-il exiger, pour le rapport, l'existence d'un avantage-différence entre le bénéficiaire et le gratifiant³, ou se contenter du constat de la rupture de l'égalité entre les cohéritiers⁴ ? Cette vision particulière explique le caractère indirect de la mise à disposition gratuite d'un logement : au-delà de la différence directement créée entre le successible et le *de cuius*, une différence a été engendrée entre les situations des cohéritiers, sans être l'objet principal de l'acte. Le but de la convention n'est pas de créer une rupture d'égalité entre les cohéritiers. Celle-ci est réalisée incidemment. Ainsi, par « indirect » on visait en réalité, non l'avantage-différence entre le *de cuius* et le successible, mais l'avantage-différence dans les situations respectives des cohéritiers, tous deux induits par le même bienfait. Cette question rejoint aussi celle de la nécessité ou non d'un acte gratuit comme source de l'avantage. Si l'on conçoit qu'un avantage indirect soit issu d'un acte onéreux objectivement équilibré, on constate qu'un déséquilibre s'est créé au regard de la situation des cohéritiers. Exiger la caractérisation d'une libéralité pour imposer le rapport revient à supposer que seul l'avantage-différence intervenant à l'égard du *de cuius* est suffisamment grave pour justifier une réintégration à la masse à partager. Ainsi, l'avantage indirect a été défini par la rupture d'égalité qu'il institue entre les héritiers plus que par l'appauvrissement du disposant⁵. Cela expliquerait que la notion soit si profondément enchâssée dans le droit successoral et ne trouve pas d'écho dans d'autres domaines.

¹ Sur la source subjective de l'avantage, v. *infra*, n° 343.

² On soulignera à ce titre la divergence inconsciente entre la définition proposée par Madame BARABÉ-BOUCHARD, qui se focalise sur l'aspect « bienfait », et la proposition de Madame DEVILLE qui insiste plutôt sur la différence de traitement créée entre les héritiers.

³ Donc un acte juridique gratuit ; les tenants de cette première conception ont donc tendance à considérer que seule la libéralité, archétype de la gratuité, doit être rapportée.

⁴ Ce qui postulerait qu'un avantage indirect peut être issu d'un acte onéreux objectivement équilibré à partir du moment où il permet à l'un des héritiers de « prendre l'avantage » sur les autres, donc de bénéficier d'un bienfait supplémentaire.

⁵ Monsieur SAUVAGE remarque que « la notion d'avantage semble pourtant plus liée à l'enrichissement de celui qui en tire profit, qu'à l'appauvrissement de celui qui le procure ». Cependant « le rapport des libéralités se mesure à l'aune de l'appauvrissement du disposant plutôt qu'à celle de l'enrichissement du gratifié » (F. SAUVAGE, note précitée). Le rapport semble sous-tendu par deux philosophies : assurer l'égalité entre cohéritiers et éviter les conséquences successorales d'actes qui entament le patrimoine du *de cuius*. Le mouvement d'objectivisation de l'avantage indirect s'est concentré sur la première en négligeant la seconde. Le revirement a réintroduit le lien nécessaire entre les deux.

319. Une donnée *sui generis* ? Monsieur MÉSA s'est interrogé sur la qualification de l'avantage indirect à l'aune du revirement opéré le 18 janvier 2012¹, dans l'hypothèse où, à défaut d'intention libérale, l'avantage indirect n'est pas une libéralité rapportable. Il exclut à raison une qualification de libéralité non-rapportable : sans intention libérale, ce n'est pas uniquement le rapport qui est impossible, mais la qualification libérale elle-même. Il envisage ensuite la qualification de présent d'usage, par nature dispensé de rapport, et indique une certaine préférence pour cette solution. Mais, selon nous, le présent d'usage est fondamentalement une libéralité soumise à un régime spécifique puisque caractérisée par sa modicité et le contexte particulier dans lequel elle intervient². Il ne saurait exister sans intention libérale³. La qualification retenue par Monsieur MÉSA « *par défaut* » est celle de prêt à usage, puisque « *l'intention libérale ne participe pas des éléments de cette convention* ». Cependant cette proposition ne concerne que l'hypothèse de la mise à disposition d'un logement sans contrepartie et occulte les nombreux autres cas d'avantages indirects consacrés par la jurisprudence : la collaboration professionnelle, la reprise d'une activité commerciale ou libérale, la cession indirecte de clientèle, ou encore la conclusion d'un bail rural ne peuvent être qualifiées de commodat⁴. Elles créent pourtant bien un avantage indirect. En se focalisant sur l'hypothèse la plus topique, les réflexions menées sur l'avantage indirect ont inévitablement perdu en pertinence. S'agissant de la mise à disposition gratuite d'un logement, nos réflexions sur les données catégoriques de la libéralité nous ont amené à proposer une double qualification⁵ : la mise à disposition d'un logement sans contrepartie peut s'analyser en une donation indirecte de fruits et revenus dont l'acte support est un commodat (si l'intention libérale existe). Comme pour toute donation indirecte, l'acte support valable produit son effet puisque le bénéficiaire dispose de l'usage du logement. Il crée de surcroît un transfert patrimonial portant sur les fruits du bien. Il y a donc deux actes, ayant chacun un objet propre, mais liés l'un à l'autre car le commodat est nécessaire à la création de la libéralité⁶.

En réalité, la qualification de l'avantage indirect n'a pas besoin d'être recherchée. Il est, dans son acception « bienfait », consubstantiel à tout acte ou fait juridique. Il désigne l'effet de

¹ R. MÉSA, *ibid.*

² La modicité doit ici être entendue comme l'existence d'une juste proportion entre la valeur du bien transmis et l'état de fortune du disposant. Le contexte renvoie à l'existence d'un usage, donc d'un événement (anniversaire, fête, etc.) qui justifie le présent en le rendant donc moins suspect. V. notamment G. TEILLIAIS, « Présent d'usage et succession », JCP N 1997, I, p. 1265.

³ L'auteur exclut cependant cette qualification au regard des dérogations conventionnelles permises en matière de rapport, ce qui revient, d'après nous, à accorder au régime juridique une influence trop importante dans la détermination de la notion : le présent d'usage est une notion qui se retrouve dans d'autres domaines que le rapport successoral, comme par exemple la problématique des bijoux de famille et la qualification en commodat : Cass. 1^{ère} civ., 23 mars 1983 : D. 1984, p. 81, note A. BRETON ; JCP 1984, II, 20202, note J.-F. BARBIERI.

⁴ À propos du bail rural, Monsieur MÉSA indique que, consenti à des conditions avantageuses, il peut dans certains cas être assimilé à un prêt à usage. Le raisonnement est correct, mais incomplet : la jurisprudence n'exige pas un bail déséquilibré pour caractériser un avantage indirect : v. *supra*, n° 312 et s.

⁵ V. *infra*, n° 98.

⁶ Puisqu'il permet d'opérer le transfert et qu'il remplit l'exigence d'une forme.

ceux-ci plus que le support de la volonté. Il peut résulter autant d'un acte nommé (tel un commodat, un bail, une collaboration professionnelle) ou innomé, que d'un ou plusieurs faits juridiques (l'hébergement direct au domicile, la cessation d'une exploitation concomitante à la création d'une autre, etc.). Si le support de l'avantage peut être qualifié, l'avantage lui-même a surtout besoin d'être constaté.

320. Que reste-t-il de l'avantage indirect ? La détermination d'un avantage indirect ne suffit plus aujourd'hui pour revendiquer le rapport. Le revirement opéré par la Cour de cassation le 18 janvier 2012 impose pour cela cinq conditions : 1. un bienfait perçu par le successible ; 2. une rupture d'égalité entre les successibles ; 3. un « avantage-différence » entre le successible et le *de cuius* ; 4. que les trois premiers éléments soient le fait d'une libéralité (laquelle permet de les présumer) ; 5. que cette libéralité ne soit pas légalement ou conventionnellement dispensée de rapport. Pourtant, il n'est pas impossible de considérer que l'avantage indirect continue d'exister. Légalement, il perdure à l'article 860 al. 4 du Code civil qui évoque, s'agissant du calcul de la valeur à rapporter, la différence entre l'évaluation opérée au moyen de l'article 922 du Code civil et celle résultant d'une stipulation particulière du disposant, telle une clause de rapport forfaitaire. Pareil avantage est « *acquis au donataire hors part successorale* ». Les similitudes avec les avantages matrimoniaux et l'article 1527 du Code civil sont troublantes. Dans les deux cas, il est fait état d'une double liquidation¹ et les éléments de cette liquidation sont, d'une part une stipulation conventionnelle et, d'autre part, une disposition légale. Les effets de la qualification en avantage sont comparables : ils consistent en la soustraction du bienfait à un régime juridique donné. Alors que la qualification d'avantage indirect au sens de l'article 860 du Code civil a pour effet de soustraire le profit au rapport successoral, la qualification d'avantage matrimonial permet, en principe, d'éviter l'application des règles de la réduction². Dans les deux cas des questions relatives à l'assimilation de l'avantage à la libéralité demeurent : s'il est certain que l'article 860 du Code civil permet d'exclure la qualification de « libéralité rapportable » et l'article 1527 du même code celle de « libéralité réductible », ne peut-on, d'un point de vue purement notionnel, caractériser l'existence d'une libéralité³ ? Ici encore, la loi exclut par principe la qualification libérale car elle la sait possible et qu'elle en redoute les conséquences de droit. La vision actuelle de l'avantage indirect confirme donc un soupçon déjà énoncé à propos de l'avantage matrimonial : l'avantage n'a peut-être pas vocation à être saisi par le droit. Il ne s'agit

¹ Pour les avantages matrimoniaux, la double liquidation ne résulte pas de l'article 1527 du Code civil mais d'une pratique notariale et judiciaire. V. *infra*, n° 365 et s.

² Sauf dans l'hypothèse de l'action en retranchement ouverte aux enfants qui ne sont pas issus des deux époux : art. 1527 al. 2.

³ Nonobstant la fiction légale, qui ne prohibe que la requalification.

pas d'une notion créée en vue de l'application d'un régime juridique, mais au contraire en vue de la soustraction à un régime.

321. Définition de l'avantage indirect. La notion d'avantage indirect est aujourd'hui de peu d'intérêt pratique. Il convient de démontrer l'existence d'une libéralité pour obtenir le rapport ou au contraire de démontrer que l'origine de l'avantage se situe dans une stipulation dérogatoire aux règles légales pour l'évaluation afin d'obtenir une dispense. Pour autant, l'exercice est théoriquement nécessaire car l'avantage indirect n'a pas totalement disparu. L'on retiendra donc qu'il s'agit d'un bienfait perçu au moyen d'un acte ou d'un fait juridique dont il n'est pas l'objet principal. Sa marginalisation loin du rapport successoral dispense d'exiger une rupture d'égalité entre successibles, et sa transcendance au regard de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux amène à ne pas retenir la nécessité d'une différence entre le disposant et le gratifié (le rapport d'équivalence n'a pas besoin d'être objectivement déséquilibré). Son assimilation à la libéralité se heurte à deux contraintes : la détermination de l'élément matériel (ce qui suppose, d'une part, que le gratifiant se soit appauvri et, d'autre part, que le déséquilibre soit économique et pas simplement en nature) et la démonstration d'une intention libérale.

B. L'avantage dans les formes de conjugalité hors mariage

322. Evolution majeure. La loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 a profondément modifié le paysage juridique des couples français en consacrant une définition légale du concubinage et en créant une forme inédite d'association conjugale dénommée Pacte Civil de Solidarité (Pacs). C'est donc aujourd'hui un véritable droit des couples qui doit être étudié (1), dans le cadre duquel le patrimonialiste se pose la naturelle question des avantages qui peuvent *de facto* en résulter (2).

1. Le droit de la conjugalité

323. Émergence du « droit patrimonial des couples »¹. Décrite lors de son adoption en raison de son contenu aux « *dispositions techniquement maladroites et, sur le fond, ambiguës* »², de son contexte qui, pour certains, n'imposait pas d'évolution en ce sens³, et de ce

¹ I. DAURIAC, « Les régimes matrimoniaux et le Pacs », LGDJ, 3^{ème} éd., 2012, n° 39, p. 30. V. Aussi J.-Fr. PILLEBOUT, « Le PACS », 3^{ème} éd. Litec, coll. Carré Droit, 2007 ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, « La famille », Defr., 3^{ème} éd., 2008, n° 395 ; H. BOSSE-PLATIERE, « Le Pacs », Droit de la famille, Dalloz Action 2008, n° 152.62. V. aussi P. MURAT, « Les régimes matrimoniaux et les régimes « pacsimoniaux » à l'épreuve de la rupture des couples », JCP N 2011, n° 1206.

² M. GRIMALDI, « Réflexions sur le Pacte civil de solidarité du droit français », Defr. 2003, n° 12, art. 37763, p. 813.

³ *Ibid.*, n° 2.

qu'elle représentait d'un point de vue social, la loi du 15 novembre 1999 a fait l'objet de nombreux ajustements¹. Des modifications ont été opérées par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006² qui a réformé les règles gouvernant le régime des biens des partenaires³. Des lois plus récentes ont ensuite contribué à améliorer la réglementation du PACS et parfois même à le rapprocher du mariage⁴. La jurisprudence a également joué un rôle très actif dans la précision des contours du Pacs : dans une célèbre décision du 9 novembre 1999, le Conseil constitutionnel a en quelque sorte réécrit le Pacs⁵. Désormais, le couple ne s'entend plus uniquement d'un homme et une femme liés par le mariage⁶. Il peut consister en un concubinage, soit une « *union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* »⁷. Le couple peut également avoir souscrit à cette forme inédite et originale que constitue le Pacs, « *contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* »⁸. Si celui-ci a entendu s'ouvrir à tous les couples, il faut reconnaître qu'il n'a sans doute pas la même signification pour ceux qui veulent se marier mais ne le peuvent pas que pour

¹ V. I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 32 et s. ; H. FULCHIRON, « Quel avenir pour le PACS ? », *Defr.* 2005, p. 1286.

² V. G. AUVOLAT et E. RUSSO, « Enregistrement et publicité du PACS : les nouvelles règles applicables », *AJ Fam.* 2007, p. 10.

³ Sur les changements opérés par cette loi, qui a souvent été perçue comme créant un « nouveau PACS », cf. S. De BENALCAZAR, « Éloge de la raison juridique, ou la remontée des enfers. Sur la réforme du régime légal du Pacs », *Dr. Fam.* 2007, étude n° 2, p. 16 ; M. BRUSORIO, « Réforme du Pacs » *JCP N* 2007, 1042, p. 17 ; H. FULCHIRON, « Le nouveau PACS est arrivé ! », *Defr.* 2006, p. 1621 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « L'amélioration du PACS : un vrai contrat d'union civile. À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. Fam.* 2007, n° 1, étude 1 ; J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, *D.* 2007, pan. 1569 ; L. MAUGER-VIELPEAU, « Le PACS après la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2007, p. 1201 ; E. MULON, « Le Pacs, un nouveau mode de conjugalité », *RJPF* 2007, n° 4, p. ; Ph. SIMLER, et P. HILT, « Le nouveau visage du PACS : un quasi-mariage », *JCP N* 2006, n° 35, p. 1497 ; C. MALECKI, « Conjoint, pacsés : que reste-t-il de leurs différences en droit des sociétés après la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 ? », *JCP E* 2006, n° 39, p. 1632 ; F. SAUVAGE, « Le régime des biens des partenaires d'un pacte civil de solidarité au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », *RLDC* 2007, n° 34, p. 36 ; « La mutation du pacte civil de solidarité (après la loi du 23 juin 2006) », *RLDC*, supp. n° 35, p. 54 ; J. ROCHEFIELD, « Réforme du Pacs », *RTD Civ.* 2006, p. 624.

⁴ V. notamment la loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009, la loi n° 2010-737 du 1^{er} juill. 2010 qui aligne totalement les exceptions à la solidarité légale sur les dispositions de l'article 220 du Code civil et la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 : G. GOUBEAUX et P. VOIRIN, « Droit civil. Droit privé notarial, Régimes matrimoniaux, Successions – Libéralités », t. 2, 24^{ème} éd., LGDJ, 2006, p. 125, n° 268.

⁵ *Cons. Const.* 9 nov. 1999, n° 99-419, DC : JO 16 nov. 1999 ; D. 2000, somm. 424, obs. S. GARNERI ; *JCP* 2000, I, p. 261, n° 15, 16, 17, et 19, obs. B. MATHIEU et M. VERPEAUX ; *PA* 1^{er} déc. 1999, n° 239, p. 6, note J.-E. SCHOETTL ; *PA* 26 juill. 2000, n° 148, p. 11, obs. B. MATHIEU et M. VERPEAUX ; *JCP* 2000, I, 210, note N. MOLESSIS.

⁶ « *Par l'avènement d'un nouvel instrument qu'est le PACS intervient l'émergence d'un droit patrimonial des couples* » : I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 32. Madame GAUDEMET écrit quant à elle que le PACS est un « *mode alternatif de conjugalité* » : S. GAUDEMET, « PACS et principe participatif », in « *Quelle association patrimoniale pour le couple ?* », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 95. V. aussi, du même auteur : « *Organisation du pacte civil de solidarité* », *J. Cl. Ingénierie du patrimoine* Fasc. 90, n° 19.

⁷ Art. 515-8 Cciv. Auparavant, le concubinage était certes reconnu, mais légalement. Sa définition faisait l'objet de débats, notamment sur le point de savoir si le couple devait être composé de deux personnes de sexe différent ou non. Un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation avait alors précisé que le concubinage était constitué de « *deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme* » : *Cass.* 3^{ème} civ., 17 déc. 1997 : D. 1998, 111, concl. contr. WEBER, note approbative J.-L. AUBERT.

⁸ Art. 515-1 Cciv.

ceux qui peuvent se marier mais ne le veulent pas¹. Le succès du Pacs² contribue à en faire une véritable alternative autant qu'un complément au mariage en mettant fin à son exclusivité³.

324. Convergences et divergences entre le Pacs et le mariage. « *Le droit du mariage est un modèle, dont le droit du Pacs s'inspire* »⁴. On y trouve en effet un ensemble de règles impératives, parfois dénommé « régime primaire des partenaires » dont fait partie, depuis la loi du 23 juin 2006, l'obligation de vie commune⁵, essence du mariage: « *véritable dénominateur commun du genre, cette obligation rapproche les partenaires des époux en les soumettant à des questions patrimoniales communes* »⁶. La nécessité d'une aide matérielle et une assistance réciproque rappelle quant à elle la contribution des époux aux charges du mariage⁷. Mais surtout, la solidarité légale pour les dettes contractées pour les besoins de la vie courante est profondément révélatrice de la convergence des deux formes de conjugalité puisque les lois du 23 juin 2006 et du 1^{er} juillet 2010, mettant fin une à « *distorsion fâcheuse, qui procède du souci, ici malvenu, de démarquer le Pacs des effets du mariage* »⁸, ont entendu aligner purement et simplement le régime de la solidarité légale des dettes courantes des partenaires sur celui des dettes ménagères entre époux⁹. Les similitudes sont également marquées par les empêchements listés à l'article 515-2 du Code civil qui, selon les termes employés par le Conseil constitutionnel, existent « *pour les mêmes motifs que ceux qui font obstacle au mariage* »¹⁰. La validité du Pacs est de surcroît subordonnée à une « intention conjugale » qui rappelle l'intention matrimoniale nécessaire à la validité du mariage puisque les partenaires ne doivent pas être de simples colocataires, mais avoir une véritable vie de couple, ce qui inclut notamment l'existence de relations intimes.

Des divergences fondamentales existent cependant. L'absence d'obligation personnelle est très significative. Tempérée par la loi du 23 juin 2006, qui a inclus à l'article 515-4 du Code civil

¹ M. GRIMALDI, art. précit., n° 2. V. aussi R. FRANK, « Mariage et concubinage, réflexion sur le couple et la famille », in « Études offertes à J. Rubellin-Devichi. Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé », Litec 2002, p. 3

² Sur le succès du Pacs : V. CARRASCO, « Le pacte civil de solidarité : une forme d'union qui se banalise », Infostat Justice, n° 97, oct. 2007, p. 1 ; J. HAUSER, « Le pacte civil de solidarité : des chiffres et des interrogations », RTD Civ. 2007, p. 757.

³ « *Le pluralisme juridique veut qu'aujourd'hui le PACS soit une alternative au mariage et par là aux régimes matrimoniaux* » : I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 32. L'auteur explique que le succès du PACS est dû à l'« *acclimatation sociologique* » d'une « *nouvelle conjugalité* » et remarque que « *quand un PACS se conclut pour trois mariages, on ne peut plus ignorer qu'une véritable concurrence s'exerce entre ces deux institutions conjugales riveraines* ».

⁴ I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 45.

⁵ Elle n'était alors qu'une condition de validité du PACS, non un effet obligatoire de celui-ci.

⁶ I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 40. L'auteur consacre d'ailleurs une partie de son ouvrage aux « questions communes » qui se posent tant pour les couples mariés que pour les partenaires : p. 33 et s.

⁷ Art. 515-4 Cciv.

⁸ M. GRIMALDI, art. précit., n° 7.

⁹ Les exceptions sont à présent les mêmes, si bien que les solutions jurisprudentielles acquises sur le fondement de l'article 220 du Code civil servent aujourd'hui à régler le contentieux lié à l'application de l'article 515-3 du même code.

¹⁰ Cons. Const. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC précit.

une obligation de vie commune, elle est l'une des lignes de démarcation fortes entre le mariage et le pacte civil de solidarité. Le Pacs n'impose en effet pas la moindre obligation de fidélité¹ et son inspiration libertaire fait même obstacle à ce que les parties incluent une disposition conventionnelle en ce sens. Il est donc, encore aujourd'hui, un « *contrat dépourvu d'effets personnels significatifs* »². Ces insuffisances ne sont guères tempérées que par quelques dispositions éparses qui lui assurent une certaine attractivité³ et une tendance générale à voir dans le partenaire un peu plus qu'un simple associé patrimonial⁴. Le « régime primaire du Pacs » brille également par l'absence totale de disposition sur le logement familial⁵, l'indépendance patrimoniale et professionnelle des partenaires⁶, les mesures envisageables en cas de crise et les présomptions bancaires. De manière générale, l'intérêt de la famille n'est pas au centre de la législation sur le Pacs, alors qu'il innerve en substance tout le droit du mariage.

325. Couple et famille : l'instant présent ou la construction de l'avenir. En réalité, toutes ces absences se justifient par une divergence fondamentale entre le mariage et le Pacs : alors que le premier est un acte fondateur de la famille, qui a vocation à s'inscrire dans la durée, le second se cantonne au couple et n'est pas nécessairement destiné à perdurer. Une double divergence existe donc, à la fois temporelle et matérielle. Le mariage concerne la famille et organise l'avenir. Le Pacs concerne le couple et régit l'instant présent⁷. S'il s'inspire du mariage, il ne lui emprunte que les dispositions relatives au couple, en occultant toute règle à dimension

¹ Ce qui permet de considérer que la rupture unilatérale du PACS ne peut s'assimiler en une répudiation puisque celle-ci implique la rupture d'un lien personnel : v. M. GRIMALDI, art. précit., n° 10. Une décision isolée a cependant retenu une solution contraire : TGI Lille, 5 juin 2002 : D. 2003, p. 515, note X. LABBEE.

² M. GRIMALDI, art. précit., n° 5. Il n'a aucune incidence sur le statut civil, ne crée pas de lien de filiation ni d'alliance, n'impacte pas sur le nom de famille ni sur la nationalité, le droit d'adopter, ou encore la possibilité d'avoir recours à la procréation médicalement assistée.

³ On songe ici notamment à la priorité d'affectation pour les partenaires évoluant au sein de la fonction publique (L. n° 84-16 du 11 janv. 1984, art. 60 pour la fonction publique d'État ; L. n° 84-53 du 26 janv. 1984 pour la fonction publique territoriale ; L. n° 86-33 du 9 janv. 1986, art. 38 pour la fonction publique hospitalière), l'imposition commune au titre de l'impôt sur le revenu (CGI art. 6, 1, al. 3 mod. L. n° 2004-1484, 30 déc. 2004 art. 8, I, A, 1), l'alignement de la fiscalité successorale sur celle des époux (art. 769-0 bis, mod. L. n° 2007-1223, 21 août 2007, art. 8, V), la prise en compte du PACS par l'autorité administrative pour l'appréciation de la situation de ceux désirant obtenir un visa ou un titre de séjour (art. 12 L. n° 99-944 du 15 nov. 1999).

⁴ I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 38. La jurisprudence a pu également le qualifier de « *membre de la famille* » : Cass. 2^{ème} civ., 25 mars 2005 : Bull. civ., II, n° 144.

⁵ Surtout depuis la réforme du 23 juin 2006 ; l'ancien article 515-4 alinéa prévoyait une solidarité légale pour « *les dépenses relatives au logement commun* » et l'ancien article 515-5 prévoyait, au titre du régime supplétif, une présomption d'indivision sur les meubles meublants. Il n'existe donc pas, pour le PACS, de disposition semblable à l'article 215 al. 3 Cciv. V. I. DAURIAC, « Le conjoint survivant dans la loi du 23 juin 2006 », JCP N 2007, 1203.

⁶ Cette carence peut s'expliquer par des considérations sociologiques : le droit des régimes matrimoniaux s'est construit autour de l'idée de l'indépendance et de l'émancipation patrimoniale et professionnelle de la femme ; lorsque le PACS a été conçu, cette indépendance était déjà acquise. En outre, ces libertés sont dans tous les cas protégées au plus haut niveau, en tant que libertés individuelles (not. art. 6 cciv.). V. I. DAURIAC, « Les régimes matrimoniaux et le Pacs », LGDJ, 3^{ème} éd., 2012, n° 190. L'indépendance patrimoniale découle quant à elle de l'application du régime partenarial : les gains et salaires demeurent personnels, même sous le régime de l'indivision d'acquêts.

⁷ Ainsi, « *à la dimension familiale du mariage répond une dimension proprement conjugale du Pacs* » : S. GAUDEMET, art. précit., p. 97. V. également A. BÉNABENT, « Droit civil. Droit de la famille », Domat Montchrestien, 2010, n° 656 et 657 ; I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 38.

familiale¹. La loi du 23 juin 2006 a renforcé cette tendance en modifiant l'économie du « régime légal du Pacs », qui n'est plus l'indivision mais la séparation des biens, et en organisant un régime conventionnel spécifique fondé sur l'indivision, laquelle est une notion connue pour sa précarité, nul n'étant contraint d'y demeurer. Si la communauté n'a pas de place dans le Pacs, c'est parce qu'elle organise la vie matrimoniale et familiale sur la durée et que sa stabilité implique un engagement conséquent qui correspond à la philosophie du mariage². Telle est la divergence fondamentale entre le mariage et le Pacs : l'un est le socle sur lequel se bâtit la famille, l'autre un mode d'organisation pragmatique du couple. Ainsi, « *pathologie dans le mariage, la rupture est un droit dans le Pacs* »³.

326. Contrat et statut : l'institutionnalisation du Pacs. La divergence se prolonge sur un autre terrain : alors que le mariage relèverait en grande partie d'une logique institutionnelle, le Pacs demeurerait du domaine du contrat⁴. En somme, le Pacs serait un « *régime matrimonial des concubins* »⁵, sans être sous-tendu par une institution. Alors que l'on différencie aisément le mariage du régime matrimonial, pareille dichotomie n'existerait pas pour les partenaires : le Pacs semble pouvoir s'appréhender au moyen du régime patrimonial qu'il met en place. Or, s'il ressemble plus à un régime matrimonial qu'au mariage, il ne peut être une institution, quand bien-même il serait un statut. Monsieur GRIMALDI qualifie le Pacs de « *quasi-régime matrimonial, association patrimoniale prolongeant une union personnelle* »⁶. Dès lors, « *la rupture du Pacs est au concubinage ce que le changement de régime matrimonial est au mariage* »⁷. Pour Madame GAUDEMET, « *la conclusion d'un Pacs est un moyen d'officialiser une relation de concubinage* »⁸. Pour Madame DAURIAC, « *dès sa version initiale en 1999, le PACS est conçu comme le décalque d'un régime matrimonial à destination des concubins* »⁹. En somme, les partenaires ne cessent pas d'être des concubins. Il convient donc de distinguer entre les « *concubins Pacsés* » et les « *concubins non-Pacsés* »¹⁰. Le Pacs n'en est pas moins créateur d'un

¹ I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 191.

² La communauté est probablement la forme de propriété collective la plus aboutie, élaborée pour résister à l'épreuve du temps et inscrire dans la durée l'organisation patrimoniale du couple, qui devient celle de la famille.

³ I. DAURIAC et S. GAUDEMET, « La rupture ou le vrai visage du Pacs », in « Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe », Dalloz, 2012, p. 141.

⁴ Le Pacs serait « *une convention censée organiser les rapports patrimoniaux des partenaires entre eux et à l'égard des tiers* » : I. DAURIAC, « Les régimes matrimoniaux et le Pacs », LGDJ, 3^{ème} éd., 2012, n° 35.

⁵ Ph. SIMLER, « Le régime matrimonial des concubins », in « Études offertes à J. Rubellin-Devichi. Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé », Litec 2002, p. 75. *Contra* : G. CHAMPENOIS, « Les présomptions d'indivision dans le PACS » in « Études offertes à J. Rubellin-Devichi. Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé », Litec 2002, p. 83 : « *les partenaires ne sont ni des époux ni des concubins* ».

⁶ M. GRIMALDI, art. précit., n° 10.

⁷ *Ibid.*

⁸ S. GAUDEMET, art. précit., p. 96.

⁹ I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 166. Elle écrit aussi : « *le volet patrimonial du PACS recèle désormais un régime des biens en partie analogue à un régime matrimonial sans mariage* » ; *op. cit.*, n° 36.

¹⁰ Monsieur GRIMALDI écrit que le PACS « *ne doit pas être présenté comme une alternative au concubinage : on*

véritable statut, mais un « *statut contractuel* »¹. Il s'ouvre à l'exception d'inexécution, inenvisageable en matière de mariage² ?

Le Pacs tend cependant vers l'institutionnalisation³. Avec la loi du 23 juin 2006, une véritable obligation personnelle impérative est apparue : l'obligation de vie commune est désormais un effet du Pacs, non une simple condition de validité pré-requise de celui-ci. Depuis la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 le critère de rattachement s'agissant de la loi applicable au partenariat est celui de l'autorité de l'État d'enregistrement⁴. Mais certaines dispositions initiales traduisaient déjà une forme d'institutionnalisation. Selon Madame DAURIAC, « *en vue de favoriser le crédit au quotidien des partenaires, la solidarité juridique traduit ici la solidarité morale dont aucun couple juridiquement institué ne saurait s'affranchir* »⁵. L'outil patrimonial essentiel des partenaires traduit également cette tendance : lentement mais sûrement, l'indivision change de nature et progresse vers une stabilisation, voire une personnification⁶. De plus, la rupture n'entraîne pas la dissolution de l'indivision comme le divorce marque la fin immédiate de la communauté. L'existence même d'un régime impératif fondé sur une communauté d'intérêts tempère la vision purement contractuelle. Madame DAURIAC remarque même que la philosophie première du Pacs était d'éviter de conférer aux couples de même sexe un accès au mariage et « *à son corollaire patrimonial le régime matrimonial* »⁷. Et en effet, comment voir dans le Pacs, étranger au mariage, un régime « matrimonial » ? Il s'agit certes d'un régime, soit un ensemble de règles régissant des situations données⁸, mais sa dimension matrimoniale est à proscrire dans la mesure où, justement, il se démarque fondamentalement du mariage. Pour

n'est pas partenaire ou concubin » : art. précit., n° 4. Plus loin : « *on est concubin partenaire ou concubin non partenaire* ».

¹ *Ibid.*

² Des difficultés naissent aussi en droit international privé : le critère rattachement doit-il être celui du droit commun des contrats ou du mariage ? Sur toutes ces questions, v. N. JOUBERT et B. MOREL, « Les partenariats enregistrés en droit international privé depuis la loi du 12 mai 2009 », JCP N 2009, n° 41, p. 24, étude n° 1285. Le nouvel article 515-7-1 n'a opté ni pour l'un ni pour l'autre et soumet le PACS aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement (règle de conflit bilatérale). V. aussi M. REVILLARD, « Le Pacs, les partenariats enregistrés et les mariages homosexuels dans la pratique du droit international privé », Defr. 2005, p. 461.

³ En ce sens : Ph. SIMLER et P. HILT, « Le nouveau visage du pacte civil de solidarité : un quasi-mariage », JCP N 2006, n° 35, p. 1497.

⁴ Ainsi, « *le partenariat enregistré ne dispose selon le nouveau texte ni de la liberté totale admise en matière de contrat (...), ni de la liberté surveillée afférente au contrat de mariage (...)* » : N. JOUBERT et B. MOREL, art. précit., n° 18. Le PACS se distingue ainsi des règles prévalant pour le mariage et le régime matrimonial, sans pour autant n'être qu'un « simple » contrat : l'institutionnalisation se poursuit...

⁵ I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 172. Cependant elle précise plus loin que « *la dimension institutionnelle de ce contrat encore renforcée en 2006 impose pourtant la prudence, quoique la dimension familiale du PACS, au-delà du couple formé par les partenaires, n'ait pas encore fait l'objet d'une véritable consécration* » : *op. cit.*, n° 181. V. aussi, I. DAURIAC, « Les couples à l'épreuve de la solidarité ménagère », Gaz. Pal. 10-11 déc. 2008, p. 18.

⁶ Sur ce point, voir notamment : B. VAREILLE, « L'indivision et le couple », in « L'indivision, Journées de l'Association H. CAPITANT », Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 1. V. aussi X. TESTU, « Sur la nature de l'indivision », D. 1996, n° 20, p. 272 ; M. SIMLER, « L'indivision entre époux séparés de biens, une quasi-communauté ? », in « Mélanges offerts à André Colomer », Litec 1993, p. 461.

⁷ I. DAURIAC, « Les régimes matrimoniaux et le Pacs », LGDJ, 3^{ème} éd., 2012, n° 34.

⁸ En ce sens : Ph. SIMLER, art. précit.

autant, il est un régime de nature patrimoniale, comme l'est le régime matrimonial : si le régime matrimonial est le « régime patrimonial des époux »¹, le Pacs est le « régime patrimonial des partenaires »². Progressivement, émerge l'idée que le PACS est, au-delà d'un simple contrat, une institution conférant un statut légal³.

2. Les avantages dans le PACS et le concubinage

327. Recherche⁴. La question posée est celle de l'existence d'avantages dans les formes de conjugalité qui se passent du mariage, donc le PACS et le concubinage⁵. En l'absence de mariage, il ne peut y avoir de régime matrimonial et, *a fortiori*, d'avantage dit « matrimonial ». Il sera donc surtout question des effets de ces modes de gestion patrimoniaux et de leurs rapports à la notion globale d'avantage, entendue dans une acception large que l'étude permettra peut-être de préciser. Des questions communes existent et alimentent une discussion générale qui fera progresser sur le chemin de la connaissance des avantages matrimoniaux. Le Pacs a des avantages, des atouts-maîtres qui en assurent l'attractivité⁶ et guident souvent l'adhésion à un partenariat : des très pragmatiques faveurs fiscales⁷ ou rapprochements territoriaux pour certains fonctionnaires à la volonté plus symbolique d'une reconnaissance de l'engagement personnel par la société, en passant par le test que s'impose le couple qui avance vers le mariage, la dimension statutaire du Pacs, incarnée par un ensemble de dispositions impératives, est déjà un avantage, au sens courant du terme⁸. Mais les dispositions particulières du partenariat peuvent-elles, comme le régime matrimonial, aboutir à un enrichissement patrimonial de l'un au détriment de l'autre ?

¹ On pourrait également parler de « régime patrimonial matrimonial ».

² Qui pourrait être désigné par l'expression « régime patrimonial partenarial ». Là encore l'institutionnalisation se fait sentir : le terme « partenarial » renverrait à une institution à laquelle le couple aurait adhéré, tout comme le terme « matrimonial » évoque l'institution du mariage.

³ Ce qui est conforté par la définition légale du concubinage. Le PACS est une union de droit et pas simplement une union de fait. Sur la nature réelle du PACS, voir encore : F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Pacs et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », RTD Civ. 2001, p. 529 ; Th. REVET, « Législation française en matière de droit privé, loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative aux Pacte civil de solidarité », RTD Civ. 2000, p. 173 et s.

⁴ Sur cette question, v. : W. BABY, « Les effets patrimoniaux du pacte civil de solidarité : l'invention d'une nouvelle forme de conjugalité », Paris, Defrénois 2013, préf. M. NICOD.

⁵ Sur le concubinage, v. notamment : M. STORCK, « Les contrats de concubinage », Journ. Not. 1988, art. 59366 ; J. CHARLIN, « Le contrat de concubinage », in « Indépendance financière et communauté de vie », coll. LERADP Lille, LGDJ 1989, p. 97 ; v. aussi du même auteur « Contrat type de concubinage », JCP N 1991, I, p. 459 ; D. RANDOUX, « Les contrats des concubins », in « Indépendance financière et communauté de vie », coll. LERADP Lille, LGDJ 1989, p. 109.

⁶ Monsieur VAN STEENLANDT écrit : « Depuis sa création, le PACS n'a cessé de se rapprocher de l'institution matrimoniale, au point qu'aujourd'hui, les avantages procurés aux époux sont de plus en plus accessibles aux partenaires Pacsés » : P. VAN STEENLANDT, « La soumission conventionnelle des partenaires Pacsés au régime de l'indivision », JCP N 2009, n° 35, p. 21, n° 1251, spé. n° 10. Nous soulignons.

⁷ Pour la fiscalité, v. notamment la loi TEPA, L. n° 2007-1223, 21 août 2007 : JO 22 août 2007.

⁸ V. notamment Ch. ALLEAUME, « Solidarité contre solidarité. Étude comparative des avantages respectifs du mariage et du Pacs au regard du droit du crédit », D. 2000, n° 29 p. 450. Pour une vision moins enthousiaste, v. R. LE GUIDEC, « Le PACS et la transmission des biens entre concubins », in « Études offertes à J. Rubellin-Devichi. Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé », Litec 2002, p. 133, spé. p. 139.

328. Avantages et régime impératif. Le caractère statutaire du Pacs s'exprime à travers un ensemble de règles dites impératives, souvent assimilées à un régime primaire propre aux partenaires¹. Le Conseil constitutionnel a expressément entériné cette vision d'un droit commun du Pacs² et la réforme du 23 juin 2006 en a étendu le domaine. Ainsi, les partenaires sont toujours soumis à une obligation de vie commune³, une aide matérielle et une assistance réciproque⁴, une solidarité pour les dettes contractées pour les besoins de la vie courante⁵ et une présomption de pouvoir mobilier⁶. Il en va de même des conditions d'enregistrement, de dissolution et de publicité, sans qu'il ne soit véritablement possible d'y voir un corps de règles régissant les rapports du couple⁷. Chacune de ces dispositions confère, au sens large, un avantage aux partenaires. Mais existe-t-il des avantages semblables à ceux que les époux peuvent tirer du fonctionnement de leur régime matrimonial ? La question renvoie au débat sur l'existence d'avantages matrimoniaux au sein du régime primaire. D'une part, l'aide matérielle et l'assistance réciproque illustrent l'idée d'une contribution des partenaires qui, de l'avis général, doit être interprétée à la lumière des enseignements de l'article 214 du Code civil. Le Conseil constitutionnel l'a expressément précisé : il s'agit d'un devoir dont le principe est d'ordre public, mais la volonté des parties peut en aménager les modalités. Ainsi, le montant de la contribution de chacun peut être librement fixé, même par un acte distinct de la convention de Pacs. Une contribution volontairement déséquilibrée est donc susceptible de créer, au profit d'un partenaire et au détriment de l'autre, un avantage pécuniairement chiffré.

D'autre part, l'article 515-7 du Code civil dispose que les créances des partenaires peuvent se compenser avec « *les avantages que leur titulaire a pu retirer de la vie commune, notamment en ne contribuant pas à hauteur de ses facultés aux dettes contractées pour les besoins de la vie courante* ». Cette formulation interroge. Elle induit une confusion entre la solidarité passive des dettes contractées pour les besoins de la vie courante et la contribution consistant en une aide

¹ I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 168.

² Cons. Const. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC précit.

³ Qui devient, avec la loi du 23 juin 2006, une « *obligation fondamentale du contrat* » : I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 170.

⁴ Une solidarité au sens courant, qui est le fondement du PACS. Cf. L. BELLEIL, « Pacte civil de solidarité : le parcours du combattant du créancier de l'article 514-4 al. 2 du Code civil », JCP E 2000, n° 22, p. 1074 ; X. LABBE, « L'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire ? », JCP 2008, I, 197 ; il s'agit là d'un devoir du PACS. Mais son intensité n'est pas bien définie ; la question se pose notamment de savoir si les dépenses d'agrément en font partie.

⁵ Une solidarité dans un sens pleinement juridique. Depuis la loi n° 2010-737 du 1^{er} juill. 2010, les exceptions à cette solidarité sont les mêmes que celles de l'article 220 du Code civil pour les époux. V. Ch. ALLEAUME, art. précit. ; A. SOULEAU-TRAVIERS, « Solidarité légale entre époux et entre partenaires d'un Pacs », Defr. 2002, n° 122, p. 569.

⁶ Article 515-5 Cciv. al. 3. Bien que cette disposition soit rattachée à l'article qui traite de la séparation de biens, il est couramment admis qu'il s'agit d'une disposition impérative.

⁷ Il est également possible de citer au titre du « droit commun du PACS », des dispositions relatives à la collaboration professionnelle des partenaires : loi d'orientation agricole du 5 janvier 2006, loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (possibilité d'opter pour le statut de collaborateur, salarié, chef d'exploitation agricole, co-exploitant, ou d'associé) et art. L. 121-8 Ccom. (présomption de mandat).

matérielle et une assistance, qui, elle seule, est proportionnée aux facultés de chacun¹. Quel est le champ opératoire de cet article ? Si l'on admet qu'elle ne concerne que la contribution, la compensation s'opère-t-elle avec les avantages tirés d'une contribution inégale qui aurait été expressément stipulée (ce qui aurait pour effet de diminuer, voire d'anéantir l'avantage ainsi perçu), ou se limite-t-elle aux situations qui n'auraient pas fait l'objet d'un aménagement conventionnel ?

329. Avantages et régime séparatiste supplétif. Depuis la loi du 23 juin 2006, la logique de base de l'organisation patrimoniale des partenaires est inverse à celle des époux² : alors que le mariage sans convention spécifique induit l'application d'un régime de communauté, le Pacs a adopté comme régime supplétif la séparation de biens³. Des avantages – au sens courant – propres à ce régime auront sans doute guidé le choix des partenaires : réduction des risques, plénitude de pouvoirs sur les biens, absence de partage des richesses, etc. Mais au-delà, l'existence d'avantages chiffrés, correspondant à l'enrichissement de l'un au détriment de l'autre, est confrontée à deux difficultés. D'une part, en tant que régime d'application supplétive, certains penseront que l'autorité de la loi rend inapte la production d'avantages destinés à être saisis par le droit. L'étude de la source subjective de l'avantage permettra de nuancer cette vision⁴. D'autre part, comment concevoir qu'un principe séparatiste puisse impliquer des interactions suffisantes à la caractérisation d'avantages économiquement chiffrés ? Cela semble délicat. Pourtant « *la séparation de biens n'est pas exclusive de l'idée de participation* »⁵. Mais « *la réalité de celle-ci reste néanmoins largement tributaire du bon vouloir des intéressés* »⁶. S'agissant du passif, toute contribution de l'un à l'engagement de l'autre est exclue, hors le cas de l'article 515-4 du Code civil et le paiement de l'impôt sur le revenu⁷. Mais activement, la séparation de bien s'accompagne, comme pour l'article 1536 du Code civil, d'une présomption d'indivision sur les biens dont la propriété personnelle ne peut être démontrée. Or cela peut procurer à l'un des partenaires un enrichissement au détriment de l'autre puisque les biens sont alors « *réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié* ». La création d'une « *indivision au bénéfice du*

¹ Sauf convention contraire.

² I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 691. Cela va, selon nous, dans le sens de l'institutionnalisation du Pacs : il n'est pas qu'un régime patrimonial des concubins puisque le régime supplétif correspond à la situation même de ces concubins. Ce qui définit le PACS, ce sont de plus en plus les obligations impératives qu'il met en place, non le régime patrimonial choisi. Cf. Ph. SIMLER, et P. HILT, « Le nouveau visage du PACS : un quasi-mariage », JCP N 2006, n° 35, p. 1497

³ Article 515-5 du Code civil.

⁴ V. *infra*, n° 343 et s.

⁵ S. GAUDEMET, « PACS et principe participatif », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? Thèmes et commentaires » Dalloz 2012, p. 97.

⁶ S. GAUDEMET, art. précit., p. 98.

⁷ Il n'existe pas, comme pour les époux, un tempérament à la séparation passive par l'article L. 624-6 Ccom. sur les procédures collectives.

doute »¹ réalise, par une mise en propriété collective, un transfert de valeur qui se révélera pleinement au jour de la liquidation

330. Avantages et indivision d'acquêts : l'inspiration communautaire. L'indivision n'est plus, depuis la réforme du 23 juin 2006, le régime d'organisation obligatoire des partenaires². Il en reste pourtant l'outil privilégié. Les articles 515-5-1 et 515-2 du Code civil proposent en effet un système très particulier : une indivision animée d'un esprit communautaire³. En principe, tous les biens acquis après l'enregistrement du Pacs tombent en indivision. Contrairement à l'indivision ordinaire, la masse indivise n'est pas ici alimentée uniquement par les fruits et revenus des biens indivis⁴. Mais les exceptions sont nombreuses⁵. Elles concernent notamment les deniers, les biens créés et leurs accessoires, les biens à caractère personnel et les biens acquis par emploi de deniers détenus avant l'enregistrement ou perçus par donation ou succession⁶. La dimension communautaire de ce système incite naturellement à le comparer aux régimes de communautés entre époux et à rechercher puis qualifier les avantages qui peuvent en résulter pour l'un comme pour l'autre⁷. Monsieur BOSSE-PLATIÈRE, a proposé une grille de lecture cohérente de l'économie de ce régime, en expliquant que l'indivision d'acquêts avait pour ambition de réaliser une participation des richesses aussi étendue que celle de la communauté réduite aux acquêts⁸. Elle aurait le « *même objectif que le partage des biens communs, par moitié, après dissolution de la communauté* ». Or « *l'essence même de tout régime communautaire est de faire participer le partenaire le plus faible économiquement à tout enrichissement réalisé par la*

¹ I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 702.

² V. notamment : Y. DELECRAZ, « Le nouveau régime des biens dans le PACS », *AJ Fam.* 2007, 12 ; P. HOLL, « Le nouveau PACS et la pratique notariale », *in* « Quelle association patrimoniale pour le couple ? Thèmes et commentaires », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 111 ; M. LEBEAU, « Brèves remarques sur la nature de l'indivision d'acquêts des partenaires liés par un Pacs », *Defr.* 2010, n°20, p. 2189 ; P. VAN STEENLANDT, « La soumission conventionnelle des partenaires Pacsés au régime de l'indivision », *JCP N* 2009, n° 35, p. 21, n° 1251. Lors de la création du Pacs déjà, les commentateurs soulignaient son inspiration plus communautaire (ou au moins participative) que séparatiste : G. CHAMPENOIS, « Les présomptions d'indivision dans le PACS », *in* « Études offertes à J. Rubellin-Devichi. Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé », Litec 2002, p. 83, spé p. 84 ; S. DE BENALCAZAR, *art. précit.*, p. 16 ; J. ROCHEFIELD, *art. précit.*

³ « *La règle est d'inspiration communautaire davantage qu'indivisaire* » : S. GAUDEMET, *art. précit.* p. 99.

⁴ Il est même débattu qu'ils soient indivis : *cf. infra*, n° 331.

⁵ Article 515-5-2 Cciv. « *Chacune des rubriques de ce texte appellerait à une exégèse approfondie et ne manquera pas de susciter des difficultés* », Ph. SIMLER, et P. HILT, *art. précit.*, p. 1497. Pour certains auteurs, cette disposition a vocation à s'appliquer également en régime de séparation : Cl. GRARE-DIDIER et M. PICHARD, « Les deniers des partenaires dans l'indivision d'acquêts (commentaire de l'article 515-2, alinéa 1^{er} et 1^o, du Code civil) », *in* « Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe », Dalloz, 2012, p. 281.

⁶ On étend cette dernière catégorie aux biens acquis par legs. Il faut également évoquer « *les portions de biens acquises à titre de licitation de tout ou partie d'un bien dont l'un des partenaires était propriétaire au sein d'une indivision successorale ou par suite d'une donation* » : art. 515-5-2 6° Cciv.

⁷ P. VAN STEENLANDT, *art. précit.*, n° 12.

⁸ H. BOSSE-PLATIÈRE, « Indivision et communauté dans le régime des biens du PACS aujourd'hui » *in* « Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux. *Liber amicorum.* », LGDJ, Dalloz 2009, p. 37.

vie commune »¹. Une telle proposition peut surprendre : les gains, les salaires, les fruits et revenus des biens propres sont expressément exclus de l'indivision et la liste des biens qui demeurent personnels paraît plus étendue que celle des biens qui restent propres en communauté légale². Mais, d'une part, la liste des biens personnels est, à bien des égards, plus restrictive en indivision d'acquêts³. D'autre part, c'est à dessein que le législateur a exclu les deniers de la masse indivise, limité les hypothèses d'emploi et posé comme principe l'interdiction de tout recours au titre d'une contribution inégale⁴. Alors qu'en régime légal les mécanismes des récompenses et des subrogations réelles par emploi ou remploi permettent de limiter l'enrichissement de l'un au détriment de l'autre, l'indivision d'acquêts destine à une vocation communautaire les deniers des partenaires : ils demeurent personnels mais sont appelés à être employés à un enrichissement commun, contre lequel les partenaires sont impuissants⁵. Cette analyse est très convaincante mais nous restons plus nuancés que Monsieur BOSSE-PLATIÈRE sur les intentions du législateur⁶. Son but n'a pu être de créer une indivision au contenu identique à celui de la communauté légale : les deniers économisés demeurent personnels, de même que les fruits et produits des biens indivis et les biens créés. Or ces derniers sont souvent de valeur importante⁷. De plus, la règle *major pars* est expressément exclue par l'utilisation des termes « portions de biens » : la masse indivise a donc une force d'attraction moindre que la communauté⁸.

Il demeure vrai que le régime est « *le vecteur d'une possible participation d'un partenaire à la fortune de l'autre* », que celle-ci soit bonne ou mauvaise⁹. Le principe de l'absence de recours au titre d'une contribution inégale est l'outil majeur de cette participation : « *cette règle, a priori anodine, contient en réalité la substance nécessaire pour permettre aux partenaires Pacsés d'édifier de véritables avantages au profit du survivant d'entre eux et au détriment des enfants du*

¹ H. BOSSE-PLATIÈRE, art. précit., p. 41. Nous soulignons ce que l'auteur a matérialisé par l'italique.

² Pour les biens à caractère personnel : art. 515-5-2 3°. Pour les biens personnels par origine : article 515-5-1 Cciv. Pour les biens personnels par subrogation : art. 515-5-2 4° et 5°. On estime également que le principe selon lequel l'accessoire suit le principal a vocation à s'appliquer : I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 729.

³ Il n'existe pas de principe général selon lequel les biens acquis à titre gratuit après l'enregistrement demeurent personnels ; un débat demeure à ce sujet. Les hypothèses d'emploi sont très spécifiques et le remploi n'est jamais évoqué. Quant aux propres par accroissement, l'article 515-5-2 6° pose des conditions très restrictives.

⁴ Les biens des partenaires sont « *réputés indivis par moitié, sans recours de l'un des partenaires contre l'autre au titre d'une contribution inégale* ».

⁵ L'article 515-5-2 évoque clairement que seuls demeurent personnels les deniers « *non employés à l'acquisition d'un bien* ». Le législateur souhaite donc favoriser les avantages, d'une part au moyen d'une mise en indivision des biens acquis par les deniers, et, d'autre part, en limitant les possibilités de déroger aux effets de cette mise en indivision. Il est vrai qu'en régime légal, les mécanismes des récompenses, des créances entre époux, de l'emploi et du remploi, se complètent pour s'assurer que la participation de l'un à l'enrichissement de l'autre ne franchisse pas certaines limites. Les exclure revient donc à favoriser cette participation et donc les avantages qui en sont issus.

⁶ Selon lui, « *la composition au jour de la dissolution du PACS, de la masse à partager, devrait être identique à celle que les partenaires auraient connue s'ils s'étaient mariés sans contrat de mariage* » : H. BOSSE-PLATIÈRE, art. précit., p. 45.

⁷ Œuvres littéraires et artistiques, fonds de commerce, clientèles civiles et artisanales, exploitations et fonds agricoles, droits d'auteurs, etc.

⁸ I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 735.

⁹ S. GAUDEMET, art. précit.

prédécedé »¹.

331. Les interrogations substantantes sur le fonctionnement de l'indivision d'acquêts. Une première incertitude tient à la qualification des biens acquis à titre gratuit en cours de Pacs. Un courant d'auteur est favorable à en faire des biens personnels, au nom de la *ratio legis*². Mais, d'une part, aucun fondement textuel ne prévoit cette solution³ : elle a même été abrogée par la loi du 23 juin 2006⁴. Seules sont aujourd'hui concernées les acquisitions « *au moyen de deniers reçus par donation et succession* »⁵. Et l'emploi du terme « demeurer » incite à penser que, pour être personnel, le bien doit préexister au Pacs, ou se rattacher à un bien possédé avant l'enregistrement⁶. D'autre part, la vocation communautaire du régime va à l'endroit d'une mise en indivision. En effet, la composition des masses en indivision d'acquêts ne repose pas, en communauté légale, sur une distinction du titre gratuit et du titre onéreux quant à la source de l'acquisition. Elle se fonde d'abord sur la *nature* des biens en cause⁷ : s'ils ne sont pas des deniers, ils ont naturellement vocation à entrer en indivision, sauf exception à interpréter strictement. Si ce sont des deniers, ils demeurent personnels, mais la grande majorité de ceux-ci a une vocation participative⁸. L'absence totale de faculté de remploi est très révélatrice : toute acquisition d'un bien autre que des deniers a, par principe, une vocation indivise⁹. La qualification se fonde ensuite, au sein des biens autres que les deniers, sur le mode d'acquisition : si celle-ci a nécessité une amputation du patrimoine (utilisation de deniers, échange), le bien est indivis¹⁰. Dans les hypothèses contraires (biens créés ou revenus obtenus au moyen de la force de travail par exemple), le bien demeure personnel. La difficulté vient du refus d'approuver une vision

¹ P. VAN STEENLANDT, art. précit., p. 21. En effet, « *tout ce qui serait mis en indivision par moitié et qui ne répondrait pas d'une contribution égalitaire serait analysé en un avantage* » : *ibid.*

² I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 724 ; S. GAUDEMET, art. précit., p. 100. Il serait alors possible d'effectuer un remploi de ces biens : I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 734.

³ Sauf à considérer qu'une acquisition ne s'entend que d'origine onéreuse, ce qui est contraire à l'article 1405 qui l'emploie à propos des successions, donations et legs.

⁴ Art. 515-5 anc. V. notamment : J. CASEY, « Les régimes matrimoniaux », *ellipses*, 2000, p. 268. De surcroît, l'article 515-5-2 1° Cciv. évoque les deniers perçus « *à quelque titre que soit* ». Ne pourrait-on pas considérer que l'exception reprend, pour y déroger, le même champ opérationnel que le principe ?

⁵ Art. 515-5-2 5° Cciv.

⁶ Cl. GRARE-DIDIER et M. PICHARD, art. précit., p. 291.

⁷ Ce qui favorise la distinction entre indivision d'acquêts et communauté d'acquêts : « *L'indivision d'acquêts est essentiellement formée d'un capital indivis, quand la communauté existe en capital et revenus* » ; I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 722.

⁸ Les deniers autres que ceux détenus avant l'enregistrement ou perçus pendant le Pacs par succession ou donation ont une vocation participative puisque tout recours contributif et toute subrogation réelle est impossible. En revanche, les deniers détenus avant le Pacs ou reçus à titre gratuit peuvent faire l'objet d'un emploi et, à défaut, font naître une créance entre partenaires : art. 515-5-2 dernier alinéa.

⁹ Ce qui ne peut être contourné puisque, une fois vendu, le premier bien est remplacé par des deniers qui sont par nature personnels et qui ne peuvent faire l'objet d'un emploi, puisque ce ne sont ni des deniers détenus avant l'enregistrement ni des deniers perçus pendant le Pacs à titre gratuit.

¹⁰ Cf. la comparaison réalisée par Madame DAURIAC. La communauté légale est, selon elle, alimentée par trois sources : les biens acquis pendant le mariage, les créations nées de l'industrie, les biens acquis via la subrogation réelle de l'accession (*op. cit.*, n° 336). Mais lorsqu'elle analyse les sources de l'indivision d'acquêts, elle remarque que la

participative du Pacs plus étendue que celle du mariage. Mais un tel constat ne doit pas être redouté : tant que les partenaires n'auront pas accès à la communauté et qu'ils devront se contenter de l'indivision, la précarité de celle-ci démarquera de manière suffisante l'organisation patrimoniale du Pacs de celle du mariage. En somme, il ne faut pas redouter l'étendue de l'indivision : elle ne sera jamais qu'une indivision. La communauté, forme de propriété collective la plus aboutie qui soit, demeure le monopole légitime des époux.

Une deuxième difficulté se pose quant à la qualification des deniers issus de l'aliénation d'un bien indivis ou représentant le fruit d'un bien indivis. L'article 515-5-2 du Code civil commande d'y voir un bien personnel, ce qui est contradictoire avec le mécanisme général de la subrogation réelle et l'article 815-10 al. 2 selon lequel les fruits et revenus des biens indivis accroissent à l'indivision¹. Mais le texte spécial ne peut-il déroger au général ? Ainsi, la vente d'un bien permettrait de faire sortir sa valeur de l'indivision. L'imprécision a été dénoncée par Madame GRARE-DIDIER et Monsieur PICHARD². Il est cependant concevable que ces biens soient personnels, mais que le partage égalitaire s'impose : le recours d'un partenaire contre celui qui aurait seul appréhendé ces deniers est donc possible, l'article 515-5-1 du Code civil ne s'appliquant pas aux deniers.

Enfin, une troisième interrogation perdue : faut-il voir dans le principe de l'article 515-5-1 du Code civil³ une règle de fond ou de preuve⁴ ? Est-il le pendant, pour le Pacs, de l'article 1401 ou de l'article 1402 du Code civil en régime légal des époux ? Peut-on, en apportant la preuve de l'origine du financement, faire échec à la qualification indivise ? La formulation du texte semble en faire une véritable qualification légale : il vise « ces biens », donc ceux que les partenaires acquièrent pendant le partenariat, alors que l'article 1402 du Code civil s'applique à tous les biens⁵. Le même système prévaudrait lorsque les modalités d'emploi décrites à l'article 515-5-2 4°, 5° et dernier alinéa ne sont pas remplies : la mise en indivision est inévitable. Certains estiment en revanche que la présomption d'indivision ne serait qu'une règle de preuve appartenant au droit commun du Pacs. Mais s'il est possible et préférable de renforcer le principe qualificatif par une présomption simple qui faciliterait sa mise en œuvre, il paraît douteux de l'étendre à tous les

deuxième catégorie a disparu (*op. cit.*, n° 788).

¹ Voir aussi : *Cass. 1^{ère} civ.*, 20 févr. 1996, n° 93-2114 : *Bull. civ.*, I, n° 95.

² Voir l'excellente analyse de ces auteurs sur ce qu'ils nomment l'« inconnue » du texte : Cl. GRARE-DIDIER et M. PICHARD, art. précit., p. 281.

³ Selon lequel les biens des partenaires « *sont alors réputés indivis* ».

⁴ Madame GAUDEMET y voit une présomption d'acquêts : S. GAUDEMET, art. précit., p. 99. En réalité, il s'agirait plutôt d'une présomption d'indivision portant sur les acquêts. Ceux-ci se définissent par la date de leur acquisition et c'est parce qu'ils sont acquis pendant l'union qu'ils sont (en principe) indivis. Mais il existe des acquêts propres. Le terme n'est pas synonyme de « bien indivis » ou « bien commun », même s'il est très souvent employé en ce sens.

⁵ De même, la présomption d'indivision de l'article 515-5 du Code civil porte sur tous les biens et se justifie par l'impossibilité d'établir une preuve certaine.

systèmes d'organisation patrimoniale des partenaires¹. L'on retiendra de ce bref aperçu qu'au-delà des difficultés persistantes², le régime d'indivision d'acquêts a vocation à faire participer chaque partenaire à l'enrichissement de l'autre et donc à produire des avantages.

332. Avantages et présomptions d'indivisions dans l'ancien Pacs³. Fruit de débats houleux⁴, l'organisation patrimoniale du Pacs avait, en 1999, consacré un système complexe : une distinction était opérée entre les meubles meublants acquis à titre onéreux après l'enregistrement du Pacs et les « *autres biens dont les partenaires deviennent propriétaires postérieurement à la conclusion du pacte* »⁵. Les premiers pouvaient être volontairement soumis au régime de l'indivision et, à défaut, se voyaient appliquer une présomption d'indivision. Les seconds étaient « *présumés indivis par moitié si l'acte d'acquisition ou de souscription n'en dispose autrement* ». Il existait donc deux présomptions d'indivision, qui obéissaient chacune à un régime juridique différent⁶. La première pouvait être écartée d'une manière générale dans la convention de Pacs. La seconde ne s'effaçait qu'au cas par cas, par stipulation expresse dans l'acte d'acquisition⁷. La seconde présomption était une véritable règle de fond⁸ qualificative conférant aux partenaires une prérogative importante : ces « autres biens » étaient indivis, sauf s'ils en décidaient autrement⁹, ce

¹ En définitive, il n'existe que deux régimes nommés et chacun dispose de sa présomption d'indivision. Pour les régimes innommés, le droit commun a vocation à s'appliquer et notamment, s'agissant des immeubles, l'article 2276 du Code civil.

² « *L'institution, hybride, parviendra-t-elle à se forger une identité juridique propre ?* » : Cl. GRARE-DIDIER et M. PICHARD, art. précit., p. 294. La question se pose aussi de savoir si l'indivision d'acquêts peut perdurer après la rupture du Pacs ou si les parties sont alors soumises au droit commun de l'indivision. L'article 515-5-3 Cciv. évoque bien la « convention d'indivision », non l'indivision seule.

³ V. : J. RUBELLIN-DEVICHI, « Présentation de la loi adoptée le 13 octobre 1999 relative au Pacs », JCP 1999, p. 1551 ; Y. FLOUR, « Brèves remarques sur l'indivision entre partenaires d'un pacte civil de solidarité », Gaz. Pal. 1999, I, Doctr., 284 ; G. CHAMPENOIS, « Les présomptions d'indivision dans le PACS », in « Études offertes à J. Rubellin-Devichi. Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé », Litec 2002, p. 83 ; P. CATALA, « Critique de la raison médiatique », in « Le Pacs », Dr. Fam., hors série déc. 1999, p. 63 ; B. BEIGNER, « La pratique : le Pacs en question. Aspects civils », Dr. Fam., hors série, déc. 1999, p. 31 ; H. FULCHIRON, « Les présomptions d'indivision et de communauté dans le couple (pour une interprétation raisonnée... ou une réforme des présomptions d'indivision dans le « Pacs ») », Defr. 2001, art. 37391, p. 949 et s. ; P. MURAT, « Chronique d'une défaite de la raison juridique », in « Le droit privé à la fin du XX^{ème} siècle : études offertes à Pierre Catala », Litec, Paris, 2001, p. 109 ; Th. REVET, « Législation française en matière de droit privé, Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative aux Pacte civil de solidarité », RTD Civ. 2000, p. 173 et s. ; F. SAUVAGE, « La protection du partenaire survivant », RJPF 2001, n° 5, p. 6 et s. ; F. TERRÉ, « Histoire d'une loi », in « Le Pacs », Dr. Fam., déc. 1999, hors série, p. 28.

⁴ B. BEIGNER, « Pacte civil de solidarité et indivision : visite aux enfers », Defr. 2000, n° 10, art. 37175, p. 620.

⁵ Art. 515-5 Cciv. anc.

⁶ Ce système s'applique encore aux partenariats enregistrés avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006, soit le 1^{er} janvier 2007, puisque la loi n'est pas rétroactive sur ce point.

⁷ C'est ainsi que l'a interprété le Conseil constitutionnel : Cons. Const. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC : JO 16 nov. précit. Le Conseil précise que c'est la seule manière d'écarter la présomption d'indivision, ce qui paraît contradictoire avec l'affirmation, dans la même décision, de la liberté d'organisation patrimoniale des partenaires et l'affirmation du caractère supplétif du régime de double présomption.

⁸ G. CORNU, « Droit civil : la famille », Paris, Montchrestien, 2001, 7^{ème} éd., p. 109-110. Sur cette question, voir aussi P. CATALA, « Critique de la raison médiatique », in « Le Pacs », Dr. Fam., hors série déc. 1999, p. 63.

⁹ En revanche, la présomption sur les meubles meublants est une simple règle de preuve.

qui revenait à exprimer une volonté déterminante de la qualification finale¹. La preuve contraire ne pouvait être invoquée, contrairement au système de présomption de la séparation de biens². On pourrait objecter qu'en régime légal, les époux ont aussi la possibilité d'influer sur la composition des masses grâce aux déclarations d'emploi et de remploi. Mais il s'agit là d'un mécanisme de subrogation réelle : l'origine propre du financement est une condition de validité du remploi et donc de la qualification. En revanche, l'ancien article 515-5 du Code civil faisait peu de cas de la réalité du financement et rendait la qualification totalement tributaire de la volonté personnelle. Dès lors que « *le caractère indivis d'un bien est la conséquence directe de la volonté exprimée ou présumée des partenaires ou de l'un d'eux* »³, le régime devient le vecteur d'une potentielle transmission patrimoniale : « *conscients de la portée de la présomption d'indivision, les partenaires pourraient ainsi utiliser le Pacs pour constituer des biens en vue de leur transmission. C'est le Pacs lui-même qui fournit le moyen de la transmission* »⁴. La mise en indivision, par le biais d'une présomption résultant du régime partenarial lui-même, permet ainsi la constitution d'avantages comparables aux avantages matrimoniaux⁵.

333. Avantages et régime innommé⁶. Les partenaires peuvent-ils, à l'image des époux, modifier à leur guise l'un des régimes nommés ou même élaborer de toute pièce un système adapté, en s'inspirant le cas échéant de mécanismes étrangers⁷ ? Ou ne disposent-ils que d'une option fermée entre la séparation et l'indivision d'acquêts⁸ ? On sait que la liberté des conventions matrimoniales est le berceau des avantages matrimoniaux qu'elle rend possibles. La liberté d'organisation patrimoniale des partenaires est-elle susceptible de créer des avantages partenariaux ? Un consensus semble se former autour de la possibilité, pour les partenaires, de limiter conventionnellement le champ de l'indivision d'acquêts en ajoutant aux exceptions

¹ « *La « preuve contraire » est en réalité une manifestation de volonté contraire* » : G. CHAMPENOIS, art. précit., p. 90.

² Dans le régime séparatiste, la présomption pallie l'absence de preuve contraire pour sortir de l'impasse dans le cas où il est impossible de connaître l'origine exacte du financement. La qualification finale échappe à la volonté des époux et ils la subissent s'ils ne se ménagent pas une preuve suffisante.

³ G. CHAMPENOIS, art. précit., p. 89.

⁴ R. LE GUIDEC, « Le PACS et la transmission des biens entre concubins », in « Études offertes à J. Rubellin-Devichi. Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé », Litec 2002, p. 133, spé p. 140.

⁵ R. LE GUIDEC, art. précit., p. 141.

⁶ V. « Contractualisation du Pacs », AJ Fam. 2011, dossier, n° 131.

⁷ En faveur de cette liberté, v. H. FULCHIRON, « Le nouveau PACS est arrivé ! », Defr. 2006, p. 1621 ; B. BEIGNER, « Pacte civil de solidarité et indivision : visite aux enfers », Defr. 2000, n° 10, art. 37175, p. 620, spé. p. 626 ; « Un contrat de liberté patrimoniale » : Rapport B. BEIGNIER (prés.), « Le Pacs, réflexions et propositions de réforme », rapp. remis à M. Dominique Perben, garde des Sceaux, ministre de la Justice, le 30 novembre 2004, p. 15 ; H. BOSSE-PLATIERE, art. précit., p. 52 ; S. CASTAGNÉ, « Mariage, PACS, concubinage - analyse comparative », JCP N 2008, n° 46, 1325 ; F. DOUET, « Précis de droit fiscal de la famille », Lexis Nexis 2013, 12^{ème} éd., n° 1367 et s.

⁸ Sur cette vision : I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 300 ; Y. DELECRAZ, « Le nouveau régime des biens dans le PACS », AJ Fam. 2007, spé p. 15 ; Ph. SIMLER, et P. HILT, art. précit., spé n° 32.

légales¹ : qui peut le plus peut le moins et il ne peut être reproché aux parties de tendre vers la séparation, qui est le régime supplétif. Mais des divergences émergent sur la possibilité d'étendre la masse indivise, en dérogeant expressément aux exceptions listées à l'article 515-5-2 du Code civil². Est-il possible de prévoir dans la convention de Pacs que les revenus seront indivis³ ? Peut-on aller jusqu'à une indivision universelle⁴ ? Deux arguments majeurs s'y opposent. D'une part, on craint que le Pacs puisse aboutir à une association patrimoniale égale ou supérieure celle du mariage. Mais cette éventualité ne doit pas être redoutée : l'indivision ne vaudra jamais la communauté. Et, contrairement aux régimes matrimoniaux, aucune disposition n'exclut l'application du droit des libéralités, susceptible de limiter les effets d'une générosité excessive⁵ : il n'y aurait donc aucun effet « dévastateur »⁶. D'autre part, de nombreux auteurs attribuent à l'article 515-5-2 du Code civil une formulation injonctive qui ferait autorité sur la volonté personnelle. Mais cet argument ne tient pas : l'indivision d'acquêts n'est ni impérative, ni même supplétive. Elle est un régime conventionnel proposé par la loi, à l'image des régimes offerts aux époux. Ceux-ci font d'ailleurs l'objet d'une formulation tout aussi directive et il n'est pas contesté qu'ils puissent être librement aménagés⁷. Notons enfin que la présomption d'indivision du régime séparatiste peut aboutir à mettre en indivision des biens qui en seraient exclus dans le système de l'indivision d'acquêts : le Pacs est donc apte à créer une masse indivise étendue.

Le Pacs est fondé sur la liberté contractuelle. Elle l'innerve au point de militer contre la dimension institutionnelle de cette forme originale de conjugalité. Faire de l'article 515-5-2 du Code civil un texte impératif serait « *en contradiction avec le libéralisme qui caractérise l'ensemble du dispositif* »⁸. Garantir la liberté contractuelle est un souhait avoué du législateur⁹,

¹ *Contra* : « Couples, patrimoines - Les défis de la vie à deux : 106^{ème} Congrès des notaires de France », Bordeaux, 30 mai-2 juin 2010, Paris, ACNF, 2010.

² « *La question est ici celle de l'admission d'une modulation conventionnelle à la hausse de l'indivision d'acquêts dans la convention de Pacs* » : Cl. GRARE-DIDIER et M. PICHARD, art. précit., n° 9 p. 288.

³ Selon Madame GAUDEMET, cela est difficile puisque qu'il n'existe pas d'équivalent à l'article 223 du Code civil sur la libre disposition des gains et salaires : S. GAUDEMET, art. précit. Mais le raisonnement inverse peut être tenu : en l'absence de disposition impérative sur la libre disposition des gains et salaires, il est tout à fait possible de les mettre en indivision et donc de faire échec à cette libre disposition.

⁴ P. VAN STEENLANDR, art. précit., n° 7.

⁵ La plupart des auteurs cherchent en effet à préserver les enfants non-communs de transferts patrimoniaux qui aboutiraient à porter atteinte à leur réserve. Mais si, comme nous le pensons, la requalification en libéralité s'avère possible, l'action en réduction permettra une protection efficace. V. S. GAUDEMET, art. précit., p. 102 : « *il y a autant de libéralités dans ce qui dépasse le domaine de l'indivision d'acquêts tel que fixé par la loi* ». En tout état de cause, il n'appartient pas à l'indivision de protéger la réserve : cela incombe aux règles successorales.

⁶ Cl. GRARE-DIDIER et M. PICHARD, art. précit., n° 9, p. 288. Les auteurs redoutent les effets d'une mise en indivision des revenus.

⁷ Par exemple, l'article 1572 du Code civil décrivant la consistance du patrimoine final en régime de participation aux acquêts utilise, comme l'article 515-5-2, l'indicatif présent et une affirmation qui semble péremptoire. Il est pourtant possible de l'aménager, notamment en excluant les biens professionnels.

⁸ Ph. SIMLER, et P. HILT, art. précit., n° 32.

⁹ Cf. B. BEIGNIER, art. précit., qui retrace les débats à l'Assemblée Nationale, au Sénat et devant le Conseil constitutionnel.

consacré par le Conseil constitutionnel¹. La possibilité de prévoir des « dispositions contraires » est un fil rouge du dispositif légal². De surcroît, « *sur le fond, indépendamment de l'argument d'autorité, nous ne voyons pas ce qui rationnellement justifie une telle interdiction. La liberté contractuelle de droit commun ne suffit-elle pas à fonder la solution proposée ?* »³. D'innombrables avantages pourraient ainsi émaner des dispositions de la convention de partenariat⁴. Mais les limites que repousse la liberté des conventions matrimoniales retrouveraient ici leur place légitime. La prohibition des pactes sur succession future constituerait un redoutable rempart contre des systèmes de transmission trop avancés⁵. Le droit commun de l'indivision aurait également droit de cité.

334. Régime partenarial, avantages matrimoniaux et libéralité. On ne peut nier que des avantages émanent de l'organisation patrimoniale des partenaires à tous les niveaux⁶. Mais quelle peut être leur place dans le système juridique ? Ils ne constituent pas des avantages matrimoniaux, puisque ceux-ci résultent du fonctionnement d'un régime matrimonial et ne se conçoivent qu'entre époux, et aucune disposition légale ne les qualifie d'« avantages partenariaux ». En l'absence de texte similaire à l'article 1527 du Code civil, rien ne s'oppose fondamentalement à une qualification en libéralité. Certes, la détermination de l'intention libérale peut être sujette à controverse. Mais la convention d'indivision n'en est pas exclusive. Le couple est un terrain fertile à l'expression de la générosité. Quelle que soit la cause subjective, la finalité poursuivie par la convention génératrice d'avantages, il n'est pas impossible que sa cause objective soit la création d'un déséquilibre économique et donc que l'intention libérale se révèle. Celle-ci est d'ailleurs garante d'une certaine rationalité. L'enrichissement né de la passivité d'un des partenaires⁷ ne pourra être qualifié de donation dans la mesure où l'intention libérale nécessite une volonté dynamique, celle de placer le déséquilibre économique au cœur de l'opération. Le laisser-faire n'est pas toujours le vouloir-donner. Il faudra, de même, prouver l'acceptation par le

¹ *Cons. Const.* 9 nov. 1999, n° 99-419 DC : JO 16 nov. cons. 88, précit. : les partenaires « *pourront librement choisir, dans les conditions précédemment exposées, de soumettre à un autre régime l'ensemble des biens qu'ils viendraient à acquérir à titre onéreux après la conclusion du pacte* ».

² L'article 515-5 du Code civil prévoit cette possibilité de manière large et ne vise pas exclusivement l'indivision d'acquêts : il ne renvoie pas à l'article 515-5-1 Cciv., mais à l'article 515-3 al. 3 Cciv., qui est plus général. L'article 515-7 Cciv. évoque l'aménagement conventionnel de l'évaluation des créances ; l'article 515-4 Cciv. permet d'organiser librement la contribution portant sur l'aide matérielle ; l'article 515-5-3 Cciv. autorise les conventions pour la gestion de l'indivision.

³ G. CHAMPENOIS, art. précit., p. 92.

⁴ Rien n'interdit par exemple d'écarter le principe de l'impossible recours contributif de l'article 515-5-1 Cciv.

⁵ Il n'est pas certain que le préciput portant sur un bien indivis s'analyse en un droit actuel à terme comme pour le préciput sur bien commun. Le Pacs peut en effet être rompu unilatéralement et le partage demandé à tout moment, avant le décès. Le créancier dispose donc d'une réelle prérogative potestative qui rend incertaine l'existence du droit, alors qualifiable d'éventuel.

⁶ Le Pacs est « *un formidable outil de transmission de patrimoine* » : H. BOSSE-PLATIERE, art. précit., p. 35.

⁷ Par exemple un partenaire qui, dans l'ancien système de double présomption d'indivision, n'aurait pas pris la peine de mentionner le caractère personnel du bien, par oubli ou méconnaissance : H. LECUYER, « Présomption

bénéficiaire, ce qui ne sera pas possible s'il n'avait pas connaissance de l'avantage. Le gouvernement a d'ailleurs consacré la possibilité d'une qualification en donation indirecte pour les présomptions d'indivision de l'ancien Pacs¹. La qualification en libéralité est de surcroît nécessaire. Elle viendrait utilement limiter les effets de la liberté d'organisation patrimoniale. Si celle-ci est tant redoutée, c'est parce qu'elle a d'inévitables conséquences sur les droits des héritiers réservataires. Mais une fois reconnu comme une libéralité, l'avantage devient réductible. Cela offre deux protections supplémentaires par rapport au retranchement des avantages matrimoniaux. D'une part, les limites de la quotité disponible sont plus strictes, puisqu'il s'agira d'une quotité ordinaire et non spéciale. D'autre part, la titularité de l'action ne sera pas limitée aux seuls enfants non-communs, mais offerte à tous les descendants. Il demeure qu'en l'absence de requalification libérale, les recours contre l'enrichissement tiré du Pacs au détriment de l'un des partenaires sont limités. L'action *de in rem verso* est très délicate à mettre en œuvre : elle est supplétive et nécessite la démonstration d'une absence de cause. Or il est possible de voir dans le Pacs lui-même, voire dans la vie de couple, la cause de l'avantage consenti². En somme, l'étude du Pacs gagnerait à s'émanciper du droit des régimes matrimoniaux et à se fonder sur le droit commun des conventions dont il est issu. Les partenaires sont placés à un niveau comparable aux seuls concubins³, libres d'organiser conventionnellement leur vie patrimoniale commune et soumis au droit commun⁴.

335. Synthèse. L'aperçu de l'avantage a permis de comprendre ses traits fondamentaux. D'une part, il se caractérise par une polysémie trop méconnue : il peut être un bienfait ou une différence ; il peut être un bienfait qui crée une différence. D'autre part, s'il est saisi par le droit, c'est souvent sans aucun sens juridique prédéfini. La recherche d'une définition précise est donc à la fois très libre et très complexe. Plus que sa réalité, ce sont souvent les conséquences de l'avantage qui sont redoutées, ce qui amène les auteurs à une grande prudence

d'indivision, questions soulevées par une réponse », Dr. Fam. 2001, n° 3 p. 22.

¹ Rép. Min. n° 23816 : JO Sénat 23 nov. 2000, p. 4018 ; JCP N 2000, n° 49, p. 1769 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Pacs et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », RTD Civ. 2001, p. 529.

² Quoique cela n'explique pas tout. L'inégalité de la contribution n'est pas toujours causée. Selon la jurisprudence, « n'est pas sans cause l'enrichissement qui a son origine dans l'un des modes légaux d'acquisition des droits » (Cass. 1^{ère} civ. 10 mai 1984 : Bull. civ. I, n° 153). Or, le Pacs ne se situe pas dans le livre consacré aux différents modes d'acquisition de la propriété, contrairement au droit des libéralités, des régimes matrimoniaux et des successions. En revanche, en tant qu'acte juridique, il peut servir de cause à l'enrichissement. « L'enrichissement a une cause légitime quand il trouve sa source dans un acte juridique » (Cass. 3^{ème} civ., 28 mai 1986 : Bull. civ. III, n° 83).

³ Le professeur LE GUIDEDEC note que « force est de considérer que le PACS ne modifie pas, a priori, la transmission des biens entre partenaires par rapport à celle qui peut être élaborée entre concubins » : R. LE GUIDEDEC, art. précit., p. 134.

⁴ Sur le concubinage : D. HUET-WEILLER, « Les rapports pécuniaires des concubins avec les tiers », in « Indépendance financière et communauté de vie », coll. LERADP, LGDJ 1989, p. 131 ; A. PROTHAIS, « Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations entre eux », JCP 1990, I, 3440 ; M.-C RIVIER, « La solidarité entre concubins », in « Études offertes à J. Rubellin-Devichi. Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé », Litec 2002, p. 97 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « L'attitude du législateur contemporain

dans l'emploi du terme. Les problématiques du Pacs l'illustrent bien : il est difficile de concevoir une notion juridique d'« avantage partenarial » parce que son régime juridique serait alors totalement inconnu. Pourtant, le Pacs, comme toute interaction personnelle, produit des avantages. Il ne s'agit plus de le démontrer. L'heure est au tri : quels sont les avantages qui peuvent et doivent être saisis par le droit ? Et pourquoi ? Sur ces questions, l'exposé a permis de comprendre que la conceptualisation de l'avantage dans différents domaines a relayé des problématiques communes susceptibles d'éclairer la compréhension des avantages matrimoniaux et qu'il faut dorénavant exposer.

Section seconde : Problématiques juridiques de l'avantage

336. L'omniprésence de l'avantage. Une fois l'avantage appréhendé par le droit, les incertitudes terminologiques se doublent de réelles difficultés juridiques sources de riches débats, comme en témoignent l'avantage indirect et les avantages issus d'une convention de Pacs. Or, quel que soit le domaine dans lequel il émerge, l'avantage pose les mêmes difficultés conceptuelles. Il existe des problématiques juridiques inhérentes à la notion d'avantage et qui se déclinent sous divers aspects, y compris en matière d'avantages matrimoniaux. Celles-ci peuvent synthétiquement se regrouper en deux ensembles. D'une part, c'est l'origine de l'avantage qui est mal perçue. Se pose donc la question de sa source juridique (**Paragraphe premier**). D'autre part, l'appréhension tangible de l'avantage est souvent très délicate. C'est ainsi la teneur juridique de l'avantage qui devra être étudiée (**Paragraphe second**).

Paragraphe premier : La source juridique de l'avantage

337. Une double source. L'avantage matrimonial rattrape la donation entre époux en raison des nombreuses similitudes qu'ils partagent. La dualité de source en est l'exemple. S'il est en effet certain que l'avantage, entendu dans un sens général, est issu d'une source objective qu'il est nécessaire de comprendre (A), il paraît plus délicat de considérer qu'il puisse émaner d'une source subjective, postulat qui doit pourtant être sérieusement envisagé (B).

A. Une essentielle source objective

338. Problématique de la source objective. La question posée est ici celle de l'origine de l'avantage. L'aperçu du traitement juridique de l'avantage indirect et des effets patrimoniaux du Pacs a démontré que l'avantage n'est pas simplement recherché au sein d'un acte juridique entre deux ou plusieurs parties, mais plus largement dans un ensemble d'interactions humaines. Peut-il résulter d'un fait juridique ? D'une disposition légale ? De l'autorité d'un juge ? De telles questions ne se posent pas au sujet des libéralités. S'il est admis qu'elles confèrent inévitablement un avantage issu d'une inéquivalence objective des prestations, il est toujours exigé que le déséquilibre économique résulte d'une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit, qu'il s'agisse d'un acte unilatéral ou d'un contrat. La question est bien plus ouverte pour les avantages matrimoniaux. D'une part, le régime matrimonial n'est pas souvent perçu comme un acte juridique. Il est pourtant admis qu'il crée des avantages. D'autre part, le mariage lui-même peut être source d'enrichissements divers, sans que sa nature contractuelle ne fasse encore l'unanimité. La même difficulté se retrouve à propos du Pacs, ce qui confère une importance toute

particulière à la détermination de la nature du partenariat. La question de savoir s'il produit des avantages est aussi celle de sa définition : est-il une institution ou un contrat ? Dans ce domaine, l'évolution législative rend les solutions incertaines : si le Pacs tend vers l'institutionnalisation, crée-t-il pour autant moins d'avantages ? Les avantages peuvent-ils résulter de l'application d'un régime impératif ou sont-ils exclusivement produits par les règles librement déterminées par les parties ? Les interactions quotidiennes au sein du couple, faits juridiques volontaires ou involontaires, peuvent-ils créer des avantages ?

339. Premiers éléments de réponse. L'étude du domaine de la distinction du titre onéreux et du titre gratuit a déjà permis d'esquisser des éléments de réponse¹. Les difficultés tenaient principalement à l'agencement de deux données : la volonté et l'avantage. Le raisonnement a abouti à la proposition suivante : le domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux est conditionné par l'existence d'un avantage et d'une volonté pouvant y être rattachée. La présence de ces deux éléments rend l'opération dont l'avantage est issu qualifiable au regard du titre gratuit et du titre onéreux. À ce stade de l'analyse, la définition de l'avantage n'était pas précisée, mais la notion se fondait déjà sur un constat objectif. L'avantage préexiste au Droit qui le saisit. Cette particularité a permis de postuler que le domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux n'est pas limité aux seuls actes juridiques mais s'étend à toutes les hypothèses réunissant un avantage et une volonté qui y est rattachée. L'avantage a fondamentalement une source objective. Il peut résulter d'une disposition légale dont l'exécution est judiciairement ordonnée, tel l'octroi d'une prestation compensatoire ou la condamnation à une pension alimentaire correspondant à la contribution d'un parent à l'entretien et l'éducation des enfants. Il peut aussi émaner d'un fait juridique.

En outre, l'étude des critères de qualification a démontré que l'élément matériel et l'élément moral peuvent, indépendamment l'un de l'autre, se rattacher à une dimension gratuite ou onéreuse selon des règles qui leurs sont propres. Il peut exister un élément matériel gratuit et un élément intentionnel onéreux. Il se peut même que l'un des critères existe sans l'autre. Il n'est alors pas possible de qualifier l'ensemble de l'opération au regard du titre gratuit et du titre onéreux, mais le rattachement du critère peut tout de même s'opérer. Il en résulte que l'avantage peut exister sans une volonté qui y serait rattachée. On se souvient des conséquences de ce constat : certains auteurs ont conclu que les critères subjectifs étaient dénués de rôle significatif dans la compréhension des avantages matrimoniaux². Nous avons choisi de défendre leur existence tout

¹ V. *infra*, n° 30 et s.

² V. F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987, n° 511, p. 687.

en relativisant l'importance de leurs effets¹. Ces développements accréditent la théorie d'une source éminemment objective de l'avantage, qu'il soit saisi dans son aspect « bienfait » ou dans sa conséquence médiate, la « différence ». Deux sources objectives permettront d'en attester.

340. L'avantage résultant d'un fait juridique. L'aperçu juridique a fourni des exemples d'avantages juridiquement reconnus comme tels, mais émanant de faits juridiques volontaires. La jurisprudence a par exemple consacré la qualification d'avantage indirect lorsque le successible reprend l'activité de son auteur², ou encore, dans l'hypothèse plus significative de la cessation d'une activité exercée par le *de cuius* concomitamment à la mise en place d'une activité de même nature dans le même domaine géographique par le successible³. L'étude du Pacs illustre aussi cette réalité. D'une part, l'article 515-7 al. 11 *in fine* du Code civil évoque la compensation entre la créance détenue par un partenaire contre l'autre et l'avantage qui résulte, pour le débiteur, de la vie commune « *notamment en ne contribuant pas à hauteur de ses facultés aux dettes de la vie commune* ». Le législateur reconnaît donc que la seule vie commune produit des avantages : « *au sein d'un même foyer, la communauté de vie génère de façon inévitable des dépenses dont l'objet est collectif, impossible à imputer à un seul individu* »⁴. Un loyer pour deux, un mobilier à usage commun, les charges usuelles réduites de moitié, etc. : la vie commune est un terrain fertile à l'émergence d'avantages chiffrés. Et si, de surcroît, l'un participe financièrement dans une proportion moindre que l'autre, l'avantage s'accroît pour l'un au détriment de l'autre. Or, si la vie commune correspond à une obligation civile en matière de Pacs et de mariage, tel n'est pas le cas en concubinage où elle demeure un fait juridiquement reconnu. Ainsi, des avantages sont issus d'un fait juridique⁵. D'autre part, en régime séparatiste l'implication bénévole de l'un dans l'activité professionnelle de l'autre créera au bénéfice de celui-ci un avantage, en raison de l'absence de principe de mise en commun des ressources. Cette question, déjà présente entre époux, devient plus prégnante entre partenaires puisque, sans système de prestation compensatoire à l'issue de l'union, il n'y aura pas de compensation. C'est la règle de l'enrichissement sans cause

¹ Sur l'importance du critère subjectif : E. ROUSSEAU, « De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 711.

² V. par exemple : CA Aix-en-Provence, ch. civ. B., 3 sept. 1998, Juris-Data n° 1998-047362. V. aussi, s'agissant de l'exploitation d'un cabinet dentaire par le successible dans l'attente de reprendre l'activité en son nom : Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 2002, n° 00-18.339, Juris-Data n° 2002-016422 : Bull. civ. 2002, I, n° 277 ; JCP 2003, I, 180, n° 6, obs. R. LE GUIDEDEC ; D. 2003, p. 1590, note S. MIRABAIL.

³ Cass. 1^{ère} civ., 10 oct. 1979 : Bull. civ. 1979, I, n° 245 ; D. 1980, IR, p. 402, obs. D. MARTIN ; JCP N 1980, prat. 425 ; RTD Civ. 1982, p. 181, obs. J. PATARIN.

⁴ M.-C. RIVIER, « La solidarité entre concubins », in « Études offertes à J. Rubellin-Devichi. Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé », Litec 2002, p. 97.

⁵ De surcroît, il n'existe, pour les concubins, aucune obligation de contribuer aux charges courantes, ce qui favorise encore plus la production d'avantages.

qui permettra de corriger le déséquilibre¹, à moins que celui-ci ne soit recherché, et la requalification en libéralité pourra être envisagée. C'est bien ici un fait juridique, soit l'activité de l'un, en dehors de tout acte juridique ou statut particulier, qui fait naître l'avantage.

La théorie des quasi-contrats confirme l'existence d'avantages nés de faits juridiques². Selon l'article 1371 du Code civil, les quasi-contrats sont des « *faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties* ». On pourrait presque dire qu'un fait juridique est à l'origine d'un rapport contractuel. La nécessité d'en traiter les conséquences se justifie par les avantages qui peuvent être créés. La répétition de l'indu est ici significative : elle se fonde souvent sur une erreur matérielle, donc un fait juridique. La jurisprudence considère que l'indu est une donnée objective, indépendante de la volonté³, et que l'action en répétition se fonde sur le fait juridique du paiement⁴. Il n'est nul besoin que celui-ci soit consécutif à une erreur⁵. De même, l'enrichissement sans cause consacre une hypothèse objective d'avantage qui doit être remboursé⁶. Il est même très difficile de se fonder sur l'action *de in rem verso* lorsque l'enrichissement sera la conséquence d'un contrat. Non-seulement, l'action naissant du contrat empêchera l'exercice de l'action, qui est subsidiaire⁷, mais de plus, l'absence de cause sera

¹ L'avantage sera alors réduit à néant. Pour un exemple entre concubins : Cass. 1^{ère} civ., 15 oct. 1996 : Bull. civ. I, n° 357 ; RTD Civ. 1997, p. 102, obs. J. HAUSER et p. 657 obs. J. MESTRE ; D. 1997, somm. 177, obs. R. LIBCHABER ; Defr. 1997, p. 923, note O. MILHAC (1^{ère} esp.).

² H. VIZIOZ, « La notion de quasi-contrat », thèse Bordeaux, 1912 ; M. DOUCHY, « La notion de quasi-contrat en droit positif français », thèse Aix, éd. 1998 ; C. GRIMALDI, « Quasi-engagement et engagement en droit privé », thèse Paris II, éd. 2007 ; M. LECENE-MARENAUD, « Le rôle de la faute dans les quasi-contrats », RTD Civ. 1994, p. 515 ; J. HONORAT, « Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel », RTD Civ. 1969, p. 653 ; A. DANIS-FATÔME, « Quasi-engagement et apparence : proximité ou identité ? » RDC 2009, p. 32.

³ Cass. ass. pl., 2 avr. 1993 : Bull. civ. n° 9, R., p. 326 ; GAJC, 11^{ème} éd. n° 226 ; D. 1993, p. 373, concl. M. JEOL ; D. 1993, somm. 273, obs. X. PRETOT ; Defr. 1993, p. 1380, obs. J.-L. AUBERT ; JCP 1993, II, 22052, concl. M. JEOL ; Gaz. Pal. 1993, II, 560, concl. M. JEOL ; RTD Civ. 1993, p. 820 obs. J. MESTRE ; A. SERIAUX, D. 1993, chron. 229.

⁴ Pour un exemple d'indu constitué par un fait juridique du paiement : Cass. com. 24 nov. 1998 : Bull. civ. IV, n° 281 ; Cass. com. 5 juin 2007 : Bull. civ. IV, n° 154 ; D. 2007, AJ, p. 1730, obs. A. LIENHARD ; RTD Com. 2007, p. 840, obs. A. MARTIN-SERF.

⁵ Cass. soc., 14 oct. 1993 : Bull. civ. V, n° 236 ; RTD Civ. 1994, p. 101, obs. J. MESTRE ; Bull. civ. V, n° 238 et n° 232. V. I. DEFRENOIS-SOULEAU, « La répétition de l'indu objectif, pour une application sans erreur de l'article 1376 du Code civil », RTD Civ. 1989, p. 243. V. cependant Y. LOUSSOUARN, « La condition d'erreur du *solvens* dans la répétition de l'indu », RTD Civ. 1949, p. 212 ; J. GHESTIN, « L'erreur du *solvens*, condition de la répétition de l'indu », D. 1972, chron. p. 277.

⁶ G. RIPERT et R. TEISSEIRE, « Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause », RTD Civ. 1904, p. 727 ; H. LOUBERS, « L'action de *in rem verso* et la théorie de la responsabilité civile », Rev. crit. lég. et jp. 1912, p. 396 et p. 462 ; A. ROUAST, « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », RTD Civ. 1922, p. 35 ; J.-P. BÉGUET, « L'enrichissement sans cause », thèse Alger 1945 ; F. GORÉ, « L'enrichissement aux dépens d'autrui, source autonome et générale d'obligations en droit privé français », thèse Paris 1945 ; J. CHEVALILLIER, « Observations sur la répétition des enrichissements non causés », étude G. Ripert, t. II, p. 237 ; E. VON CAEMMERER, « Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause », RID Comp. 1966, p. 573 ; D. LEITE DE CAMPOS, « Les présupposés externes de l'action de *in rem verso* », thèse Paris II, 1978.

⁷ Cass. civ., 2 mars 1915 : GAJC, 11^{ème} éd., n° 228 ; DP 1920, I, 102 (1^{ère} esp.) ; Cass. 3^{ème} civ. 29 avr. 1971 : Bull. civ. III, n° 277, p. 197 ; RTD Civ. 1971, p. 842, obs. Y. LOUSSOUARN ; Gaz. Pal. 1971, II, 554 ; Cass. com., 10 oct. 2000 : Bull. civ. IV, n° 150 ; D. 2000, AJ, p. 409, obs. V. AVENA-ROBARDET ; RTD Civ. 2001, p. 591, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

difficile à démontrer¹. Ici, les exigences de la jurisprudence conduisent souvent à traiter les enrichissements issus de faits juridiques. L'application aux concubins est révélatrice : l'action *de in rem verso* ne peut être envisagée puisque l'enrichissement et l'appauvrissement seront le fait d'un contrat, par exemple une société créée de fait². Que le profit dont il est question soit destiné à être réduit n'est pas excluant du constat que la théorie des quasi-contrats consacre pleinement l'existence d'avantages nés de faits juridiques. Non-seulement il peut créer l'enrichissement, mais il peut aussi le causer³.

341. L'existence d'avantages émanant de certaines institutions. Que l'on considère les institutions comme des groupements humains ou un ensemble de règles impératives ayant une autorité supérieure sur le contrat⁴, leur existence est justifiée par un intérêt subjectif à finalité individuelle⁵, une fin supérieure, donc à la recherche d'un avantage-bienfait. Plusieurs exemples en attestent. Les avantages fiscaux se définissent comme des faveurs accordées par l'État à certains contribuables et qui se traduisent par une réduction du montant de l'impôt à percevoir. Il y a bien ici un avantage conféré par l'institution, librement décidé par le législateur, et qui correspond à un instrument de politique budgétaire, économique ou sociale. Il en va de même pour les avantages de retraite, qui correspondent à des compléments de revenus pour les personnes physiques remplissant certains critères prédéfinis⁶. Les avantages particuliers sont également des bienfaits obtenus par adhésion à une institution, puisque la société est parfois considérée comme telle.

La jurisprudence a refusé de qualifier d'avantage indirect le bénéfice lié à la continuation du bail rural par application de l'article L. 411-34, alinéa 1^{er} du Code rural, parce qu'il n'émanait pas de la volonté du *de cuius* mais d'une disposition légale. Cependant la philosophie qui sous-tend le rapport successoral explique cette solution, qui ne nie pas l'existence d'un avantage mais refuse simplement de le soumettre à un régime juridique précis. En revanche, le Pacs, dont la dimension institutionnelle interroge toujours, dévoile l'existence d'avantages au sein du régime impératif. La vie commune, devenue ici une obligation civile, confère des avantages déjà évoqués. L'aide mutuelle et matérielle, qui s'analyse en une contribution de chacun aux dépenses de la vie courante, crée également un avantage en instaurant une solidarité⁷ entre les membres du couple.

¹ Cass. 3^{ème} civ., 28 mai 1986 : Bull. civ. III, n° 83 ; Cass. com., 18 janv. 1994 : Bull. civ. IV, n° 27.

² Cass. 1^{ère} civ., 8 déc. 1987 : Bull. civ., I, n° 335 ; Cass. 3^{ème} civ., 29 avr. 1971 : Gaz. Pal. 1971, II, p. 554.

³ L'appauvrissement du concubin qui a effectué des travaux sur l'immeuble de sa concubine a une cause, constituée par son hébergement pendant dix-huit ans dans cet immeuble : Cass. 3^{ème} civ., 12 nov. 1998 : Dr. Fam. 1999, n° 12, note H. LECUYER.

⁴ Sur la définition de l'institution et ses différentes significations, v. *infra*, n° 401 et s.

⁵ En ce sens : Y. PUYO, « Essai sur le contrat et l'institution : les relations entre les groupements institutionnels et le contrat en droit privé », thèse Toulouse 2008, p. 27.

⁶ V. notamment E. JEANSEN, « Prévoyance - Notion d'avantage de retraite », JCP S 2011, n° 31 p. 24.

⁷ Entendue ici dans un sens courant et non juridique.

Ces avantages se retrouvent dans le régime matrimonial primaire. Ainsi, en adhérant à une institution, les membres du couple accèdent à des avantages et consentent à en procurer. Il ne s'agit plus de le nier, mais il reste à comprendre leur place au sein du système juridique¹.

342. Synthèse. La réalité d'une source objective ne peut être niée. Le point de départ de toute réflexion sur l'avantage se fonde sur le constat de son existence. Il peut donc résulter d'un acte, d'un fait juridique, d'une institution, ou d'un ordre de la loi. Cependant la volonté n'est pas étrangère à l'avantage, puisque l'acte juridique en est toujours une manifestation et que le fait juridique peut être volontaire. De même, lorsque l'institution dispose d'une personnalité juridique, c'est sa volonté qui est à l'origine de l'avantage : les avantages fiscaux ou de retraite en sont le parfait exemple. L'avantage dispose alors peut-être, en sus de sa source objective, d'une origine subjective dont la teneur doit à présent être éprouvée.

B. Une potentielle source subjective

343. La problématique récurrente des facteurs subjectifs. Par principe, puisque l'article 1527 du Code civil interdit de qualifier les avantages matrimoniaux en donations, l'intention libérale n'y joue pas le rôle déterminant qu'on lui connaît en matière de libéralité. Mais sont-ils pour autant dépourvus de critère subjectif ? L'analyse de leur classification au regard du titre gratuit et du titre onéreux a démontré qu'ils étaient très souvent animés d'une intention gratuite, laquelle a été définie plus largement que l'intention onéreuse qui consiste en la recherche d'un profit personnel. L'étude des critères catégoriques de la libéralité a également permis d'avancer que l'avantage matrimonial n'est pas exclusif d'intention libérale, même s'il peut exister indépendamment de celle-ci. La difficulté vient de ce que l'avantage matrimonial résulte, objectivement, de l'application d'un régime matrimonial et donc que la source objective prend le pas sur l'origine subjective. Mais ce sont pourtant bien les volontés conjuguées des époux qui conduisent à l'application de ce régime et qui sont déterminantes de l'adhésion à l'institution du mariage. Si la volonté n'est pas exclusive de l'avantage, quelle place faut-il lui accorder dans le processus de création ? L'avantage peut-il résulter d'une volonté implicite ? Peut-il être la conséquence d'un acte juridique dont il n'est pas l'objet principal ? La réponse à ces questions est fondamentale pour la compréhension de l'avantage matrimonial puisque les époux s'en remettent souvent à la sagesse de la loi et ne saisissent que rarement l'étendue des conséquences du choix d'un régime matrimonial.

¹ Sur l'étalon de détermination des avantages matrimoniaux : v. *infra*, n° 365 et s.

344. Avantages indirects. On se souvient que, avant le revirement qui a remis en cause jusqu'à leur existence, la doctrine définissait les avantages indirects comme des « *profits non justifiés par l'objet principal d'une convention conclue entre le de cuius et un de ses successibles, ou d'un acte accompli à sa faveur par le défunt* »¹. Or, si l'avantage n'est pas justifié par l'objet principal de l'acte, c'est qu'il n'a pas été recherché en lui-même, voire qu'il n'a pas été soupçonné comme une conséquence possible de l'acte. Comment pourrait-il être issu d'une intention libérale ? C'est pourtant l'absence de lien entre cette intention et l'avantage qui a été dénoncée suite à l'arrêt du 8 novembre 2005². L'on se souvient également que le caractère indirect était en réalité justifié par le dévoiement du rapport d'équivalence sous l'influence du rapport successoral : était « indirect », l'avantage qui rompait l'égalité entre cohéritiers sans que cette rupture ne soit recherchée, peu important que le rapport d'équivalence soit déséquilibré au détriment du *de cuius*. En réalité, c'est plus la rupture d'égalité entre cohéritiers qui est indirecte que le bienfait perçu par le bénéficiaire. Ici, c'est donc bien la volonté de faire profiter le successible d'un bienfait qui est à l'origine de l'acte et de l'avantage, mais le *de cuius* n'a pas eu conscience des autres répercussions de son acte : en plus de conférer un bienfait à son héritier, il l'avantage par rapport aux autres. Si l'avantage-bienfait est directement issu de la volonté du *de cuius*, l'avantage-différence est un effet collatéral qui n'a pas nécessairement été voulu : il a été « découvert » après-coup, matérialisé comme la suite logique de l'avantage-bienfait.

Mais avec le retour à une conception plus orthodoxe de l'avantage indirect, la question reste posée : comment un avantage peut-il être le fruit d'une volonté personnelle alors que l'on exige qu'il soit indirect, donc non recherché en lui-même ? Il ressort des nombreux commentaires consacrés au revirement intervenu le 18 janvier 2012³ que si l'avantage indirect se caractérise avant tout par un élément objectif, les données subjectives ne sont pas en reste. Certains proposent même de distinguer l'avantage indirect rapportable (empreint d'une intention libérale) de l'avantage indirect non-rapportable (pour lequel l'intention libérale est absente ou n'a pu être démontrée)⁴. L'avantage obtenu de l'article 860 du Code civil pose la même question : la différence entre la valeur rapportable légale et celle qui est conventionnellement stipulée n'est-elle pas directement le fruit d'une volonté personnelle ? Le *de cuius* a-t-il entendu dispenser partiellement de rapport, ou contraindre l'héritier à rapporter une valeur plus importante ? Ou a-t-

¹ V. BARABÉ-BOUCHARD, « Occupation gratuite d'un logement par un héritier ; de la dispense systématique de rapport au rapport systématique ? », JCP N 2006, n° 1220, p. 1150. Sur l'avantage indirect, v. *supra*, n° 312 et s.

² Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 2005 : D. 2006, pan., p. 2072, obs. M NICOD ; V. BARABÉ-BOUCHARD, note précit. ; JCP 2008, I, p. 108, n° 8 et JCP N 2008, n° 1063, p. 23 obs. R. LE GUIDEDEC ; RJPF 2006, p. 34 obs. J. CASEY ; PA 3 mai 2006, note A. CHAMOULAUD-TRAPIERS.

³ Cass. 1^{ère} civ., 18 janv. 2012, pourvois n°s 09-72542, 10-27325, 11-12863, et 10-25685 : JCP 2012, n° 17 p. 835, n° 513, note F. SAUVAGE ; Dr. Fam. 2012, comm. 50, note B. BEIGNIER ; RJPF sept. 2012, n° 2, p. 6, note D. MARTEL ; RLDC 2012, n° 94, p. 43, note M. MÉSA ; Lexbase Hebdo, 22/03/2012, n° 478, note S. DEVILLE.

⁴ F. SAUVAGE, note précit.

il simplement souhaité pacifier les relations entre cohéritier et simplifier les règles de calcul ?

345. Donations indirectes. Les donations indirectes sont l'exemple parfait d'un avantage issu indirectement d'une volonté personnelle. Cette apparente similitude des procédés conduit naturellement à assimiler l'avantage indirect et la libéralité indirecte. Mais en étudiant plus attentivement la question, cette assimilation s'avère impossible. Il ne faut pas perdre de vue la différence de degré des deux notions. La libéralité est un acte juridique qui crée un avantage. L'avantage, lui, est le résultat d'un acte juridique¹. Ainsi, en matière de donation, c'est l'acte juridique qui est indirect, non l'avantage qui en est issu. Le caractère indirect remplit une exigence de forme qui assure une certaine visibilité : l'intention libérale utilise un acte support pour aboutir à un déséquilibre économique. Par exemple, un successible peut utiliser la faculté qui lui est offerte de renoncer à une succession pour gratifier les membres de sa fratrie par accroissement. C'est plus la matérialisation de la volonté qui est indirecte que l'avantage ainsi procuré. Dans la donation indirecte l'intention libérale crée l'avantage et utilise un acte support pour y parvenir. Le caractère indirect est une modalité formelle, un instrument au service de la volonté. Une assimilation totale de la libéralité et de l'avantage indirect revient à nier la nécessité d'un caractère indirect. On ne peut exiger à la fois un caractère « indirect » de l'avantage et une intention libérale. Voilà pourquoi le revirement opéré le 18 janvier 2012 fait reculer l'avantage indirect et progresser la libéralité. Mais l'apport de ces développements à notre débat est limité par les particularités de l'intention libérale qui se définit par référence à l'élément matériel. Cela ne signifie pas que l'avantage, fut-il indirect, ne peut résulter d'une source subjective.

346. La volonté dans la création de l'avantage partenarial. En premier lieu, l'avantage peut-il résulter d'une volonté exprimée au stade de l'application du régime ? Ici, des réponses peuvent être trouvées dans l'analyse de l'économie du système. On se souvient qu'en matière de qualification des biens, la volonté des partenaires est souvent décisive et que c'est parfois de la manière dont ils appliquent leur régime que dépendra l'issue des conflits catégoriques². Par exemple, en matière d'indivision d'acquêts, il leur appartient, soit d'employer les deniers à l'acquisition d'un bien (la valeur ainsi utilisée deviendra indivise), soit de conserver les deniers pour les soustraire au principe participatif. C'est également leur volonté qui permettra d'éviter l'application de la présomption d'indivision. Il appartient aux partenaires de faire échec à la présomption en se ménageant la preuve inverse, ou au contraire, d'utiliser en toute connaissance de cause cette présomption pour faire sciemment entrer en indivision un bien acquis

¹ Ou, avons-nous vu, d'un fait juridique ou d'un ordre de la loi.

² Dépendent également de leur volonté les modalités d'organisation de l'aide matérielle réciproque. Ils peuvent aussi organiser librement un régime qu'ils composeront selon leur bon vouloir.

par l'un d'eux ou financé de manière inégalitaire. En somme, la réalité de l'avantage dépend de leur volonté d'y faire échec ou au contraire de le favoriser. Cette réalité conduit de nombreux auteurs à remarquer que le jeu du principe participatif est conditionné à la volonté des partenaires, donc que l'octroi d'un avantage en dépend¹.

Cependant, la qualification ne dépend pas uniquement du bon vouloir des partenaires. L'emploi de deniers, en indivision d'acquêts comme ailleurs, correspond à une nécessité de la vie quotidienne : l'achat d'un bien immobilier, l'aménagement et l'équipement du logement, etc. Et si les partenaires ne peuvent prouver l'origine propre du bien, ce n'est pas nécessairement parce qu'ils ont souhaité qu'il tombe en indivision du fait de la présomption : cela peut résulter d'une simple négligence, ou d'une méconnaissance des effets du régime patrimonial. En somme, la volonté manifestée lors de l'application des règles du régime n'est pas obligatoirement à l'origine de l'avantage, qui dispose d'une source objective.

En second lieu, la volonté exprimée pour l'application d'un régime supplétif peut-elle être à l'origine de l'avantage consenti ? La difficulté vient de ce que le choix porte précisément sur un régime et non sur la création d'avantages. Si ceux-ci peuvent être soupçonnés, ils ne sont pas nécessairement recherchés en eux-mêmes. Le problème se complique lorsque l'on se souvient que l'application du régime supplétif est justement conditionnée à l'absence de volonté contraire. Dans quelle mesure les partenaires ont-ils choisi ce régime ? Cette question se retrouve à propos du régime légal entre époux. En matière de Pacs, on songera notamment à la présomption d'indivision qui n'a de surcroît pas vocation à créer un enrichissement mais simplement à régler des difficultés probatoires. Ici, la nature contractuelle du Pacs permet d'avancer des propositions. La volonté des partenaires est réputée s'étendre à tous les effets du régime auquel ils adhèrent. Il leur appartient de limiter les avantages ou de ne pas les circonscrire. Contrairement à la volonté, le consentement se définit comme une abdication aux effets d'un acte juridique². Si la volonté des parties est déterminante de leur adhésion au Pacs, elle implique un consentement portant sur tous ses effets. Le principe de liberté contractuelle appuie cette idée : s'ils ont pu déroger à l'avantage mais ne l'ont pas fait, c'est qu'ils y ont consenti. Ainsi Madame DAURIAC écrit-t-elle : *« C'est parce que l'union des personnes se prolonge naturellement par une union patrimoniale que tous les biens acquis sous un régime de communauté appartiennent aux deux époux. Si tous les biens acquis pendant le PACS appartiennent aux deux partenaires, c'est alors certainement aussi qu'ils*

¹ En ce sens, v. par exemple I. DAURIAC, « Les régimes matrimoniaux et le Pacs », LGDJ, 3^{ème} éd., 2012, n° 727 : « Parce qu'il est subordonné à la décision d'emploi des revenus, le jeu du principe participatif du PACS est abandonné au bon vouloir de chacun des partenaires, contrairement à celui développé par la communauté conjugale ». V. aussi S. GAUDEMET, « PACS et principe participatif », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », Thèmes et commentaires, Dalloz 2012, p. 95.

² Cf. *supra*, n° 257 et s.

ont voulu cette union patrimoniale »¹.

347. Le rôle variable de la volonté dans la création de l'avantage. La source subjective est donc plus délicate à analyser que la source objective. D'une part, elle n'est pas nécessaire : l'avantage peut exister objectivement sans considération de la volonté qui en est à l'origine. D'autre part, lorsqu'elle intervient, ce peut être de deux manières. Elle peut d'abord avoir un rôle actif, donc porter véritablement sur l'avantage. C'est le cas de l'intention libérale pour la libéralité : la volonté porte sur le déséquilibre économique, donc sur l'avantage consenti². C'est aussi le cas lorsque les partenaires utilisent sciemment une règle de leur régime patrimonial pour aboutir à une qualification. La volonté a un effet direct, mais elle peut aussi avoir un rôle moins marqué, presque passif. Elle porte alors sur un autre objet que l'avantage, mais celui-ci est créé, indirectement, par ce qui a fait l'objet de la volonté. C'est le cas des avantages indirects : la volonté porte par exemple sur la conclusion d'un bail, lequel peut aboutir à une attribution préférentielle au moment du partage. Il en va de même pour certains avantages partenariaux : la volonté porte sur le régime patrimonial, lequel peut créer un avantage. La source subjective n'a donc que peu d'intérêt dans la détermination de l'existence de l'avantage. En revanche, elle agit à d'autres niveaux : elle est, avons-nous vu, déterminante d'une requalification en libéralité. Elle pourrait aussi fonder des sous-distinctions en vue de l'application d'un régime juridique déterminé. Sans doute peut-on opérer une distinction entre les avantages dénués de source subjective et ceux qui trouvent leur origine dans la volonté personnelle. Au sein de ces derniers, il est encore possible de distinguer entre les avantages qui ont été voulus en eux-mêmes et ceux qui ne sont que la conséquence d'une volonté qui porte sur un autre objet, un objectif différent de la création de l'avantage. Mais la source de l'avantage, si elle permet de comprendre les modalités de sa formation, demeure insuffisante pour en comprendre la teneur. C'est donc à une étude approfondie de celle-ci qu'il faut à présent procéder.

¹ I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 717. Nous soulignons le passage qui illustre notre raisonnement.

² V. *supra*, n° 277 et s.

Paragraphe second : La teneur juridique de l'avantage

348. Quelle teneur ? La détermination de l'avantage nécessite de répondre à deux interrogations majeures. D'une part, comment se place-t-il dans le rapport d'équivalence : en est-il le résultat ou l'objet (A) ? D'autre part, quelle forme revêt-il (B) ?

A. La conception : l'avantage et le rapport d'équivalence

349. Objet ou résultat ? L'emploi du terme « avantage » a été rendu nécessaire dès les premières réflexions portant sur le domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux. Il avait alors été avancé que ce domaine était déterminé par l'existence d'un avantage et d'une volonté qui y était rattachée¹. S'agissant des critères catégoriques du titre gratuit et du titre onéreux, l'avantage joue un rôle prépondérant car l'issue du rapport d'équivalence en dépend. C'est en effet la comparaison entre les deux avantages perçus par chacune des parties qui permet de savoir si le rapport d'équivalence objectif est équilibré et, dans la négative, en faveur de qui penche le déséquilibre. C'est également de la comparaison entre l'avantage perçu et le sacrifice consenti que dépend le résultat du rapport d'équivalence subjectif². L'étude sémantique du terme permet à présent de comprendre que c'est dans son acception « bienfait » qu'il a été ici utilisé. Le sujet compare le bienfait obtenu avec le sacrifice consenti pour opérer le rapport d'équivalence subjectif. C'est aussi la comparaison des deux bienfaits perçus de part et d'autre qui permet de réaliser le rapport d'équivalence objective. Ainsi compris, l'avantage est une donnée qui entre dans la mise en œuvre du rapport d'équivalence : il en est l'objet puisqu'il l'intègre pour en déterminer l'issue. Mais corrélativement, un rapport d'équivalence déséquilibré produit un avantage entendu dans sa seconde acception : puisque l'un reçoit plus que l'autre, une différence se crée entre les deux sujets et l'un « prend l'avantage » sur l'autre. L'avantage est alors le résultat du rapport d'équivalence, puisque celui-ci le révèle.

350. Enjeux pour les avantages matrimoniaux. Chacune des acceptions du terme « avantage » établit une relation particulière au rapport d'équivalence. La confusion généralisée des deux significations conduit naturellement à assimiler le rôle qu'il convient de lui faire jouer : l'avantage est souvent employé pour désigner l'objet ou le résultat du rapport d'équivalence, sans

¹ V. *supra*, n° 44 et s.

² V. *supra*, n° 87 et s.

que ne soit perçue la différence fondamentale. Celle-ci est pourtant essentielle et a des répercussions directes sur la conception des avantages matrimoniaux. Si l'on saisit ceux-ci comme objet du rapport d'équivalence, il faudra alors opérer une distinction entre chacune des dispositions du régime matrimonial choisi qui procure un bienfait à un époux. C'est indépendamment qu'elles produiront un avantage et que celui-ci sera soumis au régime juridique des avantages matrimoniaux. Prenons l'exemple d'un contrat de mariage qui comporterait une clause d'ameublissement et une clause de préciput au bénéfice de celle-ci. Voir dans l'avantage matrimonial un bienfait, l'objet d'un rapport d'équivalence, revient à postuler que deux avantages existent : l'un au bénéfice du mari qui voit entrer en communauté un bien sur lequel il n'aurait eu aucun droit, et l'autre au bénéfice de l'épouse, puisque le préciput fait échec à un partage égalitaire de la masse commune. Ces deux avantages seraient pareillement susceptibles d'être retranchés à l'initiative d'un enfant non-commun, selon l'ordre du prédécès. En tout état de cause, on admettrait alors qu'existent plusieurs avantages matrimoniaux au sein d'un même régime et donc plusieurs bénéficiaires.

En revanche, si l'on saisit l'avantage matrimonial comme le résultat d'un rapport d'équivalence, il faudra opérer une compensation générale de tous les bienfaits perçus par les époux. Dans notre exemple, si l'époux décède en premier et que la valeur du bien apporté en communauté s'élève à 160, il faut convenir que l'avantage obtenu par le mari est de 80, puisque la valeur du bien sera au final partagée pour moitié. Si le bien objet du préciput vaut 100, l'avantage matrimonial ne serait que de 20, au bénéfice de l'épouse. Le retranchement ne devrait donc prendre en compte que 20% de la valeur du préciput (bienfait), ce qui limite fortement le risque d'atteinte à la quotité disponible. Il se peut même que les deux avantages soient d'une égale valeur : le retranchement n'est alors pas encouru, ce qui est parfaitement logique puisque le sacrifice consenti par le prédécédé sous la forme d'un préciput est alors compensé par un bienfait qu'il a reçu par la mise en commun d'un bien de même valeur. Cette seconde vision aboutit à l'unicité de la notion : il n'existerait alors qu'un seul avantage matrimonial, au bénéfice d'un seul époux.

351. Perceptions de l'avantage – aperçu général. En matière de libéralité, l'avantage est surtout perçu comme le résultat du rapport d'équivalence. La qualification est en effet fondée sur le déséquilibre économique, donc sur le constat d'un rapport d'équivalence défavorable au disposant qui subit un appauvrissement et favorable au bénéficiaire qui obtient un enrichissement. Le bienfait est alors au service d'un déséquilibre économique. S'il est compensé, comme dans l'hypothèse d'une donation rémunératoire, la qualification libérale n'est pas possible. Il existe de nombreux exemples de perceptions de l'avantage comme étant l'objet d'un rapport d'équivalence.

Tel est le cas des « avantages en nature » qui participent de la rémunération d'un employé, donc œuvrent à équilibrer le rapport d'équivalence¹. Il en va de même des avantages occultes, puisqu'ils sont perçus comme la contrepartie d'un service, d'une fonction ou d'un prêt sans communiquer l'identité du bénéficiaire. Ces avantages entrent donc dans le rapport d'équivalence sans en être issus². L'acceptation est la même pour les avantages contributifs ou non-contributifs. Ici, l'avantage est ou non en lien avec une contribution antérieure, dans une relation proportionnelle et conditionnelle. Il ne s'agit pas de compenser l'avantage avec la contribution, mais de gratifier au moyen d'un bienfait qui est ou non justifié par une contribution antérieure. Dans l'hypothèse d'une déspecialisation du bénéficiaire d'un bail commercial, le Code de commerce emploie sciemment la notion d'avantage comme objet du rapport d'équivalence, ayant vocation à se compenser avec la modification du prix du bail³.

352. Perceptions de l'avantage – aperçu spécifique. Les avantages indirects sont un cas assez intéressant. Ils étaient perçus comme le résultat d'un rapport d'équivalence entre les cohéritiers et non entre le bénéficiaire et le gratifiant⁴. Mais en dispensant d'un appauvrissement réel, c'est sur le bienfait perçu par le successible que l'attention est portée. L'avantage est saisi aux deux étapes de sa formation : d'une part dans un aspect « bienfait » perçu par le bénéficiaire, d'autre part dans la différence créée entre les situations respectives des cohéritiers. Quant à l'avantage indirect de l'article 860 du Code civil, il est le résultat d'un rapport d'équivalence très particulier, entre la valeur sujette à rapport en application des dispositions conventionnelles de la libéralité et celle qui serait due en application des règles de droit commun. Le rapport d'équivalence ne s'établit plus entre les cohéritiers, ni entre le patrimoine du bénéficiaire et celui du *de cuius*, mais entre la valeur qui aurait dû être rapportée et celle qui l'est effectivement. Il s'agit ici de calculer le montant effectivement dispensé de rapport.

L'organisation patrimoniale des partenaires semble envisager l'avantage comme l'objet d'un rapport d'équivalence à travers l'article 515-7 al. 11 du Code civil puisqu'il s'agit de compenser les avantages avec des créances, donc d'obtenir un rapport d'équivalence plus

¹ Il s'agit de « prestations complémentaires (nourriture, chauffage, habillement, etc.) qui, fournies par l'employeur au salarié en tant qu'accessoires, font partie de son salaire » : G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », association Henry Capitant, PUF 2000, 8^{ème} éd., v° *Avantage en nature*.

² V. sur ce sujet : « Notion d'avantage occulte », Bulletin des conclusions fiscales 01/07/1995, n° 18-52, p. 22-24. (Francis Lefebvre) ; « Notion d'avantage occulte », J. FELMY, Bulletin des conclusions fiscales, 01/01/1994, n° 9-43 p. 57-59 ; « Quelles sont les conditions de qualification en « avantage occulte » des avantages en nature accordés au personnel ? Conclusions du commissaire du gouvernement », Bulletin des conclusions fiscales, F. LOULOUM, 01/04/1996, n° 2 p. 35-36.

³ Art. L.145-50 Ccom. : « Le changement d'activité peut motiver le paiement, à la charge du locataire, d'une indemnité égale au montant du préjudice dont le bailleur établirait l'existence. Ce dernier peut en outre, en contrepartie de l'avantage procuré, demander au moment de la transformation, la modification du prix du bail sans qu'il y ait lieu d'appliquer les dispositions des articles L. 145-37 à L. 145-39 ».

⁴ V. *supra*, n° 312 et s.

équilibré en utilisant les avantages. Cependant, la détermination préalable de ces avantages nécessite d'effectuer un rapport d'équivalence puisqu'ils sont notamment issus d'une contribution inégale aux charges de la vie courante. De même, l'issue du rapport d'équivalence entre la créance et l'avantage peut aboutir à révéler un avantage : si la créance est supérieure à l'avantage, le surplus sera exigible en se fondant sur le titre de créance. Mais si l'avantage est supérieur à la créance, le partenaire ne disposera d'aucun recours et l'avantage demeurera acquis pour l'autre¹. Il existe ainsi des rapports successifs d'équivalences qui, fondés sur le même bienfait, produisent autant d'avantages que de résultats de ces rapports.

353. Théorie juridique : notion et fonction. La frontière est souvent mince entre les deux acceptions de l'avantage et, corrélativement, entre les deux rôles qui peuvent lui être attribués. Une même notion peut remplir les deux rôles d'objet et de résultat. D'une part, un avantage résultant d'un rapport d'équivalence peut servir d'objet à un autre rapport d'équivalence : les dispositions de l'article 515-7 du Code civil l'illustrent parfaitement. D'autre part, si le « bienfait » a vocation à être l'objet d'un rapport d'équivalence, comment se révèle-t-il en lui-même ? S'il s'agit, comme nous l'avons souligné, d'une progression personnelle, c'est qu'a été effectuée une comparaison entre une situation antérieure à la perception de l'avantage, et une situation postérieure. Il y a donc bien eu un rapport d'équivalence, mais limité au sujet lui-même. Pour que le bienfait soit établi, il faut que le sujet apprécie la teneur de ce qu'il perçoit. Mais comment expliquer que le bienfait soit le résultat d'un rapport d'équivalence subjectif qui impose lui-même une comparaison entre un avantage et un sacrifice ? La question pourrait se développer à l'infini puisque l'existence d'un avantage-bienfait est nécessaire à l'établissement d'un rapport d'équivalence, mais que cet avantage naît lui-même d'un rapport d'équivalence... Qui de l'œuf ou la poule... ? La solution vient sans doute de la particularité du rapport subjectif. Celui-ci peut en effet être déséquilibré alors qu'objectivement, les prestations sont équivalentes. Il ne s'agit pas simplement d'une différence d'appréciation entre le sujet lui-même et un système objectif. C'est le mode d'appréciation qui diffère. Le rapport d'équivalence subjectif se fonde avant tout sur une appréciation qualitative, alors que le rapport objectif d'équivalence appréhende la valeur des prestations. C'est parce que, à valeur égale, le sujet préfère un bien à sa contre-valeur en argent, qu'il se décide à contracter et donc à s'engager dans une opération onéreuse. Le rapport subjectif d'équivalence débute donc par une appréciation qualitative du sujet, qui permet de qualifier la prestation reçue de « bienfait », et donc d'« avantage ». Le rapport subjectif se poursuit ensuite sur la valeur : souvent, le sujet accordera une valeur plus importante au bien qu'il reçoit qu'au

¹ Ce qui sera le cas si les partenaires ont convenu d'une répartition inégale de la contribution, ou si l'avantage résulte de la seule vie commune, indépendamment de l'organisation patrimoniale proprement dite.

bien dont il se dépouille, puisque qualitativement, il a donné une préférence au premier¹. Si le rapport subjectif peut donc parfois être équilibré en valeur, il est toujours déséquilibré en nature et c'est ce déséquilibre qui est à l'origine de l'interaction juridique. Il est sans doute aussi possible de simplifier la pensée en niant l'existence d'un rapport subjectif en valeur : le rapport subjectif d'équivalence ne consisterait alors qu'en l'appréciation de la nature de la prestation obtenue.

354. Synthèse. En premier lieu, l'avantage peut être soit saisi comme un bienfait, qui pourra éventuellement faire l'objet d'un rapport d'équivalence, soit comme une différence, qui sera le résultat d'un tel rapport. En second lieu, la notion d'avantage, quelle que soit l'acception retenue, a vocation à jouer ces deux rôles. Un « avantage-bienfait » est toujours le résultat d'un rapport d'équivalence, fut-il qualitatif. Un « avantage-différence » peut être lui-même l'objet d'un nouveau rapport d'équivalence. Ainsi, la notion d'avantage renvoie toujours à l'idée d'une comparaison. Mais celle-ci doit-elle s'apprécier en nature ou en valeur ?

B. La matérialisation : l'avantage en nature ou en valeur

355. Nature et valeur : les liens économiques. Les réflexions menées sur le rapport d'équivalence ne concernaient qu'un aspect du bien : ce n'est pas fondamentalement la nature qui entre dans le rapport mais sa représentation en valeur. Afin de prendre la nature en considération et lui faire jouer un rôle sur l'appréciation du rapport d'équivalence, il a fallu postuler que celui-ci pouvait s'opérer d'une manière purement qualitative, indépendamment de la valeur. Mais cela revenait sans doute à dévoyer l'expression et à dépouiller les mots de leur réelle signification : « équivalence » issu du latin médiéval « *aequivalentia* » signifie littéralement « à égalité de valeur »². En réalité, s'il existe un rapport effectué en nature, il ne peut s'agir d'un rapport d'équivalence, mais plutôt d'une appréciation portant sur la différence de réalité de deux biens³.

Pour autant, le rapport qualitatif guide le rapport quantitatif et la confusion est excusable. Nature et valeur sont en effet étroitement liées, surtout lorsqu'elles sont limitées à l'étude des biens. La nature désigne la réalité matérielle de la chose, ses caractéristiques réelles⁴, ce qui la

¹ En somme, le rapport d'équivalence se déroulerait en trois étapes. 1 : Le sujet compare ce qu'il a obtenu avec ce qu'il avait auparavant et constate une progression qualitative. 2 : Le sujet compare ce qu'il a obtenu avec ce qu'il a sacrifié et constate un équilibre ou un déséquilibre subjectif en valeur. 3 : Une comparaison objective s'opère entre les bienfaits en valeur que chacun a perçus, ce qui révèle un équilibre ou un déséquilibre objectif.

² Composé de « *aequus* » (égal) et « *valentia* » ou « *valere* » (valeur) : cf. www.cnrtl.fr, V. *Equivalence* ; « Dictionnaire historique de la langue française », Le Robert, Paris, 1995.

³ « Équivalent » signifie dès 1372 « dont la qualité a la même valeur » : *ibid.*

⁴ Elle peut être définie comme l'« ensemble des caractères, des propriétés qui définissent les choses ». « En nature » peut signifier « *En production du sol, en objets réels et non en argent* » : cf. Dictionnaire « Le petit Larousse en couleur », Librairie Larousse, 1990, V. *Nature*. C'est à partir du XVIII^{ème} siècle que le terme commence à être employé pour désigner les objets réels dans un échange : « Dictionnaire historique de la langue française », Le Robert, Paris, 1995.

définit¹. La valeur est une abstraction, une fictive représentation comptable de l'objet, effectuée dans une logique économique² : il s'agit de « *ce que vaut, en argent, une chose ; le montant de la somme d'argent qu'elle représente, sa valeur pécuniaire* »³. La valeur correspond donc à l'importance attachée au bien, qui peut être purement vénale ou sentimentale. C'est parce que le bien a vocation à entrer dans un système d'échange, donc à servir l'interaction humaine, qu'il est nécessaire de le dématérialiser et de mesurer le bénéfice qu'il peut produire. Les deux termes désignent donc deux procédés d'appréhension d'un même objet : l'un matériel et stable, l'autre théorique et évolutif⁴. C'est pourtant la nature qui permet l'appréciation de la valeur, puisque ce sont les caractéristiques réelles du bien qui, rapportées aux utilités qu'il pourra créer, seront déterminantes de l'abstraction en valeur, du prix qui sera attaché au bien⁵.

356. Nature et valeur : les liens juridiques. La réalité économique est juridiquement reconnue, et les liens qui unissent la nature et la valeur sont retranscrits dans le droit. Par exemple, l'expression « valeur mobilière » met à l'honneur l'appréhension économique et l'importance théorique du bien immatériel. Pourtant, la nature n'est jamais loin, puisqu'il est précisé que cette valeur se rapporte à une nature mobilière, ce qui sera déterminant d'un point de vue quantitatif : si l'adage « *res mobilis, res vilis* » a vécu, il demeure que les biens de nature immobilière sont généralement d'une valeur supérieure à ceux de nature mobilière. Ainsi, préciser que la « valeur » se rattache à une « nature mobilière » permet déjà d'effectuer une estimation raisonnable.

Il en va de même du droit d'usufruit. Il consiste principalement en une nature particulière : l'attribution de certaines prérogatives du droit de propriété sans le transfert de la qualité de propriétaire⁶. Il correspond donc, de prime abord, à l'attribution d'une nature dénuée de transfert de valeur, puisqu'il est le droit de saisir la nature d'un bien sans en posséder la valeur. Cependant, les prérogatives en nature sont elles-mêmes constitutives d'une valeur : le droit d'usufruit est quantifiable, estimable, peut se monnayer, se transmettre, servir de paiement. La valeur est donc indissociable de la nature qui la crée. Le mécanisme de la subrogation réelle traduit aussi ce lien

¹ G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », association Henry Capitant, PUF 2000, 8^{ème} éd., v° *Nature*.

² Il peut être défini comme le « *prix selon lequel un objet peut être échangé, vendu, et, en particulier, son prix en argent* », l'« *importance, prix attachés à quelque chose* » : *op. cit.* V. *Valeur*. Ou comme la « *qualité d'une chose ou d'une action, en vertu de laquelle elles méritent de l'estime ou font l'objet d'un désir* » : « Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit », LGDJ 1993, V. *Valeur*. « *Valeur se dit ensuite en science, par abstraction des acceptions anciennes (1845), de l'expression numérique ou algébrique d'une quantité* » : « Dictionnaire historique de la langue française », Le Robert, Paris, 1995, V. *Valeur*.

³ G. CORNU, *op. cit.*, v° *Valeur*.

⁴ La valeur d'un bien peut varier sans que sa nature ne change, par exemple en fonction du jeu de l'offre et de la demande.

⁵ Selon le dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, l'appréciation de la valeur « *est déterminée par (a) le sujet qui évalue ; (b) la nature de l'objet évalué ; (c) la forme du jugement de valeur (comment s'effectue la valorisation en droit) ; (d) le sens de cette opération (pourquoi on effectue une valorisation en droit)* » : « Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit », LGDJ, 1993, v° *Valeur*.

⁶ Article 578 du Code civil : « *L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le*

étroit entre nature et valeur : il permet de substituer fictivement la nature d'un bien lorsque sa valeur est échangée contre un autre. Lorsqu'un bien en remplace un autre au sein d'une universalité, il emprunte certaines de ses caractéristiques juridiques : en plus d'un échange en valeur, s'opère une subrogation en nature.

Les dimensions de nature et de valeur se retrouvent dans les deux acceptions du terme « avantage ». Le lien entre le « bienfait » et la « différence » est la retranscription de celui existant entre la valeur et la nature. Le « bienfait » correspond surtout à l'attribution d'une nature. Celle-ci étant affublée d'une valeur, le bienfait peut conduire à une différence chiffrée entre les situations respectives des deux parties, ou entre les parties et les tiers. Si le bienfait n'est pas dénué de valeur et si la différence est fondamentalement due à une nature particulière, chacune des acceptions met à l'honneur la dimension concrète ou abstraite d'une même réalité. Cependant les liens sont encore plus complexes, puisqu'il est possible de « prendre l'avantage », à valeur égale, grâce à la différence de nature entre deux biens. Il est de même possible de se voir attribuer un bienfait en valeur sans nature particulière, par exemple lorsque la gratification s'effectue par un paiement en numéraire ou la reconnaissance d'une créance.

357. Prédominance de la nature sur la valeur. Sans que ne s'opère un réel détachement, ni une opposition entre les deux modes d'appréhension, il arrive que l'un soit privilégié par rapport à l'autre. Tel est le cas dans les avantages dits « en nature » en droit social qui sont des éléments de rémunération hors versement en numéraire. Ici, la valeur n'est pas absente de l'avantage, puisqu'elle est comptabilisée par l'employeur et qu'elle entre dans l'appréciation du rapport d'équivalence. Cependant c'est un mode de gratification original qui passe par une voie détournée : la prise en charge de frais, la mise à disposition de certains biens (voiture ou logement de fonction, téléphone portable, etc.). Ce sont donc les caractéristiques particulières de la réalité de ce mode de rémunération qui permettent une qualification : l'avantage n'est pas « en nature » s'il correspond au versement d'une somme d'argent. De même, la qualification des legs se fonde sur leur nature plus que sur leur valeur. Le legs à titre particulier se définit comme portant sur un ou plusieurs biens déterminés, non sur leur valeur. C'est donc toujours la nature de la gratification qui prédomine : il est impossible de réclamer la valeur du legs lorsque les biens sur lesquels il porte ont quitté le patrimoine¹. Il en va de même pour les legs universels ou à titre universel : compris comme ce que le légataire a vocation à recevoir², non comme ce qu'il reçoit effectivement, l'existence de la libéralité n'est pas menacée par la

propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ».

¹ Pour une illustration : Cass. 1^{ère} civ., 30 juin 2004 : Bull. civ. I, n° 198 ; RTD Civ. 2004, n° 4 p. 716, chron. J. HAUSER ; Dr. Fam. 2004, n° 11, p. 31, note P. MURAT et F. THIERRY ; RLDC 2004, n° 10, p. 48.

² V. notamment : Cass. 1^{ère} civ., 25 mars 1981 : Bull. civ. I, n° 106 ; JCP 1982, II, 19787, note Ph. RÉMY ; RTD Civ.

fluctuation de sa valeur, à moins que celle-ci ne soit égale à zéro. La qualification ne dépend pas de la valeur mais de la nature des biens ou des droits concernés. Il arrive aussi que ce soit la valeur qui prédomine. Tel est le cas des avantages financiers, visés notamment à l'article 420 du Code civil. Le terme est employé en supplément de la somme d'argent, afin de désigner toute valeur, quelle qu'en soit la forme. Il s'agit donc surtout d'une valeur, et la nature importe peu.

358. Lutte : nature contre valeur. La lutte entre la nature et la valeur se révèle pleinement lorsqu'elles se présentent comme des modes concurrents d'exécution d'une obligation. La voie par laquelle s'opère le paiement peut en effet privilégier la nature ou la valeur de la prestation : il peut s'effectuer au moyen de l'objet même de l'obligation¹ ou de son équivalent en numéraire. Plus largement, une distinction se généralise selon que le paiement est effectué au moyen d'une somme d'argent, donc d'une « valeur pure » ou d'un bien ou service². La prédominance de l'une sur l'autre traduit alors une véritable lutte dont l'enjeu est l'essence même de l'opération au sein de laquelle elles sont envisagées.

Un exemple significatif est le débat sur la nature de la réserve héréditaire et le mode d'exécution de la réduction des libéralités excédant la quotité disponible. La réserve héréditaire est-elle *pars hereditatis* ou *pars bonorum*³ ? Selon qu'elle représente une fraction de l'hérédité ou simplement une part des biens de la succession, la réserve permet à la nature ou à la valeur de remporter la lutte. Dans le premier cas, la réserve est perçue comme une créance dans la succession et assure la transmission des biens familiaux au sein du lignage⁴. Elle privilégie donc la nature de ces biens et prend en compte leur affectation et leur origine familiale : l'atteinte à la réserve est sanctionnée par une réduction en nature, au moyen de la restitution matérielle du bien objet de la libéralité⁵. Dans le second cas, la réserve est une créance contre la succession qui peut potentiellement être revendiquée par des étrangers⁶ et qui a pour objectif d'assurer la transmission d'une valeur minimale aux héritiers réservataires. Peu importe donc la nature des biens successoraux. C'est leur valeur qui est prise en considération. Le dépassement de la quotité disponible est sanctionné au moyen du versement d'une indemnité de réduction. La délivrance de

1982, p. 647, obs. J. PATARIN.

¹ G. CORNU, *op. cit.*, v° *Nature*.

² Sans qu'il ne soit besoin que le bien ait les mêmes caractères que celui échangé. Le paiement en nature ne consiste donc pas nécessairement dans la remise de l'objet de l'obligation mais, plus largement, dans un transfert qui n'est pas purement numéraire.

³ Sur ces questions, voir notamment : H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, « Leçon de droit civil », t. IV, vol. 1 et 2, Montchrestien, 1999, 5^{ème} éd., par L. et S. LEVENEUR, n^{os} 859 et s. ; M. GRIMALDI, « Droit civil : successions », Paris, Litec, 2001, 6^{ème} éd., n^{os} 279 et s.

⁴ Assurant ainsi ce qui était perçu comme le but de l'héritage : éviter que les biens ne reviennent aux personnes étrangères à la famille.

⁵ Voir par exemple : *Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 1991*, n^o 89-17.094 : *Bull. civ. I*, n^o 100, p. 65 ; *JCP 1992*, n^o 18-19, II, n^o 21840, p. 135, note Ph. SALVAGE ; *D. 1992*, somm. 229, obs. B. VAREILLE.

⁶ C'est le cas de la représentation du renonçant : il est alors, fictivement, hors de la succession.

la libéralité peut donc s'opérer en nature, mais elle sera compensée en valeur. Entre les deux conceptions, historiquement très construites¹, le Code civil n'a pas opté clairement², et la réforme du 23 juin 2006 tend vers une acception en valeur, sans toutefois écarter l'idée d'une réduction en nature³. Ici, la lutte que se livrent la nature et la valeur est l'expression d'une perception particulière de l'institution de la réserve.

359. Séparation : nature ou valeur ? Lorsque l'opération considérée est onéreuse, c'est que le rapport d'équivalence est équilibré et donc qu'il n'y a de perte en valeur pour aucune des parties. Cependant, il pourra y avoir perte en nature : le vendeur se dépouille de la matérialité du bien en contrepartie de sa valeur, exprimée en numéraire. La question s'est incidemment posée pour les avantages indirects. Si l'on concevait qu'ils puissent émaner d'un acte onéreux, c'est qu'ils se traduisaient avant tout en nature. L'hypothèse classique est celle de l'octroi d'un bail rural au prix du marché. Il n'existe alors pas d'avantage en valeur, le rapport objectif d'équivalence est équilibré. Cependant, la jurisprudence y a parfois vu un avantage puisque la qualité de preneur à bail permet parfois de solliciter une attribution préférentielle. D'une part, c'est la nature du droit qui confère cette possibilité, non sa valeur. D'autre part, il s'agit ici d'un avantage exprimé en nature, puisque l'attribution préférentielle permet de remplir un cohéritier de ses droits, mais n'a pas vocation à lui accorder une valeur plus importante que celle reconnue à ses copartageants. C'est alors uniquement en nature que s'exprime l'avantage. Cette large prédominance de la nature sur la valeur est parfaitement révélée par l'absence de prise en compte de l'appauvrissement du *de cuius* avant le revirement de 2012 : ce qui était déterminant, c'était surtout l'avantage en nature conféré au successible, lequel pouvait potentiellement entraîner une inégalité en valeur entre les membres de la fratrie.

S'agissant du Pacs, il est couramment admis que les partenaires sont libres de passer une convention pour organiser la gestion de l'indivision. L'intérêt est alors principalement de contourner les difficultés posées par les règles de droit commun et notamment la majorité des 2/3¹ qui, en présence de deux indivisaires seulement, aboutit à exiger la majorité. Or, si un partenaire dispose de pouvoirs étendus sur un bien sans que ne soit modifiée l'assiette du droit de propriété, n'y a-t-il pas avantage en nature ? La même question se pose à propos de l'aménagement conventionnel des règles de pouvoir au sein d'un régime matrimonial. Étendre le champ

¹ L'acception « *pars hereditatis* » était retenue dans les pays de coutume qui prévoyaient un système de succession légale. En revanche, dans les pays de droit écrit consacrant un système de succession testamentaire, la réserve, alors dénommée « légitime », était conçue comme « *pars bonorum* ».

² Il faut attendre le célèbre arrêt Lavalie pour que la question soit incidemment abordée et que la Cour de cassation se prononce en faveur d'une nature « *pars hereditatis* » : les enfants n'ont « *droit à cette réserve et ne la recueillent qu'à titre d'héritier* » ; Cass. ch. réunies, 27 nov. 1863 : S. 1863, I, 513, rapport FAUSTIN-HELIE, concl. Proc. Gén. DUPIN ; DP 1864, I, 5, note L. BRÉSILLION.

³ Laquelle est alors l'exception, le principe demeurant une réduction en valeur (article 924 du Code civil).

opérateur de la cogestion revient à accorder à l'un des époux des pouvoirs qu'il ne possède normalement pas sur le bien, sans lui accorder au partage de droit sur le bien dont il s'agit. La séparation entre la nature et la valeur au sein des régimes matrimoniaux est également illustrée par la distinction traditionnelle du titre et de la finance² : n'y a-t-il pas alors un avantage exprimé uniquement en valeur ?

Mais l'exemple le plus significatif est celui de la clause dite commerciale. Elle permet à l'un des époux de prélever un bien dans la masse commune au décès de son conjoint, moyennant une indemnité. Lorsque cette indemnité est délibérément minorée dans le contrat de mariage, il n'y a pas de difficulté à y voir un avantage matrimonial. Mais lorsque l'indemnité correspond à la valeur du bien, n'y a-t-il pas, tout de même, un avantage en nature ? Cette considération nous avait permis d'estimer que l'exigence d'un déséquilibre économique est inadaptée à l'avantage matrimonial³. Force est de généraliser le propos : l'inéquivalence n'est pas nécessaire à la caractérisation d'un avantage.

Le droit belge connaît également des mécanismes originaux d'aménagement des régimes conventionnels qui instaurent une distinction entre la valeur et la nature. Dans le cas d'une communauté universelle, il est par exemple possible de faire des apports limités : le bien entre alors en communauté, à concurrence d'une certaine somme déterminée, ce qui crée un droit à récompense à la dissolution du régime. La récompense permet de limiter en valeur la mise en communauté, tandis que la qualification commune du bien pour sa totalité permet un effet plein en nature⁴.

360. Nature et valeur. En matière d'avantage, la nature compte donc tout autant que la valeur. Il serait imprudent de la négliger et de raisonner par analogie totale avec la libéralité qui exige un déséquilibre économique. L'avantage est une notion bien plus riche, qui obéit à sa propre logique et pose ses propres difficultés.

¹ Article 815-3 du Code civil. Cette règle vaut notamment pour les actes d'administration.

² V. par exemple pour les parcs à huîtres : Cass. 1^{ère} civ., 8 déc. 1987 : Bull. civ., I, n° 333 ; R., p. 143 ; D. 1989, p. 61 note Ph. MALAURIE ; JCP 1989, II, 21336, note Ph. SIMLER ; Defr. 1988, p. 533 obs. G. CHAMPENOIS. Pour une licence de taxi : Cass. 1^{ère} civ., 16 avr. 2008 : Bull. civ., I, n° 121 ; D. 2008, 2264, obs. Th. DOUVILLE ; RLDC 2008, n° 3036, obs. C. JEANNE ; RTD Civ. 2009, p. 352, obs. B. VAREILLE. Pour un office ministériel : TGI Paris, 19 nov. 1987 : Defr. 1988, p. 931, obs. G. CHAMPENOIS.

³ V. *supra*, n° 165 et s.

⁴ F. ALEXANDER et C. DELRÉE, « Notions de droit civil », De Boeck, 30^{ème} éd., 2011, p. 97.

Conclusion du Chapitre premier

361. L'avantage, usité et polymorphe. Indépendamment d'une qualification précise, l'analyse du terme « avantage » révèle que le terme est polysémique. Il peut désigner une avancée personnelle, un bienfait. Il peut également désigner une différence entre deux sujets, l'ascendance de l'un sur l'autre. La notion d'avantage semble consubstantielle aux rapports humains et le droit ne s'en saisit que dans une perspective utilitaire. Appliqué à la sphère juridique et au droit patrimonial en particulier, le terme conserve sa polysémie et ses problématiques peuvent être précisées. Mais l'avantage n'étant pas une notion juridiquement définie ni scientifiquement déterminée, les réponses aux problématiques qu'il soulève relèvent plus d'un choix que d'une déduction. Il appartient donc au législateur d'exiger ou non que l'avantage émane d'un acte juridique, qu'il soit ou non voulu en lui-même ou la conséquence d'un acte ou fait juridique, qu'il soit l'objet ou le résultat d'un rapport d'équivalence et qu'il s'appréhende en valeur ou en nature. À défaut de précision, c'est à la jurisprudence et à la doctrine qu'il revient d'interpréter le sens qu'a entendu donner le législateur au mot « avantage ». Ici, le droit devient plus un art qu'une science, puisque le choix est libre. La jurisprudence relative à l'avantage indirect le montre bien : les interprétations peuvent être très différentes les unes des autres. Le revirement de 2012 traduit un changement de choix : l'avantage doit être le résultat d'un rapport d'équivalence entre le bénéficiaire et le *de cuius* ; il doit s'exprimer en valeur ; il doit résulter d'un acte juridique ; il doit être le fruit d'une volonté consciente (l'intention libérale).

362. Comment choisir ? Comment interpréter la volonté du législateur ? Deux pistes sont à explorer. D'une part, la réponse aux problématiques juridiques de l'avantage ne valent que dans les hypothèses précises où l'avantage apparaît : ce qui vaut pour l'avantage indirect ne sera pas nécessairement transposable à l'avantage matrimonial, ni même à l'avantage partenarial. En somme, il n'y a pas une seule notion d'avantage, mais plusieurs. Il y a autant de combinaisons de réponses possibles que d'espèces existantes. D'autre part, il convient d'être pragmatique. L'avantage est une donnée qui a naturellement vocation à être exclue du droit : l'article 515-5-1 relatif au Pacs le démontre une fois encore¹. Lorsque, par exception, il est soumis à un régime juridique précis, c'est parce qu'il correspond à une réalité que des règles particulières ont vocation à régir. Ainsi, le régime juridique pourra être une source d'enseignements sur la teneur de la notion. En somme, il faudra tenir compte du contexte et des objectifs poursuivis par le législateur pour déterminer précisément la notion.

¹ Cette réalité est encore exprimée à travers l'article 860 alinéa 4 du Code civil qui exclut certains avantages indirects du rapport successoral et surtout de l'article 1527 qui soustrait les avantages matrimoniaux à l'action en réduction.

Chapitre second : L'avantage devenu matrimonial

363. L'omniprésence de l'avantage. Juridiquement, l'avantage est une notion complexe, empreinte de la polysémie du terme courant, mais à la recherche d'un sens juridique précis. Chaque fois que l'avantage entre dans la sphère juridique, les mêmes difficultés d'appréhension surgissent. La problématique des avantages matrimoniaux est innervée par les difficultés conceptuelles : si les débats sur la nature et le régime juridique demeurent vifs, c'est parce que coexistent plusieurs acceptions différentes, parfois inconciliables. Or les réflexions sur sa relation primaire à la libéralité ont permis de constater que l'avantage n'est que fictivement chassé du libéral. Cette exclusion en fait une donnée parallèle, potentiellement fondée sur les mêmes socles, mais concurrente à la libéralité entre époux. C'est pour remplir ce rôle que le législateur l'a inscrit dans le droit. L'avantage matrimonial n'existe que pour servir de rempart à une qualification libérale au moyen d'une fiction disqualificative, dans le but d'empêcher l'application d'un régime juridique qui rendrait les conventions matrimoniales trop précaires. L'enjeu sera donc de délimiter, au sein de la multitude d'avantages existant *de facto* dans les rapports entre époux, ceux qui, *de jure*, ont vocation à être opportunément exclus d'une qualification libérale. Tous les avantages ne sont pas « matrimoniaux », quand bien même ils seraient issus des relations entre conjoints : c'est dans une perspective fonctionnelle que l'avantage matrimonial doit être compris.

La définition des avantages matrimoniaux se heurte traditionnellement à deux difficultés successives. D'une part, la détermination d'un étalon de mesure, qui a vocation à déterminer l'existence et la consistance de l'avantage, permet ou non l'entrée dans la catégorie (**Section première**). D'autre part, une fois qualifié de matrimonial, l'avantage dispose d'une unité conceptuelle. Mais celle-ci est menacée par la grande diversité des formes qu'il revêt et par la complexité des règles du régime matrimonial. La classification interne à la catégorie n'a donc pas pour seul but de permettre une application efficace du régime juridique : elle participe de la définition même de la notion (**Section seconde**).

Section première : L'entrée dans la catégorie

364. L'étalon au service de la technique liquidative. C'est lors d'une dissolution par décès et alors qu'une action en retranchement a été intentée que doit être opérée une liquidation fictive du régime choisi comme étalon et que l'on compare la répartition de l'actif et du passif ainsi obtenue avec celle qui émane du régime matrimonial réellement choisi par les parties. L'étalon sert donc avant tout à mesurer l'avantage matrimonial, à le chiffrer. Mais il permet aussi de déterminer son existence. Ce rôle est traditionnellement plus secondaire, car la jurisprudence considère que l'adoption de certains régimes entraîne *ispo facto* la création d'avantages : tel est le cas du régime de communauté universelle assorti d'une clause d'attribution intégrale au profit du conjoint survivant¹. C'est qu'en réalité, le résultat de la double liquidation est alors présumé.

Or, si l'étalon détermine l'existence de l'avantage matrimonial, c'est qu'il participe à le définir en tant que notion. Les travaux de thèse de Monsieur LUCET démontrent l'inéluctable lien qui existe entre la détermination de l'étalon et la définition de l'avantage matrimonial². L'étude de l'avantage a pu démontrer la polysémie et la richesse de ce terme. Les avantages semblent omniprésents dans les rapports personnels, qu'ils soient juridiques ou non. Mais tous n'ont pas vocation à être qualifiés de « matrimoniaux ». Ainsi l'étalon est-il l'outil permettant d'opérer un tri entre les avantages et désigne ceux qui ont vocation à être qualifiés de « matrimoniaux ». La détermination de l'étalon, étape indispensable à la définition des avantages matrimoniaux, passe par l'exposé des connaissances acquises en la matière (**Paragraphe premier**) et par une analyse minutieuse de la notion de régime matrimonial (**Paragraphe second**).

Paragraphe premier : La nécessité d'un étalon fondé sur le régime matrimonial

365. Certitudes et incertitudes. S'il semble acquis que l'avantage est un profit issu du fonctionnement du régime matrimonial (A), la désignation du régime légal de communauté réduite aux acquêts comme étalon demeure controversée (B).

¹ Cass. 1^{ère} civ., 27 mars 2007, n° 05-14.910 : Bull. civ. I, n° 136 ; RLDC 2007, n° 38, p. 57, note F. LEANDRI : la Cour dispense les parties d'apporter la preuve de l'existence de l'avantage au moyen d'une double liquidation.

² F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse, Paris II, 1987, n° 503 p. 680. L'auteur propose de prendre comme étalons chaque régime de référence ; cela influe ensuite sur la définition qu'il propose de l'avantage matrimonial. Sur la notion d'avantage matrimonial, v. encore : B. PACAUD et F.-R. PUJOL, « Les avantages matrimoniaux », Defr. 1991, n° 1, art. 34928, p. 24 ; J. CARBONNIER, « Observations sur la notion d'avantage matrimonial en droit suisse », Revue générale du droit, Bordeaux, 1933-1934 ; J. CASEY, « Libéralités entre époux et avantages matrimoniaux : nouvelles donnes ? A propos de la loi du 23 juin 2006 », Dr. Fam. 2006, n° 11, p. 31-34.

A. La certitude : un profit issu du fonctionnement du régime matrimonial

366. Une évidence légale. Le lien de corrélation nécessaire entre la production d'avantages matrimoniaux et le régime matrimonial des époux a été imposé dès 1804. Alors qu'on ne parlait encore que d'« avantage » et que la notion de « régime matrimonial » était totalement fondue dans celle de « convention matrimoniale », les articles 1496 et 1527 du Code civil, ancêtres de l'actuel article 1527, indiquaient déjà que c'est le régime matrimonial qui crée l'avantage. Aujourd'hui, l'article 1527 du Code civil, seul texte comportant un semblant de définition des avantages matrimoniaux, lie étroitement leur émergence au fonctionnement du régime en expliquant qu'ils sont issus de la confusion du mobilier ou des dettes (donc du régime de communauté) et de clauses d'une communauté conventionnelle. Il réalise une synthèse entre les trois ensembles que constituaient, en 1804, l'article 1496, l'article 1527 et les articles 1516 et 1525 du Code civil.

367. Une exigence relayée en doctrine. De fait, au-delà des débats qui animent les commentateurs sur la notion d'avantage matrimonial, un consensus se forme autour de l'idée qu'il doit nécessairement émaner du régime matrimonial¹. Les définitions proposées ont en effet tendance à généraliser la source de l'avantage à tout profit qui serait issu du fonctionnement du régime matrimonial, et non de la limiter à certaines clauses conventionnelles ou relatives à la confusion du mobilier ou des dettes. Un auteur est même allé jusqu'à expliquer que l'avantage matrimonial n'est pas un « accident » ou une « excroissance » du régime matrimonial, mais qu'il est, en essence et en acte, le régime matrimonial lui-même².

Dans une première approche, Monsieur LUCET explique que l'avantage matrimonial est un « *profit procuré, en qualité de copartageant, à l'un des époux et résultant du régime matrimonial* »³. Cette définition est très fréquemment reprise dans les manuels de référence⁴.

¹ V. par exemple : F. TERRÉ et Ph. SIMLER, « Droit civil : les régimes matrimoniaux », Paris, Dalloz, 2011, 6^{ème} éd., n° 762 ; L. DEGAIGNE, « De la nature juridique des avantages entre époux », thèse Paris, 1898, p. 41 ; M. NAST, « Estimation de l'avantage matrimonial résultant, pour un second conjoint, de la confusion des apports dans la communauté », JNA 1937, art. 39476, n° 6 ; C. SAUJOT, « Les avantages matrimoniaux (Notion – Nature juridique) », RTD Civ. 1979, p. 699 ; M. GRIMALDI, « L'avantage matrimonial : remarques d'ordre pratique sur la communauté universelle », JCP N 1999, n° 27, p. 1083 ; F. SAUVAGE, « Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux (à propos de la loi du 26 mai 2004 portant réforme du divorce) », Defr. 2004, n° 21, art. 38038, p. 1425 ; A. TISSERAND-MARTIN, « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial », in « Droit et actualité : études offertes à Jacques Béguin », Paris, Litec 2005, p. 753 ; B. BEIGNIER, « Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? » in « Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit », Litec 2009, p. 33.

² Ph. RÉMY, note sous CA Paris, 21 avr. 1982 : D. 1983, p. 227.

³ F. LUCET, *op. cit.*, n° 432, p. 597. L'auteur écrit aussi : « *C'est faire référence à l'essence de la notion d'avantage matrimonial que de poser qu'en l'absence de pareille filiation, une autre qualification devra s'imposer* » : *op. cit.*, n° 484, p. 656. L'auteur écarte ensuite le critère de la qualité de copartageant, le jugeant trop restrictif, certains avantages se réalisant sans véritable partage : *op. cit.*, p. 657, note 106.

⁴ V. par exemple, sans que la liste ne soit exhaustive : I. DAURIAC, « Les régimes matrimoniaux et le Pacs », LGDJ, 3^{ème} éd., 2012, n° 611 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, « Les régimes matrimoniaux », Paris, Armand Colin,

Dans ses propositions de thèse, il propose ensuite une définition plus précise, mais qui demeure centrée sur le rôle du régime matrimonial : « *l'avantage matrimonial est le profit résultant du fonctionnement du régime matrimonial qui écarte, dans chaque régime de référence, les règles participant à la répartition des richesses* »¹. Le « Vocabulaire juridique » du doyen CORNU relaie cette même exigence : l'avantage matrimonial y est défini comme le « *profit particulier qui résulte du fonctionnement du régime matrimonial pour un époux* »². Même si le doyen CORNU insiste sur l'idée que l'avantage matrimonial est un « *gain pécuniaire appréciable en argent, représentant dans le patrimoine de son bénéficiaire une valeur économique* », il considère acquise la provenance du régime matrimonial³. Il en va de même du doyen CARBONNIER qui met en lumière la première caractéristique de l'avantage matrimonial : écarter le principe d'égalité patrimoniale entre époux. L'avantage matrimonial est constitué par l'enrichissement que le seul fonctionnement du régime matrimonial procure à un époux par rapport à son conjoint⁴. La provenance du régime matrimonial apparaît comme le principal critère de démarcation de l'avantage matrimonial et de la libéralité entre époux⁵.

368. Une extension jurisprudentielle. La jurisprudence a, d'une manière constante, relayé le postulat que l'avantage matrimonial trouve sa source dans le régime lui-même⁶. Deux arrêts sont, à ce titre, significatifs. Le premier, dit arrêt Grégoire a été rendu le 19 décembre 1890⁷. En l'espèce, le régime matrimonial des époux prévoyait une clause attribuant au survivant la moitié de l'usufruit revenant aux héritiers du prédécédé. Saisie de difficultés liquidatives dont la solution dépendait d'une qualification de la clause, la Cour de cassation opère une interprétation *a fortiori* de l'ancien article 1525 du Code civil : si la clause prévoyant l'attribution de l'intégralité des biens communs au survivant n'est pas juridiquement une donation, celle qui réalise, dans une

2001, 2^{ème} éd., n° 718 ; A. COLOMER, « Droit civil. Régimes matrimoniaux », Litec 2004, 12^{ème} éd., n° 1161.

¹ F. LUCET, *op. cit.*, n° 503 et s. ; *ibid.*, p. 761, proposition n° 12. Il écrit également : « *En tant que résultante du régime matrimonial, l'avantage emprunte à celui-ci sa genèse : son origine lointaine se trouve être la loi, dans la mesure où elle déclenche tout régime dont il représente le produit ; son origine plus proche peut être la volonté des futurs conjoints, ou la loi, qui prévoient les règles du régime effectivement applicables, et dont la combinaison avec la vie patrimoniale concrète du ménage crée l'avantage* » : *op. cit.*, n° 496, p. 672.

² G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », association Henry Capitant, PUF 2000, 8^{ème} éd., v° *Matrimonial. Avantage*.

³ G. CORNU, « Les régimes matrimoniaux », PUF, 9^{ème} éd. 1997, n° 106. V. aussi G. CORNU, « Les régimes conventionnels communautaires », JCP 1970, I, n° 2333.

⁴ J. CARBONNIER, « Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association », thèse Bordeaux, 1932, spé. p. 665 et p. 803.

⁵ A. PONSARD, « Les donations indirectes en droit civil », thèse Dijon 1946, p. 72. Le doyen CARBONNIER écrit : « *A la différence de la donation entre époux proprement dite, qui, même incluse au contrat de mariage, demeure extérieure au régime matrimonial, les avantages (...) s'intègrent dans le régime, forment une pièce constitutive de son mécanisme* » : J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 665.

⁶ V. par exemple : Cass. civ., 7 avr. 1856 : DP 1856, I, p. 207 ; T. civ. Lille, 27 déc. 1900, S. 1903, II, p. 119.

⁷ Cass. ch. réunies, 19 déc. 1890 : S. 1891, I, p. 129, note A. WAHL ; DP 1891, I, p. 417 ; v. aussi : Cass. civ., 2 août 1899 : S. 1900, I, p. 233, note G. FERRON ; DP 1901, I, p. 433, note A. COLIN ; Cass. req., 3 févr. 1908 : DP 1908, I, p. 93 ; S. 1913, I, p. 516 ; et Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 1960 : Bull. civ. 1960, I, n° 468.

moindre mesure, l'attribution de la seule moitié de l'usufruit devant revenir aux héritiers, n'est pas non-plus une libéralité. Cette décision fondamentale peut être interprétée comme une extension prétorienne de la notion d'avantage matrimonial et de la fiction disqualificative à toutes les dispositions du régime matrimonial conventionnel¹. Jusqu'alors, l'action en retranchement concernait toutes les stipulations conventionnelles, mais la prohibition de qualification en libéralité, alors considérée par la doctrine majoritaire comme une fiction légale d'interprétation stricte, se limitait aux hypothèses énumérées expressément par le Code. L'arrêt Grégoire marque donc un tournant dans la conception des avantages matrimoniaux. Il fonde la solution selon laquelle une clause du régime matrimonial relative à la communauté peut être qualifiée d'avantage matrimonial (et donc ne peut être perçue comme une donation), même si la loi ne le prévoit pas expressément. En quelque sorte, il opère la fusion entre les anciens articles 1527 et 1525 du Code civil, dont nous avons hérités sous la forme de l'article 1527 actuel du Code civil. Cette décision marque le déclin de la théorie de la fiction juridique, puisque celle-ci avait pour corollaire une interprétation stricte de l'« onérosité fictive »².

369. L'indépendance par rapport au régime matrimonial, critère de disqualification. La seconde décision illustrant l'exigence d'une provenance du régime matrimonial est plus récente. Le 31 janvier 2006, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur une qualification en avantage matrimonial opérée par une cour d'appel à propos de deux dispositions originales³. La première, faussement dénommée « emploi » avait pour objet de qualifier de propre de l'épouse un bien financé par la communauté. Afin de sauver cette stipulation d'une nullité annoncée au regard de l'immutabilité des conventions matrimoniales, la Cour d'appel avait qualifié l'opération en avantage matrimonial. La Cour de cassation demeure ferme : la nullité est encourue. Sans même évoquer la notion d'avantage matrimonial, elle rejette l'argumentation de la Cour d'appel comme une évidence. L'acte, indépendant du fonctionnement

¹ Jusqu'alors, n'étaient concernés que le préciput (article 1516) et la clause d'attribution intégrale de la communauté au profit du conjoint survivant (article 1525). La confusion du mobilier ou des dettes (article 1496) et les conventions matrimoniales (article 1527) étaient concernées par le retranchement, mais l'interdiction légale de qualification en donation ne semblait pas les concerner. L'article 1527 se contentait en effet d'énoncer le principe de la liberté des conventions matrimoniales (alinéa 1 et 2) et de prévoir comme limite l'action en retranchement en présence d'enfants d'un précédent mariage, assortie de la dérogation pour « *les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs* ».

² C'est alors la thèse de la présomption qui commence à prédominer chez les tenants d'une vision dualiste de l'avantage matrimonial.

³ Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 2006, Juris-Data n° 2006-031909 : Bull. civ., I, n° 48 ; n° 02-21.121 ; D. 2006, IR 466 et pan. 2073, obs. M. NICOD ; AJ Fam. 2006, p. 209, obs. P. HILT ; Dr. Fam. 2006 n° 3, comm. 60, note B. BEIGNIER ; JCP 2006, IV, 1375 ; JCP N 2006, I, n° 26, 1229, note Ph. SIMLER ; Defr. 2006, n° 20, art. 38469, p. 1607, obs. G. CHAMPENOIS ; RJPF 2006, n° 7, p. 14, note F. VAUVILLÉ.

du régime matrimonial et altérant son économie, doit être annulé¹, et le bien sur lequel il portait, qualifié de commun.

La seconde convention était une donation réciproque par réversibilité d'usufruit de divers immeubles au profit du survivant des époux, la nue-propriété ayant été donnée à leur fils. Après le prononcé du divorce et afin d'empêcher l'époux fautif de révoquer cette libéralité sur le fondement de l'ancien article 1096 du Code civil tout en conservant la déchéance de cette stipulation à son détriment, la Cour d'appel, qui souhaitait manifestement faire droit aux prétentions de l'épouse victime du divorce, a qualifié la clause d'avantage matrimonial. La sanction de la Cour de cassation est immédiate : les clauses de réversibilité d'usufruit, qui sont des donations, ne sont pas des avantages matrimoniaux car elles sont indépendantes du fonctionnement du régime matrimonial. C'est donc au visa des articles 1527, 267 alinéa 2 ancien et 1096 ancien du Code civil que la cassation est prononcée sur ce point. En somme, dès lors que le bénéfice retiré par un époux peut exister sans le régime matrimonial, toute qualification en avantage matrimonial s'avère impossible².

370. Les incertitudes persistantes sur le rôle exact du régime matrimonial. Le régime matrimonial peut-il contribuer indirectement ou doit-il être l'unique origine de l'avantage ? La difficulté est réelle, car le régime matrimonial n'est pas une source de production de richesses entre époux mais un mode de répartition de la richesse créée. C'est principalement l'industrie des époux qui les enrichit. Le régime n'est qu'un facteur de transposition des valeurs. Il ne peut être l'unique source de l'avantage matrimonial. Dans une étude publiée en 1960, le doyen HEBRAUD propose une vision extensive du rôle du régime matrimonial dans la production de l'avantage matrimonial : doit être considéré comme tel toute convention entre époux, même non-issu du contrat de mariage, lorsqu'elle est relative à un bien sur lequel le régime matrimonial étend son empire³. Le risque est alors de voir des avantages matrimoniaux partout. Même une tontine entre époux serait un avantage matrimonial : elle correspondrait, selon cet auteur, à la reconstitution d'une communauté avec attribution au survivant. La jurisprudence n'a pas suivi ce

¹ Appliquant ainsi une jurisprudence constante : la modification du statut d'un bien altère l'économie du régime et, si elle n'est pas prévue dans la convention matrimoniale, transgresse le principe d'immutabilité du régime matrimonial de l'article 1396 al. 3 : Cass. 1^{ère} civ., 24 nov. 1987 : JCP 1989, II, 21255, note M. DAGOT ; Gaz. Pal. 1988, I, p. 323, note E.-S. DE LA MARNIÈRE ; Defr. 1988, p. 928, obs. G. CHAMPENOIS. V. aussi dans le sens d'une modification autorisée en respectant la procédure de l'article 1397 Cciv. : Cass. 1^{ère} civ., 21 janv. 1992 : Bull. civ., I, n° 24 ; R., p. 244 ; D. 1993, somm. 218, obs. F. LUCET ; JCP 1992, I, 3614, n° 4, obs. G. WIEDERKEHR ; Defr. 1992, p. 844, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD Civ. 1992, p. 812, obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

² Tel est le cas du pacte social entre époux prévoyant l'attribution de certains biens sociaux à l'époux survivant : P. CATALA, « Le sort des parts sociales au décès de l'associé », in « Études de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillac », Paris, Lib. techn., 1968, p. 59 et s.

³ P. HÉBRAUD, « Des contrats passés entre un futur « de cujus » et son héritier présomptif », in « Mélanges offerts à René Savatier », Dalloz, 1965, p. 341 et s.

raisonnement : la tontine est indépendante du fonctionnement du régime¹. Elle peut même intervenir entre deux personnes non-mariées et se retrouve le plus souvent entre concubins². Cette vision extensive conduit au « tout avantage matrimonial » : le régime a pour objet l'intégralité du patrimoine des époux, même les biens propres, personnels ou indivis, puisque leur statut est déterminé en application du régime. La jurisprudence a plutôt tendance à considérer que les conventions portant exclusivement sur des biens propres ne sont pas des avantages matrimoniaux et peuvent être qualifiés de libéralités, même si elles sont incluses dès l'origine dans le contrat de mariage : tel est le cas d'une clause de prélèvement sans indemnité à cause de mort qui porterait sur un bien propre de l'époux prédécédé³. L'arrêt précité du 31 janvier 2006 va également dans ce sens : les clauses de réversibilité d'usufruit portaient sur des biens propres et la clause dite de « remploi » avait pour objet de qualifier de propre un bien qui aurait dû être commun. Pourtant, aucune d'elle n'est considérée comme produisant un avantage matrimonial.

371. L'absence de rôle actif du régime matrimonial, critère de disqualification. Un arrêt rendu le 3 décembre 2008 en est une parfaite illustration⁴. En l'espèce, une donation-partage prévoyait des donations d'immeubles au profit des trois filles des donateurs, « avec stipulation expresse que les biens donnés doivent tomber dans la communauté de biens existant entre les donataires et leurs conjoints respectifs, ce qui est accepté par les donataires »⁵. Suite au divorce de l'une des donataires aux torts exclusifs du mari, celui-ci a assigné son ex-épouse pour voir jugé que l'immeuble issu de la donation-partage était un bien commun. La Cour d'appel a pris alors, comme souvent, le parti de l'épouse victime et a interprété la clause comme une extension, par l'épouse donataire, du bénéfice de la donation au profit de son conjoint. En somme, seules les

¹ Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 1959 : Bull. civ. I, n° 66 ; D. 1960, p. 592, note E.-S. DE LA MARNIÈRE ; JCP 1960, II, 11823, note P. VOIRIN ; RTD Civ., 1960, p. 692, obs. R. SAVATIER. Cet arrêt qualifie expressément la tontine de « contrat aléatoire à titre onéreux », mais peut être interprété comme excluant toute qualification en avantage matrimonial, puisqu'en l'espèce, la Cour a refusé de faire droit à une déchéance sollicitée sur le fondement de l'article 299 du Code civil. En ce sens : Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, « Les régimes matrimoniaux », Paris, Defrénois, 2010, 3^{ème} éd., n° 705.

² Pour un arrêt récent : Cass. 3^{ème} civ., 5 déc. 2012, pourvoi n° 11-24.448, publié au Bulletin ; v. nos observations : S. JEAN et Q. GUIGUET-SCHIELÉ, « Petit meurtre entre tontiniers », Lexbase Hebdo 2013, n° 514.

³ Cass. req., 11 mars 1931 : DP 1931, I, 133. V. aussi : Cass. 1^{ère} civ., 7 juill. 1971 : D. 1972, p. 294. En ce sens : cf. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 762. En somme, la clause n'a pas besoin du régime matrimonial pour procurer un avantage. L'étude de l'objet a permis une explication : si le bien est propre, la disposition à cause de mort confère un droit éventuel, car le créancier dispose alors d'un pouvoir potestatif susceptible de remettre en cause l'existence même de son obligation. Les avantages matrimoniaux quant à eux confèrent toujours des droits actuels, éventuellement affectés de modalités, tels un terme ou une condition.

⁴ Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008, n° 07-19.348 : Juris-Data n° 2008-046078 ; JCP 2009, I, 140, n° 17 obs. A. TISSERAND ; JCP N 2009, 1203, note S. DEVILLE ; D. 2009, AJ, p. 98, obs. V. EGEA ; *Ibid.*, pan. 2513, obs. J. REVEL ; Defr. 2009, p. 1605, art. 38987-3, note B. VAREILLE ; RDC 2009, p. 1169, obs. Cl. GRARE-DIDIER ; AJ Fam. 2009, p. 84, obs. F. BICHERON ; RTD Civ. 2009, n° 3, p. 564, note M. GRIMALDI ; Dr. Fam. 2009, n° 4, p. 43, B. BEIGNIER comm. 46 ; RJPF 2009, n° 2, p. 20, note F. VAUVILLÉ ; RLDC 2009, n° 57, p. 57 et p. 59, note C. LE GALLOU.

⁵ La validité de la clause d'entrée en communauté au sein d'une donation-partage a été reconnue en jurisprudence : Cass. 1^{ère} civ., 21 sept. 2005, Juris-Data n° 2005-029763 : Bull. civ. 2005, I, n° 335, Dr. Fam. 2006, comm. 11, note B.

filles des donateurs auraient été concernées par la donation-partage, notamment car la stipulation d'entrée en communauté était subordonnée à leur acceptation. La Cour de cassation a fait droit à la première branche du moyen et a cassé l'arrêt d'appel pour dénaturation des termes clairs et précis de la donation-partage et violation de l'article 1134 du Code civil¹. Elle a également suivi le raisonnement de la seconde branche selon laquelle la stipulation d'entrée en communauté n'est pas un avantage matrimonial et a précisé que ceux-ci résultent « directement » du fonctionnement du régime matrimonial.

L'emploi de l'adverbe est ici décisif². Selon l'argumentation de l'ex-épouse, un avantage matrimonial aurait été constitué par son acceptation expresse de faire tomber le bien en communauté. Or cette acceptation ne résultait pas du régime matrimonial mais d'un acte autonome : la donation-partage. On aurait pu objecter que la faculté de déroger à l'article 1405 al. 1^{er} du Code civil en qualifiant de commun le bénéfice d'une libéralité perçue pendant le mariage est légalement admise par l'alinéa 2 et donc que c'est le régime matrimonial lui-même qui aurait permis cette mise en commun. Le principe serait alors, en application stricte du régime de communauté réduite aux acquêts, une qualification propre. L'exception autoriserait une mise en commun, ce qui constituerait un avantage matrimonial. Cependant l'argumentaire ne tient pas : la source de l'enrichissement de l'époux doit en effet résulter « directement » du fonctionnement du régime, ce qui signifie que c'est le régime matrimonial qui doit déterminer la répartition de l'enrichissement procuré. Or, en l'espèce, c'est la volonté libérale des donateurs qui a permis l'enrichissement de l'époux. La mise en commun apparaît comme une modalité de gratification du gendre, laquelle aurait pu s'opérer autrement. Même si les époux avaient été mariés sous le régime de la séparation de biens, le mari aurait bénéficié de la libéralité, puisqu'il avait la qualité de donataire. Sans doute le bien serait-il alors tombé en indivision. La gratification du conjoint n'avait besoin d'aucun régime matrimonial pour se réaliser. Le gendre était directement donataire et la volonté de son épouse était inapte à y faire échec. Son acceptation était simplement nécessaire pour que l'acte lui soit opposable.

372. Les libéralités par voie matrimoniale. L'existence de libéralités par recours à une règle matrimoniale est envisageable puisque toute intervention du régime ne crée pas *ipso facto*, d'avantage matrimonial. L'étalon de détermination des avantages matrimoniaux trace ainsi

BEIGNIER ; JCP N 2005, n° 47, 1459, obs. D. MARTEL.

¹ Voir déjà, pour des faits à peu près identiques mais à propos d'une donation en avance de part : Cass. 1^{ère} civ., 2 nov. 1994 : Bull. civ. 1994, I, n° 310, p. 225 ; RTD Civ. 1995, p. 426, obs. B. VAREILLE ; D. 1994, IR, p. 264 ; Defr. 1995, p. 436, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP N 1995, II, p. 691, obs. Ph. SIMLER ; D. 1995, somm., p. 337, obs. M. GRIMALDI. La Cour de cassation considère qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre la clause d'avancement de part et l'entrée en communauté.

² Ce n'est pas la première utilisation de l'adverbe « directement » par la Cour de cassation à propos des avantages matrimoniaux. Mais c'est sans doute dans cette décision qu'il prend tout son sens.

la frontière de l'implication du libéral dans le domaine matrimonial. Monsieur LUCET a analysé un ensemble d'opérations constitutives de libéralités par recours à une règle matrimoniale¹. Tel est le cas chaque fois que, en supplément des effets du régime matrimonial, une manifestation de volonté autonome animée d'une intention libérale tend à créer un déséquilibre économique. S'opère alors une « captation » du matrimonial par le libéral, au moyen d'une perturbation du fonctionnement du régime. Celle-ci peut provenir soit d'une mise à l'écart des règles du régime, comme dans l'hypothèse d'une renonciation à une récompense² ou d'une majoration du passif originaire, soit d'une fiction³, portant par exemple sur un apport, une cause de récompense, ou même le partage. Selon le procédé employé, la donation sera indirecte ou déguisée. Dans tous les cas, la qualification libérale n'est possible qu'autant que se manifeste une volonté et un effet supplémentaires à ceux qui émanent du seul régime matrimonial. Encore faut-il que la convention ainsi créée ne soit pas contraire à l'ordre public ou aux dispositions légales. Dans l'arrêt du 31 janvier 2006 précité, la clause dite de « remploi » aurait pu s'analyser en une donation déguisée, puisqu'elle opérerait un déséquilibre économique dans une intention libérale manifeste au moyen d'une simulation sur l'origine du financement. Mais ce faisant, la clause agissait sur la qualification du bien dans un sens contraire à celui du régime matrimonial, ce qui enfreignait le principe d'immutabilité. Quoi qu'il en soit, « *les voies matrimoniales de libéralité entre époux existent, et elles sont nombreuses* »⁴. L'effet de ces conventions n'est pas toujours différent selon qu'elles sont ou non issues uniquement du fonctionnement du régime matrimonial. Mais si elles le sont effectivement, leur qualification en avantage matrimonial empêche toute qualification en libéralité. En ce sens, l'avantage matrimonial se présente comme un véritable concurrent à la donation entre époux. Dans une certaine mesure, c'est lui qui la chasse.

373. Une double certitude. D'une part, le régime matrimonial est à la source de l'avantage : il le crée en influant sur la répartition des enrichissements et appauvrissements des époux. Il n'est donc pas en lui-même générateur de richesses, mais les règles selon lesquelles celles-ci sont attribuées et gérées peuvent avantager l'un au détriment de l'autre. D'autre part, le régime matrimonial prend une part active dans le processus de création de l'avantage. Il ne suffit

¹ F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987, n° 177 et s. V. aussi pour une approche plus générale : L. MAYAUX, « L'altération du contrat conjugal (étude des rapports du contrat et du droit matrimonial) », thèse Lyon III, 1988.

² Pourvu qu'elle ne soit pas *ab initio* prévue dans la convention matrimoniale. Elle ne serait alors que l'application du régime matrimonial.

³ Cependant il est impossible de considérer, contrairement à ce qu'avait pu juger la Cour de cassation au XIX^{ème} siècle, que l'adoption d'un régime constitue en elle-même un déguisement, par exemple une communauté universelle dans laquelle l'un des époux n'effectue aucun apport : *Cass. req., 18 janv. 1888* : DP 1888, I, p. 174. Sur le dépassement de cette vision : *Cass. 1^{ère} civ., 16 déc. 1975* : Defr. 1976, art. 31284, note G. MORIN : « *le choix d'un régime matrimonial ne peut être regardé comme un acte secret permettant la réalisation d'une donation déguisée entre époux* ».

⁴ F. LUCET, *op. cit.*, n° 254.

pas qu'il serve de modalité à l'enrichissement, ou qu'il étende son emprise sur le bien qui en est l'objet : il doit, de lui-même aboutir à une répartition particulière de l'actif ou du passif qui génèrera un avantage. L'étalon de détermination des avantages matrimoniaux se situe donc nécessairement au sein du régime matrimonial. Mais cette certitude est insuffisante, car la notion de régime matrimonial est très riche. Elle se décline d'ailleurs plus souvent au pluriel qu'au singulier. Il convient de se demander quelles règles sont, au sein du régime matrimonial, susceptibles de produire des avantages matrimoniaux. À cette question, la réponse couramment donnée est très simple : l'étalon de mesure se situe dans le régime légal de communauté réduite aux acquêts.

B. L'incertitude : l'étalon fondé sur le régime légal

374. Un quasi-consensus. L'unanimité quant à un étalon fondé sur le régime légal de communauté réduite aux acquêts semble régner en doctrine¹, dans la pratique notariale et au sein de la jurisprudence². L'avantage matrimonial est ainsi défini comme ce qui ajoute au régime légal, ce que créent les régimes conventionnels. Madame DAURIAC écrit : « *Là où la communauté légale est regardée comme une source de profits entre époux, à la fois naturelle et inhérente à la communauté de vie conjugale, l'avantage matrimonial ne manque pas d'être perçu comme ce profit supplémentaire excédant les frontières naturelles de la communauté légale* »³. La doctrine relaie ainsi une pratique entérinée par la jurisprudence, qui, si elle paraît conforme à la tradition franque selon laquelle « *aux droits que les époux tiennent de leur contrat de mariage s'ajoutent ceux qui naissent de la communauté de vie* »⁴, n'en est pas moins totalement dépourvue de fondement juridique. Cette absence de base légale est d'ailleurs souvent reconnue par les auteurs eux-mêmes⁵.

Cette solution semble avoir émergé avec la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant

¹ V. par exemple, sans que cette liste ne soit exhaustive : Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, n° 703 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, « Droit civil français », 7^{ème} éd. par A. PONSARD, t. VIII, Litec, 1973, n° 350, note 2 ; H., L. et J. MAZEAUD, « Leçons de droit civil », t. IV, vol. I : Montchrestien, 5^{ème} éd. 1982, par M. de JUGLART, n° 508 s. ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, « Droit civil : les régimes matrimoniaux », Paris, Dalloz, 2011, 6^{ème} éd., n° 762 ; I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 611.

² Pour un exemple récent : Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2012, pourvoi n° 11.21-703, publié au Bulletin ; JCP 2013, n° 25, p. 1241 ; RJP 2013, n° 3 p. 25, note F. VAUVILLÉ ; *ibid.*, n° 2, p. 33, note W. HANNECART-WEYTH ; Dt. et pat. 2013, n° 227, p. 77, chron. Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE ; PA 2013, n° 77, p. 6, note J.-G. MAHINGA.

³ I. DAURIAC, « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 25, spé. p. 40.

⁴ P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, « Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil », Paris, Albin Michel, Bibliothèque de synthèse historique, 1985, Collection « L'évolution de l'humanité », p. 301.

⁵ V. notamment L. THIEBOT, « Distinction des conventions matrimoniales et des libéralités », thèse Caen, 1911, p. 11 et s.

réforme des régimes matrimoniaux¹, qui a instauré comme régime supplétif la communauté réduite aux acquêts, sans pourtant que cette loi ne comporte la moindre disposition en ce sens. Les professeurs FLOUR et CHAMPENOIS notent ainsi : « *Avant 1965, il était admis que la seule soumission au régime de la communauté légale de meubles et acquêts pouvait entraîner un tel avantage, notamment en cas d'inégalité des fortunes mobilières. (...) Mais, depuis la réforme du 13 juillet 1965, qui a réduit la communauté légale aux seuls acquêts, il ne semble pas qu'un avantage matrimonial puisse résulter du régime légal* »². Il est parfois avancé que l'origine de la prise en compte du régime de communauté réduite aux acquêts comme étalon se situe dans un arrêt de la Cour d'appel de Nancy du 25 février 1891³ au terme duquel les juges du fond ont refusé d'appliquer la déchéance prévue par l'ancien article 299 ancien du Code civil aux avantages résultant de la seule confusion des meubles. Mais cette idée est très contestable : la solution émane d'une Cour d'appel, elle est ancienne et l'interprétation extensive qui a pu en être faite est contredite par des décisions postérieures⁴. De plus, elle se justifie par la distinction qui était encore en vigueur entre les avantages révocables et les avantages retranchables⁵ : les premiers devaient, selon une jurisprudence constante, être animés d'une intention libérale. C'est cette condition qui fait défaut selon les juges du fond. Monsieur LUCET constate d'ailleurs : « *le caractère totalement légal ou partiellement conventionnel du régime ne joue aucun rôle discriminant de principe sur la notion d'avantage matrimonial puisque l'ancien régime légal de communauté de meubles et acquêts a toujours été considéré comme pouvant être source d'un tel profit* »⁶.

Cette vision n'est pas une spécificité française. Le Portugal, qui connaît l'avantage matrimonial sous une forme embryonnaire, se réfère à la communauté légale des acquêts pour déterminer la sanction de l'époux fautif dans le divorce : celui-ci ne pourra recevoir davantage que ce qui lui reviendrait sous ce régime. Cependant l'avantage revêt diverses significations, puisque l'époux fautif perd également les avantages reçus à raison du mariage lui-même⁷. Cette solution

¹ Sur cette idée : G. CHAMPENOIS et J. FLOUR, « Les régimes matrimoniaux », Paris, Armand Colin, 2001, 2^{ème} éd., n° 718 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, n° 703 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 762.

² J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *op. cit.*, n° 718.

³ CA Nancy, 25 févr. 1891 : DP 1891, II, p. 353, note M. PLANIOL. V. aussi CA Rouen, 20 févr. 1897 : S. 1899, II, p. 241, note DALAMBRET ; CA Poitiers, 3 févr. 1936 : DH 1936, II, p. 215 ; CA Paris, 20 janv. 1948 : JCP 1948, I, 4238, note P. VOIRIN ; Cass. civ., 19 mars 1952 : D. 1952, p. 452 ; JCP 1952, II, 6935, cassant CA Paris, 20 janv. 1948, préc. ; Cass. 1^{ère} civ., 6 oct. 1959 : D. 1959, I, p. 593, note R. LENOAN.

⁴ Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 1957 : Bull. civ. I, n° 42 : la Cour de cassation constate l'existence d'avantages matrimoniaux au sein du régime de communauté réduite aux acquêts, alors régime conventionnel.

⁵ Sur les distinctions proposées entre les avantages matrimoniaux, cf. *infra*, n° 406 et s.

⁶ F. LUCET, *op. cit.*, n° 496, p. 672. Nous soulignons et surlignons en gras ce qui nous apparaît essentiel ; la mise en relief n'est pas le fait de l'auteur. Monsieur LUCET renvoie par ailleurs à la thèse de PONSARD : A. PONSARD, « Les donations indirectes en droit civil français », thèse Dijon 1946, spé. p. 73.

⁷ E. De TOLEDO et J.-J. FIORA, « Les régimes matrimoniaux en Europe », *Defr.* 1992, art. 35246, p. 490, spé. n° 28, p. 500.

se justifie au regard du caractère très directif de la législation portugaise qui laisse peu de place à la volonté des époux. En France, où la liberté des conventions matrimoniales est prédominante, l'unanimité ne règne pas sur cette question.

375. La montée de voix dissidentes. Certains auteurs cherchent, au-delà du régime légal, à percevoir la notion d'avantage matrimonial de manière différente¹. Ainsi, pour le doyen BEIGNIER, « *la communauté légale n'est pas le degré zéro de l'avantage matrimonial mais bien plutôt le degré premier* »². Pour Monsieur CABRILLAC, « *si le domaine de prédilection de l'avantage matrimonial est (...) la communauté conventionnelle, on peut le concevoir dans la communauté légale, par confusion du mobilier ou des dettes* »³. Monsieur LUCET quant à lui propose une nouvelle définition de l'avantage matrimonial, qui repose sur un étalon différent de celui communément admis : « *C'est à l'aune de la participation aux acquêts-type, ou de la séparation de biens-type que doit être mesuré l'avantage matrimonial résultant d'une modification conventionnelle, afin de respecter la spécificité de chaque régime. L'époux bénéficiaire ne devra compte que des profits supérieurs à ceux qu'il aurait perçus sous ces régimes-types* »⁴. Il arrive que la question soit posée de l'instauration d'un double-étalon, notamment à propos de la société d'acquêts. Mais cette proposition doit être rejetée car elle aboutirait à une complexification de l'appréhension de l'avantage matrimonial. Toute méthode d'évaluation reposant sur une pluralité d'étalons doit être rejetée, car elle aboutit à une pluralité de définitions de l'avantage matrimonial, sans que cela ne soit autrement justifié. Il ne peut exister plusieurs étalons, car il n'existe pas plusieurs situations « normales » desquelles on s'écarte. On ne saurait faire dépendre la qualification d'un enrichissement du régime nommé duquel il s'écarte, car un même résultat aurait alors une étiquette et un régime juridique différents alors qu'il procéderait dans tous les cas de l'application d'un régime matrimonial.

La jurisprudence a consacré l'existence d'avantages matrimoniaux résultant de la seule application du régime légal de communauté réduite aux acquêts⁵. Le positionnement majoritaire ne procède pourtant pas d'une affirmation de principe. Ce qui fait sa force, c'est au contraire la logique des justifications qui le sous-tendent : l'argument technique et exégétique, et l'argument institutionnel.

¹ V. par exemple G. CORNU, « Les régimes matrimoniaux », PUF, 9^{ème} éd. 1997, n° 106.

² B. BEIGNIER, « Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? », in « Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit », Litec 2009, p. 33, spé p. 37.

³ R. CABRILLAC, « Droit civil. Les régimes matrimoniaux », Domat privé, Montchrestien 2013, 8^{ème} éd., n° 353.

⁴ F. LUCET, *op. cit.*, n° 477, p. 648. Il se fonde sur un arrêt au terme duquel en cas d'avantage résultant pour le mari d'une attribution en usufruit de la totalité d'une société d'acquêts accompagnant le régime dotal, l'appréciation de l'avantage ne doit pas avoir lieu au regard du régime dotal dont les règles ont été volontairement écartées, mais au regard d'un partage égal de la société d'acquêts : Cass. req., 13 avr. 1858 : S. 1858, I, p. 426 ; DP 1858, I, p. 406.

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 1992, Praslicka : JCP 1992, I, 3614, obs. Ph. SIMLER : à propos de la remise de ses salaires par un époux à son conjoint, donc la seule mise en commun des revenus.

376. L'argument technique et exégétique : la « confusion du mobilier ou des dettes ». Hors le cas des « *clauses d'une communauté conventionnelle* », l'article 1527 du Code civil ne laisse la place qu'aux avantages « *qui peuvent résulter de la confusion du mobilier ou des dettes* ». La communauté réduite aux acquêts ne permettrait pas une telle confusion. Madame DAURIAC note que : « *l'économie générale du régime légal se veut exclusive de la production de tels avantages : réduite aux acquêts, la communauté débute à zéro ; elle est, à son issue, partagée égalitairement et les mouvements de valeurs réalisés tant que dure ce régime sont corrigés par des récompenses* »¹. On ne peut en effet nier que les articles 1400 et suivants du Code civil prévoient de nombreuses dispositions qui ont pour effet de limiter l'enrichissement de la masse commune au détriment de l'une ou l'autre des masses propres. Les récompenses et les créances entre époux sont le principal outil de rééquilibrage des transferts intervenus. Les hypothèses de qualification des biens, en déterminant la composition des masses propres, limitent aussi l'attraction opérée par la communauté².

Cependant, le principe même de la communauté, fut-elle réduite aux acquêts, consiste dans la mutualisation des richesses créées : elle est fondamentalement animée par un principe participatif. « *Si la communauté se partage par moitié, elle ne s'alimente pas par moitié* » : le droit de la communauté est donc « *vivifié par l'idée de générosité* »³. Il importe peu, à cet égard, qu'elle débute à zéro : tel peut être aussi le cas d'une communauté de meubles et acquêts et même d'une communauté universelle si les époux ne possèdent, lors de leur mariage, que des biens qualifiables de propres par nature. Une autre interprétation du texte peut donc être proposée : la « confusion » n'est peut-être pas entendue factuellement, mais au contraire dans un sens juridique⁴. Elle viserait l'aptitude du régime à mettre en commun les biens acquis, désignant la mutualisation à laquelle il ne peut être fait échec, non celle qui peut être corrigée. En effet, sous le régime de communauté de meubles et acquêts, les biens meubles, même acquis à titre gratuit pendant le mariage, deviennent communs sans possibilité de récompense au profit d'un époux. C'est donc la préoccupation d'assurer dans une certaine proportion la conservation des biens dans les familles qui a guidé la limitation par l'action en retranchement. En somme, la « confusion » s'appliquerait à tous les cas où la mise en commun n'est pas un fait générateur de récompense et ne peut être évitée par une qualification propre sur un fondement spécial⁵. Elle désigne la force

¹ I. DAURIAC, « Les régimes matrimoniaux et le Pacs », LGDJ, 3^{ème} éd., 2012, n° 612.

² Tous les biens acquis pendant le mariage n'ont pas vocation à devenir communs : les accessoires des biens propres, ceux acquis à titre gratuit ou dont la nature fait présumer la propriété, et surtout les biens qui, directement ou indirectement, prennent la place d'un bien propre par le mécanisme de la subrogation réelle.

³ B. BEIGNIER, art. précit., p. 36.

⁴ Contrairement à l'article 1411 al. 3 qui vise une réelle confusion matérielle, c'est-à-dire l'impossibilité d'établir la preuve du caractère propre.

⁵ La jurisprudence a parfois reconnu l'existence d'avantages par « confusion du mobilier » en régime de communauté

d'attraction de la communauté à laquelle il ne peut être fait échec. Il ne s'agit pas d'une confusion matérielle, dont l'issue serait réglée par la preuve du caractère propre ou le règlement d'une récompense, mais bien d'une confusion juridique, qui se règle par un partage inéluctable. Pour Monsieur LUCET, la communauté légale « *profite au conjoint qui ne travaille pas, lui permettant ainsi de bénéficier des revenus et des acquêts réalisés par son conjoint* »¹.

Cet argument est confirmé par la dernière partie de l'expression : la confusion des dettes. À ce propos également, on objecte vite que les récompenses permettent un rééquilibrage et font échec à tout avantage en valeur. Mais ce dont il s'agit n'est peut-être pas l'hypothèse dans laquelle une masse de biens a acquitté une dette pour laquelle elle n'était pas tenue à titre définitif. Il s'agit sans doute au contraire de la force d'attraction de la communauté, qui s'exerce ici dans le domaine du passif, et donc du principe selon lequel toute dette contractée pendant le mariage, fût-ce par un seul époux, doit être supportée par la communauté, sans que celle-ci ne puisse prétendre à une récompense². Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 12 juin 2001 retient d'ailleurs, en matière de communauté universelle que « *l'admission au passif de la communauté des dettes présentes et futures des époux constituait pour la femme des avantages nés du régime adopté* »³. L'avantage naît donc de la force d'attraction active et passive de la communauté à laquelle les récompenses et les preuves de propriété ne peuvent faire échec.

377. L'argument technique et exégétique : silence quant aux immeubles. Il serait possible d'objecter que les immeubles ne sont pas évoqués dans l'article 1527 du Code civil. Ainsi, leur mise en commun ne créerait un avantage, au sens de ce texte, qu'au sein des communautés conventionnelles. Mais force est de constater que cet argument n'est jamais mis en avant par les tenants d'un étalon fondé sur le régime légal. Et pour cause. La source des enrichissements de la communauté réduite aux acquêts repose toujours dans la mise en commun des biens meubles. Plus précisément, c'est le principe selon lequel les gains et salaires et les fruits et revenus des biens propres sont communs qui permet à la communauté de se prémunir contre les mécanismes réducteurs d'avantages et donc de perdurer. En effet, pour qu'un époux puisse se prévaloir du mécanisme de l'emploi, encore faut-il que le financement soit réellement propre, ce qui n'est pas le cas s'il utilise des revenus perçus pendant le mariage. Et pour qu'un fait générateur de récompense au détriment de la masse commune soit caractérisé, il est nécessaire

réduite aux acquêts : Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 1957 : Bull. civ. I, n° 42

¹ F. LUCET, « L'avantage matrimonial. Retranchement ou révocation », étude sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1990 : JCP N, 1992, I, 145.

² À moins que la dette ne soit exclusivement contractée dans l'intérêt de l'époux ; dans ce cas elle demeure propre à titre définitif et la communauté a droit à récompense si elle l'acquitte : art. 1416 Cciv.

³ Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2001 : Bull. civ. I, n° 168 ; D. 2002, p. 1713, note M. SENECHAL ; JCP 2002, I, 167, n° 13, obs. A. TISSERAND ; Defr. 2001, p. 1516, obs. G. CHAMPENOIS ; RJPF 2001, n° 10, p. 15, note F. VAUVILLÉ ; RTD Civ. 2001, p. 863, obs. J. HAUSER ; *ibid.*, 2002, p. 134, obs. B. VAREILLE.

qu'une masse propre s'appauvrisse, ce qui n'est pas le cas si la source du financement repose dans les revenus, par nature communs. Ainsi, au sein du régime de communauté réduite aux acquêts, les immeubles n'enrichissent la communauté que si, acquis pendant le mariage, ils l'ont été au moyen de deniers communs. C'est toujours parce que s'opère une « confusion du mobilier » (la mise en commun des revenus), que s'enrichit la communauté.

Il s'agit cependant là d'une interprétation très poussée de la lettre du texte. L'expression « mobilier », n'a raisonnablement pas eu pour vocation à désigner les gains et salaires et les fruits et revenus des biens propres des époux, mais, plus certainement, des meubles meublants et en particulier ceux dont les époux avaient la propriété avant le mariage et qui, du fait de l'application du régime alors supplétif de communauté de meubles et acquêts, tombaient en communauté. L'exclusion des immeubles de l'article 1496 ancien peut s'expliquer par la limitation naturelle de la force d'attraction de la communauté : les immeubles acquis à titre gratuit pendant le mariage ne sont pas communs, au contraire des meubles. Il n'était nul besoin, pour assurer la conservation des biens dans la famille, de les inclure dans le domaine de l'action en retranchement, puisqu'ils ne pouvaient conférer un avantage au détriment du conjoint.

378. L'argument technique et exégétique : l'exclusion des simples bénéfiques. Un autre argument textuel expliquerait que le régime de communauté réduite aux acquêts serait inapte à créer des avantages. L'article 1527 al. 2 du Code civil dispose que « *les simples bénéfiques résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux, des époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants d'un autre lit* ». Au-delà de la difficulté à saisir pleinement le sens de l'expression utilisée¹, ce texte a été interprété comme excluant de la notion d'avantage matrimonial la mise en commun des revenus. Monsieur LUCET écrit en ce sens que le législateur « *commande de ne pas prendre en compte, dans une mesure qu'il détermine, un certain nombre de profits qui doivent être considérés comme neutres au regard du retranchement. Ce sont ceux visés à l'alinéa 2, in fine, de l'article 1527 du Code civil. C'est pourquoi la communauté réduite aux acquêts, qui ne comprend en principe que ce type de bénéfice, est prise comme régime étalon pour apprécier la consistance de l'objet de l'avantage* »².

Cette interprétation doit être combattue. D'une part, il est contesté qu'il s'agisse de profits issus de la mise en commun des revenus. Selon le doyen CARBONNIER, ces enrichissements ne

¹ Sur l'interprétation de l'expression « *simples bénéfiques résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux, des deux époux* », v. *infra*, n° 542 et s.

² F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987, n° 476, p. 647. Madame DAURIAC écrit quant à elle : « *Le fait que, malgré la disproportion de leurs revenus, deux époux partagent un même niveau de vie confortable s'inscrit dans la logique du mariage et ne saurait être compté au rang des avantages matrimoniaux* » : *op. cit.*, n° 612.

procèdent pas du régime matrimonial, mais de la communauté de vie¹. D'autre part, il faut rappeler que la vision nouvelle que nous proposons de l'avantage matrimonial est celle d'une notion concurrente de la donation entre époux qui, au moyen d'une fiction juridique, protège d'une qualification libérale. Or si la mise en commun des revenus n'est pas un avantage matrimonial, rien ne s'oppose à y voir une libéralité indirecte dès lors qu'une intention libérale peut être démontrée. Mais surtout, l'interprétation du texte est cette fois trop extensive. Monsieur LUCET le reconnaît : le législateur a entendu proposer une exception au mécanisme du retranchement². Par extrapolation, l'exception a été étendue à la notion même d'avantage matrimonial. Or si le législateur avait entendu exclure ces bénéficiaires de la notion elle-même, il aurait arrêté sa plume après l'emploi du terme « avantage ». Mais il a prolongé le texte : « *avantages faits au préjudice des enfants d'un autre lit* ». Il est donc possible d'interpréter l'article 1527 al. 2 du Code civil comme édictant une présomption, sans doute irréfutable, selon laquelle ces bénéficiaires ne portent pas atteinte à la réserve héréditaire et donc ne sont pas réductibles³. Cela peut s'expliquer par la modicité relative de ces bénéficiaires, surtout au XIX^{ème} où dominaient les fortunes immobilières et les richesses issues du patrimoine familial plus que de l'industrie personnelle. Ces bénéficiaires seraient donc inaptes, quantitativement, à dépasser la quotité disponible spéciale entre époux.

Cette interprétation est confortée par la structure même du texte : il se situe dans la continuité du principe selon lequel le retranchement est encouru en présence d'enfants non-communs. Il n'en est séparé que par un point-virgule ! En somme, l'article 1527 du Code civil peut être interprété comme comportant trois ensembles de dispositions, correspondant aux trois alinéas qui le composent. La première édicte une fiction disqualificative et définit indirectement l'avantage matrimonial en tant que notion. La deuxième a trait à l'action en retranchement : elle pose un principe, puis une exception, les deux étant séparés par un point-virgule. La troisième,

¹ J. CARBONNIER, « Le régime matrimonial ; sa nature juridique sous le rapport de société et d'association », thèse Bordeaux, 1932, p. 84 et s. V. aussi C. SAUJOT, « Les avantages matrimoniaux (Notion – Nature juridique) », RTD Civ. 1979, p. 699, spé. p. 702 : « *Ces économies ne sont pas liées à l'état d'époux mais à la communauté de vie qui peut exister aussi entre parents, amis ou concubins qui partagent le même toit, le même feu, la même table* ».

² F. LUCET, étude précit., n° 5 : « *Mais ce texte vise simplement à soustraire ces bénéficiaires au retranchement ; sa présence démontre précisément que le régime légal (comme la participation aux acquêts-types) peut procurer un enrichissement matrimonial à l'un des conjoint : il ne serait d'aucune utilité dans le cas contraire* ». En ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 11 juin 1958 : JCP 1958, IV, 111 ; Cass. 1^{ère} civ., 20 nov. 1958 : JCP 1960, II, 11383, note P. VOIRIN ; RTD Civ. 1959, p. 353, obs. R. SAVATIER ; CA Lyon, 6 mars 1961 : Gaz. Pal. 1961, II, p. 190.

³ Certains auteurs mettent en avant que l'exclusion procède avant tout du régime juridique. Ainsi, « *l'article 1527 al. 2, exclut du retranchement les bénéfices résultant des travaux communs et les économies faites sur les revenus respectifs des époux* » (nous soulignons) : Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, « Les régimes matrimoniaux », Paris, Defrénois, 2010, 3^{ème} éd., n° 703. Madame ROUSSEAU écrit à ce sujet : « *le texte se garde bien de donner une définition de l'avantage matrimonial mais règle seulement une partie du traitement liquidatif de celui-ci* » : E. ROUSSEAU, « De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. Liber amicorum », Defrénois 2012, p. 711, spé. p. 722. Plus loin : « *Le texte est clair. Il ne qualifie pas l'avantage matrimonial. Il prend seulement la mesure de ce qui est retranchable. Tout ce qui est avantage matrimonial n'est donc pas nécessairement retranchable* ». V. aussi N. DUCHANGE, « Un inconvénient patrimonial n'est pas un

plus récente, concerne plus spécifiquement la renonciation anticipée à l'action en retranchement. Ce découpage est un héritage de l'histoire du Code civil. À l'origine, les dispositions relatives au retranchement (articles 1496 et 1527) étaient séparées de celles relatives à fiction disqualificative (articles 1516 et 1527). Ce n'est que progressivement que l'unité a été opérée par la jurisprudence. En 1804, le point-virgule séparant l'énoncé du retranchement et l'exception pour les « simples bénéficiaires » n'existait alors pas, et la ponctuation « : » créait un lien direct.

379. L'argument technique et exégétique relativisé. L'article 1527 du Code civil est pétri par diverses considérations. Il cherche tout à la fois à définir juridiquement l'avantage matrimonial, à opérer une fiction disqualificative et à organiser un alignement partiel et limité sur le régime juridique des libéralités. Il convient donc d'en user avec la plus grande prudence et l'interprétation qui en est faite doit être raisonnée et guidée par l'idée que, de la qualification en avantage matrimonial, dépend la préservation de certaines figures pour lesquelles la loi a choisi la stabilité, au rebours du régime juridique des libéralités qui en fait une réalité souvent précaire¹. Ainsi, il peut tout autant être interprété comme évoquant la force d'attraction active et passive de la communauté que comme visant la simple confusion matérielle des biens. D'un point de vue purement matériel, le principe participatif sur lequel se fonde l'économie du régime de communauté réduite aux acquêts peut créer des avantages². Quant à savoir s'il s'agit d'avantages « matrimoniaux », seule la détermination d'un étalon de mesure permet de se prononcer. L'argument textuel doit encore être relativisé en ce qu'il cantonne la production d'avantages matrimoniaux aux régimes de communautés conventionnelles. Or il est admis que des régimes conventionnels exclusifs de toute communauté sont aptes à produire des avantages : tel est le cas de la participation aux acquêts³.

380. L'argument institutionnel. Un autre argument se fonde davantage sur la désignation de la communauté réduite aux acquêts en tant que régime légal que sur son contenu effectif. Monsieur BOSSE-PLATIERE le résume ainsi : « *La raison, souvent évoquée, serait qu'un avantage matrimonial ne pourrait résulter que d'une convention, et non de la volonté du législateur* »⁴. La loi ne pourrait créer elle-même des avantages matrimoniaux. Cet argument est

avantage matrimonial », Defr. 2010, art. 39117.

¹ L'analyse du régime juridique de la libéralité révèle en effet nombreuses techniques susceptibles de la remettre en cause : révocation, réduction, indignité, ingratitude, etc.

² La jurisprudence l'a d'ailleurs reconnu, à une époque où il n'était que régime conventionnel : Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 1957. D'un point de vue purement technique, la communauté réduite aux acquêts peut donc générer des avantages !

³ Sur la question de savoir si le régime de participation aux acquêts peut générer des avantages matrimoniaux : G. CORNU, *op. cit.*, n° 106 ; Ph. MAULAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, n° 862 ; P. STORCK, « Avantages matrimoniaux et régime de participation aux acquêts : détermination de la nature des stipulations permises par l'article 1581, alinéa 2, du Code civil », JCP N 1981, I, 355 ; Rép. quest. écrite n° 601 : JOAN Q, 17 oct. 1988.

⁴ H. BOSSE-PLATIERE, « Indivision et communauté dans le régime des biens du PACS aujourd'hui » in « Mélanges

probablement le plus convaincant, mais il n'est pas sans faille. D'une part, l'analyse de la notion d'« avantage » au sens large a démontré la prédominance du critère objectif : l'avantage, en droit civil, peut résulter aussi bien d'une volonté directe qu'indirecte et même d'un ordre de la loi ou du juge¹. D'autre part, l'histoire démontre que le régime légal a été source d'avantages matrimoniaux. Ce n'est en effet que depuis 1965 que l'argument dit « institutionnel » a pu émerger. Tant que le régime légal était celui de la communauté de meubles et acquêts, nul ne prétendait que son caractère supplétif fasse échec à la production d'avantages matrimoniaux². L'article 1496 du Code civil, dans sa version de 1804, définissait les avantages matrimoniaux par référence au régime légal.

En outre, la désignation supplétive d'un régime matrimonial ne nie pas toute dimension volontaire. Le régime légal s'applique en effet à défaut de manifestation de volonté contraire, non en l'absence totale de volonté. Puisqu'il peut être écarté par la seule volonté des époux, on ne peut nier qu'une dimension conventionnelle est présente, d'autant plus que certains couples le choisissent délibérément. Un courant doctrinal a plaidé pour une vision du régime légal comme étant un contrat tacite³. Sans aller aussi loin, notons que toute dimension volontaire n'est pas absente du régime dit légal⁴ : « *l'intention participative est alors tacite ou subie* »⁵. L'argument institutionnel peut être relativisé, notamment parce qu'il fait appel à un critère subjectif, ce qui, en matière d'avantage, ne peut avoir qu'une portée très limitée⁶.

381. Rejet et discussion. En définitive, l'argument exégétique et technique doit être rejeté⁷ et l'argument institutionnel peut être discuté. Pour le premier, deux éléments doivent être retenus. D'une part, l'expression « *confusion du mobilier ou des dettes* » ne désigne vraisemblablement pas les hypothèses dans lesquelles une récompense peut être allouée à un époux, mais plutôt toutes celles qui correspondent à l'enrichissement ou l'appauvrissement définitif de la communauté. La terminologie employée révèle donc les limites des mécanismes correcteurs, la frontière qui protège la communauté. D'autre part, l'argument purement textuel doit être dépassé, car la terminologie employée date de 1804. Or le concept d'avantage

en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux. *Liber amicorum*. », LGDJ, Dalloz 2009, p. 37, spé p. 50.

¹ V. *supra*, n° 338 et s.

² En ce sens, B. BEIGNIER, art. précit., p. 38 : « *Ainsi, avant 1965, un avantage matrimonial pouvait découler de la simple adoption de la communauté légale* ». En ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 18 févr. 1961 : Bull. civ., I, n° 45.

³ V. *infra*, n° 395 et s.

⁴ En ce sens : H. BOSSE-PLATIERE, art. précit..

⁵ E. ROUSSEAU, « De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 711, spé. p. 713.

⁶ Monsieur LUCET l'avait d'ailleurs remarqué : « *Quoi qu'il en soit, le caractère totalement légal ou partiellement conventionnel du régime ne joue aucun rôle discriminant de principe sur la notion d'avantage matrimonial* », F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987, n° 496, p. 672. Il fait ensuite référence à A. PONSARD, « Les donations indirectes en droit civil français », thèse Dijon 1946, p. 73.

⁷ Sur la nécessité de dépasser le texte du Code, v. not. E. ROUSSEAU, art. précit., p. 714.

matrimonial et son domaine d'action ont fortement évolué depuis. Le simple passage, en 1965, à un régime légal de communauté réduite aux acquêts aurait dû aboutir à une adaptation du texte. C'est également la raison première de l'existence légale des avantages matrimoniaux qui a évolué : il ne s'agit plus aujourd'hui d'assurer la conservation des biens dans le patrimoine familial. S'agissant de l'argument institutionnel, son orientation subjective lui fait perdre en pertinence, mais il ne doit pas être éludé : l'étude de la notion de régime matrimonial permettra de le combattre efficacement. La notion d'avantage matrimonial doit s'élargir, car l'enjeu est de taille : tout ce qui n'est pas qualifié d'avantage matrimonial n'est pas protégé par la fiction légale disqualificative et peut potentiellement être requalifié en libéralité¹. L'étalon proposé doit donc chercher à s'adapter à ce contexte.

Paragraphe second : La caractérisation de l'étalon au regard de la notion de régime matrimonial

382. L'étalon dans le régime matrimonial. Afin de savoir « quel régime » sert de filtre, « quel régime » ne crée pas d'avantage matrimonial et pourquoi, il faut non seulement tenter de proposer une définition du régime matrimonial (A), mais encore s'interroger sur sa nature juridique (B)².

A. La définition du régime matrimonial – réflexions sur le régime primaire

383. Emergence historique de la notion de régime matrimonial. Si l'expression « régime matrimonial » est aujourd'hui une véritable notion juridique qui désigne l'un des trois piliers du droit patrimonial de la famille, force est de constater que, légalement, elle n'est pas définie. Cette lacune a une explication historique³. Lors de l'élaboration du Code Napoléon, la notion de régime matrimonial n'existait pas et il était simplement question de conventions matrimoniales et de contrat de mariage. C'est au cours du XIX^{ème} siècle que les traités commencent à employer l'intitulé « régime », d'abord pour désigner l'effet des conventions matrimoniales. Apparaissait alors une distinction entre le *negotium* (le contrat de mariage ou la convention matrimoniale) et l'*instrumentum* (les dispositions du régime matrimonial)⁴, qui

¹ Le silence du texte sur la mise en commun des immeubles est un exemple parfait de la nécessité de dépasser une analyse purement littérale de la loi : si la mise en commun des immeubles du fait de l'adoption d'une communauté réduite aux acquêts n'est pas juridiquement un avantage matrimonial, rien ne s'oppose alors à y voir une libéralité, ce qui, en adoptant une vision souple de l'intention libérale, n'est pas inenvisageable. L'insécurité qui caractérise le régime juridique des libéralités menacerait ainsi la stabilité nécessaire des régimes matrimoniaux et de leurs effets.

² Sur ces questions, v. : A. HOUGLARD, « La notion de régime matrimonial », thèse Toulouse 2008.

³ G. WIEDERKEHR, « Propos à bâtons rompus sur la notion de régime matrimonial », in « Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller : *Liber amicorum* », Strasbourg, LGDJ 1994, p. 533 et s.

⁴ Le doyen WIEDERKEHR écrit : « *Lorsqu'on parle du contrat de mariage ou des conventions matrimoniales, on*

perdre encore aujourd'hui, sauf qu'elle oppose le contrat de mariage, perçu comme un contenant, et la convention matrimoniale, saisie comme un contenu¹. La prédominance de la convention sur le régime matrimonial, de la source sur le contenu, se justifie par la vision du mariage de l'époque : un contrat entre deux familles, perçu comme « *l'acte fondateur d'une nouvelle cellule sociale, comparable au contrat social, fondateur de l'État* »². À mesure que l'individualisme s'est accru et que le mariage est devenu la chose des époux, le déclin du contrat de mariage s'est amorcé et l'expression « régime matrimonial » a progressivement servi à fédérer les règles issues des conventions matrimoniales et celles du régime légal. La loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 consacre la notion et entend la réformer. Pour ce faire, elle crée notamment le régime dit « primaire », statut impératif auquel les époux ne peuvent déroger, et adapte le régime supplétif aux aspirations de son temps : la communauté légale est désormais réduite aux acquêts. La loi n° 85-1372 du 27 décembre 1985 franchit une étape supplémentaire en modifiant l'intitulé du titre cinquième du Livre III du Code civil : « *Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux* » remplace « *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux* »³. L'article 1527 figure alors sous la rubrique « *Dispositions communes aux deux parties du chapitre II* », ce qui concerne le régime légal et les régimes conventionnels.

L'histoire démontre donc une scission entre, d'une part, le régime supplétif désigné par la loi et, d'autre part, les régimes conventionnels choisis par contrat de mariage. Mais il y eut progressivement, une prise de conscience de l'identité de but, de fonction et de nature : il s'agissait bien d'un « régime », soit un corps de règles auquel les époux étaient soumis. On ne doute plus aujourd'hui que la communauté légale soit un régime matrimonial.

384. Émergence historique de la notion d' « avantage matrimonial ». L'apparition de l'avantage matrimonial est corrélative à celle de régime matrimonial. Dans le Code de 1804, il n'est fait référence qu'aux « avantages », non aux « avantages matrimoniaux ». Il existait donc, indifféremment, des avantages dans le régime de communauté de meubles et acquêts et des avantages issus du contrat de mariage. L'adjectif « matrimonial » désignait le contenu du contrat de mariage, non les dispositions du régime. L'avantage n'était pas « matrimonial », parce qu'il

visé la source d'un statut ou son établissement. Le terme de régime matrimonial se réfère au contenu de ce statut » ; art. précit., p. 536.

¹ Sur la notion de convention matrimoniale et la liberté qui l'inneve, v. *supra*, n° 238 et s.

² G. WIEDERKEHR, art. précit., p. 538. Cette vision du mariage justifie également la prohibition des donations déguisées entre époux ou futurs époux et contre-lettres du contrat de mariage : le caractère occulte empêchait les familles, qui sont concernées, d'opérer un contrôle, d'intervenir dans l'opération juridique.

³ Sur cette loi, v. notamment : A. COLOMER, « La réforme de la réforme des régimes matrimoniaux, ou : vingt ans après (premières réflexions sur la loi du 23 décembre 1985) », D. 1986, Chron. 49 et s. ; Ph. SIMLER, « Commentaire », in Ed. Techn., J.-Cl. civ., éd. spéciale n° 3 ; M. GRIMALDI, « Commentaire », Gaz Pal. 1986, 2^{ème} sem., p. 529 ; A. COLOMER et G. CHAMPENOIS, « Commentaires » in Defr. 1986, art. 33705, 33711, 33789 et 33793 et Defr. 1988, art. 34320 ; A. FOURNIER, « Une nouvelle étape dans la réforme permanente du droit des régimes matrimoniaux : la loi du 23 décembre 1985 », RTD Civ. 1989, p. 447 et s.

n'était pas exigé qu'il soit issu d'une convention matrimoniale, entendue comme un contrat de mariage. Or, à mesure que régime supplétif légal et régimes conventionnels furent unifiés sous la bannière du « régime matrimonial », l'avantage put devenir « matrimonial » puisque l'adjectif se référait, non plus à la seule convention, mais au régime. L'aboutissement fut la loi du 11 juillet 1975 qui a légalement entériné la notion¹. En somme, l'avantage devient matrimonial à mesure que le matrimonial est perçu comme un régime. L'enseignement de cette réalité historique est conséquent : l'avantage matrimonial est issu du régime matrimonial, non uniquement du contrat de mariage. Il existe bel et bien au sein du régime légal.

385. But et objet du régime matrimonial. Dans les pays anglo-saxons, la notion de régime matrimonial n'existe tout simplement pas². Par exemple, le « *matrimonial property rights* » britannique se présente comme une compilation disparate de règles régissant les rapports patrimoniaux des époux, mais sans cohérence d'ensemble³ et fixées au coup-par-coup par la législation et la jurisprudence. Il est souvent conclu que, dans ces systèmes juridiques, le régime légal est la séparation de biens. Mais cela est réducteur. Dans notre droit, la séparation est un véritable régime matrimonial organisé, comprenant quelques dispositions exorbitantes du droit commun⁴. Dans les pays anglo-saxons, il s'agit au contraire d'une absence totale de régime matrimonial, de sorte qu'il est fait application des règles du droit commun. En règle générale, les époux organisent eux-mêmes le régime de leurs biens au moyen de ces règles ; les plus usitées sont le *trust* et le *joint tenancy*⁵. Mais les concubins peuvent également les mettre en place et sont donc, d'un point de vue patrimonial, placés dans une situation similaire à celle des époux. C'est alors qu'apparaît tout l'intérêt du régime matrimonial : il est un ensemble de règles exorbitantes du droit commun, permettant aux époux de se démarquer des simples concubins dans l'organisation patrimoniale. Privilège réservé aux époux et lié à l'institution du mariage, il ne peut exister en dehors⁶.

Le régime matrimonial procède donc d'un choix politique de favoriser le mariage. Madame FLOUR a pu écrire que le régime matrimonial était potentiellement un « *argument de*

¹ Loi n° 75-617 portant réforme du divorce.

² « Les familles sans frontières en Europe : mythe ou réalité ? 101^{ème} Congrès des Notaires de France », Nantes 1^{er} – 4 mai 2005, Paris ACNF, 2005, n° 1121 p. 92 ; « Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines », travaux et recherches de l'institut de droit comparé, Paris II, ss. dir. J. PATARIN et I. ZAJTAY, éd. A PEDONE, 2^{ème} éd. 1974.

³ E. De TOLEDO et J.-J. FIORA, « Les régimes matrimoniaux en Europe », Defr. 1992, art. 35246, p. 490 : n° 3, p. 491 : « *Il n'existe pas, dans les institutions britanniques, de concept précis correspondant au « régime matrimonial » des pays de droit écrit. Le mariage en lui-même n'a aucun effet sur la propriété des biens des époux.* »

⁴ On pensera notamment à la présomption d'indivision de l'article 1538 al. 3 Cciv.

⁵ Forme de communauté universelle avec clause d'attribution au conjoint survivant.

⁶ Ce qui explique qu'il ne puisse exister de régime matrimonial, et donc d'avantage matrimonial, entre les partenaires liés par un Pacs. V. *supra*, n° 322 et s.

vente » pour le mariage¹. Pour le doyen WIEDERKEHR, « *on se marie pour avoir un régime matrimonial* » et « *la loi ne commandant pas les sentiments, ce sont bien les dispositions patrimoniales qui constituent l'apport légal véritable du mariage à l'union* »². Madame DAURIAC écrit que « *le régime matrimonial doit son existence au mariage* »³. Le régime matrimonial correspond donc à l'organisation des relations patrimoniales des époux entre eux et à l'égard des tiers, rendue nécessaire par l'enchevêtrement inéluctable des intérêts patrimoniaux des époux dû au mariage. Celui-ci est fondé sur la vie commune, laquelle ne consiste pas uniquement en une cohabitation sous un même toit, mais en une communauté d'intérêts qui appelle à de nombreux rapprochements patrimoniaux en vue d'assurer l'objectif du mariage : la construction de la famille. Le droit commun est donc jugé insuffisant pour régir l'union personnelle et patrimoniale du couple⁴.

386. Domaine du régime matrimonial. Si chacun s'accorde pour considérer que le régime matrimonial est constitué de règles - d'où son nom - qui régiraient les rapports patrimoniaux des époux entre eux et à l'égard des tiers, la perception de son étendue est soumise à une alternative. Pour les tenants d'une conception extensive, le régime matrimonial est « *l'ensemble des règles...* »⁵. Pour d'autres, il est « *un ensemble de règles...* »⁶. La différence est fondamentale. Le régime matrimonial regroupe-t-il toutes les règles tendant à l'organisation patrimoniale du couple marié, ou certaines de ces règles ? Dans le second cas, il existe un critère supplémentaire qui limite la qualification⁷. Dans le premier, seule compte l'existence de « règles » et leur objet⁸. Comme le démontre le doyen WIEDERKEHR, la différence entre les deux acceptions repose dans la volonté d'inclure ou d'exclure de la notion de régime matrimonial les

¹ Y. FLOUR, rapport de synthèse in « *Quelle association patrimoniale pour le couple ?* », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 119. Elle remarque qu'il peut également effrayer les couples par sa rigueur et devenir un repoussoir qui des détourne du mariage. D'où, sans doute, le succès du Pacs.

² G. WIEDERKEHR, art. précit., p. 534.

³ I. DAURIAC, « *Les régimes matrimoniaux et le Pacs* », LGDJ, 3^{ème} éd., 2012, n° 18.

⁴ Pour certains auteurs, le régime matrimonial peut être perçu comme une dérogation aux règles de droit commun des obligations, dont l'application « brute » serait impossible ou du moins difficile : H. LECUYER, « *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille* », thèse Paris, 1993.

⁵ En ce sens : L. BACH, « *Droit civil II. Régimes matrimoniaux, successions, libéralités* », Paris, Sirey, 1998, p. 8 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, « *Droit civil. Les régimes matrimoniaux* », Précis Dalloz, 6^{ème} éd. 2011, n° 1 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, « *Droit civil. Les régimes matrimoniaux* », 2^{ème} éd., 1986, n° 1 ; A. COLIN et H. CAPITANT, « *Cours élémentaire de droit civil français* », t. III, Dalloz, 10^{ème} éd. 1950, par J. DE LA MORANDIERE.

⁶ En ce sens : A. COLOMER, « *Droit civil. Régimes matrimoniaux* », Litec, 12^{ème} éd., 2004, n° 2 ; I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 2.

⁷ Pour les professeurs COLOMER et MONTANIER, ce critère est la vocation à organiser les rapports ainsi que la faculté à s'insérer de manière cohérente dans l'ensemble.

⁸ Comme le note Monsieur COLOMER, « *l'usage est arbitraire que les juristes de langue française font ainsi de l'expression « régime matrimonial ». Car si « régime » signifie (...) ensemble de normes juridiques relatives à un objet particulier, il est bien évident que, dans tout système juridique, les règles qui gouvernent le mariage méritent, dans leur totalité, d'être rassemblées sous la bannière du régime matrimonial* » : A. COLOMER, *op. cit.*, n° 2.

dispositions du régime primaire¹. Celui-ci serait la clé de compréhension du domaine du régime matrimonial² et donc des avantages matrimoniaux.

387. Histoire. Les dispositions impératives dénommées « régime primaire » apparaissent en droit français avec la loi du 13 juillet 1965 et leur domaine est élargi par celle du 23 décembre 1985³. Il n'est donc pas impossible que la notion de « régime matrimonial », employée pour fédérer le régime légal et les conventions matrimoniales, puisse s'y étendre. Cependant, le régime primaire est applicable « *par le seul effet du mariage, quel que soit le régime matrimonial choisi par les époux* »⁴. Il serait donc, plus qu'un régime matrimonial, un effet direct du mariage⁵. Sa position au sein du Code civil est souvent invoquée pour dénier son rattachement aux régimes matrimoniaux, puisque les articles 212 et suivants se situent au chapitre VI du Titre V intitulé « *Des devoirs et droits respectifs des époux* », dans le Livre I consacré aux personnes. En revanche, les dispositions du régime légal et des régimes conventionnels sont rassemblées dans le Livre III sur les différentes manières dont on acquiert la propriété. Cependant le lien entre régime primaire et régime matrimonial est absolument indéniable. Tous les ouvrages sur les régimes matrimoniaux comportent une partie descriptive du régime primaire, même ceux dont les auteurs expliquent qu'il n'est pas vraiment un régime matrimonial. En effet, où serait la place du régime primaire dans l'ordonnancement juridique si ce n'est en préambule des régimes matrimoniaux ?

388. Droit international privé⁶. En droit interne, le débat n'a pas beaucoup d'incidence sur l'interprétation et l'application de la règle juridique, ce qui explique que chacun

¹ G. WIEDERKEHR, art. précit., p. 542. V. aussi p. 546 : « *On pourrait aisément présenter le régime primaire comme un contre-régime matrimonial* ». V. aussi, G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », association Henry Capitant, PUF 2000, 8^{ème} éd., v° *Régime matrimonial*.

² Sur ce sujet, v. A. DEUKER, « L'incidence du « régime primaire » sur les régimes matrimoniaux », thèse Lille, 1975.

³ JO 14 juill., rect. 13 nov. 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux (V. l'exposé des motifs : Doc. Sénat n° 131, 1^{ère} session ordinaire, 1964-1965, p. 2). L'idée existait déjà en doctrine : Cl. RENARD, « Le régime matrimonial de droit commun : projets belges de réforme et droit comparé », Bruxelles, E. BRUYLANT, 1960, cité par A. PONSARD sur Ch. AUBRY et Ch. RAU, « Cours de droit civil français », t. VIII, Litec, 7^{ème} éd. 1973, § 493, p. 19 et note 4.

⁴ Art. 226 Cciv., *in fine*.

⁵ V. notamment, I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 48 : « *le régime primaire n'est pas un régime matrimonial* » ; « *Il s'agit moins d'un régime que d'un ensemble d'effets directs du mariage sur le plan patrimonial* » ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 47 : « *le régime primaire, malgré l'expression suggestive par laquelle on le désigne se rattache aux effets généraux du mariage et non aux régimes matrimoniaux* ».

⁶ V. M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de La PRADELLE, « Droit international privé », LGDJ, 3^{ème} éd. 2011 ; M. REVILLARD, « Droit international privé et pratique notariale », Paris Defr. 2004, 5^{ème} éd., p. 132 et s. V. aussi les commentaires de la convention de La Haye du 14 mars 1978 : JCP N 1992, n° 39, com. A. LEUCK ; « La 13^{ème} session de la Conférence de La Haye de DIP », RCDIP 1975, p. 451 et s. ; « Les principaux traités relatifs aux régimes matrimoniaux, aux successions et libéralités. Droit international privé et comparé », 1979, t. I, p. 255 et s. ; G. DROZ, « Rapport du 75^{ème} Congrès des notaires de France », in « Le statut matrimonial du Français : 75^{ème} Congrès des notaires de France », La Baule, 7 - 10 mai 1978, s. I. s. n. 1978 ; G. WIEDERKEHR, « Problèmes d'actualité en matière de droit international privé des régimes matrimoniaux, communication au Comité français de droit

soit encore libre d'exprimer sa propre vision de ce qu'est réellement le régime primaire. Mais, lorsque se présente un élément d'extranéité, les qualifications commandent à l'application de règles de conflits. En la matière, la compétence des juridictions françaises est fondée sur le privilège général de juridiction lié à la nationalité, des articles 14 et 15 du Code civil¹. Cette solution s'applique au régime primaire comme aux autres régimes matrimoniaux, mais le fondement, général et supplétif, limite tout apport à notre étude². En revanche, les règles de conflits de lois reposent sur des fondements spécifiques et elles sont différentes pour le régime primaire et pour les régimes matrimoniaux. La convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1992 en France³, prévoit en son article 3 que la loi applicable au régime matrimonial est déterminée par le principe d'autonomie de la volonté : ce sont les époux qui la désignent⁴. En revanche, la loi applicable aux dispositions du régime primaire est celle des effets du mariage⁵ et leur application est territoriale⁶.

Il demeure que la proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régime matrimonial du 16 mars 2011⁷ ne semble pas opérer de distinction entre régime primaire et autres régimes matrimoniaux et opte d'ailleurs pour une définition générale : « *ensemble des règles...* »⁸. Mais cela peut s'expliquer par la finalité simplificatrice de cette proposition⁹. L'article 15 intitulé « unité de la loi applicable » prévoit que « *la loi applicable aux régimes matrimoniaux en vertu des articles 16, 17 et 18,*

international privé », 1987-1988, éd. du CNRS, Paris 1989, p. 223 et s.

¹ Le règlement n° 44/2011 du 22 déc. 2000 dit règlement Bruxelles I n'est pas applicable aux régimes matrimoniaux.

² Ces dispositions ont « *une portée générale s'étendant à toutes matières, à l'exclusion des actions réelles immobilières et demandes en partage portant sur des immeubles situés à l'étranger, ainsi que des demandes relatives à des voies d'exécution pratiquées hors de France* » : Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 1970 : RCDIP 1971, p. 113, note H. BATIFFOL.

³ Applicable à défaut d'accord bilatéral avec d'autres États étrangers, par exemple la convention du 5 avril 1957 avec la Pologne et convention du 18 mars 1978 avec la Yougoslavie.

⁴ « *Le régime matrimonial est soumis à la loi interne désignée par les époux avant le mariage* » qui (art. 11) « *doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage* » ; « *écrit daté et signé des deux époux* ». Les époux peuvent désigner la loi d'un État dont l'un des époux a la nationalité, celle de l'État où l'un des époux a sa résidence habituelle, ou celle du premier État sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage. Ils peuvent désigner la loi du lieu de situation des immeubles ou certains d'entre eux. À défaut de choix, l'article 4 opère un rattachement à « *la loi interne de l'État sur lequel ils établissent leur première résidence habituelle après leur mariage* » et à défaut « *à la loi interne de l'État avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, il présente les liens les plus étroits* ». Dans certains cas, la loi de la nationalité commune des époux est applicable.

⁵ Soit la loi de la nationalité commune, à défaut la loi du pays dans lequel les époux sont tous deux domiciliés, (Cass. 1^{ère} civ., 30 oct. 1967, Yechilzuke : RCDIP 1959, p. 479, note J. FOYER ; Cass. 1^{ère} civ., 17 avr. 1953, Rivière : RCDIP 1953, p. 412, note H. BATIFFOL ; JDI 1953, p. 860, note R. PLAISANT) et à défaut, la loi du for (Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 1961, Tarwid : RCDIP 1953, p. 412, note H. BATIFFOL, D. 1961, p. 437, note G. HOLLEAUX).

⁶ Cass. 1^{ère} civ., 20 oct. 1987, Cressot : RCDIP 1988, p. 540, note Y. LEQUETTE ; JDI 1988, p. 445, note A. HUET ; v. aussi : Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 1985 : JDI 1986, p. 1095, note G. WIEDERKEHR. Cf. M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de La PRADELLE, *op. cit.*, n° 122.

⁷ COM (2011) 126/2.

⁸ Article 2 (a). Nous soulignons. Le règlement n'utilise pas d'article (ni « l' » ni « un ») mais s'il avait retenu une approche restrictive, sans doute aurait-il évoqué : « *ensemble de règles ...* ».

⁹ L'objectif général est de faciliter l'accès à la justice et simplifier le droit, notamment en prévoyant la compétence du même juge pour la liquidation du régime matrimonial et de la succession, et les demandes d'annulation du mariage, du

s'applique à l'ensemble des biens des époux», qu'ils soient meubles ou immeubles. Si la définition du régime matrimonial est donc large, c'est dans le but de faciliter le règlement des conflits. La proposition de règlement va même jusqu'à harmoniser les règles de compétence entre régimes matrimoniaux et successions¹. C'est expressément une acception autonome qui est retenue². La notion de contrat de mariage est également très étendue, puisqu'il s'agit de « *tout accord par lequel les époux organisent leurs rapports patrimoniaux entre eux et à l'égard des tiers* »³.

389. Une loi de police ? Le débat sur le rattachement du régime primaire aux lois de police n'est pas nouveau⁴, mais la proposition de règlement du 16 mars 2011 contribue à le renouveler. En effet, l'article 22 réserve l'application d'office des lois de police quelle que soit la loi régissant le régime matrimonial. Or il est précisé que cette disposition a été conçue « *pour tenir compte des règles nationales et, notamment celles de la protection du logement familial* ». « *Ainsi, pour assurer la protection du logement familial, un État membre sur le territoire duquel se trouve ce logement pourra imposer ses propres règles de protection du logement familial* »⁵. Or les dispositions concernant la protection du logement familial sont issues, dans de nombreux pays européens, du régime primaire impératif. Le texte entend donc considérer ces règles, donc l'article 215 alinéa 3 du Code civil français, comme une loi de police, c'est-à-dire, plus qu'une disposition impérative, une norme « *dont le respect est jugé crucial pour un État membre pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique* »⁶. Il paraît cependant délicat d'admettre que les dispositions sur le logement familial protègent plus que des intérêts privés. Sans doute cette solution est-elle guidée par la nature immeuble du bien : il s'agirait de préserver une règle de conflit de loi fondée sur le lieu de situation de l'immeuble plus que de s'assurer de l'application des règles impératives jugées cruciales. Quoi qu'il en soit, la

divorce et de la séparation de corps (art. 4).

¹ Article 3.

² « *Le concept de régime matrimonial doit être interprété de manière autonome, et couvrir à la fois les aspects relatifs à la gestion quotidienne des biens des époux, que ceux liés à sa liquidation, du fait de la séparation du couple ou du décès de l'un de ses membres* » : proposition précitée, p. 6.

³ *Loc. cit.*, art. 2 (b).

⁴ Y. LEQUETTE, note sous *Cass. civ.*, 20 oct. 1987 : RCDIP 198 : « *en ce qu'elles assurent aux époux une égalité jugée essentielle à la constitution civile de la société française tout en exprimant en même temps le droit commun dans l'ordre interne, [les règles du régime primaire] sont des dispositions mixtes dont l'application relève tantôt du procédé des lois de police, tantôt de la méthode conflictuelle* ». Pour un rattachement des règles du régime primaire aux lois de police et de sûreté : G. COUCHEZ, « *Essai de délimitation du domaine de la loi applicable au régime matrimonial* », thèse Paris 1972, n° 155 et s. *Contra* : G. WIEDERKEHR, « *Les conflits de loi en matière de régime matrimonial* », thèse Strasbourg, 1967, n° 213 et s. V. également : R. CRÔNE, « *La loi applicable au régime matrimonial. Hier, aujourd'hui, demain...* », in « *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 217. V. aussi : A. HOUGLARD, « *La notion de régime matrimonial* », thèse Toulouse 2008, p. 39.

⁵ *Op. cit.*, p. 9.

⁶ *Loc. cit.*, art. 22, p. 23.

perception du régime primaire comme une loi de police marque une distance supplémentaire entre celui-ci et les autres régimes matrimoniaux.

390. Droit comparé¹. Dans les pays qui connaissent la notion de régime matrimonial, la question de l'existence et de la définition d'un régime impératif se pose. L'Espagne (art. 55 du Cciv. espagnol), les Pays-Bas (art. 81 Cciv. néerlandais) et l'Italie (art. 143 et s. Cciv. italien) sont dotés d'un régime dit primaire². Mais le seul point commun entre ces systèmes, et ce qui semble donc définir le régime primaire, est le caractère impératif. Le droit européen est influencé par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes selon laquelle « *la notion de « régimes matrimoniaux » comprend non seulement les régimes de biens spécifiquement et exclusivement conçus par certaines législations nationales en vue du mariage, mais également tous les rapports patrimoniaux résultant directement du lien conjugal ou de la dissolution de celui-ci* »³. En droit européen comparé, il existe une tendance à rattacher le régime primaire à la notion de régime matrimonial, mais à opérer, au sein de celle-ci, une franche distinction entre régime primaire (au singulier) et régimes « secondaires » (au pluriel), lesquels correspondent au régime légal et aux régimes conventionnels⁴. Pour les États de tradition romano-germanique (Italie, Belgique, Hongrie) le régime matrimonial vise les dispositions fixant les droits et devoirs des conjoints (régime primaire) ainsi que celles régissant la répartition des biens entre les époux, la composition des masses et pouvoirs de gestion (dits « régimes secondaires » : légal et conventionnels). La France serait de ceux-là. Il n'y a, en tout les cas, aucun consensus sur la notion de régime matrimonial⁵. Le droit international privé comparé le démontre bien, car certains États utilisent comme critère de rattachement la loi des effets du mariage (Allemagne et Italie), alors que d'autres prennent en compte la loi d'autonomie ou la loi nationale des époux (France et Pays-Bas par exemple)⁶.

Elargi aux autres continents, le droit comparé des régimes matrimoniaux révèle une autre difficulté. Il existe, dans certains systèmes juridiques, des régimes matrimoniaux légaux impératifs¹. Ceux-ci ne prennent pas l'appellation « régime primaire » mais sont pourtant imposés par la loi aux époux. Tel était le cas des législations socialistes : URSS, Bulgarie, Hongrie, Roumanie, Tchécoslovaquie. Aujourd'hui, ces systèmes se retrouvent encore en Argentine et dans certains États du Mexique. Il est pourtant difficile de concevoir que ces systèmes ne soient pas de

¹ V. sur ce point : « Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines », *op. cit.*

² Cf. « Les familles sans frontières en Europe : mythe ou réalité ? », 101^{ème} Congrès des Notaires de France, Nantes 1^{er} - 4 mai 2005, Paris ACNF, 2005, n° 1112.

³ CJCE 6 mars 1980, RCDIP 1980, p. 618.

⁴ V. « Les familles sans frontière en Europe : mythe ou réalité ? », *op. cit.*, n° 1124, p. 94. Cette distinction se retrouve également au Canada et au Québec.

⁵ *Loc. cit.*, n° 115, p. 90.

⁶ *Loc. cit.*, n° 1114, p. 89.

véritables régimes primaires². De même, en Afrique noire, « *le concept de régime matrimonial n'y apparaît pas parce que les linéaments d'un régime se confondent avec les effets personnels ou pécuniaires du mariage* »³. L'autorité de la loi ou de la coutume, donc leur caractère impératif, fait reculer la notion de régime matrimonial.

391. La notion de régime primaire. Malgré son emploi très généralisé, le régime primaire est délicat à appréhender. Les dispositions qui le composent ne sont pas homogènes, ce qui invite à le définir, non par référence à son contenu, mais à son caractère impératif. L'hétérogénéité a été reconnue en droit international privé avant même que la France ne se dote de ce statut impératif⁴. En droit interne, l'obstacle vient de ce que les articles 212 et suivants du Code civil évoquent tant des droits et obligations à caractère personnel (respect, fidélité, secours, assistance) que patrimonial (contribution aux charges du mariage, solidarité des dettes ménagères, cogestion pour les actes graves portant sur le logement de la famille). DOMAT faisait de ces deux volets une distinction fondamentale : il existerait deux sortes d'engagements, l'une sur les relations personnelles (qui relève du sacrement) et l'autre sur l'organisation matérielle (qui relève de la loi civile)⁵. C'est le caractère impératif qui aurait vocation à définir le régime primaire. Mais cette vision est contrariée par la limitation qui est souvent opérée de son domaine. Il n'est pas rare de lire que celui-ci ne concerne pas les obligations personnelles mais uniquement les droits et devoirs à caractère pécuniaire. La justification de cette proposition récurrente se trouve pourtant... dans la notion de régime matrimonial elle-même ! Mais il faut choisir. Soit le régime primaire est un régime matrimonial : il se définit alors comme l'ensemble des dispositions impératives à caractère patrimonial, à l'exclusion notamment de l'article 212 du Code civil. Soit il n'en est pas un et, se définissant par la seule référence à son caractère impératif, peut légitimement embrasser les dispositions à caractère purement personnel. Ainsi existe-t-il une certaine incohérence à nier que le régime primaire soit un régime matrimonial, mais à délimiter son périmètre au moyen des critères de celui-ci. Il semble possible de proposer une conciliation de ces vues contradictoires. Le régime primaire peut se définir comme les dispositions impératives applicables par la seule

¹ « Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines », *op. cit.*, p. 20.

² « Dans les législations qui n'admettent pas la liberté des conventions matrimoniales, il n'est pas besoin de ce « régime primaire », puisque le régime légal impératif suffit à faire respecter l'intérêt de la famille, l'égalité des époux et la protection des tiers » : « Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines », *op. cit.*, p. 39.

³ « Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines », *op. cit.*, p. 19. Il en va de même dans les pays de droit coranique : « L'origine religieuse ou coutumière des règles relatives aux rapports de famille entrave la formation de la notion de régime matrimonial légal, distincte de celle de régime conventionnel ».

⁴ Ainsi peut-on lire, dès avant la loi du 13 juillet 1965 : « Il semble donc, au regard de la doctrine dominante et de la jurisprudence, que l'ensemble des dispositions du régime primaire ne constitue pas un ensemble homogène soumis dans son intégralité à la loi personnelle des époux, et qu'il convient de rechercher, en fonction de la règle concernée, le rattachement de cette règle, soit à la loi personnelle des époux, soit à celle régissant le régime matrimonial ». V. not. TGI Seine, 1^{ère} ch., 12 juin 1963 : RCDIP 1964, p. 693 et s. note H. BATIFFOL.

⁵ J. DOMAT, « Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et le *legum delectus* », Paris, Michel Brunet,

adhésion à l'institution du mariage ; mais seules sont rattachées au régime matrimonial les dispositions relatives à l'organisation patrimoniale de la famille. Le régime primaire existe donc indépendamment de la notion de régime matrimonial et peut partiellement s'y rattacher.

392. Éléments de définition du régime matrimonial. Le régime matrimonial est un statut, soit plusieurs règles liées entre elles par la finalité qu'elles cherchent à atteindre, par la réponse d'ensemble qu'elles souhaitent apporter à la question de l'avoir, du pouvoir et du devoir¹. Cette idée évoque la stabilité nécessaire de ces règles, qui ont vocation à s'appliquer de manière continue : « *le droit des régimes matrimoniaux est ainsi et d'abord le droit de la permanence* »². L'objet des règles est également bien compris : la double difficulté de définition du régime primaire (hétérogénéité et impérativité) démontre que lorsque le domaine s'étend à des dispositions purement personnelles, la notion de régime matrimonial recule. C'est finalement la source de ces règles qui fait encore débat. Est-on toujours en présence d'un régime matrimonial lorsque les dispositions sont imposées par la loi sans que les époux ne puissent y déroger ou les aménager ? Cette difficulté trace une première ligne de démarcation des avantages matrimoniaux.

393. Avantage matrimonial et régime primaire. L'avantage matrimonial ne peut être issu du régime primaire. Il existe sur ce point un consensus général en doctrine et en jurisprudence, qui résulte d'un raisonnement *a fortiori* : si le régime légal ne peut créer d'avantage matrimonial en raison de son caractère supplétif, le régime primaire ne le peut pas plus, en raison de son caractère impératif. Cette théorie ne doit pas être tenue pour infaillible, notamment car le rôle du régime légal dans la production des avantages matrimoniaux reste à déterminer³. Il est certain que le régime primaire peut produire des avantages au sens courant du terme. La seule contribution aux charges du mariage à proportion des facultés de chacun peut avantager celui des époux dont l'aptitude à contribuer est moindre que l'autre. Il faut le rappeler : la notion d'avantage est inhérente aux rapports personnels. En revanche, le filtre déterminant la notion d'avantage matrimonial ne doit pas conduire à l'identifier au sein du statut impératif. Une première raison tiendrait à l'absence de rôle de la volonté dans la production de ces avantages : ce que la loi impose ne pourrait être qualifié d'avantage matrimonial. Mais cette idée doit être relativisée, puisque l'étude a démontré la prédominance des facteurs objectifs en la matière. De plus, toute intention n'est pas absente du mariage lui-même.

1697.

¹ En ce sens : I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 3 et s. À ce titre, notons que les dispositions du régime primaire sont originales car elles ne traitent pas de l'« avoir » ; elles ne comportent pas de règle de qualification ou relative au sort des biens à la dissolution de l'union.

² Y. FLOUR, rapport précit., p. 118.

³ V. *infra*, n° 394 et s.

C'est alors vers l'utilité de la notion d'avantage matrimonial que l'on trouvera une justification satisfaisante. Pour ne pas basculer dans le « tout avantage matrimonial », il faut se souvenir qu'il s'agit d'une notion éminemment fonctionnelle : si le législateur a choisi de conférer une juridicité à certains avantages, dits « matrimoniaux », c'est dans le but d'édicter une fiction qui empêcherait toute requalification en libéralité¹, ou au contraire de les soumettre expressément à l'action en retranchement². Or, en matière de régime impératif, toute requalification en libéralité est, *de jure*, impossible, puisque les avantages qui en sont issus ne procèdent jamais d'une intention libérale³, mais d'une intention matrimoniale, celle d'adhérer à l'institution du mariage. Il n'est nul besoin de voir dans les avantages issus du régime primaire des « avantages matrimoniaux », puisqu'ils ne sont jamais menacés de qualification libérale et que leur modicité exclut qu'ils ne causent un grand préjudice aux enfants non-communs⁴. Cette vision prospective et fonctionnelle est confortée par une analyse positive et notionnelle : le législateur n'a jamais employé le terme « avantage » au sujet des effets du régime primaire, alors qu'il l'a fait pour ceux du régime légal et des dispositions du contrat de mariage⁵. C'est donc à la fois l'interprétation de la volonté du législateur et l'utilité de la notion qui doivent amener à proposer d'exclure de la qualification d'avantage matrimonial les règles du régime impératif dit primaire.

En définitive, quelle que soit l'acception, plus ou moins étendue, que l'on retient de la notion de « régime matrimonial », il semble impossible de concevoir que les avantages émanant du régime primaire soient qualifiables d'avantages matrimoniaux. Une première frontière peut donc être tracée à l'aune de l'incertitude sur la notion de régime matrimonial. Il convient à présent de déterminer si, au sein de cette notion, existe une limite plus précise, ce qui nécessite une étude de la nature du régime matrimonial.

¹ On songe ici aux articles 1516 et 1525 du Code civil relatifs au préciput, à la stipulation de parts inégales et à la clause d'attribution intégrale de la communauté au profit du conjoint survivant.

² Articles 1496 et 1527 du Code civil dans sa version initiale de 1804. L'un concernait la confusion du mobilier ou des dettes, l'autre visait « toute convention ». Ces textes ne comportaient alors aucune interdiction de requalification en donation, mais soumettaient ces avantages à l'action en retranchement.

³ Si l'intention libérale peut exister, elle est dépourvue de tout rôle dans la création de l'avantage.

⁴ Par exemple, en contribuant aux charges du mariage, un époux ne fait que se conformer à une obligation légale, celle de l'article 214 du Code civil. Même effectuée en valeur, la contribution n'est pas issue d'une intention libérale, mais d'une obligation civile.

⁵ Cela est d'autant plus révélateur que la notion de régime primaire est apparue légalement en 1965, soit après plus d'un siècle et demi de débats doctrinaux et jurisprudentiels sur la notion d'avantage matrimonial.

B. La nature du régime matrimonial – réflexions sur le régime légal¹

394. Unité ou diversité ? S'il n'est pas douteux que le régime légal de communauté réduite aux acquêts soit un régime matrimonial à part entière, son aptitude à produire des avantages matrimoniaux demeure très controversée. L'argument exégétique et technique ayant été largement dépassé, c'est la source – légale – de ce régime qui devient la pierre d'achoppement de l'unité de la notion de régime matrimonial et de l'étalon de détermination des avantages matrimoniaux. Le régime matrimonial ramené au singulier a pu dépasser la grande diversité des régimes existants. Le doyen WIEDERKEHR a écrit à son propos que « *son équivoque, cependant, provient de ce qu'elle n'est pas élémentaire mais composite* » et que « *sa seule spécificité résulte précisément de son hybridité qui interdit de la ramener à toute autre catégorie* »². Une fois tracée la frontière de la notion de régime matrimonial au moyen des difficultés soulevées par le régime primaire, l'unité n'est plus menacée que par la distinction entre d'une part les régimes conventionnels et d'autre part le régime dit légal. Pour comprendre la nature du régime matrimonial, il faut donc s'interroger sur celle du régime supplétif. Si triomphe aujourd'hui l'idée que l'autorité de la loi commande à son application, une étude approfondie permet de prendre conscience du rôle de la volonté des époux.

395. Thèse contractualiste contre thèse légaliste. La théorie du contrat tacite a longtemps dominé dans la doctrine civiliste à propos du régime légal : en ne choisissant pas de régime conventionnel, les époux entendraient volontairement se soumettre aux dispositions du régime supplétif. Cette thèse trouve son origine dans l'histoire du droit international privé. En 1525, dans le cadre d'une consultation offerte aux époux GENEY qui possédaient des biens situés dans des régions aux coutumes différentes, Charles DUMOULIN a proposé, pour déterminer la coutume applicable, une théorie selon laquelle le couple aurait tacitement choisi de soumettre l'ensemble des biens à la coutume en vigueur là où se situait le premier domicile³. Cette théorie a été largement reprise tout au long du XIX^{ème} siècle et fut défendue par d'éminents auteurs⁴. Ainsi,

¹ On rappellera que l'œuvre majeure en la matière est la thèse du doyen CARBONNIER, qui voyait dans le régime matrimonial une société civile : J. CARBONNIER, « Le régime matrimonial : sa nature juridique sous le rapport de société d'association », thèse Bordeaux, 1932 ; F. TERRÉ, « Nature et régimes matrimoniaux – Sur la thèse de Jean Carbonnier », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 795.

² G. WIEDERKEHR, « Propos à bâtons rompus sur la notion de régime matrimonial », in « Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller : *Liber amicorum* », Strasbourg, LGDJ 1994, p. 533 et s., spé. p. 541.

³ V. entre autres : H. BATIFFOL et P. LAGARDE, « Droit international privé », t. I, 8^{ème} éd. 1993, n° 220.

⁴ R.-J. POTHIER, « Traité de la communauté », art. préliminaire n° 10, in « Traité du contrat de mariage », Paris, 1771 chez de Bure, et Orléans : chez la Veuve Rouzeau-Montaut ; F. LAURENT, « Principes du droit civil français », Durant et Pédone, Bruxelles Bruylant, Paris 1876, t. XXI, n° 199 et s. : « *La coutume fait un contrat pour ceux qui n'en font point en se mariant* » ; R. TROPLONG, « Du contrat de mariage : t. I, n° 21 et s. » ; L. GUILLOUARD, « Traité du contrat de mariage », Paris, G. Pédone-Lauriel, 1894, I, n° 344 ; G. BAUDRY

« jusqu'à l'orée du XX^{ème} siècle, il n'est pas discuté que c'est par contrat tacite que les époux se soumettent à la communauté légale »¹. Elle commença à décliner au cours du XX^{ème} siècle, concurrencée par la thèse légaliste qui refusait de croire que le législateur soit « une sorte de secrétaire bienveillant, qui se chargerait de mettre à l'avance, noir sur blanc, ce qui devait correspondre, selon toute probabilité, aux intentions des intéressés »². De nombreux arguments de droit positif militent en faveur de cette seconde perception du régime légal : l'application du régime supplétif en cas de nullité du contrat de mariage, l'absence d'assistance nécessaire du mineur³, la présomption d'application à l'égard des tiers de l'article 1394 alinéa 3 du Code civil⁴, etc. Toutes ces dispositions témoigneraient de la prédominance de la volonté du législateur sur l'intention réelle des époux. De nos jours, c'est la thèse légaliste qui triomphe et les théoriciens du contrat tacite se font rares⁵. Cependant, certaines voies s'élèvent pour dénoncer, dans les deux cas, une vision incomplète et proposer une théorie médiane qui ferait la synthèse entre force obligatoire de la loi et pouvoir de la volonté des époux⁶. En effet, si c'est bien la loi qui impose un régime supplétif, on ne peut nier l'importance de la volonté des époux, ce qui a une incidence directe sur l'étalon de détermination des avantages matrimoniaux.

396. Le rôle du régime légal. La loi attribue au régime légal une fonction bien particulière, qui peut se décliner en deux axes. En premier lieu, il est supplétif : non-seulement il s'applique en l'absence d'adoption par les époux d'un autre régime par contrat de mariage, mais ses dispositions ont vocation à s'appliquer de manière « distributive » chaque fois qu'elles ne sont pas incompatibles avec le régime conventionnel⁷. En second lieu, parce qu'il est un régime communautaire, il constitue une sorte de droit commun de la communauté⁸ à partir duquel se

LACANTINERIE, « Précis de droit civil », t. III, Paris 10^{ème} éd. 1910, n° 40, p. 28 ; G. BAUDRY LACANTINERIE, J.-B. LE COURTOIS et F. SURVILLE, « Traité théorique et pratique de droit civil. Du contrat de mariage », t. I, Paris L. Larose, n° 76, I.

¹ G. WIEDERKEHR, art. précit., p. 536.

² G. RIPERT, J. BOULANGER et M. PLANIOL, « Traité de droit civil d'après le traité de Planiol », t. IV, « Régimes matrimoniaux », Paris, LGDJ 1959, n° 8. V. aussi : A. COLIN et H. CAPITANT, « Cours élémentaire de droit civil français », t. III, Dalloz, 10^{ème} éd. 1950, par J. DE LA MORANDIERE ; E. GOUNOT, « Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique », thèse Dijon 1912, p. 109 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, « Droit civil : les régimes matrimoniaux », Paris, Dalloz, 2011, 6^{ème} éd., n° 268, p. 200 ; A. COLOMER, « Droit civil. Régimes matrimoniaux » : 12^{ème} éd. 2004, n° 403/404.

³ Article 1398 Cciv.

⁴ « Si l'acte de mariage mentionne qu'il n'a pas été fait de contrat, les époux seront, à l'égard des tiers, réputés mariés sous le régime de droit commun, à moins que, dans les actes passés avec ces tiers, ils n'aient déclaré avoir fait un contrat de mariage ».

⁵ V. cependant : H.,L. et J. MAZEAUD, « Leçons de droit civil », t. IV « Les régimes matrimoniaux », par M. DE JUGLART, Montchrestien, 1977, 4^{ème} éd., n° 30.

⁶ V. en ce sens : J. MONNET, « Communauté légale », J. Cl. Civ., côte 01, 2012 ; G. WIEDERKEHR, art. précit., p. 537.

⁷ Art. 1497 al. 3 Cciv. : « Les règles de la communauté légale restent applicables en tous les points qui n'ont pas fait l'objet de la convention des parties ».

⁸ V. notamment Cl. RENARD, « Le régime matrimonial de droit commun : projets belges de réforme et droit comparé », Bruxelles, E. Bruylant, 1960, p. 35-36.

construisent les autres régimes communautaires¹. Cette seconde fonction, plus méconnue, amène souvent les auteurs à proposer une vision unitaire des régimes de communauté : il n'existerait qu'une communauté, éventuellement modelée par la volonté des époux². Il ne faut pas accorder à ce deuxième rôle une place prépondérante³ : il tient à ce que la communauté réduite aux acquêts est, des trois régimes communautaires légalement nommés, celui qui implique une participation moins poussée. Il serait, en quelque sorte, le « degré premier nommé de régime de communauté », ce qui justifie qu'il puisse être perçu comme le « *degré premier des avantages matrimoniaux* »⁴. Il ne faut pas voir dans ces dispositions un caractère impératif : il est toujours possible d'y déroger par contrat de mariage. Même la catégorie des biens propres par nature peut être écartée grâce à la liberté des conventions matrimoniales : la communauté peut être encore plus universelle que celle proposée par le Code civil⁵ !

On perçoit ici toutes les difficultés liées à la vision du régime légal comme étalon de détermination des avantages matrimoniaux. Car s'il n'existe que trois degrés nommés de communauté, la liberté des conventions matrimoniales autorise la multiplication des nuances de l'association patrimoniale des époux. Exclure un bien de la masse commune, c'est diminuer d'un cran l'intensité communautaire. Inclure un bien dans la communauté, c'est intensifier le rapprochement patrimonial. Mais qu'en serait-il des clauses qui tendraient à aller « sous » le degré 1 ? Imaginons par exemple que les époux entendent se soumettre au régime légal, sauf en matière de passif⁶. Y verrait-on un avantage matrimonial alors que, justement, cette modulation conventionnelle limite les interactions patrimoniales des époux⁷ ? Cela reviendrait à exiger un

¹ En communauté de meubles et acquêts, l'article 1498 Cciv. est très significatif puisque pour la composition active de la masse commune, il est expressément fait référence aux « *biens qui en feraient partie sous le régime de communauté légale* ». Il en va de même de l'article 1499 Cciv. sur la composition passive de la communauté. Un autre point commun est le caractère propre des biens (meubles ou immeubles) à caractère personnel ; le système des récompenses et de liquidation de communauté est aussi nettement « calqué » sur le régime légal. En communauté universelle, l'article 1526 cciv. fait expressément référence aux biens propres par nature de l'article 1404 Cciv.

² « *L'analyse des textes du Code civil, avec laquelle la pratique est en parfaite harmonie, impose pourtant le constat qu'il n'y a, fondamentalement, qu'un seul régime de communauté, susceptible seulement de variantes* » : Ph. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 264, p. 195. Les trois régimes nommés de communauté sont d'ailleurs regroupés sous un titre unique : « Du régime de communauté » (Livre III, Titre V, Chapitre II du Code civil). En ce sens : B. BEIGNIER, « Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? » in « Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit », Litec 2009, p. 33, spé. p. 39 : « *ce curseur ne varie que sur une même règle : la communauté* ».

³ Il ne s'agit que d'un droit commun de la communauté et non des régimes matrimoniaux.

⁴ B. BEIGNIER, art. précit.

⁵ En ce sens B. BEIGNIER, art. précit., p. 39 : « 5 – *La communauté universelle sans exclusion des propres de l'article 1404* ». V. aussi, P. CATALA, « Variations autour de la communauté universelle », in « Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. *Liber amicorum* », Strasbourg, LGDJ 1994, p. 45.

⁶ Le principe de mise en communauté des dettes nées pendant le mariage serait écarté. Mais seraient maintenues les règles relatives à l'obligation à la dette qui correspondent à l'effet inéludable de la corrélation entre l'actif et le passif.

⁷ La question est posée par Madame DAURIAC au sujet de la clause d'exclusion d'un bien de la communauté légale (clause de réalisation) : « *il y a certainement un paradoxe à considérer qu'une communauté réduite, par amputation de certains biens destinés à demeurer hors de son champ d'attraction, engendre un avantage matrimonial* » : I. DAURIAC, « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 25, spé. p. 39. Et à propos d'une société d'acquêts moins étendue que la communauté légale : *loc. cit.*, p. 41.

certain niveau d'association patrimoniale en-dessous duquel les époux ne pourraient descendre sans être menacés de retranchement. Si une telle qualification n'était pas retenue, quelle serait la nature juridique de ces clauses par lesquelles les époux se préservent l'un de l'autre ? Qu'en est-il de la séparation des biens, qui anéantit tous les effets communautaires ? Ce régime aboutit à une répartition de l'actif et du passif radicalement différente de celle qu'aurait opérée la communauté réduite aux acquêts. Si cette dernière sert de référence, il faudrait retenir que la séparation des biens, en dérogeant aux effets de la situation « normale » des époux, produit un avantage, au moins au profit de l'un des conjoints. Finalement, ne pas avantager autrui, c'est toujours s'avantager soi-même...

397. La raison d'être du régime légal. Pourquoi estime-t-on nécessaire de prévoir un régime d'application supplétive ? L'étude du droit comparé démontre que la notion de régime légal n'existe que dans les systèmes qui appréhendent véritablement la notion de régime matrimonial comme un ensemble cohérent de dispositions exorbitantes du droit commun et qui reconnaissent aux époux une liberté de choix en la matière¹. Le régime légal est donc fondamentalement lié à la liberté des conventions matrimoniales. Mais comment ? Quel est le lien entre ces deux notions *a priori* si opposées l'une à l'autre ? La première est la manifestation de l'autorité de la loi ; la seconde fait prédominer le pouvoir créateur de la volonté des époux. En réalité, ce qui est en jeu, c'est davantage la conciliation entre, d'une part, la nécessité pour chaque couple marié d'être régi par un régime matrimonial et, d'autre part, la liberté de choisir. L'existence même du régime légal révèle le principe selon lequel il n'est nul mariage sans régime matrimonial. Ce principe, dont chacun reconnaît l'existence, n'a d'autre fondement textuel que l'affirmation du caractère supplétif du régime légal.

De nombreux auteurs souscrivent à cette analyse de bon sens. Pour Madame DAURIAC, l'existence d'un régime légal est une conséquence de la nécessité pour les époux d'avoir un régime matrimonial, ce qui n'existe pas dans les systèmes de *common law* ou de droit musulman classique². Les professeurs TERRÉ et SIMLER écrivent : « *dès lors que l'on admet, d'une part, que la situation patrimoniale des époux doit nécessairement être soumise à un ensemble cohérent de normes et qu'il est souhaitable, d'autre part, de ne pas obliger tous les futurs époux à passer un contrat de mariage, l'institution d'un régime légal s'impose* »³. Pour Madame FLOUR, « *à un*

¹ « Les familles sans frontières en Europe : mythe ou réalité ? », 101^{ème} Congrès des notaires de France, Nantes 1^{er} - 4 mai 2005, Paris, ACNF, 2005, n° 1124, p. 94. Dans les pays qui n'accordent pas la liberté des conventions matrimoniales, le régime dit « légal » est impératif, ce qui en fait, selon la conception française, davantage un régime primaire qu'un régime légal.

² I. DAURIAC, « Les régimes matrimoniaux et le Pacs », LGDJ, 3^{ème} éd., 2012, n° 16.

³ Ph. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 265.

moment donné, la nécessité d'un régime matrimonial implique bien celle d'un régime légal »¹. Ainsi, le but recherché par le législateur n'est pas que le régime légal s'applique de la manière la plus étendue possible, mais que tous les époux aient un régime matrimonial. En prévoyant l'application supplétive d'un régime prédéterminé, la loi impose indirectement à tous les époux d'avoir un régime matrimonial. L'adoption d'un régime matrimonial n'est donc pas qu'un droit, c'est aussi un devoir, un effet direct du mariage. Il n'en demeure pas moins que le contenu de ce régime est totalelement dépendant de la volonté des époux, qui peuvent, *de jure*, aboutir à un système similaire au droit commun² : il leur suffit, par contrat de mariage, d'adopter un régime de séparation de biens et d'exclure expressément toute règle exorbitante du droit commun, telle que la présomption d'indivision sur les biens acquis pendant le mariage³. L'effectivité du régime matrimonial est donc la chose des parties, mais comme leur volonté peut aboutir à un rapprochement très marqué avec le droit commun, il n'est que très rarement rappelé que les époux peuvent écarter toute règle spécifique, et il est fait davantage référence au système légal comme étant une norme à laquelle, sauf exception, tout couple marié devrait se soumettre. En réalité, le législateur n'a jamais souhaité imposer le régime légal comme un modèle, une norme de référence qui, dans une utopie totale, serait amené à devenir le seul régime matrimonial⁴. Il a surtout entendu assurer une transparence, une clarté dans le contenu des règles applicables, et ce en faveur des époux eux-mêmes⁵, mais aussi des tiers avec qui ils interagissent. S'il impose aux époux d'avoir un régime matrimonial, c'est pour que ne subsiste pas de zone d'ombre sur le statut des biens du couple.

398. Rôle de la volonté dans le régime légal et droit international privé⁶. La règle de conflit de lois est la même pour tous les régimes matrimoniaux non-impératifs, qu'il s'agisse du régime légal ou des régimes conventionnels. Le caractère supplétif n'a donc pas d'incidence sur la catégorisation dans une matière pourtant friande de sous-distinctions. C'est le critère de

¹ Y. FLOUR, *rapport précit.* p. 119.

² Sous réserve bien sûr des dispositions du régime primaire.

³ On songera également à l'article 1543 du Code civil qui écarte le principe de droit commun du nominalisme monétaire de droit commun au profit du système des récompenses, qui réintroduisent en partie la règle du valorisme.

⁴ D'ailleurs, il n'existe aucune présomption d'application du régime légal, et les juges sont tenus de rechercher le régime matrimonial applicable aux époux, ce qui revient, selon nous, à interpréter la véritable intention des parties : Cass. 1^{ère} civ., 24 mars 1987 : JCP N 1987, prat. 345 ; Defr. 1987, art. 34016, n° 56, p. 947, obs. G. CHAMPENOIS. À ce propos, v. également, M. MATHIEU, « La liberté des conventions matrimoniales », JCP N 1989, I, p. 321, spé. n° 4 à 6

⁵ Pour Messieurs les professeurs TERRÉ et SIMLER, le régime légal « évite ainsi toute vacance de régime au bénéfice des époux » : *op. cit.*, n° 265, p. 196.

⁶ V. notamment H. PEROZ et E. FONGARO, « Droit international privé patrimonial de la famille », Litec 2010 ; G. WIEDERKEHR, « Les conflits de lois en matière de régime matrimonial », thèse Strasbourg, 1967, n° 109 et s. ; *Contra* : H. GAUDEMET-TALLON, « Les conflits de loi en matière de régimes matrimoniaux : tendances actuelles en droit comparé », Trav. comité fr. dt. int. privé 1969-1971, p. 197 et s.

l'autonomie de la volonté¹ qui prédomine, ce qui démontre nettement toute la liberté laissée aux époux dans ce domaine², mais aussi l'importance du rôle de la volonté. En désignant, sans autre précision, une loi étrangère, les époux se soumettent, par leur seule volonté, au régime légal en vigueur dans cet État. Le critère subsidiaire de rattachement fait également la part belle à la volonté : si les époux n'ont pas désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, la règle de conflit désigne « *la loi interne de l'État sur lequel ils établissent leur première résidence habituelle après leur mariage* »³ et à défaut, « *la loi interne de l'État avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, ils présentent les liens les plus étroits* »⁴. Ces deux dernières solutions sont la consécration d'une pratique jurisprudentielle qui tendait à interpréter la volonté tacite des époux. Ainsi peut-on lire : « *qu'un contrat de mariage en la forme ait été conclu ou non, le régime est soumis à la loi que les époux ont désignée lors de la célébration, soit expressément, soit implicitement mais de façon certaine* » et « *la volonté présumée des époux ne doit être recherchée que s'il n'existe pas de choix exprès fait par les conjoints* »⁵. La première résidence des époux n'était pas alors considérée comme un critère objectif de rattachement, mais comme un indice permettant de guider le juge dans l'interprétation de la volonté des parties⁶, ce qui est fondamentalement différent. Il en va de même du critère des « *liens les plus étroits* »⁷. Il existe donc un lien indubitable entre la notion de régime matrimonial, laquelle comprend le régime légal, et la volonté des époux. La théorie du contrat tacite a perduré en droit international privé⁸.

399. Rôle de la volonté dans le régime légal en droit interne et en droit comparé.

Le régime légal ne relève pas d'un choix discrétionnaire du législateur, mais d'une correspondance avec les attentes de la plupart des couples mariés. Le contenu du régime supplétif

¹ Convention La Haye art. 3.

² Il s'agit cependant d'un choix limité à des lois bien spécifiques : loi nationale, loi de la résidence habituelle de l'un des époux, ou loi du premier État sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage.

³ *Op. cit.*, art. 4.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Cass. 1^{ère} civ., 6 juill. 1988*, Tangi : RCDIP 1989, p. 360, note G. KHAIRALLAH ; JDI 1989, p. 915, note G. WIEDERKEHR. V. aussi : *Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 1972*, Gouthertz : RCDIP 1972, p. 644, note G. WIEDERKEHR ; JDI 1972, p. 94, note Ph. KAHN : « *le choix du régime dépendant de la volonté expresse ou implicite des époux, ceux-ci n'ont pu se référer qu'à la loi interne russe à l'exclusion des règles russes de conflit de loi* ».

⁶ « *Il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement, d'après les faits et circonstances, et notamment en tenant compte du domicile matrimonial des époux, le statut matrimonial que des étrangers se mariant en France sans contrat, ont eu la volonté commune d'adopter pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires...* » : *Cass. civ., 4 mars 1857* : S. 1857, I, p. 247 ; DP 1857, I, 102 ; *Cass. civ., 4 juin 1935* : RCDIP 1936, p. 755, note BASDEVANT ; S. 1936, I, p. 377, rapport E. PILON et note J.-P. NIBOYET ; DP 1936, I, p. 7, rapport E. PILON et note R. SAVATIER.

⁷ « *La Cour d'appel a constaté que l'intention des époux (...) avait été de localiser leurs intérêts pécuniaires en Italie et de se soumettre à la loi italienne prévoyant pour régime légal celui de la séparation de biens* » : *Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 1984* : RCDIP 1984, p. 631, note B. ANCEL. Ici, la volonté personnelle est clairement utilisée pour déterminer le régime légal applicable.

⁸ La proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux du 16 mars 2011 COM (2011) 126/2 reprend à son compte les critères de l'autonomie de la volonté, de la première résidence et des liens les plus étroits.

dépend donc des aspirations de la société dans laquelle il a vocation à s'appliquer. Déjà en 1804, le Code civil avait adopté comme régime légal la communauté de meubles et acquêts et construit celui-ci en tenant compte des présupposés de l'époque. Il n'était pas si grave de mettre en commun tous les biens meubles à une époque où dominait l'adage « *res mobilis, res vilis* ». Les seuls biens meubles qui méritaient la considération étaient le mobilier de la famille¹. De même, la seule mise en commun des biens acquis à titre onéreux correspondait à la préoccupation d'assurer la conservation des biens dans la famille, qui devait s'opérer en nature. Enfin, la mise en commun des revenus et acquêts correspond à l'idée, encore très présente aujourd'hui, que l'association conjugale doit faire face aux charges de la famille².

Lorsqu'en 1965 la communauté légale se réduit aux acquêts, « *le choix est conforme au souhait des Français* »³. La loi du 13 juillet 1965 est un « *exemple frappant de ce que l'on a pu nommer la législation sociologique* »⁴, car elle a été précédée de deux grandes enquêtes⁵. L'une, d'ordre statistique, portait sur la pratique des français qui passaient un contrat de mariage et révéla que la grande majorité d'entre eux optaient pour une communauté réduite aux acquêts. L'autre, d'opinion, mit en avant la préférence des contemporains pour ce qui allait par la suite devenir leur régime légal. Si la communauté réduite aux acquêts est un « bon » régime légal que très peu souhaitent remplacer⁶, c'est parce qu'elle correspond à la volonté implicite de la plupart des époux. Le régime « colle » à la volonté des couples mariés et à l'ère du temps qui ne perçoit plus les biens meubles comme des choses viles, mais au contraire comme source de richesse⁷.

Le droit comparé révèle également cette adéquation nécessaire entre les dispositions du régime légal et les aspirations des justiciables. Il est même noté un « *glissement d'une conception purement civiliste vers une conception sociale des régimes matrimoniaux* »⁸. Est souvent évoquée l'extrême difficulté d'application du régime de communauté réduite aux acquêts dans les pays africains⁹. La grande diversité des régimes légaux dans les législations européennes est également

¹ Ce qui explique l'emploi du terme « mobilier » par l'article 1527 du Code civil. Cette expression est totalement désuète.

² V. A. COLOMER, « Droit civil. Régimes matrimoniaux », Litec, 12^{ème} éd., 2004, n° 21.

³ I. DAURIAC, *op. cit.*, n° 29.

⁴ *Loc. cit.*, n° 28.

⁵ V. le sondage réalisé par Monsieur COLOMER : A. COLOMER, « L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux », thèse Paris 1955, p. 327 et s. ; MASSÉ-SIMERAY, « Sondages », Revue française de l'opinion publique, 1967, n° 1 p. 17 et s.

⁶ V. cependant : Ph. SIMLER, « Pour un autre régime matrimonial légal », in « L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré », PUF-Dalloz-Litec 1999, p. 455 ; R. Le GUIDEDEC, « 30 ans d'application du nouveau régime matrimonial légal », Dr. Fam., janv. 1998, p. 4.

⁷ Une nette dégradation se produit au cours du XIX^{ème} siècle : injustice pour les fortunes mobilières qui se développent pourtant « avec l'avènement du capitalisme et la prolifération des valeurs mobilières » (A. COLOMER, « Droit civil. Régimes matrimoniaux », Litec, 12^{ème} éd., 2004, n° 24), promotion sociale des femmes (les femmes célibataires pouvaient presque tout, les femmes mariées presque rien) et dénaturation de la technique des récompenses en raison du principe du nominalisme monétaire.

⁸ « Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines », *op. cit.*, p. 38.

⁹ « Les règles françaises s'inscrivent, en Afrique, dans un contexte juridique peu approprié. Quelle valeur a la

révélatrice de la nécessité pour celui-ci d'être cohérent avec les attentes de la société et la conception du mariage et du couple que celle-ci défend : l'Allemagne a opté pour la participation aux acquêts, la Belgique, l'Italie, la France, le Luxembourg, le Portugal et le Danemark ont adopté des systèmes sensiblement comparables de communautés d'acquêts, les Pays-Bas la communauté universelle, la Grèce la séparation de biens... L'Allemagne et le Portugal disposent même de deux régimes légaux, selon que les époux se sont mariés sans contrat de mariage, qu'il a été annulé, ou même, au Portugal, que l'un des époux a dépassé les 60 ans¹.

400. Volonté et consentement dans le régime légal. Certes, beaucoup d'époux n'ont pas véritablement connaissance de leur régime matrimonial lorsqu'ils se marient sans contrat². Mais cette ignorance ne doit pas conduire à nier tout rôle de la volonté dans l'application du régime légal³. D'une part, il y a de très fortes chances que le fait de connaître le contenu des dispositions du régime ne les décourage pas de s'y soumettre, car il correspondra probablement à leurs attentes. D'autre part, ne pas choisir expressément de régime, c'est s'en remettre à la sagesse de la loi, lui accorder sa confiance et donc consentir à un modèle construit pour leur faciliter l'existence. Or la dimension conventionnelle se caractérise bien davantage par le consentement abdicataire que par la volonté créatrice. Celle-ci n'a plus, au sein de l'engagement conventionnel, la place qu'on lui attribuait autrefois⁴.

Peut-on de plus nier que certains couples ont entendu volontairement se soumettre aux dispositions du régime légal, en toute connaissance de cause ? Faut-il instaurer une distinction entre les couples qui auraient « délibérément » choisi de se voir appliquer le régime de communauté réduite aux acquêts et ceux qui ne connaîtraient même pas les règles qui leurs sont applicables ? Cette question est fondamentale pour les avantages matrimoniaux, car le seul argument vraiment crédible pour placer le régime légal comme étant l'étalon de référence est son caractère « légal », ce qui invite à discuter des critères subjectifs. D'une part, ceux-ci doivent être

communauté d'acquêts (...) dans une situation où le mari est partie à deux, trois, ou quatre mariages ? » : R. SACCO, « Le droit africain. Anthropologie et droit positif », Dalloz 2009, p. 258.

¹ Sur tous ces systèmes, v. E. De TOLEDO et J.-J. FIORA, « Les régimes matrimoniaux en Europe », Defr. 1992, art. 35246, p. 490.

² Les études menées avant l'adoption de la loi du 13 juillet 1965 ont révélé que les époux étaient majoritairement ignorants du contenu du régime matrimonial légal qui leur était applicable.

³ Celui-ci est souvent présenté comme un choix offert aux époux : cf. notamment F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 264, p. 195. Ainsi, avant même d'être un régime supplétif, il est un régime nommé. Pour Madame ROUSSEAU, lorsque les époux sont soumis de manière supplétive au régime légal, « l'intention participative est alors tacite, ou subie » : E. ROUSSEAU, « De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 711, spé. p. 713.

⁴ Pour le doyen WIEDERKEHR, « le rôle primordial, voire exclusif, de la volonté en matière de contrat est aujourd'hui largement mis en cause » : G. WIEDERKEHR, « Propos à bâtons rompus sur la notion de régime matrimonial », in « Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller : *Liber amicorum* », Strasbourg, LGDJ 1994, p. 533 et s., spé p. 536. De même pour Monsieur GHESTIN, « les effets de droit résultant effectivement de l'accord des volontés ne seront pas nécessairement ceux que visaient les volontés des parties » : J. GHESTIN, « Traité de droit civil. La formation du contrat », 3^{ème} éd., 1993, n° 8.

relativisés, puisque l'avantage est fondamentalement une donnée objective¹. D'autre part, tout critère subjectif n'est pas exclu en régime légal. Il peut même arriver que ce soit la volonté éclairée des époux qui ait conduit à son application et que celle-ci soit exprimée dans un contrat de mariage. Il faudrait distinguer les situations et accepter que certains couples se consentent des avantages matrimoniaux par adoption du régime légal, mais pas d'autres. Cela est très délicat à mettre en pratique. L'idée repose uniquement sur un critère subjectif dont on connaît toutes les difficultés d'appréciation². De surcroît, la possibilité d'un rôle actif de la volonté dans la production d'avantages issus du régime légal accrédite la nécessité d'une qualification en avantage matrimonial, dans la mesure où menace alors la qualification libérale. Ne peut-on nier que certains couples, en adoptant délibérément la communauté réduite aux acquêts, aient eu l'intention libérale d'avantager leur conjoint, par exemple au moyen de la mise en commun des revenus inégaux ? Doit-on exposer ces avantages réels à une qualification en libéralité ? La prudence commande d'étendre la notion d'avantage matrimonial aux profits issus du régime légal, afin de prévenir toute requalification libérale, laquelle aurait un effet dévastateur et aboutirait à compliquer les rapports familiaux.

En somme, il n'est pas nécessaire de faire triompher la théorie du contrat tacite pour discréditer l'étalon-régime légal. Il suffit de constater la nuance inhérente à ce système. Il ne peut être nié que l'autorité de la loi a un rôle prédominant dans l'application du régime supplétif. Mais on ne peut non plus aveuglément lui reconnaître tous les pouvoirs : la volonté, si ce n'est le consentement, ont toujours droit de cité. Toute qualification libérale n'est pas exclue et il convient de la prévenir en étendant la notion d'avantage matrimonial et la fiction disqualificative aux avantages issus des dispositions du régime légal.

401. La nature du régime matrimonial : contrat ou institution ? L'opposition traditionnelle entre le contrat et l'institution est un argument sous-jacent de la théorie selon laquelle l'étalon de détermination des avantages matrimoniaux est le régime légal : l'application de celui-ci procèderait de la loi et non du contrat. La distinction du contrat et de l'institution peut également servir de démarcation entre la donation entre époux et l'avantage matrimonial. La première résulte d'un contrat et le second serait le fruit d'une institution. Ces deux propositions sont fondamentalement contradictoires car elles reposent sur des acceptions différentes de l'institution. Dans le cadre de ses travaux de thèse, Monsieur PUYO s'est interrogé sur la relation fondamentale entre le contrat et l'institution³. Il y explique que, traditionnellement, les deux

¹ *Contra* : E. ROUSSEAU, art. précit.

² Le débat sur la notion d'intention libérale en est la preuve.

³ Y. PUYO, « Essai sur le contrat et l'institution. Les relations entre les groupements institutionnels et le contrat en droit privé », thèse Toulouse 2006. V. aussi sur ce sujet : B. BASDEVANT-GAUDEMET (dir.), « Contrat ou

notions sont placées dans une relation d'exclusion de sorte que le terme « ou » n'est plus une conjonction de coordination mais un élément d'opposition. Les notions juridiques les plus exposées au débat sont le mariage et la société. Or cette opposition ne peut perdurer lorsqu'une définition précise de l'institution est établie. Deux acceptions sont traditionnellement retenues : un « ensemble des règles impératives, tendant au même but, et qui s'imposent au contrat », ou un groupement de personnes¹. Le doyen HAURIOU, qui a consacré de nombreuses années de recherches à la définition de l'institution, a relayé cette dichotomie en proposant une distinction entre l'institution personne et l'institution chose². Or Monsieur PUYO remarque avec pertinence que l'opposition entre contrat et institution n'existe qu'au regard de la première acception de celle-ci. En effet, les règles légales impératives s'imposent au contrat, mais rien n'exclut qu'un groupement de personnes procède du contrat. L'étymologie du terme renvoie même à une connivence avec la volonté personnelle : le mot latin *institutio* signifie « disposition, arrangement »³ ; la sociologie, qui a érigé l'institution au rang de notion, y voit « un ensemble d'actes ou d'idées tout institué que les individus trouvent devant eux et qui s'impose plus ou moins à eux »⁴.

Ainsi, « l'institution chose » étant dépourvue d'intérêt juridique, puisqu'assimilée à la règle de droit, une nouvelle définition de l'institution peut être présentée. Celle-ci n'est pas incompatible avec le contrat, mais bien complémentaire. Selon Monsieur PUYO, l'institution de droit privé est un « groupement de personnes doté d'un pouvoir et de biens afin de réaliser un intérêt collectif »⁵. La relation de l'institution au contrat ainsi renouvelée se présente comme une conciliation : l'institution peut être créée par un contrat fondateur⁶, mais demeure indépendante de celui-ci⁷. Il existe, de plus, des contrats adaptés à l'institution⁸.

institution : un enjeu de société », éd. LGDJ, 2004 ; L. BUTSTRAËN : « L'association : contrat ou institution, l'association : contrat et institution », *Gaz. Pal.*, 16 déc. 2001, n° 350 p. 12 ; J. MESTRE et B. FAGES, « La loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association et les points d'équilibre d'un contrat-institution », *RTD Civ.* 2007, n° 2 p. 347.

¹ Y. PUYO, *op. cit.*, n° 6. « Si l'institution se comprend comme un groupement de personnes, l'opposition entre les notions paraît plus relever de la tradition juridique que d'un réel fondement conceptuel ».

² M. HAURIOU, « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de législation de Toulouse*, 2^{ème} série, t. II, éd. Académie de législation et faculté de droit de Toulouse, 1906, p. 175 ; « Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques », éd. Sirey, 1910, p. 123 et s. et 2^{ème} éd., Sirey, 1916, p. 109 et s. ; « La théorie de l'institution et de la fondation. (Essai de vitalisme social) », in « Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté », éd. Centre de philosophie politique et juridique de Caen, 1986, p. 96.

³ Y. PUYO, *op. cit.*, n° 7.

⁴ *Ibid.*, MAUSS et FAUCONNET, s'inspirant des travaux de E. DURKHEIM, cités par D. LOCHAK, « Institution (Théorie juridique et sociologique) », in A.-J. ARNAUD « Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit », LGDJ, 1993, 2^{ème} éd., p. 305.

⁵ Y. PUYO, *op. cit.*, n° 13. L'institution de droit public est définie comme « un groupement de personnes doté d'un pouvoir et de biens afin de réaliser l'intérêt général ».

⁶ Y. PUYO, *op. cit.*, n° 45 et s. La société civile est le produit d'un « contrat social ». La Constitution est une forme particulière et supérieure de convention qui créerait l'État. *Op. cit.*, n° 22.

⁷ Y. PUYO, *op. cit.*, n° 115.

⁸ Y. PUYO, *op. cit.*, n° 193.

402. La nature du régime matrimonial : contrat et institution ? Appliqué au droit de la famille, le mariage serait perçu comme un contrat fondateur, en ce sens qu'il emporte adhésion à une institution. Mais il aurait en réalité une double nature¹, puisque rien n'exclut que la notion ne corresponde pas à la définition retenue de l'institution² : d'une part, les époux manifestent, par contrat, leur volonté d'adhérer à l'institution ; d'autre part, le mariage est l'institution, le groupement de ces deux personnes³. Il est possible de prolonger le raisonnement proposé par Monsieur PUYO et de considérer que, si l'institution procède d'un contrat fondateur, elle peut aussi être organisée au moyen d'un autre contrat, un contrat « organisateur ». Le régime matrimonial se présenterait alors comme le contrat nécessaire à l'organisation de l'institution⁴, ce qui explique l'originalité de sa structure puisque « l'institution façonne le régime juridique des contrats qui entrent en relation avec elles »⁵. Cela expliquerait également que l'avantage matrimonial ne puisse résulter que du régime matrimonial, car toute autre source contractuelle de profit ne serait pas nécessaire à l'institution⁶. La donation entre époux, si elle permet parfois d'organiser les relations pécuniaires des époux, donc être un contrat organisateur de l'institution du mariage, n'est pas indispensable. Au contraire, le législateur considère que le mariage ne peut fonctionner sans régime matrimonial, voilà pourquoi il impose aux époux de s'organiser par contrat.

¹ Pour le doyen WIEDERKEHR, Le mariage apparaît comme un choix puisqu'il n'est pas la seule forme imposée à l'union de l'homme et de la femme. Ce choix est guidé par le souhait de bénéficier du statut du mariage : G. WIEDERKEHR, art. précit., p. 533.

² Pour Monsieur PUYO cependant, le mariage n'est pas une institution mais un « contrat qui fonde la famille ». La famille correspond selon lui à la définition de l'institution : *op. cit.*, n° 22. Pour les tenants d'une vision contractuelle, v. A. COSTE-FLORET, « La nature juridique du mariage », thèse Montpellier, 1935. Pour la vision institutionnelle : C. LEFEBVRE, « Le mariage n'est-il qu'un contrat ? », DH 1902, p. 300 ; M. PLANIOL et G. RIPERT avec le concours de J. BOULANGER, « Traité élémentaire de droit civil », t. I, « Principes généraux, personnes, biens », Paris, LGDJ 1946, 3^{ème} éd., n° 757, p. 290 ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, « Traité de droit civil », J. GHESTIN (dir.), « La famille, Fondation et vie de la famille », 2^{ème} éd. LGDJ 1993, n° 103 p. 56. Pour l'exposé d'une vision « hybride » : H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, « Leçon de droit civil », t. 1, vol. 3, « La famille », 7^{ème} éd. par L. LEVENEUR, Montchrestien, 1995, n° 711, p. 51 ; J. CARBONNIER, « Droit civil », t. 2, « La famille, l'enfant, le couple », 21^{ème} éd. PUF 2002, p. 392, 393 et 397 ; A. BÉNABENT, « Droit civil. La famille », 11^{ème} éd., Litec, 2003, n° 32, p. 21 ; J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), « Droit de la famille », éd. Dalloz 2001-2002, n° 25 p. 15 ; G. CORNU, « Droit civil. La famille », 8^{ème} éd., Montchrestien, 2003, n° 160, p. 276-277 ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRION, « La famille », éd. Defr. 2004, n° 11, p. 38 ; P. COURBE « La famille », 4^{ème} éd., Armand Colin, 2005, n° 32, p. 20 ; P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Les tiers à l'acte juridique », éd. LGDJ 2000, p. 204 ; M. NICOD « Solidarisme contractuel et couple », in « Le solidarisme contractuel », L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), éd. Economica, 2004, n° 2, p. 136.

³ Le même raisonnement peut être appliqué à la société : il existe un contrat fondateur (contrat de société) qui emporte adhésion à une institution (la société est une notion légalement organisée qui produit des règles impératives qui s'imposent aux parties), laquelle a besoin d'être organisée au moyen d'un autre contrat (les statuts). « *Le régime matrimonial est au mariage ce que sont les statuts ou la charte sociale à la société ou à l'association* » : I. DAURIAC, « Les régimes matrimoniaux et le Pacs », LGDJ, 3^{ème} éd., 2012, n° 10. Les statuts et le régime matrimonial seraient la « colonne vertébrale » de la société et du mariage.

⁴ Il est ainsi, comme tout contrat en lien avec une institution, adapté à celle-ci, ce qui justifie un régime juridique exorbitant du droit commun, tant dans sa formation que lors de son exécution, ou au moment de son extinction.

⁵ Y. PUYO, *op. cit.*, n° 22. L'explication et la justification de la particularité de ces règles est d'ailleurs l'objectif des travaux de Monsieur PUYO : *op. cit.*, n° 23.

⁶ Appliquée au Pacs, cette méthodologie révèle qu'il n'y a pas de différence entre le contrat fondateur et le contrat organisateur. Il existe cependant un contrat permettant l'adhésion à une institution et donc création d'une institution : le

Mais la dichotomie du terme « institution » ressurgit ici : il apparaît comme un groupement susceptible de créer ses propres normes impératives¹, lesquelles ont également été dénommées « institution », ce qui est à l'origine de la dualité conceptuelle². Le mariage-institution produit ses propres règles qui s'imposent aux personnes qui la composent : le régime primaire et tous les autres effets légaux du mariage. Le régime matrimonial entendu au sens large est alors un ensemble de normes tantôt créées par l'institution du mariage, tantôt établies par la convention qui l'organise. Il est certain que le régime primaire est une norme créée directement par l'institution du mariage et qui ne procède donc pas de la sphère contractuelle, à laquelle elle s'impose : il est directement créé par l'institution. Les autres régimes matrimoniaux sont des ensembles de règles organisant l'institution, mais librement choisies, et qui procèdent davantage du contrat que de l'institution. Apparaît alors une unité entre régime légal et régimes conventionnels : ils ne sont pas créés directement par l'institution, puisque leur application dépend de la volonté des parties. Le régime légal est le parfait exemple de ce que le contrat est en réalité « *le résultat d'un savant mélange entre la volonté et la loi* »³, puisque l'institution (ici le mariage) participe à son élaboration. Au contraire, dans les législations qui prévoient des régimes légaux impératifs, « *le mariage, sous son aspect patrimonial comme sous son aspect personnel, est une institution sociale où l'aspect contractuel se réduit à la conclusion du mariage* »⁴. Le régime matrimonial apparaît alors comme un « contrat obligatoire »¹.

Ainsi, soit le régime matrimonial est entendu comme un contrat organisant l'institution du mariage : le régime primaire n'en fait alors pas partie. Soit la notion se détermine uniquement par référence aux règles qui le composent : le régime matrimonial est alors parfois une règle créée par l'institution du mariage (régime primaire) parfois une règle issue d'un contrat organisant l'institution (régime légal et régimes conventionnels).

403. L'absence de régime matrimonial, étalon de détermination des avantages matrimoniaux. L'analyse du contrat et de l'institution démontre une fois encore que la frontière fondamentale se situe au niveau du régime primaire, non du régime légal. Ce dernier n'est ni une institution, puisqu'il n'est pas un groupement de personnes, ni une règle créée par l'institution, puisqu'il n'est pas impératif. Il procède donc du contrat organisant l'institution : sa dimension supplétive et son appellation « légale » ne suffisent pas à en faire un fruit de l'institution ; il est

nouveau couple Pacsé.

¹ Y. PUYO, *op. cit.*, n° 26 ; cela est, pour l'auteur, significatif de l'indépendance de l'institution par rapport au contrat qui le crée.

² L'institution désigne alors autant le groupement que les règles qu'il crée et qui, impératives, s'imposent avec la force de la loi.

³ Y. PUYO, *op. cit.*, n° 26, p. 22.

⁴ Cf. « Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines », Travaux de droit comparé de l'Université Paris II, 1974, 2^{ème} éd. dir. J. PATARIN et I. ZAJTAY, p. 20, à propos du droit argentin des régimes matrimoniaux.

donc le produit d'un contrat. L'étalon de détermination des avantages matrimoniaux peut donc se concevoir comme l'ensemble des règles qui procèdent du contrat organisant l'institution du mariage, non celles qui en sont directement issues. Il s'agit donc du mariage et du régime primaire. Tout ce qui relève du contrat organisant l'institution peut être générateur d'avantages matrimoniaux. Les pays de *common law* ne connaissent pas la notion de régime matrimonial, ni, *a fortiori*, celle d'avantage matrimonial. Les époux sont soumis aux règles du droit commun, fondées sur la séparation de biens. Mais celle-ci ne s'entend pas, comme en France, d'un régime matrimonial exorbitant du droit commun². Elle résulte au contraire du droit commun : le caractère exclusif du droit de propriété et la dimension personnelle du patrimoine. Tel est l'étalon de détermination des régimes matrimoniaux : le mariage sans régime matrimonial (autre qu'impératif). Finalement, il importe peu de savoir si la notion de régime matrimonial doit être entendue de manière large ou étroite. Il est de même inutile de percer à jour la véritable origine du régime légal. Il suffit de constater la profonde distance qui sépare le régime primaire des autres régimes matrimoniaux pour comprendre que c'est là que se situe l'étalon de détermination des avantages matrimoniaux.

En outre, faire de la « séparation de biens de droit commun » un étalon de détermination des avantages matrimoniaux permet de poser les bases d'une harmonisation européenne des règles en la matière. Si chaque pays adoptait son propre étalon et sa propre conception de l'avantage matrimonial qui serait soumis à un régime juridique différent d'un État à un autre, les situations présentant un élément d'extranéité risqueraient de se compliquer d'autant plus. Les règles du droit international privé sont déjà très disparates³ et ces problèmes se poseront de plus en plus fréquemment à mesure que l'Europe se construira et que les échanges internationaux seront favorisés. Fonder l'étalon sur la définition et la nature du régime matrimonial permet de faciliter l'uniformisation des législations européennes.

404. Opportunité du régime légal comme étalon. Faut-il faire du régime légal un étalon ? Si de nombreux arguments militent en faveur d'un dépassement de la vision traditionnelle de l'étalon comme étant le régime légal⁴ l'engouement pour cette solution est réel. L'étalon-régime légal est présenté comme la meilleure des solutions, notamment parce qu'il s'agit d'un régime bien connu des praticiens. Le droit n'est pas figé dans le marbre et la question peut être posée sous un angle différent. Si le régime légal n'est pas l'étalon, ne peut-on en faire l'étalon ?

¹ *Ibid.*, p. 22.

² Sur la vision de la séparation de biens comme un « régime légal » dans les pays de *common law* : R. SAVATIER, DH 1929, Chron. p. 21.

³ Il existe une règle de conflit pour les effets du mariage, une autre pour le régime matrimonial, une autre pour le divorce, etc.

⁴ Arguments historiques, exégétiques, la *ratio legis*, la nature du régime matrimonial, etc.

N'est-il pas souhaitable, au vu du quasi-consensus sur l'utilité de son emploi, d'inscrire clairement dans la loi qu'il servira de référence ? Après tout, celle-ci pose une fiction selon laquelle l'avantage matrimonial n'est pas une libéralité. Il ne lui est pas impossible d'imposer le régime légal comme étalon. Mais l'avantage matrimonial est chargé d'une mission : éviter la requalification en libéralité. Limiter son domaine revient à autoriser les qualifications libérales, ce qui ne doit pas être permis. Il ne faut pas faire du régime légal un étalon de détermination des avantages matrimoniaux, parce qu'il n'est pas opportun de permettre aux profits issus du fonctionnement du régime légal d'être qualifiés de donations entre époux.

405. Synthèse. En définitive, il n'est pas certain que le régime primaire échappe à la notion de régime matrimonial. Il s'agit en effet de règles s'appliquant dans la sphère matrimoniale et régissant les biens des époux. En revanche, sa nature est profondément différente de celle des autres régimes matrimoniaux, car il n'est fait aucune place à la volonté des époux. Celle-ci est omniprésente dans les régimes conventionnels et ne peut être niée au sein du régime légal, même si l'application de celui-ci semble procéder d'une combinaison efficace entre l'ordre de la loi et l'autonomie de la volonté. 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 commun¹. 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. Cette définition donne la mesure de l'étendue de la fiction légale disqualificative en libéralité. Une modification légale doit être proposée, car les dispositions de l'article 1527 du Code civil ne sont plus adaptées. D'une part l'avantage matrimonial peut résulter des clauses de tout régime conventionnel, non uniquement des régimes de communauté. D'autre part, ce n'est pas que la confusion du « mobilier » - terme vieilli - et des dettes qui produit un avantage, mais toute mise en commun, active ou passive, qui ne peut être compensée en nature ou en valeur.

L'analyse de l'étalon a permis de dégager les lignes de force de l'avantage matrimonial. Mais il ne règle pas toutes les questions : les problématiques de l'avantage² restent en suspens au

¹ Ce n'est pas un hasard si la séparation de biens est le terrain privilégié des donations entre époux et si les transferts entre masses propres peuvent être qualifiés de libéralités : l'avantage matrimonial n'y est pas présent et la fiction disqualificative n'est donc pas applicable. V. notamment : F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse, Paris II, 1987, p. 574 ; C. SAUJOT, « Les avantages matrimoniaux (Notion – Nature juridique) », RTD Civ. 1979, p. 699, spé. p. 710 ; Cass. 1^{ère} civ., 22 janv. 1991, n° 89-13.412, Juris-Data n° 1991-002225 ; Bull. civ. I, n° 24 ; JCP 1991, IV, p. 108 ; JCP N 1991, II, p. 269 ; D. 1991, IR, p. 60 ; Cass. civ., 11 mars 1931 : S. 1931, 1, p. 358 ; Cass. 1^{ère} civ., 2 avr. 1962 : Bull. civ. 1962, I, n° 188. *Contra* : J. CARBONNIER, « Le régime matrimonial : sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association », thèse, Bordeaux, 1932, p. 88 et s. ; P. ROBERT, « De la nature juridique des avantages matrimoniaux », thèse Nancy, 1914, p. 7 ; CA Agen, 1^{ère} ch., 10 nov. 1982, Juris-Data n° 1982-043070.

² V. *supra*, n° 336 et s.

sein des avantages matrimoniaux. Il faut alors préciser l'analyse et la détailler : c'est dans la tentative de classification que se révélera toute la complexité de la notion d'avantage matrimonial et l'acceptation précise qui doit en être retenue.

Section seconde : La classification dans la catégorie

406. La nécessité d'une classification des avantages matrimoniaux. Le terme « avantage » revêt en lui-même des significations multiples et chacun s'accorde à penser qu'à l'image des libéralités, il n'existe pas un avantage matrimonial mais plusieurs. Une fois déterminé l'étalon par analyse de sa source, le régime matrimonial, la classification permet de comprendre comment utiliser cet outil de référence et quelles sont les opérations dont il s'agit véritablement. La doctrine civiliste, la jurisprudence, et même le législateur ont proposé différentes catégories d'avantages matrimoniaux (**Paragraphe premier**). Pourtant, c'est toujours au regard de la classification des dispositions du régime que ces propositions sont examinées (**Paragraphe second**). Une analyse successive de ces deux domaines permettra de comprendre le lien subtil entre avantage matrimonial et stipulation particulière du régime matrimonial.

Paragraphe premier : La classification des avantages matrimoniaux

407. L'appréhension de l'avantage matrimonial. Diverses conceptions et classifications ont émergé au cours de l'histoire, proposées par la doctrine, imposées par la loi, ou déduites par la jurisprudence (A). La complexité en la matière témoigne en réalité d'une acception fondamentalement duale de l'avantage matrimonial (B).

A. Les tentatives de classification

408. Avantage-libéralité et avantage « simplement » matrimonial. Pour les tenants d'une nature dualiste de l'avantage matrimonial, la présence d'enfants issus d'un précédent lit¹ change la nature de l'avantage matrimonial qui devient, par présomption irréfragable, une libéralité². Il est cependant admis que la requalification est relative, car elle nécessite que les descendants soient appelés à la succession, et son effet serait limité à la mise en œuvre de la réduction, à l'exclusion de toute autre règle du régime juridique des libéralités. Cette thèse est aujourd'hui largement discréditée, en ce qu'elle fait dépendre la nature de l'application d'un régime juridique. Car encore faudrait-il que les enfants non-communs entendent exercer l'action en retranchement : la qualification ne dépendrait donc que de leur seule volonté. La jurisprudence

¹ On dirait aujourd'hui plutôt des enfants « non-communs ».

² Pour une présentation de cette théorie : J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, « Les régimes matrimoniaux », Paris, Armand Colin, 2001, 2^{ème} éd., n° 719. V. en ce sens : F. TERRÉ et Ph. SIMLER, « Droit civil : les régimes matrimoniaux », Paris, Dalloz, 2011, 6^{ème} éd., n° 719 ; A. COLOMER, « Droit civil. Régimes matrimoniaux », Litec, 12^{ème} éd., 2004, n° 1164-1165. Pour des exemples en jurisprudence : Cass. req., 17 avr. 1907 : DP 1908, I, p. 41, note J.-R. BINET ; S. 1913, I, p. 203, rapp. JAFFARD ; Cass. civ., 27 mars 1923 : DP 1923, I, p. 161, note H. CAPITANT ; S. 1923, I, p. 201, note A. TISSIER : « l'action en retranchement a restitué le caractère de libéralité aux

a enterré cette théorie dans le célèbre arrêt VIEILHOMME du 6 mai 1997¹ : si le régime juridique des libéralités s'étend parfois à ce qu'elle considère comme un acte onéreux, la nature de l'avantage matrimonial ne varie pas².

Mais toute distinction fondée sur la nature gratuite ou onéreuse de l'avantage est-elle définitivement impossible ? Les réflexions menées dans le cadre de cette étude ont permis de démontrer que l'avantage matrimonial peut potentiellement être gratuit ou onéreux, bien que l'élément matériel de la gratuité soit caractérisé dans la plupart des hypothèses et que le rôle des facteurs subjectifs doive être relativisé³. Une sous-distinction entre avantage gratuit et avantage onéreux serait-elle pertinente ? Il est entendu que les avantages matrimoniaux sont susceptibles d'épouser les traits catégoriques des libéralités. Mais de là à lier la qualification à la seule mise en œuvre de l'action en retranchement, c'est prêter à la nature de l'avantage une élasticité confortable⁴. En réalité, la nature ne varie pas. Ce sont les effets de la fiction disqualificative qui reculent lorsque l'action en retranchement est exercée. En revanche, si l'avantage est réductible, c'est parce qu'il présente un déséquilibre économique : si la comparaison entre le régime choisi et l'étalon ne révèle aucun transfert de richesse, les avantages issus du régime matrimonial ne peuvent être réduits. Cette hypothèse est cependant très improbable en pratique : il faudrait que les époux aient fait spécialement attention à limiter tout enrichissement de l'un par l'autre, ou qu'ils aient eu l'incroyable chance que leurs contributions respectives se compensent parfaitement⁵. En définitive, la distinction entre les avantages gratuits ou onéreux n'est pas pertinente, puisque l'avantage est toujours traité en lui-même : peu importe qu'il revête les caractéristiques libérales puisque la loi interdit de le percevoir comme une donation. En outre, il a été démontré que la distinction du titre gratuit et du titre onéreux n'est pas déterminante de la qualification de

avantages indirects qui résultaient pour la seconde épouse du régime de la communauté ».

¹ Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997 : Bull. civ., n° 146 ; R., p. 192 ; D. 1998, p. 303, note F. DEBOISSY ; JCP N 1997, 939, étude J. PIEDELIEVRE et 1533, note Ph. PELLETIER et P. APPREMONT ; JCP 1997, I, 4047, n° 20, obs. A. TISSERAND ; JCP 1998, I, 133, n° 10, obs. R. LE GUIDEC ; Defr. 1997, 1086, obs. G. CHAMPENOIS, et 1194, note A. CHAPPERT ; RTD Civ. 1998, p. 179, obs. B. VAREILLE ; Dr. fisc. 1997, n° 31-36, comm. n° 900, obs. J. PIEDELIEVRE. V. déjà : CA. Nancy, 25 févr. 1891 : D. 1891, II, 353, note M. PLANIOL. *Contra* : Doc. adm. DGI, 7 G-2122, n° 4, 20 déc. 1996 où il est dit qu'en « présence d'enfants d'un précédent mariage, les avantages matrimoniaux conférés par un époux à son conjoint sont présumés, de façon irréfragable, constituer des donations, en application du 2^{ème} alinéa de l'article 1527 du Code civil, que les enfants exercent ou non l'action en réduction que la loi leur confère ».

² En ce sens : « le législateur emprunte le procédé au droit des libéralités, mais il ne s'agit pas de réduire une libéralité, mais bien un avantage matrimonial » : B. BEIGNIER, « Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? » in « Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit », Litec 2009, p. 33, spé. p. 43.

³ V. *supra*, n° 337 et s.

⁴ Le doyen BEIGNIER la résume ainsi : « Si l'avantage joue au sein d'une famille « close », c'est-à-dire une famille unie de laquelle tous les enfants sont nés, alors la loi considère que cet avantage n'est pas une libéralité. A l'inverse, dès lors que la famille échappe à la norme et que se trouve un ou plusieurs enfants nés hors du lit, l'avantage prend figure de libéralité » : art. précit., p. 35. Il en prend ensuite le contrepied : art. précit., p. 39.

⁵ Cette hypothèse a cependant existé en jurisprudence, dans un arrêt où les époux, mariés sous un régime de communauté de meubles et acquêts, avaient réalisé des apports identiques et que le partage était opéré par moitié : Cass. req., 6 juill. 1926 : S. 1927, I, p. 14.

l'avantage¹. Ce sont surtout les méthodes permettant de déterminer les avantages matrimoniaux qui se révèlent intéressantes à analyser.

409. La distinction antérieure à 1975 : avantages animés ou non d'une intention libérale. Depuis la loi du 27 juillet 1884², créant le divorce pour faute, et jusqu'à la réforme du 11 juillet 1975 qui a multiplié les cas d'ouverture³, l'application des règles spécifiques sur les conséquences du divorce a abouti à opérer une distinction originale entre les différents avantages matrimoniaux. La jurisprudence ne soumettait à déchéance que les avantages animés d'une intention libérale⁴, de sorte qu'une distinction était indirectement créée entre ceux-ci et les avantages dépourvus d'*animus donandi*, ou pour lesquels la preuve de l'intention libérale ne pouvait être rapportée⁵. Cette scission était justifiée par la finalité « sanctionnatrice » de la règle qui prévoyait que l'époux aux torts duquel le divorce était prononcé perdait de plein-droit le bénéfice des avantages résultant du régime matrimonial⁶. Le but était de « *sanctionner le comportement conjugal ingrat de celui aux torts duquel le divorce était prononcé, sanction qui ne pouvait se concevoir qu'à l'égard d'un bienfaiteur* »⁷. Il s'agissait donc indirectement d'une révocation pour ingratitude, laquelle est initialement prévue pour les libéralités. Certains avantages étaient définis plus strictement que d'autres⁸, puisqu'un critère supplémentaire était requis pour la qualification : l'existence d'un *affectio conjugal*, entendu comme une intention libérale. Déjà au XVII^{ème} siècle, l'ancien droit français distinguait, au sein des dispositions du contrat de mariage, les « conventions ordinaires », qui n'étaient pas considérées comme produisant de véritables avantages à défaut d'intention de gratifier, et les « conventions extraordinaires », perçues comme des avantages en ce qu'elles utilisaient, dans une intention libérale, les dispositions du régime matrimonial pour réaliser des libéralités indirectes¹.

Cette distinction démontre, s'il en était encore besoin, la possible interpénétration des critères libéraux dans la sphère matrimoniale. Jusqu'en 1975, personne ne niait que l'avantage

¹ V. *supra*, n° 142 et s.

² Loi NAQUET du 27 juill. 1884 : DP 1884, IV, p. 97. Le divorce avait été provisoirement admis sous la Révolution, mais aboli en 1816. Ce n'est qu'en 1884 qu'il est à nouveau légalement organisé.

³ Loi n° 75-617 du 11 juill. 1975 (D. 1975, p. 267).

⁴ CA Poitiers, 3 févr. 1936 : DH 1936, II, p. 215 ; CA Paris, 20 janv. 1948 : JCP 1948, I, 4238, note P. VOIRIN ; Cass. civ., 19 mars 1952 : D. 1952, p. 452 ; JCP 1952, II, 6935, cassant CA Paris, 20 janv. 1948, préc ; Cass. 1^{ère} civ., 6 oct. 1959 : D. 1959, I, p. 593, note R. LENOAN.

⁵ V. en ce sens : H., L. et J. MAZEAUD, « Leçons de droit civil », Montchrestien, t. IV, vol. 1, 5^{ème} éd. 1982, mise à jour 1986 par DE JUGLART, n° 521 ; F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987 n° 439 ; G. CHAMPENOIS, « Les régimes matrimoniaux », Armand Colin, 2001, n° 725.

⁶ Art. 299 L. du 27 juill. 1884. V. R. SAVATIER, « De la déchéance faisant perdre à l'époux coupable, en cas de divorce ou de séparation de corps, les avantages reçus de l'autre époux », Defr. 1937, art. 24766.

⁷ A. TISSERAND-MARTIN, « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial », in « Droit et actualité : études offertes à Jacques Béguin », Paris, Litec 2005, p. 753, spé. p. 755. La formule finale est empruntée à P. VOIRIN, note sous Paris, 20 janv. 1948 précit.

⁸ A. TISSERAND-MARTIN, art. précit.

matrimonial puisse procéder d'une intention libérale. Ceux-ci représentaient toute modification conventionnelle des régimes de référence. N'étaient pas soumis à déchéance, car présumés dépourvus d'intention libérale, les avantages résultant de la seule confusion du mobilier et des dettes et ceux procédant du simple choix d'un régime matrimonial².

410. La distinction opérée entre 1975 et 2004 : avantage soumis ou non à déchéance lors du divorce. Avec la loi du 11 juillet 1975, la distinction fondamentale entre avantages animés ou non d'une intention libérale disparaît en raison du recul de la finalité sanctionnatrice du texte³. La déchéance s'applique en effet en l'absence de faute, ce qui répond à une nouvelle logique qui laisse s'exprimer la volonté des époux⁴. Pour certains, cette loi marque le retour à une conception unitaire de l'avantage matrimonial⁵, consacrée en 1983 par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation⁶. On peut y lire que « *l'article 267-1 du Code civil a vocation à s'appliquer à tous les avantages que l'un des époux peut tirer des clauses d'une communauté conventionnelle et notamment de l'adoption du régime de la communauté universelle* »⁷. Disparaît alors la distinction entre avantages résultant de l'adoption d'un régime nommé et ceux émanant d'une modification conventionnelle. C'est plus le sort des avantages matrimoniaux que la notion elle-même qui est alors différenciée. Celle-ci apparaît unitaire et la différence de traitement est commandée par des conditions posées par la règle de droit.

Cependant, si la finalité sanctionnatrice a reculé en 1975, elle n'a disparu véritablement qu'en 2004. Elle a continué à justifier des distinctions parfois très osées. Un arrêt rendu le 12 juin 2001 par la première chambre civile de la Cour de cassation est significatif des dérives souvent dénoncées de la logique punitive⁸. En l'espèce, un couple était marié sous un régime de communauté universelle. L'épouse avait apporté à la communauté un immeuble pour lequel il

¹ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, « Les régimes matrimoniaux », Paris, Defrénois, 2010, 3^{ème} éd., n° 700.

² CA Nancy, 25 févr. 1891 : DP 1891, 2, p. 353, note M. PLANIOL ; CA Rouen, 20 févr. 1897 précit. : les avantages matrimoniaux résultant de la seule confusion des meubles ne sont pas soumis à la déchéance en cas de divorce, car ils sont présumés ne pas être animés d'une intention libérale. F. LUCET, *op. cit.*, n° 439, p. 607.

³ Art. 268 anc. Cciv. : « *Quand le divorce est prononcé sur demande conjointe, les époux décident eux-mêmes du sort des donations et avantages qu'ils s'étaient consentis ; s'ils n'ont rien décidé à cet égard, ils sont censés les avoir maintenus* ». Art. 268-1 anc. Cciv. : « *Quand le divorce est prononcé sur demande acceptée par l'autre conjoint, chacun des époux peut révoquer tout ou partie des donations et avantages qu'il avait consentis à l'autre* ». Art. 267-1 anc. Cciv. : « *Quand le divorce est prononcé aux torts partagés, chacun des époux peut révoquer tout ou partie des donations et avantages qu'il avait consentis à l'autre* ». V. : S. POUDEROUX, « Le sort des avantages matrimoniaux », Dt. et pat., févr. 1996, n° 36, p. 26.

⁴ V. A. TISSERAND-MARTIN, art. précit., p. 756 ; J. MASSIP, « La réforme du divorce », Defr. 1976, art. 31047, n° 167.

⁵ En ce sens : G. CHAMPENOIS, *op. cit.*, n° 725 et F. LUCET, *op. cit.*, n° 440.

⁶ Cass. 1^{ère} civ., 19 oct. 1983 : Bull. civ. 1983, I, n° 240 ; JCP 1983, IV, 356 ; D. 1984, p. 229, note J. MASSIP ; *ibid.*, IR, p. 173, obs. A. BÉNABENT ; Gaz. Pal. 1984, II, pan. Jur. p. 186, obs. M. GRIMALDI.

⁷ La même solution a été retenue à propos des articles 267 et 269 anc. Cciv. : Cass. 1^{ère} civ., 26 janv. 1988 : D. 1988, IR, p. 41.

⁸ Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2001 : Bull. civ. I, n° 168 ; D. 2002, 1713, note M. SÉNÉCHAL ; JCP 2002, I, 167, n° 13, obs. A. TISSERAND ; Defr. 2001, 1516, obs. G. CHAMPENOIS ; RJPF 2001, n° 10, p. 15, note F. VAUVILLÉ ; RTD Civ. 2001, 863, obs. J. HAUSER ; *ibid.*, 2002, 134, obs. B. VAREILLE.

restait à acquitter des échéances de remboursement du prêt, à la charge logique de la masse commune. Divorcés en raison des fautes commises par le mari, la question s'est posée du sort de l'avantage né de la mise en commun du bien. Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, opérèrent alors un véritable détricotage et considérèrent que l'opération révélait en réalité deux avantages matrimoniaux. L'un, au bénéfice de l'époux, consistait en la mise en commun du bien et devait être révoqué de plein-droit. L'autre, profitant à l'épouse, résultait de la prise en charge par la communauté des échéances du prêt et devait être maintenu au bénéfice de la victime. Faisant fi du principe de corrélation entre l'actif et le passif et d'une éventuelle compensation entre les deux dispositions, la Cour entérine finalement une nouvelle double distinction : d'une part entre les avantages reçus par le mari et ceux bénéficiant à l'épouse et, d'autre part, entre les avantages soumis ou non à déchéance. Cette solution est condamnable car elle ruine la logique d'ensemble de l'apport en communauté¹ et aboutit à faire financer un bien propre par la communauté, ce qui est en général une cause objective de récompense. Elle est surtout, à ce stade de notre analyse, révélatrice de l'influence du régime juridique sur la distinction interne à une notion pourtant unifiée.

411. La distinction postérieure à 2004 : avantage prenant effet au cours du mariage ou lors de sa dissolution. Le nouvel article 265 du Code civil issu de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004² a définitivement écarté la sanction de l'époux fautif reposant dans la déchéance des donations entre époux et des avantages matrimoniaux et a entendu sceller leur sort sur des bases objectives. Ce faisant, c'est une nouvelle distinction qui est proposée entre les avantages « *qui prennent effet au cours du mariage* » et ceux « *qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial* ». Cette dichotomie est souvent incomprise, notamment en raison du lien existant entre chacune des dispositions du régime matrimonial³. De plus, l'avantage matrimonial étant traditionnellement perçu comme un profit reçu en qualité de copartageant⁴, il paraît délicat de concevoir qu'il puisse exister avant que ne soit dissout le régime matrimonial et donc le

¹ Madame TISSERAND-MARTIN la critique en ces termes : « *Si l'on souhaite sanctionner, mieux vaut raisonner en termes de responsabilité et accorder au conjoint innocent une réparation sous forme de dommages et intérêts, à la mesure exacte du préjudice qu'il a subi, plutôt que de jouer à l'apprenti sorcier en dénaturant totalement les dispositions du contrat de mariage et l'équilibre recherché initialement par les futurs époux* » : A. TISSERAND-MARTIN, « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial », in « Droit et actualité : études offertes à Jacques Béguin », Paris, Litec 2005, p. 753, spé. p. 757. Il s'agit surtout ici d'une critique du système de révocation antérieur à la loi du 26 mai 2004.

² JO 27 mai 2004, p. 9319. A. TISSERAND-MARTIN, « Les incidences de la réforme du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux », in « Le droit patrimonial de la famille : réformes accomplies et à venir », Trav. Ass. Henri Capitant, t. IX, Strasbourg, Dalloz, 2006, p. 21 ; S. VALORY, « Les mesures postérieures à la réforme de 2004 sur les donations entre époux et les avantages matrimoniaux », Dt. et pat. 2007, n° 164, p. 62.

³ A. TISSERAND-MARTIN, « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial », in « Droit et actualité : études offertes à Jacques Béguin », Paris, Litec 2005, p. 753.

⁴ En ce sens, estimant que l'avantage matrimonial n'apparaît qu'à la dissolution du régime : Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1968 : D. 1968, p. 725, note A. BRETON ; RTD Civ. 1969, p. 368, obs. R. SAVATIER ; Journ. not. 1969, art. 49113,

mariage¹. À ce titre, on saura gré à cette nouvelle distinction de nuancer cette vision très limitée de l'avantage et de présenter une conception globale : l'avantage ne naît pas avec le partage, il lui préexiste.

Il est cependant délicat de trouver une logique à cette nouvelle distinction². On pourrait penser qu'elle est fondée sur l'objet de la prestation, ce qui expliquerait le parallèle avec les libéralités. Cependant l'étude de l'objet a démontré que les avantages matrimoniaux, lorsqu'ils consistent en un transfert patrimonial, portent toujours sur des biens présents (éventuellement affectés de modalités), en raison de l'absence de potestativité du débiteur sur l'existence de son obligation³. Il ne peut donc s'agir d'une distinction transcendante entre droits actuels et droits éventuels qui s'appliquerait autant aux libéralités qu'aux avantages matrimoniaux. Il serait possible d'y voir la consécration de la distinction parfois proposée entre les avantages dits « de masse » et les avantages « liquidatifs ». Les premiers agiraient sur la composition des masses via la qualification des biens et les autres sur les règles de la liquidation et du partage⁴. Mais les frontières sont minces, puisque affecter l'équilibre des masses revient nécessairement à modifier l'issue de la liquidation. On en revient à la critique initiale : le régime matrimonial est un tout et il est délicat d'opposer trop strictement les dispositions qui le composent.

412. Une nouvelle distinction sous-jacente ?⁵ La principale difficulté d'application de la distinction issue du nouvel article 265 du Code civil a concerné la clause dite « alsacienne », « de sauvegarde », ou « de liquidation alternative ». Cette stipulation particulière du contrat de mariage, directement issue de l'ingéniosité des notaires alsaciens, permet aux époux de reprendre les apports qu'ils auraient faits à la communauté si le mariage venait à être dissout par divorce⁶.

p. 843, obs. A. RAISON.

¹ Ainsi le divorce est-il sans conséquence sur l'avantage résultant de la seule adoption d'une communauté universelle : Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 2010 : JCP 2011, n° 1371, §10, obs. A. TISSERAND-MARTIN ; RLDC 2011, n° 79, p. 56, obs. J. GALLOIS ; RTD Civ. 2011, p. 112, obs. J. HAUSER ; Gaz. Pal. 2001, n° 35-36, p. 49 ; JCP N 2011, n° 17, p. 35, note J. MASSIP.

² Pour une étude complète de l'article 265 Cciv. et nos propositions de réforme, v. *infra*, n° 481 et s.

³ V. *supra*, n° 402 et s.

⁴ Sur cette distinction, v. notamment : M. GRIMALDI, « L'avantage matrimonial : remarques d'ordre pratique sur la communauté universelle », JCP N 1999, n° 27, p. 1083.

⁵ « *Pourtant, en dépit de la rédaction maladroite du nouvel article 265, le but recherché par le législateur reste intuitivement perceptible* » : A. TISSERAND-MARTIN, « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial », in « Droit et actualité : études offertes à Jacques Béguin », Paris, Litec 2005, p. 753, spé, p. 759.

⁶ La clause a un temps été menacée par le principe d'immutabilité : v. par exemple TGI Strasbourg, 17 sept. 1987 : JCP 1989, II, 21361 ; JCP N 1989, II, p. 109, note Ph. SIMLER ; TGI Strasbourg, 24 mars 1992 : JCP 1993, II, 22108, 2^{ème} esp., note Ph. SIMLER. Sur la validité de la clause : Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1992 : Bull. civ., I, n° 181 ; JCP 1993, II, 22108, note Ph. SIMLER ; Defr. 1993, art. 35416, p. 34, obs. M.-C. FORGEARD ; D. 1993, somm. p. 220 et s., obs. M. GRIMALDI ; RTD Civ. 1993, p. 187, obs. F. LUCET et B. VAREILLE ; CA Colmar, 16 mai 1990 : JCP N 1991, II, p. 17, note Ph. SIMLER ; Defr. 1990, p. 1361, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD Civ. 1992, p. 171, obs. F. LUCET et B. VAREILLE V. aussi M.-F. SALLE, « La communauté universelle et la clause de reprise en nature des biens tombés en communauté », D. 1994, chron. p. 34 ; P. CATALA, « Variations autour de la communauté universelle », in « Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. *Liber amicorum* », Strasbourg, LGDJ 1994, p. 45. V. aussi V. FLAMENT, « Observations sur un régime matrimonial à

Avant la loi du 26 mai 2004, nul ne doutait qu'elle fut constitutive d'un avantage matrimonial. C'est d'ailleurs cette certitude qui a mené à une réelle inquiétude sur sa validité au regard du nouvel article 265 du Code civil¹. La clause présente la particularité de ne prendre effet qu'à la dissolution par divorce. Soit le mariage est dissout par décès et la clause n'a pas vocation à s'appliquer. Soit il est dissout par divorce et la clause devrait alors être révoquée de plein-droit. Cette dernière solution serait paradoxale car la clause a justement pour effet de limiter l'enrichissement de l'un des époux au détriment de l'autre après la dissolution par divorce, ce qui n'est que la transcription conventionnelle de la volonté du législateur² ! Pour sauvegarder la validité de la clause alsacienne, la jurisprudence a refusé d'y voir un avantage matrimonial³. Cette solution a été très bien accueillie car elle sauvegarde une pratique efficace et consacre une acception rationnelle de l'avantage matrimonial : si les époux se préservent l'un de l'autre, c'est bien qu'ils ne souhaitent pas s'avantager mutuellement⁴ ! Mais en réalité, ce dernier point peut être largement débattu et nécessite de mieux comprendre la notion d'avantage matrimonial⁵. Le législateur a également semblé mal à l'aise avec cette solution, puisqu'il s'est empressé d'ajouter un alinéa 3 à l'article 265 du Code civil pour consacrer légalement l'existence et la validité de la clause⁶.

À notre sens, le conflit de qualification révèle les limites de l'article 265 du Code civil et la maladresse de sa rédaction. Son objectif n'est pas de prohiber toute stipulation particulière de la liquidation lorsque le mariage est dissout par divorce⁷, mais de distinguer les avantages qui ne prennent effet qu'en cas de dissolution par décès de toutes les autres dispositions du régime. Les études menées sur le sujet évoquent presque systématiquement les avantages prévus en cas de

liquidation alternative », Defr. 1993, art. 35575, p. 737. Pour le professeur CATALA, estimer que la clause est contraire au principe d'immutabilité « *c'est faire bon marché de la liberté des conventions matrimoniales, principe en plein essor, au profit d'une vision intégriste de l'immutabilité, principe antagoniste sur le déclin* » : P. CATALA, art. précit., p. 52.

¹ Pour un exemple de menace pesant sur la clause : Cass. 1^{ère}, 17 janv. 2006, n° 02-18.794, Juris-Data n° 2006-031702 : JCP 2006, I, 141, n° 20, obs. A. TISSERAND-MARTIN.

² V. par exemple les commentaires sous Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2008, n° 06-18.187 : Juris-Data n° 2008-042990 : Bull. civ. 2008, I, n° 62 ; JCP N 2008, n° 39, 1295, note A. TISSERAND-MARTIN, n° 21 ; RJP 2008, n°6, p. 8, note F. VAUVILLÉ.

³ Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 2010, n° 09-68.292 : JCP 2011, Chron., n° 1 p. 60 ; *ibid.*, n° 17 p. 829 ; RJP 2011, n° 2 p. 18, note F. VAUVILLÉ ; RLDC 2011, n° 79, p. 54, note J. GALLOIS ; D. 2011, n° 5, p. 351, note V. BONNET ; *ibid.*, Chron. n° 9, p. 622 ; Gaz. Pal. 2011, n° 35, p. 48, note J. CASEY ; *ibid.*, n° 35, p. 21, note A. SAPORITO ; Defr. 2011, Chron. n° 8, p. 817 ; JCP N 2011, n° 19, p. 37, note J. MASSIP.

⁴ Un auteur a analysé cette clause comme une révocation anticipée d'avantages matrimoniaux qui apparaîtraient au décès : M.-F. SALLE, art. précit.

⁵ Sur notre proposition de qualification de la clause, v. *infra*, n° 437 et n° 492 et s.

⁶ L. n° 2006-728 du 23 juin 2006, art. 43 : « *Toutefois, si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté* ».

⁷ La question demeure entière pour toute autre clause qui ne prendrait effet qu'en cas de dissolution par divorce. Imaginons une véritable clause de liquidation alternative qui prévoirait un partage inégalitaire en cas de divorce, mais égalitaire en cas de décès (ou inversement) : celle-ci doit-elle être prohibée ? N'est-elle pas l'expression de la liberté des conventions matrimoniales ? Si elle ne trouve pas sa cause dans une tentative de limiter l'exercice du « droit de divorcer » (ce qui serait contraire au principe général de liberté individuelle, d'ordre public), rien ne semble s'opposer à sa validité.

dissolution par décès¹, alors que le texte évoque plus largement les avantages « *prenant effet à la liquidation du régime matrimonial* », que ce soit par décès ou par divorce. La *ratio legis* de l'article 265 du Code civil est donc sans doute de réserver un sort particulier aux dispositions conditionnées à la persistance du lien matrimonial au jour du décès. La clause alsacienne n'est pas menacée, car elle n'est pas prévue pour une dissolution par décès².

413. Insuffisances. Les différentes classifications proposées se sont toutes révélées insuffisantes à une meilleure compréhension de l'avantage matrimonial. Artificielles, infondées, parfois erronées, elles aboutissent à compliquer l'étude plus qu'à la faciliter. Elles ont cependant un point commun : elles ont toutes été induites dans la perspective de l'application d'un régime juridique déterminé. La finalité des règles gouvernant les avantages matrimoniaux a contribué à déterminer leur appréhension conceptuelle. Or, si deux ensembles de règles civiles régissent la notion, sans doute existe-t-il une dualité conceptuelle de celle-ci.

B. La dualité conceptuelle de l'avantage matrimonial

414. Enoncé de la dualité conceptuelle : avantage particulier « révocable » et avantage global « réductible ». Depuis que la jurisprudence a entendu distinguer les avantages empreints ou non d'une intention libérale pour l'application de la déchéance en cas de divorce, l'idée a émergé que l'avantage matrimonial soumis au retranchement n'est peut-être pas le même que celui que peut révoquer l'un des époux en cas de divorce³. Pour Madame TISSERAND-MARTIN, le nouvel article 265 du Code civil issu de la loi du 26 mai 2004 a contribué à renouveler la définition de l'« avantage révocable »⁴. Elle remarque que l'« avantage prenant effet au cours du mariage » n'est pas compatible avec la vision traditionnelle de l'avantage matrimonial comme étant un profit obtenu en qualité de copartageant. Il peut sembler curieux que la perspective de l'application d'un régime juridique ait une incidence sur la définition de la

¹ Madame TISSERAND-MARTIN évoque des « *avantages matrimoniaux à cause de mort* » : A. TISSERAND-MARTIN, « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial », in « Droit et actualité : études offertes à Jacques Béguin », Paris, Litec 2005, p. 753, spé. p. 758. Le texte ne distingue pas entre les avantages se révélant au décès et ceux qui prennent corps au divorce, mais cette analyse se révèle cependant pertinente car la véritable finalité du texte se situe dans la particularité du dénouement à cause de mort.

² Pour une étude plus complète sur la question, v. *infra*, n° 437 et n° 492 et s.

³ A. TISSERAND-MARTIN, art. précit. ; I. DAURIAC, « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 25 ; F. LUCET, à propos de *Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1990* : JCP N 1992, I, p. 145, n° 9. De même, Monsieur LUCET envisage dans sa thèse successivement « la notion d'avantage matrimonial en l'absence de divorce » (p. 567) et « la notion d'avantage matrimonial en cas de divorce » (p.605) : F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987. *Contra* : E. ROUSSEAU, « De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 711, spé. p. 712.

⁴ A. TISSERAND-MARTIN, art. précit.

notion à laquelle il s'applique. Cependant, si celle-ci n'est pas précisément définie par la règle de droit, une influence du régime est possible. Tel est déjà le cas des avantages indirects : l'anticipation de l'application des règles du rapport successoral a conduit à définir l'avantage indirect comme issu d'un rapport d'équivalence entre les cohéritiers et non entre le disposant et le bénéficiaire¹. Il n'est pas étonnant qu'une telle situation se retrouve à nouveau à propos du terme « avantage » qui, dépourvu de sens juridique précis, conserve dans la sphère du droit l'ambiguïté qu'induit sa polysémie dans le langage courant. Ainsi, l'avantage étant régi par deux ensembles de dispositions pourvus de finalités différentes², deux acceptions de l'avantage matrimonial ont été réalisées : « l'unité [conceptuelle] disparaît devant l'appréhension forcément différenciée de l'avantage matrimonial selon qu'il est question du divorce ou de décès, de révocation ou de retranchement »³. La question est souvent posée : « est-ce toujours du même avantage dont il est question ? En d'autres termes, l'avantage matrimonial révocable s'identifie-t-il à l'avantage matrimonial réductible ? »¹. Nous ajouterons de nouvelles interrogations : quelles sont les différences entre les deux sous-ensembles ? Quelles sont leurs caractéristiques ?

Il faut déjà expliquer que l'avantage « révocable » n'est pas celui effectivement soumis à révocation, ni celui qui peut l'être : il représente une notion particulière, adaptée à l'éventualité d'un régime juridique. Il s'agit d'un avantage particulier, par opposition à l'avantage global qui apparaît lorsqu'il est question de retranchement. S'agissant de l'avantage réductible, il ne s'agit pas de celui qui dépasse effectivement la quotité disponible, ni de celui qui sera imputé sur celle-ci ou sur la réserve dans le cadre du retranchement. Il s'agit, dans les deux cas, d'une appréhension purement notionnelle, et la référence au régime juridique rappelle son influence sur la perception de l'avantage. Afin de ne pas attiser la confusion, nous parlerons d'avantage « particulier » pour évoquer l'avantage « révocable » et d'avantage « global » pour désigner l'avantage « réductible ». Pour autant, elles ne dépendent pas de sa mise en œuvre effective. Quelles sont donc ces deux notions originales ? Les clés de compréhension ont déjà été livrées à travers l'étude de la notion d' « avantage » et des problématiques que recèle ce terme.

415. Objet ou résultat du rapport d'équivalence. La plus grande des difficultés pour saisir le sens du terme « avantage » résulte dans son lien avec le rapport d'équivalence. Or les deux catégories d'avantages matrimoniaux ne se situent pas ici dans la même perspective. Il est en effet possible d'affirmer que l'avantage particulier est perçu comme l'objet du rapport d'équivalence, alors que l'avantage global en est le résultat. Il suffit, pour s'en convaincre,

¹ V. *supra*, n° 312 et s.

² En effet : « le décès d'un conjoint ou le divorce du couple implique des logiques et des souhaits souvent diamétralement opposés » : I. DAURIAC, art. précit., p. 41.

³ *Ibid.*

d'observer la méthode utilisée pour les identifier. Dans le cas d'une action en retranchement, c'est une comparaison d'ensemble de toutes les dispositions du régime matrimonial qui est effectuée². L'avantage s'écrit au singulier³ et représente le profit net dégagé par un seul des époux⁴. Il est la différence entre ce qui est (le régime matrimonial effectivement choisi) et ce qui « aurait dû être » (l'étalon de détermination). Il s'agit donc d'une compensation générale⁵, d'un rapport global d'équivalence des effets du régime⁶. En revanche, la révocation en cas de divorce prend en compte chacune des dispositions du régime, isolément des autres. Il n'y a pas un seul avantage mais plusieurs. Chaque époux peut être bénéficiaire de « ses » avantages. Ils sont, en eux-mêmes, indépendants du rapport d'équivalence, car il importe peu que leur effet soit neutralisé par une autre disposition du régime. Ce sont pourtant ces avantages qui font l'objet du rapport d'équivalence général qui aboutit à déterminer l'avantage global.

Les auteurs le reconnaissent aisément : l'avantage global « *n'est pas le bénéfice résultant de l'application de la clause envisagée, mais celui qui résulte de sa combinaison avec l'ensemble du régime* »⁷. Pour Madame DAURIAC, en vue de l'application du nouvel article 265 du Code civil, « *l'analyse globale du contrat de mariage s'est vue purement et simplement disqualifiée. C'est à une analyse clause par clause qu'il faut procéder...* »⁸. Pour Madame TISSERAND-

¹ A. TISSERAND-MARTIN, art. précit., p. 753.

² Pour un exemple : Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 1952 : Bull. civ. 1952, I, n° 111 ; JCP 1952, II, 6935. La cour retient que, pour le calcul de l'avantage matrimonial en vue du retranchement, il faut retenir tous les avantages réalisés, sans tenir compte du fait qu'ils soient stipulés réciproques.

³ L'article 1527 al. 2 du Code civil évoque « toute convention » et non « toutes stipulations ». Il faut entendre par là tout régime matrimonial, apprécié dans son ensemble et non certaines clauses envisagées isolément.

⁴ Cependant le doyen CARBONNIER, propose une définition de l'avantage matrimonial qui correspond à l'avantage global mais le terme est employé au pluriel : « *Enrichissements résultant au profit d'un époux et à l'encontre de l'autre du seul fonctionnement du régime matrimonial adopté* » : J. CARBONNIER, « Le régime matrimonial ; sa nature juridique sous le rapport de société et d'association », thèse Bordeaux, 1932, p. 665. En réalité, s'il n'y a qu'un seul bénéficiaire, il n'existe qu'un seul profit net. L'avantage global ne peut se concevoir qu'au singulier.

⁵ L'origine de la méthode globale est ancienne en jurisprudence : Cass. req., 13 juin 1855 : DP 1855, I, p. 321 : « *Les avantages stipulés au profit de la marquise (...) (doivent) se confondre et se restreindre conformément aux dispositions des articles 1098 et 1099 du Code civil* ». V. aussi Cass. civ. 18 janv. 1961 : Bull. n° 45, p. 37 : le legs particulier et l'avantage matrimonial issu d'une communauté seraient « *une libéralité unique* ».

⁶ Madame DAURIAC écrit : « *c'est évidemment le résultat économique de la convention matrimoniale dans son intégralité qui doit être pris en compte. Chacun s'accorde ainsi pour considérer que l'évaluation de l'avantage ne se conçoit que globalement, en tenant compte de l'ensemble des clauses du régime conventionnel* » : I. DAURIAC, art. précit., p. 41. Elle précise en note de bas de page n° 44 : « *La méthode est alors par la force des choses radicalement différente de celle qui préside à la reconnaissance des avantages matrimoniaux révocables par divorce* ». Pour Monsieur LUCET : « *toutes les clauses du régime matrimonial doivent être considérées pour dégager l'avantage, afin de s'assurer que l'enrichissement procuré par l'une d'elles, n'est pas compensé par celui qui résulterait d'une autre clause* » : F. LUCET, *op. cit.*, n° 385 p. 534. V. aussi J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, « Les régimes matrimoniaux », Paris, Armand Colin, 2001, 2^{ème} éd., n° 724 ; Cl. BRENNER, « Notion et évaluation des avantages matrimoniaux », Actes prat. strat. pat., avril-mai-juin 2008, p. 51, n° 11, spé. n° 33 et s.

⁷ M. FREVAVILLE, « Les limites de la liberté contractuelle dans les rapports entre époux et futurs époux », Cours de doctorat, éd. Cours du droit, 1952 ; v. aussi L. DEGAIGNE, « De la nature juridique des avantages entre époux », thèse Paris, 1898, p. 41 ; M. NAST, « Estimation de l'avantage matrimonial résultant, pour un second conjoint, de la confusion des apports dans la communauté », JNA 1937, art. 39476.

⁸ I. DAURIAC, art. précit., p. 28. Ainsi « *le droit du divorce stérilise en partie la richesse des possibilités qu'offrirait pourtant le droit des régimes matrimoniaux. Faut-il par exemple brader aussi rapidement le fait que prélèvement, parts inégales, voire reprise d'apport, puissent n'être que la contrepartie spécifique d'un apport réalisé à la masse de biens communs ?* » : art. précit., p. 29.

MARTIN : « lorsque l'on cherche à détecter une éventuelle atteinte à la réserve héréditaire, on est obligé de faire masse de toutes les stipulations du contrat de mariage afin d'apprécier globalement l'avantage que celles-ci procurent au conjoint survivant »¹. Or il paraît excessif de « généraliser une liquidation alternative du régime matrimonial »². La révocation en cas de divorce ne nécessite pas une telle appréhension globale. Sinon, pour qu'un époux puisse révoquer une clause d'ameublissement, il faudrait qu'il démontre que son effet n'a pas été contrebalancé par les apports de son conjoint, ou par une autre stipulation à son bénéfice. Le nouvel article 265 du Code civil éclaire pleinement la fondamentale distinction entre l'avantage particulier et l'avantage global, qui tient principalement à leur lien avec le rapport d'équivalence. Pour une illustration jurisprudentielle, on rappellera que l'arrêt du 12 juin 2001 précédemment étudié, qui a opéré un détricotage excessif des dispositions du régime, a été rendu dans le contexte d'une révocation suite à un divorce³. Il n'existe pas de « compensation partielle » entre certaines dispositions du régime, ou de « mini » rapport d'équivalence. Cependant la jurisprudence a parfois opéré selon cette méthode⁴, ce qui, selon nous, ruine la logique d'ensemble du régime matrimonial et la finalité de la révocation et du retranchement. Le droit belge a également consacré cette technique médiane puisque certaines dispositions du régime sont légalement qualifiées de libéralités lorsqu'elles se combinent à d'autres stipulations⁵.

416. Avantage en nature ou en valeur. La question de savoir si l'avantage doit s'apprécier en nature ou en valeur, omniprésente au cours de nos réflexions, trouve ici une réponse. Puisque l'avantage global est le résultat net du rapport d'équivalence et puisque le but de la réduction est de préserver une certaine part en valeur de la succession, l'avantage matrimonial

¹ A. TISSERAND-MARTIN, art. précit., p. 760. Elle ajoute : « cette approche globale est nécessaire car certaines clauses du contrat de mariage relatives à la composition de la communauté peuvent être contrebalancées par d'autres stipulations affectant le partage ».

² *Ibid.*

³ Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2001 : Bull. civ. I, n° 168, précit. La Cour va très loin, car elle outrepassa le principe de corrélation entre l'actif et le passif. Madame TISSERAND-MARTIN écrit à son sujet : « et c'est ainsi qu'un avantage matrimonial, escompté en prévision d'un décès, est devenu un « inconvénient matrimonial » certain à la suite du divorce » : art. précit., p. 757. V. sur ce point les observations du doyen VAREILLE : RTD Civ. 2002, 134.

⁴ V. par exemple Cass. civ., 10 juill. 1990 : JCP N 1992, I, p. 145, étude F LUCET. Pour de plus amples réflexions sur cet arrêt : v. *infra*, n° 420.

⁵ Cciv. belge, art. 1458 : « Le préciput n'est point regardé comme une donation, mais comme une convention de mariage. Il sera cependant considéré comme une donation, à concurrence de moitié, s'il a pour objet des biens présents ou futurs que l'époux prédécédé a fait entrer dans le patrimoine commun par une stipulation expresse du contrat de mariage ». Idem pour la clause de partage inégal, article 1463 Cciv. belge : « La stipulation de parts inégales et la clause d'attribution de tout le patrimoine commun ne sont pas regardées comme des donations, mais comme des conventions de mariage. Elles sont cependant considérées comme des donations pour la part dépassant la moitié qu'elles attribuent au conjoint survivant dans la valeur, au jour du partage, des biens présents ou futurs que l'époux prédécédé a fait entrer dans le patrimoine commun par une stipulation expresse du contrat de mariage ». Il existe en quelque sorte deux avantages particuliers : un préciput (ou une clause de partage inégal) au bénéfice d'un conjoint et un apport en communauté effectué par l'autre époux. Une telle solution a existé un temps en droit français, mais a été abandonnée à la fin du XIX^{ème} siècle : Cass. civ., 2 août 1899 : S. 1900, I, p. 233, note G. FERRON ; DP 1901, I, p. 433, note A. COLIN ; Cass. ch. réunies, 19 déc. 1890 : S. 1891, I, p. 129, note A. WAHL.

global ne peut s'apprécier qu'en valeur¹. En revanche, de telles considérations ne guident pas l'avantage particulier : il peut se transcrire en nature et n'exige pas la caractérisation d'un profit chiffrable. Pour Madame TISSERAND-MARTIN, l'application de l'article 265 du Code civil « devrait concerner tous les aménagements conventionnels qui avantagent l'un des conjoints, indépendamment de l'existence d'un profit chiffrable ». Elle poursuit : « Certaines stipulations, parce qu'elles intéressent la composition même des différentes masses de biens, ont des répercussions, au cours du mariage, sur les pouvoirs des époux et sur le gage de leurs créanciers. En ce sens, on peut dire qu'elles ont produit certains effets durant le mariage »². Historiquement, c'est aussi par les règles de gestion que s'affirme la domination du mari dans l'organisation patrimoniale du couple. Les pouvoirs ont donc toujours été un moyen de favoriser, de mettre en avant l'un des époux par rapport à l'autre. Il en va de même, selon nous, du crédit que constitue le gage des créanciers sur la masse commune et de toutes les hypothèses où un apport en communauté est compensé en valeur³.

Madame DAURIAC remarque la prédominance du droit de la valeur en matière d'avantages matrimoniaux : « à vouloir construire exclusivement la qualification des avantages matrimoniaux à partir d'un régime juridique en partie emprunté au droit des successions et libéralités, nous oublions certainement à tort que le droit des régimes matrimoniaux, loin d'être exclusivement un droit de la valeur, est encore un droit incarné dans l'avoir »⁴. En somme, la prédominance des règles et du contentieux successoral met en avant l'expression en valeur de l'avantage, en oubliant sans doute que l'on peut avantager uniquement en nature et que dans la plupart des cas, nature et valeur vont de pair. Elle écrit aussi : « cette approche exclusivement quantitative néglige à l'excès les avantages qu'un époux peut retirer de la convention matrimoniale non plus en termes de gain économiquement évaluable, mais en termes de droit et de pouvoir. Cohérente lorsqu'il s'agit de protéger la réserve, elle est insuffisante pour assurer la répartition équitable des biens entre époux au moment du divorce »⁵. L'avantage matrimonial n'est donc pas nécessairement un profit chiffrable⁶ : seul l'est l'avantage global.

¹ « En l'absence d'un profit chiffrable (...) l'avantage matrimonial n'est pas retranchable » : F. LUCET, à propos de Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1990 : JCP N 1992, I, p. 145, n° 9.

² A. TISSERAND-MARTIN, art. précit., p. 761. À propos de la distinction entre avantage révocable et avantage réductible à l'issue de la réforme de 1975 : « rien n'empêchait de considérer que l'avantage révocable, au sens du droit du divorce, s'entendait de toute disposition avantageant l'un des conjoints par rapport aux dispositions du régime légal, quand bien même il n'en résulterait pour le bénéficiaire aucun avantage en valeur » : loc. cit., p. 756.

³ À propos d'une clause de prélèvement contre indemnité, ou d'une clause d'ameublissement compensée par un préciput portant sur la valeur exacte du bien apport, Monsieur LUCET explique que « ces clauses placent évidemment leur bénéficiaire dans une situation avantageuse, sans pour autant lui procurer un profit chiffrable » mais « elles doivent toutefois pouvoir être révoquées ou soumises à déchéance en cas de divorce » : F. LUCET, étude précit., n° 10.

⁴ I. DAURIAC, art. précit., p. 42.

⁵ Ibid., p. 41.

⁶ De nombreux auteurs définissent l'avantage matrimonial comme un profit chiffrable : J. CARBONNIER, « Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport de société et d'association », thèse Bordeaux 1932, p. 665 ; C.

417. Règle de droit ou effet de la règle de droit. L'une des principales difficultés de l'analyse comparative a été que la donation entre époux se conçoit avant tout comme un acte juridique, alors que l'avantage est traditionnellement perçu comme l'effet d'un acte juridique. Cet obstacle avait pu être éludé en considération du lien nécessaire entre la manifestation de volonté et ses effets matériels, inhérent à tout acte juridique. Cependant, au stade des sous-distinctions entre les avantages matrimoniaux, il appert que l'avantage particulier est surtout saisi comme une règle de droit, alors que l'avantage global est appréhendé comme l'effet global du régime matrimonial. Une étude précise des textes révèle cette subtilité. L'article 1527 du Code civil évoque les avantages « résultant » des clauses du régime ; l'alinéa 2 fait état de « *toute convention qui aurait pour conséquence de donner...* ». Ce qui est visé, ce n'est pas tant la règle du régime que son effet : ne dit-on pas que l'avantage résulte du fonctionnement du régime¹ ?

Au contraire, l'article 265 du Code civil crée une sous-distinction au sein de la catégorie des avantages particuliers, en tenant compte des spécificités de leurs effets. Cela laisse à penser que le texte vise dans un premier temps les avantages matrimoniaux au sens de « dispositions du régime » et dans un second temps, les classe en considération de leurs effets. L'avantage particulier est donc avant tout une règle de droit : cela explique qu'il puisse être envisagé indépendamment des autres dispositions. Il importe peu par exemple qu'une clause de prélèvement soit compensée par une clause d'ameublement. Les deux dispositions sont considérées indépendamment l'une de l'autre, et c'est séparément qu'elles peuvent être révoquées ou maintenues. Finalement, ce qui est révoqué, c'est la règle de droit, non ses seuls effets. Madame TISSERAND-MARTIN écrit que : « *le maintien ou la révocation de l'avantage matrimonial à la suite du divorce reposera désormais sur une analyse intrinsèque des dispositions du contrat de mariage* »². Ce sont donc bien les dispositions, les règles de droit, dont il s'agit.

Cependant les deux aspects demeurent liés dans chacune des conceptions de l'avantage matrimonial. L'avantage global provient nécessairement d'une disposition du régime et c'est en considération de son effet que l'avantage particulier sera ou non maintenu et qu'il intégrera le rapport d'équivalence.

SAUJOT, « Les avantages matrimoniaux (Notion – Nature juridique) », RTD Civ. 1979, p. 699, p. 702. Monsieur LUCET explique que « *cette exigence ne concerne en réalité que le retranchement* » : étude précit., n° 9.

¹ À ce titre, la jurisprudence considère depuis longtemps que l'avantage retranchable est le profit effectivement perçu par l'époux, ce qui implique de faire masse de toutes les dispositions du régime matrimonial : Cass. req., 25 juin 1912 : DP 1913, I, p. 173 rapp. F. BIROT-BREUILH ; S. 1914, I, p. 465 ; Cass. 1^{ère} civ., 18 janv. 1961 : Bull. civ. 1961, I, n° 45.

² A. TISSERAND-MARTIN, art. précit., p. 757.

418. Avantage subjectif ou objectif. Il est délicat de qualifier un avantage d'objectif ou de subjectif, tant la prédominance des facteurs objectifs est importante au sein du régime matrimonial. Cependant, l'avantage particulier semble laisser une part plus grande à la volonté des époux. En effet, c'est surtout en tant que disposition du régime que l'avantage est visé, donc au vu de la manifestation de volonté déclarée ou non dans le contrat de mariage. Voilà sans doute pourquoi la révocation « automatique » en cas de divorce peut être combattue par le pouvoir de la volonté : les époux peuvent choisir de maintenir les avantages matrimoniaux. Cette aptitude de la volonté à faire échec à une règle légale est logique puisque la révocation n'a pas vocation à préserver l'ordre public, mais à maintenir une cohérence entre la disparition du mariage et les règles qui le gouvernent : « *la jurisprudence, en matière de divorce, a une conception subjective de l'avantage matrimonial* »¹.

Au contraire, l'objectif du retranchement est la préservation de la réserve, donc de l'ordre public successoral. La prédominance des facteurs objectifs y est bien plus prégnante ; les éléments subjectifs disparaissent totalement face aux effets matériels de l'application du régime. Il s'agit bien de déceler, pour le réduire, un déséquilibre économique excessif. Il importe peu à cet égard que l'élément matériel procède ou non d'une intention libérale. Cependant, on ne saurait retenir un qualificatif purement subjectif ou objectif pour délimiter les deux notions. L'article 265 du Code civil règle aujourd'hui le sort des avantages matrimoniaux en cas de divorce sur des fondements plus objectifs, tandis que le retranchement a souvent lieu dans des circonstances où les époux ont sciemment entendu s'avantager.

419. Bienfait personnel ou différence. Les divergences entre l'avantage particulier et l'avantage global procèdent d'une acception primaire fondamentalement différente du terme « avantage ». La polysémie a perduré dans la sphère juridique et a façonné la construction des notions au regard de l'application d'un régime juridique précis. Ainsi, l'avantage particulier est perçu comme un bienfait personnel, une progression limitée à un seul sujet. Il n'existe pas de comparaison fondamentale entre les deux époux, mais le constat d'une avancée par rapport à une situation antérieure : l'époque où, le mariage n'étant pas célébré, le régime matrimonial n'existait pas². Certaines dispositions du régime sont profitables à un époux. D'autres sont profitables à son conjoint. Certaines mêmes, en raison de leur formulation réciproque, profitent aux deux. L'avantage particulier est un bienfait car il représente ce qui bénéficie à l'un ou l'autre des époux et dont ils ne disposaient pas « avant ». Chacun des époux peut ainsi tirer un bénéfice des dispositions du régime

¹ C. SAUJOT, « Les avantages matrimoniaux (Notion – Nature juridique) », RTD Civ. 1979, p. 699 et s., spé. p. 720.

² Ou la période pendant laquelle un autre régime régissait les relations pécuniaires des époux.

En revanche, l'avantage global est perçu comme une différence entre les deux époux. La comparaison globale des effets liquidatifs désigne celui des deux qui aura tiré un bénéfice global de la nouvelle répartition de l'actif et du passif opérée par le régime matrimonial. L'un « prend l'avantage » sur l'autre, puisque les richesses auraient été réparties différemment en l'absence de régime matrimonial. Si l'un en bénéficie, l'autre en pâtit. Ce qui avantage l'un désavantage l'autre¹. Il y a bien un déséquilibre économique car, sans le régime matrimonial, l'un aurait eu moins et l'autre plus. Il n'y a donc qu'un seul gagnant, qu'un seul bénéficiaire du rapport matériel d'équivalence. L'avantage matrimonial global est bien un profit chiffré retiré en qualité de copartageant, le résultat d'un rapport d'équivalence entre deux sujets.

420. Illustration de la dualité conceptuelle : retour sur Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1990

². En l'espèce, l'épouse avait fait apport à la communauté de meubles et acquêts d'un immeuble d'une valeur proche de 250.000 francs, en contrepartie de quoi elle se réservait la possibilité de prélever à la liquidation une somme forfaitaire de près de 43.500 francs « *quels que soient dans l'avenir le sort et la valeur de l'immeuble* ». La communauté devait cependant acquitter un passif de 38.371 francs sur ce bien, qui avait déjà été en partie réglé par l'époux. Celui-ci contestait que l'apport constitue un avantage matrimonial : puisque la communauté devait payer une contrepartie, « *la prise en charge d'un passif afférent à l'apport neutralisait l'avantage matrimonial* »³. Pour les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, l'apport constituait une contribution importante (sous-entendu : supérieure à la prise en charge du passif et à la clause de prélèvement réunies), ce qui permettait de caractériser un avantage matrimonial. La solution doit être approuvée, mais la motivation aurait pu être différente⁴. La Cour de cassation semble en effet poser l'équation suivante : avantage = apport à la communauté – (acquittement du passif afférent à l'immeuble par la communauté + prélèvement forfaitaire) / 2. L'acquittement du passif se décomposait comme suit : paiement direct de la dette par la communauté + récompense due par la communauté à l'époux qui a acquitté une partie du passif⁵. L'avantage pouvait se chiffrer ainsi⁶ : $250.000 - (38.000 + 43.500) / 2 = 84.250$. L'avantage est en effet indéniable puisque la combinaison de ces différentes clauses du contrat de mariage permettait à l'époux d'obtenir en valeur 84.250 francs qu'il n'aurait pas obtenus en l'absence de ces dispositions.

¹ Ainsi ne peut-il exister qu'un seul bénéficiaire de l'avantage global : l'article 1527 Cciv. évoque d'ailleurs les avantages que l'un ou l'autre des époux peu retirer du régime.

² Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1990 : JCP N 1992, I, p. 145, étude F. LUCET.

³ F. LUCET, étude précit., n° 1, p. 146.

⁴ Pour Monsieur LUCET : « *Mme Allary aurait pu révoquer valablement la stipulation insérée dans son contrat de mariage, même si les modalités de calcul de la reprise et (ou) de l'incidence du passif avaient été telles qu'aucun profit chiffrable ne soit apparu au bénéfice de M. Robineau* » : étude précit., n° 11.

⁵ Il s'agit en réalité plus d'une créance que d'une récompense car l'époux avait acquitté une partie du passif avant le mariage. Cependant l'existence d'une compensation demeure fondée.

⁶ Nous arrondissons très largement pour plus de clarté.

Cependant, comme le remarque Monsieur LUCET, « *l'évaluation précise de l'avantage n'était certes pas indispensable dans la mesure où Mme Allary se bornait à en demander la révocation après le divorce* »¹. Le raisonnement des juges aboutit, même s'ils ne vont pas jusque là, à considérer que l'avantage se chiffre à 84.250 francs. Or, en tant qu'avantage particulier, il était inutile de le chiffrer : il consistait dans l'apport d'un bien à la communauté. C'est sur cela que portait la révocation : la liquidation du régime matrimonial suite au divorce aurait donc dû s'opérer comme si l'apport en communauté n'avait jamais eu lieu, tant activement que passivement². Il n'est nul besoin de chiffrer l'avantage pour parvenir à le prouver, puisque celui-ci n'est pas le résultat d'un rapport d'équivalence. Le chiffrage permet simplement à l'avantage de s'inscrire dans le rapport d'équivalence afin de déterminer un avantage global, ce qui n'était pas l'objet du litige.

En effet, si l'on cherche à déterminer l'avantage global, la somme qui doit alors être prise en compte est 250.000 francs (il faut également compter le passif à charge de la communauté). Cette donnée doit s'inscrire dans une compensation globale de tous les effets du régime matrimonial afin de parvenir à dégager un profit net. Il ne peut exister de « mini-compensation » : soit l'avantage est le résultat d'un rapport d'équivalence - la double liquidation doit alors être totale -, soit il en est indépendant et il n'y a alors pas de liquidation à opérer. Il importe peu, dans ce dernier cas, que l'apport soit conventionnellement lié à un préciput³ : ce sont deux avantages particuliers dont les effets se compenseront nécessairement puisqu'ils bénéficient chacun à un époux différent, mais cette neutralisation s'effectuera dans le cadre d'une liquidation générale du régime matrimonial. En somme, il n'était pas certain que les 84.250 francs dégagés au moyen d'un « mini-rapport d'équivalence » aient été effectivement perçus par l'époux. S'il avait, par ailleurs, contribué à enrichir la communauté à hauteur de 500.000 francs, c'est sans doute l'épouse qui aurait été bénéficiaire de l'unique avantage global résultant de l'application du régime matrimonial. Monsieur LUCET écrit à ce titre : « *Rien ne certifie en effet que le choix de la communauté de meubles et acquêts ait profité à M. Robineau, avantagé par la clause d'ameublement. Or, pour le calcul de l'avantage retransférable, il convient de s'assurer que l'enrichissement produit par une clause n'est pas corrigé par l'effet d'une autre disposition. Seul est à considérer le profit réel retiré par un époux* »⁴. L'idée sous-jacente est que le bénéficiaire d'un avantage-bienfait (la clause d'ameublement) n'est pas nécessairement le bénéficiaire de l'avantage-différence (issu de la combinaison de la clause d'ameublement avec toutes les autres

¹ F. LUCET, étude précit., n° 8

² Ce qui, en pratique, aurait contraint l'épouse à rembourser le passif acquitté par la communauté.

³ Le lien entre les deux stipulations était équivoque. Le préciput forfaitaire était perçu comme « la contrepartie » de l'apport, mais le montant était indépendant tant de la valeur de l'immeuble que de son sort. Dès lors, la disparition de l'un n'entraînait nullement la disparition de l'autre.

⁴ F. LUCET, étude précit., n° 21.

dispositions du régime matrimonial).

Pour la révocation, il convient donc de saisir l'avantage comme une disposition particulière du régime, indépendamment de son effet. Ici, l'apport avait deux effets : une mise en commun active et une mise en commun passive. Sa révocation permettait de faire échec aux deux effets ! Il ne faut donc pas, contrairement à la décision émanant de l'arrêt du 12 juin 2001¹, opérer un détricotage excessif qui conduirait à nier la corrélation entre l'actif et le passif au sein d'un seul et même avantage. C'est la disposition du régime qui est révoquée et donc tous les effets y afférant : l'avantage matrimonial particulier n'est pas l'effet particulier d'une disposition, il est cette disposition particulière.

421. Nécessité d'une illustration plus générale. Les définitions classiques des avantages matrimoniaux se concentrent en réalité sur l'avantage global, ce qui se conçoit aisément car au XIX^{ème} siècle et pendant une bonne partie du XX^{ème}, le divorce ne constituait pas un contentieux d'envergure ; c'est donc surtout en cas de veuvage que l'avantage matrimonial apparaissait. Aujourd'hui, c'est à un véritable renouveau de l'avantage « bienfait » que le droit procède. Ce sont donc surtout les diverses dispositions du régime matrimonial qu'il faut comprendre.

Paragraphe second : La classification des dispositions du régime matrimonial

422. Nécessité d'un aperçu global. Afin de confronter les critères théoriques à la réalité des rapports patrimoniaux entre époux, il n'est pas indispensable de présenter une liste exhaustive des avantages matrimoniaux ou des dispositions du régime matrimonial. En raison de la liberté des conventions matrimoniales, et pour employer un vocabulaire mathématique, leur nombre tend vers « plus l'infini ». Il sera surtout ici question de l'interprétation de ces dispositions au regard des connaissances acquises sur la dualité conceptuelle de l'avantage matrimonial et sur l'étalon de détermination. Le but est de parvenir à une méthodologie de compréhension des avantages et de leurs effets, qui pourra perdurer au gré de l'ingéniosité notariale, souvent créatrice de nouveaux procédés qui cherchent leur place au sein du droit patrimonial de la famille. Deux grands systèmes existent en matière de régimes matrimoniaux : les régimes communautaires (A) et les régimes séparatistes (B).

¹ Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2001 : Bull. civ. I, n° 168, précit.

A. Les avantages matrimoniaux dans les régimes de communauté

423. Le berceau des avantages matrimoniaux¹. L'article 1527 du Code civil présente les communautés conventionnelles comme le terrain naturel des avantages matrimoniaux. Si la seule composition des masses de biens aboutit généralement à avantager un époux par rapport à l'autre, ce déséquilibre peut aussi procéder des règles liquidatives.

1. La composition des masses en régime de communauté

424. La notion de communauté². « *Pilier porteur de nos arrangements patrimoniaux* »³, la communauté représente un mode de propriété collective très abouti qui ne peut se concevoir qu'entre personnes liées par une relation particulière, au-delà de la sphère patrimoniale⁴. Pour le doyen BEIGNIER, « *la communauté des biens n'est que le corollaire de la communauté de vie* »⁵. Plus largement, c'est la communauté d'intérêts induite par le mariage qui justifie la propriété collective. C'est parce que les époux s'engagent dans un destin commun qu'ils opèrent un rapprochement très avancé de leurs patrimoines⁶. Pour autant, l'adoption d'une communauté de biens n'est pas, contrairement à la communauté d'intérêts, une obligation impérative du mariage⁷; elle n'est qu'une voie d'accès à l'idée participative⁸. Si la personnification de la communauté a pu être discutée⁹, le droit français n'est pas allé aussi loin, contrairement à d'autres systèmes juridiques européens¹⁰. Elle n'est pas non plus une indivision, notamment car elle a vocation à durer et qu'elle est limitée à deux personnes. Elle est une figure

¹ « *Le domaine naturel des avantages matrimoniaux est bien évidemment celui des communautés conventionnelles* » : I. DAURIAC, « Les régimes matrimoniaux et le Pacs », LGDJ, 3^{ème} éd., 2012, n° 612.

² Sur la communauté, v. : G. CHAMPENOIS, « Rapport de synthèse. La communauté de biens entre époux – bilan critique », JCP N 2009, 11189 ; Cl. GRARE-DIDIER, « Communauté légale : failles et modernité », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, Thème et commentaires, Dalloz 2010, p. 3.

³ R. LIBCHABER, « Les incertitudes de la notion de communauté », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 583.

⁴ Sur la différence avec l'indivision, v. P. CATALA, « Trois figures de propriétés collectives » in « Famille et patrimoine », PUF 2000, p. 107. V. aussi F. ZÉNATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux. *Liber amicorum*. », LGDJ, Dalloz 2009, p. 589.

⁵ B. BEIGNIER, « Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? » in « Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit », Litec 2009, p. 33, spé p. 35.

⁶ Sur le patrimoine du couple marié, v. : F. TERRÉ, « Le couple et son patrimoine : biens communs, biens propres, concubinage, divorce, donations entre époux, régimes matrimoniaux, logement de famille, société entre époux, transmission aux enfants », thèse, éd. Juris-classeur 1999.

⁷ La communauté d'intérêts impérative transparait dans les obligations fondamentales du mariage : vie commune, contribution aux charges du mariage, fidélité, secours, assistance.

⁸ Ce n'est pas tant l'égalité que l'équité qui domine le droit de la communauté : « *Si la communauté se partage par moitié, elle ne s'alimente pas par moitié* » : B. BEIGNIER, art. précit., p. 35.

⁹ J. CARBONNIER, « Le régime matrimonial : sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association », thèse, Bordeaux, 1932 ; F. TERRÉ, « Nature et régimes matrimoniaux – Sur la thèse de Jean Carbonnier », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 795.

¹⁰ En droit belge, la communauté est une véritable personne juridique.

toute particulière, l'expression la plus topique du caractère exorbitant du droit commun des régimes matrimoniaux. Elle ne ressemble à nul autre.

Quel que soit le degré choisi par les époux – ils sont innombrables – la communauté est une disposition du régime matrimonial qui n'existe pas dans l'étalon proposé : elle est donc un avantage particulier, un bienfait perçu à titre personnel puisque, dans le système de l'étalon, les biens sont au mieux indivis. C'est l'application distributive du principe communautaire actif et passif qui crée des avantages isolables les uns des autres, mais destinés à participer au rapport global d'équivalence. L'entrée en communauté d'un appartement financé par les gains et salaires d'un époux est fondée sur le même principe que la mise en commun d'un portefeuille de valeurs mobilières payé au moyen des revenus du couple. Il existe deux avantages-bienfaits différents, fondés sur une seule et même règle de droit : l'avantage n'est jamais que l'énoncé d'une règle, mais aussi l'effet particulier de celle-ci, réalisé ou projeté. La mise en commun aboutit presque inévitablement à un avantage global. Mais pour en prendre la mesure et déterminer celui des époux qui en bénéficiera *in fine*, il faut considérer l'ensemble combiné de tous les effets de cette même règle de droit. L'appréhension antérieure à la liquidation est donc très délicate ; elle est facilitée à mesure que s'étend l'attraction active et passive de la communauté.

425. Les divers degrés de communauté. Il est possible d'étendre le champ participatif et donc de vivifier la production d'avantages matrimoniaux¹. L'application distributive du principe communautaire actif et passif sera source d'avantages particuliers, lesquels complexifieront la détermination d'un avantage global. S'il est vrai que la loi ne nomme que trois régimes communautaires, les degrés de communautarisation semblent infinis. Il ne s'agit pas uniquement de déterminer « *librement le niveau de la communauté entre le plancher du régime légal et le plafond de la communauté universelle* »² : la liberté dont bénéficient les époux leur permet d'aller sous le plancher et au-delà du plafond³. Les avantages particuliers consistent en toute stipulation ayant pour objet de renforcer ou de diminuer le principe participatif en modulant les règles communautaires. Lorsqu'une règle du régime tend à se rapprocher du droit commun (l'étalon), il est tentant de considérer qu'elle limite les avantages matrimoniaux. Mais cela revient

¹ L'étendue de la communauté, donc de l'idée participative, permet de multiplier les avantages particuliers et de rendre plus complexe la liquidation nécessaire à la détermination de l'avantage global. Il n'est cependant pas nécessaire de mettre plus en commun pour faire progresser l'idée participative : il suffit déjà de produire plus de richesses. Un époux peut être avantagé bien plus dans une communauté de meubles et acquêts qu'un autre dans un régime de communauté universelle ; tout dépend de l'étendue du patrimoine du couple, car la communauté n'agit que sur la répartition de l'actif et du passif ; elle ne les crée pas.

² P. CATALA, « Variations autour de la communauté universelle », in « Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. *Liber amicorum* », Strasbourg, LGDJ 1994, p. 45, spé. p. 46.

³ L'ambition d'une étude telle que la nôtre est également de rappeler la richesse des possibilités offertes aux époux dans leur organisation patrimoniale et rappeler que la liberté des conventions matrimoniales est une réalité qui va au-delà des opportunités civilement nommées.

à effectuer un rapport d'équivalence entre certaines dispositions, ce qui ne permet pas de rendre compte de la réalité. L'avantage-bienfait dit particulier préexiste au rapport d'équivalence et ses effets ne doivent pas être appréhendés au regard des autres dispositions du régime. C'est le bénéficiaire limité au sujet qui compte. Et encore, l'avantage particulier est une règle de droit avant d'être une réalité, de sorte qu'il importe peu, pour déterminer son existence, que ses effets se soient produits ou qu'ils ne soient encore que projetés. Ainsi, même les règles du régime qui limitent la participation doivent être considérées comme des avantages particuliers, en ce sens qu'elles émanent du régime matrimonial et qu'elles n'existent pas au sein de l'étalon.

426. La réduction de la communauté en-deçà des acquêts. Il est possible de réduire l'actif aux biens immeubles, à des droits démembérés, ou de limiter l'attraction du passif. En ce qu'elles se rapprochent de l'étalon, c'est-à-dire du droit commun, ces clauses sont rarement considérées comme des avantages matrimoniaux. En réalité, non-seulement elles bénéficient à l'un ou l'autre des époux et n'existent pas dans le système-étalon, mais leur prise en compte est indispensable pour déterminer et comptabiliser l'avantage global. Par exemple, la nature de la clause de réalisation, ou d'exclusion de la communauté est discutée¹. S'il est acquis que son opposée, la clause d'ameublissement, produit un avantage particulier en mettant en commun un bien qui aurait été personnel sans régime matrimonial, la clause de réalisation devrait être interprétée comme ne procurant pas un avantage matrimonial. La réalité est plus complexe. Cette clause a pour effet de ramener dans le droit commun un bien qui aurait dû subir les effets du régime matrimonial. Elle est donc une protection offerte à son bénéficiaire. En ce sens, elle crée un bienfait. Il importe peu qu'elle opère un rapprochement avec l'étalon : elle est une disposition qui existe dans le régime matrimonial et doit à ce titre être qualifiée d'avantage particulier. S'il est délicat d'y voir un véritable avantage, c'est que, finalement, elle en compense un autre : le principe de communauté actif. C'est donc dans un rapport d'équivalence limité qu'apparaît la neutralité de la clause. Or il n'est pas pertinent d'opérer des rapports d'équivalence limités à certaines dispositions du régime, car l'avantage particulier se présente avant tout comme une règle particulière du régime. Cette considération agira sur la détermination de l'avantage global : la clause aura sans doute pour effet de faire pencher la balance en faveur de son bénéficiaire, mais elle ne suffira pas toujours à en faire le grand gagnant du rapport d'équivalence général.

427. L'extension de la communauté au-delà de l'universel nommé². Le degré ultime de l'avantage matrimonial n'est pas l'adoption d'une communauté universelle avec clause

¹ Elles ne sont pas considérées comme des avantages matrimoniaux lorsqu'elles sont compensées en valeur, notamment au moyen d'une récompense à la communauté : Cass. 1^{ère} civ., 7 juill. 1971 : D. 1972, p. 294.

² M. GRIMALDI, « L'avantage matrimonial : remarques d'ordre pratique sur la communauté universelle », JCP N

d'attribution intégrale au profit du survivant. Les époux peuvent aller encore plus loin, d'une part en intégrant les biens propres par nature à la masse commune par dérogation à l'article 1526 du Code civil¹, d'autre part en excluant les héritiers du bénéfice de la reprise des apports prévue à l'article 1525 al. 2². La seule véritable limite se trouve dans les biens donnés ou légués par des tiers avec exclusion de l'entrée en communauté³. Plus la communauté s'accroît, plus l'application distributive du rapprochement actif et passif aboutit à des avantages qui entreront dans le rapport global d'équivalence permettant de déterminer l'avantage global.

Contraire de la clause de réalisation, la clause d'ameublissement ne va pas sans poser de difficultés. Les deux dispositions semblent inversées : si la clause de réalisation n'apparaît pas de prime abord comme un avantage matrimonial, une analyse approfondie révèle qu'elle est un « bienfait » dont l'effet doit être comptabilisé pour le rapport global d'équivalence ; en revanche, la clause d'ameublissement est classiquement présentée comme un avantage matrimonial⁴, mais l'étude de ses effets démontre parfois que son but est, au contraire, de limiter les effets d'un autre avantage⁵. Elle peut par exemple compenser un préciput ou une clause de réalisation portant sur un autre bien. Mais si l'on s'en tient à l'orthodoxie préétablie, il convient d'étudier ces deux clauses indépendamment des autres dispositions du régime, donc sans tenir compte de leur effet réel. En tant que dispositions du régime favorables à un époux, elles sont toutes deux des avantages « bienfaits » particuliers. En revanche, c'est la réalité de leur application qui détermine leur rôle dans la production ou au contraire la limitation de l'avantage global.

428. La présomption de communauté, avantage-bienfait particulier. Au-delà de son effet la présomption de communauté est une disposition particulière du régime. Il en va de même des présomptions d'indivision en régimes séparatistes. La règle crée, avant tout, un avantage en nature puisqu'elle permet de faciliter l'administration de la preuve. Elle crée aussi des avantages en valeur, car tomberont en communauté (ou en indivision) des biens qui auraient dû demeurer propres (ou personnels). En ce qu'elle favorise la participation active, elle est un avantage-bienfait à application « distributive ». L'ensemble de ses effets doit être comptabilisé pour la détermination de l'avantage global, dans la production duquel elle joue un rôle actif. Mais

1999, n° 27, p. 1083.

¹ « *Toutefois, sauf stipulation contraire, les biens que l'article 1404 déclare propres par leur nature ne tombent point dans cette communauté* ».

² Au sujet des clauses de parts inégales et d'attributions intégrales de la communauté au survivant : « *Sauf stipulation contraire, elles n'empêchent pas les héritiers du conjoint de faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur* ».

³ Cass. 1^{ère} civ., 27 juin 1972 : Bull. civ., I, n° 166 ; la clause d'exclusion de communauté stipulée par un testateur l'emporte sur la volonté des époux d'adopter la communauté universelle.

⁴ Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 1959 : JCP 1960, II, 11459, note A. PONSARD ; Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 1960 : Bull. civ. I, n° 468, p. 383.

⁵ Cass. civ., 6 oct. 1959 : D. 1959, I, 593, note R. LENOAN ; une clause d'ameublissement peut soit équilibrer les apports respectifs, soit favoriser celui qui ne possède que des valeurs mobilières insignifiantes.

en pratique, il faudrait démontrer que la qualification du bien aurait été différente sans cette règle exorbitante du droit commun. Or, si l'un des époux est apte à rapporter cette preuve, il peut directement faire échec à l'effet de la présomption. Il demeure qu'en son absence la charge de la preuve n'est plus la même et le possesseur peut se prévaloir du droit commun probatoire et des facilités offertes par l'article 2279 du Code civil. La révocation de cette disposition n'est donc pas inutile et il est même possible de chiffrer son rôle dans la détermination de l'avantage global, en évaluant l'issue du conflit de qualification en application du droit commun de la preuve.

429. Le passif de la communauté, source d'avantage matrimonial. À titre définitif, le passif agit directement sur la répartition finale des richesses des époux et donc sur la caractérisation de l'avantage global. Et, comme pour la mise en commun active, le principe de participation passive de chaque époux aux dettes produit, par une application « distributive », plusieurs effets et autant d'avantages particuliers¹. Au-delà de l'effet purement patrimonial, « l'existence d'une masse commune donne à chaque époux, considéré isolément, une solvabilité de façade plus importante »². Le passif provisoire est aussi source d'avantages matrimoniaux. Même s'il est destiné à être compensé *in fine*, il crée un avantage en nature en augmentant le crédit du couple et en permettant à l'époux qui aurait seul été poursuivi en application du droit commun de bénéficier parfois d'une « avance » de la communauté, ou même de son conjoint, et ainsi de faire mieux fructifier son capital, ce qui constitue un avantage en valeur. Pour comptabiliser l'avantage global, il faut donc imaginer quelle aurait été la situation sans les règles du passif définitif et sans les règles du passif provisoire.

430. Les règles de pouvoir, réels avantages matrimoniaux particuliers. Par application distributive, elles confèrent parfois à un époux des prérogatives sur certains biens qu'il n'aurait pas obtenues sans régime matrimonial³. La communauté « *maximise la capacité financière apparente* » et « *favorise la solvabilité apparente de chacun des époux, c'est-à-dire leur capacité à obtenir du crédit* »⁴. Il s'agit donc principalement d'avantages exprimés en nature. Mais il peut y avoir des répercussions en valeur lorsque les décisions prises par un époux ont affecté la valeur du bien, soit qu'il ait réalisé un bon placement, soit qu'au contraire il ait provoqué le dépérissement de la chose. L'histoire des régimes matrimoniaux témoigne que les

¹ Une dette entrée en communauté du chef d'un époux pendant le mariage doit être supportée par la communauté, donc, finalement, celui-ci n'aura eu à supporter que la moitié de la charge, alors que sans régime matrimonial, il aurait dû en assumer l'intégralité.

² R. LIBCHABER, art. précit., p. 590, n° 8.

³ V. sur ce point l'analyse de Monsieur LIBCHABER : R. LIBCHABER, art. précit., p. 589, n° 8 : « *Le premier apport de la communauté se détecte dans l'examen des pouvoirs des époux* ». Les règles de pouvoirs permettent de distinguer l'indivision de la communauté.

⁴ *Ibid.*

règles de pouvoir sont un élément-clé de l'égalité ou de l'inégalité de l'homme et de la femme au sein du couple marié : sous le Code de 1804, les époux pouvaient convenir que la femme administrerait ses propres et il était interdit de porter atteinte aux droits du mari comme chef de la communauté¹ et aux pouvoirs de la femme sur les biens réservés. La loi du 13 juillet 1965 leur a permis de convenir que l'administration des propres de l'époux appartiendrait au mari (car le principe avait changé) ; il était possible de convenir de clauses d'unité d'administration² sur des biens propres, ou de se conférer des pouvoirs égaux sur les biens communs : clause de main commune ou de représentation mutuelle³. Depuis la loi du 23 décembre 1985, les règles de pouvoir sur les biens échappent en grande partie à la liberté des conventions matrimoniales, car, l'égalité des époux étant considérée comme participant de l'ordre public, il n'est pas souhaitable de leur permettre de restaurer l'antique puissance maritale⁴. Les règles de pouvoir sont donc des bienfaits accordés ou refusés à un époux, qui émanent du régime matrimonial⁵.

2. Les règles liquidatives en régime de communauté⁶

431. Les récompenses. Participant pleinement à la liquidation du régime matrimonial sans influencer sur la composition des masses, les récompenses ne sont généralement pas considérées comme des avantages matrimoniaux puisque leur effet est de limiter l'enrichissement indu d'une masse de biens au détriment d'une autre⁷. Elles sont pourtant pleinement prises en compte dans la détermination de l'avantage global, puisque la liquidation fictive prend comme étalon le régime de communauté réduite aux acquêts. Il existe donc une certaine contradiction à nier leur rôle dans la production d'avantages matrimoniaux, mais à prendre en compte tous leurs effets pour déterminer ceux-ci.

En réalité, les récompenses sont traditionnellement des mécanismes qui limitent les effets

¹ Article 1388 anc. Cciv.

² Articles 1505 et s. anc. Depuis la loi du 23 décembre 1985 ces clauses sont proscrites pour les biens propres (article 225)

³ Articles 1503 et 1504 anc. du Code civil

⁴ Il n'est possible que de modifier la forme de cette égalité ; il semble que les époux ne puissent renoncer à l'administration conjointe de la communauté, ni ressusciter l'ancien système des biens communs ordinaires et réservés, qui assuraient la prépondérance du mari : M. GRIMALDI, « Commentaire de la loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs », Gaz. Pal. 1986, II, p. 529 et s., n° 68.

⁵ CATALA écrit : « *L'apport d'un propre à la communauté prive l'époux apporteur du pouvoir exclusif qu'il détenait sur ce bien et entraîne un partage de pouvoir avec l'autre époux* » : P. CATALA, art. précit., p. 47. Ainsi, avant même la liquidation et la perception d'un bénéfice en valeur, il existe un bienfait en nature qui consiste en une prérogative spéciale d'un époux sur le bien.

⁶ V. sur ces clauses : M.-Cl. JOUVENET, « Des clauses insérées dans le régime de communauté par la pratique notariale », thèse Lyon 1979 ; « Des clauses dérogeant à l'égalité en nature du partage de la communauté conjugale », JCP N 1981, I, p. 341.

⁷ Sur les récompenses, voir notamment : C. SAUJOT, « Fondement des récompenses », RTD Civ. 1970, p. 685. V., refusant d'appliquer la déchéance de l'ancien article 299 du Code civil à une stipulation de propre moyennant récompense à la communauté : Cass. 1^{ère} civ., 7 juill. 1971 : D. 1972, p. 294.

d'une mise en commun trop poussée. Elles sont donc, au même titre que la clause de réalisation, des dispositions du régime qualifiables d'avantages particuliers. Il importe peu que leur effet réel soit de compenser un autre avantage (la mise en commun par exemple). De plus, il leur arrive de favoriser la mise en commun des richesses. Leur objectif est d'assurer un retour au principe participatif de la communauté, or celui-ci crée des avantages particuliers et favorise l'apparition de l'avantage global ! Par exemple, si une dette professionnelle est entrée en communauté du chef d'un seul époux alors que les conjoints sont mariés sans contrat de mariage, il appartiendra à la masse commune de supporter la charge définitive de la dette¹. Or, à titre provisoire, les biens propres de l'époux débiteur peuvent être saisis. Dans cette hypothèse, la récompense permet de s'assurer que ce n'est pas l'époux seul qui a supporté la charge finale de ce passif : la communauté lui devra récompense. Dans le système de l'étalon, l'application du droit commun conduirait à considérer que l'époux est seul tenu à titre définitif et à titre provisoire. Le fait d'acquitter la dette au moyen de ses biens propres consiste donc à respecter le système-étalon et aucun avantage réel ne se dégage en valeur. Pourtant, le système des récompenses vient perturber cette réalité et s'assurer que l'époux bénéficie bien de l'avantage consistant à une communautarisation du passif.

Les récompenses ne sont donc nécessairement réductrices d'avantages que si l'on retient la communauté légale comme étalon. En revanche, si l'on conçoit l'étalon comme l'absence totale de régime matrimonial non-impératif, elles deviennent des règles qui tantôt favorisent l'idée participative, tantôt la réduisent. On ne saurait faire dépendre leur qualification de leurs effets réels : les récompenses sont donc, en toutes hypothèses, des avantages-bienfaits dits particuliers qui doivent être pris en compte dans le rapport global d'équivalence permettant de déterminer l'avantage global². Il en va de même de toutes les conventions particulières qui modifieraient le système légal des récompenses, pourvu qu'elles se trouvent dans le régime matrimonial³ et non

¹ Puisqu'elle n'est pas contractée dans le seul intérêt de l'époux, mais qu'elle représente un investissement pouvant générer des bénéfices destinés à être communs, la dette reste commune à titre définitif et l'article 1416 ne peut s'appliquer.

² Leur lien avec le régime matrimonial est fondamental : dès lors que la dissolution de la communauté fait place à une indivision post-communautaire, la notion de récompense n'a plus sa place : Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 1971 : D. 1972, p. 261, note J. DEDIEU ; Cass. 1^{ère} civ., 15 févr. 1973 : D. 1975, p. 509, note R. SAVATIER ; Defr. 1975, art. 30858, p. 235 ; Cass. 1^{ère} civ., 22 oct 1985 : Bull. civ. I, n° 266 ; D. 1986, p. 206, note A. BRETON ; Defr. 1986, art. 33808, p. 1255, obs. A. BRETON ; Cass. 1^{ère} civ., 17 déc. 1996 : Bull. civ., I, n° 451 ; D. 1998, p. 189, note V. BREMOND. Sur ce point : R. SAVATIER, « Le régime des récompenses au regard de l'indivision post-communautaire », D. 1975, chron., p. 175 ; Y. FLOUR, « Pot-pourri autour d'un arrêt », Defr. 1975, art. 30854, p. 145.

³ L'article 1469 du Code civil n'est pas d'ordre public : Cass. 1^{ère} civ., 28 juin 1983, Dame Guinchard : Bull. civ. I, n° 190 ; Defr. 1984, art. 33250, note G. MORIN ; D. 1984, p. 254, note G. MORIN ; JCP 1985, II, 20330, note J.-F. PILLEBOUT ; CA Paris, 27 janv. 1976 (2^{ème} esp.) et CA PARIS 10 mars 1976 (3^{ème} esp.) : JCP 1979, II, 19194, note J. PATAIN ; CA Lyon, 4 oct. 1978 : JCP 1980, II, 19443, note R. LE GUIDEC. V. aussi S. POUDEROUX, « Les clauses de récompense », Dt. et pat., juin 1996, n° 39, p. 37. Il est donc possible de modifier par exemple les règles de calcul des récompenses. Cela a nécessairement pour effet de favoriser un conjoint au détriment de l'autre. Il faut que cette disposition soit incluse dans la convention matrimoniale, au sein du régime matrimonial. Par exemple, la renonciation à récompense qui interviendrait au moment de la liquidation ne peut être un avantage matrimonial et

dans un acte autonome¹.

432. Le partage inégal et l'attribution intégrale. Les clauses de partage inégal et la clause d'attribution intégrale de la communauté sont traditionnellement présentées comme des avantages matrimoniaux². La dérogation au partage égalitaire aurait nécessairement pour effet d'avantager un époux par rapport à l'autre. Cela est particulièrement vrai pour l'attribution intégrale, car la clause devient l'unique variable liquidative et l'on croit alors pouvoir anticiper ses effets de manière générique. Mais une analyse plus poussée démontre que ces clauses peuvent avoir pour objet de compenser une inégalité initiale d'apports ou d'autres dispositions du régime matrimonial. Il s'agit sans doute d'une hypothèse d'école, mais si, en comparant à l'étalon, il appert que la communauté aurait été égale à zéro et que tous les enrichissements seraient demeurés personnels à l'époux qui bénéficie de l'attribution intégrale, on ne peut retenir l'existence d'aucun avantage en valeur préjudiciable à la réserve. Il faut de surcroît prendre en considération l'article 1525 alinéa 2 du Code civil qui aboutit à limiter les effets de ces dispositions liquidatives et, en pratique, à faire échec à l'apparition d'un avantage matrimonial³. Une fois encore le raisonnement est biaisé par le flou conceptuel de la notion d'avantage : le partage inégal et l'attribution intégrale sont des dispositions qui dérogent au système de l'étalon, mais la combinaison de leurs effets avec les autres dispositions du régime peut aboutir à un équilibre total des enrichissements de chacun. En effet, l'avantage global résulte, dans le système de communauté, de ce que la masse commune se partage par moitié mais ne s'alimente pas par moitié. Le partage par moitié a donc pour vocation de créer une répartition égalitaire mais inéquitable des enrichissements du couple. Déroger à la règle du partage par moitié peut donc permettre de tendre vers l'équilibre. Un tel raisonnement se conçoit difficilement lorsque l'on ne reconnaît pas que le régime légal puisse créer des avantages. Mais une fois dépassé cet *a priori*, les clauses traditionnellement conçues comme procurant « nécessairement » un avantage doivent

s'expose à une requalification en libéralité.

¹ Une convention sur les récompenses peut se trouver dans l'acte générateur de la créance ou un autre acte juridique : Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 1996 : Bull. civ., I, n° 100 ; D. 1996, somm. p. 392, obs. M. GRIMALDI ; JCP 1996, IV, 859. La qualification en avantage matrimonial s'avérant dès lors impossible, la requalification en libéralité est envisageable.

² Cass. civ., 20 nov. 1958 : JCP 1960, II, 11383, note P. VOIRIN : les clauses de partage inégal sont des avantages matrimoniaux réductibles.

³ Aux termes de l'article 1525 al. 2 : « *Sauf stipulation contraire, elles n'empêchent pas les héritiers du conjoint prédécédé de faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur* ». V. M. GRIMALDI, « L'avantage matrimonial : remarques d'ordre pratique sur la communauté universelle », JCP N 1999, n° 27, p. 1083, spé. p. 1084. Lorsque les conjoints ont privé leurs héritiers du droit de l'article 1525 al. 2 l'avantage concédé à l'époux survivant a pu être qualifié de libéralité pour le tout : Cass. civ., 21 mars 1860 : S. 1860, I, p. 1000 ; Cass. civ., 28 avr. 1863 : S. 1863, I, p. 361 ; Cass. civ., 11 nov. 1873 : S. 1874, I, p. 36 ; Cass. civ., 5 juill. 1876 : D. 1877, I, p. 36 ; Cass. civ., 9 août 1881 : S. 1882, I, p. 382, rapport P. DARESTE ; Cass. req., 7 déc. 1886 : D. 1887, I, p. 343 ; Cass. req., 18 janv. 1888 : DP 1888, I, p. 174. Plus récemment qualifié d'avantage matrimonial : Cass. ch. réunies, 19 déc. 1890 : S. 1891, I, p. 129, note A. WAHL ; Cass. civ., 2 août 1899 : S. 1900, I, p. 233 note G. FERRON ; DP 1901, I, p. 433, note A. COLIN ; Cass. civ., 26 juin 1963 : Bull. civ. 1963, I, p. 294 ; Cass. 1^{ère} civ., 10 févr. 1965 : Bull. civ. 1965, I, n° 117.

être repensées. En tant que dispositions du régime matrimonial, les clauses de partage inégal ou d'attribution intégrale sont des avantages-bienfaits dits particuliers ; et elles participent à accroître ou diminuer l'avantage global¹.

433. Les clauses de prélèvement. Si elles portent sur des biens propres, les clauses de prélèvement ne sont pas qualifiées d'avantage matrimonial². Cette solution doit être approuvée : lorsque l'objet n'est pas un bien commun³, le débiteur de l'obligation retrouve tout pouvoir de l'aliéner et donc de faire échec à son obligation⁴. La potestativité rend le droit éventuel. Or les avantages matrimoniaux procèdent toujours de droits actuels, souvent affectés de modalités⁵.

S'il est réalisé moyennant une juste contrepartie⁶, le prélèvement n'est pas considéré comme créant un avantage matrimonial⁷. Cette idée doit être combattue : elle procède d'un

¹ Il en va de même de la faculté offerte aux héritiers à l'article 1525 al. 2 Cciv. Certes elle est favorable à des tiers, mais elle peut être défavorable à l'un des époux et, en toute hypothèse, elle fait pleinement partie du régime matrimonial.

² La Cour de cassation n'a pas toujours été aussi rigoureuse ; elle a parfois omis de distinguer entre prélèvement de biens propres ou communs, ou même droit d'usufruit sur les propres au décès et considéré que quand ces dispositions existent au sein d'un même contrat de mariage, il s'agit dans l'ensemble de donations au profit du survivant : Cass. civ., 7 déc. 1870 : D. 1871, I, p. 153 ; Cass. civ., 22 juill. 1872 : S. 1872, I, p. 248 et Cass. req., 9 févr. 1875 : S. 1875, I, p. 183. L'orthodoxie a été établie clairement par un jugement de 1895 aux termes duquel « *il est de principe que tout avantage limité aux acquêts de communauté constitue seulement un avantage matrimonial mais que toute convention affectant les propres des époux doit être considérée comme une donation* » : Trib. civ. d'Ussel, 16 mars 1895 : D. 1897, II, p. 202.

³ Une difficulté existait quant à la possibilité pour l'épouse de renoncer à la communauté : cette renonciation avait pour effet d'assimiler la masse commune aux biens propres du mari (Cass. req., 9 nov. 1926 : S. 1927, I, p. 47) et l'épouse qui conservait son droit à préciput l'exerçait alors sur les propres du mari, ce qui devait conduire à une requalification en libéralité (Cass. civ., 12 juin 1872 : S. 1872, I, p. 308). Un assouplissement jurisprudentiel a donc dû intervenir et le préciput a été considéré comme un avantage matrimonial même dans l'hypothèse d'une renonciation à la communauté par l'épouse : CA Paris, 12 avr. 1900 : D. 1903, II, p. 159 ; Trib. civ. Seine, 16 avr. 1902 : D. 1902, II, p. 239 ; Trib. civ. Coulommiers, 8 mai 1903 : S. 1906, II, p. 23 ; Trib. civ. Seine, 14 mai 1906 : S. 1909, II, p. 262 ; Trib. civ. Rhône, 17 déc. 1926 : JCP 1927, I, p. 642 ; CA Nîmes, 10 janv. 1927 : S. 1928, II, p. 158.

⁴ Ainsi, la clause de prélèvement d'un bien propre sans indemnité s'analyse en une véritable libéralité, sans que la qualification d'avantage matrimonial ne puisse empêcher la qualification libérale. La clause de prélèvement d'un bien propre contre indemnité peut s'analyser en une vente à terme, soumise à la levée de l'option de la part du bénéficiaire, qui ne peut se réaliser qu'après le décès. La clause est alors menacée par la prohibition des pactes sur succession future, dans la mesure où le propriétaire du bien objet du prélèvement demeure libre de le faire sortir de son patrimoine de son vivant, donc dispose d'une prérogative potestative sur l'existence même du droit.

⁵ De surcroît, le prélèvement d'un bien propre peut être réalisé par d'autres voies : la donation de biens à venir en est un exemple. C'est par ailleurs cette qualification qui est retenue pour le préciput sur un bien propre. Dès lors que les époux n'ont pas recours aux règles exorbitantes qui procèdent du régime matrimonial, l'avantage qu'ils retirent de la convention ne peut être qualifié d'avantage matrimonial.

⁶ Sur la question, v. M.-C. JOUVENET, « Des clauses dérogeant à l'égalité en nature du partage de la communauté conjugale », JCP N 1981, I, p. 341.

⁷ Si le calcul de l'indemnité aboutit à un montant inférieur à la valeur réelle du bien, la jurisprudence reconnaît qu'il peut y avoir avantage matrimonial. Tel est le cas lorsqu'il est tenu compte de la valeur des biens au jour où le prélèvement est effectué, en raison d'une possible plus-value au jour du partage : Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 1991 : D. 1992, somm., p. 224, obs. M. GRIMALDI ; Defr. 1993, art. 1080, note G. CHAMPENOIS ; CA Paris, 21 avr. 1982 : D. 1983, 227, note Ph. RÉMY ; JCP 1983, 325 ; JCP N 1984, II, 200 ; Journ. not. 1982, art. 56870, p. 1435, obs. crit. A. RAISON. La jurisprudence a parfois confondu les termes de « préciput » et de « prélèvement moyennant indemnité ». Dans un arrêt où les époux s'étaient octroyés par contrat de mariage la possibilité soit d'abandonner à la communauté un bien acquis en annexe d'un bien propre, soit de le retirer à charge de payer une récompense à la communauté égale à la valeur d'achat du bien, elle a considéré qu'il existait une « *intention manifestée par chaque époux, d'avantager aux dépens de la communauté, le conjoint éventuellement appelé à invoquer le préciput* » : Cass. civ., 19 mars 1952 : D. 1952, p. 452.

rapport d'équivalence limité à la clause elle-même et ne prend pas en considération la globalité du régime matrimonial. Or, même en utilisant le régime légal comme étalon, la clause commerciale peut générer un profit lorsqu'elle porte sur un bien qui a été apporté par l'époux bénéficiaire du prélèvement. Imaginons deux époux mariés en communauté de meubles et acquêts ; l'épouse détenait des parts sociales avant l'union ; une clause du contrat de mariage l'autorise à prélever ces biens à la dissolution du mariage, contre paiement de leur valeur réelle au jour du prélèvement. En comparant cette situation à l'étalon du régime légal, il apparaît que l'épouse doit payer pour conserver un bien qui serait demeuré propre. C'est donc son mari qui tire profit de l'opération, via l'enrichissement procuré à la masse commune. Inversement, le préciput se révélerait, dans cette hypothèse, neutre en valeur : la faculté exercée par l'épouse aura pour effet de revenir au *statu quo ante* : le préciput limite l'enrichissement réellement procuré à la masse commune et fait échapper au partage un bien qui, sous l'empire du régime légal, n'aurait pas dû être partagé. Il ne produit donc aucun profit chiffrable.

Cette rapide analyse démontre une fois de plus les insuffisances d'un rapport d'équivalence limité à certaines dispositions du régime. En définitive, soit il faut considérer la disposition en tant que telle, avec son effet propre : il y a avantage particulier. Soit il convient d'opérer une liquidation globale, comparée avec l'étalon : apparaît alors presque systématiquement un avantage global. La clause commerciale est une disposition particulière du régime qui produit deux effets : un prélèvement et un paiement à la masse commune. Elle existe en tant qu'avantage matrimonial « bienfait » sans qu'il ne soit besoin d'opérer de rapport d'équivalence. Elle doit être prise en compte dans la recherche d'un avantage global et être soumise à la fiction disqualificative. La jurisprudence a d'ailleurs pu statuer en ce sens, et la doctrine avait constaté que, malgré la qualification en avantage matrimonial, le retranchement était impossible faute d'appauvrissement¹. En réalité, la clause commerciale est un avantage bienfait particulier, mais ne constitue pas un avantage différence global. En revanche, le préciput est l'un des avantages particulier au service de la production de l'unique avantage global résultant de l'application de l'ensemble des dispositions du régime matrimonial.

434. La clause de liquidation alternative et la clause de reprise d'apport dite « alsacienne »². La clause alsacienne a pour objet de déroger à l'effet liquidatif de la mise en

¹ Cass. civ., 16 déc. 1925 : DP 1927, I, p. 5, note H. CAPITANT ; S. 1926, I, p. 169, note H. VIALLETON. V. également : Cass. civ., 7 avril 1856 : DP, 1856, I, 207 ; CA Paris, 11 déc. 1924 : DP 1925, II, 39.

² Les deux clauses sont souvent assimilées ; mais en réalité, la seconde est une espèce de la première, qui s'entend de toute dérogation des règles liquidatives selon la cause de la dissolution de l'union. Une clause de partage inégal prévue spécifiquement pour un cas de divorce est juridiquement rattachée à la catégorie des clauses de liquidation alternative, puisque les règles liquidatives seront différentes selon que la dissolution est liée au divorce ou au décès. Celles-ci peuvent donc générer des avantages matrimoniaux, quelle que soit par ailleurs la conception retenue. Sur ce thème, v. notamment : V. FLAMENT, « Observations sur un régime matrimonial à liquidation alternative », Defr. 1993, art.

commun des biens. L'apport s'entend d'un bien qui intègre la masse commune au moment du mariage¹ ou qui a été acquis à titre gratuit pendant le mariage ; il enrichit donc *ab initio* la communauté et constitue un avantage chiffrable : tel est le cas des biens meubles que les époux possédaient avant le mariage lorsqu'ils se marient sous une communauté de meubles et acquêts, mais aussi de tous les biens possédés avant l'adoption d'une communauté universelle, ou même plus spécifiquement d'une clause d'ameublement. L'apport est donc traditionnellement conçu comme un avantage matrimonial et la reprise d'apport comme un contre-avantage, une limitation des effets de la mise en commun². Cette clause a traditionnellement la faveur du notariat et représente au profit de l'époux la « *réplique conventionnelle de la faculté légale de reprise prévue par l'article 1525 al. 2* »³.

Mais pourquoi cette clause était-elle menacée par le nouvel article 265 du code civil suite à la loi du 26 mai 2004 ? Pourquoi le législateur de 2006 s'est-il senti obligé d'ajouter un alinéa 3 à l'article 265 afin de consacrer sa validité ? Pourquoi des justiciables se sont-ils prévalus d'une révocation sur le fondement de l'ancien article 267 du Code civil⁴ au point que la Cour de cassation a dû clairement affirmer que « *la clause de reprise des apports stipulée au contrat de mariage portant adoption du régime de la communauté universelle ne confère aux époux aucun avantage matrimonial* »⁵ ? En réalité, s'il est évident que la clause a pour effet de limiter l'apparition d'un avantage global quel que soit par ailleurs l'étalon retenu, il n'en demeure pas moins qu'elle constitue une disposition du régime bénéficiant à l'un ou l'autre des époux, en leur offrant une protection contre une communautarisation trop poussée. Or, en tant que disposition influant sur le principe participatif, elle entre pleinement dans la conception de l'avantage matrimonial au sens de l'article 265 du Code civil. Ne pas avantager autrui, c'est toujours s'avantager soi-même : la faculté de reprise peut être perçue comme un avantage matrimonial censé contrer les effets d'un autre avantage matrimonial... mais un avantage tout de même ! La

35575 ; Ph. SIMLER, « La validité de la clause de liquidation alternative de la communauté universelle menacée par le nouvel article 265 du Code civil », JCP 2005, I, n° 31, p. 1499 ; CA COLMAR, 16 mai et 20 juin 1990 : JCP N 1991, II, n° 17, note Ph. SIMLER ; Defr. 1990, art. 34917, n° 136, note G. CHAMPENOIS ; Comp. TGI Strasbourg, 24 mars 1992 : JCP 1993, II, 22108, 2^{ème} esp., note Ph. SIMLER.

¹ Sur la notion d'apport : M. GRIMALDI, art. précit., p. 1084.

² La Cour de cassation a analysé la clause alsacienne en une renonciation anticipée à l'effet d'un avantage matrimonial (l'apport) : Cass. 1^{ère} civ., 17 janv. 2006, n° 02-18.794, Juris-Data n° 2006-031702 : JCP 2006, I, 141, n° 20, obs. A. TISSERAND-MARTIN.

³ P. CATALA, art. précit., p. 51.

⁴ Il avait été admis que l'article 269 ancien du Code civil faisait obstacle à la clause de reprise des apports qui, pour être valide, n'en est pas moins neutralisée par l'impérativité de ce texte, qui permettait de maintenir les avantages matrimoniaux faits au bénéfice de celui qui n'avait pas pris l'initiative du divorce : Cass. 1^{ère} civ., 17 janv. 2006, précit. V. M.-F. SALLE, « La communauté universelle et la clause de "reprise en nature" des biens tombés en communauté », D. 1994, chron. p. 34.

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 2010, n° 09-68.292 : JCP 2011, Chron., n° 1 p. 60 ; *ibid.*, n° 17 p. 829 ; RJPF 2011, n° 2 p. 18, note F. VAUVILLÉ ; RLDC 2011, n° 79, p. 54, note J. GALLOIS ; D. 2011, n° 5, p. 351, note V. BONNET ; *ibid.*, Chron. n° 9, p. 622 ; Gaz. Pal. 2011, n° 35, p. 48, note J. CASEY ; *ibid.*, n° 35, p. 21, note A. SAPORITO ; Defr. 2011, Chron. n° 8, p. 817 ; JCP N 2011, n° 19, p. 37, note J. MASSIP.

difficulté vient de ce que l'on tente d'appliquer, pour déterminer une qualification dans le contexte du divorce, un procédé qui n'est adapté qu'à la détermination de l'avantage global. Or l'évidente neutralisation en valeur des effets de l'apport ne se retrouve pas lorsqu'il s'agit de révoquer, plus que l'effet d'enrichissement, une faculté offerte à un époux à titre de « bienfait ». C'est en fait un « mini rapport d'équivalence » qui est effectué entre la reprise et l'apport, ce qui ne peut être pertinent. De surcroît, les effets d'une clause de reprise d'apport peuvent être rapprochés de ceux d'un préciput portant sur un bien commun : il s'agit dans les deux cas de faire échapper au principe liquidatif un bien qui aurait été propre sous le système de l'étalon. Or le préciput est toujours perçu comme un avantage matrimonial et il a été démontré que, quel que soit son effet réel, il est un avantage-bienfait particulier.

Le refus d'y voir un avantage matrimonial procède d'une tendance générale à considérer que toute disposition limitant le principe participatif ne peut être un avantage. Or ces dispositions sont pleinement des règles du régime matrimonial qui participent à déterminer la teneur de l'avantage global. Si elles doivent être comptabilisées dans le rapport général d'équivalence, elles sont juridiquement des avantages particuliers. À ce titre, elles sont bel et bien menacées par l'article 265 alinéa 2, puisqu'elles ne prennent effet qu'à la dissolution du régime¹. La consécration législative de leur validité était donc bien nécessaire.

B. Les avantages matrimoniaux dans les régimes séparatistes et les dispositions indépendantes de la communauté

435. Des avantages matrimoniaux ? L'existence d'avantages matrimoniaux dans les régimes séparatistes² est très souvent contestée³. Si l'on reconnaît parfois qu'ils produisent des

¹ Sur la menace de l'article 265 Cciv. quant à la validité de la clause : F. SAUVAGE, « Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux (à propos de la loi du 26 mai 2004 portant réforme du divorce) », Defr. 2004, n° 21, art. 38038, p. 1425, spé. n° 22 ; J. VASSAUX, « Les incidences de la réforme du divorce sur le rôle du notaire : Dt. et pat. févr. 2004, p. 26 ». Ph. SIMLER, « La validité de la clause de liquidation alternative de la communauté universelle menacée par le nouvel article 265 du Code civil », JCP 2005, I, n° 31, p. 1499.

² Aujourd'hui il n'existe que deux modèles de régimes séparatistes nommés (la séparation et la participation aux acquêts). Mais l'histoire en a connu d'autres : régime dotal et régime sans communauté notamment. Traditionnellement dans les régimes purement séparatistes, toute clause prévoyant le transfert d'un bien du patrimoine d'un époux à celui de son conjoint s'analyse en une libéralité : Cass. civ., 28 mars 1854 : D. 1854, I, p. 184 ; Cass. civ., 11 mars 1931 : S. 1931, I, p. 358 ; Cass. civ., 2 avr. 1962 : Bull. civ. I, n° 188, p. 167.

³ De nombreux auteurs considèrent que seuls les régimes communautaires peuvent être sources d'avantages matrimoniaux : P. ROBERT, « De la nature juridique des avantages matrimoniaux », thèse Nancy, 1914, p. 11 ; M. CROIZAT, « La notion d'avantage matrimonial », Rev. crit. lég. et jp., 1928, p. 151 et s., spé. p. 183 ; H. CAPITANT, « De la clause donnant au survivant des époux la faculté de prélever le fonds de commerce exploité par eux », Rev. crit. lég. et jp., 1927, p. 21 et s., spé. p. 57 ; M. PLANIOL, « Traité élémentaire de droit civil », t. IX, par G. RIPERT et J. BOULANGER, Paris, LGDJ, 1960, n° 1105 ; Ch. BEUDANT, R. BEUDANT, et P. LEREBOURGS-PIGEONNIERE, « Cours de droit civil français », t. X bis, « Le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux », 2^{ème} éd. par P. RAYNAUD, n° 910 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, « Droit civil français », 7^{ème} éd. par A. PONSARD, t. VIII, Litec, 1973, n° 350 ; G. CORNU, « Les régimes matrimoniaux », Paris, PUF, 2^{ème} éd., p. 551 ; J. PATARIN et G. MORIN, « La réforme des régimes matrimoniaux », t. II, 2^{ème} éd., n° 479 ; H., L., et J. MAZEAUD, « Leçons de droit

profits chiffrables¹, cela est expliqué par l'emprunt de mécanismes communautaires². En réalité, il n'en est rien. La prédominance de la communauté dans le droit des régimes matrimoniaux³ conduit à oublier qu'elle n'est qu'un outil au regard d'une fin : la réalisation d'une certaine participation de chacun aux richesses de l'autre. Or celle-ci peut se réaliser par recours à d'autres mécanismes que la communauté. Les régimes séparatistes ne sont pas d'inspiration communautaire : ils sont d'essence plus ou moins participative⁴. Certains permettent de réaliser une participation plus aboutie que dans des hypothèses purement communautaires⁵. C'est donc en eux-mêmes et non par emprunt ou mimétisme, que les régimes séparatistes, éventuellement aménagés par les époux, sont sources d'avantages. Ces profits doivent être qualifiés de matrimoniaux dès lors qu'ils sont issus des règles exorbitantes du droit commun que constituent les régimes matrimoniaux. Sinon, ils seraient dangereusement exposés à une qualification libérale.

436. La séparation de biens nommée⁶. Le régime nommé de séparation de biens est rarement perçu comme créant des avantages matrimoniaux, en raison de la limitation des mécanismes participatifs qui le caractérise⁷. Pourtant, si le régime de communauté réduite aux acquêts est pris comme l'étalon de détermination, toute stipulation qui y dérogerait devrait produire des avantages matrimoniaux. Or seul le renforcement de l'idée participative est considéré source de profits patrimoniaux. Pourtant, si la norme est que les revenus de chaque époux tombent en communauté, la dérogation qu'y apporte la séparation de biens devrait s'analyser en un

civil », t. IV, 4^{ème} éd. par M. DE JUGLART, n° 508 ; A. PONSARD, « Les donations indirectes en droit civil français », thèse Dijon 1946, p. 71.

¹ Certains auteurs considèrent que les régimes séparatistes peuvent être sources d'avantages matrimoniaux : J. CARBONNIER, « Le régime matrimonial : sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association », thèse, Bordeaux, 1932, p. 88 et s. ; p. 172 et s. ; p. 707 et s. ; P. HÉBRAUD, « Des contrats passés entre un futur « *de cuius* » et son héritier présomptif », in « Mélanges offerts à René Savatier », Dalloz, 1965, p. 341 et s., spé. p. 356. ; F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987 ; A. TISSERAND-MARTIN, « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial », in « Droit et actualité : études offertes à Jacques Béguin », Paris, Litec 2005, p. 753.

² V. C. SAUJOT, « Les avantages matrimoniaux (Notion – Nature juridique) », RTD Civ. 1979, p. 699 et s., spé. p. 712 : « *l'avantage matrimonial ne peut trouver sa source que dans des régimes d'inspiration communautaire qui accordent aux époux un droit plus ou moins virtuel au partage de certains biens ou de certains bénéfices* ». V. aussi F. BOUSSOUGOU-BOU-MDINE, « La pénétration des idées communautaires dans les régimes séparatistes », thèse Strasbourg, LGDJ 1999.

³ Relayée par la lettre de l'article 1527 Cciv. qui évoque les « communautés conventionnelles » et non les « régimes conventionnels ».

⁴ V. notamment J. MAURY, « Le principe participatif en régime matrimonial séparatiste », in « Mélanges offerts à André Colomer », Paris, Litec 1993, p. 243.

⁵ Une participation aux acquêts peut ainsi générer un avantage plus important qu'une communauté qui serait conventionnellement réduite au moyen de clauses de réalisation par exemple.

⁶ Sur ce régime, v. notamment : Ph. SIMLER, « L'indivision entre époux séparés de biens, une quasi-communauté ? », in « Mélanges offerts à André Colomer », Paris, Litec 1993, p. 461 ; F. LAROCHE-GISSEROT, « Les régimes séparatistes : un environnement favorable », JCP N 2009, 1191 ; R. SAVATIER, « Des inconvénients du régime conventionnel de séparation des biens », DH 1929, Chron. 21 ; J.-F. PILLEBOUT, « Les illusions de la séparation de biens », Defr. 1981, art. 32646.

⁷ Cette solution est clairement affirmée en jurisprudence : Cass. 1^{ère} civ., 22 janv. 1991 : Bull. civ. I, n° 24 ; JCP 1991, IV, p. 108 ; JCP N 1991, II, p. 269 ; D. 1991, IR, p. 60.

enrichissement¹ : en ne mettant pas en commun ses revenus, chaque époux réalise une substantielle économie². Il existe donc une profonde incohérence à soutenir que le régime légal sert d'étalon et à nier que la séparation de biens produise des avantages matrimoniaux³. Toute difficulté n'est pourtant pas écartée lorsque l'on retient comme étalon l'absence de régime matrimonial autre qu'impératif. La séparation ressemble à cette situation fictive, de telle sorte que dans les systèmes de *common law*, elle est parfois perçue comme le régime légal alors qu'il ne s'agit en réalité que de l'application des dispositions de droit commun⁴. Dans le système français, la séparation est un véritable régime juridique particulier et ne consiste pas en une simple référence au droit commun. En tant que corps de règles spéciales, elle produit des avantages-bienfaits particuliers⁵. Toute disposition exorbitante du droit commun peut être ainsi qualifiée, indépendamment de la considération de ses effets : il importe peu que les règles aient les mêmes effets qu'une séparation de droit commun existant par exemple entre concubins ; ce qui importe, c'est que le fondement juridique de ces effets se trouve dans le régime matrimonial de séparation.

La difficulté existe surtout pour déterminer l'avantage global, qui doit nécessairement s'apprécier en valeur au moyen d'une comparaison avec l'étalon, et donc en privilégiant les effets du régime. Pourtant, des transferts peuvent intervenir et fonder l'existence d'un avantage global : la présomption d'indivision en est un exemple⁶. Il importe peu que la participation ainsi créée soit indépendante de la volonté réelle des époux puisque l'avantage est fondamentalement une donnée objective. C'est un obstacle probatoire qui se dresse devant les parties, puisque quiconque peut démontrer qu'un avantage a ainsi été créé devient de même capable de faire échec à la

¹ La difficulté vient aussi de ce que la source de l'application du régime de séparation n'est pas uniquement le contrat de mariage ou la convention modificative, mais peut être consécutive à une séparation de corps (art. 302 Cciv.) ou à une décision judiciaire (art. 1443 Cciv.). Sur cette dernière possibilité, il s'agit de préserver les intérêts de l'époux victime des agissements inconsidérés de son conjoint ; l'idée sous-jacente est donc de priver l'époux qui met en péril l'intérêt de la famille de ses « avantages » consistant notamment dans des pouvoirs d'administration des biens communs. Transparaît donc l'idée que des avantages matrimoniaux peuvent exister en communauté réduite aux acquêts. V. C. SAUJOT, « La séparation de biens accessoire à la séparation de corps », D. 1986, Chron. 11.

² La même logique peut être appliquée à tout bien acquis pendant le mariage au moyen de deniers propres et aux règles du passif.

³ D'autant que si, comme cela semble communément admis, la « confusion » dont il est question à l'article 1527 Cciv. est une confusion « de fait », elle existe nécessairement dans le régime de séparation qui, d'une part, contient une présomption d'indivision et, d'autre part, implique une vie commune pouvant aboutir à une incertitude sur la propriété des biens.

⁴ Même en France, elle est parfois perçue comme étant « moins un régime matrimonial qu'une absence de régime matrimonial » : R. SAVATIER, « L'évolution du régime de la séparation de biens », Rev. crit. lég. et jp. 1937, p. 48 n° 1 ; R. SAVATIER, « La séparation de biens en droit français », Dalloz-Defrénois, 1973, n° 1. V. aussi M. PLANIOL et G. RIPERT, « Traité pratique de droit civil français », t. IX, par M. NAST, Paris, LGDJ, 1927, n° 1009.

⁵ *Contra* : R. LIBCHABER, « Les incertitudes de la notion de communauté », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. Liber amicorum », Defrénois 2012, p. 593 : selon cet auteur, dans la séparation de biens, « aucun trait ne témoigne d'un comportement particulier : la séparation déroule ses effets, fidèles aux règles civiles. On ne trouve donc aucune de ces singularités notables qui font les délices de la communauté ».

⁶ La Cour de cassation a reconnu que la présomption d'indivision conventionnelle peut générer un avantage matrimonial : Cass. 1^{ère} civ., 12 déc. 1951 : Bull. civ., I, n° 345, JCP 1952, IV, 22 ; v. aussi CA Paris, 10 févr. 1978 : Juris-Data n° 0063, JNA 1980, art. 55285, note A. RAISON.

présomption¹. Pourtant, si un héritier réussit à prouver la provenance propre d'un bien tombé en indivision par le mécanisme de la présomption, il devrait pouvoir solliciter la réduction de l'avantage ainsi consenti, alors même qu'il n'a pas qualité pour obtenir un changement de qualification d'un bien dépendant d'un régime liquidé. Il en va de même des présomptions conventionnelles de propriété², des règles du mandat qui ne seraient pas appliquées sans le régime matrimonial³, de tout aménagement conventionnel du régime de base⁴, de l'application des règles des récompenses pour le calcul des créances entre époux⁵ et de l'indivision « choisie »⁶. Pour déterminer précisément l'avantage global, il faut ventiler les effets actuels des rapprochements patrimoniaux selon qu'ils résultent ou non du régime. Il peut par exemple exister des biens qui auraient été placés en indivision même en l'absence de mariage. Il faut donc considérer ce que les époux auraient raisonnablement fait en l'absence de régime matrimonial.

437. La société d'acquêts. L'adjonction d'une société d'acquêts est le principal aménagement connu au régime de séparation des biens. Issue de la pratique notariale⁷, régime légal au Québec⁸, elle est naturellement source d'avantages matrimoniaux⁹. La difficulté vient de ce que, réalisant une participation plus réduite que celle du régime de communauté réduite aux acquêts, elle passe rarement l'épreuve comparative de l'étalon¹⁰. Mais si l'on considère que celui-ci consiste en l'absence de régime matrimonial autre qu'impératif, la société d'acquêts devient plus apte à créer des avantages. Toute disposition du régime est un avantage particulier et la balance participative peut pencher en faveur d'un époux et participer à un avantage global. En

¹ En ce sens : F. LUCET, *op. cit.*, n° 417 et n° 473 ; F. FEDDAL, « Preuve des acquisitions sous le régime de la séparation de biens », JCP 1982, I, 3080.

² Art. 1538 al. 2 Cciv.

³ Le mandat entre époux séparés de biens est facilité : art. 1539 et art. 1540 (mandat tacite). Certaines règles sont exorbitantes du droit commun (art. 1540 al. 2 : le mandataire n'est comptable que des fruits existants).

⁴ Sur ce point : R. SAVATIER, « Des clauses pouvant aujourd'hui, dans le contrat de mariage, accompagner le régime de séparation de biens », Defr. 1973, art. 30289. On songe ici aux clauses dites de « déclaration d'apport » qui permettent d'assurer la preuve du caractère personnel de certains biens ; aux clauses de garantie d'emploi ou de remplacement ; des conventions sur la gestion des biens personnels attribuant des prérogatives exceptionnelles à l'époux (sous réserve du respect des articles 225 et 218 du Code civil) ; des clauses de liquidation (attribution intégrale de l'indivision ou partage inégal par exemple).

⁵ Article 1543 Cciv. Cela revient dans certains cas à écarter le nominalisme issu du droit commun au profit du valorisme au moyen de la notion de « profit subsistant », ce qui est une spécificité des régimes matrimoniaux.

⁶ P. CATALA, « L'indivision entre époux », in « Mélanges offerts à Pierre Hébraud », Toulouse, Université des sciences sociales, 1981, p. 185 ; B. NUYTTEN, « L'achat d'un immeuble par des époux séparés de biens », JCP N 1988, I, 81. À ce titre, il faudra principalement regarder le fondement juridique de la mise en indivision. Toute règle résultant du droit commun ne peut s'analyser en un avantage matrimonial.

⁷ Cass. req., 25 janv. 1904 : DP 1904, I, p. 105, note L. GUILLOUARD ; S. 1904, I, p. 305, note Ch. LYON-CAEN. J.-L. FILETTE, « À propos des récentes tentatives de résurrection de la séparation de biens avec société d'acquêts : étude critique », Defr. 1996, art. 36369, p. 897. La société d'acquêts était légalement reconnue dans le régime dotal : art. 1581 anc. Cciv.

⁸ B. BEIGNIER, « Séparation de biens avec société d'acquêts : la solution québécoise » Dr. Fam. 1997, Chron. n° 1, p. 4.

⁹ V. pour un exemple : Cass. req., 13 avr. 1858 : S. 1858, I, p. 426 ; DP 1858, I, p. 406.

¹⁰ Elle réalise dans l'absolu une masse d'acquêts moins étendue que celle de la communauté légale ou la participation aux acquêts : Cass. 1^{ère} civ., 23 juill. 1979 : Bull. civ. I, n° 244 ; D. 1980, IR 140, obs. D. MARTIN ; Defr. 1980, art.

effet, elle se présente comme une application distributive des règles du régime de séparation de biens et de la communauté légale¹.

La société d'acquêts ne doit cependant pas se confondre avec la communauté sur mesure. Le système participatif est ici exclusif de toute masse commune : c'est par le recours à la notion de société qu'il se réalise. Il s'agit d'une véritable dérogation au droit commun dans lequel le montant des parts sociales est proportionnel à l'apport initial. La différence de nature juridique implique aussi des conséquences importantes. Quant à l'actif, la mise en société est l'exception, non le principe². L'attraction participative est donc toute entière subordonnée à la volonté éclairée des époux : il n'existe aucune présomption ni principe général de mise en société³. Quant au passif, l'attraction est aussi limitée. Sans que la question n'ait véritablement généré de contentieux, il est admis que la société n'a pas vocation à supporter à titre définitif toutes les dettes contractées pendant le mariage ; à la manière d'une indivision, le passif grevant la société d'acquêts doit pouvoir se rattacher spécifiquement à un bien qui la compose. Il n'en va autrement que si la société est stipulée universelle⁴. Pour autant, lorsque la dette doit être supportée par la société parce qu'elle se rattache à un bien qui la compose, le régime juridique est celui de la communauté de droit commun⁵. Quoi qu'il en soit, en ce qu'elle détermine la mesure de la participation de chaque époux aux enrichissements de l'autre, la société d'acquêts est source d'avantages-bienfaits particuliers qui peuvent aboutir ensemble à créer un avantage global⁶.

32278, obs. M. VION et art. 32363, obs. G. CHAMPENOIS.

¹ Sur la société d'acquêts : J. MAURIN, « De la séparation de biens avec société d'acquêts », thèse Dijon, 1925 ; Ph. SIMLER, « Régime juridique de la société d'acquêts adjointe à une séparation de biens », Defr. 2012, n° 24, p. 1259 ; H. LECUYER et L. TAUDIN, « Utilité, opportunité et actualité de la séparation de biens avec société d'acquêts », RLDC 2004, n° 4 p. 43 et s. ; F. ROUVIÈRE, « Les multiples facettes de la séparation de biens avec société d'acquêts », Defr. 2006, art. 38143 ; M. MATHIEU et J.-F. PILLEBOUT « Séparation de biens avec société d'acquêts », JCP N 1998, p. 1214 ; J.-M. MATHIEU, « La société d'acquêts : les précautions rédactionnelles à la recherche d'un régime idéal », JCP N 2010, 1383 ; Me CORPECHOT, « rapport au 75^{ème} Congrès des notaires », in « Le statut matrimonial du Français : 75^{ème} Congrès des notaires de France », La Baule, 7 - 10 mai 1978, s. I. s. n. 1978, t. 1, n° 62 ; J.-F. PILLEBOUT, « Une nouvelle formule de contrat de mariage : participation aux acquêts avec exclusion des biens professionnels », JCP N 1987, I, p. 93 et s., n° 7 ; J.-F. PILLEBOUT, « Formules particulières de contrat de mariage. Une séparation de biens limitée », JCP N 1993, I, 141 ; Cl. BRENNER et B. SAVOURÉ, « La société d'acquêts », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 77 ; I. DAURIAC, « Choisir la société d'acquêts pour l'avantage matrimonial ? », Defr. 2012, n° 24, p. 1271 ; E. ROUSSEAU, « La clause de société d'acquêts à titre particulier », Defr. 2013, n° 3, p. 125.

² CA Douai, 5 avr. 1990 : JCP 1992, I, 3567, n° 22, obs. M. STORCK.

³ Sauf convention particulière en ce sens.

⁴ En ce sens : F. TERRÉ et Ph. SIMLER, « Droit civil : les régimes matrimoniaux », Paris, Dalloz, 2011, 6^{ème} éd., n° 809, p. 657.

⁵ V. par exemple, l'application de l'article 1415 du Code civil à une société d'acquêts, pour un emprunt sur un immeuble ayant intégré la société d'acquêts : Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 2003 : Bull. civ. I, n° 236 ; D. 2004, somm. 2335, obs. J. REVEL ; JCP 2004, I, 129, n° 20 obs. M. STORCK ; Defr. 2004, art. 38043, obs. G. CHAMPENOIS ; Dr. Fam. 2004, n° 1, p. 26, note B. BEIGNIER ; RTD Civ. 2004, 335, obs. B. VAREILLE.

⁶ En ce sens : CA Riom, 14 févr. 2006, n°05/02529. Comp : CA Lyon, 1^{er} juin 1999, n° 97/08235.

438. La participation aux acquêts. À la fois séparatiste et complexe¹, la participation aux acquêts est parfois soupçonnée de receler une communauté invisible, ou d'être d'inspiration communautaire². Cela s'explique par le rôle que jouent les acquêts dans la fonction participative du régime. En Allemagne, où elle constitue le régime légal³, elle est dénommée « communauté des augmentations » ; en France elle n'est un régime légalement nommé que depuis la loi du 15 juillet 1965⁴. La participation aux acquêts est fondamentalement participative mais elle n'est en rien une communauté, laquelle suppose un régime juridique d'ensemble applicable à une masse de biens⁵. Un tel système n'existe pas en participation aux acquêts : s'il existe certaines règles ponctuelles applicables pendant le régime, elles n'ont pour but que d'assurer la réalité de la créance de participation. La communauté n'est pas simplement destinée à être liquidée : elle est un mode d'organisation qui perdure pendant le mariage et son partage n'est rendu nécessaire que par la dissolution de l'union. En somme, le propre de la communauté, c'est d'exister, non de se dissoudre. Au contraire, la créance de participation s'inscrit uniquement dans une perspective liquidative. En outre, le régime de participation ne confère aucune participation aux pertes : si aucun époux ne s'est enrichi, il n'existe pas de créance de participation à la charge de celui qui

¹ Sur ce régime, v. notamment : J.-F. PILLEBOUT, « La participation aux acquêts, formules commentées de contrat de mariage », Litec 1988 ; M. De GAUDEMARIS, « Le régime matrimonial de la participation aux acquêts », PUG, 1988 ; L. VIRFOLET, « Second ou dernier souffle de la participation aux acquêts ? Aspects de la loi du 23 décembre 1985 » : JCP 1986, I, 3259 ; P. STORCK, « Avantages matrimoniaux et régime de participation aux acquêts : détermination de la nature des stipulations permises par l'article 1581, alinéa 2, du Code civil », JCP N 1981, I, 355 ; Th. LEBARS, « Pour une conception autonomiste du régime matrimonial de la participation aux acquêts », in « De code en code. Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr », Dalloz, 2009, p. 487 ; A. RIEG, « La participation aux acquêts en Allemagne et en France ; deux visages d'une même institution », in « Mélanges dédiés à Gabriel Marty », Toulouse, Université des sciences sociales, 1978, p. 921 ; M. De GAUDEMARIS, « De l'importance du contrat de mariage depuis la loi du 23 décembre 1985 pour les époux exerçant une profession indépendante », D. 1987, Chron. 223 ; N. DUCHANGE, « Un inconvénient patrimonial n'est pas un avantage matrimonial », Defr. 2010, art. 39117 ; J.-P. WAYMEL, « À propos du régime de participation aux acquêts », JCP N 1988, I, 118. Sur les incidences fiscales : J. DEPREZ, « La participation aux acquêts : oui mais... », JCP N 1988, I, 300 ; F. LUCET, « Régime de participation aux acquêts : application des mesures fiscales prises à la suite de l'arrêt *Praslicka* », JCP N 2000, p. 733 ; L. MAUGER-VIELPEAU, « La participation aux acquêts, cette mal aimée », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 43.

² « *Tout se passe comme si la dissolution faisait apparaître pour les besoins de la liquidation, une masse de biens communs à partager en nature* » : G. Cornu, « Les régimes matrimoniaux », Paris, PUF, 1977, 2^{ème} éd. p. 736 ; I. DAURIAC, « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 25, spé. p. 38.

³ La participation aux acquêts est aussi le régime légal en Suède, au Danemark, en Norvège, en Finlande, en Autriche, à Québec, en Israël et en Suisse.

⁴ Elle n'est cependant pas très répandue, notamment en raison des difficultés liquidatives qu'elle soulève. Sur ces questions, v. J.-F. PILLEBOUT, « Liquidation du régime de la participation aux acquêts. Le secret de la méthode », JCP N 1993, prat. 2722 ; J.-F. PILLEBOUT, « La participation aux acquêts, exemples de liquidation », JCP N 1993, prat. 2825 ; S. DAVID, « La liquidation du régime de participation aux acquêts », AJ Fam. 2005, p. 186 ; J. MONNET, « Théorie liquidative du régime français de participation aux acquêts », thèse Poitiers, 1985.

⁵ La détermination de la masse commune n'est pas simplement nécessaire à la liquidation du régime : elle permet, pendant le mariage, de connaître les pouvoirs des époux et le gage des créanciers. De telles dispositions générales n'existent pas pour les acquêts en régime de participation. Les qualifications, en participation aux acquêts, sont entièrement tournées vers la recherche et le calcul d'une créance de participation, donc vers les conséquences de la dissolution de l'union et non l'existence ni de la vie du mariage.

s'est le moins appauvri. De même, les règles du recel de bien commun n'ont pas vocation à s'appliquer¹. Quant aux renvois fréquents aux règles du régime légal², ils se justifient par l'utilisation de la notion d'acquêts, qui se trouve définie légalement au sein des articles 1401 et suivants du Code civil. La participation rappelle qu'un acquêt n'est pas juridiquement un bien commun, mais un bien acquis pendant le mariage qui se voit appliquer un régime juridique particulier³.

Il n'est aujourd'hui plus contesté que la participation aux acquêts puisse produire des avantages matrimoniaux⁴. En revanche, certains auteurs estiment que la seule adoption du régime légalement proposé, sans modification particulière, ne peut créer un avantage⁵, car la qualification en avantage matrimonial rendrait le profit perçu très précaire par application de l'action en retranchement. En réalité, si une telle qualification n'est pas retenue, le risque est bien plus grand, car la fiction disqualificative ne protégerait plus d'une requalification libérale et le régime juridique des actes gratuits rendrait la réalité encore plus précaire, puisqu'exposée à une action en réduction (dont la titularité est plus étendue) et à des causes légales de révocation. Le régime est constitué de dispositions qualifiables d'avantages particuliers : l'apparition d'une créance de participation, les règles qui déterminent son calcul, la possibilité de demander la liquidation anticipée de la créance⁶, mais aussi tous les avantages qui se retrouvent en séparation de biens. En ce qu'il est fondé sur un calcul purement comptable, le régime de participation est apte à produire un avantage global : la créance de participation, en rétablissant un certain équilibre, procure à celui des conjoints qui en bénéficie un avantage dont il n'aurait pas disposé sans le régime matrimonial.

¹ Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 2011 : Bull. civ. I, n° 83 ; JCP 2011, n° 20 p. 969 ; D. 2011, p. 1348, obs. J. MARROCHELA ; AJ Fam. 2011, n° 332, obs. Ph. HILT ; Defr. 2011, p. 1226, note D. AUTEM ; Dr. Fam. 2011, n° 100, obs. B. BEIGNIER ; RLDC 2011, n° 4317, note R. MÉSA ; RTD Civ. 2011, p. 579, obs. B. VAREILLE ; Gaz. Pal. 2011, n° 224, p. 50, comm. J. CASEY.

² V. par exemple : art. 1570 et art. 1571 al. 2 Cciv.

³ La qualification d'« acquêt » n'est qu'une étape vers la détermination du statut propre ou commun du bien. Dès lors, en régime de participation aux acquêts, il n'existe aucun bien commun, mais il y a des acquêts. Ceux-ci ne servent plus, ici, à déterminer le statut d'un bien, mais œuvrent au calcul de la créance de participation et à la détermination du bénéficiaire. Seuls les acquêts sont concernés par la participation ; en régime légal, seuls les acquêts sont concernés par la communauté, qui, elle-même, œuvre à la participation.

⁴ Depuis 1965, « l'avantage matrimonial peut alors s'insérer dans l'organisation d'un régime de participation aux acquêts, encore que ce régime ne soit pas purement séparatiste puisque chaque époux a une créance de participation sur les acquêts de l'autre » : C. SAUJOT, « Les avantages matrimoniaux (Notion – Nature juridique) », RTD Civ. 1979, p. 699, spé. p. 705. V. aussi : Ph. SIMLER, « Participation aux acquêts et avantages matrimoniaux (à propos de la réponse ministérielle n° 601 du 17 octobre 1988) » : JCP N 1989, prat. 788. Cette réponse ministérielle est favorable à l'application du régime des avantages matrimoniaux aux dispositions conventionnelles du régime de participation aux acquêts. V. aussi F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987, n° 419 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, « Les régimes matrimoniaux », Paris, Defrénois, 2010, 3^{ème} éd., n° 862 ; A. COLOMER, « La pratique des régimes matrimoniaux depuis la réforme de 1965 », Defr. 1973, art. 30427, p. 1041 et s.

⁵ P. STORCK, art. précit., ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, « Droit civil : les régimes matrimoniaux », Paris, Dalloz, 2011, 6^{ème} éd., n° 860 ; F. LUCET, *op. cit.*, n° 419 et s.

⁶ Article 1580 Cciv.

439. La participation aux acquêts « franco-allemande ». Ratifié par une loi du 28 janvier 2013¹, l'accord entre la France et l'Allemagne conclu le 4 février 2010 prévoit un régime matrimonial optionnel qui réalise la synthèse entre le système français, empreint de valorisme, et la méthode allemande, attachée au nominalisme. Ce régime contient, comme le régime issu du Code civil, des dispositions qualifiables d'avantages particuliers en ce qu'elles sont exorbitantes du droit commun et se rattachent au régime matrimonial. Pour autant, l'existence d'un avantage global risque d'être plus rare, notamment car le principe du valorisme est nettement atténué. La différence sera moindre entre le patrimoine originaire, pour lequel les biens sont évalués selon leur valeur et leur état au jour de l'entrée en vigueur du régime matrimonial, et le patrimoine final, pour lequel il est en principe tenu compte de l'état et de la valeur du bien au jour de la dissolution du régime, sans qu'une réévaluation ne doive intervenir au jour du partage. Ces principes sont cependant tempérés par des exceptions concernant les immeubles, pour lesquels le valorisme retrouve ses droits, sans cependant que la subrogation réelle ne produise d'effet. C'est cependant une appréciation d'ensemble du régime qui doit être effectuée pour comparaison avec l'étalon ; de celle-ci pourra être déduite l'existence d'un avantage matrimonial. On peut cependant prévenir que le montant de cet avantage risque d'être moins élevé qu'en régime de participation « classique » et qu'il y a donc moins de risque d'atteinte à la réserve héréditaire.

Une précision doit être apportée sur la retranscription de certaines dispositions du régime primaire français. Celle-ci a été rendue nécessaire par la recherche d'une harmonisation entre les systèmes des deux pays, l'Allemagne ne connaissant pas réellement de régime primaire. En aucun cas ces dispositions ne peuvent s'analyser en un avantage matrimonial particulier. *A fortiori*, elles se retrouvent dans l'étalon, puisque celui que nous proposons prend en compte toutes les dispositions du régime primaire.

440. Les modifications conventionnelles du régime de participation aux acquêts². S'il n'est pratiquement plus contesté qu'elles puissent s'analyser en des avantages matrimoniaux,

¹ Loi n° 2013-98 du 28 janv. 2013, JO 29 janv. 2013, p. 1721. V. A. MEIER-BOURDEAU, « Accord du 4 février 2010 entre la France et l'Allemagne portant création d'un régime matrimonial commun », JCP N 2010, 257 ; Ph. SIMLER, « Le nouveau régime matrimonial optionnel franco-allemand de participation aux acquêts », Dr. Fam. 2010, n° 5, p. 9 ; B. WEISS-GOUT, « Au cœur de l'élaboration du régime matrimonial franco-allemand », Gaz. Pal. 3-4 mars 2010 ; H. LETELLIER, « Un nouveau régime matrimonial à la disposition de tous les couples : le régime commun franco-allemand », Gaz. Pal. 30-31 juill. 2010.

² L'article 1581 du Code civil rappelle le principe de liberté des conventions matrimoniales ainsi que ses limites. Sur cette question, v. notamment : P. STORCK, « Avantages matrimoniaux et régime de participation aux acquêts : détermination de la nature des stipulations permises par l'article 1581, alinéa 2, du Code civil », JCP N, 1981, I, 355 ; C. FENARDON, « La participation aux acquêts élargie : vers une participation universelle en nature », JCP N 2009, n° 27, étude n° 1226 ; « La participation aux acquêts en nature », JCP N 2009, n° 23, étude n° 1195 ; « La participation inégale aux acquêts », JCP N 2009, n° 12, étude n° 1117 ; « La participation intégrale aux acquêts », JCP N 2009, n° 17, étude n° 1137.

cette qualification demeure réservée aux stipulations qui intensifient le principe participatif, alors que celles qui le limitent sont généralement perçues comme exemptes de tout avantage. La question a été posée à propos de la clause d'exclusion des biens professionnels du calcul de la créance de participation¹, qui a pour effet d'amoindrir la différence entre le patrimoine originaire et le patrimoine final. Cette disposition n'est pas perçue comme un avantage matrimonial car elle limite l'effet participatif². Mais en réalité, c'est dans la globalité du régime matrimonial qu'il convient de l'analyser. Dans tout régime, le principe participatif se présente comme un système de vases communicants dans lequel toute stipulation favorable à un époux est défavorable à l'autre. Cela est particulièrement visible en participation aux acquêts : chaque époux a intérêt à majorer son patrimoine originaire et minorer son patrimoine final et, symétriquement, à minorer le patrimoine originaire et majorer le patrimoine final de son conjoint. La limitation du patrimoine final a nécessairement pour effet de favoriser un époux et d'en défavoriser un autre. Or la clause d'exclusion des biens professionnels ne tend nécessairement vers l'étalon que si celui-ci consiste en une absence de régime matrimonial autre qu'impératif. En effet, les biens professionnels enrichissent parfois la communauté légale³, de sorte qu'une dérogation générale est nécessairement dérogoire au régime légal.

Il convient au contraire de considérer que toute stipulation du régime matrimonial s'analyse en un avantage particulier ayant vocation à être pris en compte dans le calcul d'un avantage global. Il en va ainsi des clauses influant sur la composition du patrimoine originaire⁴, de celles relatives à la détermination du patrimoine final⁵, de toute disposition sur la preuve des

¹ V. notamment J.-F. PILLEBOUT, « Les biens professionnels sous le régime de la participation aux acquêts », *in* « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 655 ; « Une nouvelle formule de contrat de mariage : participation aux acquêts avec exclusion des biens professionnels » : JCP N 1987, I, 93 ; F. COHEN et C. MASSE, « Un contrat de mariage atypique : la participation aux acquêts avec clause d'exclusion des biens professionnels », *Gaz. Pal.* 1999, I, doct. p. 295 ; 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, p. 487 ; C. FENARDON, « La participation aux acquêts et la protection des biens professionnels, des billevesées ? », JCP N 2009, n° 30-34, étude n° 1245 ; N. DUCHANGÉ, « Quelques précisions sur l'évaluation des avantages matrimoniaux à propos d'une formule de participation aux acquêts », *Defr.* 1993, art. 35618, p. 1089 ; « La minoration du taux de la participation aux acquêts », *Defr.* 1993, art. 35670, p. 1393 ; V. FLAMENT, « Observations sur un régime matrimonial à liquidation alternative (À propos du régime de participation aux acquêts) » : *Defr.* 1993, art. 35575, p. 737 ; F. LETELLIER, « La clause d'exclusion des biens professionnels sous le régime de participation aux acquêts à l'épreuve du divorce, quelques éléments de réponse à une question angoissante », JCP N 2008, n° 12, p. 23 ; G. MORIN, « Brèves remarques sur deux études relatives au contrat de mariage du chef d'entreprise et au rôle de la société holding dans la transmission d'entreprise », *Defr.* 1987, art. 34054, p. 1153.

² V. cependant, favorable à une telle qualification : F. LUCET, *op. cit.*, n° 421, p. 583. En effet, la limitation ainsi opérée peut apporter un bénéfice chiffré à l'un des époux, même comparé au régime légal. Elle peut aboutir aux mêmes effets qu'une clause de déclaration de propre, qui est considérée comme un avantage matrimonial.

³ Par exemple lorsqu'ils sont rattachés à un fonds ou une exploitation dépendant de la communauté : art. 1404 al. 2 Cciv.

⁴ On songe par exemple à l'exclusion de certains biens acquis à titre gratuit pendant le mariage ou dont l'époux était propriétaire au jour du mariage ; l'exclusion des « propres sauf récompense » ; l'intégration des fruits perçus avant le mariage (contrairement à l'article 1570 Cciv.) ; les clauses relatives à l'évaluation (dérogeant à l'art. 1571 Cciv.) ; l'absence de déduction ou de réévaluation du passif ; la clause portant description du patrimoine originaire, etc.

⁵ Non-réunion des biens donnés sans le consentement de l'autre ou aliénés frauduleusement (contrairement à l'article 1573 Cciv.) ; règles de preuve (dérogatoires à l'art. 1572 Cciv.) ; dérogation aux principes d'évaluation ; absence de

biens, de l'aménagement de la période purement séparatiste, des stipulations sur le calcul¹ et le règlement de la créance de participation², etc.³ La clause d'exclusion des biens professionnels n'est jamais à elle seule un avantage global, mais elle est un avantage particulier.

441. L'aménagement conventionnel de la contribution aux charges du mariage⁴.

Le principe impératif de contribution énoncé à l'article 214 du Code civil est fondamentalement participatif : il est « *un outil au service du pouvoir modérateur du juge lors de la liquidation des intérêts patrimoniaux* »⁵. Il s'apparente à une nuance séparatiste en régime de communauté⁶ et à un souffle communautaire au sein des régimes séparatistes⁷. Mais issu du régime primaire, il ne peut s'analyser en un avantage matrimonial, puisque toute requalification libérale est impossible en l'absence de pouvoir créateur de la volonté : la fiction disqualificative n'est donc pas nécessaire⁸. Il en va différemment des aménagements conventionnels. Ceux-ci sont générateurs d'avantages et doivent être rattachés aux régimes matrimoniaux même lorsqu'ils sont indépendants du contrat de mariage⁹. En premier lieu, les époux peuvent convenir d'un aménagement volontaire du principe de participation¹⁰. Il est ainsi possible de remplacer « *le*

déduction du passif ; réévaluation du passif (le principe est l'absence de réévaluation), etc.

¹ Création d'une participation aux pertes, partage inégal de la différence des acquêts nets, absence de prise en compte des autres créances entre époux, dérogation au « correctif général d'équité » prévu à l'article 1579 Cciv., clause prévoyant que le consentement donné au conjoint à une donation entre vifs d'un bien non compris dans le patrimoine originaire sera sans incidence, clause d'attribution de la totalité des acquêts (art. 1581, al. 2), etc.

² Clause de règlement en nature, aménagement de délais de paiement, suppression de la faculté d'inscrire à tout moment l'hypothèque légale garantissant le paiement de la créance de participation (art. 2402 cciv.), exclusion de l'application de l'article 1576 al. 4 permettant aux créanciers d'un époux de saisir les biens attribués en nature à l'autre, etc.

³ Il faut également évoquer l'attribution intégrale des acquêts nets : art. 1581 cciv.

⁴ En droit belge, cette faculté n'existe plus, la loi du 14 juillet 1976 n'y faisant plus référence. Article 221 Cciv. belge : « *Chacun des époux contribue aux charges du mariage selon ses facultés* ».

⁵ A. TISSERAND-MARTIN, « La contribution aux charges du mariage, mécanisme régulateur du régime matrimonial », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 803. V. aussi C. PHILIPPE, « Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale », préf. G. WIEDERKEHR, LGDJ 1981 ; S. DAVID, « Le contentieux liquidatif de la séparation de biens », AJ Fam. 2010, p. 210

⁶ A. TISSERAND-MARTIN, art. précit., p. 804.

⁷ A. TISSERAND-MARTIN, art. précit., p. 806.

⁸ La contribution à proportion des facultés respectives existe dans le régime effectivement choisi et dans le système-étalon ; il est donc inutile de la prendre en compte dans les deux opérations liquidatives, puisqu'elle aboutit dans les deux cas à un résultat identique. L'éviter participe d'une simplification nécessaire des opérations liquidatives, un peu comme lorsque l'on compense, au sein d'une équation, deux valeurs identiques lorsque l'une est positive et l'autre négative.

⁹ L'article 214 semble réserver l'aménagement conventionnel de la contribution aux charges du mariage aux conventions matrimoniales, mais les conventions intervenant en cours de régime sont tolérées : Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 1987 : Defr. 1987, p. 765, obs. J. MASSIP ; JCP N 1988, II, 65, obs. Ph. SIMLER. Cette souplesse est nécessaire pour adapter l'organisation des époux aux variations de leurs conditions de vie. Une dérogation au principe d'immutabilité est ici admissible, notamment car la convention concerne les rapports entre époux et ne préjudicie pas aux droits des créanciers.

¹⁰ Sur les incidences d'une telle stipulation sur le régime matrimonial, v. A. TISSERAND-MARTIN, art. précit., p. 809 : en participation aux acquêts, la charge supplémentaire pesant sur un époux peut aboutir à réduire son enrichissement effectif et donc augmenter voire générer une créance de participation. L'auteur expose ensuite ce que nous analysons comme un bel exemple de rapport d'équivalence limité à certaines dispositions du régime : « *l'avantage immédiat dont bénéficie le conjoint qui voit sa charge réduite est contrebalancé, à la liquidation, par la*

principe légal d'une répartition proportionnelle aux ressources des époux par une répartition mathématiquement égalitaire, chacun s'engageant par avance à supporter définitivement la moitié des charges du mariage »¹. En effet, si la répartition proportionnelle aux facultés respectives des époux n'est pas égalitaire, elle est équitable : toute dérogation à cette équité de principe², même consistant en une égalité en valeur, est un avantage particulier influant sur l'existence d'un avantage global³. Il est également possible que les époux entendent organiser les modalités de la contribution sans déroger au principe de proportion aux facultés respectives⁴. Il existe alors un avantage particulier, mais l'équilibre en valeur étant maintenu, l'opération ne contribue pas à produire un avantage global.

En second lieu, il arrive que les époux prévoient une fiction conventionnelle de contribution au jour le jour⁵. Le risque d'une telle stipulation est d'aboutir à une suppression pure et simple de l'obligation de contribuer, pourtant impérative : si elle s'analyse en une présomption irréfragable de contribution, un époux qui n'exécuterait pas son obligation ne pourrait être sanctionné. Heureusement, la jurisprudence voit plutôt dans cette clause une présomption simple agissant sur la charge de la preuve⁶. Dès lors qu'elle ne rompt pas la corrélation entre contribution et faculté personnelle, cette stipulation ne peut créer ou diminuer un avantage global. Elle s'analyse cependant en un avantage particulier en tant que disposition participant au régime matrimonial.

442. La prestation compensatoire. *A priori*, il n'existe pas de lien entre cette compensation rendue nécessaire par la disparité engendrée par le divorce⁷ et la notion d'avantage matrimonial. La prestation compensatoire est en effet extérieure au régime matrimonial : elle est,

diminution de son droit à participation ».

¹ *Loc. cit.*, p. 810.

² De telles stipulations demeurent rares ; en effet, la proportion aux facultés respectives n'est pas un critère aveuglément égalitaire, mais toujours équitable. Il s'adapte aux variations de la réalité économique du couple.

³ Une convention entre époux crée un avantage si elle rompt le lien légal entre faculté et contribution. C'est le cas si un époux est autorisé à contribuer moins que ce que ne lui autorisent ses facultés, ou si l'autre est contraint de contribuer plus que ses simples facultés, quitte à amputer son patrimoine ou à s'endetter. Cette rupture entre faculté et taux de contribution est un avantage matrimonial particulier car elle procure un bienfait à l'un des époux ; elle crée aussi une différence, car elle contraint l'autre. Mais il n'y a avantage matrimonial global que si le déséquilibre ainsi créé n'est pas compensé par d'autres dispositions du régime matrimonial.

⁴ En convenant par exemple que cette contribution se fera en nature, ou selon un procédé déterminé, tel que la mise à disposition d'un bien, le versement d'une rente ou d'un capital, etc.

⁵ *Loc. cit.*, p. 811.

⁶ *Cass. 1^{ère} civ.*, 3 mars 2010, n° 09-11-005 : *Bull. civ. I*, n° 50 ; *RTD Civ.* 2010, p. 305, obs. J HAUSER ; *RTD Civ.* 2010, p. 363, obs. B. VAREILLE ; *D.* 2010, p. 2092, chron. N. AUROY et C. CRÉTON ; *AJ Fam.* 2010, p. 188, obs. F. CHÉNEDÉ ; *D.* 2011, p. 1040, chron. J.-J. LE MOULAUD et D. VIGNEAU. Pour des décisions interprétant cette clause comme une présomption irréfragable : *Cass. 1^{ère} civ.*, 1^{er} oct. 1996 : *Bull. civ. I*, n° 336 ; *JCP* 1997, I, 4008, n° 18, obs. M. STORCK ; *CA Besançon*, 26 févr. 2003, *Juris-Data* n° 223187 ; *CA Pau*, 2 mai 1984, *Juris-Data* n° 041887.

⁷ Art. 270 al. 2 : « *L'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives* ».

plus qu'un effet du mariage, une conséquence du divorce¹. De surcroît, elle a pour objet de compenser un déséquilibre², non d'avantager un époux au détriment de l'autre : elle n'est donc jamais le résultat d'un rapport d'équivalence, mais peut être perçue comme l'un de ses composants. Elle est en toute hypothèse le résultat d'une obligation légale, parfois judiciairement ordonnée, et potentiellement organisée par convention. Il existe cependant beaucoup de ressemblances : profit économique chiffrable, certains lui prêtent les mêmes finalités qu'un gain de survie³ ; elle peut éventuellement se compenser avec les droits que les époux tirent de la liquidation du régime et dont il faut tenir compte pour son calcul⁴. La prestation compensatoire est indéniablement un « avantage-bienfait », moins certainement un « avantage-différence », mais probablement pas un avantage matrimonial.

Pourtant, la loi complice ce raisonnement d'évidence : « *Les transferts et abandons prévus au présent paragraphe sont, quelles que soient leurs modalités de versement, considérés comme participant du régime matrimonial. Ils ne sont pas assimilés à des donations* »⁵. C'est donc le législateur qui relie artificiellement la prestation compensatoire au régime matrimonial et favorise son assimilation aux avantages matrimoniaux⁶. Certains y ont vu un texte à finalité purement fiscale⁷, ce qui a été un temps contradictoire avec la position de la jurisprudence qui percevait tout transfert entre ex-époux effectué en conséquence du divorce au moyen de biens propres comme une libéralité soumise aux droits de mutation à titre gratuit⁸. En toute hypothèse, il n'est pas souhaitable d'assimiler la prestation compensatoire aux avantages matrimoniaux. Certes le législateur souhaite la soustraire au régime juridique des actes gratuits. Cependant cela peut être atteint sans dévoyer l'avantage matrimonial. D'une part, comme comblant un déséquilibre préexistant et fruit d'une obligation légale, la requalification libérale semble impossible⁹. Tout au

¹ L'article 270 du Code civil commence par rappeler que le divorce met fin au devoir de secours entre époux.

² Il s'agit en outre de compenser un déséquilibre lié au mariage, non à l'application du régime matrimonial. En pratique, il s'agit principalement des économies que chacun peut réaliser grâce à la vie commune et des avantages liés au devoir de secours.

³ F. LUCET, *op. cit.*, p. 612. Cette idée est très contestable, car la prestation compensatoire est justifiée par le divorce, non par le décès. L'auteur liste ensuite les divergences et se prononce finalement pour une distinction des notions : *op. cit.*, n° 443, p. 614.

⁴ Article 271 al. 2 Cciv. : « *Le juge prend en compte notamment : (...) le patrimoine estimé ou prévisible des époux tant en capital qu'en revenus, après liquidation du régime matrimonial* »

⁵ Article 281 Cciv.

⁶ Selon Madame SAUJOT, l'ancien art. 280 (actuel 281) « *introduit dans notre droit de nouveaux transferts de biens en les qualifiant d'avantages matrimoniaux* » : C. SAUJOT, art. précit., p. 712.

⁷ F. LUCET, *op. cit.*, n° 444 p. 615.

⁸ Cass. com., 6 déc. 1984 : D. 1986, p. 68, note D. ROUX ; JCP 1985, II, 20437, note C. DAVID ; V. aussi, Cass. com., 8 juill. 1986 (2 arrêts) : Bull. civ. IV, n° 152 ; R., p. 174 ; D. 1987, 183, note J. M. ; Gaz. Pal. 1986, II, p. 714, note HATOUX ; Cass. com., 10 juin 1997 : Bull. civ. IV, n° 178 ; Defr. 1998, p. 715, obs. J. MASSIP ; Dr. Fam. 1997, n° 151, note D. PONTON-GRILLET ; RTD Civ. 1997, p. 914, obs. J. HAUSER. Depuis la loi du 26 mai 2004, l'article 757-A du Code général des impôts ne concerne plus la prestation compensatoire mais le seul règlement de pensions alimentaires.

⁹ La détermination de la prestation compensatoire peut cependant être librement décidée entre les époux : art. 278 Cciv. Victime du phénomène de contractualisation du droit de la famille et plus spécifiquement du divorce, elle s'expose dangereusement à une qualification libérale.

plus pourrait-on y voir une libéralité rémunératoire, donc un acte onéreux. D'autre part, l'article 281 du Code civil confère à la prestation compensatoire sa propre fiction disqualificative, comme elle le fait pour le préciput, la clause de partage inégal et l'attribution intégrale de la masse commune. Il n'est donc pas nécessaire de l'assimiler aux avantages matrimoniaux.

Selon Madame SAUJOT, ne pas qualifier la prestation compensatoire d'avantage matrimonial aurait des conséquences néfastes puisque, les époux, libres de s'organiser sur ce point, auraient la faculté de priver les héritiers non-communs d'une partie de leur réserve¹. Mais, d'une part, la convention devra être judiciairement homologuée, ce qui réduit les risques de fraude ; d'autre part tous les avantages matrimoniaux demeureront retranchables, de même que toutes les libéralités entre époux seront réductibles. Et quand bien même les enfants seraient lésés, faut-il rappeler que la loi ne peut faire échec à la liberté de disposer de son patrimoine à titre onéreux ? L'absence de retranchement de la prestation compensatoire est au contraire un argument contre son assimilation aux avantages matrimoniaux : elle rétablit un équilibre que le retranchement risquerait de perturber.

Demeure un lien structurel entre la liquidation du régime et la prestation compensatoire², mais il n'est que formel : les deux sont concomitantes à la dissolution du mariage. Inclure la prestation compensatoire dans le cadre des opérations de liquidation du régime permet de simplifier les comptes ; mais l'indépendance demeure, de la même manière que pour les créances entre époux. S'il est conseillé de la faire figurer dans le règlement liquidatif global, son assimilation aux avantages matrimoniaux n'est pas tolérable. Nous proposons donc une réforme législative de l'article 281 Cciv., qui pourrait être ainsi rédigé : « *Les transferts et abandons prévus au présent paragraphe ne sont point regardés comme des donations. S'ils peuvent formellement être pris en compte dans la liquidation du régime matrimonial, ils n'en sont point issus* ».

443. Synthèse. En définitive, l'avantage-bienfait particulier consiste en toute stipulation du régime matrimonial, indépendamment de son effet, et nonobstant sa combinaison avec d'autres dispositions du régime. Ainsi, les règles qui ont pour objet et pour effet de limiter la participation de chacun des époux aux enrichissements de l'autre doivent être considérées comme des

¹ « Cette interprétation ne conduit-elle pas à des conséquences regrettables ? » ; « Les époux suivant les modalités qu'ils adoptent pour organiser leur divorce pourraient à volonté priver ou non de leur part réservataire leurs descendants d'une précédente union » : art. précit., p. 715.

² Le texte initial était ainsi rédigé : « *Les transferts et abandons prévus au présent paragraphe sont considérés comme soumis aux règles du régime matrimonial. Ils ne sont pas assimilés aux donations* » (JO Débats parlementaires, AN, 4 juin 1975). La difficulté tenait alors à ce qu'une fois le régime dissout, il n'existait plus de régime matrimonial. V. C. SAUJOT, art. précit., p. 712. L'auteur explique clairement que : « *la prestation compensatoire ne trouve évidemment pas sa source dans le pacte matrimonial mais elle s'intègre au mécanisme de la dissolution du régime* » : art. précit., p. 714.

avantages matrimoniaux particuliers¹ : tel est le cas des récompenses, des clauses d'exclusion de la communauté, de l'exclusion des biens professionnels du calcul de la créance de participation, de la clause de reprise des apports, etc. Les règles qui ont pour objet et pour effet de favoriser l'idée participative sont aussi des avantages particuliers, même si, compensées par d'autres dispositions, elles ne révèlent aucun profit réel.

L'avantage global se détermine en prenant en compte l'intégralité des avantages qualifiés de particuliers, donc toutes les dispositions du régime matrimonial. L'avantage global est presque certain d'exister. Il n'en va autrement que si la balance des profits obtenus par chaque époux est parfaitement équilibrée. Dès qu'elle penche d'un côté ou d'un autre, le déséquilibre est un avantage global. En réalité, peut-être n'existe-t-il pas de disposition empêchant ou créant directement un avantage matrimonial : il existe surtout des règles favorables à l'un ou l'autre des époux et qui permettent de faire pencher la balance d'un côté ou d'un autre.

¹ Cela est d'autant plus vrai si l'on retient le régime légal comme étalon, car celui-ci est d'inspiration fondamentalement participative ; déroger à cette idée aboutit donc à avantager un époux par rapport à ce qui aurait été sous le régime de communauté réduite aux acquêts. Si l'on retient comme étalon l'absence de régime matrimonial autre qu'impératif, ces clauses sont aussi des avantages particuliers car leur effet au regard des autres dispositions du régime importe peu : elles sont pleinement des éléments de la convention matrimoniale.

Conclusion du Chapitre second

444. Une appréhension souple de l'avantage matrimonial. En l'absence de définition légale précise, l'avantage matrimonial peut être appréhendé largement. Il apparaît en effet que l'avantage est devenu « matrimonial » à mesure qu'a émergé le concept de « régime matrimonial ». La saisie de l'avantage par le droit répond, dans la sphère matrimoniale, à deux préoccupations majeures. D'une part il s'agit d'y appliquer une fiction disqualificative afin de préserver les effets du régime matrimonial de l'instabilité du régime juridique libéral. D'autre part, il est question de préserver plus efficacement les atteintes à la réserve héréditaire : l'avantage est retranché sans qu'il soit nécessaire d'établir une intention libérale. L'avantage matrimonial est donc une notion fonctionnelle, qui doit être utilisée à des fins précises : il appartient au droit de piocher, dans la richesse du terme « avantage », les éléments nécessaires à la réalisation de son objectif. L'entrée dans la catégorie « matrimoniale » est conditionnée à une provenance du régime matrimonial. L'étalon de détermination doit correspondre à cette exigence. Il appert alors que l'avantage matrimonial peut être généré par tout régime, même le régime légal, mais que l'intérêt de la fiction disqualificative disparaît lorsque la requalification en libéralité ne menace pas, donc quand l'avantage n'est pas créé par la volonté. Il n'est donc pas nécessaire de qualifier de « matrimonial » les avantages générés par le régime primaire. La classification dans la catégorie révèle que la polysémie initiale a perduré. Deux acceptions coexistent : l'avantage dit « global », résultat de la combinaison de toutes les dispositions du régime, qui représente une différence entre les époux, s'exprime en valeur et ne profite qu'à un seul époux à la dissolution du régime ; et les avantages dits particuliers, composants directs du régime, entendus comme des règles de droit, exprimables en nature ou en valeur, « bienfaits » profitant à l'un et/ou l'autre des époux avant même la dissolution de l'union. Il en ressort que l'avantage global est le résultat de la combinaison de tous les avantages particuliers et que ces derniers existent indépendamment de tout rapport d'équivalence, ce qui permet de qualifier comme tels des dispositions qui ont pour effet réduire un autre avantage, tels les clauses de reprise d'apport dites « alsaciennes ».

445. Gratuité et onérosité. Au regard du titre gratuit et du titre onéreux, la définition précise de l'avantage matrimonial conforte nos théories qui n'étaient jusque là fondées que sur des exemples. L'avantage global correspond à l'élément matériel gratuit, plus précisément au déséquilibre économique¹. Et c'est parce que, dans certains cas, une intention libérale pourra être

¹ Cependant l'avantage global n'est pas toujours gratuit car il peut être employé à corriger un déséquilibre préexistant. Par exemple, en régime de participation aux acquêts, « celui qui aura réalisé le moins d'acquêts profitera des gains de l'autre mais peut-être a-t-il moins économisé parce qu'il a participé davantage aux dettes ménagères, et la créance

caractérisée que la loi a prévu une fiction disqualificative. L'avantage global n'est donc pas toujours gratuit, mais peut l'être. S'agissant de l'avantage particulier, il est délicat de le classer au regard de la distinction. Ainsi comprenons-nous mieux les termes employés par Monsieur LUCET : ces avantages sont « antérieurs » à la distinction, car celle-ci nécessite une prise en compte des effets de la convention. Or l'avantage particulier est surtout une règle juridique. Il coexiste avec d'autres stipulations qui pourront en compenser les effets. Il est donc difficile d'en systématiser la nature puisque celle-ci dépend de variables trop nombreuses : il n'est pas le résultat d'un rapport d'équivalence, mais l'un de ses composants. Les règles du régime, avantages particuliers, tracent donc les limites de l'intensité participative : certaines la renforcent, d'autres la font reculer ; d'autres encore portent un changement en nature sans affecter l'équilibre en valeur. Cependant, isolées les unes des autres, elles peuvent être qualifiées au regard du titre gratuit et du titre onéreux, car chacune porte en elle-même un rapport d'équivalence limité. Mais une telle considération est dépourvue d'intérêt pratique, car c'est dans leur ensemble que les règles du régime doivent s'apprécier.

446. La pertinence d'un critère subjectif ? Dans une étude publiée en 2012, Madame ROUSSEAU a expliqué que la source de l'avantage matrimonial résidait dans l'intention participative des époux et devait servir de critère catégorique à la notion¹. S'il est intéressant d'avoir ainsi défini l'origine de l'avantage, il semble moins pertinent d'exiger un critère subjectif reposant dans l'intention participative. L'étude de l'avantage a démontré la prédominance des facteurs objectifs : si on ne peut nier l'existence d'une intention, celle-ci n'est pas systématique. En outre, les difficultés conceptuelles rencontrées à propos de l'intention libérale invitent à la prudence dans l'utilisation de critères intentionnels, qui sont par nature incertains et obligent à sonder l'intellect des parties. Que se passerait-il si un plaideur parvenait à démontrer qu'il n'était animé d'aucune intention participative lorsqu'il a adopté un régime qui a généré un avantage global au bénéfice de son conjoint ? Quels seraient alors la qualification et le régime juridique de ce déséquilibre objectif ? Il serait requalifiable en libéralité, mais l'absence d'intention participative laisse supposer l'absence d'intention libérale... La difficulté rencontrée serait alors la même qu'en matière d'avantage indirect : un profit économiquement chiffrable dénué d'intention aboutirait à la création d'une nouvelle notion *sui generis* totalement incomprise.

De plus, l'intention participative ne correspond qu'à l'avantage-différence et non à

qui lui revient ne fait que rétablir un juste équilibre » : C. SAUJOT, « Les avantages matrimoniaux (Notion – Nature juridique) », RTD Civ. 1979, p. 699, spé. p. 709.

¹ E. ROUSSEAU, « De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 711.

l'avantage-bienfait¹. Le préciput par exemple, avantage matrimonial « bienfait » par excellence n'est pas toujours consenti dans une intention participative : il peut servir au contraire de protection contre une participation trop avancée, par exemple lorsqu'il porte sur un bien qui, en application de l'étalon, aurait été propre à l'époux qui bénéficie du prélèvement. Il en va de même des présomptions d'indivision et de communauté : elles ne correspondent pas systématiquement à une intention participative et produisent pourtant des transferts de valeur. Madame ROUSSEAU explique aussi que ne constitue pas un avantage matrimonial ce qui est exclu de la communauté. Or, lorsqu'une clause de réalisation porte sur un bien acquis pendant le mariage qui aurait été propre à l'autre époux dans le régime-étalon, n'existe-t-il pas une participation de l'un à la richesse créée par l'autre ? L'avantage global est le résultat de la conjonction de tous les avantages particuliers, que ceux-ci aient pour objet de renforcer l'idée participative ou au contraire de la limiter. Ce critère catégorique n'aboutirait donc qu'à restreindre une notion par nature très riche.

447. Une nouvelle acception de l'avantage matrimonial. Avec la loi du 26 mai 2004 créant le nouvel article 265 du Code civil, l'avantage particulier, dit autrefois « révocable » s'est nettement détaché de l'avantage global. Il tend à se confondre avec la notion de « disposition particulière du régime matrimonial », ce qui atténue sa pertinence et complique son identification. C'est donc une vision très large qui est permise : même les dispositions du régime ayant pour objet ou pour effet de diminuer le principe participatif sont qualifiées d'avantages matrimoniaux. Paradoxalement, cet élargissement notionnel n'emporte pas tant de conséquences, puisque les avantages ayant pris effet pendant le mariage (les plus nombreux), sont maintenus en cas de divorce. Ainsi, n'est-il pas gênant de considérer qu'une clause limitant la consistance de la masse commune est un avantage matrimonial, puisque cela n'a aucun effet proprement juridique. La difficulté se trouve dans les règles liquidatives ayant vocation à s'appliquer quel que soit le mode de dissolution : on ne peut considérer que la règle du partage égalitaire et le système des récompenses soient, en tant que dispositions du régime matrimonial, révoquées par le divorce, car cela reviendrait à faire obstacle à toute liquidation du régime.

Si l'unité ne caractérise pas actuellement l'avantage matrimonial, elle est cependant sollicitée et doit être recherchée. L'avantage particulier se confond, et fait double emploi, avec la notion de « disposition du régime matrimonial ». Originellement, c'est dans sa corrélation avec la réalité matérielle de la libéralité que l'avantage matrimonial est saisi. Son objectif n'est pas de régir les conséquences du divorce ou de fonder une sanction, mais de s'opposer à une qualification libérale aux effets inopportuns : il est fondamentalement un concurrent à la libéralité

¹ L'ambition de Madame ROUSSEAU est pourtant de parvenir à un critère unique, valable pour les deux acceptions de l'avantage, afin de ramener la notion à l'unité.

et c'est dans ce rôle qu'il doit être cantonné. Au-delà, il devient incompris et perd en légitimité. C'est donc à la proposition d'une conception unitaire que nous travaillerons, mais celle-ci ne peut se réaliser tant que le régime juridique du régime matrimonial en cas de divorce n'est pas précisément stabilisé.

Conclusion du Titre Premier

448. Propositions fondamentales sur le domaine d'application de la fiction disqualificative. L'étude des notions d' « avantages » et d' « avantages matrimoniaux » a permis de formuler des propositions qu'il convient d'exposer synthétiquement :

Sur la notion d' « avantage »

- L'avantage est consubstantiel aux rapports personnels. Il n'est pas une notion juridique, mais il arrive que le droit lui confère une juridicité, souvent dans le but de le soustraire à un régime juridique déterminé.
- L'avantage est une notion fondamentalement objective. Il peut procéder d'une source subjective, mais ne l'est pas nécessairement.
- L'avantage est un terme polysémique. Il peut désigner un bienfait personnel perçu par un sujet, ou la différence existant entre deux sujets.

Sur l'avantage indirect

- L'avantage indirect existe encore en tant que notion, notamment à l'article 860 al. 4 du Code civil. Mais son régime juridique a reculé et il s'entend le plus souvent comme un élément constitutif de la libéralité.
- La mise à disposition d'un logement sans contrepartie peut s'analyser en une donation indirecte de fruits et revenus dont l'acte support est un commodat.

Sur le Pacs

- Le Pacte civil de solidarité est fondé sur la liberté contractuelle. Il produit des avantages, mais ceux-ci ne sont pas matrimoniaux et donc pas concernés par la fiction disqualificative de l'article 1527 du Code civil. Ils peuvent être requalifiés en libéralités.

Sur le régime matrimonial

- Le régime matrimonial se définit comme un **ensemble cohérent de règles exorbitantes du droit commun réservées aux couples mariés**. Il est le contrat indispensable à l'organisation de l'institution du mariage.

Sur la définition de l'avantage matrimonial

- Globalement, l'avantage matrimonial peut se définir comme **le bénéfice obtenu pour un époux de l'application des dispositions non impératives du régime matrimonial**.

▪ **L'étalon de détermination des avantages matrimoniaux** n'est pas le régime légal, car son applicabilité dépend en partie de la volonté des parties, ce qui expose les bénéficiaires qu'il produit à une qualification libérale et justifie l'extension de la fiction disqualificative. L'avantage étant lié au concept de régime matrimonial, l'étalon de détermination est la **situation fictive des époux sans régime matrimonial, mais application faite du régime impératif**.

▪ L'avantage matrimonial est une notion fonctionnelle, saisie par le droit pour concurrencer la libéralité au moyen d'une fiction légale disqualificative : toute requalification d'avantage matrimonial en libéralité est fictivement impossible.

Sur la distinction des avantages matrimoniaux

▪ **L'avantage matrimonial peut être appréhendé comme un bienfait particulier dont jouit un époux en raison d'une disposition particulière du régime matrimonial**. Il s'agit avant tout d'une règle de droit : il importe peu que celle-ci ait pour objet ou pour effet de favoriser un conjoint au détriment de son conjoint, ou au contraire qu'elle lui permette de se prémunir contre une faveur similaire à son détriment. L'avantage ainsi perçu peut avoir une incidence en valeur et/ou en nature. Il ne résulte pas d'un rapport d'équivalence, mais peut éventuellement en faire l'objet. Il existe, au sein d'un même régime matrimonial, plusieurs avantages matrimoniaux « bienfaits ». Cette conception de l'avantage matrimonial est employée pour opérer la déchéance, dans l'hypothèse d'un divorce, prévue à l'article 265 du Code civil. Elle laisse une certaine place à la volonté des époux.

▪ **L'avantage matrimonial peut être compris globalement comme une différence : le profit net dégagé au bénéfice d'un époux et au détriment de l'autre et qui résulte de la conjonction de toutes les dispositions du régime matrimonial**. Il s'agit avant tout d'un effet concret : la différence entre la somme des bienfaits que chacun perçoit. Il importe peu qu'il émane ou non d'une intention particulière. Il ne s'appréhende qu'en valeur. Il est le résultat du rapport d'équivalence de tous bienfaits dont jouissent les époux et qui résultent du régime matrimonial. Il n'existe, au sein d'un même régime matrimonial, qu'un seul avantage « différence ». Cette conception de l'avantage matrimonial est employée pour opérer l'action en retranchement prévue à l'article 1527 al. 2 Cciv. La volonté des époux n'est nullement prise en considération.

449. De la notion au régime. L'étude de la notion d'avantage matrimonial a démontré son rôle de concurrent face à la libéralité. Mais elle a aussi révélé une malencontreuse évolution : l'avantage matrimonial se sclérose et se confond avec les dispositions du régime matrimonial. Ce faisant, il devient source de difficultés au lieu d'être un outil fonctionnel. L'extrême souplesse de

La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux

la notion d' « avantage » la rend apte à s'adapter à une politique juridique choisie : l'avantage matrimonial doit être ce que l'on veut qu'il soit. Il doit redevenir un outil performant au service du régime juridique. L'étude comparative se poursuivra dans ce domaine, afin d'aboutir à une proposition de réforme exhaustive des articles 265 et 1527 du Code civil.

TITRE II : Les conséquences de la fiction disqualificative

« **HIPPOLYTE**

*Des droits de ses enfants une mère jalouse
Pardonne rarement au fils d'une autre épouse.
Madame je le sais. Les soupçons importuns
Sont d'un second hymen les fruits les plus communs.
Toute autre aurait pour moi pris les mêmes ombrages,
Et j'en aurais peut-être essuyé plus d'outrages. »*

Phèdre, Jean Racine, 1677

Acte II, scène V

450. Divergence et convergence des régimes juridiques. Madame DAURIAC a écrit à propos des avantages matrimoniaux que « *l'incertitude qui entoure leur nature juridique contraste avec l'énoncé assez précis qui peut être fait de leur régime* »¹. Pourtant, l'incomplétude du régime juridique est une réalité quotidienne pour les praticiens. Elle trouve son origine dans la vocation initiale de l'avantage matrimonial à échapper à toute règle de droit et donc à être dépourvue de juridicité. Dès lors que, par exception et par choix, le législateur entend le soumettre au régime des libéralités ou à des règles propres, de nombreuses questions pratiques se posent, tant à l'aube de l'union matrimoniale que tout au long de son cours et lorsqu'elle s'achève. La difficulté est d'autant plus grande que les libéralités entre époux se voient appliquer des règles spécifiques, traversées par deux tendances contradictoires : une méfiance persistante et une « juste faveur »². L'alignement sur le droit commun des libéralités est cependant en marche et des avancées conséquentes ont été réalisées par la loi du 26 mai 2004 qui a fortement diminué le domaine de la révocabilité *ad nutum* et abrogé la prohibition des donations déguisées entre époux. La méfiance s'estompe nettement³, tandis que la faveur, traduite par la validité des donations à cause de mort et la quotité disponible spéciale, se maintient. Les avantages matrimoniaux semblent être de plus en plus souvent soumis aux mêmes règles que les donations entre époux,

¹ I. DAURIAC, « Les régimes matrimoniaux et le Pacs », LGDJ, 3^{ème} éd., 2012, n° 613.

² C. RIEUBERNET, « Les donations entre époux – étude critique », thèse Toulouse 1997. Cela remonte à la distinction entre ancien droit écrit (permissif) et droit coutumier (prohibitif).

³ C'est à partir de 1963 que le législateur abandonne la politique traditionnelle de méfiance à l'égard des donations entre époux. Loi du 13 juillet 1963 augmente la quotité disponible spéciale en privilégiant notamment l'usufruit. Loi du 6 novembre 1963 lève la prohibition des donations mutuelles entre époux dans le même acte ; loi du 3 janvier 1972 élargit la quotité disponible spéciale en présence d'enfants d'un précédent mariage. Le tout se réalise dans le contexte d'une promotion de la place du conjoint survivant. En 1804, il était « successeur irrégulier », à défaut de parent jusqu'au 12^{ème} degré ; en 1891, il obtient un droit en usufruit et une créance alimentaire dans la succession ; avec les réformes de 1930, 1957 et 1958, il est introduit dans l'ordre des héritiers, en concurrence avec les ascendants, préféré aux collatéraux ordinaires. Sur ces questions : J.-P. LEVY, « Coup d'œil historique d'ensemble sur la situation patrimoniale du conjoint survivant », in « Études offertes à René Rodière », Paris, Dalloz 1981, p. 177.

comme en témoigne l'article 265 du Code civil issu de la réforme du 26 mai 2004 qui régit les deux notions selon une logique commune. Dans ces hypothèses, le champ d'application du régime juridique des donations est étendu à des dispositions qui ne produisent pas forcément un déséquilibre économique et qui ne procèdent pas nécessairement d'une intention libérale. En effet, il ne faut pas traiter l'avantage matrimonial en fonction du caractère plus ou moins sérieux de la menace de qualification en libéralité. Celle-ci a guidé le domaine de la fiction disqualificative ; elle n'en affectera pas les conséquences.

451. Portée et limite des effets de la fiction disqualificative. L'effet de principe de la fiction disqualificative est de soustraire les avantages matrimoniaux au régime juridique des libéralités entre époux. La fiction s'applique quelle que soit la conception retenue de l'avantage matrimonial. Si la disqualification légale perdure en toute hypothèse, ses conséquences sur le régime juridique sont modulées en raison de la nécessité de préserver d'autres intérêts que ceux du couple. Lorsque les règles applicables aux libéralités et aux avantages matrimoniaux s'harmonisent, les effets de la fiction disqualificative s'estompent. Lorsque les régimes juridiques diffèrent, la fiction disqualificative gagne en utilité, car c'est elle qui fonde la divergence. Puisque disparaît progressivement la rigueur liée à la méfiance des donations entre époux mais que demeurent les dispositions qui y sont favorables, le rôle de la fiction disqualificative est en évolution : elle ne sert pas tant à préserver les conventions matrimoniales du droit spécial des libéralités qu'à empêcher l'application des règles du droit commun. Il ne s'agit pas plus d'assurer la validité des dispositions du régime matrimonial qu'à en préserver l'efficacité, en les soustrayant à la réduction, au rapport successoral, à l'imputation sur les droits légaux, aux causes légales de révocation, à l'indignité successorale, etc. Pourtant, le contexte successoral n'est pas l'unique terrain d'action de la fiction disqualificative. Elle agit aussi à l'aube de l'union matrimoniale et au cours du mariage, car elle consacre une notion autonome qui justifie l'existence d'un régime juridique propre. Phèdre n'a pas attendu de croire Thésée mort pour intriguer contre Hippolyte. Son mariage célébré, elle organisait activement la déchéance de son rival, moins pour assurer la pérennité de son nouveau statut que pour étouffer le secret amour qu'elle lui portait. Nul besoin d'attendre le décès pour organiser la protection des enfants contre les vellétés du conjoint. C'est dès la célébration du mariage que le droit doit prévoir le régime juridique applicable aux avantages matrimoniaux. Celui-ci doit donc être analysé hors du contexte successoral (**Chapitre premier**), puis dans le contexte successoral (**Chapitre second**).

Chapitre premier : Le régime juridique des donations entre époux et avantages matrimoniaux hors du contexte successoral

452. Pendant et après le mariage : unification des régimes juridiques ? L'évolution du régime juridique des avantages matrimoniaux favorise un alignement progressif sur les règles applicables aux libéralités. Dans le cadre successoral, le phénomène s'opère par une référence directe au droit des libéralités. Hors du contexte successoral, il s'effectue soit par un traitement symétrique des deux figures, comme en témoigne l'article 265 du Code civil ; soit par une modification du régime juridique des donations conjugales, comme le montre l'actuel article 1096 du Code civil. La concurrence semble s'atténuer : il importe peu d'opter pour une donation entre époux ou pour un avantage matrimonial si leurs sorts en cas de divorce sont scellés sur des bases identiques et s'ils sont tous deux irrévocables. Quelle est l'utilité de la fiction disqualificative si les régimes juridiques s'harmonisent ? Le phénomène fait peser une réelle menace sur la notion même d'avantage matrimonial, qui paraît dépourvue d'intérêt et source de complications inutiles. Pour autant, si les grandes lignes de force indiquent une tendance à l'identification, l'étude des détails révèle les subtilités de la distinction. L'irrévocabilité des donations entre époux est encore source de difficultés, alors que l'immutabilité de principe des avantages matrimoniaux est au contraire bien comprise. De même, la distinction qu'opère l'article 265 du Code civil entre les avantages matrimoniaux ne prenant effet qu'à la dissolution du régime matrimonial et ceux ayant déjà pris effet pose des difficultés de conceptualisation. Les évolutions récentes du régime juridique des donations entre époux et des avantages matrimoniaux doivent être explicitées : quelle est la place de la fiction disqualificative dans ce nouveau droit conjugal ?

Puisque les avantages matrimoniaux semblent préexister à la dissolution du couple et s'inscrire dans la vie du ménage, leur assimilation aux libéralités est facilitée. Celles-ci en effet peuvent être indépendantes de l'union matrimoniale, donc être prévues avant, pendant et après le mariage. Le droit a pris acte de cette spécificité. Il n'organise plus seulement le régime juridique des avantages matrimoniaux et les donations entre époux au moment du mariage ; il les prend désormais en considération pendant la vie matrimoniale. C'est à ces deux stades chronologiques que la fiction disqualificative doit être analysée. Le régime juridique des donations entre époux et avantages matrimoniaux devra donc être étudié au cours de l'union matrimoniale (**Section première**) et à l'issue de celle-ci (**Section seconde**).

Section première : Avantages matrimoniaux et donations entre époux au cours de l'union matrimoniale

453. Identité de régime ? Le régime juridique général des donations entre époux et avantages matrimoniaux au cours du mariage s'est longtemps caractérisé par une différence fondamentale : la stabilité apparente des conventions matrimoniales structurée par le principe d'immutabilité contrastait avec l'insécurité des donations conjugales librement révocables. Depuis la réforme du divorce du 26 mai 2004, le traitement de ces deux notions autonomes semble s'être unifié à de nombreux égards, si bien que l'on peut douter de l'utilité de la fiction disqualificative : pourquoi distinguer les notions au moyen d'une fiction si, finalement, les mêmes règles régissent les donations entre époux et les avantages matrimoniaux ? La question posée est donc celle des conséquences de la fiction disqualificative sur le régime juridique au cours du mariage. Si une appréhension primaire laisse apparaître une certaine identité de régime (**Paragraphe premier**), une étude approfondie révèle la persistance de divergences fondamentales qui justifient le maintien de la fiction disqualificative (**Paragraphe second**).

Paragraphe premier : L'harmonisation apparente des régimes juridiques

454. L'unification des régimes juridiques. Au cours de l'union, deux ensembles de règles reflètent l'harmonisation du traitement des donations entre époux et avantages matrimoniaux. D'une part, les notions obéissent à des logiques identiques lorsque l'un des conjoints fait l'objet d'une procédure collective (A). D'autre part, le nouveau principe d'irrévocabilité de l'article 1096 du Code civil tend à aligner les donations conjugales sur le droit commun des donations et à les rapprocher du droit commun des conventions ; la distinction avec les avantages matrimoniaux immuables s'en trouve nettement atténuée (B).

A. Avantages matrimoniaux et donations entre époux confrontés aux procédures collectives

455. L'implication du conjoint. Le rapprochement naturel des patrimoines conjugaux justifie que soit pris en compte le conjoint du débiteur pour la protection des intérêts des créanciers. Le droit commun se montre sévère à l'égard des libéralités intervenues dans un cadre familial¹, et le droit spécial des procédures collectives prévoit de nombreuses dispositions

¹ Par exemple, la fraude paulienne est applicable aux donations même si le donataire est de bonne foi : Cass. com., 24 janvier 2006, n° 02-15.295. D'une manière générale, l'action paulienne n'est pas subordonnée à la preuve de la complicité du tiers dans la fraude lorsqu'elle tend à la révocation d'un acte consenti par le débiteur à titre gratuit : Cass.

permettant de faire échec au contournement du droit des créanciers par l'entremise du conjoint. Libéralités entre époux et avantages matrimoniaux sont les outils privilégiés de ces modes de réduction du gage des créanciers. Longtemps, la présomption mucienne a permis aux créanciers de considérer les acquisitions du conjoint du commerçant en difficulté comme étant financées par des fonds issus de l'exploitation commerciale¹. Cette rigueur s'est aujourd'hui atténuée, mais toute méfiance n'a pas disparu : le mandataire ou l'administrateur judiciaire conserve une action en réunion d'actif à l'encontre du conjoint, s'il prouve que les biens acquis par celui-ci l'ont été avec des fonds fournis par le débiteur². Cette protection est spécifiquement prévue à l'encontre du conjoint, à l'exclusion de tout autre membre de la famille du débiteur³. De plus, en cas de confusion du patrimoine et d'exploitation en commun du fonds commercial, la procédure engagée peut être étendue au conjoint du débiteur⁴. Un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble du 6 février 1997 a d'ailleurs procédé à une application dévoyée de la notion d'avantage matrimonial en qualifiant comme tel la remise à l'épouse séparée de biens d'une importante somme d'argent⁵.

S'agissant de l'arrêt des poursuites de l'article L. 622-21 du Code de commerce, les droits que les créanciers du conjoint tirent du régime matrimonial ne sont pas modifiés, mais ils ne peuvent exercer de poursuite sur les biens communs que si les créanciers du débiteur y sont eux-mêmes autorisés⁶ et ne peuvent y inscrire de sûreté⁷.

456. Les nullités de la période suspecte. L'article L. 632-1, I, 1° du Code de commerce répute nuls « *tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou*

¹ 1^{ère} civ., 23 avril, 1981 : D. 1981, p. 395 ; Cass. com., 14 mai 1996 : Bull. civ. IV, n° 134. Contrairement aux autres actes : Cass. 1^{ère} civ., 27 juin 1984 : Bull. civ. I, n° 211.

² Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 sur les droits du conjoint d'un commerçant en état de faillite ou de règlement judiciaire. V. A. HONORAT, « Les incidences de la loi n° 65-570, 13 juill. 1965, sur les droits du conjoint d'un commerçant en état de faillite ou de règlement judiciaire » in « Études de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillac », Paris, Librairies techniques, 1968, p. 281 ; F. PEROCHON et R. BONHOMME, « Entreprises en difficulté – Instruments de crédit et de paiement », LGDJ, 2009, spé. n° 555.

³ Art. L. 624-6 Ccom.

⁴ Cass. com., 24 mai 2005, inédit, pourvoi n° 03-15.813. Sur les possibilités offertes au conjoint de se défendre : V. BREMOND, « Les moyens de défense de l'époux faisant l'objet d'une action en "réunion d'actif" », JCP N 2006, 1170.

⁵ V. par exemple : Cass. com., 15 mars 2005, Juris-Data, n° 2005-027606 ; JCP E 2005, 1789, note T. LEBON. Si ces conditions ne sont pas réunies, le conjoint peut faire l'objet d'une procédure qui lui est propre. Sur ces questions, v. N. COCQUEMPOT-CAULIER, « La protection du conjoint collaborateur... un leurre ! », JCP N 2002, 1586.

⁶ CA Grenoble, 6 févr. 1997 : Juris-Data n° 1997-041800. La qualification en avantage matrimonial n'était absolument pas nécessaire puisqu'il s'agissait uniquement de caractériser l'existence d'une confusion des patrimoines justifiant l'extension de la procédure. La Cour évoque donc à tort et inutilement un « *avantage matrimonial non causé* ».

⁷ Cass. ass. pl., 23 déc. 1994, Juris-Data n° 1994-002486 ; JCP N 1995, II, p. 423, note D. RANDOUX ; JCP E, II, 660, note P. PETEL ; D. 1995, jp. p. 145, rapp. Y. CHARTIER, note F. DERRIDA ; RJ com. 1995, p. 55, obs. M. STORCK ; Bull. Joly 1995, p. 271 ; PA 1^{er} mars 1995, p. 20, note F. DERRIDA ; Cass. com., 17 juin 1997, Juris-Data n° 1997-002952 ; RTD Civ. 1997, p. 709, obs. M. BANDRAC et P. CROCCQ. En pratique, cela contraint les créanciers du conjoint du débiteur à déclarer leurs créances afin de participer aux répartitions faites dans le cadre de la liquidation judiciaire : Cass. com., 14 mai 1996, Juris-Data n° 1996-001909 ; JCP E 1996, I, p. 584, n° 9, obs. P. PETEL ; PA 19 juill. 1996, p. 23, note B. SOINNE ; D. 1996, jp. p. 460, note F. DERRIDA.

⁸ Cass. com., 2 avr. 1996, Juris-Data n° 1996-001329 ; JCP E 1996, pan. 662, I, 584, n° 7, obs. P. PETEL. L'inscription reste possible sur les biens indivis : Cass. com., 20 juin 1995 : Bull. civ. 1995, IV, n° 170 ; JCP 1996, I, 3896, n° 8, obs. M. CABRILLAC ; *ibid.*, 3908, n° 1, obs. M. STORCK ; PA 17 avr. 1996, p. 11, note A. HONORAT

immobilière »¹. Si les libéralités sont naturellement concernées par ce texte, l'application aux avantages matrimoniaux est plus délicate dans la mesure où ils sont généralement perçus comme des actes onéreux. Cette certitude dépassée, il demeure que la fiction disqualificative limite ses effets à une requalification en donation ; elle n'empêche nullement le rattachement des avantages à la catégorie gratuite². En outre, la jurisprudence fait une interprétation extensive du texte et n'impose nullement une qualification spécifiquement libérale : la nature gratuite de l'acte suffit³. La nullité semble donc pouvoir s'appliquer à l'avantage résultant de la liquidation intégrale du régime matrimonial⁴. Il semble plus délicat d'impliquer les avantages particuliers, perçus dans une acception « bienfait ». Leur nature gratuite ou onéreuse ne peut se concevoir qu'au regard des autres dispositions du régime, ce qui aboutirait à considérer l'avantage « différence ». Cependant la jurisprudence a étendu le texte à des actes non-translatifs de propriété⁵, ce qui peut correspondre aux avantages-bienfaits, dans la mesure où ce qui est alors considéré est l'engagement du débiteur plus que son appauvrissement effectif. En toute hypothèse, l'avantage matrimonial peut être annulé sur le fondement de l'article L. 632-1, I, 2° qui évoque « *tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie* » ; cette disposition implique d'opérer un rapport d'équivalence d'ensemble du régime matrimonial, ce qui renvoie plutôt à l'avantage global ; cependant ce sont les dispositions du régime, et donc les avantages dits particuliers, qui seront annulés.

La réelle difficulté concernant l'application de la nullité de la période suspecte aux avantages matrimoniaux vient de ce que l'acte doit avoir été passé au cours de cette période. Il faut donc que le contrat de mariage ou la convention modificative prenne effet à l'égard des tiers après la cessation de paiement, peu important la date à laquelle interviendra la liquidation du régime. Or l'avantage global n'est exigible et ne se perçoit qu'à la dissolution de l'union. Pour

et C. HENRY.

¹ L. n° 85-98 du 25 janv. 1985. Art. 88 ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008. G. TEBOUL, « La transmission du patrimoine à titre gratuit : les nullités de la période suspecte » : Gaz. Pal. 2001, II, doctr. p. 1525 ; A. ARNAULT, « Les libéralités du débiteur en difficulté après la loi du 26 juillet 2005 », Dr. Fam. 2009, n° 21.

² V. *supra*, n° 132 et s.

³ V. par exemple les hypothèses de transfert de droit sans intention proprement libérale (ce qui n'exclut pas, selon nous, l'existence d'une intention gratuite) : cession par le débiteur de ses droits concernant l'exploitation d'une coupe de bois alors qu'aucun prix n'est stipulé : Cass. com., 29 mai 1968 : Bull. civ. 1968, IV, n° 173 ; D. 1968, somm. p. 114. Abandon sans contrepartie financière par une société de ses droits d'exploitation sur une parcelle de vigne en production du fait de la résiliation du bail : CA Reims, 1^{ère} ch. civ., 10 mars 1999, Juris-Data n° 1999-101198. Conservation par le bailleur du dépôt de garantie stipulé lors de la conclusion d'un contrat de location-gérance au moment de la résiliation de ce contrat : CA Montpellier, 27 avr. 2010 : Juris-Data n° 2010-014971. Constitution d'une hypothèque : Cass. civ., 22 août 1876 : S. 1877, I, p. 54 ; Cass. com., 3 mai 1955 : Bull. civ. 1955, III, n° 150 ; RTD com. 1955, p. 891, note R. HOUIN.

⁴ En ce sens : E. KERCKHOVE, « Changement de régime matrimonial et protection des créanciers de la "faillite" » : D. 1985, chron. p. 268 ; F. VAUVILLÉ, « Procédure collective et changement de régime matrimonial » : RJPF mars 1999, p. 6.

⁵ Par exemple un cautionnement gratuit : T. com. Riom, 6 nov. 1951 : RTD com. 1951, p. 801 ; T. com. Alger, 8 juin 1953 : RTD com. 1953, p. 809 ; Cass. com., 12 juin 1963 : Bull. civ. 1963, III, n° 298 ; RTD com. 1964, p. 159 ; Cass. com., 21 déc. 1966 : Bull. civ. 1966, III, n° 497 ; RTD com. 1967, p. 581 ; Cass. com., 25 févr. 1986 : D. 1986, IR,

obtenir la nullité, il faudrait donc que l'engagement soit manifestement déséquilibré, indépendamment de son application effective ; cette exigence exclut les stipulations réciproques. Pourrait par exemple être annulée une clause d'attribution intégrale de la communauté au profit du conjoint du débiteur. L'opportunité de cette nullité est cependant difficile à concevoir : puisqu'il convient d'attendre la dissolution du régime pour que l'avantage soit exigible, et donc l'atteinte aux droits des créanciers consommée, est-il vraiment nécessaire d'obtenir la nullité de tout ou partie du régime adopté ? Les créanciers sont-ils véritablement lésés dans cette hypothèse ? L'intérêt consisterait surtout à neutraliser les avantages prenant effet au cours du mariage qui réduisent la consistance du patrimoine du débiteur, telles des clauses de réalisation au profit du conjoint du débiteur. En définitive, l'opportunité et l'efficacité de la sanction commanderait de l'appliquer aux avantages-bienfaits perçus au cours du mariage ; mais l'actuelle rédaction de l'article L. 632-1 du Code de commerce n'est adaptée qu'à l'avantage-différence.

457. La perte du droit d'action sur les avantages. Aux termes de l'article L. 624-8 du Code de commerce : *« le conjoint du débiteur qui, lors de son mariage, dans l'année de celui-ci ou dans l'année suivante, était agriculteur ou exerçait une activité commerciale, artisanale ou toute autre activité professionnelle indépendante, ne peut exercer dans la procédure de sauvegarde aucune action à raison des avantages faits par l'un des époux à l'autre, dans le contrat de mariage ou pendant le mariage. Les créanciers ne peuvent, de leur côté, se prévaloir des avantages faits par l'un des époux à l'autre »*. L'opacité rédactionnelle de ce texte a été regrettée¹. La règle se présente comme une double contrainte pesant sur les créanciers et sur le conjoint du débiteur. Dans les deux cas, il s'agit d'empêcher l'exercice d'une action. La difficulté d'application vient de l'emploi du terme « avantage », souvent incompris. En réalité, dépourvu de qualificatif, le terme revêt une signification étendue qui le rend plus facile à appréhender. Il s'applique tant aux avantages matrimoniaux qu'aux libéralités entre époux, et plus largement à tout acte ou fait juridique conférant un avantage pendant le mariage². On comprend aisément que le conjoint puisse être privé du droit de réclamer une libéralité, qui aurait pour effet d'appauvrir le débiteur. En revanche, l'application aux avantages matrimoniaux révèle les limites de la règle elle-même.

p. 241, obs. HONORAT.

¹ « La proposition demeure très défectueuse. On la lira et la relira sans pouvoir décider qui, du débiteur ou de son conjoint, revêt, selon ses prévisions, la qualité de commerçant, d'artisan, d'agriculteur ou de professionnel indépendant » : H. LECUYER, « La loi de sauvegarde, article par article (1^{ère} partie) », PA 8 févr. 2006, n° 28 p. 68.

² Certains auteurs interprètent pourtant strictement cet article et estiment qu'il ne concerne pas les avantages matrimoniaux : M. STORCK, J-Cl. Com., Fasc. 3170.

458. Application aux avantages matrimoniaux. S'agissant de l'avantage-différence dit global, il n'est exigible qu'à la dissolution du régime matrimonial. Il faudrait donc, pour que le conjoint soit lui-même créancier de l'avantage matrimonial, que le régime soit dissout au cours de la procédure de sauvegarde, de redressement, ou de liquidation judiciaire. L'union matrimoniale n'est alors plus « en cours », sauf si les époux liquident leur régime matrimonial lorsqu'ils en changent. Mais dans ce dernier cas, la liquidation effective n'est pas systématique¹ et encore faudrait-il que le conjoint réclame l'avantage qui en est issu. Une telle situation peut exister, mais elle se retrouvera principalement si les époux souhaitent volontairement organiser l'appauvrissement du débiteur. Cette connivence dispensera l'époux devenu créancier de l'exercice d'une action, puisque le débiteur l'exécutera dans son propre intérêt. Ainsi la règle sera-t-elle dépourvue de portée. Ce n'est que si le comportement du débiteur contraint le conjoint à agir pour réclamer l'exécution de l'obligation que la protection des créanciers offerte par l'article L. 624-8 du Code de commerce sera effective.

S'agissant des avantages-bienfaits particuliers, ils sont pareillement soumis à la paralysie de l'action en revendication. La distinction opérée par le texte entre les avantages effectués pendant le mariage et par contrat de mariage peut être analysée comme visant d'une part les avantages matrimoniaux et d'autre part les donations entre époux et autres actes indépendants du régime matrimonial. À l'aune de la réforme du 26 mai 2004, il est tentant de raisonner par analogie avec la distinction réalisée par le nouvel article 265 du Code civil. En tout état de cause, il ne peut s'agir que d'un avantage dont l'exécution est susceptible d'être réclamée. Une difficulté se pose alors ; l'effet des conventions matrimoniales est direct pour les règles relatives à la qualification d'un bien ; l'avantage-bienfait qui en résulte n'a pas nécessairement besoin d'être réclamé. L'époux qui recevra le bien en propre pourra s'en saisir sans avoir besoin de demander l'exécution de l'obligation. Il n'agira en réclamation que si le bien est demeuré en la possession de son conjoint, hypothèse délicate à concevoir s'agissant d'un couple vivant sous le même toit

459. Une portée limitée. En définitive, la règle de l'article L. 624-8 du Code de commerce est d'une faible efficacité dans la mesure où elle ne fait pas échec au droit mais se contente de paralyser l'exercice d'une action tendant à en réclamer l'exécution. Les époux ont doublement intérêt à organiser de concert la transmission par avantage au profit du conjoint : d'une part l'exécution par le débiteur de son obligation permettra de faire échec à la règle protectrice des créanciers ; d'autre part elle rendra pleinement efficace la protection offerte au conjoint. La règle est conçue comme une mise en concurrence de deux ensembles de personnes

¹ Il n'y aura pas de liquidation si les époux passent d'une communauté légale à une communauté universelle. Cependant le commerçant en procédure collective aura plutôt tendance à choisir un régime moins participatif, telle la séparation de biens.

liées au débiteur : le conjoint et les créanciers. Le conjoint est ici perçu comme une menace pour les créanciers, car il peut lui-même disposer d'une créance contre le débiteur principal. Or la connivence naturelle qu'il entretient avec celui qui fait l'objet d'une procédure collective prive d'effet la protection ainsi offerte aux créanciers : le conjoint n'a pas besoin d'exercer une action dans la procédure si le débiteur exécute son engagement par lui-même, ce qu'il aura tout intérêt à faire s'il souhaite protéger son patrimoine. La perte du droit d'action à l'encontre des avantages n'est protectrice des intérêts des créanciers que si le conjoint n'agit pas de connivence avec le débiteur. Tel sera le cas lorsque la dissolution aura lieu par divorce : le conjoint bénéficiaire d'un avantage globalement déterminé par application des règles du régime matrimonial cherchera ses propres intérêts ; la plausible résistance que formera le débiteur obligera alors son ex-époux à demander en justice l'exécution de l'obligation. En revanche, la règle est très protectrice des intérêts du débiteur, puisqu'il peut conférer à son conjoint des avantages, sous forme libérale ou autre, sans que les créanciers ne puissent y faire échec. L'absence totale de jurisprudence sur ce fondement est révélatrice de l'atonie de la règle. En pratique, elle bénéficie surtout au conjoint et donc à son allié, le débiteur.

B. L'alignement du droit des donations conjugales sur le droit commun des donations

460. L'ancestrale révocabilité *ad nutum*. Jusqu'à la réforme du divorce du 26 mai 2004¹, le conjoint donateur disposait d'une faculté discrétionnaire de revenir sur son engagement et de remettre ainsi en cause tous les effets de la gratification². La force du principe était telle que le droit de révoquer s'analysait en une prérogative strictement attachée à la personne, imprescriptible, insusceptible d'abus et d'ordre public³ : si le droit ne se transmettait pas aux héritiers du donateur, il pouvait cependant être exercé à l'encontre des héritiers du donataire⁴. La nécessité de préserver cette liberté révocatoire impliquait une série de dispositions « satellites » destinées à en assurer l'effectivité. Ainsi les donations déguisées ou faites par personnes interposées étaient-elles prohibées entre époux⁵, leur caractère occulte pouvant aboutir à priver le donateur de la faculté de revenir sur son engagement⁶. Le Code civil édictait en outre des

¹ Pour une étude des donations entre époux avant la réforme du 26 mai 2004, v. C. RIEUBERNET, « Les donations entre époux – étude critique », thèse Toulouse 1997.

² L'alinéa premier de l'ancien article 1096 du Code civil disposait que « *Toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, seront toujours révocables* ».

³ Le disposant ne pouvait donc renoncer à cette faculté : Cass. civ. 22 juill. 1846 : DP 1846, I, p. 300 ; Cass. req., 16 avril 1850 : DP 1850, I, p. 152 ; Cass. req., 22 janv. 1873 : DP 1873, I, p. 473 ; S. 1873, I, p. 57 ; Cass. 1^{ère} civ., 26 févr. 1952 : Bull. civ. I, n° 85 ; Cass. 1^{ère} civ., 25 avril 1989 : Bull. civ. I, n° 167 ; Defr. 1989, art. 34568, note G. MORIN ; JCP 1989, II, 21370, obs. E.-S. de LA MARNIÈRE.

⁴ CA Rennes, 6 déc. 1878 : DP 1879, II, p. 117 ; CA Toulouse, 20 mai 1886 : DP 1887, II, p. 40.

⁵ L'article 1099 alinéa 2 du Code civil dans sa rédaction antérieure à la réforme du 26 mai 2004 disposait que « *Toute donation, ou déguisée, ou faite à personne interposées, sera nulle* ».

⁶ D'une part révoquer la donation impliquait de prouver son existence, ce qui était parfois délicat, notamment dans

présomptions d'interposition de personnes¹ et prohibait les donations mutuelles et réciproques réalisées dans un même acte². La donation entre époux était donc à juste titre perçue comme « *un contrat qui n'engage à rien* »³. La révocabilité *ad nutum* éloignait les donations conjugales du droit commun des donations, caractérisées par une irrévocabilité renforcée, mais aussi du droit commun des conventions qui consacre le *mutuus dissensus*. La fiction disqualificative de l'article 1527 du Code civil avait ainsi pour but de préserver l'effet des conventions matrimoniales, par nature immuables, de cette instabilité.

461. La nécessité d'une réforme. À la suite de nombreux commentateurs, Madame RIEUBERNET a démontré en 1997 que les raisons qui justifiaient traditionnellement la révocabilité *ad nutum* étaient en net déclin⁴. Historiquement, les donations conjugales sont innervées par l'idée de méfiance. En droit romain, la loi *Cincia* de 204 avant J-C excluait les époux de la contrainte de respecter un seuil maximal pour toute transmission à titre gratuit : les donations entre époux étaient donc *a priori* favorisées, mais la prédominance du mariage *cum manu* les rendait quasiment inutiles puisque la personnalité juridique de l'épouse était pratiquement absorbée par celle du mari⁵. Sous Auguste, la tombée en désuétude des mariages *cum manu* et la multiplication des divorces et répudiations ont abouti à une prohibition pure et simple des donations conjugales par *jus non scriptum*⁶. Dans l'ancien droit français, certains pays

l'hypothèse d'une interposition de personnes. D'autre part l'acte apparent n'était pas lui-même librement révocable. Sur les fondements possibles de la prohibition, v. C. RIEUBERNET, *op. cit.*, p. 84.

¹ Article 1100 ancien du Code civil : « *Seront réputées faites à personnes interposées, les donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des enfants de l'autre époux issu d'un autre mariage, et celles faites par le donateur aux parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire* ».

² Article 1097 ancien du Code civil. La même considération préside à la prohibition des testaments conjonctifs de l'article 968 du Code civil. V. H. LEPINGLE, « Les libéralités mutuelles et réciproques », thèse Rennes, 1938 ; P. VOIRIN, « Donations mutuelles entre époux et clause de réversibilité », JCP 1963, I, 1809.

³ J. FLOUR et H. SOULEAU, « Les libéralités », Paris, Armand Colin, 1982, n° 446.

⁴ C. RIEUBERNET, *op. cit.*

⁵ Ainsi « *La donation était impossible en soi puisqu'on ne saurait lui assigner aucun effet imaginable. La femme ne pouvait rien donner au mari, car elle n'avait rien ; le mari ne pouvait rien donner à la femme ; en effet, il se serait donné à lui-même puisque toute chose acquise par la femme appartenait au mari* » : M. de SAVIGNY, « Traité de Droit romain », tome IV, § 162. Dans les autres formes de mariage, il fallait à la femme sui juris l'autorisation de son tuteur pour faire donation à son mari.

⁶ « *À cette époque, les dérèglements des mœurs et les scandales du divorce s'étaient accrus à un point tel que la menace d'une séparation était souvent pour un époux le moyen d'obtenir de l'autre des donations considérables* » : G. PELISSIE DE CASTRO, « Des donations entre époux en droit romain. Du don manuel en droit français », thèse Toulouse 1884. Ulpian craignait que « *les époux pussent se dépouiller inconsidérément par l'excès de leur affection* » ; selon Paul, « *il ne fallait pas que l'éducation de leurs enfants ne fût pas le plus grand soin des époux* » ; Sextus Caecilius ne voulait pas que « *les mariages fussent brisés quand le plus riche ne donnait pas, et qu'ainsi le lien du mariage devînt vénal* ». Les rares exceptions s'expliquaient par des considérations tenant aux personnes (empereurs), à l'objet de la donation (fruits et intérêts tirés d'un bien ; donations de biens à venir), ou aux mobiles de la libéralité (donations rémunératoires). V. aussi L. BONNET, « Des donations entre époux en droit romain et en droit français », thèse Paris 1875 ; G. HAMZA « Les motifs de la prohibition de la donation entre époux en droit romain et l'hypothèse sur son origine », in « Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'Antiquité à nos jours », dir. R. GANGHOFER, presses universitaires de Strasbourg, 1992 ; A. SAUVALLE, « Des donations entre époux en droit romain. Étude sur la forme des libéralités entre vifs en droit français », Rousseau, Paris 1875. La prohibition était « *justifiée par l'absence présumée de consentement sérieux* » : C. TIMBAL, « Droit romain et ancien droit français »,

de coutumes étaient favorables à la validité et même à l'irrévocabilité des donations entre époux¹, alors que les pays de droit écrit les prohibaient, mais les validaient rétroactivement si le disposant décédait sans les avoir révoquées. Le Code Napoléon a fait « œuvre de transaction entre l'ancien droit et le droit révolutionnaire »² en autorisant les donations entre époux mais en les déclarant librement révocables. Le but était de protéger le donateur contre ses entraînements irréfléchis, les abus d'influence et l'ingratitude du donataire³. Il s'agissait aussi de préserver l'épouse donatrice des abus d'autorité de son mari et d'assurer la conservation des biens dans les familles⁴.

Ces justifications traditionnelles n'ont pas résisté aux évolutions sociologiques et juridiques de la famille : l'évolution de la place du conjoint dans les familles et la prédominance du modèle de la famille nucléaire ont abouti à des modifications majeures⁵. Si l'immutabilité a parfois été avancée au soutien du maintien de la révocabilité *ad nutum* des donations conjugales⁶, cet argument n'a pas convaincu en raison du déclin de ce principe. La réforme s'imposait d'autant plus que la règle avait un domaine et un régime incertains⁷ : étendue aux donations effectuées en faveur du mariage⁸, elle ne concernait ni les donations par contrat de mariage, ni les présents d'usage⁹, ni les donations rémunératoires¹. Les exigences quant à la forme de la révocation

Précis Dalloz 2^{ème} éd. 1975, n° 414.

¹ POTHIER distinguait quatre ensembles de coutumes : prohibant toutes les donations entre époux pendant le mariage ; ne prohibant que des donations de biens présents ; validant les donations entre époux si le disposant ne les avait révoquées avant sa mort ; autorisant les donations conjugales et les considérant irrévocables. V. POTHIER, « Traité des donations entre mari et femme », 1776, p. 653 et s.

² C. RIEUBERNET, *op. cit.*, p. 16. La Révolution, dans une logique de rupture totale avec le droit de l'Ancien Régime, avait abrogé les lois antérieures. Il en résultait, même si cela n'était point établi explicitement par les textes, que les donations entre époux demeuraient licites et devenaient irrévocables (loi 17 nivôse an II) : TROPLONG, « Droit civil expliqué. Traité des donations entre vifs et des testaments », Vol. 27, C. Hingray, 1855.

³ P.- A FENET, « Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil », t. 12, p. 645 et s. . Selon JAUBERT, la règle était indispensable « pour qu'un époux qui aurait tout donné ne soit pas exposé au mépris et à l'abandon ; pour ne pas introduire entre les époux, qui se doivent toute leur affection, des vues d'intérêt et de séduction » (Rapport à l'Assemblée générale, 9 Floréal An 11) ; SIMÉON justifiait la révocabilité par la méfiance à l'égard du conjoint : « Le conjoint survivant, quelque étroit que fût le lien qui l'unissait avec le défunt, appartient à une famille étrangère ». Il fallait éviter que l'époux, qui n'était point héritier, tente d'accaparer le patrimoine de son conjoint en profitant de l'état de faiblesse dans lequel le plongeaient ses sentiments. La protection des biens de la « vraie » famille, celle du sang, était indispensable.

⁴ Ce qui justifiait en outre une quotité disponible entre époux plus réduite que celle de droit commun et des droits successoraux moins élevés pour le conjoint survivant.

⁵ Augmentation du taux de quotité disponible spéciale, diminution des cas de retour légal (art. 747 anc. Cciv.), attributions préférentielles au conjoint survivant (art. 832 et s.) ; amélioration progressive de la situation successorale du conjoint survivant (aujourd'hui réservataire!) ; égalité juridique des époux ; disparition de l'incapacité de la femme mariée (L. 18 févr. 1938), etc.

⁶ En ce sens : R. SAVATIER, « De la portée et de la valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales », RTD Civ. 1921, p. 93 ; G. CORNU, « Le contrat entre époux. Recherche d'un critère général de validité », RTD Civ. 1953, 466 ; P. JULIEN, « Les contrats entre époux », LGDJ 1962, n° 55 ; M. EECKHAUTE, « De la forme de la révocation des donations entre époux par la volonté unilatérale du donateur et du sort de la révocation des donations entre époux contenues dans un acte nul », RTD Fam. 1981, p. 381 ; H., L. et J. MAZEAUD, « Leçons de droit civil. Successions et libéralités », Montchrestien, 4^{ème} éd. 1982 par A. BRETIN, n° 1543 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, « Les régimes matrimoniaux », Paris, Armand Colin, 2001, 2^{ème} éd., n° 196.

⁷ C. RIEUBERNET, *op. cit.*, p. 29.

⁸ Cass. 1^{ère} civ., 21 juill. 1987 : Bull. civ. I, n° 243 ; Defr. 1987, art. 34120, p. 1506, note G. CHAMPENOIS.

⁹ Cass. 1^{ère} civ., 30 déc. 1952 : JCP 1953, II, 7175, obs. J. MIHURA ; Defr. 1953, art. 24147, note J. CARBONNIER ; RTD Civ. 1955, p. 360, obs. R. SAVATIER ; Cass. 1^{ère} civ., 15 oct. 1963 : Bull. civ. I, n° 433 ; Cass. 1^{ère} civ., 6 déc. 1988 : Bull. Civ. I, n° 347, JCP N 1989, II, 305, obs. G. VENANDER ; Defr. 1989, art. 34492, n° 35, note G.

semblaient contradictoires : la jurisprudence autorisait les révocations tacites² mais exigeait la forme solennelle pour la révocation expresse, même lorsque la donation n'était pas notariée³. En outre, le sort de la faculté de révocation à l'issue du mariage était incertain⁴. Les conséquences de la règle étaient de surcroît décriées : la révocabilité offrait un réel droit de repentir au donateur et menaçait la sécurité du commerce juridique.

462. Le volte-face limité de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004⁵. De prime abord, le nouvel article 1096 du Code civil se présente comme le contre-pied de l'ancienne révocabilité *ad nutum*, puisque le principe est celui de l'irrévocabilité des donations de biens présents entre époux. En réalité, cette règle souffre de nombreuses exceptions et le texte est très lacunaire. Si la suppression de la révocabilité *ad nutum* était sollicitée, elle est intervenue par un texte réformant le divorce. Le législateur a saisi l'occasion de modifier l'article 1096 du Code civil car il le savait apte à neutraliser les objectifs poursuivis par la loi du 26 mai 2004⁶. À quoi bon tenter de pacifier le divorce⁷ si les époux restent armés d'une faculté discrétionnaire de révocation ? Pourquoi poser comme principe que le divorce est sans effet sur les donations de biens présents si celles-ci restent librement révocables par la volonté du donateur ? Indispensable, l'irrévocabilité des donations

CHAMPENOIS.

¹ Parce qu'elles ne sont pas juridiquement perçues comme des libéralités. Cela impliquait donc une réflexion sur les circonstances de la gratification. V. cependant la proposition de loi n° 1634, AN séance du 10 avril 1980 consistant à faire échec à la révocation sans s'interroger sur la nature réelle de l'acte.

² Par incompatibilité matérielle ou juridique. La révocation tacite pouvait être partielle : Cass. 1^{ère} civ., 18 janv. 1965 : Bull. civ. I, n° 44 ; RTD Civ. 1965, p. 843, obs. R. SAVATIER. Elle pouvait résulter de l'aliénation du bien donné : Cass. civ., 9 juin 1830 : D. Jur. Gén., v° *Dispositions entre vifs et testamentaires*, n° 2414 ; Cass. civ. 16 juin 1857 : DP 1857, I, p. 284. La demande en nullité de la donation déguisée impliquait nécessairement la volonté de révoquer : Cass. 1^{ère} civ., 29 févr. 1984 : Bull. civ., I, n° 82 ; Defr. 1985, art. 33501, note A. BRETON ; JCP N 1984, prat. 9214, p. 612 ; Cass. 1^{ère} civ., 21 juill. 1987 : Bull. civ. I, n° 243 ; Defr. 1987, art. 34120, note G. CHAMPENOIS. Les juges du fond appréciaient souverainement l'intention révocatoire : Cass. req., 26 nov. 1906 : D. 1907, I, p. 76 ; CA Versailles, 8 oct. 1985 : Gaz. Pal. 1986, II, somm. 284, dont pourvoi : Cass. 1^{ère} civ., 19 janv. 1988.

³ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juill. 1947 : D. 1947, p. 501, note G. RIPERT ; JCP 1948, II, 4147, obs. R. SAVATIER ; CA Paris, 17 mai 1973 : Gaz. Pal. 1973, II, p. 897, note D. MARTIN ; D. 1973, p. 625, note Ph. MALAURIE ; RTD Civ. 1974, p. 181, obs. R. SAVATIER ; un incertitude persistait sur ce point depuis la loi n° 66-1012 du 28 décembre 1966 allégeant le formalisme des acte notariés.

⁴ Dans l'hypothèse d'un divorce pour faute, la jurisprudence avait retenu que la donation maintenue au bénéfice de l'époux victime conservait ses caractères, donc restait librement révocable : Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 1979 : Bull. Civ. I, n° 154 ; D. 1980, IR 77, note A. BÉNABENT ; Cass. 1^{ère} civ., 4 févr. 1992 : Bull. civ. I, n° 40 ; JCP 1992, I, 3604, n° 5, obs. F.-X. TESTU ; RTD Civ. 1992, p. 371, obs. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER ; JCP N 1993, II, 45, note J. HERAIL ; CA Paris, 17 mai 1973, précit.. Les solutions n'étaient pas aussi certaines pour les autres hypothèses de divorce : v. C. RIEUBERNET, *op. cit.*, p. 60. V. aussi A. DEPONDT, « Le sort des libéralités maintenues après le divorce », Defr. 1986, art. 33778, p. 908.

⁵ Sur ce sujet, v. notre mémoire de recherche de Master II : Q. GUIGUET-SCHIELÉ, « L'irrévocabilité des donations de biens présents entre époux », Toulouse, 2008. V. également : L. BLOCH, « Révocabilité ou irrévocabilité des donations dans le couple ? » PA 2005, n° 171.

⁶ En ce sens : F. SAUVAGE, « Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux (à propos de la loi du 26 mai 2004 portant réforme du divorce) », Defr. 2004, n° 21, art. 38038, p. 1425, n° 12 et s.

⁷ Tel est l'objectif affiché du législateur de 2004. Il a ainsi instauré le divorce accepté (art. 233 et 234 Cciv.), remplacé le divorce sur requête conjointe par le divorce par consentement mutuel (art. 230 à 232 Cciv.). Il est toujours loisible aux époux de bifurquer en cours de procédure vers un fondement moins contentieux, mais pas l'inverse. Les parties sont en outre responsabilisées et mises à contribution dans le règlement des effets du divorce, qui peut se faire à tout

entre époux n'a pas bénéficié du débat qu'elle méritait ; il en a résulté de nombreuses imperfections, pour partie corrigées par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006. Par exemple, aucune disposition transitoire n'a été prévue pour l'application du nouvel article 1096 du Code civil, alors qu'il en existait pour les dispositions relatives au divorce (article 33-II de la loi)¹. Une fois que la loi de 2006 eut complété cette insuffisance², on perçut une limite conséquente au principe : la loi n'a pas d'effet rétroactif sur ce point et toutes les donations consenties avant le 1^{er} janvier 2005 demeurent librement révocables³.

La question des clauses de réversibilité d'usufruit restaient également en suspens. Juridiquement perçues comme des donations à terme de biens présents⁴, elles devenaient irrévocables, ce qui était inopportun au regard de la spécificité du terme, qui est ici le décès. La loi du 23 juin 2006 a précisé que seules les donations de biens présents prenant effet au cours du mariage sont irrévocables, ce qui marque une autre limite conséquente au principe d'irrévocabilité⁵. Outre les donations de biens à venir, qui demeurent librement révocables, le maintien des causes légales de révocation que sont l'ingratitude et l'inexécution des charges et conditions⁶ créé autant de limites au volte-face opéré en 2004. Ces causes de droit commun

moment par une convention soumise à l'homologation du juge.

¹ Lacune qui est passée pour le symptôme que la réforme envisageait l'irrévocabilité seulement que sous l'angle du divorce, négligent les aspects patrimoniaux : Cl. BRENNER, « Brèves observations sur la révocation des donations entre époux », Defr. 2005, art. 38084. Sur les propositions de solution, v. notamment B. BEIGNIER et M. NICOD, « Donations entre époux : d'un droit à l'autre », Defr. 2005, art. 38104, p. 265 ; D. VIGNEAU, « Donation entre époux : quel droit ? », D. 2005, n° 15, p. 980.

² L'article 47 III de la loi de 2006 a retenu le principe de survie de la loi ancienne, solution sans doute justifiée par la nature contractuelle de la donation, qui justifie le maintien de la loi ancienne pour les engagements conclus sous son empire. Cela semble contestable dans la mesure où la donation de biens présents est en règle générale un contrat à exécution instantanée et n'est donc plus « en cours ».

³ Il semble cependant que le caractère d'ordre public de cette révocabilité ait disparu : les parties peuvent s'entendre pour rendre la donation irrévocable. Sur cette question, v. : « Couples, patrimoines – Les défis de la vie à deux : 106^{ème} Congrès des notaires de France », Bordeaux, 30 mai-2 juin 2010, Paris, ACNF, 2010, n° 3487.

⁴ Pour une réaffirmation récente de cette analyse : Cass. ch. mixte, 8 juin 2007 : Bull. civ. ch. mixte n° 6 ; D. 2008, p. 812, obs. C. DELAPORTE-CARRE ; RTD Civ. 2007, p. 588, obs. Th. REVET et p. 605, obs. M. GRIMALDI ; Defr. 2007, p. 1688, obs. A. CHAPPERT ; Dr. Fam. 2007, comm. 151, note B. BEIGNIER ; AJ. Fam. 2008, p. 353, obs. F. BICHERON ; RDC 2007, p. 1166, obs. I. DAURIAC ; JCP N 2007, 761, rapp. G. RIVIERE ; JCP 2007, II, 10130, note G. GOUBEUX ; JCP 2007, act. 285, obs. F. JULIENNE ; RJPF n° 7-8, juillet-août 2007, p. 29, analyse S. VALORY. V. cependant : N. PETRONI-MAUDIERE, « Pour une nouvelle analyse de la clause de réversibilité d'usufruit insérée dans une donation », Defr. 2006 n° 7, p. 549 ; S. DURAND, « L'usufruit successif », thèse Defr. Coll. Doctorat et notariat, t. XIV ; C. FARGE, « La clause de réversibilité d'usufruit : une technique souple à la disposition des praticiens », Defr. 2005, art. 3249. *Contra* : Cass. com., 2 déc. 1997, n° 96-10.072 : Bull. civ. IV, n° 318. *Contra* antérieurement : Cass. 1^{ère} civ., 20 avril 1983, n°82-10.848 : Bull. civ. I, n° 124 ; Defr. 1983, art. 33158, n°109, obs. G. CHAMPENOIS ; Defr. 1985, art. 33609, note M. GRIMALDI ; JCP 1984, II, 20257, note E.-S. DE LA MARNIÈRE ; JCP N 1985, II, p. 30, note Ph. RÉMY ; D. 1986, p. 31 (même note) ; RTD Civ. 1984, p. 49, obs. J. PATARIN. V. aussi J.-F. PILLEBOUT, « Les clauses de contrat de mariage et de réversion d'usufruit ou de rente viagère après la réforme du divorce », JCP N 2005, 1246.

⁵ Sur la réversion d'usufruit, v. F. SAUVAGE, « Libre propos sur les récentes tribulations de la réversion d'usufruit entre époux (Vraie donation de biens présents ou fausse donation de biens à venir ?) », Defr. 2007, art. 38656, p. 1340.

⁶ Selon l'article 953 toujours en vigueur, « la donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants ». Ce dernier cas n'est point envisageable dans les donations entre époux (article 1096 al. 3), sauf « si l'enfant né après la donation n'est pas issu du mariage de l'époux donateur avec le donataire » : CA Paris, 23 juin 1986 ; JCP, 1987, II, 20785, obs. J.-F. MONTREDON.

retrouvent même une franche vigueur puisqu'elles deviennent les seuls fondements possibles pour une révocation des donations conjugales entre vifs¹.

Enfin, la sanction du non-respect de l'irrévocabilité demeure très insatisfaisante : si la donation contient des clauses de révocation, celles-ci entraînent *a priori* la nullité de l'acte dans son ensemble². Cela permet au donateur qui souhaite reprendre son bien d'y parvenir en se prévalant de sa propre turpitude. Le donataire se trouve bien démuné : soit il ne conteste pas la clause de révocabilité et doit en subir le plein effet ; soit il la conteste et s'expose à la nullité de l'acte. Ainsi, « grâce à la nullité de la donation, le donateur reprend les biens donnés, et accomplit ainsi le but que la loi voulait interdire »³. Le régime des clauses abusives paraît ici plus approprié : réputée non-écrite, la clause de révocation serait inefficace mais la donation produirait pleinement son effet⁴.

463. Les deux oublis majeurs de la réforme du 26 mai 2004⁵. D'une part, malgré la levée de la prohibition des donations déguisées entre époux, l'article 1099-1 du Code civil a été maintenu. Si, comme le prescrit ce texte, lorsqu'un époux remet à l'autre une somme d'argent servant à acquérir un bien, la donation n'est que des deniers, c'est afin d'éviter d'y voir une donation déguisée du bien et de privilégier la qualification de don manuel portant sur la somme d'argent. Cette précaution peut paraître aujourd'hui superflue. Cependant le texte dispose aujourd'hui d'une nouvelle utilité. Au moyen d'une fiction sur l'objet de la donation, il préserve la propriété du donataire sur le bien acquis en le protégeant contre le droit de suite des créanciers du donateur. Il permet également au donataire, si la libéralité devait être annulée ou révoquée, de conserver le bien et de n'en restituer que le prix. D'autre part, le maintien de l'article 947 du Code civil surprend au regard du nouveau principe d'irrévocabilité. En soustrayant les articles 943 à 946 du Code civil aux donations conjugales, ce texte autorise les donations de biens à venir mais permet l'inclusion de conditions purement potestatives dans les donations de biens présents, ce

¹ Elles étaient très peu utilisées pour les donations entre époux avant 2004, puisque la révocabilité *ad nutum*, discrétionnaire, était plus aisée à mettre en œuvre.

² Cette solution est valable pour toutes les donations entre vifs, pas simplement pour les donations conjugales : Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 1986, n° 84-12.796 : Bull. civ. I, n°280 ; Defr. 1987, art. 34056, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD Civ. 1987, p. 753, obs. J. MESTRE : « *Le principe de l'irrévocabilité des donations interdit tout pacte affectant celle-ci d'une condition même simplement potestative, la violation de cette prohibition est sanctionnée par la nullité de la donation elle-même et non pas seulement de la condition* ». La nullité semble être absolue : CA Lyon, 8 févr. 1867 : DP 1867, II, p. 154 ; S. 1867, II, p. 143.

³ Ph. MALAURIE, « Les successions. Les libéralités », Paris, Defrénois, 5^{ème} éd. 2012, n° 431, p. 230.

⁴ Cependant ce débat concerne le droit commun des donations et pas exclusivement la donation entre époux. La clause de non-divorce ne semble pas emporter la nullité de la donation dans son ensemble : v. *infra*, n° 487.

⁵ On notera également l'oubli de la suppression de l'article 1832-1 du Code civil : « *Les avantages et libéralités résultant d'un contrat de société entre époux ne peuvent être annulés parce qu'ils constitueraient des donations déguisées entre époux, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique* » : v. F. SAUVAGE, art. précit., n° 17. Cet oubli est cependant sans conséquence majeure.

qui peut s'analyser en une faculté conventionnelle de révocation contraire au nouvel article 1096 qui semble être d'ordre public¹.

464. L'utilité persistante de la fiction disqualificative ? D'une part les donations déguisées entre époux ne sont plus prohibées. La fiction disqualificative n'apparaît donc plus comme une protection contre une éventuelle action en nullité². D'autre part, en posant un principe d'irrévocabilité des donations de biens présents, le nouvel article 1096 du Code civil rapproche le traitement juridique des donations entre époux de celui des avantages matrimoniaux qui procèdent du régime matrimonial par nature immuable. Il est courant d'énoncer que les deux figures sont aujourd'hui irrévocables par principe et révocables par exception. Le rôle de la fiction disqualificative s'en trouve amoindri. Il demeure cependant fondamental, car l'immutabilité n'est pas l'irrévocabilité. La distinction de régime juridique entre les donations conjugales et les avantages matrimoniaux en cours d'union persiste.

Paragraphe second : La distinction persistante des régimes juridiques

465. Immutabilité et irrévocabilité³. Si elles aboutissent pareillement à stabiliser une situation juridique et à limiter le pouvoir de la volonté, l'immutabilité et l'irrévocabilité ne sont pas pour autant des notions synonymes. L'immutabilité dispose d'un domaine large et empêche toute modification, même minime ; l'irrévocabilité a un champ opérationnel plus restreint en ce qu'elle interdit de remettre en cause un acte juridique. Pour bien comprendre les nuances de ces deux règles distinctes, il convient de croiser leurs domaines respectifs, en confrontant, d'une part, l'immutabilité aux donations entre époux (A) et, d'autre part, l'irrévocabilité aux avantages matrimoniaux (B). L'efficacité de la fiction disqualificative, gardienne de la distinction des régimes juridiques, pourra ainsi être pleinement révélée.

A. Immutabilité et donations entre époux

466. Historique. Il existe traditionnellement un lien très marqué entre la prohibition ou la libre révocabilité des donations entre époux, d'une part, et l'immutabilité des conventions matrimoniales, d'autre part. Les mêmes justifications présidaient à ces règles : protéger la famille

¹ Sur cette question, v. *infra*, n° 471 et s., 474, 476, 553

² Son efficacité sur ce point était déjà limitée par la position de la jurisprudence qui, en toute hypothèse, refusait de voir le régime matrimonial comme un acte secret susceptible de servir de support à une donation déguisée : Cass. 1^{ère} civ., 16 déc. 1975 : Defr. 1976, art. 31284, note G. MORIN.

³ « L'irrévocabilité n'est pas l'intangibilité » : W. DROSS, « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-elle ? », RTD Civ. 2001, n° 1, p. 25.

du conjoint perçu comme étranger (le mariage est alors un contrat entre deux familles¹), éviter les abus d'influence de l'un des époux sur l'autre (protéger les époux d'eux-mêmes) et sécuriser les droits des créanciers du couple. L'immutabilité était perçue dans l'ancien droit français comme une mesure protectrice de la prohibition des donations entre époux, et au XIX^{ème} siècle comme le moyen d'assurer l'effectivité de la révocabilité *ad nutum*². Ce n'est que progressivement qu'a émergé l'idée inverse d'une révocabilité au service de l'immutabilité³. L'apparition du principe d'immutabilité remonte au XVI^{ème} siècle⁴. Alors que certains pays de droit écrit autorisaient la modification des conventions matrimoniales pour permettre aux époux de constituer ou d'augmenter une dot, la jurisprudence du Parlement de Paris a imposé une intangibilité des dispositions du contrat de mariage pour préserver les familles de l'influence du conjoint. En 1804, le Code Napoléon a repris le principe à l'article 1396 al. 3. L'Histoire elle-même témoigne donc de la proximité naturelle entre le droit des libéralités conjugales et le droit des régimes matrimoniaux. Perçues comme deux voies d'accès à la gratification du conjoint, les notions ont été soumises à des règles fondamentalement différentes mais aptes à assurer utilement les objectifs de protection visés par le législateur. La révocabilité se comprenait par le caractère unilatéral de l'obligation dans la donation, alors que l'aspect synallagmatique de la convention matrimoniale justifiait l'immutabilité. Mais tandis que la première évoluait vers une plus grande stabilité à travers l'aspiration à une irrévocabilité de principe, la seconde devenait progressivement moins contraignante. La donation conjugale était de moins en moins précaire et l'avantage matrimonial de plus en plus souple.

467. Extension et restrictions de l'immutabilité. L'histoire de l'immutabilité témoigne de l'extension du champ opérationnel du principe. À l'origine, il s'entendait sensiblement comme une irrévocabilité des dispositions du régime matrimonial : il était impossible de changer l'intégralité du régime, de le remplacer par un autre⁵. Mais progressivement, les changements moins significatifs furent aussi sanctionnés. Dans un arrêt du 1^{er} novembre 1985, la Cour de cassation a défini l'immutabilité de manière large comme toute modification directe du régime légal ou conventionnel ou toute atteinte indirecte au moyen de

¹ R.-J. POTHIER, « Traité de la communauté », in « Traité du contrat de mariage », Paris, 1771 chez de Bure, et Orléans : chez la Veuve Rouzeau-Montaut, n° 339 : « *les conventions matrimoniales ne doivent plus être regardées que comme des conventions entre les seules parties contractantes* ».

² A. GOUPIL, « De l'immutabilité des contrats de mariage », thèse Paris 1910, p. 12 ; J.-Y. CAMOZ, « Le déclin du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales », thèse Lyon II, 1981, n° 7.

³ B. ANCEL, « Les conflits de qualification à l'épreuve de la donation entre époux », Dalloz 1977, n° 393 et s.

⁴ Plus précisément en 1584 et 1589 selon la majorité des historiens du droit : V. LOUËT, « Recueil d'arrêts du Parlement de Paris », lettre M, somm. 4 ; R.-J. POTHIER, « Introduction au traité de la communauté », n° 18 et 19, in « Traité du contrat de mariage », *op. cit.*, ; J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, « Histoire du droit civil », Paris, Dalloz 2010, 2^{ème} éd., n° 1012, n° 1065, p. 1463.

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 1962 : JCP 1962, IV, 98 : ici la substitution s'opérait au moyen d'une donation de biens communs.

conventions entre époux dont l'application aurait pour résultat de neutraliser les effets du régime¹. Le critère retenu est celui de l'altération de l'économie du régime matrimonial. Sont prohibées les modifications partielles du régime², mais aussi les actes extérieurs à la convention matrimoniale qui agissent sur la composition des masses de biens³, ou sur le résultat final de la liquidation du régime⁴. Ainsi, non-seulement le régime légal est clairement soumis à l'immutabilité, mais il importe peu que la convention ait pour objet la modification partielle ou totale du régime : il suffit que ses effets en altèrent l'économie⁵. Le critère, objectif et général, permet au principe d'étendre son empire dans la sphère des contrats entre époux.

Paradoxalement, les exceptions n'ont cessé de se multiplier. De nombreuses atteintes indirectes ont été tolérées car elles n'influaient que sur la composition des masses propres : donations⁶, mandats, ventes, sociétés entre époux, pratique des comptes-joints⁷, consécration du remploi *a posteriori*⁸ et des clauses d'accroissement⁹. Les atteintes directes étaient d'abord justifiées par des situations de crise¹, puis tolérées sans plus de fondement que la liberté contractuelle. En 1965, le principe jugé trop rigide est assorti d'une exception conséquente :

¹ Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 1985 : Bull. civ. I, n° 285, p.254 ; JCP N, 1986, II, 247, note Ph. SIMLER : « *Il n'y a changement prohibé au régime matrimonial ou conventionnel que si, sans intervention judiciaire, une règle légale ou une clause du contrat de mariage a été directement modifiée ou écartée, plus généralement toutes les fois que le maintien de conventions passées ou d'arrangements conclus pendant le mariage aurait pour résultat de neutraliser les effets réguliers ou légaux que devaient produire les clauses du contrat de mariage ou les dispositions de la loi* ».

² Cass. civ. 3 nov. 1924 : DP, 1925, I, p. 137, note R. SAVATIER : modification des règles de reprises des biens propres. Cass. 1^{ère} civ., 28 juin 1983 : Bull. civ. I, n°190, D. 1984, p. 254, note G. MORIN ; JCP 1985, II, 20330, note J.-F. PILLEBOUT : modification des règles de calcul des récompenses. Cass. req., 18 juill. 1865 : S. 1865, I, p. 372 modification des règles du remploi.

³ Cass. 1^{ère} civ., 24 nov. 1987 : Bull. civ. I, n° 308, p. 220 ; JCP 1989, II, 21255, note M. DAGOT : convention orale qui avait pour effet de rendre commune une villa construite sur un terrain propre et financée intégralement par la communauté. Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 2006, Juris-Data n° 2006-031909 : Bull. civ., I, n° 48 ; n° 02-21.121 ; D. 2006, IR 466 et pan. 2073, obs. M. NICOD ; AJ Fam. 2006, p. 209, obs. P. HILT ; Dr. Fam. 2006 n° 3, comm. n° 60, note B. BEIGNIER ; JCP 2006, IV, 1375 ; JCP N 2006, I, n° 26, 1229, note Ph. SIMLER ; Defr. 2006, n° 20, art. 38469, p. 1607, obs. G. CHAMPENOIS ; RJPF 2006, n° 7 p. 14, note F. VAUVILLÉ : clause dite de « remploi » par laquelle le bien acquis pendant le mariage restait propre alors qu'il était pourtant financé par la communauté. L'immutabilité s'imposant aux tiers, ceux-ci ne peuvent agir sur la qualification. Cependant l'article 1405 du Code civil permet au donateur de décider la qualification propre ou commune du bien donné, selon que la donation est faite à un époux ou aux deux. Le donateur peut de même choisir, lorsqu'il désire gratifier les deux époux, que le bien tombera en communauté ou sera en indivision. Il en va de même en communauté de meubles et acquêts : article 1498 Cciv.

⁴ Cass. 1^{ère} civ., 8 avr. 2009 : D. 2009, p. 2508, obs. J. REVEL et p. 2528, note Th. PASQUIER : convention annexe à une vente entre époux mariés sous le régime de la participation aux acquêts qui projetaient de divorcer, selon laquelle la vente interviendrait fictivement entre étranger, soit comme si les parties avaient déjà divorcé. Le résultat final de la liquidation s'en trouve affecté car l'enrichissement issu de la vente n'est pas comptabilisé dans le calcul de la créance de participation.

⁵ Tel était le cas dans l'arrêt du 8 avril 2009 : les époux n'entendaient pas changer de régime ni modifier les règles présidant à sa liquidation. Leur objectif n'était que de soustraire un bien au calcul de la créance de participation. L'objet de la convention n'était donc pas de modifier la liquidation, mais l'effet aboutit tout de même à l'altérer.

⁶ Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 2007 : D. 2007, p. 1476, note V. MIKALEF-TOUDIK : donation de récompense, perçue comme une donation de créance.

⁷ M. DUPUIS, « Une institution dérogeant aux règles des régimes matrimoniaux », D. 1998, chron. 39 et s. ; F. TERRÉ, « Le compte joint entre époux », in « Mélanges Michel Cabrillac », Paris, Litec, 1999, p. 529 et s.

⁸ Cass. req., 17 mai 1938 : DP 1938, I, p. 73, note E. P. ; S. 1939, I, p. 137, note R. MOREL.

⁹ Cass. 1^{ère} civ., 11 janv. 1983 : D. 1983, 501, note C. LARROUMET ; JCP N 1983, II, p. 329 et 1984, p. 247, Defr. 1983, I, p. 985, note G. MORIN, JCP 1984, II, 20127, note F. BOULANGER ; M. HENRY, « Une pratique critiquable : la clause d'accroissement en fraude du régime matrimonial », JCP N 1987, I, 415.

l'article 1397 du Code civil permet aux époux de changer ou modifier leur régime matrimonial à condition de respecter la procédure prescrite. Si un doute a pu exister en doctrine, la jurisprudence a précisé qu'il ne s'agissait pas d'un renversement du principe². L'extension de la mutabilité a continué à travers les règles du droit international privé qui permettaient aux époux de modifier en cours de régime la loi applicable à leur régime matrimonial et donc la consistance de celui-ci³. Avec la loi du 23 juin 2006, la mutabilité se passe quasi-systématiquement d'homologation judiciaire, et seuls le délai de deux ans et la forme notariée contraignent encore la libre volonté des époux. En net déclin⁴, le principe d'immutabilité n'en demeure pas moins très vivace. Non-seulement il permet de sanctionner de nombreux actes, mais il s'étend, au-delà du seul régime matrimonial, aux dispositions du contrat de mariage présentant un lien substantiel avec celui-ci⁵. Plus que la force du principe ou le champ d'application de l'exception, c'est en réalité le domaine de la réglementation sur la mutabilité du régime qui est conséquent.

468. Mutabilité et immutabilité des donations de biens présents par contrat de mariage. Incluse dans le contrat de mariage initial ou dans une convention modificative, la donation de biens présents présente un lien suffisant avec le régime matrimonial pour être soumise à l'immutabilité. Elle participe en effet à l'élaboration de la charte de la famille et représente une partie du socle sur lequel vont se régler les relations patrimoniales des époux. La fiction disqualificative est inapte à empêcher l'emprunt aux règles matrimoniales que réalise alors la libéralité, car aucune requalification en avantage matrimonial n'est nécessaire : c'est en restant elle-même que la donation est soumise à l'immutabilité. Ici, le lien formel (l'inclusion dans le contrat de mariage) et le lien substantiel (la corrélation suffisante avec le régime) justifient l'identité de régime juridique. On sait que l'immutabilité ne s'applique plus à la donation lorsque celle-ci est hors du contrat de mariage, donc lorsque disparaît le lien formel. Est-il, de même, possible d'échapper à l'immutabilité par simple disparition du lien substantiel ? Une donation par contrat de mariage peut-elle être perçue comme une convention annexe soumise à son propre régime juridique ? En l'état actuel de la jurisprudence, le lien formel semble suffire, presque

¹ Séparation judiciaire de biens lorsqu'un époux met en péril les intérêts de la famille ; séparation de corps.

² Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 1973, D. 1973, somm. 86 ; Cass. 1^{ère} civ., 23 juill. 1979 : Bull. civ. I, n° 224 ; D. 1980, IR 140, obs. D. MARTIN ; Defr. 1980, I, p. 963, obs. G. CHAMPENOIS ; Cass. 1^{ère} civ., 28 juin 1983 : Bull. civ. I, n° 190 ; D. 1984, p. 264, note G. MORIN ; *Contra* : CA Bordeaux, 6 déc. 1977, D. 1978, IR 469, obs. D. MARTIN.

³ Art. 6 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978. L'article 7 prévoit en outre des hypothèses de changement automatique de loi applicable.

⁴ N. PETRONI-MAUDIERE, « Le déclin du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux », thèse Limoges, éd. 2005 ; M. PARQUET, « Le changement de régime matrimonial comme instrument de stratégie patrimoniale », thèse Paris II, 2005 ; M. GOBERT, « Mutabilité ou immutabilité des régimes matrimoniaux », JCP 1969, I, 2281 ; B. AUBRY, « La règles de l'immutabilité du régime matrimonial a-t-elle un avenir après la loi du 26 mai 2004, portant réforme du divorce ? », in « Etudes offertes au doyen Philippe Simler », Paris, Dalloz-Litec 2006, p. 77 et s. ; J.-Y CAMOZ, « Le déclin du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales », thèse Lyon, 1981.

⁵ V. *supra*, n° 239.

comme si le lien substantiel était ainsi irréfragablement présumé. La corrélation générale des fonctions aboutit à un alignement du régime juridique. La donation entre époux a donc une place particulière au sein du contrat de mariage. L'immutabilité est pourtant moins contraignante, puisqu'il est toujours possible d'améliorer le sort du donataire¹.

Cependant, même en respectant les prescriptions de l'article 1397 du Code civil, on ne saurait aboutir à une révocation des donations, car cela serait contraire à l'article 1096 du Code civil, si celui-ci est perçu comme étant d'ordre public². En somme, l'immutabilité ne se substitue pas à l'irrévocabilité : elle s'y ajoute³. La donation de biens présents entre époux incluse dans un contrat de mariage, rarissime en pratique, présente donc la double particularité d'être à la fois irrévocable et immuable. La distinction entre la renonciation translative, valable⁴, et la renonciation abdicative, nulle⁵, ne se justifie pas. La différence serait le bénéficiaire : un tiers dans le premier cas, le donateur dans le second. Cette distinction n'a que peu d'intérêts dans la mesure où la renonciation translative peut s'analyser en une nouvelle donation (indirecte) faite à un tiers, donc valable sans que la première libéralité ne soit véritablement révoquée.

469. Mutabilité et immutabilité des donations de biens à venir par contrat de mariage. La donation de biens à venir est, comme la donation de biens présents, apte à s'inclure dans le contrat de mariage et à être soumise à l'immutabilité. Il est classique d'enseigner que les donations de biens à venir « *présentent des caractères différents selon qu'elles sont consenties dans le contrat de mariage, auquel cas elles ont un caractère irrévocable qui les maintient dans le domaine des donations, ou pendant le mariage, auquel cas leur caractère révocable les rapproche des libéralités testamentaires* »⁶. L'irrévocabilité de l'institution contractuelle serait justifiée en ce que, prévue entre futurs époux et non entre époux, « *les sentiments réciproques sont alors dans toute leur énergie et l'un n'a point encore pris sur l'autre cet empire que donne l'autorité maritale ou qui est le résultat de la vie commune* »⁷. Mais aujourd'hui qu'il est si aisé de prévoir en cours de mariage une convention matrimoniale modificative, la distinction entre la donation effectuée avant et pendant le mariage n'est plus pertinente. La seule dichotomie qui

¹ Cass. civ., 30 nov. 1937 : S. 1938, I, p. 241, note R. MOREL. Mais sont nulles les modifications aggravant la situation du donataire. Cass. civ. 26 mars 1867 : S. 186, I, p. 215 : renonciation au paiement d'une dot. Cass. civ. 2 janv. 1924 : DP 1924, I, p. 14 ; S. 1924, I, p. 169 ; CA Pau 9 janv. 1838 : S. 1839, II, p. 339 ; CA Rennes, 1^{er} mars 1849 : DP 1851, II, p. 238 : S. 1849, II, p. 602 : diminution du montant de la dot.

² Sur cette question, v. *infra*, n° 471 et s.

³ L'article 1081 dispose : « *Toute donation entre vifs de biens présents, quoique faite par contrat de mariage aux époux, ou à l'un d'eux, sera soumise aux règles générales prescrites pour les donations faites à ce titre* ». Or, cette prescription s'applique également aux donations faites par contrat de mariage entre époux : article 1092 Cciv.

⁴ Cette forme de renonciation ne serait pas contraire à l'immutabilité : Cass. civ., 1^{er} juill. 1889 : D. 1890, I, p. 123.

⁵ Car contraire à l'immutabilité : Cass. civ. 11 janv. 1853 : D. 1853, I, p. 17.

⁶ C. RIEUBERNET, « Les donations entre époux – étude critique », thèse Toulouse 1997, p. 6.

⁷ Communication officielle à la section de législation du tribunal rapportée par P. A. FENET, « Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil », t. XII, p. 571.

persiste est celle fondée sur l'inclusion ou non de la libéralité dans le contrat de mariage, donc son rattachement ou son autonomie par rapport à la convention matrimoniale. L'irrévocabilité des donations de biens à venir a donc pour origine l'immutabilité de cette convention. Elle n'est pas en elle-même irrévocable et sa nature ne varie pas selon qu'elle se situe ou non dans le contrat de mariage : elle demeure toujours un contrat portant acte de disposition de biens à venir à titre gratuit. C'est l'interprétation *a fortiori* de l'extension du champ opérationnel de l'immutabilité qui aboutit à considérer la donation comme irrévocable : si les époux ne peuvent apporter le moindre changement à tout ou partie de la convention matrimoniale ils ne peuvent logiquement pas révoquer une libéralité qui en ferait partie, fût-elle de biens à venir¹. La conséquence logique de cette réalité est que l'irrévocabilité de la donation de biens à venir recule autant que l'immutabilité : la procédure de l'article 1397 du Code civil autorisant les époux à effectuer tout changement dans leur convention matrimoniale, l'irrévocabilité de l'institution contractuelle se trouve dépourvue de fondement. Il faut alors sonder sa nature pour déterminer les règles qui la gouvernent indépendamment de celles empruntées au régime matrimonial. On sait par exemple que les époux ne peuvent révoquer une reconnaissance d'enfant effectuée par contrat de mariage, car celle-ci est, par nature, irrévocable. La question posée est alors celle de la nature révocable ou irrévocable de la donation de biens à venir effectuée par contrat de mariage, indépendamment de la règle de l'immutabilité².

470. L'office de la fiction disqualificative. En évitant l'assimilation des notions et en faisant de l'avantage matrimonial une notion autonome pourvue d'un régime propre, la fiction disqualificative permet de conserver le régime juridique particulier des donations incluses dans le contrat de mariage tout en autorisant l'emprunt des règles du régime matrimonial. Ainsi se superposent deux régimes juridiques : celui qu'implique leur classification au sein de la catégorie libérale (révocabilité ou irrévocabilité) et celui qu'elles empruntent au régime matrimonial (immutabilité ou mutabilité contrôlée). Ainsi, les donations de biens présents par contrat de mariage sont-elles toujours irrévocables³, mais aussi soumises à l'immutabilité et à son exception, la mutabilité contrôlée. La procédure de l'article 1397 du Code civil permet donc d'y apporter des modifications, mais l'article 1096 du Code civil interdit en tous les cas de la révoquer. L'irrévocabilité est alors un renfort à l'immutabilité. Les donations de biens à venir incluses dans le contrat de mariage sont pareillement soumises au principe d'immutabilité et à son exception, la mutabilité contrôlée, mais le domaine de la liberté réelle des époux dans ce dernier cas dépend du

¹ Madame RIEUBERNET explique que c'est l'immutabilité qui justifie ici l'irrévocabilité : C. RIEUBERNET, *op. cit.*, p. 45.

² Sur cette question, v. *infra*, n° 475.

³ Sauf si elles ont été consenties avant le 1^{er} janvier 2007 ou qu'elles ne prennent effet qu'à la dissolution du régime

régime juridique propre à cette donation nonobstant l'immutabilité des conventions matrimoniales. Le champ opérationnel de l'irrévocabilité est donc encore partiellement incompris. Sa délimitation permettra de comprendre tout l'intérêt de la fiction disqualificative en cours d'union.

B. Irrévocabilité et avantages matrimoniaux

471. Trois degrés fixes de révocabilité dans le droit des libéralités conjugales. Le volte-face du principe opéré en 2004 aurait pu laisser penser à une simplification et à une harmonisation du régime juridique des donations entre époux. En réalité il n'en est rien, car le nouvel article 1096 établit des catégories de donations conjugales soumises à des règles distinctes. L'imbroglio est renforcé par l'inclusion de certaines libéralités dans le contrat de mariage et l'emprunt alors réalisé du principe d'immutabilité et de sa conséquente exception, ainsi que par les causes légales de révocation de l'article 953 du Code civil. Le premier palier est constitué par la révocabilité *ad nutum*, c'est-à-dire la faculté de révoquer unilatéralement la donation, par seule manifestation de la volonté du donateur. Le deuxième étage consiste en l'application du droit commun des conventions : l'article 1134 du Code civil interdit à l'un des contractants de revenir seul sur son engagement, mais autorise la commune volonté des parties à défaire l'acte. Enfin, le troisième et dernier stade est constitué par l'irrévocabilité renforcée qui gouverne traditionnellement le droit des donations entre vifs¹. Celle-ci est d'ordre public² en ce qu'elle interdit au donateur de reprendre le bien donné, même si le donataire y consent³. Le fondement juridique est ici l'article 894 du Code civil qui définit la donation entre vifs par l'irrévocabilité, reprenant ainsi le célèbre adage « donner et retenir ne vaut »⁴. C'est parce qu'elle préexiste sur un

matrimonial.

¹ Pour une critique de cette irrévocabilité renforcée : W. DROSS, « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? », RTD Civ. 2001, n° 1, p. 25 : « *A force d'être partout, on en vient à se demander si le principe d'irrévocabilité spéciale des donations ne serait pas surtout nulle part et si son omniprésence n'est pas le signe de évanescence* ». V. aussi : H. LECUYER, « L'irrévocabilité spéciale des donations », in « Le droit privé à la fin du XX^{ème} siècle : études offertes à Pierre Catala », Litec, Paris, 2001, p. 405 ; T. GENICON, « De l'irrévocabilité spéciale des donations à l'ordre public des transferts à titre gratuit », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 303 et s.

² L'ordre public est avant tout une donnée sociologique. En ce sens, il peut se définir comme l'« *état social dans lequel la paix, la tranquillité et la sécurité publique d'un pays ne sont pas troublées* » : G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », association Henry Capitant, PUF 2000, 8^{ème} éd., v° *Ordre public*. L'ordre public est donc surtout une situation qu'il convient de préserver, pour assurer la pérennité d'un Etat. Dans un sens plus juridique et assez général, le concept d'ordre public peut s'entendre comme les « *règles juridiques qui s'imposent avec une force particulière* » (*ibid.*).

³ Cependant la jurisprudence publiciste a reconnu la validité de la révocation d'une donation par *mutuus dissensus*, au moyen d'une donation en sens inverse : CE, 19 nov. 2004, Lebon, n° 249358 ; AJDA 2005, p.194, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; D. 2004, p. 3190 ; RFDA 2005, p. 375, note B. PLESSIX ; RDSS 2005, p. 89, concl. C. DEVYS. Civilement, il n'y a pas révocation mais une succession de deux actes juridiques distincts. Comp. Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 1994, n° 92-11.910 : Bull. civ. I, n° 195 ; RTD Civ. 1994 p. 655, obs. J. PATARIN ; Defr. 1995, art. 35953, p. 1539, obs. G. CHAMPENOIS qui évoque une donation indirecte par « *rétrocession de fonds* ».

⁴ LOYSEL, « Institutions coutumières », livre IV, titre IV, règle 5. Dans l'ancien droit, cet adage avait pour rôle de

plan catégorique que l'irrévocabilité est une règle du régime particulièrement renforcée. La donation ne peut être révocable sans souffrir une disqualification. Les conséquences pratiques de cette exigence sont relayées par les articles 943 et suivants du Code civil. L'incidence majeure est l'interdiction de toute condition potestative dans l'acte de donation, alors que le droit commun tolère les conditions simplement potestatives qui ne dépendent pas uniquement de la volonté du débiteur¹.

472. Premier niveau : révocabilité *ad nutum*. La révocabilité *ad nutum* subsiste dans deux hypothèses. D'une part l'article 1096 ancien du Code civil demeure applicable à toutes les donations entre époux faites pendant le mariage et consenties avant le 1^{er} janvier 2005. D'autre part, les donations de biens à venir, faites « *entre époux pendant le mariage* », demeurent librement révocables. L'expression « pendant le mariage » permet de distinguer les donations incluses dans le contrat de mariage de celles effectuées par un acte séparé. Mais elle n'est plus adaptée à l'assouplissement des conditions du changement de régime matrimonial : les contrats de mariage peuvent se conclure et se compléter en cours d'union. Cela a cependant peu d'incidences puisque les donations de biens à venir incluses en cours d'union dans le contrat de mariage sont soumises soit à l'immutabilité qui les rend irrévocables, soit à la mutabilité contrôlée de l'article 1397 du Code civil qui suppose le consentement des deux époux.

Le régime des clauses de réversibilité d'usufruit n'a pas été efficacement réglé par la loi du 23 juin 2006, contrairement à ce qui est communément admis². Le but de cette loi était de

rendre obligatoire la tradition réelle de la chose. La dépossession matérielle était l'élément fondamental de l'acte de donation depuis le droit romain (Constitution de Constantin de l'an 316 ; loi première du Code Théodosien). On ne pouvait imaginer alors qu'un transfert de droit ne s'accompagne pas d'un transfert de la chose objet de ce droit : les deux éléments étaient confondus, entendus comme synonymes. À la fin de l'ancien droit déjà, cette exigence battait en retraite : une tradition purement symbolique suffisait à parfaire la donation. Ce sens originel a continué de se perdre dans toutes les hypothèses de transfert de propriété à mesure que la rapidité du commerce et des transactions grandissait. On ne pouvait plus se permettre de s'embarasser d'une formalité contraignante : si l'on désirait acheter un bien et le revendre à meilleur prix dans de courts délais, il était indispensable de se satisfaire du transfert du droit sans exiger obligatoirement celui du bien. De nos jours, la reconnaissance des biens immatériels comme pouvant faire l'objet d'actes juridiques a enterré purement et simplement la nécessité d'un transfert réel de la chose objet de la donation ou de la vente. Le Code civil a donc supprimé cette exigence pour tous les actes juridiques translatifs de propriété (article 1138 pour les obligations en général ; article 938 pour la donation : « *La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties ; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition* »). V. cependant : J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », RTD Civ. 2000, p. 477. Dès le XVI^{ème}, la maxime fut entendue dans un second sens : il s'agissait de rendre irrévocable la donation consentie. Ainsi, le donateur, s'il était de moins en moins tenu d'effectuer une tradition réelle, ne pouvait en aucune façon reprendre le bien qu'il donnait. V ; aussi. G. ARGOU, « Institutions au droit français », Paris, s. n., 1753, t. I, 1753, p. 292.

¹ Le droit des donations prohibe les conditions simplement potestatives : Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 1986 : Bull. civ. I, n° 280 ; RTD Civ. 1987, p. 753, obs. J. MESTRE ; Defr. 1987, art. 34056, p. 1199, obs. G. CHAMPENOIS. Sur la prohibition des conditions purement potestatives et la validité des clauses de dédit, v. W. GROSS, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », RTD Civ. 2007, p. 701. V. également : F. CHÉNEDÉ, « Charles Demolombes, la condition potestative », RDC 2013, p. 291.

² La doctrine admet unanimement, sur la base d'une interprétation pertinente de la volonté du législateur, que les clauses de réversion d'usufruit sont librement révocables *ad nutum* depuis la loi du 23 juin 2006. V. par exemple : Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « La réversion d'usufruit entre époux à nouveau révocable *ad nutum* ! », RJPF 2007, n°

soumettre ces donations atypiques à la libre révocabilité, mais elle s'est contentée de circonscrire l'irrévocabilité aux donations de biens présents prenant effet au cours du mariage. Ce texte ne régit aucunement les donations de biens présents ne prenant effet qu'à la dissolution du mariage. Il est donc inapte à servir de fondement à une révocabilité unilatérale, car celle-ci ne concerne expressément que les donations de biens à venir. Il n'existe plus, comme avant la loi du 26 mai 2004, de principe général de révocabilité *ad nutum* des donations entre époux. Celle-ci est à présent une exception à interprétation stricte. La seule certitude à propos des clauses de réversibilité d'usufruit est qu'elles ne sont pas concernées par l'irrévocabilité de principe des donations de biens présents. Mais leur régime juridique doit être précisé.

S'agissant des avantages matrimoniaux, le rôle de la fiction disqualificative est le même qu'avant la réforme de 2004. Elle permet de faire échapper les dispositions du régime matrimonial à la révocabilité *ad nutum* qui priverait d'effets tant le principe d'immutabilité que l'exception de la mutabilité contrôlée. Certes il serait erroné selon nous d'assimiler un avantage matrimonial à une donation à cause de mort, car l'un porte nécessairement sur des biens présents éventuellement affectés d'un terme¹ et l'autre a pour objet des biens à venir. Mais la libre révocabilité concerne également les donations de biens présents dont le terme est le décès et auxquelles les avantages matrimoniaux peuvent théoriquement être assimilés. La fiction disqualificative permet en outre de ne pas rendre révocables *ad nutum* des avantages matrimoniaux générés par un régime matrimonial adopté par les époux antérieurement au 1^{er} janvier 2005.

473. Deuxième niveau : irrévocabilité ordinaire des contrats. L'irrévocabilité des conventions n'est pas exclue du droit des donations conjugales. L'ancien article 1096 du Code civil édictait un principe général qui couvrait toutes les donations, mais dans sa rédaction actuelle, les règles sont sclérosées et d'application particulière. Dès lors qu'un vide est constaté dans l'applicabilité des règles du droit spécial des donations, l'article 1134 du Code civil est applicable. Il en va ainsi dans deux hypothèses. D'une part, la révocabilité *ad nutum* ne vise que les donations consenties hors du contrat de mariage et l'irrévocabilité renforcée ne s'applique qu'aux donations de biens présents. Il n'existe donc aucune règle particulière régissant les donations de biens à venir par contrat de mariage, hors l'immutabilité dont les limites ont été explicitées. L'article 1083 du Code civil, applicable aux donations entre époux grâce au renvoi opéré par l'article 1093 du même code, évoque certes une irrévocabilité, mais précise que celle-ci ne s'entend que comme

5 p. 8 ; Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Les ajustements techniques de la loi du 23 juin 2006 : entre modernisation, correction et interprétation », Dt. et pat. 2007, n° 157, p. 40 ; M. NICOD, « Les dispositions transitoires et interprétatives de la loi du 23 juin 2006 », D. 2006, p. 2589, n° 12. V. cependant, sur la formulation de l'article 1096 Cciv. après la loi du 23 juin 2006 : F. SAUVAGE, « Retour sur la révocabilité des réversions d'usufruit entre époux après la loi du 23 juin 2006 », Bull. Cridon Paris, 15 juill. 2006, n° 14.

¹ Pour la démonstration de cette affirmation, v. *supra*, n° 199 et s.

l'impossibilité pour le donateur de « *disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la donation, si ce n'est pour des sommes modiques, à titre de récompense ou autrement* ». Il s'agit donc plutôt d'une indisponibilité à titre gratuit des biens objets de la donation ; aucune disposition légale autre que le principe d'immutabilité n'interdit au donateur de revenir expressément sur son engagement, ni même de disposer du bien à titre onéreux. À défaut de texte spécial, le droit commun reprend donc sa place. Contractuelle par nature, la donation ne peut être révoquée que du consentement des deux parties. À cette règle doivent être ajoutées l'immutabilité de principe et la mutabilité contrôlée par exception, qui sont plus contraignantes et en assurent donc l'effectivité sans qu'il ne soit besoin de se fonder sur l'article 1134 du Code civil.

D'autre part, les donations de biens présents ne prenant effet qu'à la dissolution du mariage, telles les clauses de réversibilité d'usufruit, semblent ne pas être soumises à une règle particulière et donc vouées à être régies par le droit commun. L'interprétation de l'alinéa 2 de l'article 1096 du Code civil suffit en effet à écarter l'irrévocabilité renforcée applicable à toutes les donations de biens présents selon l'article 894. Mais quel est alors le régime de ces donations ? Aucun texte ne permet de lui appliquer la révocabilité unilatérale prévue par l'alinéa 1 de l'article 1096. Les dispositions transitoires de la loi n° 2009-728 du 23 juin 2006 évoquent la libre révocabilité de toutes les donations entre époux consenties avant le 1^{er} janvier 2005¹ et la libre révocabilité des donations de biens présents entre époux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial si elles ont été conclues entre le 1^{er} janvier 2005 et le 1^{er} janvier 2007², date d'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006. Il n'existe aucune disposition claire sur le régime juridique des donations de biens présents entre époux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial consenties après le 1^{er} janvier 2007. S'agissant avant tout de contrats, le droit commun leur est applicable à défaut de texte spécifique : ils sont donc soumis à l'irrévocabilité ordinaire des conventions. À ce titre, une intervention législative serait bienvenue car la volonté du législateur de 2006 était justement de soumettre les réversibilités d'usufruit à la révocabilité *ad nutum* qui était la leur avant 2004. L'imprécision de l'actuel article 1096 du Code civil y fait pourtant obstacle. Il convient donc de corriger ce qui apparaît comme une simple lacune textuelle.

¹ Art. 47 III : « *Les donations de biens présents faites entre époux avant le 1^{er} janvier 2005 demeurent révocables dans les conditions prévues par l'article 1096 du code civil dans sa rédaction antérieure à cette date. Ces dispositions présentent un caractère interprétatif pour l'application de la loi no 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce* ».

² Art. 46 : « *Sauf clause contraire, les donations de biens présents qui ne prennent pas effet au cours du mariage, consenties entre le 1^{er} janvier 2005 et la date d'entrée en vigueur de la présente loi, sont librement révocables dans les conditions prévues par l'article 1096 du code civil dans sa rédaction antérieure au 1^{er} janvier 2005* ».

474. Troisième niveau : irrévocabilité renforcée. L'application de l'irrévocabilité renforcée aux donations conjugales n'a jamais paru évidente. Après la loi du 26 mai 2004, la question s'est posée de savoir si les donations de biens présents entre époux étaient soumises à une irrévocabilité ordinaire ou renforcée¹. Le maintien de l'article 947 du Code civil et l'aspiration à la validité des clauses de non-divorce² militaient pour une irrévocabilité supplétive³. Pourtant, il existait de nettes tendances jurisprudentielles à une irrévocabilité étendue⁴. Le débat semble avoir été tranché par la Cour de cassation dans un arrêt du 14 mars 2012 : au double visa des articles 265 et 1096 du Code civil, les juges du Quai de l'Horloge ont déclaré hors-la-loi la clause de non-divorce insérée dans une donation de biens présents entre époux⁵. Certes, c'est le

¹ Sur cette question, v. notre mémoire de recherches de Master II : Q. GUIGUET-SCHIELÉ, « L'irrévocabilité des donations de biens présents entre époux », Toulouse, 2008. V. aussi B. BEIGNIER et M. NICOD, « Donations entre époux, d'un droit à l'autre... », Defr. 2005, art. 38104, p. 265 ; A. TISSERAND-MARTIN, « Les incidences de la réforme du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux », in « Le droit patrimonial de la famille : réformes accomplies et à venir », Trav. Ass. Henri Capitant, t. IX, Strasbourg, Dalloz, 2006, p. 21 ; P.-J. CLAUX et S. DAVID, « Droit et pratique du divorce », Dalloz 2010, n° 222.141 et s. ; A. NIEMIEC, « L'admission des clauses de non-divorce dans les donations entre époux », PA 29 déc. 2011 ; J.-L. PUYGAUTHIER, « Les libéralités et les avantages matrimoniaux après la réforme du divorce du 26 mai 2004 », JCP N 2004, n°45 p. 1674 et n° 46, p. 1731. Sur la réforme du divorce : Th. GARÉ, « La réforme du divorce, entre innovations et droit constant », RJPF 2004, n° 6, 7 et 8 ; J. COMBRET, « Les aspects patrimoniaux de la réforme », RLDC oct. 2004, p. 54.

² Une clause de non-divorce peut être définie comme une disposition conventionnelle insérée dans un acte de donation qui prévoit que la survenance d'un divorce ou l'engagement d'une procédure de divorce révoquera automatiquement la libéralité. Elle était licite selon la jurisprudence : Cass. civ., 10 mai 1937, DH 1937, p. 361. Mais leur validité est menacée par le nouvel article 265 du Code civil. Pour leur validité, v. Cl. BRENNER, « Brèves observations sur la révocation des donations entre époux après la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », Defr. 2005, art. 38084 p. 93 ; J. HAUSER et Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? », Defr. 2005, art. 38115, p. 357 ; J.-G. MAHINGA, « Les libéralités entre époux après la loi du 26 mai 2004 réformant le divorce », JCP 2005, I, 104 ; M. GIRAY, « L'imbroglio des libéralités entre époux depuis la réforme du divorce », Dt. et pat. mars 2005, p. 33 ; J.-R. BINET, « Clause de non-divorce et libéralités conjugales : un heureux mariage », D. 2006, p. 1923 ; J.-F. PILLEBOUT, « Les opérations financières conjugales après la réforme du divorce – Nouvelles règles du jeu en matière de libéralités entre époux », JCP 2006, I, 126, n° 15. Contre leur validité : F. SAUVAGE, « Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux (à propos de la loi du 26 mai 2004 portant réforme du divorce) », Defr. 2004, n° 21, art. 38038, p. 1425 ; S. PIEDELIEVRE, « L'aménagement des libéralités entre époux par la loi du 26 mai 2004 », D. 2004, p. 2512 ; J. VASSAUX, « Les incidences de la réforme du divorce sur le rôle du notaire », Dt. et pat. févr. 2005, p. 26.

³ Pour la validité des clauses de non-divorce au sein d'une donation de biens à venir : Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 2005 : JCP 2006, II, 10136, et JCPN N 2006, n° 1168, notes Ph. SIMLER ; JCP 2008, n° 3, p. 23, I, 108, chron. R. Le GUIDEDEC ; Defr. 2006, p. 836, note N. PETERKA ; RJPF 2006-42/27, note J. CASEY. En l'espèce un époux avait consenti une donation de biens à venir à sa femme avant son décès, en assortissant l'acte d'une clause de non-divorce. L'héritière du donateur s'était opposée à ce que la veuve perçoive la donation, en raison de l'introduction d'une instance en divorce avant le décès du gratifiant. La Cour de cassation a reconnu la validité de la clause de non-divorce en se fondant notamment sur un vide juridique : « aucune disposition légale n'interdit à l'époux qui consent une donation à son conjoint pendant le mariage d'assortir celle-ci d'une condition dont l'inexécution entraînera la révocation » et que « la clause par laquelle un époux subordonne la donation faite à son conjoint (...) à la persistance du lien conjugal (...) n'est pas en soit illicite et est justifiée par la nature même de cette libéralité ».

⁴ La Cour de cassation a par exemple étendu l'irrévocabilité aux donations de biens à venir maintenues expressément en cas de divorce : Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 2008, n° 05-18.745 : Bull. civ. I, n° 40 ; JCP N 2008, n° 19, p. 24, n° 1199, note J. CASEY ; Dr. Fam. 2008, n° 3, p. 30, comm. V. LARRIBAU-TERNEYRE. Et aux donations de biens présents pour lesquels la convention de divorce ne prévoit rien : Cass. 1^{ère} civ., 28 févr. 2006 (deux arrêts) : Bull. civ., I, n° 144 et n° 115.

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2012, pourvoi n° 11-13.791 : Bull. civ. I, n° 56 ; D. 2012, n° 37, pan. p. 2576 ; *ibid.*, p. 1386, note A. POSEZ ; JCP 2012, n° 18, chron., p. 920 ; *ibid.*, n° 20, note Cl. BRENNER ; *ibid.*, n° 29, Chron. p. 1465 ; JCP 2013, n° 9 p. 442, Chron. R. LE GUIDEDEC ; AJ Fam. 2012, p. 233, obs. S. DAVID ; JCP 2012, n° 561, §1, obs. M. MEKKI ; JCP N 2012, n° 12, p. 5, note H. BOSSE-PLATIERE ; *ibid.*, n° 15, p. 29, note Cl. BRENNER ; RTD Civ. 2012, n° 2, p. 300, chron. J. HAUSER ; *ibid.*, p. 357, chron. M. GRIMALDI ; PA 2012, n° 83 p. 16, note J.-G.

caractère impératif de l'article 265 du Code civil qui figure aux motifs de la cassation, et la première branche du moyen relative à l'autorité de l'article 1096 du Code civil n'est pas analysée. Mais la décision a été largement interprétée comme alignant le droit des donations conjugales sur le droit commun des donations¹. L'impérativité de l'article 1096 est nécessaire à l'efficacité de l'article 265 et des objectifs poursuivis par la réforme du divorce².

S'agissant des donations entre époux, l'irrévocabilité spéciale ne s'applique cependant qu'aux donations de biens présents qui prennent effet au cours du mariage. Par cette formule originale ajoutée par la loi du 23 juin 2006, le législateur accentue la confusion entre donations entre époux et avantages matrimoniaux, puisque le même système permet de classer les avantages au sein de l'article 265 du Code civil. La fiction disqualificative permet ici aux avantages matrimoniaux d'échapper à une trop grande rigidité et de bénéficier de la souplesse conséquente de la mutabilité contrôlée.

475. Quatrième niveau transversal : les causes légales de révocation. Les causes légales de révocation n'ont pas disparu après la loi du 26 mai 2004. Au contraire, l'article 1096 du Code civil les présente comme l'unique moyen de révoquer une donation de biens présents entre époux qui prendrait effet au cours du mariage. Il n'existe cependant plus de double emploi avec la révocabilité *ad nutum*, car celle-ci est circonscrite aux donations de biens à venir, alors que l'article 953 du Code civil n'a vocation à s'appliquer qu'aux donations entre vifs. À ce titre, aucune distinction n'est opérée entre les donations incluses dans un contrat de mariage et celles effectuées par acte séparé. On déplorera toutefois que les donations de biens à venir par contrat de mariage ne soient pas expressément concernées : la seule voie de révocation demeure la mutabilité contrôlée, ce qui crée une inégalité injustifiée. Le paradoxe est visible : les donations entre vifs, par nature irrévocables, peuvent être révoquées pour cause légale même lorsqu'elles sont incluses dans le contrat de mariage, alors que les donations de biens à venir par contrat de mariage, qui portent sur des biens à venir, ne peuvent être révoquées que par consentement mutuel, en respectant les prescriptions de l'article 1397 du Code civil. La fiction disqualificative permet aux avantages matrimoniaux de se préserver de ces causes de révocation. Ainsi, ni l'inexécution des charges et conditions, ni l'ingratitude d'un époux ne peuvent aboutir à remettre en question tout ou partie du régime matrimonial et de ses effets. La question peut être débattue de

MAHINGA ; *ibid.*, n° 123, p. 4, note Y. AKLOUCHE ; RLDC 2012, n° 93, p. 47, note M. NICOD ; RJPF 2012, n° 5, p. 6, obs. F. SAUVAGE ; JCP E 2012, n° 25 p. 33, note J.-B. SEUBE ; RDC 2012, n° 3 p. 89, note Ch. GOLDIEGENICON ; Defr. 2012, n° 18 p. 893, note Ch. DONZEL-TABOUCOU.

¹ En ce sens notamment : A. POSEZ, « La soumission des donations entre époux au principe d'irrévocabilité spéciale des donations », D. 2012, n° 21, p. 1386 ; *contra* : M. NICOD, précit.

² Rép. min. Justice n° 66699, JOAN 7 mars 2006, p. 2576 : « *En l'état du droit, cette possibilité de révocation doit être interprétée de façon stricte, de sorte qu'aucun aménagement conventionnel, au-delà des hypothèses prévues par la loi, n'est valable* ». V. aussi le rapport GELARD : P. GELARD, rapp. Comm. lois n° 120 du 17 déc. 2003.

l'utilité d'une sanction de l'ingratitude. Elle existait indirectement avant la loi du 26 mai 2004 puisque l'époux fautif perdait le bénéfice des avantages matrimoniaux qui lui avaient été consentis. Cependant, si le législateur a souhaité bannir l'ingratitude du contexte du divorce, son intention n'a pas été de refuser toute sanction portant sur le comportement ingrat de l'un des conjoints. Cette problématique rejoignant pour partie celle de l'indignité successorale, à laquelle échappent également les avantages matrimoniaux, une étude d'ensemble paraît nécessaire¹.

476. L'indispensable simplification du droit des donations conjugales. Plusieurs suggestions peuvent être avancées pour simplifier le droit applicable. Afin de rendre pleinement efficace la réforme du divorce et l'alignement des donations entre époux sur le droit commun des donations, l'article 947 du Code civil doit être supprimé. Son maintien est souvent perçu comme un oubli de la part du législateur, fait échec à la pleine irrévocabilité des donations de biens présents entre époux². L'alinéa 2 de l'article 1096 du Code civil peut également être supprimé dans un souci de simplification : il fait double emploi avec l'interprétation de l'article 894. S'il semble utile d'énoncer clairement un principe d'irrévocabilité renforcée détaché de la définition légale, cela doit concerner le droit commun des donations entre vifs, dans lequel les donations conjugales auront naturellement vocation à s'inscrire en l'absence de dérogation expresse. En revanche, une dérogation spécifique à ce principe devient nécessaire pour les donations entre époux de biens présents ne prenant effet qu'au décès du disposant. Ce nouvel article devra préciser que ces libéralités originales seront soumises à une révocabilité *ad nutum*, sans quoi le droit commun des conventions s'y appliquerait. La sanction du non-respect de l'irrévocabilité spéciale des donations doit aussi être revue, afin d'éviter l'anachronisme d'une nullité de l'acte dans son ensemble : les clauses résolutoires doivent être réputées non-écrites, sauf s'il ressort de l'analyse de l'intention des parties que cette stipulation a été la cause impulsive et déterminante du consentement à l'acte dans son entier. Ce procédé, conforme à l'article 900 du Code civil³, est connu et maîtrisé par les praticiens : il existe déjà en matière de révocation pour inexécution des charges⁴.

¹ Sur cette question et nos propositions : v. *infra*, n° 506 et s.

² En réalité, en ce qu'il autorise les donations de biens à venir entre époux, ce texte doit être réformé, mais pas abrogé. Tant que la donation dont il s'agit est librement révocable ou qu'elle est faite par contrat de mariage, l'exclusion des articles 944 à 946 se justifie. Ainsi le texte pourrait être ainsi formulé : « L'article 943 du Code civil n'est pas applicable aux donations entre époux. Les articles 944 à 946 du Code civil ne sont pas applicables aux donations de biens à venir effectuées par contrat de mariage, ni aux donations entre époux si celles-ci sont librement révocables au sens de l'article 1096 ».

³ Cass. civ., 19 oct. 1910 : DP 1911, I, p. 463 ; Cass. req., 3 juin 1863 : DP 1863, I, p. 429 ; S. 1864, I, p. 269 ; GAJC, Dalloz 2000, t. I, n° 119. Sur cette question, v. : W. DROSS, art. précit., n°15 et s.

⁴ Pour entraîner la révocation de la donation, la charge ou condition doit avoir été la cause impulsive et déterminante du consentement : CA Riom, 1^{ère} ch., 7 juill. 1983 : Juris-Data n° 1983-043057 ; CA Poitiers, ch. civ., 1^{ère} sect., 17 sept. 1986 : Juris-Data n° 1986-044779 ; CA Bordeaux, 1^{ère} ch., 14 janv. 1988 : Juris-Data n° 1988-041159 ; CA Agen, 1^{ère} ch., 25 janv. 1990 : Juris-Data n° 1990-041568 ; CA Versailles, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 14 juin 1990 : Juris-Data

Le régime des donations incluses dans un contrat de mariage devrait être clairement exposé. D'une part, il conviendrait d'énoncer au sein de l'article 1096 du Code civil que les donations de biens à venir sont toujours librement révocables par volonté unilatérale du donateur, mais que si elles sont stipulées au sein d'un contrat de mariage, cette faculté est limitée par les dispositions des articles 1396 al. 3 et 1397 du Code civil. D'autre part, il faudrait préciser que les causes légales de révocation s'appliquent aussi aux donations de biens à venir, même par contrat de mariage. Les articles 953 et suivants du Code civil retrouvent une certaine utilité pour ces dernières, car elles s'imposent à l'immutabilité et à la mutabilité contrôlée. Elles ne sont pas utiles pour les institutions contractuelles par acte séparé, révocables *ad nutum*.

477. L'échelle de révocabilité à 7 degrés. En définitive, le droit des donations conjugales demeure composite et souvent complexe à appréhender. Le législateur ne s'est pas doté des moyens nécessaires pour atteindre les objectifs qu'il s'est fixé. Par exemple, les clauses de réversibilité d'usufruit sont censées être révocables *ad nutum*, mais aucun texte ne va explicitement en ce sens ; il appartient alors à la jurisprudence de se livrer à une interprétation *a contrario* et extensive de l'article 1096 du Code civil en se fondant sur l'intention sous-jacente du législateur. Pour résumer la complexité du droit des libéralités conjugales au cours du mariage, l'on pourrait présenter les diverses règles comme un dégradé de contraintes. Par leur nature, les donations peuvent être soumises à trois degrés de révocabilité : l'irrévocabilité renforcée propre aux donations entre vifs, l'irrévocabilité ordinaire des conventions (ou révocabilité par consentement mutuel) et la révocabilité *ad nutum*. L'inclusion des libéralités dans le contrat de mariage les expose à trois nouveaux degrés : l'immutabilité, l'indisponibilité du bien donné à titre gratuit et la mutabilité contrôlée. Sur une échelle ordonnée, ces six niveaux se présentent comme suit, par ordre de contrainte de la volonté : immutabilité, irrévocabilité renforcée, indisponibilité à titre gratuit, mutabilité contrôlée, irrévocabilité de droit commun (révocation possible par consentement mutuel) et révocabilité *ad nutum*. Les donations entre époux peuvent se voir appliquer plusieurs de ces règles, certaines issues de leur nature propre, d'autres applicables en raison de leur inclusion dans le contrat de mariage. En pareille hypothèse, c'est le degré le plus contraignant qui est privilégié, car il assure *a fortiori* l'effectivité du degré inférieur. À cette complexité initiale s'ajoutent les causes légales de révocation, qui s'imposent toujours, même face à l'immutabilité¹, constituant ainsi un degré transversal.

n° 1990-043822 ; CA Grenoble, 1^{ère} ch., 28 juin 1990 : Juris-Data n° 1990-045277 ; CA Colmar, 1^{ère} ch. civ., 21 nov. 1990 : Juris-Data n° 1990-050786 ; CA Colmar, 1^{ère} ch. civ., 10 avr. 1991 : Juris-Data n° 1991-046898 ; CA Bourges, ch. civ., 4 juin 2009 : Juris-Data n° 2009-379311. De même en droit commun des donations : Cass. 3^{ème} civ., 24 juin 1971, n° 70-11.730 : Bull. civ. III, n° 405.

¹ Les donations de biens présents par contrat de mariage peuvent ainsi être révoquées sur le fondement de l'article 953 du Code civil, sans qu'il ne soit besoin de respecter la procédure de l'article 1397 du même code.

Face à cet enchevêtrement de règles juridiques parfois contradictoires, la fiction disqualificative apparaît salutaire. Elle préserve les avantages matrimoniaux des degrés inférieurs en leur permettant de rester soumis au principe de d'immutabilité et à son exception la mutabilité contrôlée. Mais cette simplification a des revers : la rigidité des conventions matrimoniales est sans doute inadaptée à certaines réalités et elle ne permet pas de sanctionner un comportement déviant. À ce titre, il conviendrait certainement de créer une règle juridique applicable aux deux figures. Le droit connaît ce procédé qui consiste, nonobstant l'impossible assimilation des notions, à soumettre les donations entre époux et les avantages matrimoniaux à un régime juridique commun. Tel est le cas lorsque survient un divorce.

Section seconde : Avantages matrimoniaux et donations entre époux à l'issue de l'union matrimoniale

478. Le nouvel article 265 du Code civil¹. La loi du 26 mai 2004 a modifié en profondeur les incidences patrimoniales du divorce tout en maintenant le parallèle entre les donations entre époux et les avantages matrimoniaux. Le régime juridique des deux figures paraît sur ce point unifié et il est même courant de postuler que le texte crée une sous-classification commune. La fiction disqualificative semble ici dépourvue d'effet : à quoi bon distinguer fictivement des notions si semblables pour ensuite les soumettre à des règles identiques ? En réalité, la distinction entre avantages matrimoniaux et donations entre époux est encore essentielle en cas de divorce, car l'énoncé de l'article 265, très imparfait, pose de délicates questions quant à son application pratique et théorie (**Paragraphe premier**). Une nouvelle lecture doit en être proposée, afin de réaliser au mieux les objectifs fixés par le législateur (**Paragraphe second**).

Paragraphe premier : Les difficultés d'application du nouvel article 265 du Code civil

479. Une loi sur le divorce. La réforme du 26 mai 2004 est très lacunaire lorsqu'elle aborde des problématiques liées au droit patrimonial de la famille. Tel est le cas de l'article 1096 du Code civil, retouché par nécessité en 2006². L'article 265, qui en est le corollaire, n'échappe pas à la critique. Son mérite est de dépenaliser le divorce, mais sa cohérence est souvent délicate à percevoir (A) et son autorité peut encore être débattue (B).

¹ V. notamment J. HAUSER, « Divorce : personnes et patrimoines », Dt. et pat. 2004, n° 128, p. 30 ; F. SAUVAGE, « Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux (à propos de la loi du 26 mai 2004 portant réforme du divorce) », Defr. 2004, n° 21, art. 38038, p. 1425 ; Ch. RIEUBERNET, « Le nouveau régime des donations entre époux au lendemain de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », PA 2004, n° 145, p. 10 ; J. CASEY, « Les libéralités entre époux et avantages matrimoniaux : nouvelles donnes ? A propos de la loi du 23 juin 2006 » Dr. Fam. 2006, n° 11, p. 31 ; J.-L. PUYGAUTHIER, « Les libéralités et les avantages matrimoniaux après la réforme du divorce du 26 mai 2004 », JCP N 2004, n°45 p. 1674 et n° 46, p. 1731. Sur la réforme du divorce en général : F. GRANET, « Les nouveaux cas de divorce », AJ Fam. 2004, n° 6, p. 24 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE : « La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? », Dr. Fam. 2004, chron. 13 et 16 ; Th. GARÉ, « La réforme du divorce, entre innovations et droit constant », RJPF, juin 2004, n° 6, p. 6. Sur la nécessité d'une neutralité du divorce sur les avantages matrimoniaux et donations entre époux, v. 5^{ème} prop. in « Demain la famille 95^{ème} Congrès des notaires de France », Marseille 9-12 mai 1999, Paris, journaux judiciaires associés, 1999 ; A. DELFOSSE et J.-F. PENIGUEL, « Libéralités entre époux, avantages matrimoniaux, et réforme du divorce », JCP N 2004, n°49, p.1822-1824.

² V. *supra*, n° 462 et s.

A. Une cohérence en péril

480. Une référence inutile aux avantages matrimoniaux. S'il semblait évident de traiter du sort de ces avantages dans le nouveau divorce, c'est par mimétisme avec le système antérieur. Par symétrie, le nouvel article 265 du Code civil organise de concert le sort des avantages et des donations, mais en scellant le système sur des bases objectives. Or nous avons démontré que ce nouvel article favorise un glissement conceptuel de l'avantage matrimonial¹. Non-seulement il est saisi dans un aspect « bienfait » et se décline au pluriel, mais il est désormais entendu de prime abord comme l'énoncé d'une règle de droit plus qu'une réalité objective. Là est la nouveauté ; là est le caractère superflu de la référence. Puisque l'avantage matrimonial se fonde dans les dispositions mêmes du régime matrimonial, pourquoi ne pas viser directement ces dernières ? L'ancien système établissait déjà ce rapprochement, mais pas de manière systématique. Il était nécessaire, pour appliquer le texte, de connaître le bénéficiaire de l'avantage, ce qui impliquait la considération de son effet. Certes, tous les avantages révoqués n'avaient pas nécessairement pris effet. Mais l'idée était de réduire à néant un bienfait existant ou à venir, en raison du comportement de son bénéficiaire ou par la seule volonté de celui qui l'avait consenti.

En revanche, le nouvel article 265 du Code civil envisage les avantages matrimoniaux comme de pures règles de droit et détermine leur sort en fonction de la date de leur prise d'effet. Dès lors que la notion d'« avantage » s'est détachée du simple résultat existant ou projeté et qu'elle s'est fondue dans l'énoncé de la règle elle-même, toute référence à l'avantage matrimonial est devenue superflue, puisqu'il aurait suffi de viser les dispositions du régime. Cette référence est, de plus, dangereuse pour la conceptualisation et la compréhension globale de la notion, car elle lui donne une orientation spécifique jusque là méconnue. Cette nouvelle vision autorise l'entrée dans la catégorie de dispositions qui neutralisent une participation trop avancée, car elle ne nécessite plus d'appréhender les effets réels des règles du régime matrimonial et rend donc inutile l'utilisation de l'étalon et du rapport d'équivalence. En somme, elle conçoit l'avantage dans un sens très large et sans doute trop étendu. Cette tendance est nettement démontrée par la considération du bénéficiaire, qui a totalement disparu. L'effet de la règle ne détermine pas l'existence de l'avantage ; son énoncé suffit.

481. Une formulation maladroite. La lettre du texte, couplée à la perception de l'avantage comme une pure règle de droit, aboutit à des situations paradoxales qui limitent indûment la liberté des conventions matrimoniales. Si le divorce emporte révocation des avantages matrimoniaux ne prenant effet qu'à l'issue de l'union et si ces avantages sont assimilés

¹ V. *supra*, n° 411 et s.

aux dispositions du régime, cela signifie que toute stipulation propre à la liquidation est révoquée. Ainsi une première difficulté concernant la clause de reprise d'apports tient à sa nature juridique plus qu'à ses effets. Si elle s'analyse en un avantage matrimonial, elle doit *ipso facto* être révoquée par le divorce puisqu'elle ne prend effet qu'à la dissolution du régime... par divorce ! Une telle problématique s'étend non-seulement aux règles liquidatives spécifiques au divorce, mais aussi à celles qui s'appliquent indifféremment selon la cause de dissolution¹. Par exemple, une clause de partage inégal prévue quelle que soit la cause de la dissolution ne pourrait produire son effet en cas de divorce. Plus grave, ce sont toutes les dispositions liquidatives qui sont inapplicables. Ce problème est contourné par deux voies qui tendent en réalité à dévoyer la notion d'avantage dans sa perception « bienfait ». Une première issue consiste à ne pas qualifier ces règles d'avantages matrimoniaux ; pourtant, participant du régime, elles sont bel et bien des avantages-bienfaits entrant dans la détermination de l'avantage-différence². Une seconde solution est de qualifier la stipulation d'avantage « *ayant pris effet au cours du mariage* ». Par exemple, l'avantage procuré par un partage pour moitié d'une masse commune étendue serait perçu comme résultant de la mise en commun, non du partage. Pourtant, c'est bien de la conjonction de ces deux stipulations que naît un profit chiffré pour l'un des époux³. La règle du partage par moitié participe tout autant que celle de la mise en commun à la gratification du conjoint...⁴

Deux risques majeurs sont ainsi générés par la maladresse rédactionnelle. Le premier est la limitation injustifiée de la liberté des conventions matrimoniales⁵ : il devient impossible de prévoir un avantage matrimonial exigible spécifiquement en cas de divorce⁶. Or la libre organisation des conséquences du divorce est l'essence même de la loi du 26 mai 2004 qui a pour objectif de le pacifier et de responsabiliser les époux. Un auteur remarque à ce propos : « *On se trouve alors face à un véritable paradoxe créé par la formulation maladroite choisie par le*

¹ La formulation de l'article 265 Cciv. est malheureusement très claire : « *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* » ; alors que les libéralités concernées par la déchéance ne sont que les « *dispositions à cause de mort* ». V. rapport DELNATTE, Doc. Ass. Nat., n° 1513 (2003-2004), p. 79

² Cette perception utilitaire de l'avantage matrimonial permet de résoudre des difficultés pratiques, mais elle complique la conceptualisation de l'avantage, déjà suffisamment délicate.

³ La preuve en est que toute règle qui dérogerait à ce partage égalitaire mais inéquitable serait considérée comme réduisant l'avantage procuré.

⁴ La gratification naît justement de ce que la masse commune se partage par moitié mais ne s'alimente pas par moitié.

⁵ Ce qui a été dénoncé par le 106^{ème} Congrès des notaires de France : « *Couples, patrimoines - Les défis de la vie à deux : 106^{ème} Congrès des notaires de France* », Bordeaux, 30 mai-2 juin 2010, Paris, ACNF, 2010, n° 3493 : « *Cela va à l'encontre de l'esprit même du contrat. Cette révocation est alors paradoxale puisqu'elle touche des dispositions stipulées pour s'appliquer précisément lors de la dissolution du régime matrimonial par divorce !* ».

⁶ Le paradoxe peut être illustré ainsi : « *Soit un couple qui se marie en adoptant le régime de la participation aux acquêts. Dans leur contrat de mariage, les époux insèrent une clause aux termes de laquelle le montant de la créance de participation ne saurait excéder la valeur des biens non professionnels, afin d'éviter qu'au moment de liquidation des intérêts pécuniaires du couple le débiteur de la créance n'ait, pour la régler, à vendre les biens qui lui permettent l'exercice de sa profession. Le couple divorce. Faudrait-il que cette clause soit révoquée par l'effet du divorce, alors qu'elle a été conclue en considération de celui-ci ?* » : S. GAUDEMET, « *Révocation ou maintien de la réversion d'usufruit et des avantages matrimoniaux lors d'un divorce, la mise en ordre proposée par le Congrès des notaires* »,

législateur : une clause expressément voulue par les époux pour anticiper un éventuel divorce se trouve a priori privée d'effet par la survenance du cas de figure pour laquelle elle a été prévue ! »¹. Madame DAURIAC résume ainsi le phénomène : « le droit du divorce stérilise en partie la richesse des possibilités qu'offrait pourtant le droit des régimes matrimoniaux »².

Un second risque est la paralysie totale des opérations de liquidation du régime matrimonial en cas de divorce. Ce péril est contourné par une interprétation erronée mais utilitariste de la notion d'avantage matrimonial. Cependant l'analyse révèle que l'avantage dont il s'agit ici doit être entendu comme toute règle du régime matrimonial indépendamment de son effet, ce qui implique les règles liquidatives fondamentales telles que le partage pour moitié de la masse commune. Le divorce emporterait donc dissolution de la communauté, mais la révocation de plein droit des dispositions liquidatives empêcherait tout partage...³

482. Une classification incomprise. Il est tentant de postuler que le nouveau système crée une sous-classification commune qui révélerait leur proximité notionnelle. En réalité il n'en est rien. S'agissant des libéralités, c'est la traditionnelle distinction fondée sur l'objet qui est reprise par le texte : les libéralités portant sur des biens à venir sont révoquées de plein-droit ; celles portant sur des biens présents sont maintenues. En revanche, la classification des avantages matrimoniaux ne reprend pas ce système ; cela serait même impossible puisque les avantages matrimoniaux portent toujours sur des biens présents, éventuellement affectés de modalités⁴. Le parti a été pris de tenir compte de la date de prise d'effet de l'avantage et plus particulièrement du moment où il devient exigible. Ainsi, l'article 265 du Code civil opère une distinction entre les libéralités en fonction de leur objet et une distinction des avantages matrimoniaux fondée sur un critère purement temporel. Cette différence n'est pas souvent perçue, ni même comprise. Cela s'explique par l'incertitude qui caractérise encore la distinction entre les droits actuels et éventuels. Si celle-ci n'est fondée que sur un critère temporel, ce qui n'est au demeurant pas adapté, alors il est possible de dire que l'article 265 du Code civil opère une sous-classification commune aux avantages matrimoniaux et aux donations entre époux. Si, en revanche, les notions de « biens à venir » et « biens présents » sont distinguées, au-delà du critère temporel, en considération de la présence ou de l'absence de potestativité du débiteur sur l'existence de son

RDC 2010, n° 4, p. 1363-1370.

¹ P. MURAT, « Les régimes matrimoniaux et les régimes « pacsimoniaux » à l'épreuve de la rupture des couples », JCP N 2011, n° 1206, n° 14.

² I. DAURIAC, « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 25, spé. p. 29.

³ Sur les solutions que nous préconisons, v. *infra*, n° 498 et s.

⁴ V. *supra*, n° 199 et s.

obligation, il n'est plus possible d'assimiler les deux classifications¹. Les difficultés rencontrées ici révèlent l'émergence de la théorie de la potestativité dans la définition du droit éventuel et l'incapacité du législateur à choisir cette vision, voire à en comprendre l'essence. Cette classification incomprise tend à opérer une malencontreuse confusion entre avantages matrimoniaux et donations entre époux sur ce qui est en réalité une différence appréciable entre les deux figures : l'objet. Le sort des libéralités par réversion d'usufruit illustre parfaitement ces propos. Ces donations originales portent sur des biens présents², mais ne sont exigibles qu'au décès. Or il est admis qu'en l'état actuel de la rédaction de l'article 265 du Code civil, elles ne sont pas révoquées par le divorce. La loi du 23 juin 2006 a modifié le régime de leur libre révocabilité, non celui de leur sort en cas de divorce³.

Il serait pourtant pertinent et efficace de créer une sous-distinction commune, fondée sur un critère temporel unique. Monsieur DELMAS SAINT-HILAIRE explique que « *la rédaction de l'article 265 du Code civil paraît bien inspirée par une « logique de sacrifice » selon laquelle, en cas de divorce, on ne reprend en principe pas ce dont l'époux a commencé à jouir alors que rien ne s'oppose à ce que l'on puisse anéantir les avantages et libéralités dont le conjoint n'a pas encore profité. En d'autres termes, la logique développée dans l'article 265 du Code civil devrait inciter à s'attacher plus à la date d'entrée en jouissance qu'à la date des effets procurés par la libéralité ou l'avantage en cause* »⁴. L'idée serait d'appliquer aux libéralités entre époux le critère temporel régissant les avantages matrimoniaux, donc de s'attacher à la date de leur exigibilité, ce que la loi traduit par la « prise d'effet ». L'intérêt pratique fondamental serait de révoquer de plein-droit les clauses de réversion d'usufruit et plus largement toute donation stipulée sous une condition ou un terme qui ne serait pas encore réalisé lorsque le divorce est prononcé⁵. Les objectifs poursuivis par le législateur pourraient ainsi être atteints, car c'est bien un critère temporel qu'il a cherché à mettre en place au sein du nouvel article 265 du Code civil.

¹ Nous avons expliqué en quoi le critère potestatif est aujourd'hui plus pertinent, en raison de la dématérialisation des échanges qui distingue le transfert du droit de son exigibilité. Il est donc indispensable de dépasser un critère purement temporel. V. *supra*, n° 196 et s.

² *Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 1997* : Bull. Civ. I, n° 291 ; PA 1999, n° 164, p.17, note G. TEILLAIS ; JCP, 1997, n° 22969, p. 560, note I. HAREL-DUTIROU ; JCP 1999, I, 132, n° 5, obs. R. LE GUIDEC ; RTD Civ., 1998, p. 721, obs. J. PATARIN et p. 937, obs. F. ZENATI. V. cependant : N. PETRONI-MAUDIERE, « Le déclin du principe de l'immuabilité des régimes matrimoniaux », thèse Limoges, éd. 2005. *Contra* : *Cass. com., 2 déc. 1997*, n° 96-10.072 : Bull. civ. IV, n° 318, D. 1998, jp. p. 263, note G. TIXIER. *Contra* antérieurement : *Cass. 1^{ère} civ., 20 avril 1983*, n°82-10.848 : Bull. civ. I, n° 124, Defr. 1985, art. 33609, note M. GRIMALDI.

³ Sur les modifications apportées par la loi du 23 juin 2006 aux innovations de la loi du 26 mai 2004 : Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Les ajustements techniques de la loi du 23 juin 2006 : entre modernisation, correction et interprétation », Dt. et pat. 2007, n° 157, p. 40. ; N. PETERKA, « Le nouveaux visage des libéralités familiales au lendemain de la loi du 23 juin 2006 » Gaz. Pal. 08/11/06 n° 312, doctr. p. 4-11 ; F. PETIT, « L'intérêt persistant des donations entre époux après la loi du 3 décembre 2001 et celle du 23 juin 2006 », JCP N 2008, n° 49, p. 20.

⁴ Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « La réversion d'usufruit entre époux à l'épreuve de l'article 265 du Code civil », Dt. et pat. 2005, n° 141, p. 32.

⁵ Les développements ultérieurs conduiront à préciser ce critère temporel, en le fondant exclusivement sur le décès.

483. Une sanction mal nommée. L'un des moindres maux du nouveau système de l'article 265 du code civil est d'employer, sans doute à mauvais escient, le terme « révocation ». Cette utilisation semble inadaptée pour deux raisons. D'une part, le terme renvoie au pouvoir de la volonté. La révocation est avant tout perçue comme un acte juridique, une manifestation de volonté permettant d'annihiler tout ou partie d'un autre acte juridique¹. Rien de tel dans le cadre de l'article 265 du Code civil : la mise à néant des libéralités et avantages matrimoniaux est un effet automatique², une conséquence directe du divorce. D'autre part, l'expression évoque souvent une sanction : la révocation est la conséquence de la mauvaise exécution du contrat par l'une des parties. Elle permet de punir celui qui agit de mauvaise foi et lui fait perdre le bénéfice qu'il tire de la convention. Ainsi, l'utilisation du terme se justifiait avant la réforme du 26 mai 2004 : soit la déchéance était due à un comportement fautif ou assimilé, ce qui impliquait une sanction ; soit elle émanait directement de la volonté de celui qui avait consenti à l'avantage ou à la donation. Depuis 2004, la déchéance n'est plus considérée comme une sanction, mais comme une suite logique de la fin de l'union matrimoniale. Elle ne repose plus sur la volonté des parties, mais sur un mécanisme automatique et objectif mis en place par le législateur. Cependant cette difficulté terminologique doit être relativisée. Le vocable lui-même est en évolution et désigne davantage l'effet annihilateur que sa provenance³ ou sa finalité⁴. La « révocation » signifie autant l'action de révoquer que le résultat de cette action⁵. On pourrait, de plus, nuancer la première critique, puisque le divorce suppose lui-même une volonté personnelle et que le sort de l'acte semble reposer sur une présomption simple de volonté révocatoire, de sorte que les parties peuvent librement faire échec à la révocation⁶. La difficulté ainsi posée n'est pas insurmontable et l'emploi du terme peut se justifier. Cependant, on regrettera tout amalgame entre la révocation de plein droit de l'article 265 du Code civil et la révocabilité de l'article 1096, fondée exclusivement sur la volonté personnelle.

¹ « Acte unilatéral de rétractation par lequel une personne entend mettre à néant un acte antérieur dont elle est l'unique auteur ou même un contrat auquel elle est partie » : G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », association Henry Capitant, PUF 2000, 8^{ème} éd., v° *Révocation*, 2, a. Par exemple, les causes légales de révocation ne sont que des prétextes légaux à la manifestation d'une volonté révocatoire, des hypothèses dans lesquelles la loi reconnaît que la volonté révocatoire est justifiée et l'autorise.

² Le texte indique une « révocation de plein droit ».

³ « Par ext., anéantissement d'un acte qui résulte, pour des causes spécifiées par la loi, soit de plein-droit de leur survenance, soit, moyennant une appréciation, d'une décision de justice » : G. CORNU (dir.), *op. cit.*, v° *Révocation*, 2, b.

⁴ Par exemple, la survenance d'enfant n'est pas fondée sur l'idée de sanction ; elle est cependant une cause légale de révocation.

⁵ G. CORNU (dir.), *op. cit.*

⁶ Il existe une réelle différence entre être à l'origine de la déchéance, ce qui suppose d'agir, et ne pas être à l'origine du maintien, ce qui implique une attitude passive. En outre, la volonté des époux n'intervient pas alors dans le sens d'un anéantissement, mais plutôt d'une confirmation, d'un maintien de la disposition.

484. Des conséquences inopportunes. La réforme a permis de supprimer de nombreuses interrogations tenant aux effets de la révocation des avantages matrimoniaux sur la qualification des biens qui en faisaient l'objet¹. Elle a cependant introduit de nouvelles difficultés, tenant notamment au maintien des avantages et libéralités. Comment imaginer qu'un avantage matrimonial puisse survivre au régime dont il est issu ? Peut-on concevoir que certaines dispositions du régime perdurent au-delà du mariage ? Cela conviendrait au principe selon lequel le régime matrimonial est une faveur accordée aux époux et fondée sur cette qualité. En pratique, comment envisager le maintien d'une clause d'attribution intégrale d'une communauté qui ne peut exister qu'entre époux ? Il faudrait soit que la communauté perdure après le divorce, soit que l'objet de l'attribution change de nature, c'est-à-dire qu'il ne s'agisse plus de transmettre une masse commune mais une masse indivise. Cette solution de compromis aurait le mérite de limiter raisonnablement l'enrichissement procuré, car l'indivision n'est pas alimentée par les revenus, ni par les acquisitions à titre onéreux. Le maintien d'avantages matrimoniaux n'ayant pas encore pris effet est plus adapté à des dispositions de moindre envergure, comme le préciput portant sur un bien spécifique. Mais, même dans cette hypothèse, doit-on considérer que le prélèvement porte sur un bien commun, alors même que le décès interviendrait une vingtaine d'année après le divorce ? Ou faut-il estimer que le bien est personnel ou indivis, ce qui impliquerait de requalifier l'opération en libéralité² ? Il y aurait alors une modification de la nature de la gratification que la fiction disqualificative ne pourrait empêcher³.

Les libéralités sont également concernées par les conséquences malencontreuses de l'article 265 du Code civil. D'une part, la rédaction imprécise du texte implique la révocation de toute libéralité portant sur des biens à venir : les legs sont également concernés⁴, ce qui est très contestable⁵. D'autre part, le maintien volontaire rend la libéralité irrévocable... les institutions contractuelles et les legs testamentaires deviennent donc irrévocables, ce qui est clairement attentatoire à la liberté de tester et contraire à la nature de ces dispositions⁶. Rappelons que la

¹ Sur ces questions, v. notamment : F. LUCET, « L'avantage matrimonial. Retranchement ou révocation », étude sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1990 : JCP N, 1992, I, 145. Par exemple, la révocation de la clause d'ameublissement a-t-elle pour effet de modifier rétroactivement la qualification du bien ? En régime de communauté de meubles et acquêts, une telle requalification modifierait les règles du calcul du passif définitif.

² Rappelons que le prélèvement à titre gratuit s'analyse en une libéralité entre époux s'il a pour objet un bien propre ou personnel : Cass. req., 11 mars 1931 : DP 1931, I, p. 133 et Cass. 1^{ère} civ., 7 juill. 1971 : D. 1972, p. 294.

³ Ce changement de nature semble être reconnu par le droit fiscal : v. *infra*, n° 524.

⁴ F. SAUVAGE, art. précit., n° 23. Il semble cependant qu'il soit nécessaire que le testament soit rédigé au cours du mariage, puisque l'article 265 du Code civil évoque les avantages et dispositions « accordés par un époux à son conjoint par contrat de mariage ou pendant l'union ».

⁵ Rien ne laisse supposer la volonté révocatoire du testateur ; en outre, le testament demeure toujours librement révocable : la révocation de plein-droit n'est donc pas indispensable. De plus, en tant qu'acte unilatéral, le testament peut être un acte secret : la révocation de plein-droit sera difficilement mise en œuvre dans les cas où seul le testateur aura connaissance de l'acte.

⁶ Cela revient en outre à restaurer le paradoxe dénoncé avant la réforme de 2004, selon lequel les libéralités entre époux sont plus précaires que les libéralités consenties à des tiers. Ici, la donation de biens à venir faite à l'ex-époux sera irrévocable, alors qu'une même donation au profit du nouveau conjoint sera librement révocable... Sur ce sujet, v.

distinction entre les legs et institutions contractuelles d'une part et les donations entre vifs d'autre part, repose notamment sur le caractère librement révocable, qui est un trait catégorique des libéralités à cause de mort. Une irrévocabilité aurait pour effet de dénaturer l'acte juridique lui-même. Elle ne doit être tolérée qu'en raison de la particularité de l'*instrumentum* dans lequel elle s'inscrit, comme par exemple pour les donations de biens à venir incluses dans un contrat de mariage et soumises à l'immutabilité des conventions matrimoniales. L'irrévocabilité attachée au maintien est de plus une dérogation injustifiée à l'article 1096 alinéa 1^{er} du Code civil¹. S'agit-il d'une irrévocabilité de droit commun (les parties resteraient libres de s'accorder sur une révocation) ou d'une irrévocabilité renforcée² ? Ces libéralités maintenues seront-elles considérées comme intervenant entre époux³ ? Devront-elles s'imputer sur la quotité disponible spéciale ou sur une quotité ordinaire⁴ ? Le disposant conserve-t-il la faculté de consentir de telles libéralités à un futur conjoint ? Ces interrogations témoignent de l'inutilité de la faculté de maintien et de l'effet d'irrévocabilité qui y est attaché. Si les ex-époux demeurés en bons termes souhaitent se gratifier mutuellement, il leur est toujours possible d'avoir recours aux libéralités de droit commun. La cohérence de l'article 265 est donc très difficile à cerner ; l'autorité dont elle est revêtue est également incomprise.

B. Une autorité incertaine

485. Une interrogation. La question fut posée, à l'issue de la réforme du 26 mai 2004, de l'autorité du nouvel article 265 du Code civil : s'agit-il d'une disposition impérative, ou les

Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 2008, n° 05-18.745 : Bull. civ. I, n° 40 ; JCP N 2008, n° 19, p. 24, n° 1199, note J. CASEY ; Dr. Fam. 2008, n° 3, p. 30, comm. V. LARRIBAU-TERNEYRE.

¹ Le texte est de plus muet sur la nature de l'irrévocabilité : s'agit-il d'un alignement sur le droit commun des donations (irrévocabilité d'ordre public) ou d'un simple retour à l'irrévocabilité ordinaire des conventions (qui n'est pas d'ordre public) ?

² Avant la réforme du 26 mai 2004, les donations étaient maintenues avec leur caractère révocable ou irrévocable : Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 1979 : Bull. civ. I, n° 154 ; Cass. 1^{ère}, 4 févr. 1992 : Bull. civ. I, n° 40 ; RTD Civ. 1992, p. 371, obs. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER ; JCP 1992, I, 3604, n° 5 obs. F.-X. TESTU ; JCP N 1993, II, 45, note J. HERAIL ; Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1992 : Bull. civ. I, n° 218 ; Defr. 1993, art. 35663, n° 120, obs. J. MASSIP ; RTD Civ. 1994, p. 88, obs. J. HAUSER ; D.1993, somm. p. 220 obs. M. GRIMALDI ; RTD Civ. 1993, p. 187 note B. VAREILLE et F. LUCET ; Defr. 1993, art. 35416, p.34, note M.-C. FORGEARD ; JCP G 1993, II, 22108, note Ph. SIMLER. La jurisprudence s'est prononcée sur un don manuel à propos duquel la convention définitive de divorce homologuée est muette ; librement révocable, car consenti avant le 1^{er} janvier 2005, il devient irrévocable : Cass. 1^{ère} civ. 28 févr. 2006 : Bull. civ. 2006, I, n° 115 ; D. 2006, p. 1426, concl. J. SAINTE-ROSE, pan., p. 2074, obs. J. REVEL ; D. 2007, pan., p. 712, obs. G. SERRA ; RTD Civ. 2006, p. 291, obs. J. HAUSER ; AJ. Fam. 2006, p. 203, obs. S. DAVID ; Dr. Fam. 2006, comm. 110, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE. V. aussi, à propos d'une donation de biens à venir : Cass. 1^{ère} civ., 28 févr. 2006 : Bull. civ. 2006, I, n° 113.

³ Sur ce point, l'administration fiscale maintient le bénéfice de la qualité d'époux pour l'ex-conjoint qui a bénéficié d'une donation de biens à venir : R.-M. REGAUDY, JOAN 3 août 1956, p. 3854 ; Doc. adm. de base 7 G 2432, n° 3, 20 déc. 1996.

⁴ En ce sens : F. SAUVAGE, art. précit., n° 28. Le 106^{ème} Congrès des notaires de France a précisé : « *La libéralité entre époux divorcés, maintenue par l'effet de la loi ou de la convention, ne bénéficiera pas d'une imputation sur la quotité disponible spéciale entre époux. La qualité visée par l'article 1094-1 du Code civil ne peut en effet s'apprécier qu'au jour du décès du disposant, c'est-à-dire au seul bénéfice de celui qui a la qualité de conjoint survivant à cette*

époux peuvent-ils la tenir en échec ? Une grande partie de la doctrine estimait que le texte devait être supplétif, tout comme d'ailleurs le nouvel article 1096 du Code civil. L'objectif était principalement de sauvegarder la pratique des clauses de non-divorce, dont l'effet est contraire au nouveau dispositif et qui ne sont plus justifiées par une révocabilité *ad nutum*¹. La jurisprudence s'est prononcée en 2012 pour un caractère d'ordre public², mais le débat ne semble pas clos pour autant : la portée et l'opportunité d'une telle solution sont encore discutées.

486. Une disposition innervée par la libre volonté personnelle. Il est très délicat d'envisager le régime des donations entre époux et avantages matrimoniaux en cas de divorce comme s'imposant en toute hypothèse, dans la mesure où la volonté personnelle y occupe une place prédominante. Tel était déjà le cas des anciens articles 267 et suivants du Code civil : le régime juridique n'était alors d'ordre public qu'en cas de déchéance-sanction fondée sur le comportement fautif exclusif de l'un des époux. La volonté joue encore un rôle important dans le nouveau système : l'alinéa 2 de l'article 265 du Code civil prévoit la possibilité de déroger à la révocation de plein droit par simple manifestation de volonté. Comment soutenir valablement que les dispositions de ce texte sont impératives ? L'article autorise lui-même les parties à déroger à ses effets... Cette limitation par volonté personnelle est d'autant plus marquée que le législateur est favorable à une anticipation³. Cette incursion de la volonté dans le divorce est l'essence même de la réforme⁴. Comment concevoir que l'innovation majeure de l'article 265 puisse s'imposer aux parties ? L'impérativité ne peut non-plus se concevoir en raison d'un parallélisme avec le système antérieur dans la mesure où ce qui justifiait une déchéance d'ordre public était l'idée de

date » : 106^{ème} Congrès des notaires de France, *op. cit.*, n° 3496.

¹ F. SAUVAGE, « Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux (à propos de la loi du 26 mai 2004 portant réforme du divorce) », *Defr.* 2004, n° 21, art. 38038, p. 1425, n° 11. La clause est en toute hypothèse illicite si elle a pour objet de limiter la liberté du donataire de demander le divorce : Rép. Min. n° 46334, JO 2 juill. 1984, débats Ass. Nat. Questions et réponses, p. 3072. V. aussi : J.-F SAGAULT, « La clause de révocation de l'institution contractuelle post nuptias entre époux en cas de dissolution de l'union par divorce », *in* « *Liber amicorum* Georges Daublou », *Defr.*, mars 2001, p. 275.

² V. *infra*, n° 487.

³ « ... si selon l'art. précit., la volonté de l'époux doit être constatée au moment du divorce, elle peut néanmoins être exprimée préalablement. Ainsi 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 » : Rép. min. n° 18632 : JOAN Q, 26 mai 2009, Questions et réponses, p. 5148, n° 18632 - V. aussi, P. PINEAU, « Révocation des avantages matrimoniaux : une proposition bienvenue », *Bulletin d'actualité Lamy Patrimoine*, juin 2009, n° 33. Cette possibilité interroge cependant au regard du principe de libre révocabilité des donations de biens à venir : prévoir expressément que le divorce sera sans incidence, n'est-ce pas provoquer l'irrévocabilité dont il est question à l'article 265 et y soumettre les libéralités dès leur conclusions ? N'y a-t-il pas là une atteinte à la règle d'ordre public de l'article 1096 du Code civil ? Pour une analyse de cette possibilité avant que ne soit publiée la réponse ministérielle : F. SAUVAGE, art. précit.

⁴ « La loi du 26 mai 2004 ne s'est pas limitée à modifier les dispositions du divorce, elle en a perturbé l'esprit en incitant les époux à organiser eux-mêmes, en tout ou partie, les conséquences de leur séparation » : Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « La réversion d'usufruit entre époux à l'épreuve de l'article 265 du Code civil », *Dt. et pat.* 2005, n° 141, p. 32.

sanction, totalement écartée aujourd'hui¹. Il n'est cependant pas déraisonnable de postuler que la loi ait entendu conférer à des dispositions un caractère d'ordre public quand elle n'a pas précisément autorisé une dérogation conventionnelle. L'ancien système faisait coexister des règles d'ordre public – la déchéance-sanction – et des règles gouvernées par le pouvoir de la volonté – la déchéance choisie. Il pourrait donc s'agir d'un îlot impératif au milieu d'une mer supplétive. Le caractère d'ordre public se déduirait par contraste, et gouvernerait le maintien des avantages ayant déjà pris effet et des libéralités à cause de mort. Telle semble avoir été l'interprétation retenue par la jurisprudence qui a déclaré hors-la-loi les clauses de non-divorce.

487. L'impérativité affichée : prohibition des clauses de non-divorce². Saisie d'une question portant sur la validité des clauses de non-divorce, la première chambre civile de la Cour de cassation a, le 14 mars 2012, affirmé le caractère impératif de l'article 265 al. 1^{er} et la prohibition de ces clauses³. La solution est entendue, mais sa portée est encore source d'interrogations. En effet, la question de la validité des clauses résolutoires en cas de divorce interrogeait autant sur l'autorité de l'article 265 du Code civil que sur celle de l'article 1096, puisque cette stipulation révoque une donation de biens présents et place le divorce comme la cause de cette révocation. Le moyen du pourvoi était d'ailleurs structuré en deux branches expliquant successivement le caractère d'ordre public de chacun de ces textes. Pourtant, la Cour de cassation a refusé de se prononcer sur la validité des clauses au regard de l'article 1096⁴ et s'est contentée de fonder sa solution sur l'article 265. Un auteur remarque : « *Il aurait pu être soutenu que le fondement de la solution énoncée dans l'arrêt rapporté procéderait du droit des libéralités lui-même et non pas de l'article 265 du Code civil* »¹. En effet, c'est bien plus l'irrévocabilité renforcée des donations de biens présents qui justifie la solution, que l'article 265 qui, par nature, laisse une large place à la volonté individuelle. Fondée sur l'article 1096, la réponse apportée par la Cour de cassation aurait eu une portée bien plus large : elle aurait permis de prohiber toute

¹ « *L'article 267 était d'ordre public parce qu'il constituait une sanction à l'encontre de l'époux fautif. Or, le nouvel article 265 du Code civil ne présente aucun caractère de sanction* » : J.-G. MAHINGA, « Les libéralités entre époux après la loi du 26 mai 2004 réformant le divorce », JCP 2005, I, 104. En ce sens également : J. HAUSER et Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? », Defr. 2005, art. 38115.

² Sur ces clauses, v. : Ph. SIMLER, « La validité de la clause de liquidation alternative de la communauté universelle menacée par le nouvel article 265 du Code civil », JCP 2005, I, n° 31, p. 1499.

³ Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2012, pourvoi n° 11-13.791 : Bull. civ. I, n° 56 ; D. 2012, n° 37, pan. p. 2576 ; *ibid.*, p. 1386, note A. POSEZ ; JCP 2012, n° 18, chron., p. 920 ; *ibid.*, n° 20, note Cl. BRENNER ; *ibid.*, n° 29, chron. p. 1465 ; JCP 2013, n° 9 p. 442, chron. R. LE GUIDEC ; AJ Fam. 2012, p. 233, obs. S. DAVID ; JCP 2012, n° 561, §1, obs. M. MEKKI ; JCP N 2012, n° 12 p. 5, note H. BOSSE-PLATIERE ; *ibid.*, n° 15, p. 29, note Cl. BRENNER ; RTD Civ. 2012, n° 2, p. 300 Chron. J. HAUSER ; *ibid.*, p. 357, chron. M. GRIMALDI ; PA 2012, n° 83 p. 16, note J.-G. MAHINGA ; *ibid.*, n° 123 p. 4, note Y. AKLOUCHE ; RLDC 2012, n° 93, p. 47, note M. NICOD ; RJPF 2012, n° 5, p. 6, obs. F. SAUVAGE ; JCP E 2012, n° 25 p. 33, note J.-B. SEUBE ; RDC 2012, n° 3 p. 89, note Ch. GOLDIE-GENICON ; Defr. 2012, n° 18 p. 893, note Ch. DONZEL-TABOUCOU.

⁴ « *sans qu'il y ait lieu de statuer sur la première branche du moyen* ». Ce refus est d'autant plus surprenant que l'autorité de l'article 1096 Cciv. était le premier argument développé à l'appui du pourvoi.

clause révocatoire, quelle que soit l'hypothèse envisagée par les parties. Il semble que la Cour de cassation n'ait pas souhaité entrer dans le délicat débat des conditions potestatives. Cependant, elle n'en aurait pas eu besoin : il lui aurait suffi de déclarer que l'irrévocabilité des donations entre époux est d'ordre public pour constater que tout accord de volonté des parties est nul s'il tend à remettre en cause la libéralité : l'irrévocabilité renforcée ne tolère aucun accord des parties sur une révocation, qu'existent ou non des conditions potestatives. Sans doute est-ce là un pas que les juges du droit n'ont pas souhaité franchir, ce qui est paradoxal, puisque l'arrêt est interprété comme alignant les donations conjugales sur le droit commun des donations ! Un intérêt peut cependant être trouvé à fonder la solution sur l'article 265 : seule la clause est déclarée illicite. Si la prohibition avait été fondée sur l'irrévocabilité spéciale, c'est l'entière libéralité qui aurait été annulée, paradoxe déjà dénoncé².

488. L'impérativité contrariée : la liberté nécessaire aux réversions d'usufruit. La Cour de cassation ne s'est pourtant ménagée qu'un sursis. Viendra le jour où elle devra expressément consacrer le caractère impératif de l'article 1096 du Code civil et relativiser l'autorité de l'article 265. La question se posera rapidement du sort des populaires réversions d'usufruit. En fondant sa solution sur l'article 265 du Code civil, la Cour de cassation condamne les clauses de non-divorce qui pourraient y être stipulées. Or ces clauses sont justifiées par la révocabilité *ad nutum*³, par nature d'ordre public. Ainsi, la réversion d'usufruit peut être soumise à des clauses de révocations et même être révoquée par la seule volonté unilatérale et discrétionnaire du disposant... mais pas en cas de divorce⁴ ! Il y a là une frontale opposition entre deux dispositions d'ordre public. En somme, il existe un lien indiscutable et fondamental entre la révocabilité et la révocation automatique, ainsi qu'entre l'irrévocabilité et le maintien des donations en cas de divorce. Les clauses de réversion d'usufruit entre époux rompent cette logique, parce qu'elles veulent à la fois être librement révocables et maintenues en cas de divorce. Or ces deux objectifs sont contradictoires, voire inconciliables.

Il existe deux moyens simples de dépasser cette invraisemblance. D'une part, il serait possible d'aligner le domaine de l'article 265 al. 1^{er} sur celui de l'article 1096 al. 2, donc de

¹ J.-G. MAHINGA, « L'article 265 du Code civil est d'ordre public, et pourtant... », PA 2012, n° 83, p. 16.

² V. *supra*, n° 462.

³ Rappelons que depuis la loi du 23 juin 2006, les clauses de réversion d'usufruit sont censées être révocables *ad nutum*. Aucune disposition ne fonde clairement ce régime juridique, mais on ne peut sérieusement douter des intentions du législateur à ce sujet : v. *supra*, n°472 et s.

⁴ Il semble cependant possible de contourner la prohibition des clauses de divorce en prévoyant, non une condition résolutoire, mais une condition suspensive de survie en qualité de conjoint survivant. Ce mécanisme est particulièrement adapté à la réversion d'usufruit puisqu'elle ne se résout qu'au décès. Elle est plus délicate pour les autres donations de biens présents, puisque l'effet suspensif fait échec à une délivrance du bien. V. Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « La réversion d'usufruit entre époux à l'épreuve de l'article 265 du Code civil », Dt. et pat. 2005, n° 141, p. 32.

prévoir que le divorce n'emporte pas révocation des donations de biens présents qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial. Les clauses de réversion d'usufruit ne seraient pas contraires à l'impérativité de l'article 265 al. 1^{er}, car elles ne seraient pas concernées par ce texte. D'autre part, une autre solution consisterait à proclamer le caractère impératif de l'article 1096 al. 2, tout en déclarant l'article 265 al. 1^{er} d'application supplétive. En somme, il serait possible de déroger à la règle selon laquelle le divorce est sans incidence sur les donations de biens présents, mais à la seule condition que cela ne contrevienne pas au principe d'irrévocabilité renforcée des donations de biens présents qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial. En pratique, les clauses de réversion d'usufruit pourraient donc être soumises à des clauses de non-divorce, car elles ne sont pas concernées par l'irrévocabilité spéciale.

489. L'impérativité nuancée : validité des clauses « alsaciennes ». La logique de l'article 265 du Code civil a été perturbée par la consécration de la validité des clauses de reprise d'apports. La validité de cette clause était doublement menacée. Quant à sa nature, elle risquait d'être révoquée par le divorce si elle s'analysait en un avantage matrimonial prenant effet à la dissolution de l'union : elle était donc menacée de révocation par l'article 265 al. 2 et les anciens articles 267 et 269 du Code civil. Quant à ses effets, elle peut s'analyser en une révocation pour cause de divorce d'un avantage matrimonial prenant effet au cours du mariage¹ : elle était donc menacée par l'article 265 al. 1^{er}.

La consécration s'est réalisée en deux étapes. D'une part, un arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 2010 a refusé d'y voir un avantage matrimonial, ce qui a permis d'en préserver l'effet au bénéfice de l'époux fautif et, dans le cadre du nouvel article 265, de ne pas la révoquer *ipso facto* par le divorce en tant qu'avantage ne prenant effet qu'à la dissolution du régime. D'autre part, la loi du 23 juin 2006 a autorisé cette clause, pourtant perçue comme une dérogation à l'article 265 al. 1^{er}. Cette consécration interroge sur l'autorité de l'article 265 al. 1^{er}. N'est-il pas illogique de sanctionner toute atteinte au principe du maintien des donations de biens présents en déclarant les clauses de non-divorce illégales, mais d'autoriser en parallèle une telle dérogation s'agissant des avantages matrimoniaux ? La clause alsacienne n'est-elle pas l'équivalent, pour les avantages matrimoniaux, de la clause de non-divorce applicable aux libéralités ? Une telle interprétation nuance très fortement l'impérativité de l'article 265 du Code civil. Pour schématiser, il est possible de présenter les deux premiers alinéas de cet article comme énonçant quatre dispositions distinctes : le maintien des donations de biens présents, le maintien des

¹ En ce sens : M.-F. SALLE, « La communauté universelle et la clause de reprise en nature des biens tombés en communauté », D. 1994, chron. p. 34. En sens contraire : P. CATALA, « Variations autour de la communauté universelle », in « Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. *Liber amicorum* », Strasbourg, LGDJ 1994, p. 45.

avantages matrimoniaux prenant effet pendant le mariage, la révocation de plein droit des donations de biens à venir et la révocation de plein droit des avantages matrimoniaux ne prenant effet qu'à la dissolution du régime matrimonial. Sur ces quatre règles, seule la première serait d'ordre public : les deux dernières sont supplétives car le texte lui-même autorise une dérogation conventionnelle. La deuxième serait supplétive en application de l'alinéa 3. L'impérativité de l'article 265, déjà délicate à légitimer, se réduit comme une peau de chagrin chaque fois que le législateur émet un souhait.

490. L'impérativité retrouvée : nature et effets de la clause de reprise d'apports.

En réalité, une analyse cohérente de la clause alsacienne permet de réordonner le régime juridique des avantages matrimoniaux tout en préservant les intérêts défendus par le législateur. S'agissant de la nature de la clause, il a été démontré qu'elle peut s'analyser en un avantage matrimonial particulier puisqu'il importe peu, pour retenir cette qualification, qu'elle s'inscrive dans un rapport d'équivalence avec d'autres dispositions du régime¹. Elle est donc légitimement menacée par la révocation de plein droit de l'article 265 alinéa 2 et cette délicatesse ne peut être résolue qu'en repensant le régime juridique sur ce point, ce que nous nous emploierons à expliciter². Cette première menace pouvant être écartée, il reste la seconde, qui repose sur sa contradiction frontale avec l'alinéa 1^{er} de l'article 265. Mais ici, l'analyse minutieuse de la clause révèle qu'une telle confrontation n'existe pas en réalité. Il n'y a aucune incompatibilité entre la reprise d'apport et l'alinéa 265 al. 1^{er} du Code civil. En effet, s'il est pertinent d'analyser la clause comme la révocation d'un avantage matrimonial, puisqu'elle neutralise l'idée participative, encore faut-il comprendre à quelle disposition elle fait échec en réalité. Un arrêt est à ce titre intéressant pour comprendre le mécanisme de la clause : dans une décision du 5 mars 2008, la Cour de cassation a précisé que la déchéance des avantages matrimoniaux prononcée à l'encontre de l'époux fautif n'a pas pour effet de modifier la qualification des biens³. Pareille solution ne peut-elle être envisagée pour les clauses de reprise d'apport et l'alinéa 3 de l'article 265⁴ ? Le même raisonnement a permis de consacrer leur validité⁵. On sait que la reprise effectuée dans le cadre de l'article 1525 du Code civil, dont le mécanisme est le même que celui d'une clause alsacienne, ne modifie pas la

¹ V. *supra*, n° 434.

² V. *infra*, n° 492. Une nouvelle lecture de l'article 265 du Code civil est rendue nécessaire, non seulement pour préserver l'effet et la qualification des clauses de reprise d'apport, mais pour consacrer une logique d'ensemble et éviter les blocages liés à la formulation maladroite du texte.

³ Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2008, n° 06-18.187 : Juris-Data n° 2008-042990 : Bull. civ. 2008, I, n° 62 ; JCP N 2008, n° 39, 1295, note A. TISSERAND-MARTIN, n° 21 ; RJPF 2008, n°6, p. 8, note F. VAUVILLÉ.

⁴ En ce sens : F. VAUVILLÉ, note précit.

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 17 janv. 2006 : JCP 2006, I, 141, n° 20, obs. A. TISSERAND-MARTIN ; Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1992 : Juris-Data n° 1992-001328 : Bull. civ. 1992, I, n° 181 ; JCP N 1994, p. 38, note Ph. SIMLER ; Defr. 1993, p. 34, note M.-C. FOREGARD ; D. 1993, somm. p. 220, obs. M. GRIMALDI ; RTD Civ. 1993, p. 187, obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

qualification du bien¹. Il ne s'agit pas de remettre en cause la nature commune du bien apporté, mais de le soustraire au partage en opérant une reprise en nature². La clause alsacienne n'est, finalement, qu'une modalité liquidative particulière³. Le bien, qualifié d'apport, demeure juridiquement un bien commun et il n'est pas envisageable de remettre en cause tous les actes qui le concerneraient, en raison d'une modification rétroactive de sa nature. Ainsi, la clause de reprise d'apport ne fait pas échec à la mise en commun de biens, mais à leur partage. Ainsi, elle ne révoque pas un avantage « prenant effet au cours du mariage », mais un avantage « ne prenant effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ». L'apport de cette analyse est conséquent : la clause de reprise d'apport n'est pas menacée par l'alinéa 1^{er} de l'article 265 du Code civil. Au contraire, elle n'est que la traduction de la révocation de plein droit prévue à l'alinéa 2 du même article. L'alinéa 3 de l'article 265 ne s'analyse pas en une dérogation à l'alinéa 1^{er}, mais en une précision sur l'alinéa 2 dont l'interprétation est très délicate. La consécration de la validité des clauses alsaciennes n'a donc pas pour effet d'atténuer le caractère impératif de l'alinéa 1^{er} de l'article 265.

491. Impérativité distributive. En définitive, il est impossible d'estimer que l'article 265 du Code civil est d'ordre public dans son intégralité. Seul l'alinéa 1^{er}, relatif à l'énoncé de l'indifférence du divorce sur certaines donations et avantages matrimoniaux, peut être perçu comme impératif. Il en va de même des conséquences que la loi attache au maintien volontaire des avantages et donations dont il est question à l'alinéa 2, encore qu'il soit difficile d'estimer que des avantages matrimoniaux perdurant hors du mariage ne puissent jamais être remis en cause. L'étude de la structure et des difficultés d'interprétation de ce texte permettent de comprendre qu'il est animé d'une philosophie simple : favoriser la neutralité du divorce sur les transferts patrimoniaux entre époux. C'est pour assurer cet objectif que l'alinéa 1^{er} est d'ordre public et que l'alinéa 2 est supplétif. Le législateur cherche à encourager le maintien des donations et avantages matrimoniaux, afin de lutter contre l'instabilité juridique. Les deux notions sont pareillement concernées. Pourtant, l'imperfection du texte est source de nombreuses difficultés et aboutit à des résultats ubuesques : le plus grave est probablement la paralysie totale des dispositions liquidatives, même en cas de divorce. Les vœux du législateur sont pourtant louables et l'interprétation du texte est guidée par son esprit plus que par sa lettre. Il appartient cependant au

¹ CA Colmar, 16 mai 1990 et 20 juin 1990 : JCP 1991, II, 17, note Ph. SIMLER.

² Madame TISSERAND-MARTIN note : « *Qu'elle ait pour fondement la loi, comme c'était le cas sous l'empire du droit antérieur, ou une stipulation du contrat de mariage, la reprise des apports à la suite du divorce n'opère pas un changement rétroactif de la qualification du bien concerné. Elle correspond à un simple aménagement du partage de la communauté, favorable au conjoint qui peut l'exercer. Et, c'est en qualité de bien commun que le bien est repris* » : note sous Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2008 précit.

³ En ce sens : TGI Strasbourg, 17 sept. 1987 : JCP N 1989, II, 109, note Ph. SIMLER.

juriste de proposer des solutions afin que celle-ci soit cohérente avec celui-là, et de proposer une nouvelle rédaction du texte.

Paragraphe second : Les nouvelles rédactions possibles de l'article 265 du Code civil

492. Un critère nécessairement chronologique. L'analyse des imperfections rédactionnelles de l'article 265 du Code civil révèle l'insuffisance du critère fondé sur l'objet et la nécessité d'embrasser pleinement une logique chronologique. Reste à déterminer le pivot définissant la classification, c'est-à-dire l'évènement permettant de distinguer l'avant de l'après. Deux propositions doivent être analysées : le pivot-décès (A) et le pivot-divorce (B).

A. Avantages à cause de mort et autres stipulations : le pivot-décès

493. Une référence constante au décès du disposant. La distinction proposée par l'article 265 du Code civil semble se fonder implicitement sur le décès. Le texte oppose les donations de biens présents aux « *dispositions à cause de mort* », et les avantages matrimoniaux ayant pris effet à ceux qui ne prennent effet qu'à la dissolution « *ou au décès* ». L'utilisation du terme « à cause de mort » plutôt que « de biens à venir » est sans doute révélatrice de l'aspiration à un critère chronologique articulé autour du décès. Il importerait peu, pour le législateur, que la libéralité ait pour objet des droits actuels ou éventuels, mais que l'effectivité matérielle se réalise au décès et non simplement l'effectivité juridique qui consiste en un transfert de droit. La logique est identique à celle existant depuis la loi du 23 décembre 1985 à propos du préciput : celui-ci n'est pas délivré lorsque le mariage se dissout par divorce, parce qu'il est fondamentalement un gain de survie¹. La majorité des commentaires doctrinaux sur cette nouvelle distinction relaie l'importance du décès comme étant la clé de la logique voulue par le législateur. Pour Madame DAURIAC, « *c'est la cohérence même de l'instrument, entendu comme gain de survie, qui implique sa caducité par l'effet du divorce ou de la séparation de corps* »². Selon Monsieur SAUVAGE, « *le législateur a considéré qu'il aurait été inopportun de maintenir des avantages et des libéralités dont la fonction est dévolutive et dont la justification essentielle tient au fait que le mariage aura duré jusqu'à la mort de l'époux qui les a consenties* »³. Madame GAUDEMET remarque que « *la distinction paraît bien sous-tendue par une opposition entre ce qui est acquis aux époux au cours du mariage et ce qui ne l'est pas encore ; entre ce qui relève de la*

¹ Article 1518 du Code civil.

² I. DAURIAC, « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 25, spé. p. 29.

³ F. SAUVAGE, « Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux (à

gratification immédiate et ce qui est de l'ordre de la prévoyance pour le temps où l'on ne sera plus »¹. Ainsi, « *d'avantage qu'entre la donation de biens présents et la donation de biens à venir, la distinction de l'article 265 ne devrait-elle pas passer entre les libéralités qui ont sorti leurs effets au moment du divorce et celles qui ne sortent leurs effets qu'au décès du disposant ?* »².

494. La proposition du 106^{ème} congrès des notaires de France. Les praticiens ont pris conscience des maladresses rédactionnelles de l'article 265 du Code civil et ont proposé des aménagements. Le 106^{ème} congrès des notaires de France réuni du 30 mai au 2 juin 2010 à Bordeaux a émis deux propositions majeures au sujet des conséquences du divorce sur les avantages matrimoniaux et libéralités entre époux. La première préoccupation a été de corriger le paradoxe lié à la paralysie des dispositions du régime matrimonial au décès. Ainsi a-t-il été proposé que le divorce emporte « *révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial par le décès de l'un des époux* »³ et non les « *avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux* »⁴. Le congrès propose en outre l'inclusion de la disposition suivante, *in fine* de l'article 265 : « *les avantages matrimoniaux prenant effet au moment de la dissolution par divorce seront maintenus sauf volonté contraire des époux* ». La seconde proposition consiste à aligner le sort des donations entre époux sur la logique chronologique de l'article 1096 du Code civil c'est-à-dire « *que la loi instaure, en cas de divorce, un principe de révocation automatique de la « réversion d'usufruit » stipulée au profit de son conjoint, sauf volonté contraire du disposant* »⁵. C'est bien le décès qui semble être, pour les praticiens, la clé de lecture de la distinction de l'avant et de l'après.

495. Un critère adapté aux donations entre époux. S'agissant des libéralités, l'objectif est d'aligner la logique des règles de l'article 265 du Code civil sur celles de l'article 1096 et de dépasser les paradoxes engendrés par leur asymétrie. Selon le congrès : « *la loi permet expressément de révoquer une donation entre époux à terme. Cette révocation doit dès lors pouvoir être prévue à deux moments : lors du divorce au sein de la convention conclue par les époux et soumise à l'homologation du juge aux affaires familiales ; lors de la donation elle-*

propos de la loi du 26 mai 2004 portant réforme du divorce) », Defr. 2004, n° 21, art. 38038, p. 1425, spé. n° 18.

¹ S. GAUDEMONT, « Révocation ou maintien de la réversion d'usufruit et des avantages matrimoniaux lors d'un divorce, la mise en ordre proposée par le Congrès des notaires », RDC 2010, n° 4, p. 1363-1370.

² *Ibid.*

³ « Couples, patrimoines - Les défis de la vie à deux : 106^{ème} Congrès des notaires de France », Bordeaux, 30 mai-2 juin 2010, Paris, ACNF, 2010, 3^{ème} commission, 2^{ème} proposition. Nous soulignons.

⁴ Actuel article 265 Cciv. Nous soulignons.

⁵ 106^{ème} Congrès des notaires de France, *op. cit.*, 3^{ème} proposition.

même, par l'introduction d'une clause résolutoire »¹. La révocation de plein droit est sous-tendue par l'idée qu'avec le divorce disparaissent les mobiles qui ont justifié la libéralité et l'intention généreuse² : ce serait donc la cause de l'acte qui serait anéantie³. Le texte opère ainsi une présomption simple de volonté révocatoire⁴. Or la révocation de plein droit n'est justifiée qu'autant qu'existe une réelle aptitude juridique à révoquer unilatéralement la libéralité : elle ne peut s'appliquer aux donations de biens présents ayant pris effet, puisque l'article 1096 du Code civil énonce une irrévocabilité renforcée. Il convient cependant d'aligner parfaitement la distinction de l'article 265 sur celle de l'article 1096, en visant les donations entre époux de biens présents dont le terme est le décès, plutôt que les clauses de réversibilité d'usufruit. Celles-ci ne sont qu'une espèce au sein du genre et toute autre stipulation dont le terme ou la condition est le décès doit embrasser la logique chronologique instituée par l'article 1096 du Code civil. Il n'est cependant pas opportun d'étendre la révocabilité de plein-droit aux legs. Ceux-ci émanent d'un acte juridique unilatéral, non d'un contrat, et les conditions de leur révocabilité sont bien moins contraignantes que celles des donations.

Quid juris lorsque le terme n'est pas le décès, mais se situe entre le divorce et le décès ? Selon une interprétation *a contrario* de l'article 1096 du Code civil, la disposition est librement révocable. Mais cette solution est contestable car elle aboutit à priver d'effet l'irrévocabilité des donations de biens présents : il suffit de stipuler un terme pour que la donation soit révocable jusqu'à son exigibilité ; elle ne deviendrait irrévocable qu'après le terme puisqu'elle aurait pris effet alors pendant le mariage. En somme, la libre révocabilité ne se justifie que lorsque le terme est spécifiquement le décès ou une date déterminée après le décès. En l'état actuel de la rédaction de l'article 265, ces donations ne sont pas remises en cause par le divorce. Il y a là une incohérence entre les deux textes qu'il convient de corriger au moyen d'une modification de l'article 1096 : ces libéralités doivent être rendues irrévocables. En somme, si la libéralité vise expressément le décès ou l'après-décès, elle doit alors être à la fois librement révocable et révoquée de plein droit par le divorce : c'est le cas des donations de biens à venir et des donations stipulées sous un terme ou une condition de décès ou visant expressément un événement nécessairement postérieur au décès. Si la libéralité n'est pas faite en considération du décès, elle doit alors être à la fois irrévocable et maintenue en cas de divorce : c'est le cas de la donation de

¹ 106^{ème} Congrès des notaires de France, *op. cit.*, p. 826, n° 3511.

² « Avec la dissolution du couple (...), disparaît pour l'avenir la légitimité objective des libéralités dévolutives et de l'association patrimoniale » : I. DAURIAC, art. précit., p. 26. « Les sentiments positifs : désirs de mettre en commun, souci de prévoyance, élan de générosité exprimé en faveur du veuvage, auxquels la convention matrimoniale peut avoir prêté son office, se dissolvent le plus souvent avec le mariage, quand le divorce est prononcé. Le temps de la séparation est aussi, souvent, celui du repli sur soi et de la défense des intérêts égoïstes » : art. précit., p. 27. V. aussi I. DAURIAC, « Sort des libéralités et ruptures conjugales », AJ Fam. 2006, 235.

³ Sur la notion de cause dans la libéralité, v. *supra*, n° 269 et s.

⁴ Le caractère simple de la présomption justifie que le disposant puisse faire échec à cette révocation : les motifs de la

biens présents sans terme ni condition, ou dont le terme et la condition ne visent pas le décès. Dans ce dernier cas, il n'est pas possible de déterminer si le droit deviendra exigible avant ou après le décès. Il convient donc de maintenir la libéralité et de lui appliquer un principe d'irrévocabilité¹.

496. La possibilité de maintenir la libéralité. Dans la mesure où la révocation de plein droit des libéralités stipulées en considération du décès est sous-tendue par une présomption de volonté révocatoire, il est logique que les parties demeurent libres d'y faire échec. La présomption apparaît simple et non irréfragable, car la libéralité n'est peut-être pas, dans l'esprit du disposant, nécessairement liée au mariage. Elle peut être justifiée par d'autres considérations et donc survivre au mariage lui-même. Pour autant, il ne faut pas négliger l'autorité de l'article 1096 du Code civil. Si les deux principes qu'il a vocation à établir sont impératifs, il ne faut pas en contrarier la logique. Ainsi n'est-il pas souhaitable que les époux puissent révoquer une donation de biens présents qui ne serait pas affectée d'un terme-décès : la prohibition des clauses de non-divorce est parfaitement justifiée. Il n'est pas non-plus acceptable que les parties modifient la nature même de la libéralité en rendant irrévocables, lors de leur maintien, les donations consenties en considération du décès. Le principe de la révocabilité *ad nutum* était, avant la réforme du 26 mai 2004, d'ordre public. Cette impérativité doit perdurer à propos des libéralités consenties en considération du décès. Les époux peuvent donc maintenir une libéralité qui aurait dû être révoquée de plein-droit ; mais celle-ci doit conserver les caractéristiques qui lui sont propres, afin de préserver leur nature. Le législateur offre déjà une faveur importante en autorisant leur maintien, puisque cela aboutit à valider des donations de biens à venir entre deux personnes qui ne sont plus mariées. Il est opportun de ne pas rendre ce privilège trop contraignant et de laisser au disposant la possibilité de révoquer l'acte, notamment s'il entend gratifier plus tard une autre personne qu'il aura choisi d'épouser.

497. Un critère insuffisant pour les avantages matrimoniaux². L'article 1096 du Code civil ne concernant que les libéralités, les conséquences du divorce sur les avantages

libéralité peuvent avoir perduré même après le divorce.

¹ Par exemple, une donation exigible à terme lorsque le terme est visé comme se situant deux ans après le décès du disposant sera librement révocable et révoquée de plein-droit par le divorce. Mais une donation dont le terme est fixé à une date ou un évènement ne permettant pas de le situer par rapport au décès (par exemple : « exigible dans deux ans » ; « exigible après l'obtention d'un diplôme », etc.) sera irrévocable et maintenue en cas de divorce.

² Le congrès évoque l'inutilité pratique de la déchéance légale des avantages matrimoniaux stipulés comme gains de survie : « la clause prévoyant cet avantage matrimonial dispose de surcroît, en principe, qu'il ne trouvera à s'appliquer qu'autant que les époux sont encore mariés au moment du décès de l'un des époux » ; « dès lors, on constate que la loi est venue prévoir une révocation de plein-droit d'une disposition pour laquelle une révocation conventionnelle est systématiquement prévue, en cas de divorce » : 106^{ème} Congrès des notaires de France, *op. cit.*, n° 3493, p. 813. Le professeur CATALA proposait déjà de subordonner l'attribution intégrale à la condition expresse que la communauté soit dissoute par le décès de l'un des époux : P. CATALA, « Variations autour de la communauté

matrimoniaux ne sont pas liées à la distinction instituée par ce texte et peuvent répondre à une logique qui leur est propre. L'insuffisance est révélée par la formulation de l'article 265 qui évoque à la fois les avantages matrimoniaux prenant effet à la dissolution et ceux prenant effet au décès¹. L'analyse des travaux préparatoires de la loi du 26 mai 2004 révèle la volonté du législateur de ne pas circonscrire la révocation aux seuls avantages perçus comme gains de survie² : le décès n'est donc pas le pivot de la distinction de l'avant et de l'après ; il se situe en amont, car le système est aussi justifié par le souci de régler définitivement la liquidation³.

Il paraît indispensable de ne pas paralyser l'application des règles liquidatives et de ne pas empêcher les époux de prévoir des avantages matrimoniaux qui ne seraient exigibles qu'au divorce, ce qui constituerait une atteinte injustifiée à la liberté des conventions matrimoniales. On comprend cependant le souci du législateur de ne pas permettre à un ex-époux de réclamer, au décès de son ancien conjoint, des droits tirés d'un régime matrimonial dissout : il faut donc révoquer de plein-droit les dispositions prévues spécifiquement en cas de décès. Mais si l'interprétation des intentions du législateur prend alors le bon chemin, elle demeure incomplète. L'idée de circonscrire la déchéance automatique aux seules dispositions à cause de mort s'explique en matière de libéralités, qui ont en principe un effet instantané ; elle est plus difficile à mettre en œuvre s'agissant des régimes matrimoniaux, plus complexes et d'application continue. Prenons l'exemple d'une communauté universelle avec clause d'attribution intégrale de la communauté au conjoint survivant : le divorce n'a pas pour seul effet la déchéance de la clause d'attribution, à exécution instantanée ; il permet également de stopper l'alimentation de la communauté par les richesses créées, règle à exécutions successives. En réalité, c'est l'intégralité des effets futurs du régime matrimonial qui sont tenus en échec par le divorce, pas uniquement les effets à cause de mort. Si l'on admet que le mariage instaure entre les parties une loi nouvelle, celle du régime matrimonial et des effets légaux, il faut admettre que le divorce y mette fin et que les parties se retrouvent, après son prononcé, soumises à des règles différentes dont l'applicabilité dans le temps doit être organisée. Le critère du divorce comme déterminant de l'avant et de l'après doit être analysé, ce qui appelle à une réflexion sur les règles de conflit de loi dans le temps.

universelle », in « Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. *Liber amicorum* », Strasbourg, LGDJ 1994, p. 45, spé. p. 50. Précisons cependant qu'il n'est jamais inutile de renforcer une précaution conventionnelle par une disposition légale ; celle-ci permet d'assurer une application systématique et pallie les carences éventuelles, déchargeant par là-même le notaire d'une lourde responsabilité. L'insuffisance est ailleurs.

¹ Sur ce point : F. SAUVAGE, art. précit., note n° 35 ; A. TISSERAND-MARTIN, « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial », in « Droit et actualité : études offertes à Jacques Béguin », Paris, Litec 2005, p. 753, spé. p. 758. V. aussi la version initiale de l'article 265 dans le projet de loi relatif au divorce n° 289, déposé au Sénat le 9 juill. 2003 : le divorce ne devait plus avoir d'incidence sur les avantages qui ne sont pas subordonnés au prédécès d'un époux, tandis que toutes les dispositions à cause de mort seraient révoquées.

² Rapport DELNATTE, Doc. Ass. Nat., n° 1513 (2003-2004), p. 79.

³ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, « Les régimes matrimoniaux », Paris, Defrénois, 2010, 3^{ème} éd., n° 707.

B. Les règles d'application de la loi dans le temps : le pivot-divorce

498. Enoncé du principe : application immédiate et non-rétroactivité de la loi nouvelle. Lorsqu'il est envisagé comme le pivot de la distinction, le divorce n'est plus simplement le fait générateur de la révocation de plein droit : il devient le critère permettant de sélectionner l'application de cette révocation. Toutes les donations et tous les avantages qui ne prendraient effet qu'après le divorce seraient révoqués de plein-droit, tandis que ceux qui ont déjà produit leurs effets ou qui se réalisent pleinement par le divorce seraient maintenus. Le divorce est alors perçu comme le moment charnière où se réalise un changement de loi applicable entre les parties. Les difficultés d'application de la distinction peuvent se résoudre simplement, au moyen de la transcription des solutions acquises à propos des conflits de loi dans le temps : la loi nouvelle est d'application immédiate une fois le divorce prononcé, mais ne dispose d'aucune portée rétroactive¹. En effet, « *s'il a d'immanquables répercussions pour l'avenir patrimonial des ex-époux, le divorce ne doit pas en revanche justifier qu'il soit fait table rase du passé patrimonial de chacun* »².

499. Un critère inadapté aux donations entre époux mais adapté au régime matrimonial. Le pivot-divorce n'est pas un critère adapté aux libéralités entre époux, notamment parce qu'elles sont, en principe à exécution instantanée. Il est donc assez difficile d'y voir une loi générale applicable aux époux que le divorce remettrait en cause. Il s'agirait plutôt d'une convention conclue sous l'empire d'une loi, celle du mariage, qui aurait vocation à bénéficier de la survie de la loi ancienne³. Il n'est pas en outre opportun de révoquer de plein-droit des donations de biens présents dont le terme ne fait pas référence au décès et qui n'auraient pas encore pris effet. La révocation de plein droit doit être perçue comme une exception justifiée par la maîtrise dont disposent les époux sur l'opération via la révocabilité *ad nutum*. Or, si le principe en matière de donation est la survie de la loi ancienne, celle sous l'empire de laquelle elles ont été constituées, le divorce n'est pas le pivot de la classification ; celle-ci ne s'opère qu'en considération du décès.

La proposition est cependant adaptée aux avantages matrimoniaux, à condition de ne plus les viser en tant que tels, mais de traiter directement du régime matrimonial qui est leur source. Le régime est véritablement perçu comme une loi, à exécution continue, qui régit la vie des époux. Il

¹ Article 2 du Code civil : « *La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* ».

² I. DAURIAC, « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 25, spé. p. 29.

³ Sur la survie de la loi ancienne en matière contractuelle, v. notamment : Cass. 3^{ème} civ., 3 juill. 1979 : Bull. civ. III, n°

paraît logique que son application dépende de l'existence du mariage et donc que le divorce y mette fin. En somme, il est inutile de prévoir une révocation de plein droit des avantages matrimoniaux « futurs ». Il suffit de stopper l'application du régime matrimonial après le prononcé du divorce, et les gains de survie matrimoniaux ne pourront plus être délivrés. En revanche, les bénéfices tirés de l'application passée du régime sont naturellement maintenus puisque la loi nouvelle, qui correspond à un retour au droit commun, n'est pas rétroactive. La référence directe aux dispositions du régime matrimonial permet de résoudre les problèmes liés à l'identification des avantages matrimoniaux et donc de rendre la règle de l'article 265 du Code civil bien plus efficace¹. Le divorce fait passer les époux d'une loi à l'autre, comme l'avait fait auparavant la célébration du mariage. Cependant les règles nécessaires à la liquidation des intérêts patrimoniaux des ex-époux doivent pouvoir s'appliquer, même si la liquidation intervient après le prononcé du divorce. Ainsi faudrait-il distinguer, au sein du régime matrimonial, les dispositions à effets passés et présents (ceux du divorce), maintenus, et les dispositions à effet futurs, qui ne pourront s'appliquer après le divorce. Ainsi serait atteint l'objectif proposé par le 106^{ème} congrès des notaires de France de révoquer de plein-droit les avantages matrimoniaux « à cause de mort » tout en maintenant les avantages « à cause de divorce ».

500. L'impossibilité de maintenir l'avantage matrimonial futur. Contrairement à la révocation de plein droit des libéralités consenties en considération du décès, il n'est pas opportun de permettre aux époux de maintenir les dispositions du régime matrimonial au-delà du divorce. Cette situation crée de nombreux paradoxes et difficultés d'application². Les solutions se doivent d'être cohérentes avec les conditions d'applicabilité du régime matrimonial lors du mariage. Il est acquis que le régime ne peut préexister au mariage et que si le contrat de mariage est rédigé avant la célébration, son effectivité y est conditionnée. L'objectif est principalement d'éviter que des personnes qui ne sont pas mariées soient soumises à un régime matrimonial. Il existe ainsi un lien structurel fondamental entre la condition de conjoint et l'applicabilité des dispositions du régime matrimonial. Celui-ci se présente comme un ensemble de règles exorbitantes du droit commun, une faveur accordée aux époux. À partir du moment où les parties n'ont plus cette qualité, la faveur légale n'est plus justifiée³. De même que les parties ne peuvent avancer la date de prise

149 ; R., p. 48 ; JCP 1980, II, 19384, note F. DEKEUWER-DEFOSSEZ.

¹ Les difficultés d'identification ont été relevées par le congrès des notaires de France : « *pour chaque clause permettant à un époux de se protéger en cas de divorce, il y a lieu de s'interroger sur le point de savoir si la disposition constitue un avantage matrimonial, et le cas échéant, d'avertir le client des conséquences en résultant* ». 106^{ème} Congrès des notaires de France, *op. cit.*, n° 3493.

² Cf. *supra*, n° 484.

³ V. cependant : R. LE GUIDEC, « Observations sur le report de la dissolution du régime matrimonial », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 513.

d'effet du régime¹, elles ne doivent pas être autorisées à le prolonger au-delà du divorce. Les conséquences fiscales les en dissuadent d'ores et déjà². En somme, la volonté des époux ne peut organiser l'applicabilité des dispositions du régime matrimonial ; celle-ci s'impose à eux et dépend strictement de l'existence du mariage. Une solution contraire reviendrait à ne faire divorcer les parties qu'à moitié et à appliquer les règles du régime à des personnes redevenues tiers l'une par rapport à l'autre. Madame DAURIAC note à ce sujet : « *L'association patrimoniale dissoute doit-elle encore pouvoir générer un gain au profit de celui qui n'est plus qu'un époux divorcé ? (...) Il est d'ailleurs symptomatique, que, de bonne pratique notariale, un usage déjà ancien ne prévoit d'avantages matrimoniaux à cause de mort que pour le seul cas seulement du mariage dissout par décès* »³.

La différence de solution entre les libéralités et les avantages matrimoniaux se justifie pleinement par l'intensité de leur rapport au mariage, qui a été remarquée tout au long de l'étude. La libéralité peut exister indépendamment du mariage, ce qui justifie que les ex-époux soient aptes à la maintenir après le divorce⁴. En revanche, le lien structurel qui unit le régime matrimonial au mariage leur interdit l'accès aux avantages matrimoniaux si les époux décident de divorcer. En définitive, la révocation de plein droit des avantages matrimoniaux « futurs » est une conséquence mécanique et objective du divorce : avec la disparition du mariage, le régime matrimonial ne peut plus s'appliquer. La révocation de plein droit des libéralités consenties en considération du décès est en revanche une présomption simple que la cause de la libéralité a disparu ; c'est une conséquence supposée, subjective, à laquelle les parties restent libres de faire échec.

501. Proposition de réécriture de l'article 265 du Code civil. Afin de concilier les objectifs poursuivis par le législateur et la logique fondamentale des donations entre époux et des avantages matrimoniaux, il convient de reformuler l'article 265 du Code civil en y apportant les modifications proposées. La formulation que nous proposons est la suivante :

¹ V. *supra*, n° 241 et s.

² Maintenus malgré le divorce, les donations à cause de mort et avantages matrimoniaux ne prenant effet qu'à la dissolution du régime matrimonial sont taxés à 60% car considérés comme intervenant entre personnes non parentes. Sur ce point, v. *infra*, n° 524.

³ I. DAURIAC, art. précit., p. 29.

⁴ Il doit en être ainsi même si la libéralité est consentie par contrat de mariage.

Article 265 Cciv. : Le divorce est sans incidence sur les libéralités qui prennent effet avant le décès du disposant. Il emporte révocation de plein-droit des donations de biens à venir et des donations de biens présents qui ne prennent effet qu'au décès du disposant. Les parties peuvent décider de les maintenir, mais elles conservent en ce cas les caractéristiques qui sont les leurs, et ne sont plus réputées intervenir entre époux.

Le divorce prononcé, le régime matrimonial cesse de s'appliquer pour l'avenir, mais ses effets passés sont maintenus. Seules peuvent encore s'appliquer les règles permettant la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux, sauf si elles sont prévues spécifiquement en cas de décès. Les parties ne peuvent faire perdurer les règles du régime matrimonial au-delà du divorce.

Conclusion du Chapitre premier

502. Le rôle fondamental de la fiction disqualificative hors du contexte successoral. La révocabilité des donations entre époux est intimement liée aux conséquences du divorce : c'est parce que certaines de ces donations sont librement révocables par volonté unilatérale que l'on peut supposer que le divorce sera l'occasion d'exprimer cette volonté. Il est paradoxal de rendre irrévocables certaines donations, mais de les révoquer de plein-droit par le divorce, ou d'autoriser une libre révocabilité pour certaines libéralités, mais de considérer que le divorce ne peut être une cause de révocation. Les distinctions qu'opèrent les articles 265 et 1096 du Code civil doivent donc être unifiées et reposer sur la considération du décès¹. Une telle logique n'est pas nécessaire pour les avantages matrimoniaux, qui ne sont ni irrévocables, ni révocables, mais immuables par principe et muables par exception. Le divorce implique nécessairement que le régime matrimonial cesse de générer des avantages pour l'avenir, sans que les parties ne puissent transiger sur ce point : la faveur du régime matrimonial ne s'étend pas plus aux futurs époux qu'aux ex-conjoints. En revanche, le lien qu'entretient la donation entre époux avec le mariage n'est pas fondamental. Les parties doivent donc pouvoir maintenir la libéralité malgré le divorce. Si le régime juridique des donations entre époux et des avantages matrimoniaux hors du contexte successoral paraît s'unifier, l'étude a démontré qu'il n'en est rien et que les deux notions sont soumises à des règles différentes. La nécessaire simplification du droit des libéralités conjugales, que nous appelons de nos vœux, renforce cette différence et accroît ainsi le rôle fondamental de la fiction disqualificative. Celle-ci permet de conserver le régime juridique particulier des donations incluses dans le contrat de mariage tout en autorisant l'emprunt de règles propres au régime matrimonial (l'immutabilité). Elle préserve les dispositions du régime matrimonial de la révocabilité *ad nutum* encore vivace, de l'irrévocabilité renforcée des donations de biens présents qui progresse, et même de l'irrévocabilité ordinaire des contrats. Elle soustrait les dispositions du régime matrimonial aux causes légales de révocation et à l'indisponibilité à titre gratuit énoncée à l'article 1083 du Code civil. Elle prémunit le régime matrimonial de la complexité du régime juridique des donations et assure ainsi l'effectivité de l'immutabilité de principe du régime matrimonial et de son exception, la mutabilité contrôlée. Plus que jamais, elle préserve les avantages matrimoniaux de l'instabilité qui caractérise le régime juridique des donations conjugales. Or c'est dans le contexte successoral que cette instabilité est la plus marquée et que la fiction disqualificative a sans doute le plus d'importance.

¹ Sur nos propositions de réécriture de ces textes, v. *infra*, n° 553.

Chapitre second : Le régime juridique des donations entre époux et avantages matrimoniaux dans le contexte successoral

503. Le syndrome de Cendrillon. « *Cendrillon a été persécutée par sa marâtre et ce conflit n'est pas seulement un conte ; il est constant dans l'histoire des hommes. On peut craindre que le second conjoint ne capte les biens de son époux au détriment des enfants du premier lit* »¹. Que l'on songe aux contes pour enfants ou aux tragédies raciniennes dans lesquelles Phèdre déchoit Hippolyte de ses droits au profit de son propre fils, et Agrippine intrigue contre Britannicus, fils de Claude, l'opposition entre enfants d'un premier lit et second conjoint apparaît comme une constante. Cette concurrence s'exprime pleinement dans le contexte successoral, les biens laissés par le *de cuius* représentant l'enjeu du conflit. Seul lien véritable entre les protagonistes, le défunt n'est plus en mesure d'assurer la paix et le litige peut éclater au grand jour. Les liens du mariage s'opposent ainsi aux liens de filiation, dans une guerre familiale ancestrale que le droit doit arbitrer. Certains systèmes ont opté pour des stratégies radicales. Le droit allemand n'autorise les époux à recourir à la « communauté continuée » que s'il n'existe que des enfants communs. Le droit portugais organise le passage à un régime légal de séparation dès que l'un des époux atteint 60 ans et interdit aux conjoints de recourir à un régime de communauté générale en présence d'enfants, même communs et majeurs². Cette volonté de prévenir l'apparition d'avantages excessifs au détriment des enfants est assurée différemment en droit français. En consacrant la fiction disqualificative, le Code civil part du principe que les époux sont pleinement autorisés à s'avantager mutuellement et que la précarité du régime juridique des donations entre époux ne doit pas menacer la gratification par voie matrimoniale. Mais l'article 1527 du Code civil organise un tempérament de taille : les avantages ainsi conférés ne peuvent excéder la quotité disponible spéciale s'il existe des enfants qui ne sont pas issus des deux époux. Avantager pleinement le conjoint, oui ; désavantager totalement les descendants, non. La particularité de l'action dite en retranchement a semé le trouble sur la nature de l'avantage matrimonial. Cette difficulté dépassée, et la fonction de l'avantage matrimonial déterminée, il convient de porter un regard nouveau sur cette action, afin d'en comprendre la teneur et d'en faciliter l'exercice (**Section seconde**). Elle s'inscrit dans un contexte successoral qui interroge sur la transposition des règles générales applicables aux donations entre époux (**Section première**).

¹ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, « Les régimes matrimoniaux », Paris, Defrénois, 2010, 3^{ème} éd., n° 708.

² M. MARTINET, E. de TOLEDO et J.-J. FIORA, « Les régimes matrimoniaux en Europe », Defr. 1992, art. 35246, p. 193.

Section première : La fiction disqualificative dans le régime successoral général

504. Traitement successoral. Au-delà de la réduction pour atteinte à la réserve héréditaire, la libéralité entre époux fait l'objet de règles successorales propres à sa nature gratuite. La question posée est ici celle de l'opportunité d'une extension de ces règles aux avantages matrimoniaux. La distinction artificielle conduit en principe à l'application d'un régime juridique différent. Cependant la convergence naturelle peut justifier une identité de traitement ; les effets de la fiction disqualificative sont alors limités. Celle-ci cherche pourtant à faire du régime matrimonial une voie de gratification attractive. Le régime juridique successoral est donc pétri par deux contradictions : différencier le traitement des deux notions, mais autoriser une assimilation dans certaines hypothèses. Les intérêts de la fiction disqualificative sont ainsi tour à tour favorisés et menacés. Cette ambivalence se retrouve en matière civile (**Paragraphe premier**) et fiscale (**Paragraphe second**).

Paragraphe premier : Les implications civiles de la fiction disqualificative

505. L'avantage matrimonial et le droit successoral. Si la libéralité est le mode privilégié d'anticipation successorale, son concurrent direct peut également s'inscrire dans ce contexte. Or la fiction disqualificative aboutit à un quasi vide juridique dans le traitement successoral des avantages matrimoniaux. Cette lacune est parfois regrettable : elle ne permet pas une sanction efficace à l'encontre de l'époux qui fait preuve d'un comportement infamant envers son conjoint (A) et pose des difficultés dans l'appréhension de la méthode liquidative (B).

A. La déchéance de l'infâme

506. Deux sanctions contre l'infâme héritier ou bénéficiaire d'une libéralité. Le comportement immoral de celui qui se trouve gratifié à l'égard de son bienfaiteur est civilement sanctionné par deux fondements complémentaires. D'une part, le bénéficiaire d'une libéralité peut se voir opposer une action en révocation lorsqu'il se montre indigne du disposant¹. Tel est le cas lorsqu'il attente à sa vie, se rend coupable de sévices ou lui refuse des aliments². Cette sanction d'ordre public³ s'applique à des faits postérieurs à la libéralité qui revêtent une gravité suffisante ; elle n'est pas propre au contexte successoral. D'autre part, celui qui se trouve indigne de plein-

¹ Sont concernées les donations entre vifs (art. 953 Cciv.), les testaments (art. 1046 Cciv.) et, par analogie, les institutions contractuelles.

² Art. 955 Cciv. V. *supra*, n° 475.

³ Le disposant ne peut y renoncer avant le fait générateur de l'ingratitude : Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 1977 : Bull. civ. I, n° 431 ; Defr. 1979, 581 (1^{ère} esp.) note A. PONSARD ; D. 1978, IR 241 (1^{ère} esp.), obs. D. MARTIN.

droit¹ ou sur décision judiciaire² est déchu de tout droit dans la succession de l'offensé. Cette sanction, assouplie et élargie par la loi du 3 décembre 2001³, est de nature personnelle et d'interprétation stricte⁴. Ne pouvant être élargie au-delà des textes qui l'instituent, elle est parfois considérée comme lacunaire⁵. Les deux sanctions sont à la fois distinctes et complémentaires. Distinctes parce que l'indignité successorale ne s'applique qu'aux droits successoraux légaux et non aux libéralités⁶ et qu'elle prend appui sur une condamnation pénale⁷. Complémentaires, car l'ingratitude peut s'immiscer dans le contexte successoral⁸, dispose de critères plus larges et laisse au pouvoir de la volonté la possibilité de pallier les limites du régime de l'indignité⁹.

507. Absence de sanction contre l'infâme bénéficiaire d'un avantage matrimonial.

Dans un arrêt rendu le 7 avril 1998, la Cour de cassation a confirmé ce que la rédaction des textes laissait supposer : aucune déchéance n'est applicable à l'encontre de celui du conjoint qui, ayant eu un comportement infamant, est bénéficiaire d'un avantage matrimonial¹⁰. En l'espèce, des époux étaient mariés sous le régime de communauté universelle avec clause d'attribution « quasi-intégrale » de la communauté au profit du conjoint survivant. L'époux, reconnu pénalement coupable d'avoir mortellement frappé son épouse, conserve le bénéfice de l'attribution. La Cour d'appel remarque que les articles 953, 1046 (ingratitude), 727 (indignité successorale) et 267 (déchéance en cas de divorce) sont inapplicables à l'espèce. Quant aux griefs du moyen du

¹ Art. 726 Cciv. Ces cas concernent une condamnation à une peine criminelle pour avoir volontairement ou involontairement donné la mort au *de cuius*. Pour des exemples en jurisprudence : Cass. 1^{ère} civ., 3 oct. 2006, n° 04-11.910 : Bull. Civ. I, n° 429 ; AJ Fam. 2006, 424, obs. F. BICHERON ; D. 2006, IR 2627 ; RTD Civ. 2007, p. 600, obs. M. GRIMALDI ; RJPF 2006, n° 12, p. 24, note Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE et J. CASEY.

² Art. 727 Cciv.

³ L. n° 2001-1135, JO 4 déc. p. 19279. Cette réforme a notamment introduit des cas d'indignité judiciairement déclarée, la possibilité d'un pardon de l'offensé et la possibilité pour les descendants de l'indigne de le représenter dans la succession du *de cuius*. V. notamment : V. BREMOND « Indignité et droit transitoire », JCP N 2002, n° 40, p. 1371, étude n° 1541 ; P. DAVIAUD, « La nouvelle indignité successorale », D. 2002, n° 23, p. 1856.

⁴ Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 1984 : Bull. civ. I, n° 340 ; R. p. 58 ; Defr. 1958, art. 33560, note G. CHAMPENOIS.

⁵ Ainsi par exemple n'existe-t-il pas d'indignité pour le père coupable d'actes pédophiles sur la personne de sa fille dont il prétend hériter : Rép. min. 14 déc. 2010, JOAN Q, n° 89699. V. également J. CASEY, « Où la donataire qui expulse les donateurs n'est pas ingrate », RJPF 2009, n° 7 p. 28 ; Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Les détournements intrafamiliaux de nature patrimoniale », Dt. et pat. 2011, n° 209, p. 44 ; P. MIMIN, « Des cas où l'on hérite de ceux qu'on assassine », D. 1952, chron. 147.

⁶ CA Toulouse, 26 oct. 2000 : RTD Civ. 2001, p. 404, obs. J. PATARIN. Si le legs est consenti à un héritier légal, il peut être remis en cause s'il est sous la dépendance du titre légal.

⁷ Sur ce point, v. notamment : M. GRIMALDI, « Fou n'est pas indigne », note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2012, RTD Civ. 2012, p. 757.

⁸ L'action en révocation peut être exercée par les héritiers du *de cuius* si le donateur est décédé en cours d'action en révocation ou dans l'année du délit, sans avoir agi (art. 957, al. 2) : Cass. 1^{ère} civ., 14 févr. 1990 : D. 1991, p. 107, note G. MARTIN.

⁹ Par exemple lorsque les faits reprochés ne revêtent pas une qualification pénale ou que, constitutifs d'une infraction, ils n'ont pas fait l'objet d'une condamnation.

¹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 1998 : Bull. civ. 1998, I, n° 146 ; JCP 1998, II, 10197, note C. PUIGELIER ; RTD Civ. 1998, p. 457, obs. B. VAREILLE ; *ibid.*, p. 882, obs. J. HAUSER ; Dr. Fam. 1998, n° 102, note B. BEIGNIER ; D. 1998, n° 37, p. 529, note J. THIERRY ; Defr. 1998, n° 12, p. 824, obs. G. CHAMPENOIS ; PA 1999, n° 49, p. 5, note J.-G. MAHINGA.

pourvoi, mettant en avant l'absence de bonne foi dans l'exécution contractuelle et la fraude, ils sont « inopérants ». Cette solution, reconnue comme juridiquement fondée, a été vivement critiquée en ce qu'elle aboutissait à une gratification de l'assassin par sa victime¹. D'un point de vue moral, nous nous risquons à tempérer les critiques en rappelant que l'attribution n'était pas intégrale et ne portait que sur la moitié en pleine propriété et l'autre moitié en usufruit des biens compris dans la communauté. Les descendants de la victime ont donc perçu, au décès de leur mère, la moitié de la nue-propriété des biens communs. En outre, enfants communs des époux, ils avaient vocation à hériter pleinement au décès de leur père, fût-il le meurtrier de leur mère. Et s'ils n'avaient pas été issus des deux époux, ils auraient pu faire réduire l'avantage matrimonial à la quotité disponible. Nous précisons également, que c'est ici un avantage « bienfait » dont il s'agit : l'attribution quasi-intégrale. L'histoire ne dit pas comment la communauté a été enrichie. Si l'époux avait seul contribué à alimenter la masse commune, il n'aurait pas été bénéficiaire d'un avantage global ; sans régime matrimonial, il aurait peut-être été plein propriétaire de tous les biens, et nul n'aurait songé à lui appliquer une déchéance de propriété en raison de l'infraction, qui faisait déjà l'objet d'une sanction pénale.

Juridiquement, cette solution démontre à la fois l'utilité et l'inutilité de la fiction disqualificative. L'indignité successorale ne s'applique qu'aux droits successoraux d'origine légale. Ne sont donc pas concernés les droits conventionnels, qu'ils soient de nature libérale ou matrimoniale : le même régime est donc appliqué aux avantages matrimoniaux et aux donations entre époux puisque ni l'un ni l'autre n'est concerné par les articles 726 et suivants du Code civil². En revanche, c'est par l'effet de la fiction disqualificative que l'avantage matrimonial ne peut être soumis à la révocation pour ingratitude³, laquelle est réservée aux libéralités. Ainsi l'avantage matrimonial peut-il « *survivre vaillamment à la victime, faute de trouver une place dans le meuble à tiroirs de la qualification juridique* »⁴.

508. Des palliatifs limités. Le vide législatif quant à la sanction du comportement infamant du bénéficiaire d'un avantage matrimonial a beaucoup agité la doctrine qui a tenté de proposer des palliatifs. Mais ceux-ci demeurent très insuffisants car leur applicabilité est limitée.

¹ V. par exemple, l'appréciation de Monsieur THIERRY : « *même si elle est juridiquement fondée, la solution apparaît choquante, tant sur le plan de la morale que sur celui de l'équité* ». J. THIERRY, note précit.

² Le doyen BEIGNIER a proposé, pour étendre la sanction de l'indignité, de considérer la clause d'attribution comme un procédé successoral : B. BEIGNIER, note précit. Cependant elle ne revêt pas une dimension successorale plus marquée qu'une institution contractuelle ou un legs, qui sont également exclus du régime de l'indignité.

³ Il s'agit ici de la fiction disqualificative de l'article 1525 du Code civil, spécifique à la clause d'attribution intégrale et de parts inégales. Mais le raisonnement peut être étendu à celle, plus générale, de l'article 1527 Cciv.

⁴ B. VAREILLE, note précit. p. 547. L'auteur explique également que « *la nature même de l'avantage matrimonial fait qu'il se dérobe à chacune des qualifications envisageables, quel que soit le fondement que l'on propose à sa remise en cause* ».

Le moyen le plus radical d'aboutir à une sanction efficace est d'obtenir l'annulation totale du mariage. Dans un arrêt du 19 décembre 2012, la Cour de cassation a ainsi rejeté le pourvoi formé à l'encontre d'une décision d'appel qui avait considéré que l'épouse meurtrière était, lors de son mariage, « *animée par une intention de lucre et de cupidité, n'ayant pour but que d'appréhender le patrimoine* » de l'époux assassiné¹. Cependant, une telle sanction ne peut se concevoir qu'en l'absence totale d'intention matrimoniale, hypothèse assez marginale. Une autre solution consisterait à inclure au sein des dispositions du contrat de mariage une clause de « non-assassinat », dont la teneur pourra faire sourire les futurs époux... Cependant il n'est pas satisfaisant de s'en remettre uniquement à la prévoyance des parties : une disposition légale serait bien plus efficace.

D'autres solutions se fondent sur la nature de la clause d'attribution. La plus intéressante repose dans la vision de la disposition comme étant de nature aléatoire. L'idée de survie impliquerait un aléa viager reposant dans l'ordre des décès². En assassinant son conjoint, le bénéficiaire de la clause perturberait l'aléa, ce qui justifierait une déchéance. Une telle solution a été admise dans un jugement ancien daté de 1935³. Elle pourrait être étendue à d'autres hypothèses, tel le cas de l'assassinat d'un tontinier sur l'autre⁴. Mais si ingénieuse soit-elle, cette possibilité reste limitée. D'une part, il n'est pas certain que la clause d'attribution ait fondamentalement pour cause la chance de gain et le risque de perte lors du dénouement contractuel⁵. D'autre part, cette solution ne peut être étendue à tous les avantages matrimoniaux dans la mesure où le régime matrimonial n'est pas fondamentalement un acte aléatoire, même s'il contient souvent un certain degré d'incertitude. Une autre possibilité consisterait à interpréter la définition que les parties ont entendu conférer à la survie et à estimer que cette notion n'impliquait pas l'assassinat comme cause de décès. D'une manière générale, la bonne foi contractuelle justifierait une déchéance⁶, ce que la nature même du mariage tendrait à confirmer⁷. Mais la Cour

¹ Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2012, pourvoi n° 09-15.606, publié au Bulletin ; D. 2013, n° 16, p. 1117, note E. NAUDIN ; RTD Civ. 2013, p. 353, note J. HAUSER.

² « *Il n'aurait pas été stupide de noter que la notion de « survivance » implique un aléa* » : B. BEIGNIER, art. précit. De même : « *La survie d'un époux qui commande l'attribution de l'avantage matrimonial devrait pourtant demeurer un évènement aléatoire* » : I. DAURIAC, « Les régimes matrimoniaux et le Pacs », LGDJ, 3^{ème} éd., 2010, n° 614.

³ Trib. civ. Arras, 11 déc. 1935 : D. 1937, II, p. 27, note M. NAST ; CA DOUAI, 27 juill. 1937 : S. 1938, II, p. 109 : est privée de tout profit l'épouse criminelle qui en tuant son conjoint a fait naître à son profit la réalisation d'un droit aléatoire.

⁴ Sur ce sujet, v. nos observations en collaboration avec S. JEAN, sous : Cass. 3^{ème} civ., 5 déc. 2012, pourvoi n° 11-24448, publié au Bulletin ; Lexbase Hebdo 2013, n° 514.

⁵ Sur la définition que nous retenons de l'aléa : v. *supra*, n° 106 et s.

⁶ Sur cette idée, v. G. CHAMPENOIS, note précitée. Ainsi, « *qu'une grave faute intentionnelle prive un contractant de certains des droits qu'il tire du contrat ne saurait surprendre* ». L'auteur reconnaît cependant que cela reviendrait à « *considérer implicitement l'avantage matrimonial comme une libéralité* ». V. les observations de Madame PUIGELIER qui évoque l'altération de l'exécution passive de l'obligation : note précit.

⁷ J. HAUSER, note précitée. L'auteur propose également de rapprocher la clause d'attribution du mécanisme de droit des assurances. Or, « *il n'appartient pas au marié de déclencher le jeu de la garantie* ».

de cassation a expressément rejeté cet argument dans l'arrêt du 7 avril 1998, tout comme celui de la fraude. En effet, il n'existait aucune convention relative au meurtre, et l'attribution ne résulte pas ici d'une fraude mais bien d'un mécanisme conventionnel légalement nommé. Les propositions formulées sont donc inaptes à créer une sanction réellement efficace. Celle-ci doit être légalement et spécifiquement organisée.

509. La nécessité d'une sanction spécifique. S'il semble acquis qu'une déchéance des avantages matrimoniaux doit frapper l'époux qui aurait eu un comportement infamant à l'égard de son conjoint, il reste à déterminer si cette sanction peut se fonder sur l'ingratitude applicable aux libéralités, sur l'indignité propre aux droits successoraux, ou être issue d'un fondement autonome. La proximité naturelle de l'avantage matrimonial avec la libéralité et sa connivence manifeste avec le droit successoral justifient d'utiliser les mécanismes connus et maîtrisés qu'offre le droit civil. L'avantage matrimonial doit-il être soumis à l'ingratitude ? La fiction disqualificative s'y oppose, et aligner le régime juridique des avantages sur celui des libéralités entre époux altérerait sa pertinence. L'ingratitude n'est pas propre au contexte successoral : elle serait donc une cause de révocation unilatérale et rétroactive des dispositions du régime matrimonial, ce qui serait contraire au principe d'immutabilité car attentatoire à la stabilité nécessaire des conventions matrimoniales. En outre, l'injurié, s'il est toujours vivant, n'est pas démuné juridiquement. Les cas d'ingratitude listés à l'article 955 du Code civil correspondent déjà aux devoirs et obligations liés au mariage : secours, assistance et respect mutuels. L'offensé peut donc obtenir le divorce ou la séparation de corps pour faute en s'appuyant sur le comportement infamant de son conjoint, ce qui aura pour effet, d'une part, d'obtenir une indemnisation sur le droit commun de la responsabilité civile et, d'autre part, de faire cesser l'application du régime matrimonial pour l'avenir, donc de révoquer les avantages matrimoniaux n'ayant pas encore pris effet. Il peut également convaincre son conjoint de modifier les dispositions du régime matrimonial. De surcroît, l'ingratitude ne s'étend qu'exceptionnellement au contexte successoral, lorsque les héritiers décident d'agir au nom du défunt. Enfin, la révocation pour ingratitude se conçoit surtout à l'égard d'un bienfaiteur ; or l'avantage matrimonial ne recouvre pas systématiquement les caractéristiques libérales. Le législateur a d'ailleurs renoncé en 2004 à toute révocation des avantages matrimoniaux à titre de sanction. Parce qu'elle intervient exclusivement dans un cadre successoral, l'indignité est donc plus à même de corriger les lacunes dénoncées suite à l'arrêt du 7 avril 1998.

510. Une sanction fondée sur l'indignité successorale. Ce qui justifie l'inapplicabilité du régime de l'indignité aux avantages matrimoniaux est la nature des droits conférés par le

régime matrimonial, qui ne sont ni successoraux ni légaux, mais matrimoniaux et conventionnels. Cependant, des considérations morales et d'ordre public justifient une extension : il ne faut pas encourager et encore moins récompenser le comportement assassin. En outre, la liquidation du régime matrimonial influe sur la composition de la succession et peut donc faire échec à l'indignité successorale. Et puisque cette dernière n'intervient que dans le contexte successoral, elle ne risque pas de perturber l'application d'un régime matrimonial en cours de fonctionnement. Les faits générateurs doivent donc être les mêmes que ceux énoncés aux articles 726 et 727 du Code civil. La sanction doit cependant être adaptée à la particularité des avantages matrimoniaux. Ce qui a été évoqué à propos des conséquences du divorce peut ici être rappelé : le meilleur moyen de légiférer sur l'avantage matrimonial et de dépasser la dichotomie entre l'avantage « bienfait » et l'avantage « différence », consiste à prendre en considération le régime matrimonial, qui en est la source. Ainsi, le système de l'étalon serait-il appliqué aux cas d'indignité. Un texte spécial inséré à la fin du Chapitre premier du Titre V du Livre troisième du Code civil prévoirait que, lorsque, au décès de l'un des époux, le survivant est frappé d'indignité dans les conditions prévues aux articles 726 et suivants, la liquidation des intérêts patrimoniaux s'opère comme si les époux n'étaient soumis à aucun régime matrimonial. Il reste que cette liquidation se heurtera inévitablement à des questions de preuve ; ces difficultés ne doivent en aucun cas bénéficier à l'indigne. Il serait donc opportun de prévoir une présomption simple de propriété au bénéfice du *de cuius* : tous les biens sur lesquels l'époux indigne ne pourrait prouver qu'il aurait été propriétaire même en l'absence de régime matrimonial seraient ainsi réputés appartenir au prédécédé et intégreraient la succession au bénéfice des héritiers. En outre, cette sanction ne doit pas préjudicier les intérêts des tiers et ne doit donc avoir effet qu'à l'égard de l'indigne.

511. Pertinence de la fiction disqualificative. Dans ce nouveau système que nous proposons, la fiction disqualificative devient pleinement attractive. Le régime juridique des avantages matrimoniaux et des donations entre époux est en effet très différent puisque l'un bénéficie d'une extension du régime de l'indignité, alors que l'autre demeure soumis à la révocation pour ingratitude. Mais la finalité des procédés justifie-t-elle pareille distinction ? La libéralité est, tout comme l'avantage matrimonial, apte à s'inscrire dans le contexte successoral. Et elle œuvre tout autant, si ce n'est plus, à la gratification du conjoint. Le régime de l'ingratitude est ici insuffisant car son prolongement dans la sphère successorale est limité : il dépend de l'existence et du bon vouloir des héritiers et ne joue pas de plein-droit. Si l'indignité peut fonder une sanction spécifique pour l'avantage matrimonial, elle peut légitimement régir la libéralité entre époux. Réformer l'un sans l'autre aboutirait à des situations paradoxales : le conjoint meurtrier

serait déchu du bénéfice d'une clause d'attribution de la communauté universelle, mais conserverait celui d'une institution contractuelle universelle... Il serait donc opportun de prévoir, à la suite des articles 726 et suivants du Code civil, un texte prononçant la déchéance de plein-droit de toutes les libéralités que l'indigne aurait reçues du défunt. La fiction disqualificative serait ainsi tempérée à l'aune des similitudes entre les libéralités conjugales et les avantages matrimoniaux : inefficace en matière d'indignité, elle trouverait tout son sens en s'agissant de l'ingratitude. Demeure la question d'un alignement plus étendu, notamment s'agissant des considérations liquidatives.

B. Le traitement liquidatif de l'avantage matrimonial

512. Un traitement successoral particulier. La libéralité entre époux bénéficie, dans le contexte successoral, d'un régime juridique spécifique lié à la place particulière que la loi reconnaît au conjoint survivant. La fiction disqualificative prive normalement les avantages matrimoniaux de ces règles, mais la volonté législative est parfois nuancée par une adaptation spécifique du traitement successoral qui leur est réservé. Les avantages matrimoniaux empruntent donc parfois les règles des libéralités : tel est le cas de la réduction de l'avantage matrimonial qui excède la réserve héréditaire. L'extension doit-elle être plus générale ? Est-il opportun de soumettre les avantages matrimoniaux à d'autres dispositions successorales spécifiques aux libéralités entre époux ? Deux éléments peuvent guider l'interprétation. D'une part, l'essence de la fiction disqualificative est de parvenir à une simplification du régime des avantages matrimoniaux : ceux-ci n'ont en principe pas vocation à être régis par le droit. D'autre part, certaines considérations justifient que, par exception, le droit intervienne dans le traitement des avantages matrimoniaux. Mais ces hypothèses doivent demeurer marginales et avoir pour but la préservation d'intérêts supérieurs, marqués du sceau de l'ordre public et des bonnes mœurs. Ainsi, le respect de l'ordre public successoral justifie la mise en place d'une action en retranchement, puisque le régime matrimonial, en ce qu'il est liquidé avant la succession, agit directement sur l'assiette des droits héréditaires. De même, l'indignité successorale, garante d'une certaine morale, doit pouvoir s'appliquer aux profits générés par les conventions matrimoniales. C'est donc au regard de l'importance des intérêts considérés que la question de l'extension du régime juridique successoral des libéralités entre époux aux avantages matrimoniaux pourra trouver une réponse.

513. La conversion de l'usufruit. En raison des difficultés pratiques inhérentes au démembrement de propriété¹, le Code civil offre aux héritiers et au conjoint survivant la faculté de lui substituer le versement d'une rente viagère² ou d'un capital³. L'article 759 du Code civil est issu de la loi du 3 décembre 2001 qui a opéré une unification entre les anciens articles 767 et 1094-2 du Code civil⁴ : le même régime s'applique désormais à l'usufruit issu des droits légaux du conjoint ou d'une libéralité à cause de mort. Cependant, le caractère limitatif de la liste s'oppose, en l'état actuel des textes, à une application à l'usufruit généré par l'application des dispositions du régime matrimonial, du moins en ce qui concerne la conversion en rente viagère. Une extension aux avantages matrimoniaux serait-elle opportune ? Cette faculté n'a certes pas vocation à préserver un intérêt supérieur, mais des arguments militent en faveur d'une extension. Le fondement de la faculté de conversion est l'existence d'un démembrement entre le conjoint et les autres héritiers, quelle qu'en soit l'origine. Elle a une finalité pacificatrice et simplificatrice, et ne peut faire l'objet d'une renonciation⁵. La règle évolue de plus vers une extension toujours plus marquée, comme en témoignent la bilatéralisation mise en œuvre par la loi du 3 décembre 2001⁶ et la possibilité de convertir en capital.

Cependant l'application à l'usufruit obtenu par application du régime matrimonial soulève une difficulté liquidative. Il faudrait en effet s'assurer que l'usufruit en question est perçu grâce au régime matrimonial et non grâce à un droit qui existerait même en l'absence de régime matrimonial. On ne conçoit pas une faculté de conversion sur l'usufruit d'un bien que le conjoint ne tient pas du *de cuius* : elle n'est possible que sur « *l'usufruit appartenant au conjoint sur les biens du prédécédé* »⁷. Par exemple, pour un préciput portant sur l'usufruit d'un bien dépendant de la communauté, il faudrait distinguer plusieurs hypothèses. Si le bien en question aurait été la propriété du survivant même en l'absence de régime matrimonial, il n'est pas opportun d'offrir la faculté de conversion puisque le conjoint ne fait que reprendre un droit qu'il n'aurait jamais perdu en l'absence de régime matrimonial. Si, en revanche, le bien aurait été la propriété du prédécédé en l'absence de régime matrimonial, le préciput opère une réelle mutation de propriété : le conjoint détient effectivement un droit du *de cuius*, via la convention matrimoniale ; la faculté de

¹ Risques de conflit entre le nu-propriétaire et l'usufruitier ; entrave à la bonne exploitation et à la bonne circulation des biens grevés, etc.

² Article 759 Cciv. : « *Tout usufruit appartenant au conjoint sur les biens du prédécédé, qu'il résulte de la loi, d'un testament ou d'une donation de biens à venir, donne ouverture à une faculté de conversion en rente viagère, à la demande de l'un des héritiers nus-propriétaires ou du conjoint successible lui-même* ».

³ Article 761 Cciv. : « *Par accord entre les héritiers et le conjoint, il peut être procédé à la conversion de l'usufruit du conjoint en capital* ».

⁴ Le premier de ces textes était issu d'une loi du 9 mars 1981 ; le second d'une loi du 3 janvier 1972.

⁵ Art. 759-1 Cciv.

⁶ Le conjoint peut lui-même demander la conversion, ce qui s'analyse en une véritable faculté de repentir puisque, s'agissant des droits légaux, il dispose déjà d'une option entre pleine propriété et usufruit : art. 757 Cciv.

⁷ Art. 759 Cciv.

conversion est alors pleinement justifiée. Si enfin il appert que, en l'absence de régime matrimonial, le bien aurait été en indivision, par exemple si les deux époux l'ont cofinancé, la faculté de conversion ne devrait pouvoir s'exécuter que sur la quote-part qui serait revenue au *de cuius* en l'absence de régime matrimonial. En définitive, s'il paraît opportun d'étendre la faculté de conversion aux usufruits perçus par avantages matrimoniaux, sa mise en œuvre nécessite une qualification qui implique l'utilisation de l'étalon d'une manière globale ou distributive¹.

514. La faculté de substitution. Aux termes de l'article 1098 du code civil, si un époux a consenti à son conjoint une libéralité en propriété n'excédant pas la quotité disponible spéciale, les enfants non-communs auront la possibilité de substituer à l'exécution de cette libéralité l'abandon de l'usufruit de la part de succession qu'ils auraient recueillie en l'absence de conjoint survivant. L'objectif poursuivi par le texte est un maintien en nature des biens dans la famille par le sang, en permettant aux descendants de substituer une nue-propriété étendue à une pleine propriété restreinte. La question s'est posée de la transposition de cette faculté aux biens reçus par avantage matrimonial. La fiction disqualificative s'y oppose, mais une interprétation audacieuse des conséquences du retranchement a permis à certains auteurs de proposer un alignement, puisque l'avantage excessif serait alors pleinement une libéralité². Mais depuis l'arrêt VIEILHOMME du 6 mai 1997³, il n'est plus possible de considérer que la mise en œuvre de l'action en retranchement opère une requalification de l'avantage matrimonial, et l'emprunt aux règles libérales doit être réalisé strictement. *De lege data*, la faculté de substitution n'est pas transposable à l'avantage matrimonial. *De lege ferenda*, il n'est pas souhaitable d'opérer un rapprochement, en raison du caractère obsolète de cette disposition. En 1997 déjà, Madame RIEUBERNET proposait son abrogation, car « *la méfiance du législateur à l'égard du second conjoint, soupçonné de captation de l'héritage de son époux, a fini par disparaître* »⁴. De plus, le champ d'application de cette disposition est très limité : elle n'est pas d'ordre public⁵, ne concerne que les enfants qui ne sont pas issus des deux époux et ne s'applique que si la libéralité demeure dans les limites de la quotité disponible ordinaire en pleine propriété⁶. Or les libéralités entre

¹ Sur la mise en œuvre de l'étalon pour déterminer l'avantage matrimonial global, v. *infra*, n° 365 et s.

² A. RAISON, « La loi du 13 juillet 1963 » : Journ. not. 1963, art. 47059, n° 183. *Contra* : RONDEAU-RIVIER, « Le remariage », thèse dactyl. Lyon 1981, n° 283 ; M. MORIN, « La nouvelle quotité disponible entre époux [loi n° 63-699, 13 juill. 1963] » : Defr. 1963, art. 28431, p. 629, n° 65.

³ Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997 : Bull. civ., n° 146 ; R., p. 192 ; D. 1998, p. 303, note F. DEBOISSY ; JCP N 1997, 939, étude J. PIEDELIEVRE et 1533, note Ph. PELLETIER et P. APPREMONTE ; JCP 1997, I, 4047, n° 20, obs. A. TISSERAND ; JCP 1998, I, 133, n° 10, obs. R. LE GUIDEC ; Defr. 1997, p. 1086, obs. G. CHAMPENOIS, et p. 1194, note A. CHAPPERT ; RTD Civ. 1998, p. 179, obs. B. VAREILLE ; Dr. fisc. 1997, n° 31-36, comm. 900, obs. J. PIEDELIEVRE.

⁴ C. RIEUBERNET, « Les donations entre époux – étude critique », thèse Toulouse 1997, spé. p. 255.

⁵ Le disposant peut y faire échec par une simple lettre missive : TGI Paris, 2 juill. 1972 : JCP 1974, IV, 17 ; CA Aix, 15 janv. 1974 : JCP 1975, II, 18052, note M. VILLA ; RTD Civ. 1975, p. 582, obs. R. SAVATIER.

⁶ Et non lorsque le disposant a ouvert à son conjoint l'option entre les trois quotités disponibles prévues à l'art.

époux faites en pleine propriété tombent en désuétude et l'option entre les trois branches de quotité spéciale est presque systématiquement transmise au bénéficiaire. La faculté de substitution était le corollaire de la dualité entre les quotités disponibles selon que le *de cuius* laissait ou non des enfants non-communs¹. Mais cette dernière a disparu depuis la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972. On ne peut donc considérer qu'elle préserve aujourd'hui un intérêt suffisamment important pour justifier qu'il soit fait échec aux effets de la fiction disqualificative.

515. La faculté de cantonnement. L'article 1094-1 alinéa 2 du Code civil offre au conjoint survivant la faculté de cantonner l'émolument qu'il perçoit par libéralité à certains biens déterminés². La loi du 23 juin 2006 a opéré une extension du droit de cantonnement dont dispose le légataire³. Le cantonnement ainsi réalisé accroît naturellement la part des héritiers, mais le Code civil édicte une fiction disqualificative spécifique : « *cette limitation ne peut être considérée comme une libéralité faite aux autres successibles* »⁴. Le conjoint peut-il cantonner l'émolument de son avantage matrimonial ? Plusieurs arguments s'y opposent. Le plus pertinent est sans doute que la faculté de cantonnement est une opération purement successorale. Exception au principe de l'indivisibilité de l'option, elle en emprunte les règles de délai, de formalisme, de capacité et d'objet. Le cantonnement du legs nécessite en outre qu'au moins un héritier ait accepté la succession. Bien que cette exigence ne se retrouve pas expressément dans la faculté offerte au conjoint, elle est sous-entendue puisqu'elle se trouve placée à la suite de l'énoncé des formes de quotité disponible spéciale. Cela laisse supposer que le cantonnement ne s'exerce que sur des libéralités faites dans la limite de la quotité disponible entre époux, donc que les réservataires viennent à la succession. Or le régime matrimonial n'a aucunement vocation à conférer un titre

1094-1 Cciv., laquelle comporte la faculté pour le gratifié de recueillir une libéralité d'un montant supérieur à l'usufruit de la totalité de la succession et, par là même, exclut, sans équivoque, l'application de l'article 1098 : Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 1996 : Bull. civ. I, n° 437 ; D. 1997, somm. 366, obs. B. VAREILLE ; JCP 1998, I, 133, n° 12, obs. R. LE GUIDE ; Defr. 1997, p. 817, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD Civ. 1997, p. 981, obs. J. PATARIN ; Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 1986 : Bull. civ. I, n° 154 ; R. p. 133 ; D. 1987, p. 33, note G. MORIN ; Gaz. Pal. 1986, II, p. 729, note D. DE LA MARNIÈRE ; RTD Civ. 1987, p. 580, obs. J. PATARIN ; Cass. 1^{ère} civ. 4 oct. 1988 : Bull. Civ. I, n° 270 ; R. p. 165 ; Defr. 1989, p. 167, note G. MORIN ; RTD Civ. 1989, p. 610, obs. J. PATARIN.

¹ Issue de la loi n° 63-699 du 13 juillet 1963.

² Sur la faculté de cantonnement, v. notamment : M. GIRAY, « Le cantonnement de l'émolument du conjoint survivant par le nouvel article 1094-1, alinéa 2 du Code civil » : JCP N 2007, 1067, n° 14 ; F. SAUVAGE, « Le cantonnement des libéralités » : Defr. 2010, n° 9, art. 39110, p. 1027 ; M. CLERMON, « Transmission et démographie, Cantonner, renoncer et sauter : les nouvelles stratégies de transmission », JCP N 2008, 1360 ; Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Les ajustements techniques de la loi du 23 juin 2006 : entre modernisation, correction et interprétation », Dr. et pat. 2007, n° 157, p. 40 ; E. GALHAUD, « Utiliser les techniques nouvelles – Stratégie du cantonnement », JCP N 2010, p. 1061 ; B. PAVY, « Présent et futur de la donation entre époux », JCP N 2007, p. 1174 ; A. DEPONDY, « De quelques aspects pratiques et fiscaux de la loi du 23 juin 2006 », RLDC 2007, n° 2431.

³ Art. 1002-1 Cciv.

⁴ Art. 1094-1 Cciv. *in fine*. Selon l'article 1002-1 *in fine* : « *Ce cantonnement ne constitue pas une libéralité faite par le légataire aux autres successibles* ». Dans le même ordre d'idées, l'article 788 bis au Code général des impôts dispose que « *les biens recueillis par un héritier ou un légataire en application de l'article 1002-1 ou du*

successoral et les avantages matrimoniaux ne portent que sur des biens présents à terme. La faculté de cantonnement ne s'exerce que sur des libéralités portant sur des biens à venir. De surcroît, la faculté de cantonnement ne vise pas à préserver des intérêts d'une importance telle qu'elle justifierait de faire échec aux effets de la fiction disqualificative. Elle n'est pas d'ordre public, puisque le *de cuius* peut en priver le bénéficiaire, et permet principalement de faciliter les opérations de partage en favorisant l'entente générale des cohéritiers.

Il semble pourtant que la liberté des conventions matrimoniales autorise les époux à créer une faculté conventionnelle de cantonnement, qui pourrait porter indifféremment sur l'avantage « bienfait » particulier et sur l'avantage « différence » global. Mais cette possibilité semble cependant limitée au regard de la disparition de la possibilité de renoncer à la communauté. Elle est peu opportune car les époux communs en biens disposent déjà d'un bénéfice d'émolument qui leur permet de se prémunir contre la poursuite des créanciers à la dissolution de la communauté¹. Rien n'interdit en outre au conjoint survivant de renoncer à certains droits tirés du régime matrimonial afin de favoriser les héritiers avec lesquels il viendrait en concours. Mais cette renonciation de droit commun pourra alors s'analyser en une donation indirecte puisqu'elle ne disposera d'aucune fiction disqualificative.

516. L'imputation sur les droits légaux du conjoint survivant. Dans le cadre des successions ouvertes avant le 1^{er} juillet 2002 et pour celles ouvertes après le 1^{er} janvier 2007, le conjoint survivant ne peut cumuler ses droits légaux *ab intestat* avec le bénéfice de libéralités reçues du *de cuius*². La fiction disqualificative permet en revanche aux avantages matrimoniaux de se cumuler avec les droits successoraux³ et il ne paraît pas opportun de remettre en cause ce privilège, même lorsque l'avantage matrimonial est soumis à réduction ou qu'il revêt les traits catégoriques de la libéralité. Des arrêts anciens avaient cependant admis que l'avantage soit imputé sur l'usufruit légal du conjoint survivant lorsqu'un enfant issu d'un premier lit exerçait l'action en retranchement⁴. Cependant cette solution se fondait sur une requalification totale de

deuxième alinéa de l'article 1094-1 du Code civil sont réputés transmis à titre gratuit par le défunt ».

¹ Articles 1483 et suivants du Code civil.

² « S'agissant des successions ouvertes depuis le 1^{er} juillet 2002, la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 ayant abrogé la règle de l'imputation prescrite par l'article 767, alinéa 6, ancien du Code civil, le conjoint survivant peut cumuler les droits successoraux prévus aux articles 757, 757-1 et 757-2 du Code civil avec une ou des libéralités consenties en application de l'article 1094 ou de l'article 1094-1 du même code, sans toutefois porter atteinte à la nue-propriété de la réserve héréditaire ni dépasser l'une des quotités disponibles spéciales permises entre époux » : Cass., 26 septembre 2006, avis n° 06-00.09 sur une demande du Tribunal de grande instance de Saintes, Bull. avis, n°8. V. aussi : Cass.1^{ère} civ., 4 juin 2009, n° 08-15.799, Bull. civ. I, n° 122 ; D. 2009, chron. 2058, obs. P. CHAUVIN, N. AUROY et C. CRETON ; pan. 2516, obs. M. NICOD ; Dr. Fam. 2009, n° 11, note B. BEIGNIER ; AJ Fam. 2009, 306, note A. TISSERAND-MARTIN ; JCP 2010, p. 374, obs. R. LE GUIDEC ; JCP N 2010, 1072, note D. GILLES ; RTD Civ. 2010, n° 1, p. 141, obs. M. GRIMALDI.

³ Cass. req., 3 févr. 1908 : DP 1908, I, p. 93 ; S. 1913, I, p. 516 ; Trib. civ. Niort, 30 déc. 1910 : S. 1911, II, p. 259.

⁴ Cass. req., 25 juin 1912 : DP 1913, I, p. 173 rapp. F. BIROT-BREUILH ; S. 1914, I, p. 465 ; Cass. 1^{ère} civ., 18 janv. 1961 : Bull. civ. 1961, I, n° 45.

l'avantage matrimonial en libéralité, conception qui a été abandonnée depuis l'arrêt VIEILHOMME¹. Le regard que porte la jurisprudence sur les effets de l'action en retranchement a profondément changé depuis cette décision : il ne s'agit plus d'une mutation de la nature de l'avantage, ni d'une qualification en libéralité, mais d'un simple emprunt aux règles libérales. Cet emprunt doit être limité à la nécessité de préserver la réserve héréditaire, ce qui n'est nullement la fonction de la règle de l'imputation. Celle-ci repose en effet sur l'exclusion du cumul des vocations légales et volontaires dans la succession². Or le régime matrimonial ne confère aucun titre successoral, car il ne porte que sur des biens présents et ne se conçoit pas comme une avance de part. En outre, l'intérêt protégé par le système de l'imputation ne paraît pas suffisamment prépondérant pour justifier un alignement des régimes juridiques. Si elle est parfois présentée comme un moyen de préserver la réserve héréditaire³, elle ne poursuit en réalité pas cet objectif. En effet, avant l'entrée en vigueur de la loi du 3 décembre 2001, l'article 767 alinéa 6 n'était pas d'ordre public et, entre le 1^{er} juillet 2002 et le 1^{er} janvier 2007, le système du cumul s'appliquait : comment soutenir valablement que l'objectif poursuivi est la préservation de l'ordre public successoral ? Il convient en outre de rappeler que le système du cumul, s'il privilégie logiquement le conjoint par rapport aux autres héritiers, ne porte pas en lui-même atteinte à la réserve héréditaire. En effet, les droits légaux du conjoint survivant en pleine propriété ne peuvent excéder la masse d'exercice, qui est calculée par soustraction de la réserve globale à la masse de calcul des droits théoriques⁴. Quant aux libéralités, elles auront été préalablement contrôlées et éventuellement réduites en cas d'atteinte à la réserve.

En réalité, l'imputation est une opération de partage qui se présente comme un correctif à l'étendue considérable des droits du conjoint survivant, une limite aux faveurs qui lui sont consenties. Or celles-ci s'expriment notamment par une quotité disponible étendue et l'existence de droits tirés directement du régime matrimonial. L'imputation des libéralités est donc en elle-même une atténuation aux avantages consentis au moyen du régime matrimonial. En outre, les droits obtenus au titre du régime matrimonial réduisent d'autant l'actif successoral : il existe donc déjà un certain tassement naturel des droits du conjoint survivant. La logique impose donc un cumul des droits tirés du régime matrimonial, qu'ils produisent ou non un avantage global pour le survivant des époux, avec les droits successoraux. Une solution contraire compliquerait à l'extrême les opérations liquidatives en rendant systématiquement nécessaire le chiffrage de

¹ Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997 précit.

² Sur l'imputation, v. notamment : B. VAREILLE, « Réflexions sur l'imputation en droit des successions », RTD Civ. 2009, p. 1 ; V. ZALWESKI : « L'imputation des libéralités faites au conjoint survivant sur ses droits légaux : un retour au droit antérieur à la loi du 3 décembre 2001 », Defr. 2007, p. 1184.

³ N. PETERKA, « Les retouches à la dévolution successorale. À propos de la loi du 23 juin 2006 », Dr. Fam. 2006, étude 52. *Contra* : F. FRULEUX, « Aspects fiscaux de la loi du 23 juin 2006 », JCP N 2006, 1367.

⁴ Art. 758-5 al. 2.

l'avantage matrimonial, puisqu'il devrait non-seulement intégrer la masse de calcul théorique des droits du conjoint survivant, mais également intervenir au stade du partage final, avant la délivrance des droits du conjoint. Cela est contraire à la nature même de l'avantage matrimonial, créé par le législateur dans une finalité simplificatrice et clairement destinée à favoriser le conjoint.

517. Le rapport successoral. Le conjoint survivant devrait-il rapporter à la masse à partager les avantages matrimoniaux, retranchables ou non ? Les mêmes arguments que ceux invoqués précédemment aboutissent à proposer une réponse négative. Le rapport successoral n'est pas d'ordre public : le choix d'une gratification par la voie du régime matrimonial est peut-être l'expression d'une volonté d'avantager le conjoint par rapport aux autres héritiers. À l'égalité successorale nul n'est tenu : elle ne justifie pas qu'il soit fait échec aux effets de la fiction disqualificative. En outre, il n'est pas certain que les libéralités faites au conjoint doivent être rapportées. La question est en débat. Certes, aucun texte ne dispense clairement le conjoint de rapporter les libéralités en avance de part qu'il aurait reçues du défunt. Mais en toute logique, la mise en œuvre du rapport par le conjoint est problématique. Elle se heurte surtout au système de l'imputation. Celle-ci est parfois rapprochée du rapport successoral, puisque les libéralités s'imputent sur les droits légaux¹. Mais en réalité, l'imputation n'est pas le rapport, car elle exprime surtout l'interdiction du cumul : si les libéralités excèdent les droits légaux, le conjoint ne prendra aucun complément, mais conservera les biens donnés ou légués². En revanche, le rapport aboutit au paiement d'une indemnité compensatrice lorsque le bénéficiaire a perçu plus que ses droits. Les deux systèmes sont donc incompatibles : l'imputation aboutit à ne conserver que la plus forte des deux sommes entre la libéralité et le montant des droits légaux, alors que le rapport a pour but d'octroyer en toute hypothèse le montant des droits légaux. En outre, dans le schéma liquidatif, la délivrance des droits du conjoint intervient avant la détermination de la masse à partager³. Le conjoint est donc déjà alloti lorsque le rapport comptable des libéralités en avance de part est effectué, ce qui explique par ailleurs qu'il ne soit pas créancier du rapport. Comment lui demander de rapporter des droits à une masse pour le partage de laquelle il ne sera pas convié ? Il n'est donc pas justifié de soumettre les avantages matrimoniaux au rapport successoral, d'autant plus que la question du rapport des libéralités faites au conjoint demeure discutée.

En définitive, les effets de la fiction disqualificative doivent être préservés dans le contexte

¹ Sur la question, v. : M. JUSSAUME, « Analyse de la règle d'imputation de l'article 758-6 du Code civil au regard des règles du rapport », PA 2008, n° 38, p. 4.

² L'imputation n'oblige pas le conjoint à restituer l'excédent de l'émolument reçu à titre gratuit. De plus, elle concerne toutes les libéralités faites au survivant, qu'elles soient ou non rapportables.

³ En ce sens, v. notamment : N. LEVILLAIN et M.-C. FORGEARD, « Liquidation des successions », Dalloz référence 2013/2014, n° 422.52, p. 333.

successoral, car peu de dispositions ont pour but la préservation d'intérêts suffisamment importants pour justifier un alignement des régimes juridiques. Seule la faculté de conversion de l'usufruit en rente viagère ou en capital peut opportunément être étendue aux avantages matrimoniaux, car l'origine du démembrement importe peu et que la conversion permet d'apaiser les rapports entre les parties. L'atteinte la plus marquée aux effets de la fiction disqualificative consiste en la soumission des avantages matrimoniaux aux règles de la réduction pour atteinte à la réserve, dont la mise en œuvre doit à présent être explicitée.

Paragraphe second : Les implications fiscales de la fiction disqualificative

518. Une faveur fiscale ? Le régime fiscal des notions civiles est traditionnellement au cœur de stratégies patrimoniales d'envergure. C'est donc dans ce domaine que la fiction disqualificative est la plus opportune. La question fiscale n'est certes pas propre au contexte successoral, mais c'est dans l'hypothèse d'un dénouement par décès que son incidence est la plus marquée. Si l'on enseigne traditionnellement que l'avantage matrimonial bénéficie d'un régime fiscal de faveur (A), des évolutions sensibles limitent les intérêts de la fiction disqualificative (B).

A. L'émergence d'une faveur fiscale pour l'avantage matrimonial : l'utilité de la fiction disqualificative

519. Une faveur pour le couple exprimée fiscalement à l'égard des régimes matrimoniaux. D'une manière générale, le législateur français cherche à privilégier fiscalement la conjugalité et accorde aux couples divers avantages fiscaux. Cette tendance est particulièrement marquée pour les régimes matrimoniaux. Un exemple significatif peut être trouvé dans la fiscalité propre aux partages. Depuis le 1^{er} octobre 1970¹, le partage d'une indivision post-communautaire ou d'une indivision générée par une séparation de biens dispose en toute hypothèse d'un effet déclaratif sur le plan fiscal, même dans le cas d'un partage avec soulte ou plus-value de lots. Contrairement aux partages ordinaires, la soulte et la plus-value de lots ne sont pas imposées au régime des ventes². Cette faveur fiscale était incomplète, puisqu'elle ne s'appliquait pas aux indivisions ordinaires entre époux, générées notamment par l'acquisition indivise de biens avant le mariage³. La loi de finance pour 2008 l'a considérablement étendue⁴ : désormais, tous les

¹ Loi n°69-1168 du 26 déc. 1969 portant réforme des droits d'enregistrement et de la taxe de publicité foncière complétée par le décret n° 70-548 du 22 juin 1970.

² Instr. DGI 14 janv. 2004, BOI 8 M-1-04, n° 6, II, 13081, § 5. En revanche, l'assiette du droit de partage est l'actif net sans déduction de la soulte ou plus-value.

³ Elle ne s'appliquait pas non-plus aux partenaires liés par un Pacs, le dispositif datant de 1969.

⁴ L. n° 2007-1822, 24 déc. 2007, JO 27 déc. 2007, JCP N 2008, n° 3, 1021, 1039 et 1043. V. Ch. DELORY,

partages et licitations revêtent, quelle que soit leur origine, un caractère déclaratif au plan fiscal pourvu qu'ils interviennent entre époux ou partenaires liés par un Pacs¹. Les plus-values résultant des partages de communauté ne sont pas taxées². Un autre exemple peut être trouvé dans l'exonération du droit de partage pour les partages de biens indivis entre époux lorsque l'un d'eux bénéficie de l'aide juridique totale ou partielle³. De surcroît, en matière de changement de régime matrimonial, le législateur a tenté d'inciter les époux à opter pour un régime communautaire. La loi de finance pour 2004⁴ a ainsi compensé l'inconvénient pour le conjoint survivant qu'entraînait la revalorisation du barème de l'usufruit et de la nue-propiété, en exonérant de toute ponction fiscale les actes portant adoption d'un régime de communauté⁵. Ce dispositif a été pérennisé par la loi de finance pour 2006⁶. Ainsi, les « *avantages matrimoniaux bénéficient de l'exonération dans la mesure où les diverses dispositions (...) constituent des stipulations complémentaires au régime matrimonial (dispositions dépendantes)* »⁷. La seule recherche d'un régime fiscal n'est d'ailleurs pas contraire à l'intérêt de la famille dans le cadre d'un changement de régime matrimonial⁸.

520. Une faveur pour le couple marié accordée fiscalement aux avantages matrimoniaux. Pour favoriser fiscalement les couples mariés, il est plus aisé de légiférer sur les régimes matrimoniaux et les avantages matrimoniaux, qui leur sont réservés, plutôt que sur les libéralités, qui peuvent dépasser le cadre du couple. La fiction disqualificative démontre ici toute son utilité. Puisque les avantages ne peuvent être assimilés à des donations entre vifs, ils ne sont pas soumis aux droits de mutation à titre gratuit ; et puisqu'ils ne peuvent être qualifiés de donations à cause mort, ils ne sont pas taxables au titre des droits de mutation par décès⁹.

« Fiscalité des partages familiaux ; un régime plus cohérent », JCP N 2008, n° 9, p. 30-35 étude n° 1139 ; C. BAS, « Contractualisation de la rupture des couples et fiscalité », RRJ 2009, n° 1 p. 167, spé. p. 170.

¹ Un amendement visait à étendre le dispositif aux concubins : A. LAMBERT, Amendement n° I-160 *ter* rect. au projet de loi de finance pour 2008 ; cf. aussi. Instr. DGI, 24 juill. 2007, BOI 8 M-2-07 : Dr. fisc. 2007, n° 36, II, 13765. Mais il n'a pas été retenu dans la loi de finance.

² Art. 150-U-IV CGI. En outre, le passage des actifs professionnels dans l'indivision post-communautaire n'est pas considéré comme une cession donnant lieu à taxation des plus-values professionnelles : CE 8^{ème} et 9^{ème} ss-sect., 3 sept. 1997, req. n° 133408, Mme Pagnon : Dr. fisc., n° 51, comm. 1340, concl. G. GOULARD ; RJF10/1997, n° 919, chron. S. VERCYTTE, p. 587 et s.

³ Art. 1089 A CGI.

⁴ Loi n° 2003-1311 du 30 décembre 2003.

⁵ Art. 19 (5°) de la loi de finance pour 2004 devenu art. 1133 bis du CGI : les actes portant changement de régime matrimonial passés entre le 1^{er} janvier 2004 et le 31 décembre 2005 en vue de l'adoption d'un régime communautaire ne donnent lieu à aucune perception au profit du Trésor.

⁶ Art. 28 L. n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 de finance pour 2006 ; Rép. Min. n° 40216, économie, JOAN Q 12 avril 2005, p. 3785 ; Rép. Min. n° 42590, économie, JOAN Q 29 mars 2005, p. 3261 ; V. « Pérennisation de l'exonération des actes portant changement de régime matrimonial », RFN n° 2, 2006, comm. 20 ; « Loi de finance pour 2006 (dossier) », Dt. et pat. n° 145, févr. 2006, p. 99 ; A. ALBARIAN, « La notion d'avantage matrimonial : au confluent du droit civil et de l'ingénierie fiscale », RRJ, 2007/1, p. 205, spé. n° 10.

⁷ Instr. 27 juillet 2004 : BOI 7 A-1-04.

⁸ CA Amiens, 9 mai 1977 : Gaz. Pal. 1978, I, p. 390 et s. ; Defr. 1977, art. 31530, n° 97.

⁹ Cass. ch. réunies, 19 déc. 1890 : S. 1891, I, p. 129, note A. WAHL ; DP 1891, I, p. 417. Sauf exceptionnelle requalification en libéralité. Mais de nos jours, la jurisprudence ne procède plus à une requalification libérale dès lors que le régime matrimonial joue un rôle actif dans la création de l'avantage. Il en allait différemment au

L'exonération s'applique à l'avantage dit global, mais aussi à des dispositions spécifiques du régime matrimonial telles que la clause de prélèvement, l'attribution intégrale ou le partage inégal¹. Dès lors, « *l'avantage matrimonial constitue (...) un véritable « trait d'union » entre le droit civil classique et le droit fiscal en ce qu'au nombre des techniques juridiques permettant la transmission du patrimoine entre conjoints au moindre coût fiscal figurent, à une place prédominante, les avantages matrimoniaux* »². Il est « *l'outil civil d'optimisation fiscale par excellence, pierre angulaire d'une véritable stratégie matrimoniale d'« habileté fiscale »* ». Il représente une « *pièce maîtresse sur l'échiquier de l'« ingénierie fiscale du patrimoine » des époux* »³. Sur ce point, la fiscalité française est plus attractive que dans certains pays européens⁴. L'intérêt fiscal de l'avantage matrimonial a été sensiblement accru par la loi du 9 juillet 2011⁵, qui a rehaussé le barème des droits de donations entre époux afin de financer l'allègement de l'impôt de solidarité sur la fortune. La sixième tranche est en effet passée d'un taux de 35% à 40% et la dernière tranche est passée de 40% à 45%.

521. Une faveur inconnue des couples non-mariés. Les concubins ne sont pas aussi bien lotis que les époux. Le recours aux avantages matrimoniaux leur étant impossible, ils n'ont guère d'autre option que le droit commun des libéralités. Ils subissent alors la lourde taxation des droits de donation, qui s'élèvent à 60% pour des personnes non-parentes⁶. Les contournements envisageables sont plus ou moins opportuns : adoption simple entre concubins⁷, donation en nue-propriété, clause de prise en charge des droits par le donateur, don manuel, etc. Les conventions de concubinages ne bénéficient d'aucune fiction disqualificative, ce qui les menace d'une requalification libérale.

La question fiscale se pose également pour les partenaires liés par un Pacs. Pour certains

XIX^{ème} siècle où la notion d'avantage matrimonial n'était pas aussi détachée de celle de libéralité. Par exemple, la Cour de cassation a pu considérer que constituait une donation déguisée l'adoption d'une communauté universelle avec clause d'attribution intégrale de celle-ci au profit du conjoint survivant dès lors que le mari était âgé et riche, et l'épouse jeune et désargentée : Cass. req., 18 janv. 1888 : DP 1888, I, p. 174.

¹ « *Les biens de communauté recueillis par l'époux survivant, en vertu d'une convention de mariage, ne donnent pas ouverture, en principe, au droit de mutation par décès* » : Instr. 20 déc. 1996 DGI, Documentation de base DB 7 G 2122, n° 2.

² A. ALBARIAN, art. précit., p. 213, n° 13.

³ *Ibid.* V. aussi : B. PACAUD et F.-R. PUJOL, « Les avantages matrimoniaux », Defr. 1991, n° 1, art. 34928, p. 24 ; D. GRILLET-PONTON, « La famille et le fisc », PUF, coll. Droit éthique société, 1998, spé. p. 184 ; J. CASEY, « Sort des avantages matrimoniaux ou comment optimiser son régime en cas de divorce, succession ou de procédure collective », Act. prat. et strat. pat., avril 2008, p. 62, n° 12.

⁴ Pour le droit belge par exemple, dès lors que l'époux recueille par convention de mariage plus que la moitié de la communauté, il doit acquitter des droits de mutation par décès : B. BASSEVILLE et M. VAN SEGGELEN, « La difficile maîtrise de l'avantage matrimonial en droit international privé », JCP N 2005, n° 16, p. 1235.

⁵ L. n°2011-900, du 29 juillet 2011, JO 30 juillet 2011.

⁶ Art. 777 CGI.

⁷ D. GRILLET-PONTON, « Le détournement fiscal de l'adoption simple : entre le cœur et la raison... », Dr. Fam. 1999, n° 1, chron. 2 spé. p. 8 et 9. Cette méthode est totalement inefficace puisque l'article 786 al. 1^{er} du Code Général des impôts prévoit que pour la perception des droits de mutation à titre gratuit, il n'y a pas lieu de tenir compte du lien de parenté résultant de l'adoption simple.

auteurs, « le recours aux avantages « pacsimoniaux » constitue une technique d'optimisation fiscale comparable aux avantages matrimoniaux »¹. En régime d'indivision d'acquêts, si le partenaire qui a financé l'acquisition des biens indivis décède en premier, le survivant est considéré propriétaire de la moitié de ces biens en franchise de droits de succession (et en franchise de droits de donation si le Pacs est dissout du vivant des partenaires). Or celui qui a le plus contribué est privé de tout recours, selon les termes de l'article 515-5-1 du Code civil. L'enrichissement procuré est alors réel, d'autant plus si l'on admet une liberté contractuelle aux partenaires, qui seraient aptes à produire des avantages partenariaux². Mais en réalité, la situation est très différente pour les partenaires et pour les époux. On se souvient en effet que le régime juridique des partenaires ne prévoit aucune fiction disqualificative. Les éventuels enrichissements de l'un au détriment de l'autre, s'ils peuvent difficilement être compensés sur le fondement de l'enrichissement sans cause, ne sont pas interdits de toute requalification libérale. Les partenaires se trouvent dans une situation fiscale analogue à leur positionnement civil : mieux lotis que les concubins, mais moins avantageés que les époux. La perception de droits de mutation par donation sera en toute hypothèse conditionnée à la démonstration par l'administration fiscale d'une intention libérale, ce qui n'est jamais évident. Quand bien-même ce premier obstacle serait franchi, les partenaires bénéficient depuis le 22 août 2007 d'un abattement, qui se monte à 80.724€ au 1^{er} janvier 2013³, et d'un barème progressif à 7 tranches, dont la plus élevée se voit appliquer un taux d'imposition à 45%. Ils bénéficient en outre d'une réduction pour charge de famille de 616€ par enfant à partir du troisième⁴. Les partenaires seront en toute hypothèse plus avisés de recourir à des legs, puisqu'ils sont exonérés de droits de mutation par décès depuis le 21 août 2007⁵.

522. Une faveur relative avant l'arrêt VIEILHOMME. La faveur fiscale à l'égard des avantages matrimoniaux n'a pas toujours été aussi marquée. Depuis 1932 et jusqu'en 1997, l'administration fiscale considérait que, lors d'une dissolution du mariage par décès, les droits de mutation par décès étaient dûs sur les droits perçus au titre du régime matrimonial, en présence d'enfants d'un premier lit, que ceux-ci exercent ou non l'action en retranchement⁶. Cette solution

¹ F. DOUET, « Précis de droit fiscal de la famille », Litec 2013, 12^{ème} éd. v. éd. 2013, n° 1370.

² Sur cette question, v. *supra*, n° 333.

³ Art. 790-F, al. 1^{er} CGI.

⁴ Jusqu'au 22 août 2007, le régime fiscal des droits de donation entre partenaire était moins avantageux : abattement de 57.000€ ; 40% pour la fraction n'excédant pas 15.000€ et 50% au-delà ; réduction pour charges de famille de 305€ par enfant à partir du 3^{ème}.

⁵ Art. 769-0 bis CGI ; L. n° 2007-1223, 21 août 2007. Il est donc plus avantageux de se gratifier par testament que par donation entre vifs ou par avantage partenarial. Mais s'ils souhaitent se gratifier entre vifs, ils devront nécessairement en assumer la charge fiscale.

⁶ Sol. adm., 30 avr. 1932 : Ind. enr. n° 2316 ; Rép. min. n°14734 à M. Mesmin : JOAN Q, 4 janv. 1975, p. 18 ; JCP N, 1975, prat. 5930 ; Defr. 1975, art. 30886 ; Rép. min. n° 6235 à M. Guillard : JO Sénat Q, 21 oct. 1982, p. 4697 ; Defr. 1983, art. 32990, p. 128 .

fiscale était fondée sur une interprétation civile très extensive de l'article 1527 alinéa 2, considéré comme présumant irréfragablement la qualification libérale en présence d'enfants d'un premier lit¹. Les droits de mutations étaient ainsi dûs sur l'intégralité de la part recueillie par le conjoint survivant dans l'actif héréditaire. Les biens reçus au titre du régime matrimonial et ceux reçus en qualité d'héritier légal, légataire ou bénéficiaire d'une institution contractuelle étaient donc fondus dans une même masse formant l'assiette de l'impôt. Il n'existait, en définitive, aucune pondération en raison de l'origine du droit (matrimonial, successoral ou libéral) et aucun chiffrage exact de l'avantage matrimonial : il importait peu qu'en considération du régime-étalon, le conjoint bénéficiaire eût obtenu moins, autant, ou plus de droits qu'en raison du régime choisi. Et il était indifférent que l'avantage matrimonial excédât ou non la quotité disponible. Cette solution très critiquée² n'était cependant pas exclusive d'une prépondérance fiscale de l'avantage matrimonial sur la libéralité entre époux. L'application du régime fiscal dépendait en effet de l'existence d'enfants d'un premier lit, alors entendus dans une acception restreinte³. En présence de seuls enfants communs, ou même d'enfants adultérins, les droits tirés par le conjoint survivant du régime matrimonial n'étaient pas taxés, contrairement aux donations entre vifs (soumis aux droits de mutation par donation) et aux donations à cause de mort (soumis aux droits de mutation par décès).

523. Une faveur renforcée depuis l'arrêt VIEILHOMME. L'intérêt fiscal de l'avantage matrimonial, et donc de la fiction disqualificative, a été accru par un arrêt important de la Cour de cassation rendu le 6 mai 1997⁴. Dans cette affaire, le conjoint survivant était bénéficiaire de l'attribution intégrale de la communauté universelle, mais les deux enfants issus d'un premier lit avaient renoncé à exercer l'action en retranchement. Conformément à la doctrine en vigueur, l'administration fiscale réclama la perception de droits de mutation par décès, mais le tribunal de grande instance de Paris rejeta sa demande¹. Le jugement ne fut pas censuré par la Cour de cassation, qui confirma ainsi le raisonnement tenu par les juges du fond dans un attendu

¹ Cette interprétation est elle-même liée à la solution jurisprudentielle selon laquelle tous les enfants, communs ou non, sont bénéficiaires de l'action, même si seuls les enfants non-communs en sont titulaires : Cass. civ., 12 janv. 1925 : S. 1927, I, p. 134 ; Journ. enr. 30497 ; Cass. civ., 27 mars 1923 : DP 1923, I, p. 161 ; S. 1923, I, p. 201 ; T. civ. Bourges, 28 déc. 1891 : S. 1892, II, p. 69 ; DP 1893, 2, p. 69 ; T. civ. Rouen, 29 janv. 1892 : DP 1893, II, p. 69 ; S. 1892, II, p. 164.

² B. PACAUD et F.-R. PUJOL, art. précit., p. 24, spé. n° 3 ; v. aussi le vœu n° 6 émis par le 87^{ème} Congrès des Notaires de France : « Patrimoine privé, stratégie fiscale : 87^{ème} Congrès des notaires de France », Montpellier, 5-8 mai 1991, Paris, Litec, 1991 ; JCP N 1991, prat. 1888.

³ On parle aujourd'hui d'enfants « non-communs », terme qui regroupe toutes les hypothèses dans lesquelles les enfants ne sont pas issus des deux époux, qu'ils soient ou non le fruit d'un précédent mariage.

⁴ Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997 : Bull. civ., n° 146 ; R., p. 192 ; D. 1998, p. 303, note F. DEBOISSY ; JCP N 1997, 939, étude J. PIEDELIEVRE et 1533, note Ph. PELLETIER et P. APPREMONT ; JCP 1997, I, 4047, n° 20, obs. A. TISSERAND ; JCP 1998, I, 133, n° 10, obs. R. LE GUIDEC ; Defr. 1997, p. 1086, obs. G. CHAMPENOIS, et p. 1194, note A. CHAPPERT ; RTD Civ. 1998, p. 179, obs. B. VAREILLE ; Dr. fisc. 1997, n° 31-36, comm. 900, obs. J. PIEDELIEVRE.

de principe devenu célèbre : « *les dispositions de l'article 1527, alinéa 2, du Code civil, ont pour seul effet de soumettre les avantages matrimoniaux aux règles édictées pour les libéralités pour la part qui excède la quotité disponible entre époux* ». Ainsi, « *l'administration fiscale ne peut prétendre percevoir des droits de mutation par décès sur la part attribuée au conjoint survivant au titre des conventions matrimoniales* ». L'intérêt fiscal des avantages matrimoniaux est ainsi doublement renforcé. D'une part, la seule présence d'enfants non-communs ne suffit plus à justifier la perception de droits de mutation par décès : ils doivent exercer l'action en retranchement. D'autre part, les droits alors perçus ne sont calculés que sur la part effectivement réduite, c'est-à-dire la fraction de l'avantage matrimonial qui excède la quotité disponible. Et ils sont supportés par les héritiers réservataires, puisque ce sont eux qui bénéficient de la reconstitution de la réserve. L'avantage matrimonial est ainsi fiscalement neutre pour le conjoint survivant qui n'a, en toute hypothèse, aucun droit de mutation par décès à acquitter.

Ce n'est plus alors le champ d'application de la fiction disqualificative qui recule, mais plutôt la portée de ses effets. La requalification en libéralité est toujours impossible², mais l'avantage semble parfois taxé comme une donation à cause de mort. Cependant c'est le droit héréditaire à la réserve qui est taxé, non le droit issu du régime matrimonial. Ce n'est donc pas à proprement parler l'avantage qui est soumis aux droits de mutation par décès, mais la transmission de la réserve elle-même, reconstituée par réduction de l'avantage. L'avantage devenait ainsi un redoutable concurrent à la libéralité entre époux, mais aussi aux droits légaux du conjoint survivant, qui n'ont été exonérés fiscalement que dix ans plus tard. La doctrine administrative a pris acte de cette solution³. Le législateur ne l'a pas remise en cause et son intérêt est largement reconnu : elle permet de ne pas décourager les époux d'avoir recours à une protection civile pour de simples considérations fiscales. La portée d'une telle solution justifierait une consécration légale. On ne peut que souhaiter une codification à droit constant de cette faveur, même si la tendance est au déclin de l'intérêt fiscal de l'avantage matrimonial.

B. Le déclin de la faveur fiscale pour l'avantage matrimonial : la perte d'utilité de la fiction disqualificative

524. L'illusoire neutralité fiscale des avantages matrimoniaux. La neutralité fiscale de l'avantage matrimonial consacrée par l'arrêt VIEILHOMME est limitée aux droits de mutation par décès. Il est erroné de croire que les profits générés par le régime matrimonial sont absous de

¹ TGI Paris, 2^{ème} ch., 2^{ème} sect., 12 janv. 1995, n° 93-72 003 : Dr. fisc. 1995, n° 44, comm. 2070.

² « *Force est de constater que la qualification civile de l'avantage matrimonial commande l'analyse fiscale* » : F. DEBOISSY, note précitée, p. 304. En réalité, il ne s'agit pas tant d'une qualification que d'une disqualification civile.

³ Instr. 8 janv. 1998 DGI, BOI 7 G-1-98 ; Dr. fisc. 1998, n°4-5, II, 11-924. V. aussi CA Aix-en-Provence, 15 janv. 2002, Juris-Data n° 2002-184226 : Gaz. Pal. 16 juin 2002, n° 167, p. 41, note D. GUÉVEL.

toute ponction fiscale. Si les époux souhaitent rédiger un contrat de mariage ou une convention modificative de régime matrimonial, ils doivent acquitter un droit fixe de 125€¹, sauf si une imposition proportionnelle ou progressive plus élevée est due à la même occasion. Tel est le cas lorsque le contrat de mariage contient une donation entre vifs, ou si le régime prévoit une mutation de propriété immobilière. Dans cette dernière hypothèse, qui correspond à l'apport d'un immeuble à la communauté², la taxe de publicité foncière est due, à un taux de 0,71498 %³ calculé sur la moitié de la valeur de l'immeuble. Cette taxe n'est en principe due qu'en cas de mutation de propriété immobilière à titre gratuit⁴. Ainsi le droit fiscal reconnaît-il explicitement un transfert de propriété par convention matrimoniale intervenant avant la dissolution du régime matrimonial, ce qui démontre une fois de plus la nécessité de dépasser une acception trop restreinte de l'avantage matrimonial. De plus, la fiction disqualificative ne fait pas échec à l'application d'une taxe réservée aux actes gratuits ; la nature gratuite de l'avantage est donc implicitement reconnue et même présumée. Or l'entrée en communauté d'un bien peut revêtir une nature onéreuse, par exemple si elle compense une contribution inégale à l'enrichissement de la masse commune.

La liquidation du régime matrimonial donne également lieu à perception d'un droit d'enregistrement à 2,5%⁵ assis sur la valeur nette de l'actif partagé, sans déduction des soultes et plus-values⁶. Cette taxe est due dans l'hypothèse d'un changement de régime matrimonial ou d'un partage consécutif à un divorce ou à un décès, ainsi que lors d'un prélèvement sur la communauté⁷. Le taux n'était que de 1,1% jusqu'au 31 décembre 2011, ce qui témoigne de la nette tendance à accentuer la pression fiscale sur les avantages matrimoniaux. Le règlement en argent d'une créance de participation aux acquêts peut donner lieu à la perception d'un droit fixe de 125€. Le règlement en nature d'une telle créance rend exigibles le droit de partage à 2,5%, si les biens attribués n'étaient pas compris dans le patrimoine originaire ou que l'époux attributaire venait à la succession de l'autre et les droits de mutation à titre onéreux si les biens attribués en règlement de la créance dépendaient du patrimoine originaire de l'époux débiteur. Les plus-values

¹ Art. 847, 1° CGI.

² Par clause dite d'ameublissement, ou adoption d'une communauté universelle par exemple. « *Toutefois, dans l'hypothèse où l'immeuble apporté à la communauté universelle est indivis entre les époux séparés de biens, cette publicité n'a pas à être effectuée dès lors que le changement de régime matrimonial ne confère aucun droit réel immobilier nouveau aux deux époux sur le bien devenu commun* » : Rép. Min. n° 22195, à M. Laffineur ; JOAN Q 8 mars 1999, p. 1399.

³ 0,70% (art. 791 CGI) augmenté d'une majoration pour frais d'assiette et de recouvrement de 2,14% (art. 1647 CGI).

⁴ Instr. DGI, 17 mai 2002 : BOI 10-G1-02, 17 mai 2001 ; Dr. Fam. 2002, n°11, comm. 134, note F. DOUET ; Defr. 2002, n° 17, art. 37594, p. 1107 et s. ; Defr. 2002, n° 22, art. 37621, p. 1435 et s. note F. DOUET ; Dr. fisc. 2002, n°24, II, 12-844.

⁵ Art. 746 CGI.

⁶ Art. 748 CGI

⁷ Ce qui inclut les clauses de préciput et de prélèvement à titre onéreux.

réalisées sont également taxables¹. Les conséquences du divorce peuvent aussi faire intervenir des considérations fiscales. En principe, la révocation de plein droit des avantages matrimoniaux et libéralités entre époux n'est pas soumise à taxation, car elle est judiciairement constatée². Cependant, en cas de maintien sur le fondement de l'article 265 alinéa 2, la disposition est considérée comme réalisée entre personnes non parentes et donc taxée au taux de 60%³. L'avantage matrimonial semble alors devenir pleinement une libéralité par la manifestation de volonté de l'époux qui l'a consenti. Il trouve pourtant sa source dans le régime matrimonial : il est donc étrange de le percevoir comme une libéralité ordinaire entre étrangers. Cet anachronisme est regrettable. Il témoigne des difficultés conceptuelles générées par le maintien des avantages ne prenant effet qu'après le divorce, ce qui renforce la conviction selon laquelle une telle faculté ne doit pas être accordée aux époux.

525. Une faveur fiscale accordée aux époux sur les droits de mutation à titre gratuit. Lorsqu'elles interviennent entre époux, les donations entre vifs bénéficient d'un régime fiscal plus intéressant qu'à l'ordinaire. Un abattement est pratiqué, de 80.724€ à compter du 1^{er} janvier 2011⁴ reconstitué tous les 15 ans, contre seulement 31.865€ pour les donations au profit des petits-enfants⁵. Un barème progressif à 7 tranches est applicable, dont la plus élevée est taxée à 45% au lieu de 60% entre personnes non-parentes. Les époux bénéficient aussi de retranchements conséquents, allant jusqu'à 238.594€ pour la dernière tranche⁶. En outre, la donation par démembrement de propriété permet de réduire l'assiette des droits de mutation, puisque le taux sera exercé sur la valeur de nue-propriété, nécessairement plus faible que celle de la pleine-propriété. Au décès du donateur resté usufruitier, le nu-propriétaire retrouve la pleine propriété en franchise de tout droit de mutation⁷.

¹ CE, 3^{ème} et 8^{ème} ss-sect., 4 mai 2011, req. n° 324579, Mme Pioniot-Laroche ; Dr. fisc. 2011, n° 37, comm. 500, concl. E. GEFFRAY ; JCP N 2011, n° 51-52, comm. 1329, note F. DOUET : la plus-value mobilière dégagée par un époux marié sous le régime de la participation aux acquêts est imposable au nom de cet époux lorsque la cession intervient avant la réalisation d'une condition suspensive figurant dans l'acte de divorce et prévoyant en règlement de sa créance de participation le transfert des titres cédés dans le patrimoine de l'autre époux.

² Art. 1961 al. 3 CGI. Cependant la révocation d'un avantage matrimonial ou d'une donation entre époux portant sur un immeuble doit être publiée à la Conservation des hypothèques et la taxe de publicité foncière de 0,71498% doit être acquittée. Sur la fiscalité du divorce à l'aune de la loi du 26 mai 2004 : C. DELORY, « Le nouveau droit au divorce : une neutralité fiscale absolue (à propos des articles 26 à 28 de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce) » JCP N n° 52, 2004, 1612.

³ V. C. BAS, art. précit., n° 171. Le maintien de l'avantage matrimonial se réalise donc au prix de la disparition de l'avantage fiscal qui y est associé.

⁴ Art. 790-E. Il en va de même pour les partenaires liés par un Pacs: 790-F al. 1^{er}.

⁵ Art. 790-B, al. 1^{er} CGI.

⁶ F. DOUET, « Précis de droit fiscal de la famille », Litec 2013, 12^{ème} éd., n° 2480. Les donations entre époux et partenaires consenties entre le 1^{er} janvier et le 30 juillet 2011 bénéficient d'un retranchement moindre pour les deux dernières tranches : uniquement 193.452€ pour la 7^{ème} tranche.

⁷ Art. 1133 CGI. Sur la question, v. : B. SAVOURE, « Opportunités du démembrement de la propriété immobilière », Dt. et pat. 2005, n° 137, p. 79 et s.

L'exemple le plus significatif du déclin du régime fiscal de faveur accordé aux avantages matrimoniaux est l'exonération des droits de mutation par décès pour le conjoint et le partenaire survivant depuis le 21 août 2007¹. L'attractivité fiscale de l'avantage matrimonial est ainsi clairement diminuée, puisqu'il devient plus avantageux de recourir à une donation à cause de mort ou à un legs pour gratifier le conjoint survivant ; contrairement aux avantages perçus par un prisme communautaire, ils ne donnent pas lieu à perception d'un droit au partage. Cette exonération s'applique également aux réversibilités d'usufruit entre époux. Traditionnellement soumises aux droits de donations conformément à leur qualification civile², elles sont, depuis le 21 août 2007, soumises aux droits de mutation par décès lorsqu'elles interviennent entre époux : elles sont donc exonérées³. La loi de finance pour 2008 a généralisé cette exonération à toutes les réversibilités d'usufruit. Deux remarques s'imposent. D'une part, le déclin de l'intérêt de la fiction disqualificative s'opère ici par une modification du régime juridique des donations, qui se voient appliquer des règles presque plus favorables que celles des avantages matrimoniaux. D'autre part, le traitement fiscal des réversibilités d'usufruit témoigne de la difficulté déjà évoquée à organiser un régime juridique sur le socle d'une classification par l'objet⁴. S'il n'est pas douteux qu'elles portent sur des biens présents, elles sont fiscalement soumises au régime juridique des libéralités à cause de mort. Ce constat renforce notre conviction selon laquelle le régime juridique de cette libéralité hybride doit parfois se fonder sur un critère chronologique et non sur l'objet⁵. Cela est d'autant plus marquant en considération des règles fiscales applicables aux donations à terme : les droits de donations sont dûs au jour de l'acte⁶.

526. L'intérêt fiscal persistant des avantages matrimoniaux. Le déclin de l'intérêt fiscal des avantages matrimoniaux n'est cependant que relatif, car ils restent dispensés de droits de donation, alors même qu'ils peuvent réaliser un transfert de valeur entre vifs dans une intention libérale. Le droit de partage est certes dû au moment de la liquidation des intérêts patrimoniaux du couple⁷, mais son taux est très réduit (2,5%) et il est appliqué soit sur l'actif net de l'indivision

¹ L. 21 août 2007, n° 2007-1223 : JO 22 août 2007 ; art. 769-0, bis CGI.

² Cass. 1^{ère} civ. 31 oct. 2007, n° 06-18996 : Defr. 2008, n° 9, art. 38763, p. 976 et s., spé. p. 983 et s., comm. 2, note A CHAPPERT.

³ Art. 796-0 *quarter* CGI. Sur la question, v. notamment : C. GUILLOT, « La gestion fiscale des usufruits successifs », RFN 2003, n° 11, prat. fisc. 26 ; P.-L. NIEL, « La clause de réversion d'usufruit à l'épreuve de la fiscalité », Defr. 2006, n° 13-14, p. 1115 et s.

⁴ Sur les difficultés soulevées par la question de la libre révocabilité, v. *supra*, n° 472 et s. Sur celles générées par la révocation de plein-droit en cas de divorce, v. *supra*, n° 480.

⁵ Sur nos propositions quant à la révocation de plein-droit par le divorce : v. *supra*, n° 493 et s. V. également la question de la renonciation à l'usufruit qui, si elle est considérée comme translatrice, peut être requalifiée en donation indirecte et donc soumise aux droits de donations. V. notamment : Ch. DELORY, « Renonciation à usufruit et plafonnement de l'assiette de l'impôt de mutation à titre gratuit », JCP N 2006, n° 30-34, p. 1263.

⁶ Cette solution est donc radicalement différente de celle appliquée aux réversibilités d'usufruit, qui sont soumises à des droits de mutation par décès, exigibles au jour du décès du donateur.

⁷ Cass. civ., 8 mai 1854 : DP 1854, I, p. 184 ; Cass. civ., 7 avr. 1856 : DP 1856, I, p. 207 ; Cass. civ., 11 nov.

post-communautaire ou ordinaire - contrairement aux donations avec charges pour lesquelles c'est l'actif brut qui est pris en compte -, soit sur la seule valeur des biens servant à acquitter la créance de participation. Les avantages matrimoniaux ne sont pas non-plus concernés par le rapport fiscal des donations réalisées dans les six années précédant le décès¹. Le contrat de mariage peut également être un outil d'optimisation fiscale pour la transmission aux enfants, via l'organisation patrimoniale du couple. Par exemple, les époux communs en biens peuvent prévoir la suppression du fait générateur de récompense que constitue la souscription par l'un d'eux d'un contrat d'assurance-vie au bénéfice d'un tiers financé par des deniers communs. La récompense aurait pour effet d'augmenter le boni de communauté, donc l'actif successoral taxable et le montant des droits de succession à acquitter par les héritiers. Dans le même ordre d'idée, le contrat de mariage peut prévoir une clause de préciput portant sur le droit de rachat du contrat d'assurance-vie non-dénoué. Il s'agit là aussi de diminuer l'actif communautaire pour réduire les droits de succession supportés par les héritiers². L'avantage matrimonial peut ainsi permettre d'alléger la charge fiscale assumée par les descendants des époux³. Il peut aussi se révéler plus intéressant qu'un legs ou une transmission successorale légale quant au régime de la fiscalité des plus-values immobilières : ne conférant pas la qualité d'héritier, donc ne nécessitant aucune déclaration de succession, il influe sur la computation des délais et favorise les chances de bénéficier de l'exonération fiscale corrélative⁴.

527. La nécessité d'une appréciation au cas par cas. En définitive, la faveur fiscale dont bénéficie l'avantage matrimonial par rapport à la libéralité entre époux n'a pas totalement disparu. Cependant, elle devra être appréciée « *au cas par cas de la nature et de l'origine du patrimoine considéré* »⁵. La fiction disqualificative n'est donc pas inutile, même si la loi du 21 août 2007 a exonéré le conjoint survivant des droits de mutation par décès. Les incidences fiscales de la fiction disqualificative sont plus nuancées, et le choix de l'une ou l'autre des voies de gratification nécessite à présent une pesée des valeurs plus précise, plus technique. Par exemple, la gratification par libéralité à cause de mort sera privilégiée pour la transmission de valeurs mobilières, car le décès génère fiscalement une mutation à titre gratuit et donc un « effet

1873 : S. 1874, I, p. 36 ; T. civ. Lille, 27 déc. 1900 : S. 1903, II, p. 119 ; T. civ. Rhône, 17 déc. 1926 : JCP 1927, I, 642. Sur la question, v. : Y.-A. GILET, « Régimes matrimoniaux, fiscalité des successions », Impr. Le Brun, Caen, 1978, n° 475.

¹ Sur ce rapport fiscal : C. JUE-MOHR, « Droit patrimonial de la famille : les nouvelles règles fiscales », RJPF 2011, n° 11 p. 8.

² Cf. F. FRULEUX, « Valeur de rachat des contrats d'assurance-vie non dénoués, La dernière position de l'administration fiscale », JCP N 2010, act. 550.

³ Sur ce point, v. G. BONNET, « Des intérêts fiscaux d'une modification matrimoniale » : RFN 2010, n° 6, étude 7.

⁴ Pour plus de précisions, v. G. BONNET, art. précit., n° 6.

⁵ G. BONNET, art. précit., n° 9.

libératoire » en matière de plus-value qui ne se retrouve pas si la voie du régime matrimonial est empruntée¹. Les conseils éclairés d'un professionnel du droit fiscal de la famille sont à présent indispensables pour réaliser une optimisation fiscale efficace. La balance devra prendre en compte le contexte familial. Par exemple, le choix d'une communauté universelle avec clause d'attribution intégrale peut constituer un réel inconvénient fiscal pour les enfants communs du couple : ils ne bénéficieront de l'abattement des droits de mutation que dans une seule des successions de leurs parents puisque l'attribution intégrale a pour effet de neutraliser la liquidation de la succession du prédécédé². Cette opacité accrue des utilités fiscales de la fiction disqualificative est la conséquence d'une volonté politique de privilégier largement le couple marié ou pacsé : le législateur cherche ainsi à réaliser des « cadeaux » fiscaux aux couples sans négliger les voies de gratification qui leur sont offertes par le droit civil.

L'analyse des conséquences fiscales de la fiction disqualificative a permis de confirmer certaines craintes que l'analyse civile avait révélées. Les clauses de réversibilité d'usufruit, très populaires, se voient parfois appliquer un régime juridique qui ne résulte pas de leur classification civile, mais de leur point commun avec les donations de biens à venir : le dénouement par décès. De même, la fiscalité applicable aux avantages et donations maintenus après le divorce doit logiquement dissuader les époux de faire échec à la révocation de plein droit. L'analyse civile avait déjà révélé l'incongruité du maintien des effets du régime matrimonial au-delà du mariage. Enfin, le régime fiscal semble parfois faire présumer la nature gratuite de certaines dispositions du régime matrimonial, indépendamment de la considération dans laquelle elles ont été stipulées. S'agissant de la fiction disqualificative, son utilité fiscale est de plus en plus opaque, en raison d'une nette tendance au rapprochement des régimes fiscaux des avantages matrimoniaux et des donations entre époux. Mais celui-ci s'opère, pour une fois, au moyen d'une modification du régime des libéralités, qui tendent vers une plus grande neutralité fiscale lorsqu'elles interviennent entre époux. Il demeure que le droit fiscal, instrument au service d'une volonté politique, ne peut ignorer toutes les voies concurrentes de gratification du conjoint, et que la proximité naturelle des avantages matrimoniaux et des libéralités ne justifie pas un alignement total des régimes fiscaux, car le régime matrimonial obéit à une logique propre expliquant par exemple la perception de droits de partage. Il reste à savoir si la convergence de buts justifie un alignement au moins partiel des règles successorales civiles.

¹ G. BONNET, art. précit., n° 5.

² Sur cette question et les moyens de compenser cet inconvénient, v. F. DOUET, *op. cit.*, n° 1195 et s.

Section seconde : La fiction disqualificative dans le régime particulier de la réduction

528. Une limite. L'application aux avantages matrimoniaux du régime particulier de la réduction pour atteinte à la réserve héréditaire est la limite la plus marquée aux effets de la fiction disqualificative. Son importance est telle que jurisprudence et doctrine lui ont parfois prêté une influence sur le plan catégorique. L'étude ayant démontré que la mise en œuvre de l'action en retranchement n'opère aucune mutation notionnelle, il reste à aborder les difficultés liées à son application effective. Celles-ci sont de deux ordres. D'une part, les conditions de mise en œuvre de l'action sont en évolution et s'avèrent encore incomprises (**Paragraphe premier**). D'autre part, l'exercice de l'action est à l'origine de nombreuses difficultés liquidatives qu'il faut s'efforcer de dépasser (**Paragraphe second**).

Paragraphe premier : Les modalités de l'action en réduction

529. Agir ou s'abstenir ? L'existence d'une action n'implique pas nécessairement sa mise en œuvre. Qu'il s'agisse de la réduction des libéralités ou du retranchement des avantages matrimoniaux, les héritiers réservataires ne sont jamais obligés de recevoir leur part de réserve. Le choix leur appartient : s'ils souhaitent agir, se posera la délicate question de la titularité de l'action (A) ; s'ils s'abstiennent, devront être envisagées les modalités de la renonciation à l'action (B).

A. Agir : la titularité de l'action

530. Une action en réduction des avantages matrimoniaux¹. Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 1527 du Code civil, « *au cas où il y aurait des enfants qui ne seraient pas issus des deux époux, toute convention qui aurait pour conséquence de donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1094-1, au titre « Des donations entre vifs et des testaments », sera sans effet pour tout l'excédent* ». Force est de constater que le texte ne fait nullement référence à l'existence d'une action. Cependant, l'ancien article 1496 du Code civil évoquait l'« *action en retranchement* »², terminologie qui a perduré en pratique malgré sa disparition de la lettre de la loi. Dans le doute, la jurisprudence a assimilé purement et simplement l'action en retranchement

¹ Sur le sujet, v. notamment : M. MATHIEU et J.-F. PILLEBOUT, « L'action en retranchement », JCP N 2004, p. 1029.

² Art. 1496 al. 2 : « *Si toutefois la confusion du mobilier et des dettes opérait, au profit de l'un des époux, un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'article 1098, au titre des Donations entre vifs et des Testaments, les enfants du premier lit de l'autre époux auront l'action en retranchement* ».

des avantages matrimoniaux à l'action en réduction des libéralités¹. Une telle solution ne procède pourtant pas de l'évidence, puisque même en 1804 l'article 1527 n'évoquait qu'une absence d'effet pour l'excédent. Encore récemment un auteur estimait que « *le retranchement de l'avantage, protection légale des enfants du premier lit contre les avantages excessifs n'est pas la réduction d'une libéralité* »². Pourtant, si extensive qu'elle soit, l'interprétation de la nature de la sanction des avantages matrimoniaux excessifs doit être approuvée. L'article 1527 évoque explicitement le dépassement de la quotité disponible spéciale entre époux, qui est classiquement sanctionnée au moyen d'une action en réduction. Celle-ci est donc la meilleure voie possible de protection des intérêts des héritiers réservataires. Elle offre de plus une méthode de résolution des difficultés susceptibles de perturber les praticiens : dans le doute, on se réfèrera aux solutions acquises à propos de l'action en réduction, qui sont connues et maîtrisées. L'action en retranchement a donc un caractère fondamentalement successoral³ et une portée conséquente⁴. Le terme « retranchement » peut être employé comme synonyme de la réduction, tant la méthode employée est similaire.

Un tel alignement limite les effets de la fiction disqualificative, mais cela est justifié par la recherche de la protection de l'ordre public successoral. Comme pour l'action en réduction, la preuve du dépassement de la quotité disponible pèsera sur celui qui exercera l'action. Mais s'agissant du retranchement des avantages matrimoniaux, cette charge sera à la fois plus délicate et plus aisée. L'héritier réservataire éprouvera sans doute plus de difficultés à démontrer l'existence d'un déséquilibre économique que s'il était question d'une libéralité, car il devra faire face à un véritable vide juridique s'agissant de la technique liquidative. Mais il ne sera pas tenu de rapporter la preuve d'une intention libérale, puisque c'est en lui-même que l'avantage sera réduit et non en raison de sa connivence avec la figure libérale. Ainsi, la fiction disqualificative recèle une utilité indéniable même dans le contexte du retranchement.

531. Une titularité limitée⁵. Si le retranchement est par nature une action en réduction, il dispose d'une particularité tenant aux titulaires de l'action. L'ancien article 1496 du Code civil réservait l'action en retranchement aux seuls enfants du premier lit de l'époux désavantagé, et

¹ V. par exemple : Cass. req., 20 avr. 1880 : DP 1880, I, p. 428 ; Cass. civ., 12 janv. 1915 : S. 1917, I, p. 434, DP 1917, I, p. 134 ; Cass. civ., 12 janv. 1915 : S. 1917, I, p. 434, DP 1913, I, p. 173 : « *L'action en retranchement accordée par les textes précités aux enfants du premier lit, lorsque la confusion du mobilier et des dettes opère un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'article 1098, est une action en réduction soumise aux dispositions des article 920 et s.* ».

² Ph. RÉMY, note D. 1983, p. 227.

³ CA Limoges, 27 mai 1867 : S. 1867, II, p. 337 : pour l'exercice de l'action en retranchement, il faut que les enfants non-communs ou leurs descendants acceptent la succession.

⁴ L'action en retranchement peut être intentée contre les héritiers de l'époux bénéficiaire lorsque celui-ci est décédé : CA Paris, 9 févr. 1937 : JCP 1937, II, 291, note R. D. ; DP 1937, II, p. 92, note P. MAGUET.

⁵ Sur la question de la titularité et du bénéfice de l'action en retranchement, v. not. F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987, n° 390 et s., p. 539 et s.

l'article 1527, dans sa rédaction datant de 1804, évoquait expressément les enfants d'un précédent mariage. Etaient donc exclus les enfants nés du mariage entre le *de cuius* et le conjoint survivant et les enfants qui n'étaient pas issus d'une première union maritale, adultérins ou simplement naturels¹. Sous l'influence du principe d'égalité des filiations, renforcé depuis la jurisprudence *Mazureck*², la titularité a été étendue à tous les enfants non-issus des deux époux, formule consacrée par l'article 1527 du Code civil depuis la loi du 3 décembre 2001³. La seule distinction qui persiste aujourd'hui oppose donc les enfants communs aux enfants non-communs⁴. Les premiers ne sont pas titulaires de l'action en retranchement, car ils sont censés récupérer le bénéfice de l'avantage matrimonial au décès du second conjoint, ce dont ne bénéficient pas les enfants non-communs⁵. Tel est l'argument constamment invoqué : la réserve des enfants communs ne serait nullement menacée⁶. Mais aussi séduisante qu'elle soit, cette explication paraît

¹ Pour ces derniers, v. notamment : Cass. 1^{ère} civ., 8 juin 1982 : D. 1983, p. 19, note M. BEAUBRUN ; JCP 1983, II, 20018, note M. HENRY ; Defr. 1982, art. 32944, p. 1373, obs. G. CHAMPENOIS ; Journ. not. 1983, art. 57498, p. 1352 ; Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 1983 : Bull. civ. 1983, I, n° 94 ; JCP 1983, IV, 163 ; D. 1984, p. 273, note E. PRIEUR ; Rép. min. : JOAN, 29 oct. 1975, p. 7496. L'adoption simple n'avait aucune incidence sur la titularité de l'action : CA Paris, 10 juill. 1985 : JCP 1988, II, 21134, note Ph. SIMLER ; Defr. 1986, art. 33800, p. 1165, note crit. J.-M. OLIVIER ; Journ. not. 1985, art. 58420, p. 1428, note A. RAISON ; CA Paris, 5 nov. 1992 : RTD Civ. 1993, p. 869, obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

² CEDH, 1^{er} févr. 2000, Mazureck c/ France : RTD Civ. 2000, p. 429, obs. J.-P. MARGUENAUD et p. 601, obs. J. PATARIN ; D. 2000, p. 332, note J. THIERRY ; JCP 2000, II, 10286, note A. GOUTTENNOIRE-CORNUT et F. SUDRE.

³ Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Réforme des successions : examen d'une difficulté de droit transitoire, l'action en retranchement », Defr. 2002, n° 37473. Pour une application jurisprudentielle, v. notamment Cass. 1^{ère} civ., 29 janv. 2002, n° 99-21.134, et n° 99-21.135 : Juris-Data n° 2002-012760 : Bull. civ., I, n° 32 ; D. 2002, p. 1938, note A. DEVERS ; JCP 2002, I, 167, n° 12, obs. A. TISSERAND ; *ibid.*, 178, n° 8, obs. R. LE GUIDEC ; Defr. 2002, p. 692, obs. J. MASSIP ; *ibid.*, 1330, obs. G. CHAMPENOIS ; Dr. Fam. 2002, n° 45, obs. B. BEIGNIER ; RJP 2002-5/24, note J. CASEY ; PA 11 juill. 2002, note M.-L. CICILE-DELFOSSÉ ; *ibid.*, 26 juillet 2002, note S. CHASSAGNARD ; RTD Civ. 2002, p. 278, obs. J. HAUSER ; *ibid.*, p. 347, obs. B. VAREILLE ; *ibid.*, p. 865, obs. J.-P. MARGUENAUD. La cour explique que, les enfants légitimes nés d'un précédent mariage et les enfants naturels nés d'une précédente liaison se trouvant dans une situation comparable quant à l'atteinte susceptible d'être portée à leurs droits successoraux en cas de remariage de leur auteur sous le régime de la communauté universelle, la finalité de la protection commande qu'elle soit étendue aux seconds au regard du principe de non-discrimination selon la naissance édicté par la convention européenne des droits de l'homme. Cette solution est fondée sur le Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et sur l'article 14 de cette convention. V. déjà en faveur de cette extension : Rép. min. : JO Sénat Q, 16 juin 1983, p. 894 ; Rép. min. n° 24163, 14 août 1995 : JCP 1995, V, p. 113.

⁴ Distinction renforcée par l'alinéa 3 de l'article 1527 Cciv. qui réserve la renonciation temporaire à l'action en retranchement aux enfants non-communs, ce qui laisse entendre qu'ils sont seuls titulaires de l'action.

⁵ S. FERRÉ-ANDRÉ, « La communauté universelle et les enfants des époux », Defr. 1993, art. 35455. Il s'en suit que l'adoption d'un enfant non-commun par le conjoint survivant le prive de la titularité de l'action, puisqu'un lien de filiation s'établit entre lui et le conjoint de son auteur : Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2006 : Bull. civ., I, n° 295 ; D. 2006, IR 1770 ; JCP 2007, I, 142, n° 25, obs. A. TISSERAND-MARTIN ; Defr. 2006, p. 1578, note B. VAREILLE et 1614 obs. G. CHAMPENOIS ; Dr. Fam. 2007, n° 44, note MURAT ; RTD Civ. 2006, p. 749, obs. J. HAUSER et p. 810 obs. M. GRIMALDI ; Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 2009 : Bull. civ., I, n° 30 ; JCP 2009, I, 140, n° 14, obs. A. TISSERAND-MARTIN ; AJ Fam. 2009, 179, obs. F. BICHERON ; Dr. Fam. 2009, n° 44 obs. D. BASUGNANA ; RJP 2009, n° 5, p. 18, note F. VAUVILLÉ ; RLDC 2009, n° 59, p. 53, obs. E. POULIQUEN ; *ibid.*, 2009/60, n° 3433, note I. OMARJEE ; Defr. 2009, p. 1611, obs. B. VAREILLE ; RTD Civ. 2009, p. 519, obs. J. HAUSER. V. déjà en ce sens : CA Orléans, 29 avril 2002 : JCP 2003, I, 111, n° 16, obs. A. TISSERAND-MARTIN ; Dr. Fam. 2002, n° 147, note B. BEIGNIER.

⁶ V. par exemple pour l'adoption d'une communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au conjoint survivant : Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1996 : Bull. civ., I, n° 210 ; D. 1996, p. 537, rapp. J. THIERRY ; Defr. 1996, p. 1080, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD Civ. 1997, p. 207, obs. B. VAREILLE.

insuffisante : sa logique voudrait que les enfants communs ne puissent non plus solliciter la réduction d'une libéralité faite entre leurs parents, puisque, pareillement à l'avantage matrimonial, leurs droits ne sont pas perdus mais simplement différés. En effet, si la réserve des enfants communs n'est nullement menacée par les transferts patrimoniaux des époux, pourquoi leur ouvrir la titularité de l'action en réduction ? Cette incohérence trouve son origine dans la particularité de l'avantage matrimonial. L'action en réduction des libéralités excessives a été naturellement ouverte à tous les héritiers réservataires, puisqu'une libéralité peut être consentie à toute personne : la réserve est bel et bien menacée lorsque le bénéficiaire n'est pas le conjoint. En revanche, le régime matrimonial ne peut créer de bénéfices qu'entre époux, ce qui a attiré l'attention sur les conséquences de la gratification du conjoint. Il n'en demeure pas moins que l'argument qui justifie l'exclusion des enfants communs de l'action en retranchement devrait logiquement conduire à les exclure de l'action en réduction lorsque la libéralité est faite au second parent. Cette contradiction manifeste affaiblit la crédibilité des règles gouvernant la titularité de l'action. Elle ne peut être dépassée que par deux moyens : priver les enfants communs de l'action en réduction des libéralités adressées au second conjoint, ou leur accorder la titularité de l'action en retranchement des avantages matrimoniaux.

532. Un bénéfice généralisé. La restriction de la titularité de l'action en retranchement aux seuls enfants non-communs est encore ébranlée dans sa logique par l'extension du bénéfice de l'action à tous les héritiers réservataires. En raison du caractère collectif de la réserve héréditaire¹ et puisque la réduction aboutit au paiement d'une indemnité de réduction qui alimente la masse à partager, les descendants communs des époux bénéficient effectivement du retranchement de l'avantage matrimonial global. Cette solution acquise de longue date² repose sur la technique liquidative de l'article 922 du Code civil : la masse de calcul de la quotité disponible est alimentée par l'avantage matrimonial, ce qui augmente mathématiquement le montant des réserves individuelles. Si elle ne saurait être remise en cause, les conséquences de cette solution interrogent. Certains auteurs considèrent que le sort des descendants communs est ainsi totalement tributaire du choix des descendants non-communs d'agir ou non, situation anachronique qui plaide en faveur d'une extension de la titularité de l'action³. Pour d'autres, cette titularité est directement acquise aux descendants communs si les réservataires non-communs s'abstiennent

¹ Cass. civ., 18 févr. 1818, *Laroque de Mons* : S. 1818, I, p. 98.

² CA Bourges, 28 déc. 1891 : DP, 1893, II, p. 16 ; CA Bordeaux, 16 août 1853 : DP 1854, II, p. 22 ; S. 1955, II, p. 753.

³ « La situation des descendants communs, au décès de leur premier parent, est ainsi totalement dépendante de l'attitude adoptée par les descendants non communs » : A. TISSERAND-MARTIN, « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial », in « Droit et actualité : études offertes à Jacques Béguin », Paris, Litec 2005, p. 753, spé. p. 765. Dans le même sens : AUBRY et RAU, « Droit civil français », 7^{ème} éd. par A. PONSARD, t. VIII, Litec, 1973, n°351 et note 31 ; H., L., et J. MAZEAUD et M. DE JUGLART, « Leçons de droit civil »,

d'agir¹, position adoptée par d'anciennes décisions de Cour d'appel². Mais telle n'est pas la solution retenue en l'absence totale d'enfants non-communs, ce qui heurte la logique : mieux vaut avoir des frères et sœurs qui s'abstiennent d'agir en retranchement que de ne pas en avoir du tout... Et que dire de la renonciation des enfants non-communs ? Considérés fictivement comme des étrangers à la succession, faut-il admettre qu'ils renoncent à agir en retranchement (et donc rendre les enfants communs titulaires de l'action), ou faire comme s'ils n'avaient jamais existé (et dénier la titularité de l'action aux enfants communs) ? La fortune des héritiers réservataires dépend ici d'une logique très bancal. Pourtant, il semble que la Cour de cassation soit favorable à une extension du bénéfice de l'action : elle est allée jusqu'à considérer que le conjoint divorcé qui avait conservé le bénéfice d'une institution contractuelle en usufruit pouvait faire porter son émolument sur la totalité de l'actif successoral reconstitué, donc sur la fraction retranchée de l'avantage matrimonial consenti au conjoint survivant³ ! Une telle solution doit être condamnée : le retranchement de l'avantage matrimonial étant une extension de la réduction pour atteinte à la réserve, sa mise en œuvre ne doit profiter qu'aux seuls héritiers réservataires⁴. Elle ne peut perdurer aujourd'hui, car elle se fondait sur une requalification totale de l'acte en libéralité, ce qui n'est plus concevable depuis l'arrêt VIEILHOMME du 6 mai 1997⁵. Les hésitations jurisprudentielles sur la titularité de l'action en retranchement traduisent un véritable malaise, qui tient à l'évident intérêt à agir des enfants communs. Car si la menace qui pèse sur leur réserve héréditaire est bien moins prononcée que celle des enfants non-communs, ils peuvent cependant pâtir d'un avantage matrimonial consenti entre leurs deux parents.

533. Un intérêt partagé. Les descendants réservataires communs aux deux époux ont incontestablement un intérêt à l'action en retranchement. Celui-ci est double. D'une part, le retranchement de l'avantage excessif leur permet de bénéficier plus tôt de leurs droits successoraux, notamment lorsque les époux avaient stipulé une attribution intégrale de la communauté universelle au profit du survivant avec exclusion de la faculté de reprise de l'article 1525 alinéa 2 du Code civil. Cela représente une véritable sécurité, puisque le conjoint survivant

Montchrestien, t. IV, vol. 1, 5^{ème} éd. 1982, mise à jour 1986 par DE JUGLART, n° 520.

¹ H. CAPITANT, note sous Cass. Civ. 27 mars 1923 : D. 1923, I, p. 161.

² CA Caen, 3 août 1872, ss Cass. req., 1^{er} juill. 1873 : DP 1874, I, p. 26 ; S. 1874, I, p. 17 ; CA Bourges, 28 déc. 1891 précit. Une telle solution semble remise en cause part un arrêt de la première chambre civile du 13 avril 1976 : Cass. 1^{ère} civ., 13 avr. 1976 : Bull. civ. 1976, I, n° 128 ; Defr. 1976, art. 31284, p. 1546, note G. MORIN. De même, contre cette possibilité : CA Paris, 9 févr. 1937 : DP 1938, II, p. 92, note P. MAGUET ; JCP 1937, II, 291, note R. D.

³ Cass. civ., 27 mars 1923 : DP 1923, I, p. 161, note H. CAPITANT ; S. 1923, I, p. 201, note A. TISSIER.

⁴ Sur les critiques formulées à l'encontre de cette décision : M. PLANIOL, « *Traité élémentaire de droit civil* », t. III par G. RIPERT et J. BOULANGER, Paris, LGDJ, 1946, n° 1117 ; A. COLIN et H. CAPITANT, « *Cours élémentaire de droit civil français* », t. III, Dalloz, 10^{ème} éd. 1950, par J. DE LA MORANDIERE, n° 1593, p. 828, note 1.

⁵ Sur cette décision, v. *supra*, n°10 et n° 522 et s.

attributaire d'un avantage matrimonial conséquent demeure libre d'organiser l'exhérédation des héritiers au moyen d'actes onéreux tels que des dépenses de loisir, de jeu d'argent ou de voyages. Le « réservataire commun » peut également se prémunir contre une dépréciation monétaire ou une altération de la substance des biens successoraux. D'autre part, il peut souhaiter éviter de partager avec ses demi-frères et sœurs des biens transmis par le *de cuius* au conjoint survivant par le biais du régime matrimonial. En retranchant l'avantage consenti à son second parent par le premier, il évite ainsi, au décès du survivant des époux, la concurrence des autres héritiers. Un exemple simple permet d'en attester. Imaginons des époux soumis au régime de communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au survivant et exclusion de la faculté de reprise. Ils avaient un enfant commun A et l'épouse avait deux enfants d'une première union B et C. Si le mari décède en premier, A viendra à sa succession en tant qu'unique descendant. Mais par l'effet de la clause d'attribution intégrale, la succession du père est vidée, l'actif passant dans le patrimoine de la mère. La réserve de A, correspondant à la moitié en nue-propiété de la succession, revient automatiquement à l'épouse. A devra donc attendre le décès de sa mère pour obtenir pleinement ses droits successoraux. Mais il viendra à cette seconde succession en concours avec B et C, qui bénéficieront ainsi de droits sur l'actif qui aurait dû figurer dans la succession du père de A. Il se trouve donc en concurrence sur l'intégralité des droits successoraux qu'il aurait seul reçu de son père : indirectement, B et C « héritent » du mari de leur mère, bien qu'ils ne soient nullement liés à lui par filiation. L'avantage matrimonial global peut donc logiquement menacer la réserve des enfants communs¹. Le risque est encore plus grand si l'épouse venait à se remarier une troisième fois sous le même régime et décédait en premier. Les trois enfants seraient alors titulaires de l'action en retranchement, mais A ne pourrait prétendre qu'au tiers de la réserve en nue-propiété, alors qu'il aurait pu obtenir le tiers de la totalité de la succession de ses deux parents si sa mère ne s'était pas remariée².

En outre, on se souvient qu'originellement l'alinéa 2 de l'article 1525 du Code civil était conçu comme une protection de la réserve des enfants communs contre l'attribution intégrale de la communauté au survivant. Lorsque cette faculté leur était refusée, soit par une stipulation du contrat de mariage, soit parce qu'il ne s'agissait pas d'une attribution intégrale, la jurisprudence avait tendance à qualifier l'attribution intégrale de donation, afin de la soumettre à l'action en réduction. Le revirement impulsé par l'arrêt Grégoire a été vivement critiqué en ce qu'il privait les

¹ En ce sens : A. TISSERAND-MARTIN, « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial », in « Droit et actualité : études offertes à Jacques Béguin », Paris, Litec 2005, p. 753, spé. p. 766 ; A. RIEG, F. LOTZ et Ph. RIEG, « Technique des régimes matrimoniaux », Paris, Lexis Nexis, 1993, 3^{ème} éd., n° 88.

² Sur l'intérêt à agir des descendants réservataires communs, v. not. : P. CATALA, « Variations autour de la communauté universelle », in « Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. *Liber amicorum* », Strasbourg, LGDJ 1994, p. 45, spé. p. 53 ; E. ROUSSEAU, « De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 711.

enfants communs du bénéficiaire de la requalification en libéralité¹. La préoccupation qui animait la doctrine était donc bien la protection de la réserve des enfants communs contre un avantage matrimonial.

534. Un élargissement nécessaire. Les descendants réservataires issus des deux époux ont incontestablement un intérêt à agir en retranchement, car les avantages matrimoniaux consentis entre leurs parents menacent, certes dans une moindre mesure que pour les enfants non-communs, leur réserve héréditaire. Ils sont de plus bénéficiaires du retranchement, à la condition pour le moins singulière que des descendants réservataires non-communs décident de le mettre en œuvre. De surcroît, l'argument de leur éviction ne surmonte pas la confrontation de la titularité de l'action en réduction des libéralités entre époux. Toutes ces considérations invitent à repenser la restriction de la titularité de l'action. Certes, la fiction disqualificative a pour objectif d'exclure les avantages matrimoniaux de la complexité des règles libérales, au premier rang desquelles figurent les conséquences successorales de la gratification du conjoint. Mais des considérations tenant au respect de l'ordre public et des bonnes mœurs justifient que les effets de la disqualification légale soient temporisés. Le législateur n'est pas encore prêt à sacrifier l'institution de la réserve héréditaire sur l'autel des intérêts du conjoint survivant. L'harmonisation des régimes juridiques est ici inévitable : elle procède de la logique la plus élémentaire et garantit l'efficacité de la préservation de l'hérédité. Il ne faut pas craindre les difficultés liquidatives tenant à l'appréhension quantitative de l'avantage matrimonial. D'une part, elles ne sont pas insurmontables et motivent la recherche de solutions viables². D'autre part, elles peuvent être esquivées via la contractualisation croissante des transmissions familiales, comme en témoigne la faculté de renonciation à l'action en retranchement.

B. S'abstenir : la renonciation à l'action

535. Une faculté de renoncer définitivement par anticipation à la réduction. Poursuivant un objectif de recul de l'ordre public successoral et de promotion du pouvoir de la volonté individuelle sur la transmission du patrimoine à cause de mort, la loi du 23 juin 2006 a institué, aux articles 929 et suivants du Code civil, une faculté pour les réservataires présomptifs de renoncer en tout ou partie par anticipation à l'exercice d'une action en réduction³. Cette

¹ Cass. ch. réunies, 19 déc. 1890 : S. 1891, I, p. 129, note A. WAHL ; DP 1891, I, p. 417 et Cass. civ., 2 août 1899 : S. 1900, I, p. 233, note G. FERRON ; DP 1901, I, p. 433, note A. COLIN. V. *supra*, n° 6 et n° 368.

² Sur nos propositions pour la mise en œuvre de l'action en retranchement, v. *infra*, n° 540 et s.

³ Sur la nature de cette renonciation, il a pu être question d'acte unilatéral à « dimension contractuelle » : S. HUYGUE, « Rapport devant l'Assemblée nationale », n° 2850, p. 257. *Contra* : F. SAUVAGE, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », AJ Fam. 2006, p. 355. V. également sur la question : I.DAURIAC, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », D. 2006, p. 2574.

innovation dispose d'une fiction disqualificative propre : quelles que soient ses modalités, la RAAR ne constitue pas une libéralité. Le caractère fictif d'une telle disqualification est aisément démontrable : la jurisprudence a admis de longue date qu'une renonciation à succession peut servir de support à une donation indirecte¹. En outre, la disqualification se situe à l'article 930-1 du Code civil, qui impose comme condition de validité la capacité du renonçant à consentir une donation entre vifs. De surcroît, la renonciation anticipée doit désigner un bénéficiaire : elle se fait donc toujours *in favorem*².

Cette nouvelle atteinte légale à la prohibition des pactes sur successions futures a fait l'objet d'une « fâcheuse controverse » quant à la méthode liquidative à mettre en place lorsque tous les réservataires n'ont pas renoncé par anticipation. Certains auteurs estimaient que la renonciation ne portait que sur la réduction et non la réserve, de sorte que les règles de l'imputation demeuraient inchangées : la libéralité dépassant la quotité disponible n'aurait pas vocation à s'imputer subsidiairement sur la réserve du renonçant, mais celui-ci perdrait sa part dans l'indemnité de réduction subséquente. Cette vision aboutit à préserver le renonçant et les autres réservataires³. D'autres estimaient au contraire que la portion de libéralité excédant la quotité disponible devait s'imputer sur la réserve du renonçant et augmenter ainsi la probabilité de la rendre non-réductible. Cette méthode aboutirait à une forme de renonciation à la réserve et privilégierait donc nettement le gratifié⁴. Une réponse ministérielle a privilégié la première théorie⁵ mais les tenants de la seconde n'ont pas totalement désarmé⁶. Toute difficulté n'est donc

¹ Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 1961 : D. 1962, p. 657, note J. BOULANGER ; JCP 1963, II, 12973, note P. VOIRIN ; Cass. req., 15 nov. 1858 : DP 1858, I, p. 433.

² L'aptitude naturelle de la RAAR à revêtir les traits catégoriques libéraux est encore démontrée par l'article 930-4 3^o Cciv. qui institue une forme de révocation pour ingratitude, laquelle se conçoit surtout pour les actes à titre gratuit. Le droit fiscal en a tiré les conséquences qui s'imposaient : « *La renonciation à l'action en réduction prévue par l'article 929 du Code civil n'est pas soumise aux droits de mutation à titre gratuit* » (art. 756 bis CGI).

³ En ce sens : B. VAREILLE, « Portée liquidative de la renonciation anticipée à l'action en réduction : attention, danger ! », Defr. 2008, art. 38710, p. 159 ; F. SAUVAGE, art. précit. ; « Les prolongements liquidatifs de la renonciation anticipée à l'action en réduction. Retour sur une « fâcheuse controverse » », JCP N 2008, n° 13, p. 3 ; Cl. BRENNER, JCl. Notarial Formulaire, v° *Quotité disponible et réduction*, fasc. 30 ; D. EPAILLY, « Nouvelles questions autour de la RAAR », Revue Nota-Bene du Cridon Bordeaux-Toulouse, Droit de la famille et du patrimoine, 2008, n° 549 ; J. HERAIL, « L'information dans la renonciation anticipée à l'action en réduction », JCP N 2007, n° 28, 1214.

⁴ En ce sens : M.-C. FORGEARD, B. GELOT et R. CRÔNE, « Le nouveau droit des successions et des libéralités (loi du 23 juin 2006, commentaires et formules) », Defr. 2007, n° 285 et s. ; N. LEVILLAIN, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », JCP N 2006, n° 45, étude n° 1349 ; V. ZALEWSKI, « La renonciation anticipée à l'action en réduction : imputation et/ou réduction ? », Defr. 2007, art. 38679 ; J.-F. PILLEBOUT, « À propos de la renonciation à l'action en réduction, une fâcheuse controverse », JCP N 2008, n° 11, act. 279.

⁵ Rép. Min. n° 22306 : JOAN Q, 12 août 2008, p. 6991 : « *dans la mesure où la fraction de la libéralité qui excède la quotité disponible n'a pas vocation à s'imputer sur la part de réserve du renonçant, la renonciation de l'héritier réservataire présomptif, qui vise une atteinte portant sur la totalité de la réserve, a pour effet de priver celui-ci de sa part dans l'indemnité de réduction globale* ».

⁶ Monsieur VIGNEAU défend la pertinence d'une imputation subsidiaire sur la réserve du renonçant, notamment car la RAAR a surtout vocation à privilégier le gratifié au détriment du renonçant : D. VIGNEAU, « Précision ministérielle sur la portée liquidative de la renonciation anticipée à l'action en réduction : fin du danger ? », JCP

pas pour l'heure écartée. D'autant qu'une interprétation exégétique de la RAAR invite à envisager une troisième solution. En effet, ce n'est pas, littéralement, à une renonciation à la réserve ni à la réduction qu'invitent les articles 929 et suivants du Code civil, mais bien à une renonciation à l'exercice de l'action¹. Le renonçant ne se priverait aucunement du bénéfice de l'action, mais de son aptitude à la mettre en œuvre : il ne renoncerait pas à obtenir la réduction, mais simplement à la solliciter... une interprétation trop rigoureuse de la lettre des textes risque ici de paralyser les effets de la RAAR, puisqu'elle ne serait efficace que si tous les réservataires renonçaient par anticipation. Sans doute serait-il donc sage d'ôter un « A » au sigle et de considérer que le législateur a souhaité permettre une renonciation anticipée à la réduction elle-même.

536. Une faculté de renoncer provisoirement par anticipation au retranchement. *« À partir du moment où l'on peut renoncer à la réduction, il doit être possible de renoncer à l'action en retranchement. C'est pourquoi nous aménageons la renonciation à l'exercice de l'action en retranchement, qui obéirait à la même logique que la renonciation anticipée à l'action en réduction contre une libéralité excessive. Tel est l'objet de cet amendement »*². C'est dans le but d'aligner le droit applicable aux avantages matrimoniaux sur celui des libéralités conjugales que le législateur de 2006 a inséré un alinéa 3 à l'article 1527 du Code civil. Il est désormais possible, pour les enfants qui ne seraient pas issus des deux époux, de renoncer par anticipation à demander la réduction de l'avantage matrimonial excessif avant le décès de l'époux survivant, dans les formes prévues aux articles 929 à 930-1 du Code civil³. Cependant la renonciation de l'article 929 et celle de l'article 1527 al. 3 sont très différentes : l'une est définitive⁴, l'autre n'est que temporaire. L'enfant non-commun retrouve, au décès du second conjoint bénéficiaire de l'avantage global, la possibilité d'agir pour préserver sa réserve. En l'absence de renonciation définitive, donc de transfert de droits, il n'est pas nécessaire d'instaurer une fiction disqualificative : la requalification en libéralité ne menace pas, faute de déséquilibre économique. La différence entre les deux renonciations est encore marquée par les garanties offertes au renonçant : un privilège immobilier⁵ et le droit de solliciter qu'il soit dressé un inventaire des meubles ainsi qu'un état des immeubles. Ainsi, s'agissant de la renonciation anticipée, la fiction

N 2009, n° 10, p. 18.

¹ L'article 929 du code civil est explicite : « Tout héritier réservataire présomptif peut renoncer à exercer une action en réduction... » (nous soulignons).

² Déclaration de M. Richemont, rapporteur au nom de la commission des lois du Sénat, JO Sénat [CR], séance du 17 mai 2006, p. 4012, 2^{ème} col.

³ Sur cette question : B. VAREILLE, « La loi du 23 juin 2006 et les régimes matrimoniaux », JCP N 2007, I, n° 26, p. 23.

⁴ Sauf révocation ou caducité.

⁵ Et non mobilier comme l'indique à tort la lettre de l'article 1527 du Code civil qui vise par ailleurs expressément l'article 2374 du Code civil.

disqualificative produit des effets très marqués puisque le régime applicable aux avantages matrimoniaux et aux donations entre époux est différent. Mais une telle distinction est-elle véritablement justifiée ?

537. L'avantage matrimonial et la renonciation anticipée définitive. Les dispositions des articles 929 et suivants du Code civil peuvent-elle s'appliquer aux avantages matrimoniaux ? La question est délicate, car la renonciation anticipée est fondamentalement un pacte sur succession future et son exceptionnelle validité légale doit être interprétée strictement. De plus, pour certains auteurs, « *on serait tenté de dire que l'article 1527, en qualité de règle spéciale, est exclusif des articles 929 et suivants, pris en tant que règle générale à laquelle il déroge* »¹. Mais cet argument ne tient pas : l'article 1527 al. 3 ne déroge nullement aux articles 929 et suivants du Code civil, il s'y ajoute. Son objet est différent, puisqu'il porte sur les avantages matrimoniaux, et son mécanisme est distinct, puisque la renonciation n'est que temporaire. Son fondement même est original : alors que la renonciation définitive a vocation à privilégier le gratifié au détriment du réservataire, la renonciation provisoire se présente comme un compromis ménageant les intérêts de chacun. En effet, le gratifié pourra jouir jusqu'à son décès des biens transmis, mais le réservataire en récupèrera à terme la valeur, puisqu'il deviendra créancier dans la succession du bénéficiaire². En ce sens, la renonciation temporaire est un véritable pacte de famille.

En réalité, rien ne permet d'exclure les avantages matrimoniaux de la faculté de renonciation anticipée définitive à l'action en réduction dès lors que l'article 1527 al. 2 s'interprète comme un prolongement, aux profits générés par le régime matrimonial, des règles permettant de protéger la réserve héréditaire³. On ne conçoit que difficilement que le renonçant soit apte à abandonner ses droits réservataires au profit d'un tiers mais qu'il ne puisse en faire de même en faveur du conjoint de son auteur, gratifié d'une manière conséquente par avantage matrimonial. Le second apparaît davantage comme un membre de la famille que le premier : il est donc plus légitime à bénéficier d'une renonciation définitive. L'alignement des régimes juridiques est d'autant plus crédible que la renonciation définitive se conçoit quelle que soit la forme de la libéralité, et qu'elle peut être formulée en des termes plus ou moins généraux. En outre, la RAAR

¹ O. HOAREAU et Ph. VAN STEENLANDT, « La renonciation anticipée à l'action en retranchement », JCP N 2008, n° 50, p. 20, étude n° 1357, spé. n° 17.

² En ce sens : rapp. N° 343 de H. de RICHEMONT, JO Sénat 10 mai 2006.

³ En ce sens notamment : I. DAURIAC, « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 25, spé. p. 36 « *La loi et la jurisprudence ne tiennent-elles pas, toutes les deux, pour synonymes la réduction et le retranchement ?* ». V. également pour J.-F. PILLEBOUT, « Renonciation à l'action en retranchement », RFN 2009, formule 5 ; de même pour O. HOAREAU et Ph. VAN STEENLANDT, art. précit., n° 18.

ne s'applique pas spécifiquement aux libéralités, mais plus précisément à l'action en réduction elle-même et peut donc se concevoir quel que soit l'objet de celle-ci. En outre, il importe peu, pour la validité de la renonciation, qu'une atteinte ait effectivement été portée à la réserve, ou que le bénéficiaire de la renonciation ait finalement été gratifié d'une libéralité : il ne s'agit là que d'hypothèses de caducité. La renonciation est fondamentalement un acte de prévoyance : elle peut donc se concevoir avant la liquidation du régime matrimonial, c'est-à-dire à une époque où le bénéficiaire de l'avantage global ne sera pas nécessairement connu. La renonciation définitive a en outre une vertu simplificatrice bienvenue s'agissant de la réduction des avantages matrimoniaux. *De lege data*, il est donc possible d'interpréter l'article 1527 al. 2 comme soumettant les avantages matrimoniaux à l'ensemble des règles régissant l'action en réduction, en ce compris la renonciation anticipée définitive. *De lege ferenda*, il serait opportun de le préciser directement dans la lettre du texte.

538. Les libéralités et la renonciation anticipée provisoire. En l'état actuel de rédaction de l'article 1527 al. 3 du Code civil, la renonciation temporaire est spécifiquement réservée au retranchement des avantages matrimoniaux. Si ceux-ci sont soumis au droit commun des libéralités, la réciproque n'existe pas : les règles propres aux avantages matrimoniaux ne s'étendent pas aux libéralités entre époux. L'extension de la renonciation temporaire, dénuée de fondement juridique, est donc impossible. Mais la loi n'est pas gravée dans le marbre : ne serait-il pas opportun d'élargir expressément la faculté de renonciation anticipée provisoire ? Une logique *a fortiori* le justifierait : si l'on autorise le réservataire à renoncer purement à l'exercice de son action, il semble possible de l'autoriser à simplement en reporter la mise en œuvre. En outre la renonciation temporaire réalise un sain compromis entre les intérêts de chacun : pourquoi ne pas en étendre l'esprit pacificateur aux libéralités, conjugales ou non ? Cela serait en adéquation totale avec la tendance législative à favoriser l'aménagement volontaire de la transmission patrimoniale à cause de mort. La renonciation provisoire est en outre une forme d'antichambre de la renonciation définitive : elle incite progressivement à une renonciation totale, en familiarisant en douceur le renonçant avec la gravité de son abdication. C'est ainsi qu'a été conçue la renonciation temporaire de l'article 1527 al. 3 : il existe une forte probabilité que, au décès du second conjoint, le renonçant décide finalement de ne pas agir, notamment pour des raisons liées aux difficultés liquidatives, mais aussi parce que l'idée se sera insinuée en son esprit que le conjoint de son auteur est légitime à recevoir une gratification conséquente.

L'extension de la renonciation temporaire à la réduction pour toutes les libéralités est donc souhaitable. Mais en raison de sa spécificité, elle doit faire l'objet d'une organisation légale précise, qui réglerait notamment les questions liées à la fiscalité à mettre en œuvre et au délai de

prescription. Sur ce dernier point, la solution la plus adaptée consisterait certainement à prévoir que la renonciation temporaire suspend le délai de prescription jusqu'au décès du bénéficiaire de la renonciation¹. Les garanties actuellement prévues à l'article 1527 al. 3 du Code civil devraient en outre bénéficier à tout renonçant temporaire. Les conséquences liquidatives doivent également être organisées. L'idéal serait certainement de déterminer, au décès du disposant, l'existence et le montant de l'indemnité de réduction, puis de prévoir une réévaluation, au jour du partage de la succession du gratifiant, dans laquelle l'indemnité serait considérée comme un élément de passif. Enfin, dans le but d'éviter toute ambiguïté, l'acte de renonciation devrait préciser explicitement son caractère temporaire ou définitif.

539. Un alignement justifié. En définitive, la protection de l'ordre public successoral justifie qu'une limite soit apportée aux conséquences de la fiction disqualificative sur le régime juridique des avantages matrimoniaux. Ceux-ci doivent donc être pleinement soumis aux modalités connues de l'action en réduction, seule voie tangible de protection de l'hérédité impérative. La faveur législative à l'égard du pouvoir de la volonté personnelle pour l'organisation de la transmission à cause de mort, justifie en outre que la renonciation anticipée, temporaire et définitive, à l'action en réduction puisse concerner tant les libéralités, conjugales ou non, que les avantages matrimoniaux. Cependant, un tel alignement n'est pas toujours aisé à effectuer en pratique, et le droit commun de la réduction est parfois inapte à régler des difficultés liées à la nature particulière des profits matrimoniaux. Les conditions pratiques de mise en œuvre de la réduction doivent donc être précisément définies.

¹ Sur ce sujet, voir les préconisations de Messieurs HOAREAU et VAN STEENLANDT, art. précit., n° 25.

Paragraphe second : L'exercice de la réduction de l'avantage matrimonial

540. Difficultés particulières. S'il est admis que l'action en retranchement est une forme d'action en réduction, l'application des règles connues aux avantages matrimoniaux soulève deux séries de difficultés. Dans un premier temps, il s'agit de calculer l'avantage global retranchable, c'est-à-dire le montant soumis à retranchement, ce qui nécessite la mise en œuvre d'une technique liquidative spécifique (A). Dans un second temps, le bénéfice ainsi calculé doit trouver sa place dans la méthode propre au contrôle du dépassement de la quotité disponible (B).

A. Le calcul de l'avantage à retrancher

541. La masse de calcul de l'avantage global. L'avantage soumis à l'action en retranchement résulte de l'application combinée de toutes les dispositions du régime matrimonial¹. Il bénéficie à l'un des époux au détriment de l'autre et s'exprime en valeur. Il est un profit résultant du fonctionnement du régime matrimonial, déterminé au moyen d'une double liquidation : l'une, réelle, du régime choisi par les époux ; l'autre, fictive, de l'étalon. C'est en réalité la répartition de l'actif ou du passif net du patrimoine conjugal par le régime matrimonial qui fait apparaître cet avantage global : à l'excès d'enrichissement obtenu par l'un correspond nécessairement un appauvrissement subi par l'autre. Les difficultés parfois soulevées par l'évaluation d'une clause de prélèvement moyennant indemnité² sont aisément dépassées par une acception d'ensemble de la notion d'avantage : ce ne sont pas les dispositions particulières du régime qui sont, l'une après l'autre, soumises au retranchement, mais bien l'effet combiné de toutes les règles du régime matrimonial¹. Puisque l'objectif est de contrôler le dépassement de la réserve héréditaire, l'avantage matrimonial devra nécessairement être calculé en tenant compte de la valeur des biens au jour du décès, puisque c'est cette valeur qui permet de déterminer la masse de calcul de la quotité disponible et de procéder aux imputations. Cependant, le paiement de l'indemnité de réduction s'effectuant au jour du partage, une réévaluation devra être effectuée, ce qui rend nécessaire le calcul de l'avantage en valeur-partage. Ainsi, afin de faciliter les opérations de calcul, la double liquidation pourra s'effectuer simultanément en valeur décès et en valeur-partage, dans le cadre d'un tableau liquidatif à deux colonnes. La première étape sera donc la

¹ En ce sens notamment : Cl. BRENNER, « Notion et évaluation des avantages matrimoniaux », Actes prat. strat. pat., avril-mai-juin 2008, p. 51 n° 11, spé. n° 36 p. 61.

² Sur ces difficultés, consistant principalement en l'évaluation de la plus-value résultant du prélèvement, v. notamment : Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 1991, n° 90-14.216 : D. 1992, somm., p. 224, obs. M. GRIMALDI ; Defr. 1993, art. 1080, note G. CHAMPENOIS ; CA Paris, 21 avr. 1982 : D. 1983, p. 227, note Ph. RÉMY ; JCP 1983, 325 ; JCP N 1984, II, 200 ; Journ. not. 1982, art. 56870, p. 1435, obs. crit. A RAISON ; J.-Cl. Civ. Code, art. 912 à 930-5, fasc. 20, spé. n° 68 par Cl. BRENNER.

détermination de la masse de calcul de l'avantage global, c'est-à-dire la valeur totale des biens des époux, quelle que soit leur qualification. Une difficulté se présente alors s'agissant des « simples bénéfiques », légalement exclus du retranchement.

542. Exclusion des « simples bénéfiques » ? Il est admis que la dernière partie de l'alinéa 2 de l'article 1527 du Code civil exclut de l'action en retranchement certains avantages matrimoniaux : les « *simples bénéfiques résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux* »². S'ils sont pleinement soumis à la fiction disqualificative, le législateur a souhaité les soustraire à la réduction pour atteinte à la réserve³ : ils représenteraient un minimum acquis définitivement à l'époux qui en bénéficie. La difficulté tient à l'intégration de cette exception dans le procédé liquidatif : la masse de calcul de l'avantage global ne doit pas tenir compte de ces « simples bénéfiques ». Or cela inclut de connaître précisément la teneur de cette notion, ce qui est fortement délicat. Pour certains, il s'agit des économies générées par la vie commune⁴ ; pour d'autres, ils représentent l'attraction communautaire elle-même⁵. La première vision est trop extensive : elle implique que de tels profits puissent exister par la seule vie commune, indépendamment du mariage. Or qui dit cohabitation ne dit pas nécessairement mise en commun des revenus. En outre, s'agissant d'un fait juridique, ces enrichissements ne procèderaient pas du régime matrimonial, donc ne seraient pas réellement des avantages matrimoniaux, interprétation qui a déjà été combattue¹. La seconde théorie ne convainc pas davantage : l'enrichissement de la communauté ne se limite pas à la seule mise en commun des revenus économisés ; elle s'étend aux revenus dépensés s'ils ont servi à une acquisition.

En vérité, les bénéfiques résultant des économies sur les revenus peuvent recouvrir deux réalités compatibles. D'une part, un époux peut réaliser une économie en laissant son conjoint supporter la charge de diverses dépenses ; l'économie procède ici d'un fait juridique. D'autre part, chacun des époux peut profiter des économies réalisées par l'autre, puisque les enrichissements

¹ En ce sens notamment : Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 1952 : JCP 1952, II, 6935 ; Bull. civ. 1952, I, n° 111.

² V. *supra*, n° 378.

³ L'interprétation de cette disposition comme une exception à l'action en retranchement, et non à la notion d'avantage matrimonial, est consacrée par la jurisprudence, qui en fait par ailleurs une interprétation stricte. Ainsi demeurent soumis à retranchement les clauses d'attribution intégrale de la communauté et de partage inégal portant sur ces « simples bénéfiques » : CA Bordeaux, 18 oct. 1948 : JCP 1949, II, 5063, note G. HUBRECHT ; Cass. 1^{ère} civ., 11 juin 1958 : JCP 1958, IV, 111 ; Cass. 1^{ère} civ., 20 nov. 1958 : JCP 1960, II, 11383, note P. VOIRIN ; RTD Civ. 1959, p. 353, obs. R. SAVATIER ; CA Lyon, 6 mars 1961 : Gaz. Pal. 1961, II, p. 190.

⁴ J. CARBONNIER, « Le régime matrimonial ; sa nature juridique sous le rapport de société et d'association », thèse Bordeaux, 1932, p. 84 et s. V. aussi C. SAUJOT, « Les avantages matrimoniaux (Notion – Nature juridique) », RTD Civ. 1979, p. 699, spé. p. 702.

⁵ E. ROUSSEAU, « De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 711. spé. p. 723 ; v. aussi F. LUCET, « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse Paris II, 1987, n° 386 et n° 413.

sont communs ; l'économie résulte alors d'un acte juridique, le régime matrimonial. Il est assez classique de réserver un sort particulier aux revenus économisés, qu'il s'agisse de gains et salaires ou de fruits et revenus de biens propres². La question est bien plus difficile s'agissant des « travaux communs ». Sans doute peut-on y voir la collaboration professionnelle des époux, ou l'amélioration apportée à un bien. Mais cette notion trouve peu d'écho en pratique : la collaboration professionnelle peut justifier une indemnité pour enrichissement sans cause, et le financement de travaux sur un bien, propre ou commun, donne lieu à récompense, ce qui limite l'attraction communautaire et donc la création d'un avantage global.

543. Suppression des « simples bénéfiques ». En réalité, la notion de « simples bénéfiques » complique fort inutilement la conceptualisation et le calcul de l'avantage matrimonial global³, notamment car elle cible une disposition particulière du régime matrimonial dans un contexte qui privilégie une acception d'ensemble. Or il se trouve que l'objectif du législateur peut être atteint sans qu'une telle exception ne soit légalement organisée. En effet, les revenus économisés ne constituent jamais une part suffisamment importante du patrimoine conjugal pour être réduits en eux-mêmes : l'exception ne concerne que les économies, à l'exclusion de toute dépense, et encore faudra-t-il arbitrer entre les économies générées par la mise en commun et celles réalisées par d'autres voies⁴. De plus, l'étalon permettra de réaliser la mesure de ce que chacun a contribué à économiser, ce qui créera une compensation naturelle entre les « apports ». Quand bien même la contribution à ces économies serait disproportionnée, elle se fond dans l'ensemble des dispositions du régime matrimonial, ce qui favorise encore la compensation. Si malgré tout c'est cette thésaurisation qui fait apparaître l'avantage global, la mise en œuvre des opérations de contrôle, notamment la date et le domaine de l'imputation⁵, limiteront les probabilités de rendre l'avantage global. Enfin, même si la réduction est encourue, ce n'est que sur une partie de l'avantage global, qui n'est lui-même qu'une partie des droits tirés du régime

¹ V. *supra*, n° 378.

² Ils font par exemple l'objet de règles particulières quant aux pouvoirs (article 223 Cciv.). De même, « *La communauté n'a droit qu'aux fruits perçus et non consommés* » (art. 1403 al. 2). V. L. POULET, « Dits et non-dits de la Cour de cassation en droit des régimes matrimoniaux », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 663 ; J. ANTIPASS, « La notion d'économie en droit des régimes matrimoniaux », RRJ 2009-3, p. 1275 et s.

³ V. par exemple la proposition de Monsieur DUCHANGE, qui évoque une triple liquidation et une double comparaison : comparaison du régime choisi et de la séparation de biens (pour vérifier qu'il y a effectivement un avantage) ; comparaison du régime choisi et de la communauté légale (pour vérifier que l'avantage dépasse les « simples bénéfiques ») : N. DUCHANGE, « Un inconvénient patrimonial n'est pas un avantage matrimonial », Defr. 2010, art. 39117.

⁴ En pratique, les « simples bénéfiques » correspondront souvent à des liquidités bancaires. Mais celles-ci peuvent avoir plusieurs origine : les revenus et fruits de biens propres, les gains et salaires (biens communs), les biens reçus par donation, succession ou legs (biens propres), etc. Il faut donc distinguer selon l'origine des économies réalisées, ce qui complique encore davantage les opérations liquidatives.

⁵ Sur ces questions, v. *infra*, n° 550 et s. Remarquons déjà que si la date d'imputation est ancienne, cela limite le risque de réduction. En outre, l'imputation se fera sur la quotité disponible spéciale, qui est suffisamment

matrimonial. Et l'indemnité de réduction pourra être acquittée autrement qu'en piochant dans les économies de l'époux débiteur. En somme, il n'est ni utile ni pertinent de prévoir spécifiquement une exception concernant les économies réalisées sur les revenus, trop modestes pour encourir une réduction systématique, et concernant les économies sur les travaux communs, notion incomprise et laissée lettre morte en pratique. Il est donc préférable d'en supprimer purement et simplement toute référence. Cela ne perturbera pas les vœux du législateur. En effet, si, comme le pensent certains, ces « simples bénéfices » résultent d'un fait juridique – la vie commune – la double liquidation les exclura naturellement, puisqu'elle ne révélera que l'influence du régime matrimonial sur la répartition de l'actif ou du passif net. Et si, comme le suggèrent d'autres, les économies participent effectivement du régime matrimonial, l'inclusion dans l'ensemble des dispositions matrimoniales fera disparaître le risque de réduction, puisqu'une compensation globale pourra s'opérer et que, même si elles favorisent l'émergence d'un avantage global, celui-ci constituera une valeur abstraite qui ne se rattachera pas à un ou plusieurs biens déterminés. La prise en compte des « simples bénéfices » dans la détermination de l'avantage global est même indispensable, car son exclusion altérerait l'équilibre recherché par les parties. La contribution inégale aux économies peut en effet avoir été voulue par les époux et ceux-ci ont pu prévoir des dispositions permettant d'en compenser les effets, telle une clause de prélèvement ou de partage inégal. L'exclure de la double liquidation reviendrait donc à favoriser l'émergence d'un avantage global que les époux auraient voulu limiter. Mais surtout, l'expression date de 1804, époque qui ne connaissait pas la faveur actuelle accordée au conjoint survivant via une quotité disponible étendue : les risques de réduction étaient donc accrus, ce qui rendait nécessaire l'exclusion d'une partie des effets de la convention matrimoniale. De nos jours, la disproportion manifeste entre la modicité des « simples bénéfices » et l'étendue de la quotité disponible spéciale limite la probabilité d'une réduction et rend inutile l'exception de l'article 1527 al. 2 du Code civil¹.

544. Double liquidation. La masse de calcul de l'avantage global est aisée à calculer en l'absence d'exception portant sur les « simples bénéfices ». Elle se compose de tous les biens appartenant à l'un ou l'autre des époux au jour de la dissolution du régime matrimonial, selon leur valeur au jour du décès et leur état au jour de la dissolution du régime matrimonial². La date de la

étendue pour limiter encore le risque d'empiètement sur la réserve qui ne s'exprimera alors qu'en nue-propiété.

¹ Cette exception est d'ores et déjà apprécié très strictement puisque la jurisprudence ne l'applique pas aux communautés conventionnelles. Ainsi, la clause d'attribution de la communauté au survivant des époux, lorsque l'actif de cette communauté est constitué de bénéfices et d'économies résultant des revenus des époux, constitue un avantage soumis à réduction dans les limites de la quotité disponible : CA Bordeaux, 18 oct. 1948 précit.

² Il est indispensable de prendre en compte le patrimoine conjugal au jour de la dissolution de l'union, car c'est à cette date que les effets du régime matrimonial sont définitivement arrêtés : il ne pourra dorénavant plus influencer sur la répartition de l'actif et du passif. En ce sens : Cass. civ., 12 janv. 1915 : DP 1919, I, p. 85. L'avantage global ne se réalise « *qu'au moment où le deuxième conjoint peut tirer profit de l'avantage indirect qui lui est accordé* », soit lors de la dissolution du régime ; Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1968 : D. 1968, p. 725, note

valeur et celle de l'état coïncident si le mariage s'est dissout par décès ; il en va différemment dans l'hypothèse d'un divorce. La liquidation des intérêts patrimoniaux des époux aura déjà été réalisée. Il faut prendre en compte les biens dont les époux étaient propriétaires au jour du divorce, d'après leur état au jour du divorce et leur valeur au jour du décès. Doivent être exclues toutes les acquisitions postérieures à la dissolution du mariage. Si des biens ont été aliénés et/ou remployés, il y a lieu d'appliquer les solutions acquises à l'article 922 du Code civil. La masse de calcul de l'avantage global ainsi déterminée, il sera possible de procéder aux liquidations. La liquidation réelle posera rarement difficulté : il s'agit d'appliquer les règles de liquidation propres à chaque régime¹. La liquidation fictive sera plus complexe. Il conviendra de faire comme si les époux n'avaient été soumis à aucun régime matrimonial, ce qui influera sur les qualifications et pourra créer des créances fictives dont il devra être tenu compte. En raison des difficultés inhérentes à toute fiction, il conviendra de prévoir une présomption simple selon laquelle chaque époux a un droit égal à la moitié de la valeur des biens dont la propriété ne pourra être établie. Il appartiendra aux héritiers réservataires de combattre cette présomption en rapportant la preuve que la valeur du bien dont il s'agit aurait intégré un patrimoine différent en application de l'étalon. Cette présomption a pour unique ambition de régler les difficultés liquidatives. Elle constitue cependant un indéniable intérêt pour le conjoint survivant, puisque le doute lui profitera systématiquement. Ainsi, le souhait du législateur de soustraire les « simples bénéficiaires » de l'action en retranchement pourra être indirectement favorisé : si l'héritier réservataire ne démontre pas l'origine des contributions aux économies réalisées sur les revenus respectifs, les droits de chaque époux seront identiques à ceux du régime réel, s'il s'agit d'une communauté. Une fois chiffrés les droits de chaque époux dans l'actif net ou le passif net de la masse de calcul, au sein du régime choisi, puis en application de l'étalon, l'avantage global se déterminera par soustraction.

545. Exemple. Soit deux époux, A et B, soumis au régime légal de communauté réduite aux acquêts. A décède en premier et des héritiers réservataires agissent en retranchement. La valeur de la totalité de leurs biens au jour du décès est de 200, décomposée comme suit : 130 de biens propres de B, 30 de biens propres de A et 40 de biens communs. Les biens communs ont été acquis grâce aux revenus qu'à perçu A pendant le mariage. Il n'y a aucune dette à acquitter. Il

A. BRETON ; RTD Civ. 1969, p. 368, obs. R. SAVATIER ; Journ. not. 1969, art. 49113, p. 843, obs. A. RAISON ; CA Aix-en-Provence, 1^{ère} ch. civ., 6 janv. 1987, Juris-Data n° 1987-041809 ; CA Rouen, 25 janv. 2006, CT 0038. En ce sens : Cl. BRENNER, « Notion et évaluation des avantages matrimoniaux », Actes prat. strat. pat., avril-mai-juin 2008, p. 51 n° 11, spé n° 31, p. 58.

¹ Dans l'hypothèse où les époux auraient changé de régime matrimonial, une ou plusieurs fois, il conviendra d'appliquer les solutions connues, soit la liquidation successive de chaque régime, sauf si le dernier régime influe sur la qualification de tous les biens, comme une communauté universelle par exemple. Sauf cette dernière hypothèse, les droits réels des parties seront constitués de la somme des droits que l'application de chaque régime aura pu générer.

s'agit de calculer l'avantage global généré par le régime matrimonial, ainsi que le bénéficiaire de cet avantage. *De lege data*, il n'existe aucun avantage matrimonial, puisque c'est le régime de communauté légale qui sert d'étalon de mesure. *De lege ferenda*, il faut vérifier si, en application de l'étalon que nous proposons (situation des époux sans régime matrimonial), un avantage global peut être décelé.

· La première étape consiste à déterminer la masse de calcul de l'avantage global, qui comprend l'ensemble des biens des époux indépendamment de leurs qualifications. Ici, la masse de calcul de l'avantage global se monte à 200.

· La deuxième étape consiste à effectuer la répartition de cette masse en application du régime choisi par les époux, donc d'opérer la liquidation réelle du régime. L'époux survivant B reprend ses biens propres (130) et a droit à la moitié des biens communs (soit 40 divisé par 2 = 20). Au total, ses droits se montent à $130 + 20 = 150$. La succession du prédécédé A se composera des biens propres de A (30) et de la moitié des biens communs (20), pour un total de $30 + 20 = 50$.

· La troisième étape consiste à effectuer la répartition de la masse de calcul de l'avantage global en application de l'étalon. Il s'agit donc d'opérer la liquidation fictive de l'étalon de mesure. Si les époux n'avaient été soumis à aucun régime matrimonial, B aurait disposé de ses biens personnels (130) mais n'aurait pas eu de droits dans les biens composant la communauté puisqu'ils ont été acquis au moyen des revenus de A. Or ces revenus seraient demeurés la propriété exclusive de A, ainsi que les biens qu'ils auraient servi à acquérir. Ainsi, B n'aurait eu que 130 et A aurait eu ses biens personnels (30) mais également les biens composant l'actuelle communauté (40), pour un total de 70.

· La quatrième étape consiste à soustraire les résultats obtenus dans chacune des liquidations. L'avantage global se déduit en soustrayant les droits fictifs aux droits réels. Ainsi pour B : $150 - 130 = 20$; et pour A : $50 - 70 = - 20$. Ici, l'avantage global se monte à 20 et profite à B, le conjoint survivant, au détriment de A, le *de cuius*. C'est cette valeur abstraite qui devra être prise en compte dans le cadre des opérations de contrôle du dépassement de la quotité disponible.

546. Egalité et équité. L'objectif n'est nullement d'instaurer l'égalité comptable parfaite entre les époux¹, mais, au contraire, de préserver l'inéquivalence qui n'est pas due au fonctionnement du régime matrimonial et à isoler, pour la traiter, celle qui en résulte. L'objectif n'est pas l'égalité, mais bien l'équité : la différence initiale dans les fortunes respectives doit être chiffrée afin de déterminer l'inégalité qui résulte de la répartition de l'actif et du passif issue du

¹ On ne cherche pas à obtenir A = 100 et B = 100, car la disparité est justifiée par des considérations étrangères au régime matrimonial.

fonctionnement du régime matrimonial. Il est donc indispensable d'utiliser, pour les deux liquidations, le même ensemble de valeurs : c'est la répartition de l'actif ou du passif net de la masse de calcul de l'avantage global qui crée l'avantage, non l'actif et le passif eux-mêmes. Dans le cadre d'une séparation de biens, l'avantage matrimonial sera généralement faible, puisque ce régime est très proche de l'étalon : seule varie la présomption d'indivision et l'application, pour les créances entre époux, des règles de l'article 1479 du Code civil. Ces deux règles ne se retrouvent pas dans le système-étalon. En séparation de biens, la présomption de propriété pour moitié préjudicie aux époux ; selon le système-étalon, elle préjudicie aux héritiers réservataires. Ainsi, lorsqu'un héritier réservataire parvient à démontrer la propriété d'un bien, cela ne peut avoir d'effet que dans la liquidation-étalon, non dans la liquidation réelle, car la charge de la preuve pèse alors sur les époux. En régime de participation aux acquêts, la créance de participation influera nécessairement sur les droits de chacun, mais elle ne constitue pas en elle-même l'avantage matrimonial, car la présomption d'indivision propre à la séparation de biens peut également contribuer à la formation de l'avantage global¹, tout comme l'application de l'article 1543 du Code civil. Il demeure que si la double liquidation démontre que l'avantage profite à celui des époux qui est prédécédé, l'action en retranchement deviendra sans objet. Dans le cas contraire, l'avantage ainsi chiffré devra s'inscrire dans les opérations de contrôle du dépassement de la quotité disponible.

547. Retour sur Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2012 - exposé. Un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 19 décembre 2012² semble établir une solution différente de celle que nous préconisons. Des époux s'étaient mariés le 3 septembre 1969 sous le régime de séparation de biens, puis avaient, par acte notarié du 28 juillet 1993 homologué le 16 mai 1994, opté pour une communauté universelle avec attribution intégrale de celle-ci au profit du conjoint survivant. Après le décès de l'épouse le 8 novembre 2002, l'une de ses filles issue d'une précédente union a sollicité le retranchement de l'avantage consenti à son beau-père. Saisie de deux pourvois, la Cour de cassation a reconnu le bien-fondé de la méthode préconisée par l'expert et adoptée par les juges du fond, qui consistait à se placer au jour du changement de régime matrimonial pour reconstituer la consistance du patrimoine existant et opérer la liquidation fictive. Il s'en suit que le solde des comptes bancaires au 16 mai 1994 doit figurer à l'actif de la communauté conventionnelle, mais pas à celui de la communauté légale puisqu'il ne peut s'agir

¹ Sur l'avantage matrimonial en participation aux acquêts, v. : N. DUCHANGE, « Quelques précisions sur l'évaluation des avantages matrimoniaux. À propos d'une formule de participation aux acquêts », Defr.1993, art. 35618.

² Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2012, pourvoi n° 11.21-703, publié au Bulletin ; JCP 2013, n° 25, p. 1241 Chron. ; RJP 2013, n° 3 p. 25, note F. VAUVILLÉ ; *ibid.*, n° 2 p. 33, note W. HANNECART-WEYTH ; Dt. et pat. 2013, n° 227, p. 77, chron. Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE ; PA 2013, n° 77, p. 6, note J.-G. MAHINGA.

de fruits et revenus de biens propres. Ces liquidités s'assimilent plutôt à des biens acquis avant le mariage et doivent donc demeurer propres en application de l'article 1405 du Code civil. Il en va de même des bons de capitalisation acquis en 1989 par l'époux seul et des parts sociales d'une société civile immobilière constituée par les époux avant le changement de régime matrimonial¹.

548. Retour sur Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2012 – analyse. Cette solution ne désavoue en rien les propositions que nous formulons. Mais elle se fonde sur plusieurs postulats que nous proposons de dépasser. D'une part, le régime qui sert d'étalon est ici le régime légal. Or nous proposons un étalon différent : la situation des époux sans régime matrimonial autre que le régime primaire. L'étalon fondé sur le régime légal prive de qualification les enrichissements procurés à un époux au moyen de la communauté réduite aux acquêts et les expose dangereusement à une qualification libérale. L'étalon doit être la situation dans laquelle aucun avantage matrimonial n'est créé. Or le régime de communauté réduite aux acquêts produit naturellement des enrichissements, puisqu'il se fonde sur une mise en commun des biens acquis pendant le mariage. D'autre part, la Cour de cassation demeure fidèle à sa jurisprudence selon laquelle le régime de séparation de biens n'est pas source d'avantage matrimonial. Or nous estimons que cette proposition est incompatible avec l'utilisation du régime légal comme étalon. Elle aboutit en effet à créer un double étalon, ce qui n'est nullement cohérent avec une vision unitaire de l'avantage matrimonial. Puisque, comme nous l'avons expliqué, l'étalon de détermination participe à la définition de l'avantage matrimonial, il ne peut exister de pluralité d'étalons sans une pluralité de définitions. En toute logique, chaque stipulation qui s'écarte de l'étalon doit être considérée comme une source potentielle d'avantage. Si la référence est le régime de communauté réduite aux acquêts, cela signifie que la mise en commun des acquêts est considérée comme un standard ; dès lors, la séparation de biens doit être perçue comme source d'avantage puisque les époux dérogent à une situation « normale » : ne pas avantager autrui revient à s'avantager soi-même.

La solution de cet arrêt est donc justifiée, en considération de la non-rétroactivité des régimes matrimoniaux, par cette double considération. Elle est limitée à l'hypothèse d'un passage d'une séparation de biens à un régime plus participatif. La solution aurait été différente si les époux étaient passés d'une communauté de meubles et acquêts à une communauté universelle : la Cour se serait alors placée au jour du mariage pour opérer les qualifications dans le cadre de la liquidation fictive. La solution est encore justifiée par l'accord des époux sur la date de prise d'effet de la communauté fictive. En outre, une précision s'impose sur la portée de cet arrêt. Il ne

¹ Ces parts sociales sont des biens propres par nature, mais doivent tout de même figurer à l'actif de la communauté universelle, car une clause de la convention modificative prévoyait que la communauté s'étendait aux biens propres par nature, par dérogation à l'article 1526 du Code civil.

s'agit nullement de se placer au jour du changement de régime pour déterminer le patrimoine conjugal, mais de considérer que la communauté légale a fictivement débuté à ce jour. La nuance est importante : les juges ont nécessairement besoin de connaître la date de prise d'effet du régime étalon pour qualifier les biens. Ils ont effectivement pris en compte les biens acquis après le 16 mai 1994 : ils se sont placés au jour du décès pour déterminer la consistance du patrimoine et au jour du changement de régime pour opérer les qualifications dans le cadre de la liquidation fictive. En somme, cette date ne sert pas à déterminer le patrimoine conjugal, mais à qualifier les biens qui le composent. La solution ne désavoue donc nullement notre proposition consistant à prendre en compte les biens des époux au jour du décès. Elle est la conséquence logique de deux postulats qui nous paraissent incompatibles : l'utilisation du régime légal comme étalon est la considération que le régime de séparation de biens ne peut pas créer des avantages matrimoniaux.

B. Le retranchement de l'avantage calculé

549. Détermination de la masse de calcul de la quotité disponible. Une fois chiffrée la valeur de l'avantage global au jour du décès, il est possible de mettre en œuvre les opérations préalables à la réduction. La masse de calcul de la quotité disponible de l'article 922 du Code civil est alors alimentée par l'avantage global. Un auteur a proposé de ne pas réunir à la masse de calcul l'avantage matrimonial, afin qu'il n'apparaisse pas pour le calcul de la quotité disponible et de la réserve¹. L'avantage ne serait ainsi réduit que s'il représente une valeur supérieure à la quotité disponible. Certes, cette méthode semble conforme à la lettre de l'article 1527 du Code civil qui évoque une absence d'effet pour l'excédent. Mais, comme il n'est pas contesté que le retranchement de l'avantage matrimonial est une opération de réduction, toutes les règles prescrites aux articles 912 et suivants du Code civil qui ne sont pas incompatibles avec la spécificité du profit matrimonial doivent s'y appliquer. La méthode proposée par Madame SAUJOT aboutit ni plus ni moins à menacer totalement la réserve, puisque le conjoint pourrait bénéficier de deux quotités disponibles : l'une reçue par libéralité, l'autre perçue grâce au régime matrimonial². La prise en compte de l'avantage global dans la masse de calcul de la quotité disponible est indispensable pour assurer l'effectivité de la préservation de la réserve. Elle est rendue possible par l'évaluation de l'avantage en valeur décès. Elle est ainsi prise en compte pour le calcul de la quotité disponible et de la réserve.

¹ C. SAUJOT, « Les avantages matrimoniaux (Notion – Nature juridique) », RTD Civ. 1979, p. 699, spé. p. 722. En ce sens, contre l'imputation de l'avantage matrimonial sur la quotité disponible : sous CA Nancy, 25 févr. 1891 : DP 1891, II, p. 353, note M. PLANIOL.

² En ce sens, v. M. PLANIOL, note précitée : « *Le système adopté par la cour de Nancy nous paraît particulièrement dangereux pour le cas où les libéralités véritables faites par le défunt (...) seraient adressées au conjoint lui-même. On verrait alors ce second conjoint obtenir deux fois la quotité que la loi lui assigne, une*

550. Imputation de l'avantage matrimonial. La valeur de l'avantage doit ensuite, comme les libéralités, être imputée afin de déterminer un éventuel dépassement. S'agissant du secteur d'imputation, il ne peut s'agir que de la quotité disponible spéciale puisque la réduction ne sera opérée que si les héritiers réservataires sont les descendants, seuls titulaires et bénéficiaires de l'action, non lorsque le conjoint survivant est réservataire. Une difficulté se pose s'agissant de l'option entre les trois branches de quotité disponible. Si le *de cuius* avait consenti par ailleurs des libéralités à son conjoint, il aura pu opter, ou transmettre l'option au gratifié ; dans le cas contraire, le choix reviendra naturellement au conjoint survivant. Si celui-ci n'a pas opté de son vivant, l'avantage ne sera pas caduc comme pour une institution contractuelle universelle¹, puisque l'objet de la gratification aura été déterminé. Il faudrait alors estimer, soit que l'option a été transmise aux descendants du conjoint survivant, soit que celui-ci est réputé avoir opté pour la quotité la plus étendue. Si le *de cuius* avait par ailleurs consenti des libéralités à des tiers, la règle de la combinaison des quotités disponibles pourra s'appliquer², en tenant compte du fait que la valeur de l'avantage global représente la pleine-propriété de la gratification.

La valeur d'imputation sera celle du décès, puisqu'elle aura été prise en compte pour la détermination de la masse de calcul de la quotité disponible. La question de l'ordre d'imputation se pose naturellement. Le montant de l'avantage matrimonial global, chiffré en valeur-décès, doit-il s'imputer au jour du mariage, au jour du changement de régime matrimonial, ou au jour de la dissolution de l'union ? L'avantage matrimonial s'analyse en un transfert de droits actuels affecté d'une modalité³, ce qui justifie un alignement sur les règles applicables aux donations entre vifs⁴. Il importe peu qu'il résulte principalement d'un gain de survie, dans la mesure où c'est la globalité des effets du régime matrimonial qui déterminent son montant. Mais la difficulté persiste en cas de changement de régime matrimonial : la liquidation réelle fera apparaître une valeur propre à l'application de chacun des régimes, tant que les dispositions du régime subséquent n'ont pas pour effet de rendre commun un bien demeuré propre. C'est la somme de ces avantages qui sera

fois à titre d'avantages nuptiaux et une seconde fois à titre de legs ou de donation ».

¹ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juill. 2009, n° 08-16.851 : Bull. civ. I, 2009, n° 147.

² Sur ce point, v. N. LEVILLAIN, « Le traitement liquidatif des libéralités faites au conjoint survivant en sept questions », JCP N 2009, n° 47, p. 17 ; M. GRIMALDI, « La combinaison de la quotité disponible ordinaire et de la quotité disponible entre époux : revirement de jurisprudence (après Cass. 1^{ère} civ., 26 avr. 1984) », Defr. 1985, art. 33565 ; v. aussi, D. 1984, p. 133, note G. MORIN ; Defr. 1984, art. 33456, même note ; RTD Civ. 1985, p. 194, obs. J. PATARIN ; JCP N 1986, II, p. 2, note J.-M. ARRAULT ; Gaz. Pal. 1985, II, p.460, note D. SALLE DE LA MARNIÈRE.

³ V. *supra*, n° 199 et s.

⁴ En ce sens : M.-Cl. RONDEAU-RIVIER, « Le remariage », thèse dactyl., Lyon, 1981, n° 307, p. 401 ; F. LUCET, *op. cit.*, p. 560 ; Cl. BRENNER, art. préc., n° 30 ; F. LUCET et R. LE GUIDEC, « Liquidation civile et fiscale de communauté et de succession : avantage matrimonial, exercice de l'action en retranchement », Defr. 1998, n° 17, art. 36859, p. 1000 ; L. TAUDIN, « Examen de premier clerc. Session septembre 1996 », Defr. 1997, n° 9, art. 36570, p. 577 ; N. LEVILLAIN et M.-C. FORGEARD, « Liquidation des successions », Dalloz Référence, 2013/2014, n° 321.43, p. 201 ; M. GRIMALDI, « Solution d'examen professionnel », Defr. 1986, art.

comptabilisée pour déterminer les droits globaux des parties. Or procéder à plusieurs imputations risque de scléroser l'appréhension globale et de compliquer fortement les opérations liquidatives. Sans doute est-il plus judicieux de déterminer une seule date pour l'ordre d'imputation. Si l'on souhaite avantager les époux, on retiendra en toute hypothèse le jour de leur mariage, ce qui réduira la probabilité d'une réduction. Dans le cas contraire, il faut retenir la date du dernier changement de régime matrimonial. Cette solution est préférable, car les époux changent souvent de régime au crépuscule de leur vie et optent généralement pour un régime de communauté universelle, ce qui rend inutile la liquidation du régime antérieur. Elle préserve de la réduction les libéralités consenties au défunt et favorise indirectement le principe d'immutabilité du régime matrimonial. En définitive, il convient d'estimer qu'en raison de son objet, le rang d'imputation de l'avantage global doit être déterminé en considération de la date du mariage, ou de la date du dernier changement de régime matrimonial¹.

551. Réévaluation et paiement de l'indemnité de retranchement. L'imputation de l'avantage sur la quotité disponible spéciale aura permis de déterminer la proportion dans laquelle la réduction doit s'opérer. Deux précisions s'imposent alors. D'une part, puisqu'elle est payée au moment du partage, l'indemnité de réduction doit faire l'objet d'une réévaluation. La fraction réductible aura été déterminée en fonction de la valeur de l'avantage global au jour du décès. Elle devra être reportée sur la valeur de l'avantage global au jour du partage. Il sera donc fortement conseillé de déterminer simultanément la valeur-décès de l'avantage et la valeur-partage, par exemple au sein d'un tableau à double colonne. La première présentera la valeur des biens de la masse de calcul de l'avantage au jour du décès ; la seconde établira la valeur de ces mêmes biens au jour du partage.

D'autre part, le règlement de l'indemnité se fera par principe en valeur². Par exception, elle doit normalement pouvoir s'effectuer en nature³. Une difficulté se pose alors, puisque la valeur de l'avantage global ne se rattache pas spécifiquement à un bien, mais correspond à l'excès d'enrichissement dû à une répartition de l'actif et du passif par le régime matrimonial. En toute hypothèse, la méthode du moins-prenant doit être privilégiée et mise en œuvre sur le total des droits du conjoint, ou plus spécifiquement sur ses droits au titre du régime matrimonial ou de la succession. Lorsque la confusion n'aura pas suffi à régler la totalité de l'indemnité, les parties doivent rester libres de convenir entre elles d'un règlement en nature au moyen d'un bien dont le conjoint sera propriétaire, si les héritiers réservataires l'acceptent. Dans tous les cas, le conjoint

33706, note 23 ; Defr. 1987, art. 34014, note 29.

¹ Pour une illustration, v. *infra*, Annexe.

² Art. 924 Cciv.

³ Art. 924-1 Cciv.

La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux

survivant doit pouvoir réclamer l'exécution en nature sans se voir opposer la condition énoncée à l'article 924-1 qu'il ne peut par définition pas remplir.

Conclusion du Chapitre second

552. L'influence pondérée de la fiction disqualificative dans le contexte successoral. Les effets de la fiction disqualificative dans le contexte successoral sont temporisés par un alignement conséquent du régime juridique des avantages matrimoniaux sur celui des libéralités conjugales. Aussi nécessaire qu'il soit à la préservation de l'ordre public successoral et à la protection contre le « syndrome de Cendrillon », ce rapprochement demeure strictement limité. Il n'influe nullement sur la perception catégorique de l'avantage matrimonial, lequel demeure fictivement exclu de toute requalification libérale. Il s'apprécie en outre avec parcimonie : l'avantage matrimonial, par principe exclu du domaine juridique, ne doit se voir appliquer un régime spécifique que pour la protection d'intérêts touchant l'ordre public et les bonnes mœurs. Tel est le cas de l'indignité successorale, dont on recommandera une extension des effets aux avantages matrimoniaux et aux libéralités, et de la réduction pour atteinte à la réserve. Sur ce dernier point, si la logique commande une extension de la titularité de l'action en retranchement et l'application du droit commun de la réduction des libéralités à l'avantage global généré par le régime matrimonial, des règles spécifiques sont nécessaires en raison de la particularité de l'avantage : l'instauration d'une méthode de calcul, l'adaptation des règles de la réduction, le règlement de l'indemnité de réduction, etc.

Ce tempérament aux effets de la fiction disqualificative demeure cependant limité. Il ne s'étend pas, par exemple, aux considérations fiscales, qui laissent subtilement perdurer une faveur pour l'avantage matrimonial malgré le régime de plus en plus attractif des libéralités à cause de mort. Il ne s'étend pas non-plus aux règles civiles spécifiques qui régissent les libéralités conjugales : les avantages matrimoniaux ne sont pas soumis à la règle de l'imputation sur les droits légaux, au rapport successoral ou à la faculté de substitution. Seule semble opportune l'application de la faculté de conversion de l'usufruit en rente viagère ou en capital, car l'origine du démembrement importe peu et la recherche de l'harmonie familiale doit être privilégiée.

Dans le contexte successoral, les effets de la fiction disqualificative doivent nécessairement être pondérés, car il apparaît clairement que le couple s'inscrit dans un cadre familial où émergent d'autres intérêts que le sien. Si les effets de la disqualification profitent aux époux, ils portent parfois préjudice aux autres membres de la famille. Il appartient au législateur d'arbitrer et de proposer un compromis, parfois complexe, mais bien nécessaire.

Conclusion du Titre Second

553. Propositions fondamentales sur les conséquences de la fiction disqualificative.

La fiction disqualificative a pour principal effet d'exclure les avantages matrimoniaux du régime juridique des libéralités conjugales, considéré comme trop instable et inadapté aux particularités des règles issues du régime matrimonial. Pourtant, ce principe connaît des tempéraments, rendus nécessaires par la proximité naturelle des deux notions. Le régime juridique des avantages matrimoniaux doit faire l'objet d'aménagements permettant de respecter les vœux du législateur et de réaliser les objectifs qu'il s'est fixé. L'étude a permis de formuler des propositions fondamentales, dont certaines nécessitent des modifications législatives.

▪ Sur les conséquences de la soumission d'un époux à une procédure collective, l'article L. 624-8 du Code de commerce n'est pas adapté aux avantages matrimoniaux, dont l'exécution ne nécessite que rarement la mise en œuvre d'une action. Ce texte n'est pas protecteur des intérêts des créanciers lorsque le débiteur et son conjoint sont de connivence. La protection n'est efficace que lorsque le conjoint du débiteur se présente lui-même comme un créancier concurrent. Il apparaît nécessaire de mettre en place un nouveau système, par exemple fondé sur un droit de suite des créanciers sur les biens transmis par libéralité ou avantage matrimonial.

▪ Sur la révocabilité et l'irrévocabilité des donations entre époux et avantages matrimoniaux, certaines modifications législatives sont nécessaires :

☐ La suppression de l'article 947 du Code civil ;

☐ La création d'un article 894-1 du Code civil ainsi rédigé :

Article 894-1 Cciv. : L'irrévocabilité des donations est d'ordre public : les parties ne peuvent y déroger, même avec l'accord éclairé du bénéficiaire. Toute clause de l'acte contraire à ce principe sera réputée non-écrite, sauf s'il ressort de l'intention des parties qu'elle a été la cause impulsive et déterminante de leur consentement à la donation : l'acte doit alors être annulé dans son entier. Il ne peut être dérogé à ce principe que dans le cadre des articles 953 et 1096 du Code civil.

☐ La modification de l'article 953 du Code civil :

Article 953 Cciv. : La donation entre vifs et la donation à cause de mort lorsqu'elle est autorisée, même si elles sont stipulées par contrat de mariage, pourront être révoquées en cas d'inexécution des charges et conditions sous lesquelles elles auront été faites, en cas d'ingratitude et de survenance d'enfant, sauf, dans ce dernier cas, si la donation intervient entre deux époux.

□ La modification de l'article 1096 du Code civil :

Article 1096 Cciv. : Les donations de biens à venir, lorsqu'elles sont autorisées, sont toujours librement révocables par volonté unilatérale du disposant. Il en va de même, par dérogation à l'article 894-1 du Code civil, lorsqu'elles interviennent entre époux, des donations de biens présents ne se résolvant qu'après le décès du disposant par la stipulation d'un terme ou d'une condition. Cette libre révocabilité est d'ordre public et fait échec à l'application des articles 943 à 946 du Code civil.

Toutefois, si ces libéralités sont incluses dans un contrat de mariage ou une convention modificative du régime matrimonial, la faculté de révocation est limitée par les dispositions des articles 1396 al. 3 et 1397 du Code civil.

Par dérogation à l'article 953 du Code civil, les donations entre époux quelle que soit leur forme ne sont jamais révoquées pour survenance d'enfants.

▪ Sur le sort des donations et avantages matrimoniaux en cas de divorce, il convient de modifier l'article 265 du Code civil :

Article 265 Cciv. : Le divorce est sans incidence sur les donations qui prennent effet avant le décès du disposant. Il emporte révocation de plein-droit des donations qui ne prennent effet qu'après le décès du disposant. Les parties peuvent décider de les maintenir, mais ne sont alors plus réputées intervenir entre époux.

Le divorce prononcé, le régime matrimonial cesse de s'appliquer pour l'avenir, mais ses effets passés sont maintenus. Seules peuvent encore s'appliquer les règles nécessaires à la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux, sauf si elles sont prévues spécifiquement en cas de décès. Les parties ne peuvent faire perdurer les règles du régime matrimonial au-delà du divorce.

▪ Sur le régime fiscal, il serait opportun d'opérer une codification à droit constant de la solution issue de l'arrêt VIEILHOMME du 6 mai 1997 :

Les droits que le conjoint survivant tire du régime matrimonial ne sont pas soumis aux droits de mutation par décès. Si la mise en œuvre d'une action en retranchement aboutit à une réduction de l'avantage matrimonial, les héritiers réservataires devront acquitter les droits de mutation par décès, calculés sur leur part de réserve reconstituée.

L'utilité fiscale de la fiction disqualificative est rendue plus opaque en raison de la faveur croissante accordée aux libéralités entre époux. Le législateur qui souhaite favoriser les couples mariés ne peut ignorer la coexistence des voies de gratification du conjoint.

En l'absence de fiction disqualificative, les avantages que les partenaires retirent de leur convention de Pacs peuvent être requalifiés en libéralité indirecte si les conditions en sont réunies et soumis aux droits de mutation. S'il souhaite exonérer fiscalement les avantages partenariaux mais maintenir les droits de mutation par donation, le législateur peut prévoir une fiction disqualificative au bénéfice des partenaires.

▪ Sur le traitement successoral de l'avantage matrimonial et de la libéralité :

☐ Les effets de l'indignité successorale doivent être prolongés, par la création des articles suivants :

Article 1399-1 Cciv. : Lorsque, au décès de l'un des époux, le survivant est frappé d'indignité dans les conditions prévues aux articles 726 et suivants du présent code, la liquidation des intérêts patrimoniaux s'opère comme si les époux n'étaient soumis à aucun régime matrimonial. Les biens sur lesquels le survivant ne peut prouver sa propriété exclusive sont réputés appartenir au prédécédé et intègrent sa succession. Les effets de cette liquidation ne sont pas opposables aux tiers.

Article 729-2 Cciv. : Sous réserve du pardon accordé dans les conditions de l'article 728, l'indigne est déchu de plein-droit de toutes les libéralités que le défunt lui a consenties. Si elles ont déjà été exécutées, il en doit compte aux héritiers. Cette déchéance n'est pas opposable aux tiers.

☐ La faculté de conversion en rente viagère ou en capital de l'usufruit doit s'étendre aux droits issus du régime matrimonial.

☐ L'action en réduction des avantages matrimoniaux et la faculté de renonciation temporaire ou définitive, doivent être réorganisées :

Article 1528 Cciv. : Si l'application l'ensemble des dispositions du régime matrimonial fait apparaître, au profit de l'un et au détriment de l'autre des époux, un avantage en valeur, les héritiers réservataires pourront soumettre cet avantage à l'action en réduction afin de préserver leur réserve. Ils peuvent néanmoins y renoncer définitivement ou temporairement, dans les conditions prévues aux articles 929 et suivants du Code civil.

□ La renonciation anticipée à l'action réduction doit pouvoir n'être que temporaire :

Article 929 Cciv. : « Tout héritier réservataire présumé peut renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non-ouverte. *Ajouter : Cette renonciation peut être définitive, ou ne produire d'effet que jusqu'au décès du gratifié.* Elle doit être faite... »

Article 929-1 Cciv. : Lorsque la renonciation est temporaire, le renonçant bénéficie de plein droit du privilège sur les immeubles prévu au 3° de l'article 2374 et peut demander, nonobstant toute stipulation contraire, qu'il soit dressé inventaire des meubles ainsi qu'état des immeubles. La renonciation temporaire suspend le délai de prescription de l'action en réduction jusqu'au décès du gratifié. Elle donne lieu, au décès du disposant, au calcul d'une indemnité de réduction en fonction de la valeur des biens au jour de l'ouverture de la succession. Cette indemnité est ensuite réévaluée au jour du partage de la succession du gratifié, dont elle constitue un élément du passif.

Article 930 Cciv. al. 1 *in fine* : L'acte doit préciser si la renonciation est définitive ou si elle ne dure que jusqu'au décès du gratifié.

□ Le calcul de l'avantage global retransmissible doit être explicité au sein d'un nouvel article 1529 du Code civil :

Article 1529 Cciv. : L'avantage soumis à réduction est calculé en opérant, sur la même masse de calcul, une double liquidation : une liquidation du régime effectivement choisi par les époux, et une liquidation fictive des intérêts patrimoniaux des époux s'ils n'étaient soumis à aucun régime matrimonial autre que le régime impératif primaire. S'il est impossible d'établir lequel des époux aurait eu la propriété d'un bien en l'absence de régime matrimonial, les époux sont présumés détenir des droits concurrents pour la moitié de sa valeur. La différence qu'opère, dans la répartition de l'actif net ou du passif net de la masse de calcul, l'application du régime choisi par les époux, fait apparaître un avantage en valeur au détriment de l'un des époux et au bénéfice de l'autre.

La masse de calcul de l'avantage global comprend l'ensemble des biens que possèdent les époux à la dissolution de l'union, selon leur valeur au jour du décès et leur état au jour de la dissolution du régime matrimonial. Si des biens ont été aliénés, il convient de tenir compte de leur valeur au jour de l'aliénation. Si les biens aliénés ont été subrogés, il convient de tenir compte de la valeur du nouveau bien au jour du décès, selon son état au jour de l'acquisition.

✕ Les opérations de réduction de l'avantage global doivent être organisées par un renvoi au régime général de la réduction et l'énoncé de règles propres à la spécificité de l'avantage matrimonial :

Article 1530 Cciv. : L'avantage retranchable ainsi calculé est soumis aux règles édictées aux articles 912 et suivants du Code civil pour la réduction des libéralités. Il s'impute sur la quotité disponible spéciale au jour de la célébration du mariage ou au jour du dernier changement de régime matrimonial. L'excédent est sujet à réduction. L'indemnité de réduction est réévaluée au jour du partage en tenant compte de la valeur de l'avantage global au jour du partage.

L'indemnité de réduction est payée au moment du partage, en moins-prenant et par imputation sur le total des droits du conjoint au titre du régime matrimonial et dans la succession. Lorsque le conjoint survivant sollicite le paiement de l'indemnité de réduction en nature, il peut l'effectuer en abandonnant un bien lui appartenant, sans se voir opposer la condition prévue à l'article 924-1 al. 1^{er} du Code civil, mais uniquement si les héritiers réservataires y consentent.

554. Un régime globalement cohérent. Les propositions formulées s'inscrivent dans le cadre d'une réforme d'ensemble de l'avantage matrimonial. Elles ne se conçoivent qu'au regard des objectifs de la fiction disqualificative et de la dualité conceptuelle de la notion d'avantage. Elles ne sauraient que difficilement s'isoler les unes des autres, puisqu'elles représentent l'organisation cohérente de la préservation des intérêts de chacun des membres de la famille, en assurant une pondération nécessaire des effets de la disqualification légale. Celle-ci demeure le principe et ses conséquences ne peuvent être limitées que strictement. Car l'objectif poursuivi n'est pas la dénonciation du caractère artificiel de la distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux, mais bien la préservation de son efficacité pratique.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

555. L'efficacité de la fiction disqualificative. La distinction opérée au sein de l'article 1527 du Code civil procède d'une fiction disqualificative, puisqu'il a été démontré que les dispositions du régime matrimonial peuvent aboutir à un déséquilibre économique consenti dans une intention libérale. Le législateur a donc choisi de prémunir le régime matrimonial contre une requalification libérale en agissant directement sur la qualification des profits qu'il produit. L'efficacité de la fiction disqualificative passe donc nécessairement par l'émergence d'une notion originale, l'avantage matrimonial, qui en révèle le domaine, puis par l'établissement d'un régime distinct, qui en expose les conséquences.

S'agissant de la notion, deux aspects ont été étudiés. D'une part, l'avantage en tant que terme générique révèle une étendue considérable et une polysémie qui lui permet de s'adapter à diverses réalités. D'autre part, l'avantage ne devient matrimonial qu'autant qu'il correspond à une définition fondée sur un étalon de mesure. Tous les profits en lien avec le régime n'ont pas vocation à être qualifiés d'avantages matrimoniaux. L'étude démontre que la fiction n'a de bornes que celles de son utilité : elle est un instrument, non l'énoncé d'une vérité. Elle doit donc être limitée aux seules hypothèses où la requalification libérale menace. Le législateur a entendu limiter la disqualification aux seules dispositions du régime matrimonial. C'est cette notion qui est au cœur de l'avantage, car c'est elle qui s'adapte mal aux exigences formelles et au régime juridique des libéralités conjugales. Elle permet d'opérer un tri, au sein de la multitude d'avantages intervenant dans les rapports entre les époux. Tout régime matrimonial, envisagé comme un ensemble cohérent de règles exorbitantes du droit commun réservées aux couples mariés qui y ont librement consenti, est apte à produire des avantages matrimoniaux. L'étalon de mesure ne peut donc se situer que dans la situation purement fictive où les époux n'auraient été soumis à aucun régime matrimonial, si ce n'est les dispositions du régime primaire. Cependant la polysémie du terme « avantage » a été retranscrite dans le domaine juridique, si bien que deux acceptions coexistent : une appréhension spécifique, clause par clause, qui révèle des avantages profitant à chacun des époux en nature ou en valeur ; et une appréhension globale, réalisant la synthèse des effets de toutes les dispositions du régime et révélant, à la dissolution de l'union, un profit abstrait exprimé en valeur au bénéfice de l'un des époux et au détriment de l'autre. La fiction disqualificative s'étend à ces deux acceptions, car en tant qu'émanation de la volonté des époux, elles présentent chacune un risque de requalification en libéralité.

S'agissant des conséquences de la fiction disqualificative sur le régime juridique, l'exclusion de principe est tempérée par des aménagements nécessaires. Si l'avantage est globalement exclu du régime juridique des libéralités entre époux, il arrive que le législateur tente

de les soumettre à une logique commune, ou impose d'autorité une extension des règles libérales. L'imbroglie du droit des libéralités conjugales et des avantages matrimoniaux invite à la formulation de propositions simplificatrices qui tantôt préservent les effets de la fiction disqualificative, tantôt en pondèrent la rigueur.

556. La concurrence de l'avantage matrimonial. La fiction disqualificative assure une distinction efficace entre la donation entre époux et l'avantage matrimonial. Devenu autonome, ce dernier se présente alors comme un sérieux concurrent à la libéralité, en ce qu'il permet d'aboutir à des effets semblables sans être perçu ni traité comme tel. Les notions sont donc deux voies d'accès à un même objectif : la gratification du conjoint. Cette concurrence est souvent favorable à l'avantage : d'une part l'appréhension notionnelle des libéralités n'est pas toujours aisée en raison des incertitudes sur la détermination d'un déséquilibre économique et d'une intention libérale ; d'autre part, le régime juridique des libéralités conjugales est marqué du sceau de la méfiance et de la précarité. Cependant la tendance semble, sinon s'inverser, du moins se troubler. Les similitudes entre les deux notions incitent à appréhender l'avantage matrimonial par le prisme libéral et à lui appliquer un régime juridique semblable. Le traitement des libéralités entre époux est également en évolution : moins contraignant, il rend plus attractive la gratification par voie libérale. Si la concurrence demeure, elle est donc de moins en moins aisée à saisir. Le régime fiscal l'illustre à la perfection : l'avantage matrimonial ne représente plus toujours le choix le plus opportun pour une optimisation fiscale, ce qui est dû principalement à l'évolution du régime juridique des libéralités. Le choix implique donc une pesée des valeurs plus minutieuse, une recherche plus approfondie des effets juridiques de chacune des voies de gratification. Cette complexité ne doit pas être redoutée tant qu'elle est nécessaire ; elle doit être atténuée quand elle devient superflue. Les modifications législatives que nous préconisons ont pour objectif affiché d'aboutir à une lisibilité des contours des avantages matrimoniaux et des libéralités entre époux, afin de faciliter autant que possible le choix des époux. La concurrence existe ; elle doit être sainement organisée. Le régime matrimonial doit demeurer une faveur pour les couples mariés et non se transformer en chemin de croix : l'attractivité du mariage lui-même en dépend fortement.

CONCLUSION GÉNÉRALE

557. D'instructifs enseignements. L'étude que nous avons entreprise a mis à jour certains enseignements dont il convient de rappeler synthétiquement la teneur. En premier lieu, les avantages matrimoniaux et les donations entre époux sont aptes à s'inscrire dans le cadre de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux, car ils remplissent les exigences de l'applicabilité des critères : l'existence d'un avantage et d'une volonté qui le crée. Cependant, alors que la gratuité est de l'essence des donations, la dimension gratuite ou onéreuse de l'avantage matrimonial n'influe en rien sur sa détermination, car il peut réunir les données matérielles et intentionnelles de l'une ou l'autre des catégories. De surcroît, les données catégoriques de la libéralité ne sont nullement incompatibles avec l'avantage matrimonial. Ce dernier peut consister en un déséquilibre économique et résulter d'une intention libérale. Les exigences formelles de la libéralité sont inaptes à empêcher son assimilation concrète aux avantages matrimoniaux. L'avantage matrimonial peut donc être perçu comme une donation entre époux. Tel est d'ailleurs la conception que semble retenir l'article 1527 du Code civil à propos du régime matrimonial : une « *convention aurait pour conséquence de donner...* ».

En second lieu, la distinction légalement imposée aboutit à définir les contours de l'avantage matrimonial, donnée utilitaire placée au service de la distinction. Polysémique, le terme « avantage » ne facilite pas l'appréhension de la notion. L'exigence commune est la provenance du régime matrimonial. L'étalon de détermination est donc la situation des époux sans régime matrimonial. Au-delà, la perception de l'avantage matrimonial est multiple et deux acceptions sont légalement usitées. Il peut consister en un bienfait particulier résultant d'une disposition particulière du régime matrimonial ou en une différence révélée par l'application combinée de toutes les dispositions du régime. La première perception guide le sort de l'avantage matrimonial en cas de divorce. Mais le régime juridique de l'avantage doit s'émanciper du traitement libéral pour s'adapter aux spécificités du régime matrimonial. La seconde acception permet la mise en œuvre de l'action en retranchement destinée à préserver la réserve héréditaire. Un rapprochement avec les dispositions applicables aux libéralités s'avère ici indispensable car ces règles sont adaptées à la protection de l'ordre public successoral.

Il reste à présent à déterminer si ces enseignements peuvent permettre de répondre aux nombreuses interrogations relatives à la distinction elle-même. Il s'agit notamment de savoir si la distinction est absolue ou relative, si elle réalise une disqualification, si elle est de nature fictive et s'il convient de la maintenir ou au contraire de l'abroger.

558. Une distinction par disqualification. La distinction de l'article 1527 du Code civil agit directement sur l'opération de qualification, puisqu'elle empêche les avantages matrimoniaux d'être perçus comme des donations. Cependant, pour qu'il s'agisse d'une disqualification, encore faut-il démontrer que les avantages matrimoniaux sont naturellement aptes à s'inscrire dans la catégorie libérale : en droit comme en sport, on ne disqualifie que les participants, non les spectateurs¹. Cette entreprise est pleinement réalisée. Les avantages matrimoniaux sont en effet susceptibles de réunir les traits catégoriques libéraux et de remplir les conditions de validité nécessaires à l'existence même de l'acte. Les exemples communément reconnus comme constituant des avantages matrimoniaux ont suffi, préalablement à la recherche d'une définition précise, à démontrer leur aptitude à s'inscrire dans une dimension libérale. L'article 1527 du Code civil ne se contente pas de leur interdire l'accès à la dimension libérale. Il les exclut pleinement d'un domaine dans lequel ils pourraient pourtant s'épanouir. Il s'agit véritablement d'une disqualification : les avantages matrimoniaux peuvent, par nature, participer à la catégorie libérale, mais la distinction les rejette.

Disqualifiés des donations, inaptes à constituer formellement des legs, les avantages matrimoniaux ne sont pas assimilables aux libéralités. La disqualification ne produit pas d'autre effet. L'article 1527 du Code civil ne réalise aucune exclusion de principe de la sphère gratuite. Il ne se prononce nullement sur la nature onéreuse de l'avantage matrimonial. Postuler le contraire revient à assimiler purement et simplement la libéralité à la sphère gratuite, alors qu'elle n'en est que l'emblème. La distinction, parce qu'elle se réalise par disqualification, est donc limitée.

559. Une distinction absolue et relative. La question de savoir si la distinction est absolue ou relative peut également trouver une réponse satisfaisante. L'on se souvient que le terme « distinction » est susceptible de désigner deux réalités non exclusives l'une de l'autre. Relative, la distinction est une séparation qui révèle les caractéristiques propres de chaque donnée sans préjuger de leur ressemblance ou de leur dissemblance. Absolue, elle est une différenciation et trace une frontière infranchissable entre les ensembles concernés. Il apparaît à la lumière de l'étude que les deux acceptions peuvent être retenues. D'une part, le régime matrimonial et la libéralité revêtent des caractéristiques propres. L'un est destiné à régler les relations patrimoniales des époux au cours et à l'issue du mariage. L'autre œuvre à la gratification du conjoint. Pourtant, ces caractéristiques ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Les époux peuvent chercher à se gratifier via l'organisation de leurs relations pécuniaires et ils peuvent souhaiter s'organiser au moyen d'une libéralité. Un même profit peut donc revêtir à la fois l'habit du

¹ Sur la formulation de cette problématique, v. *supra*, n° 12.

libéral et celui du matrimonial. Naturellement, la distinction est donc relative puisque, si chacune des notions dispose de spécificités qui le définissent, elles ne sont pas incompatibles. Mais artificiellement, la distinction apparaît absolue, car l'article 1527 du Code civil interdit toute assimilation. Il ajoute donc une différenciation à la séparation. La distinction des donations entre époux et des avantages matrimoniaux est relative, mais l'article 1527 du Code civil la rend absolue au moyen d'un artifice juridique.

560. Une fiction. « *En réalité, ce qu'on est convenu d'appeler avantage matrimonial répond parfois, mais pas toujours, au concept de libéralité* »¹. Pour utiliser une image géométrique, les avantages matrimoniaux et les donations entre époux se présentent comme deux cercles de centres et de diamètres différents qui se superposent partiellement. Il existe donc une aire commune où menace la requalification en libéralité. Mais l'article 1527 du Code civil impose une vision très différente de cette réalité. Les deux cercles coexisteraient l'un à côté de l'autre sans se chevaucher. Artificielle, la distinction légale modèle comme de l'argile la perception de la réalité. Elle ne procède donc pas d'une vérité naturelle. Elle est un artifice juridique que l'on peut assimiler à une présomption ou à une fiction : « *de la présomption qui peut être exacte mais ne l'est pas forcément, tant s'en faut, à la fiction qui est certainement la légitimation du faux, nous passons de la vérité hypothétique à l'erreur manifeste et qui plus est au traitement de l'erreur volontaire comme source de vérité juridique* »². La notion de présomption n'est pas totalement inadaptée à la distinction de l'article 1527 du Code civil puisque, si l'avantage matrimonial peut être une donation, il ne l'est pas systématiquement. En définitive, que la distinction procède d'une fiction ou d'une présomption n'est pas déterminant³. Les conséquences sont les mêmes. L'important est surtout de comprendre que les dispositions du régime matrimonial peuvent correspondre aux caractéristiques d'un acte libéral et que l'article 1527 contrarie cette vérité en interdisant l'assimilation. La différenciation est légalement imposée, elle n'est pas naturelle. Elle est utilitaire. Cependant, la fiction semble être un outil plus efficace que la présomption. D'une part, la présomption relève principalement du domaine probatoire. D'autre part, la fiction dispose d'une autorité supérieure à celle de la présomption dont la teneur est sujette à controverse⁴. « *Il y a bien, dans la fiction, une inadéquation. Et cette inadéquation affecte*

¹ A. COLOMER, « Droit civil. Régimes matrimoniaux », Litec, 12^{ème} éd., 2004, n° 1164.

² P. FORIERS, « Présomption et fiction », in « Les présomptions et les fictions en droit », Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), Travaux du centre national de recherche de logique, Etablissement Emile Bruylant, 1974, p. 7.

³ Il est parfois soutenu que la présomption irréfragable est identique à la fiction juridique. D. COSTA, « Les fictions juridiques en droit administratif », thèse Paris I, LGDJ 2000, préf. E. PICARD, spé. p.48.

⁴ C. QUETAND-FINET, « Les présomptions en droit privé », thèse Paris I, LGDJ 2013.

bien la consistance de la catégorie, qui, du fait de sa détermination fictive, ne coïncide plus exactement à ce qu'elle devait subsumer »¹.

La fiction peut paraître inadaptée à la distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux car elle ne semble pas créer un artifice mais plutôt empêcher la réalité de prendre corps. Mais la fiction juridique peut être négative ou positive : « *Positivement, elle feint que ce qui n'existe pas existe et négativement, que ce qui existe n'existe pas* »². Tel est bien le rôle de la fiction disqualificative : elle feint que l'adéquation entre avantages matrimoniaux et donations entre époux n'existe pas. Si la théorie de la fiction a décliné vers la fin du XIX^{ème} siècle, c'est parce que l'élargissement audacieux de la distinction que réalise l'arrêt Grégoire³ a été perçu comme une réalité naturelle puisqu'elle n'était fondée sur aucun texte général. L'inadéquation a paru s'évaporer et la distinction semblait davantage procéder de la présomption, c'est-à-dire être conforme à la réalité. Mais depuis 1965, la distinction globale est fondée sur un texte. Il appert que celui-ci est discordant par rapport à la théorie juridique de la qualification libérale. Dès lors, la théorie de la fiction peut à nouveau permettre d'expliquer la distinction et d'en assurer la pérennité. Comme l'écrivait PLANIOL : « *en voyant dans ces avantages de véritables libéralités, on ne crée pas une fiction spéciale dans l'intérêt des enfants du premier lit ; on ne fait que rentrer dans la réalité. C'est le droit commun qui s'en écarte* »⁴. Il note un peu plus loin : « *De droit commun pourtant, la loi ne traite pas comme donations les avantages qui résultent de la communauté ; mais c'est ici qu'est la fiction, la méconnaissance voulue de la réalité des choses* »⁵.

561. Un maintien nécessaire⁶. Si certains peuvent avoir de la fiction une vision péjorative⁷, d'autres la jugent au contraire nécessaire⁸. Parce que le droit n'est pas qu'une science, mais aussi un art, le procédé de la fiction ne doit pas être redouté ou dénigré. La fiction disqualificative s'est révélée nécessaire. Parce que les exigences formelles de la libéralité se doivent d'être souples, parce que la perception de l'intention libérale est complexe et doit ménager un certain flou conceptuel et parce que les déséquilibres économiques peuvent résulter d'actes juridiques qui ne se présentent pas de prime abord comme des libéralités, les dispositions du

¹ E. PICARD, préface in D. COSTA, *op. cit.*, p. VII.

² D. COSTA, *op. cit.*, p. 556 et s.

³ Cass. ch. réunies, 19 déc. 1890 : S. 1891, I, p. 129, note A. WAHL ; DP 1891, I, p. 417.

⁴ M. PLANIOL, note sous CA Nancy, 25 févr. 1891 : DP 1891, II, p. 353.

⁵ *Ibid.*

⁶ Sur le désir des praticiens de voir maintenir ce qui leur apparaît comme une présomption irréfragable : M.-C. de RONTON-CATALA, « Essai de contribution à une réforme des successions entre époux », thèse Paris II, Economica, 1990.

⁷ G. WICKER, « Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique », thèse Perpignan, LGDJ 1997.

⁸ D. COSTA, *op. cit.* ; A.-M. LEROYER, « Les fictions juridiques », thèse Paris II, 1995 ; J. RIVERI, « Fictions et présomptions en droit public français, in « Les présomptions et les fictions en droit », *op. cit.*

régime matrimonial, dans leur énoncé ou leurs effets, peuvent théoriquement être qualifiées de libéralités. Mais puisque le régime matrimonial est un acte d'application continue qui ne saurait être constamment soumis aux strictes règles de forme des libéralités et qu'il paraît souvent inadapté au régime juridique suspicieux des donations entre époux, il devient nécessaire que le droit redevienne un art et utilise un artifice pour préserver la pérennité de l'organisation patrimoniale du couple marié.

Madame IZORCHE a écrit à propos de la distinction : « *La recherche d'individualisation, de distinction, semble a priori légitime (...) et elle mérite, dans certains cas, une protection* »¹. Telle est bien la conclusion finale de notre étude. La nature fictive de la distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux n'a pas été mise à jour pour être dénoncée, mais au contraire pour assurer sa préservation. Fruit de la volonté souveraine du législateur, elle dispose d'une vertu simplificatrice. Elle doit être maintenue. Seules ses conséquences en termes de régime juridique doivent être ponctuellement aménagées. La tendance jurisprudentielle et doctrinale à restreindre la notion d'avantage matrimonial et notamment en nier l'existence en régime légal, répond d'un souci de préserver les effets d'une participation jugée naturelle². Mais c'est justement en les reconnaissant en tant qu'avantages matrimoniaux que ces profits pourront être protégés : soumis à la fiction disqualificative, ils ne sont plus menacés de requalification libérale.

562. Une proposition fondamentale. Les interrogations récurrentes sur les avantages matrimoniaux ont trait à leur définition et à leur nature. Il aurait donc été naturel d'aboutir, au terme de notre étude, à une proposition de définition précise. Pourtant, telle n'est pas notre intention. L'analyse a démontré que la notion d'avantage matrimonial est rétive à tout cantonnement. Elle s'adapte mal à une réalité unique. Il paraît nécessaire de lui permettre de bénéficier de la vigueur terminologique du nom « avantage », sans être entravée par la rigueur qualificative de l'adjectif « matrimonial ». L'objet des règles juridiques doit pourtant être précisé pour en faciliter l'application. Cela a été réalisé au sein des propositions législatives formulées¹. S'agissant des effets du divorce, une simple référence aux dispositions du régime matrimonial paraît préférable, afin de ne pas compliquer l'appréhension de la règle de droit. Concernant la préservation de la réserve héréditaire, les propositions que nous avons avancées permettent de parvenir à une détermination précise de l'avantage à réduire. Plus que l'énoncé

¹ M.-L. IZORCHE, « Réflexions sur la distinction », in « Mélanges Christian Mouly », Paris Litec 1998, p. 54, n° 3.

² V. par exemple : Cl. BRENNER, « Notion et évaluation des avantages matrimoniaux », Actes prat. strat. pat., avril-mai-juin 2008, p. 51, n° 11, spé. n° 19, p. 56 : l'absence d'avantages matrimoniaux en régime légal est « justifiée dans la mesure où l'association du conjoint au bénéfice des revenus économisés de son époux est de l'essence du régime communautaire dont elle constitue, au demeurant, l'un des intérêts majeurs ».

ou l'effet d'une règle de droit, l'avantage dans le contexte successoral doit se matérialiser en une valeur pour assurer le respect de l'ordre public successoral. Il apparaît comme la différence que réalise, entre les époux, l'influence de l'ensemble des dispositions du régime matrimonial sur la répartition de l'actif ou du passif net. S'agissant de la distinction, la nouvelle rédaction de l'article 1527 que nous proposons permet à la fiction disqualificative de régir l'intégralité du régime matrimonial. En définitive, la fiction disqualificative n'a pas besoin de la notion d'avantage matrimonial pour exister et être efficace. Il suffit de viser directement le régime matrimonial, dans son énoncé et ses effets. La proposition fondamentale de notre essai peut donc être énoncée ainsi :

Article 1527 Cciv. : Les dispositions du régime matrimonial des époux ne peuvent, dans leur énoncé ou leurs effets, être qualifiées de libéralités.

563. Des fictions disqualificatives ? Il demeure que le procédé de la fiction disqualificative est devenu un outil attrayant pour le législateur qui l'utilise comme un rempart contre les qualifications libérales, par exemple s'agissant de la prestation compensatoire², des facilités de paiement accordées pour le règlement de l'indemnité de réduction³, de la renonciation à l'action en réduction⁴ et de la faculté de cantonnement du conjoint survivant bénéficiaire d'une libéralité⁵. À notre connaissance, cet instrument n'est aujourd'hui employé qu'en matière libérale. Mais son originalité et son efficacité n'excluent pas qu'il occupe à l'avenir une place plus importante dans la classification des contrats spéciaux. Il œuvrerait ainsi au renouveau du procédé fictionnel en droit civil.

¹ V. *supra*, n° 553.

² Art. 281 Cciv. : « Les transferts et abandons prévus au présent paragraphe sont, quelles que soient leurs modalités de versement, considérés comme participant du régime matrimonial. Ils ne sont pas assimilés à des donations ».

³ Art. 924-3 al. 2 Cciv. : « Les avantages résultant des délais et modalités de paiement accordés ne constituent pas une libéralité »

⁴ Art. 930-1 al. 2 Cciv. : « La renonciation, quelles que soient ses modalités, ne constitue pas une libéralité »

⁵ Art. 1094-1 Cciv. : « Sauf stipulation contraire du disposant, le conjoint survivant peut cantonner son émoulement sur une partie des biens dont il a été disposé en sa faveur. Cette limitation ne peut être considérée comme une libéralité faite aux autres successibles ».

Annexe : illustration liquidative des propositions – calcul d’une indemnité de retranchement

Énoncé

Aurore et Guillaume se sont mariés en 2005 sous le régime de la communauté de meubles et acquêts. Une clause du contrat de mariage prévoit l’exclusion de la communauté du fonds de commerce que Guillaume détenait avant le mariage et qu’il gère seul.

Aurore est décédée en 2008.

Le patrimoine des époux au jour de la dissolution de l’union se compose comme suit :

- Le fonds de commerce exploité par l’époux, d’une valeur de 250.000€ au décès et 270.000€ au partage
- Un portefeuille de valeurs mobilières dont Aurore était propriétaire avant le mariage, d’une valeur de 20.000€ au décès et 40.000€ au partage
- Le mobilier de leur habitation, dont Aurore était propriétaire avant le mariage, d’une valeur de 100.000€ au décès et 110.000€ au partage
- Diverses liquidités d’un total de 100.000€ au décès et au partage, correspondant, pour 70.000€ aux revenus d’Aurore et pour 30.000€ aux revenus de Guillaume

Depuis 2006, le fonds de commerce connaît des difficultés. La dette relative à l’exploitation, contractée pendant le mariage par Guillaume seul, s’élève à 40.000€ au jour du décès et 70.000€ au jour du partage.

En 2000, Aurore avait fait donation à sa sœur d’un tableau de maître, d’une valeur de 110.000€ au jour du décès. Elle avait un enfant issu d’une précédente union, qui a décidé d’agir en retranchement de l’avantage matrimonial et en réduction de la donation. Guillaume a opté pour une quotité disponible spéciale égale à la quotité disponible ordinaire.

Liquidation1) Calcul de l'avantage global

Opérations	Valeur décès	Valeur partage
<p>1^{ère} étape : détermination de la masse de calcul de l'avantage global</p> <p>La masse de calcul de l'avantage global se compose de tous les biens du couple indépendamment de leurs qualifications juridiques.</p> <p><i>Actif</i></p> <ul style="list-style-type: none"> · Fonds de commerce · Liquidités · Portefeuille de valeurs mobilières · Mobilier <p>Total actif</p> <p><i>Passif</i></p> <ul style="list-style-type: none"> · Dettes relatives au fonds de commerce <p>Masse de calcul (actif net)</p>	<p>250.000</p> <p>100.000</p> <p>20.000</p> <p>100.000</p> <p>470.000</p> <p>40.000</p> <p>430.000</p>	<p>270.000</p> <p>100.000</p> <p>40.000</p> <p>110.000</p> <p>520.000</p> <p>70.000</p> <p>450.000</p>
<p>2^{ème} étape : liquidation réelle du régime choisi par les époux</p> <p><i>Actif de communauté</i></p> <ul style="list-style-type: none"> · Liquidités · Portefeuille de valeurs mobilières · Mobilier 	<p>100.000</p> <p>20.000</p> <p>100.000</p>	<p>100.000</p> <p>40.000</p> <p>110.000</p>

Annexe : illustration liquidative

Total actif	220.000	250.000
<i>Passif de communauté</i>		
· Dettes relatives au fonds de commerce	40.000	70.000
<i>Boni de communauté (actif – passif)</i>	180.000	180.000
<u>Droits réels de Guillaume</u>		
· Reprise de ses propres	250.000	270.000
· Moitié du boni de communauté	90.000	90.000
Total	340.000	360.000
<u>Droits réels d'Aurore</u>		
· Reprise de ses propres	néant	néant
· Moitié du boni de communauté	90.000	90.000
Total	90.000	90.000
<u>3^{ème} étape</u> : liquidation fictive selon le système-étalon		
Sans régime matrimonial, le patrimoine de Monsieur serait composé ainsi :		
· Fonds de commerce	250.000	270.000
· Revenus économisés	30.000	30.000

Annexe : illustration liquidative

La dette relative au fonds de commerce aurait été à sa charge exclusive	- 40.000	- 70.000
Droits fictifs de Guillaume (actif – passif)	240.000	230.000
Sans régime matrimonial, le patrimoine d'Aurore serait composé ainsi :		
· Revenus économisés	70.000	70.000
· Portefeuille de valeurs mobilières	20.000	40.000
· Mobilier	100.000	110.000
Elle n'aurait eu aucune dette à acquitter	0	0
Droits fictifs d'Aurore	190.000	220.000
4^{ème} étape : détermination de l'avantage global par soustraction des droits fictifs aux droits réels		
Pour Guillaume		
Droits réels	340.000	360.000
-	-	-
Droits fictifs	240.000	230.000
Solde	100.000	130.000
Pour Aurore		
Droits réels	90.000	90.000
-	-	-
Droits fictifs	190.000	220.000
Solde	-100.000	-130.000
VALEUR DE L'AVANTAGE GLOBAL	100.000	130.000

La double liquidation a révélé un avantage global au bénéfice de Guillaume. La valeur de cet avantage au jour du décès permettra de déterminer s'il porte atteinte à la réserve héréditaire. La valeur de l'avantage au jour du partage permettra d'effectuer, au besoin, une réévaluation de l'indemnité de retranchement.

2) Opérations de réduction

Masse de calcul de la quotité disponible

La masse de calcul de la quotité disponible comprend :

- Les biens existants, selon leur valeur au jour du décès. Ils correspondent aux droits réels de Madame, c'est-à-dire les biens qui, une fois le régime matrimonial liquidé, composeront la succession. Ils se chiffrent donc ici à 90.000€
- Les biens donnés par le *de cujus*, selon leur valeur au jour du décès et leur état au jour de la donation. Ici, l'état du bien n'a pas changé et la valeur du bien donné est de 110.000€
- Le montant de l'avantage matrimonial global selon sa valeur au jour du décès, soit 100.000€

La masse de calcul de la quotité disponible est de 90.000€ + 110.000€ + 100.000€ = 300.000€. En présence d'un seul héritier réservataire, la réserve est de $\frac{1}{2}$ de 300.000€, soit 150.000€ ; la quotité disponible est de $\frac{1}{2}$ de 300.000€, soit 150.000€.

Imputations

L'imputation se fait dans l'ordre chronologique, les donations à leur date et l'avantage matrimonial au jour du mariage ou du dernier changement de régime matrimonial. Ici, il n'y a pas eu de changement de régime matrimonial, donc la donation s'impute avant l'avantage. Tous deux s'imputent sur la quotité disponible selon leur valeur au jour du décès.

- Imputation de la donation

$$QD = 150.000 - 110.000 = 40.000$$

Annexe : illustration liquidative

Après imputation de la donation, la quotité disponible est entamée, mais pas dépassée ; la donation n'est pas réductible. Il reste 40.000€ dans la QD.

- Imputation de l'avantage matrimonial

$$QD = 40.000 - 100.000 = - 60.000$$

Après imputation de l'avantage matrimonial, il apparaît que la quotité disponible est dépassée. L'avantage empiète sur la réserve dans une proportion de 60.000/100.000, soit 60% de l'avantage. Il doit être réduit.

L'indemnité de retranchement étant payée au moment du partage, elle doit être réévaluée à cette date. Elle se chiffre donc à 60% de la valeur de l'avantage au jour du partage, soit :

$$60\% \times 130.000 = \mathbf{78.000 \text{ euros}}$$

L'époux survivant a donc bénéficié d'un avantage matrimonial excessif. Il devra verser une indemnité de 78.000€ à l'héritier réservataire. Le règlement de cette indemnité pourra s'effectuer en moins-prenant sur ces droits dans la liquidation du régime matrimonial et de la succession.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

MANUELS ET TRAITÉS

AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), « Traité de droit civil français », 7^{ème} éd. par A. PONSARD, t. VIII, « Régimes matrimoniaux » et t. IX « Les successions », Paris, Litec, 1973

BEIGNIER (B.),

- « La réforme du droit des successions », Carré droit, LexisNexis Litec, 2002
- « Droit des régimes matrimoniaux : cours et exercices corrigés », Paris, Montchrestien, 1^{ère} éd., 2008
- « Régimes matrimoniaux, Pacs, concubinage : droit interne et droit international privé : cours et schémas, exercices progressifs de liquidation », Paris, Montchrestien 2012

BONOMI (A.) et STEINER (M.), « Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé », Genève, Droz 2006

CABRILLAC (R.), « Les régimes matrimoniaux », Paris, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2013, Domat

CAPITANT (H.), TERRÉ (F.) et LEQUETTE (Y.), « Les grands arrêts de la jurisprudence civile » t. I et t. II, Paris, Dalloz, 12^{ème} éd. 2008

CASEY (J.), « Les régimes matrimoniaux », Ellipses, 2002

COLIN (A.) et CAPITANT (H.), « Cours élémentaire de droit civil français », t. II et t. III par J. DE LA MORANDIÈRE, Dalloz, 1950, 10^{ème} éd.

COLOMER (A.), « Droit civil, Les régimes matrimoniaux », Paris, Litec, 2013

CORNU (G.), « Régimes matrimoniaux », PUF, 9^{ème} éd. 1997

DAURIAC (I.), « Les régimes matrimoniaux et le PACS », Paris, LGDJ, 3^{ème} éd., 2010

DELFOSSÉ (A.) et PENIGUEL (J.-F.), « La réforme des successions et des libéralités. Pratique professionnelle », Paris, Lexis Nexis Litec, 2006

DEMOLOMBE (Ch.),

- « Cours de Code Napoléon », XVIII – XXIII, « Traité des donations entre vifs et des testaments », Paris, A. Durand, L. Hachette, 1866-1872, 4^{ème} éd.
- « Cours de Code Napoléon », XIV – XXIX, « Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général », Paris, imprimerie générale, 1868-1876

DOUET (F.), « Précis de droit fiscal de la famille », Paris, Lexis Nexis 2013, 12^{ème} éd.

FLOUR (J.) et CHAMPENOIS (G.), « Les régimes matrimoniaux », Paris, Armand Colin, 2001, 2^{ème} éd.

FLOUR (J.) et SOULEAU (H.),

- « Les successions », Paris, Armand Colin, 1991, 3^{ème} éd.
- « Les libéralités », Paris, Armand Colin, 1982

FONGARO (E.), « Droit patrimonial européen de la famille », Paris, Lexis Nexis, 2013

GRIMALDI (M.),

- (dir.) « Droit patrimonial de la famille », Paris, Dalloz, 2011, 4^{ème} éd.
- « Droit civil : libéralités, partages d'ascendants », Paris, Litec, 2000
- « Droit civil : successions », Paris, Litec, 2001, 6^{ème} éd.

GUÉVEL (D.), « Droit des successions et des libéralités », Paris, LGDJ, 2010, 2^{ème} éd.

HALPÉRIN (J.-L.), « Histoire du droit privé français depuis 1804 », Paris, PUF, 2012, 2^{ème} éd.

JUBAULT (C.), « Droit civil : les successions, les libéralités », Paris, Montchrestien, 2010, 2^{ème} éd.

LE GUIDEDEC (R.), « Liquidations : exercices corrigés », Paris, Ellipses, 2012

LEVILLAIN (N.) et FORGEARD (M.-C.), « Liquidation des successions », Paris, Dalloz 2013/2014, 2^{ème} éd.

LEVY (J.-Ph.) et CASTALDO (A.), « Histoire du droit civil », Paris, Dalloz 2010, 2^{ème} éd.

LUCET (F.) et VAREILLE (B.), « Droit civil : régimes matrimoniaux, libéralités, successions », Paris, Dalloz, 2012

MALINVAUD (Ph.), « Droit des obligations », Paris, Lexis Nexis, 2012, 12^{ème} éd.

MALAURIE (Ph.), « Les successions, les libéralités », Paris, Defrénois 2012, 5^{ème} éd.

MALAURIE (Ph.) et AYNÈS (L.), « Les régimes matrimoniaux », Paris, Defrénois, 2010, 3^{ème} éd.

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), et GAUTIER (P.-Y.), « Les contrats spéciaux », Paris, Defrénois, 2012, 6^{ème} éd.

MAURY (J.), « Successions et libéralités », Paris, LexisNexis, 2012, 8^{ème} éd.

MAZEAUD (H., L., J.), et CHABAS (F.),

- « Leçon de droit civil », t. IV, vol. 1 et 2, Montchrestien, 1999, 5^{ème} éd., par L. et S. LEVENEUR
- « Leçon de droit civil », t. II, « Obligations, théorie générale », Paris, Montchrestien, 1998, 9^{ème} éd. par F. CHABAS

OURLIAC (P.) et GAZZANIGA (J.-L.), « Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil », Paris, Albin Michel, Bibliothèque de synthèse historique, 1985, Collection « L'évolution de l'humanité »

PETERKA (N.), « Régimes matrimoniaux », Paris, Dalloz, 2012, 3^{ème} éd.

PLANIOL (M.) et **RIPERT (G.)** par **NAST (M.)**, « Traité pratique de droit civil français », t. IV, Paris, LGDJ, 1927

PLANIOL (M.), par **RIPERT (G.)** et **BOULANGER (J.)**, « Traité élémentaire de droit civil », t. III, Paris, LGDJ, 1946

PLANIOL (M.) et **RIPERT (G.)** et **BOULANGER (J.)**, « Traité pratique de droit civil français », t. IX, Paris, LGDJ, 1960

PLANIOL (M.), **TRASBOT (A.)**, **RIPERT (G.)** et **LOUSSOUARN (Y.)**, « Traité pratique de droit civil », t. V, Paris, LGDJ, 1957, 2^{ème} éd.

POTHIER (R.-J.), « Traité du contrat de mariage », Paris, 1771 chez de Bure, et Orléans : chez la Veuve Rouzeau-Montaut

POTHIER (R.-J.), « Traité des obligations », Paris, Dalloz, 2011, préf. J.-L. HALPÉRIN

REVEL (J.), « Les régimes matrimoniaux », Paris, Dalloz, 2012, 6^{ème} éd.

RIEG (A.), **LOTZ (F.)**, et **RIEG (Ph.)**, « Technique des régimes matrimoniaux », Paris, Lexis Nexis, 1993, 3^{ème} éd. 1993

SÉRIAUX (A.), « Successions et libéralités », Paris, Ellipses, 2012

TERRÉ (F.) et **SIMLER (Ph.)**, « Droit civil : les régimes matrimoniaux », Paris, Dalloz, 2011, 6^{ème} éd.

TERRÉ (F.), **SIMLER (Ph.)**, et **LEQUETTE (Y.)**, « Droit civil. Les obligations », Paris, Dalloz 2009, 10^{ème} éd.

VOIRIN (P.) et **GOUBEAUX (G.)**, « Droit civil », t. II, « Régimes matrimoniaux, successions, libéralités », Paris, 2012, 27^{ème} éd.

THÈSES

ANCEL (B.), « Les conflits de qualification à l'épreuve de la donation entre époux », thèse, Paris II, 1974

ANTONESCO (B.), « De la règle « donner et retenir ne vaut » et de ses applications dans le droit français actuel », thèse, Paris, 1900

BABY (W.), « Les effets patrimoniaux du pacte civil de solidarité : l'invention d'une nouvelle forme de conjugalité », Paris, Defrénois 2013

BARATHON (A.), « De la divisibilité des clauses du contrat de mariage », thèse, Paris, 1913

BÉNABENT (A.), « La chance et le droit », thèse Paris, éd. 1973

BOITARD (M.), « Les contrats de service gratuits », thèse, Paris, 1941

BOUSSOUGOU-BOU-MBINE (F.-L.) « La pénétration des idées communautaires dans les régimes séparatistes », thèse 1998, LGDJ 1999, préf. Ph. Simler

BOUYSSOU (M.), « Les libéralités avec charge en droit civil français », thèse, Toulouse, 1945

CARBONNIER (J.), « Le régime matrimonial : sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association », thèse, Bordeaux, 1932

CAPITANT (H.), « De la cause des obligations », thèse, Paris, 1923

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

CHAMPEAUX (J.), « Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français », thèse, Strasbourg, 1931

COLOMER (A.), « L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux », thèse, Paris 1955

COSTA (D.), « Les fictions juridiques en droit administratif », thèse, Paris I, LGDJ 2000, préf. E. Picard

COURTOIS (L.), « De la nature juridique des clauses dites de conventions de mariage », thèse, Paris, 1924

DEGAIGNE (L.), « De la nature juridique des avantages entre époux », thèse Paris, 1898

DEGAND (G.), « Des conventions modificatives du partage égal de la communauté entre époux », thèse, Paris, 1916

DEVILLE (S.), « L'objet de la libéralité », thèse, Toulouse, 2009

DUPRÉ (M.), « Contribution à une théorie générale des contrats spéciaux – Apports du principe de liberté contractuelle tempérée », thèse, Toulouse, 2011

DUPEYROUX (J.-J.) « Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit », thèse, Toulouse, 1955

FAUCHEUX (M.), « Le choix d'un régime matrimonial (étude de sociologie juridique) », thèse, Paris II, 1979, 2 vol.

GRIMALDI (M.), « La nature juridique de l'institution contractuelle » thèse, Paris II, 1977

GRUA (M.-F.), « L'acte gratuit en droit commercial », thèse, Paris, 1978

GUERRIERO (M.-A.), « L'acte juridique solennel », thèse, Toulouse, 1974, LGDJ 1975

HAMEL (J.), « La notion de cause dans les libéralités. Étude de la jurisprudence française et recherche d'une définition », thèse, Paris, 1920

HOULGARD (A.), « La notion de régime matrimonial », thèse, Toulouse, 2012

JOSSERAND (L.), « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », thèse, 1928, Dalloz 2006

LAMBERT (S.), « L'intention libérale dans les libéralités », thèse, Aix-Marseille, 2005

LAMY (J.), « Du caractère des avantages matrimoniaux, origines historiques des principes du Code civil », thèse Paris 1937

LAURENT-BONNE (N.), « Les donations entre époux : doctrine, coutumes et législation (XII^{ème} – XVI^{ème} siècle) », thèse, Paris II, 2012

LECOQ (L.), « De la fiction comme procédé juridique », thèse, Paris, 1914

LECUYER (H.), « La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille », thèse, Paris, 1993

LEPINGLE (H.), « Les libéralités mutuelles et réciproques », thèse Rennes, 1938

LEROYER (A.-M.), « Les fictions juridiques », thèse, Paris II, 1995

LUCET (F.), « Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux », thèse, Paris II, 1987

MARTIN (A.), « Du partage inégal de la communauté en faveur du survivant », thèse, Paris, 1911.

MAURY (J.), « La lésion dans les contrats », Sirey Paris, 1936

Bibliographie générale

MEAU-LAUTOUR (H.), « La donation déguisée en droit privé français. Contribution à l'étude générale de la donation », thèse, Paris II, 1983.

MORIN (A.), « Contribution à l'étude des contrats aléatoires », thèse Paris IX, 1995

NAST (M.), « Etude sur la prohibition des pactes sur succession future », thèse, Paris, 1905

NICOD (M.), « Le formalisme en droit des libéralités », Thèse, Paris XII, 1992

NICOLAS (V.), « Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance », thèse, LGDJ, t. 267, 1996, préf. J. HERON

OVERSTAKE (J.-F.), « Essai de classification des contrats spéciaux », thèse, Paris, 1969.

PARQUET (M.) « Le changement de régime matrimonial comme instrument de stratégie patrimoniale », thèse, Paris II, 2005

PETERKA (N.), « Les dons manuels », thèse Paris II, 1999, LGDJ, 2001

PETRONI-MAUDIERE (N.), « Le déclin du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux », thèse, Limoges, éd. 2005

PLESSIS (H.), « Des avantages résultant des conventions matrimoniales », thèse, Caen, 1907

ROCHFELD (J.), « Cause et type de contrat », thèse Paris I, 1997, LGDJ 1999

ROBERT (P.), « De la nature juridique des avantages matrimoniaux », thèse, Nancy, 1914

PONSARD (A.), « Les donations indirectes en droit civil français », thèse, Dijon 1946

PUYO (Y.), « Essai sur le contrat et l'institution : les relations entre les groupements institutionnels et le contrat en droit privé », thèse, Toulouse 2008

QUETAND-FINET (C.), « Les présomptions en droit privé », thèse, Paris I, LGDJ 2013

RIEUBERNET (C.), « Les donations entre époux, une étude critique », thèse, Toulouse 1997

RONDEAU-RIVIER (M.-C.), « Le remariage », thèse, Lyon 1981

SAUJOT (C.) « La pénétration des idées séparatistes dans les régimes communautaires », thèse, Paris, 1956

TERRÉ (F.), « L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications », thèse, Paris, 1956

THIEBOT (L.), « Distinction des conventions matrimoniales et des libéralités », thèse, Caen, 1911

TIMBAL (E.), « Nature juridique des donations de biens à venir », thèse, Toulouse, 1935

Bibliographe générale

VALLOIR (J.), « Essai sur la notion d'acte à titre gratuit », thèse, Rennes, 1919

VERDIER (J.-M.), « Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits », thèse, Paris, 1955

WOODLAND (Ph.), « Le procédé de la fiction dans la pensée juridique », thèse, Paris II, 1981

WICKER (G.), « Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique », thèse, Perpignan, LGDJ 1997

WIEDERKEHR (G.), « Les conflits de loi en matière de régime matrimonial », thèse Strasbourg, 1967

OUVRAGES SPÉCIAUX

CATALA (P.), « Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », Ministère de la Justice, La documentation française, 2006

CATALA (P.), **CARBONNIER (J.)**, **MORIN (G.)**, **DE SAINT-AFFRIQUE (J.)** « Des libéralités – Une offre de loi », Defrénois 2003

CHASSAGNARD (S.) et **HEIZ (D.)** (dir.), « La contractualisation de la production normative », actes de colloque, Dalloz 2008

CORNU (G.), « Vocabulaire juridique », association Capitant, PUF 2003

ERNOUT (A.) et **MEILLET (A.)**, « Dictionnaire étymologique de la langue latine », Paris, Klincksieck, 2001

FENET (P.-A.), « Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil », Paris, 1827, t. XII et t. XIV

GRIMALDI (M.) et **MAZEAUD (D.)**, « Les successions. Journées roumaines », Travaux de l'association Henry Capitant, Bruxelles, Bruyant, 2012

JHERING (R.) « L'évolution du droit », Paris, A. Marescq, 1901

MAUSS (M.), « Essai sur le don ; forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques », Sociologie et anthropologie, 8^{ème} éd., 1990, PUF

PATARIN (J.), « Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines », 2^{ème} éd. 1974

PIOCHE (J.), et **ROLLAND (J.-C.)**, « Dictionnaire étymologique du français », Paris, Le Robert, 2009

TERRÉ (F.), « Le couple et son patrimoine : biens communs, biens propres, concubinage, divorce, donations entre époux, régimes matrimoniaux, logement de famille, société entre époux, transmission aux enfants », Paris, éd. Juris-classeur 1999

« Le statut matrimonial du Français : 75^{ème} Congrès des notaires de France », La Baule, 7 - 10 mai 1978, s. I. s. n., 1978

« Patrimoine privé, stratégie fiscale : 87^{ème} Congrès des notaires de France », Montpellier, 5-8 mai 1991, Paris, Litec, 1991

« Demain la famille : 95^{ème} Congrès des notaires de France », Marseille 9-12 mai 1999, Paris, journaux judiciaires associés, 1999

« Les familles sans frontières en Europe : mythe ou réalité ? 101^{ème} Congrès des Notaires de France, » Nantes 1^{er} - 4 mai 2005, Paris, ACNF, 2005

« Couples, patrimoines - Les défis de la vie à deux : 106^{ème} Congrès des notaires de France »,

Bibliographe générale

Bordeaux, 30 mai-2 juin 2010, Paris, ACNF, 2010

« Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription. Exposé des motifs », La documentation française, 2006, p. 29

ARTICLES ET ÉTUDES DE DOCTRINE

ALBARIAN (A.),

▪ « La notion d'avantage matrimonial : au confluent du droit civil et de l'ingénierie fiscale », RRJ 2007, n° 1 p. 205-234

ALLEAUME (Ch.),

▪ « Existe-t-il une catégorie de contrats de bienfaisance ? », PA 2012, n° 238, n° spécial, p. 21

ANTIPASS (J.),

▪ « La notion d'économie en droit des régimes matrimoniaux », RRJ 2009, n° 3, p. 1275 et s.

BABY (W.) et NICOD (M.),

▪ « La rupture volontaire du Pacs et le notaire », JCP N 2013, n° 17, p. 23

BAUCHY (J.-H.),

▪ « De Tontis aux tontines », JCP N 1994, p. 368

BEIGNIER (B.),

▪ « Pacte civil de solidarité et indivision : visite aux enfers », Defr. 2000, n° 10, art. 37175, p. 620

▪ « Les donations entre époux ont-elles encore un intérêt ? », RLDC mai 2004, suppl. au n° 35, p. 67

▪ « Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? », in « Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit », Litec 2009, p. 33

BEIGNIER (B.) et NICOD (M.),

▪ « Donations entre époux : d'un droit à l'autre », Defr. 2005, art. 38104, p. 265

BERGEL (J.-L.),

▪ « Différence de nature = différence de régime », RTD Civ. 1984, p. 255 et s.

BONNET (G.),

▪ « Des intérêts fiscaux d'une modification matrimoniale » : RFN 2010, n° 6, étude n° 7.

BLOCH (L.),

▪ « Révocabilité ou irrévocabilité des donations dans le couple ? » PA n°171, 29 août 2005

BOSSE-PLATIÈRE (H.),

▪ « Indivision et communauté dans le régime des biens du PACS aujourd'hui » in « Mélanges en l'honneur du professeur Gilles GOUBEAUX. *Liber amicorum* », LGDJ, Dalloz 2009, p. 37

BRAULT (J.-C.),

▪ « L'intention libérale dans les relations familiales », Répertoire du Notariat Defrénois, 1998, n°23, p. 1425

BREMOND (V.),

- « Indignité et droit transitoire », JCP N 2002, n° 40, p. 1371, étude n° 1541

BRENNER (Cl.),

- « Brèves observations sur la révocation des donations entre époux après la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », Defr. 2005, art. 38084
- « Notion et évaluation des avantages matrimoniaux », Actes prat. strat. pat., avril-mai-juin 2008, p. 51, n° 11

CASEY (J.),

- « Les libéralités entre époux et avantages matrimoniaux : nouvelles donnes ? A propos de la loi du 23 juin 2006 » Dr. Fam. 2006, n° 11, p. 31
- « Sort des avantages matrimoniaux ou comment optimiser son régime en cas de divorce, succession ou de procédure collective », Act. prat. et strat. pat., avril 2008, p. 62, n° 12

CATALA (P.),

- « Le sort des parts sociales au décès de l'associé », in « Études de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillac », Paris, Lib. techn., 1968, p. 59
- « L'indivision entre époux », in « Mélanges offerts à Pierre Hébraud », Toulouse, Université des Sciences sociales, 1981, p. 185
- « Variations autour de la communauté universelle », in « Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. *Liber amicorum* », Strasbourg, LGDJ 1994, p. 45
- « Critique de la raison médiatique », in « Le Pacs », Dr. Fam., hors série déc. 1999, p. 63
- « Trois figures de propriétés collectives » in « Famille et patrimoine », PUF 2000, p. 107
- « Le patrimoine des couples », in « Famille et patrimoine », PUF 2000, p. 196
- « Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats », Defr. 2008, n° 21, art. 38866, p. 2365

CHAMPENOIS (G.),

- « Rapport de synthèse. La communauté de biens entre époux – bilan critique », JCP N 2009, 11189

CABRILLANC (R.),

- « Le travail d'un époux sur un bien dans les régimes matrimoniaux », in « Mélanges offerts à Christian Moury », Litec 1998, p. 257

COLOMER (A.),

- « La pratique des régimes matrimoniaux depuis la réforme de 1965 », Defrénois 1973, art. 30427, p.1041 et s.

COMBRET (J.),

- « Les aspects patrimoniaux de la réforme », RLDC oct. 2004, p. 54

CORNU (G.),

- « Les régimes conventionnels communautaires », JCP 1970, I, n° 2333

COUTURIER (G.),

- « Les finalités et les sanctions du formalisme », Defr. 2000, n° 15, art. 37209, p. 880

CROIZAT (M.),

- « La notion d'avantage matrimonial », rev. crit. de lég. et de jp., 1928, p. 151 et s.

CRÔNE (R.),

- « La loi applicable au régime matrimonial. Hier, aujourd'hui, demain... », in Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois – Liber amicorum », Defrénois 2012, p. 217

DAGOT (M.),

- « Le certificat notarial préuptial », JCP 1977, I, 2838
- « Des donations non solennelles », JCP 2000, I, 248

DAURIAC (I.),

- « Sort des libéralités et ruptures conjugales », AJ famille 2006, 235
- « Le conjoint survivant dans la loi du 23 juin 2006 », JCP N 2007, 1203
- « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, C. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 25
- « Choisir la société d'acquêts pour l'avantage matrimonial ? », Defr. 2012, n° 24, p. 1271
- « Rupture des couples : questions patrimoniales », Dt. et pat. 2013, n° 221, p. 59

DAURIAC (I.) et GAUDEMET (S.),

- « La rupture ou le vrai visage du Pacs », in « Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe », Dalloz, 2012, p. 141

DAVIAUD (Ph.),

- « La nouvelle indignité successorale », D. 2002, n° 23, p. 1856

DECOCQ (A. et G. B. S. et D.), VAISSIE (I. et G.), HAVETTE (Th. et A.),

- « Une certaine idée du don », in « Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André DECOCQ », Litec, 2004.

DELECRAZ (Y.),

- « Le nouveau régime des biens dans le PACS », AJ fam. 2007, 12

DELFOSSÉ (A.) et PENIGEL (J.-F.),

- « Libéralités entre époux, avantages matrimoniaux, et réforme du divorce », JCP N 2004 n°49, p. 1822-1824

DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.),

- « Variations sur le pacte tontinier », Dt. et pat., janv. 1998, p. 52 et s.
- « Réforme des successions, examen d'une difficulté de droit transitoire : l'action en retranchement », Defr. 2002, p.153, art. 37473
- « La réversion d'usufruit entre époux à l'épreuve de l'article 265 du Code civil », Dt. et pat. 2005, n° 141, p. 32
- « La réversion d'usufruit entre époux à nouveau révocable *ad nutum* ! », RJPF 2007, n°

5 p. 8

- « Les ajustements techniques de la loi du 23 juin 2006 : entre modernisation, correction et interprétation », Dt. et pat. 2007, n° 157, p. 40
- « Couples, patrimoine : les défis de la vie à deux (Rapport de synthèse du 106^{ème} Congrès des notaires de France) », Defr. 2010, n° 12, art. 39130, p. 1319
- « Les détournements intrafamiliaux de nature patrimoniale », Dt. et pat. 2011, n° 209 p. 44

DELORY (C.),

- « Fiscalité des partages familiaux ; un régime plus cohérent », JCP N 2008, n° 9, p. 30-35 étude n° 1139

DROSS (W.),

- « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-elle ? », RTD Civ. 2001, n° 1, p. 25

DUCHANGE (N.),

- « Quelques précisions sur l'évaluation des avantages matrimoniaux. À propos d'une formule de participation aux acquêts », Defr. 1993, n° 19, art. 35618, p. 1089
- « Un inconvénient patrimonial n'est pas un avantage matrimonial », Defr. 2010, n° 10, art. 39117, p. 1113

DUCHANGE (N.) et PILLEBOUT (J.-F.),

- « La clause d'exclusion des biens professionnels de la participation aux acquêts. Un correctif nécessaire », JCP N 1995, I, p. 487

DUMORTIER (B.-H.),

- « Recherche d'un nouveau fondement de la validité de la clause d'accroissement eu égard à la prohibition des pactes sur succession future », RTD Civ. 1987, p. 653

DURAND (P.),

- « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », RTD Civ. 1944, p. 73

FENARDON (C.),

- « La participation inégale aux acquêts », JCP N 2009, n° 12, étude n° 1117
- « La participation intégrale aux acquêts », JCP N 2009, n° 17, étude n° 1137
- « La participation aux acquêts en nature », JCP N 2009, n° 23, étude n° 1195
- « La participation aux acquêts élargie : vers une participation universelle en nature », JCP N 2009, n° 27, étude n° 1226
- « La participation aux acquêts et la protection des biens professionnels, des billesvesées ? », JCP N 2009, n° 30-34, étude n° 1245

FERRÉ-ANDRÉ (S.),

- « La communauté universelle et les enfants des époux », Defr. 1993, art. 35455

FILETTE (J.-L.),

- « À propos des récentes tentatives de résurrection de la séparation de biens avec société d'acquêts : étude critique », Defr. 1996, art. 36369, p. 897

FIORA (J.-J.) et De TOLEDO (E.),

- « Les régimes matrimoniaux en Europe », Defr. 1992, art. 35246, p. 490

FLAMENT (V.),

▪ « Observations sur un régime matrimonial à liquidation alternative », Defr. 1993, art. 35575, p. 737

FLOUR (J.),

▪ « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in « Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle : études offertes à George Ripert », LGDJ 1950, t. 1, p. 93

FRISON-ROCHE (M.-A.),

▪ « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD Civ. 1995, p. 573

FOURNIER (A.),

▪ « Une nouvelle étape dans la réforme permanente du droit des régimes matrimoniaux : la loi du 23 décembre 1985 », RTD Civ. 1989, p. 447 et s.

GAUDEMET (S.),

▪ « PACS et principe participatif », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 95

▪ « Révocation ou maintien de la réversion d'usufruit et des avantages matrimoniaux lors d'un divorce, la mise en ordre proposée par le Congrès des notaires », RDC 2010, n° 4, p. 1363-1370

GENICON (Th.),

▪ « De l'irrévocabilité spéciale des donations à l'ordre public des transferts de propriété à titre gratuit », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012 p. 303 et s.

GHESTIN (J.),

▪ « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du code civil », in « Mélanges dédiés à A. WEILL », Dalloz, 1983

GIRAY (M.),

▪ « L'imbroglie des libéralités entre époux depuis la réforme du divorce », Dt. et pat. mars 2005, n°135 p.30-38

GIRAY (F.),

▪ « Le cantonnement de l'émolument du conjoint survivant par le nouvel article 1094-1, alinéa 2 du Code civil » : JCP N 2007, 1067, n° 14

GOBIN (A.),

▪ « Propos sur la réversibilité juridique », JCP N 1995, p. 1119

GOLDIE-GENICON (Ch.),

▪ « Les libéralités rémunératoires », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois – *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 347

GRANET-LAMBRECHTS (F.),

▪ « Les réformes accomplies : le point sur les avantages matrimoniaux », in « Le droit patrimonial de la famille : réformes accomplies et à venir », Travaux de l'association Henri Capitant, Journées notariales, t. IX, Strasbourg, 2003, p. 13

GRARE-DIDIER (Cl.),

▪ « Communauté légale : failles et modernité », in « Quelle association patrimoniale pour le couple ? », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, Thèmes et commentaires, Dalloz 2010, p. 3.

GRARE-DIDIER (Cl.) et PICHARD (M.),

▪ « Les deniers des partenaires dans l'indivision d'acquêts (commentaire de l'article 515-2, alinéa 1^{er} et 1^o, du Code civil) », in « Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe », Dalloz 2012, p. 281

GRIMALDI (C.),

▪ « Mystérieuse tontine », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 417

GRIMALDI (M.),

▪ « L'article 908-1 du Code civil : l'incapacité de recevoir à titre gratuit des enfants adultérins de fait », JCP 1981, I, 3035

▪ « La combinaison de la quotité disponible ordinaire et la quotité disponible entre époux : revirement de jurisprudence », Defr. 1985, art. 33565

▪ « Commentaire de la loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs », Gaz. Pal. 1986, II, p. 529 et s.

▪ « Solution d'examen professionnel », Defr. 1986, art. 33706

▪ « Commentaire de la loi du 23 décembre 1985 », Gaz. Pal. 1986, II, doc. p. 529

▪ « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », Defr., 1994, p.744

▪ « Les dernières volontés », in « Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu », PUF 1994, p. 177

▪ « L'avantage matrimonial : remarques d'ordre pratique sur la communauté universelle », JCP N 1999, n° 27, p. 1083

▪ « Le patrimoine au XXI^{ème} siècle », rapport de synthèse du 96^{ème} congrès des notaires de France, Defr. 2000, n° 13-14, p. 801

▪ « L'assurance-vie et le droit des successions », Defr. 2001, art. 37276, p. 3

▪ « Les donations à terme », in « Le droit privé à la fin du XX^{ème} siècle : études offertes à Pierre Catala », Litec, Paris, 2001, p. 421

▪ « Réflexions sur le Pacte civil de solidarité du droit français », Defr. 2003, n° 12, art. 37763, p. 813

▪ « Retour sur les donations de fruits et revenus (à propos de la mise à disposition d'un logement) », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 431

▪ « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », Defr. 2012, n° 15-16, p. 755

▪ « Le partage : état des lieux », Defr. 2012, n° 22, p. 1123

▪ « Etats généraux du droit : les biens du couple », Gaz. Pal. 2013, n° 89, p. 19

GRUA (F.),

▪ « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », RTD Civ. 1983, p. 263

GUÉVEL (D.),

▪ « La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ? », *in* « Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux », Dalloz 2009, p. 229

HAUSER (J.) et DELMAS SAINT HILAIRE (Ph.),

▪ « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? », Defr. 2005, art. 38115, p. 357

HEBRAUD (P.),

▪ « Des contrats passés entre un futur « de cujus » et son héritier présomptif », *in* « Mélanges offerts à René Savatier », Dalloz, 1965, p. 341 et s.

HOAREAU (O.) et VAN STENNLANDT (Ph.),

▪ « La renonciation anticipée à l'action en retranchement », JCP N 2008, n° 50, p. 20, étude n° 1357

HOLL (P.),

▪ « Le nouveau PACS et la pratique notariale », *in* « Quelle association patrimoniale pour le couple ? Thèmes et commentaires », actes de colloque sous la direction de I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER et S. GAUDEMET, Dalloz 2010, p. 111

HONORAT (A.),

▪ « Les incidences de la loi n° 65-570, 13 juill. 1965, sur les droits du conjoint d'un commerçant en état de faillite ou de règlement judiciaire » *in* « Études de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillac », Paris, Librairies techniques, 1968, p. 281

HOVASSE (S.),

▪ « Assurance-vie : attribution bénéficiaire ou donation ? Le point sur la jurisprudence récente du Conseil d'État et de la Cour de cassation », JCP N 2010, n°28, p. 28, n° 1244

IWANESKO (M.),

▪ « Libéralités. Donner et retenir... vaut ; illustration des mécanismes de rétention », JCP N 2011, n° 25, p. 51

▪ « L'exécution de la donation entre époux », Defr. 2000, n° 6, p. 352

IWANESKO (M.), et CHAINE (S.),

▪ « La donation entre époux », JCP N 2000, n° 13, p. 568

IWANESKO (M.), et NAUDIN (E.),

▪ « Assurance-vie et gestion du patrimoine », Dt. et pat. 2012, n° 218, p. 48

IZORCHE (M.-L.),

▪ « Réflexions sur la distinction », *in* « Mélanges Christian Mouly », Paris Litec 1998, p. 53

▪ « Une troisième personne bien singulière ou « 2+1 = tout autre chose » », RTD Civ. 2003, p. 51

JOSSERAND (L.),

- « La désolennisation du testament », DH 1932, chron. 76
- « Sur la nature juridique des donations entre époux lorsqu'elles portent sur des biens à venir », D. 1930, p. 21

JOUBERT (N.) et MOREL (B.),

- « Les partenariats enregistrés en droit international privé depuis la loi du 12 mai 2009 », JCP N 2009, n° 41, p. 24, étude n° 1285

JOUVENET (M.-C.),

- « Des clauses dérogeant à l'égalité en nature du partage de la communauté conjugale », JCP N 1981, I, p. 341

JUE-MOHR (C.),

- « Droit patrimonial de la famille : les nouvelles règles fiscales », RJPF 2011, n° 11, p. 8

JUSSAUME (M.),

- « Analyse de la règle d'imputation de l'article 758-6 du Code civil au regard des règles du rapport », PA 2008, n° 38, p. 4

LEBARS (Th.),

- « Pour une conception autonomiste du régime matrimonial de la participation aux acquêts », *in* « De code en code. Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr », Dalloz, 2009, p. 487

LECUYER (H.),

- « L'irrévocabilité spéciale des donations », *in* « Le droit privé à la fin du XX^{ème} siècle : études offertes à Pierre Catala », Litec, Paris, 2001, p. 405
- « Présomption d'indivision, questions soulevées par une réponse », Dr. Fam. 2001, n° 3 p. 22
- « La loi de sauvegarde, article par article (1^{ère} partie) », PA 8 févr. 2006, n° 28 p. 68

LECUYER (H.) et TAUDIN(L.),

- « Utilité, opportunité et actualité de la séparation de biens avec société d'acquêts », RLDC 2004, n° 4 p. 43 et s.

LEFEBVRE (J.) et LEMAIRE (H.),

- « Tontine et société : l'alliance contre nature ? », JCP N 2011, n° 5, p. 37, n° 1055

LE GUIDE (R.),

- « 30 ans d'application du nouveau régime matrimonial légal », Dr. Fam., janv. 1998, p. 4
- « Le PACS et la transmission des biens entre concubins », *in* « Études offertes à J. Rubellin-Devichi. Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé », Litec 2002, p. 133
- « Observations sur le report de la dissolution du régime matrimonial », *in* « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 513

LE GUIDE (R.) et LUCET (F.),

▪ « Liquidation civile et fiscale de communauté et de succession : avantage matrimonial, exercice de l'action en retranchement », Defr. 1998, n° 17, art. 36859, p. 1000

LEVILLAIN (N.),

▪ « La renonciation anticipée à l'action en réduction », JCP N 2006, n° 45, étude n° 1349

▪ « Le traitement liquidatif des libéralités faites au conjoint survivant en sept questions », JCP N 2009, n° 47, p. 17

LEVY (J.-P.),

▪ « Coup d'œil historique d'ensemble sur la situation patrimoniale du conjoint survivant », in « Etudes offertes à René Rodière », Paris, Dalloz 1981, p. 177

LIBCHABER (R.),

▪ « Pour une redéfinition de la donation indirecte », Defr. 2000, art. 37273, p. 1409

▪ « Les incertitudes de la notion de communauté », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 583

MAHINGA (J.-G.),

▪ « Les libéralités entre époux après la loi du 26 mai 2004 réformant le divorce », JCP 2005, I, 104

MARTIN (X.),

▪ « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », Revue d'histoire du droit, 1982, p.589 et s.

MARTINET (M.), TOLEDO (E.) et FIORA (J.-J.),

▪ « Les régimes matrimoniaux en Europe et la convention de La Haye (88^{ème} Congrès des notaires de France) », Defr. 1992, n° 14, art. 35246, p. 193

MATHIEU (M.) et J.-F. PILLEBOUT (J.-F.),

▪ « Séparation de biens avec société d'acquêts », JCP N 1998, p. 1214

▪ « L'action en retranchement », JCP N 2004, p. 1029

MAURY (J.),

▪ « Le principe participatif en régime matrimonial séparatiste », in « Mélanges offerts à A. Colomer », Litec, Paris, 1993, p. 243

MAZEAUD (J.),

▪ « Les clauses d'accroissement et la jurisprudence de la Cour de cassation », Defr. 1961, art. 20080, n° 16

MIRABAIL (S.),

▪ « Le couple » in « La famille que je veux, quand je veux ? Evolution du droit de la famille », sous la direction de C. NEIRINCK, Erès 2003, p. 29

MONASSIER (B.), et VAN STEENLANDT (Ph.),

▪ « Communauté universelle et tontine entre époux : couple infernal ou insensé ? », JCP N 2010, n° 28, p. 24, n° 1243

MORIN (M.),

▪ « La nouvelle quotité disponible entre époux [loi n° 63-699, 13 juill. 1963] » : Defr. 1963, art. 28431, p. 629

MURAT (P.),

▪ « Les régimes matrimoniaux et les régimes « pacsimoniaux » à l'épreuve de la rupture des couples », JCP N 2011, n° 1206

NAJJAR (I.),

▪ « L'éventuel », D. 2012, n° 12, p. 758

NICOD (M.),

▪ « Solidarisme contractuel et couple », in « Le solidarisme contractuel », L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), éd. Economica, 2004, p. 136

▪ « Les dispositions transitoires et interprétatives de la loi du 23 juin 2006 », D. 2006, p. 2589

▪ « Le nouveau droit des libéralités : une modernisation en douceur », AJ Fam., oct. 2006, p. 346

▪ « La donation entre vifs est-elle toujours un contrat ? », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux. *Liber amicorum*. », LGDJ, Dalloz 2009, p. 375

▪ « De la libéralité selon le Code civil », in « Leçons du droit civil : mélanges en l'honneur de François Chabas », Bruylant 2011, p. 707

▪ « La force probante de l'acte notarié », JCP N 2013, n° 5, p. 30

NAST (M.),

▪ « De l'acquisition conjointe d'un immeuble avec clause d'accroissement au profit du survivant », Defr. 1928, p. 417

▪ « Estimation de l'avantage matrimonial résultant, pour un second conjoint, de la confusion des apports dans la communauté », JNA 1937, art. 39476

PACAUD (B.) et PUJOL (F.-R.),

▪ « Les avantages matrimoniaux », Defr. 1991, n° 1, art. 34928, p. 24

PERINET-MARQUET (H.),

▪ « Regard sur les nouveaux biens », JCP 2010, n° 44 p. 2071

PERREAU (E.-E.-H.),

▪ « Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence », RTD Civ. 1914, p. 481

PETERKA (N.),

▪ « Le nouveau visage des libéralités familiales au lendemain de la loi du 23 juin 2006 » Gaz. du Pal. 2006, n° 312, doct. p. 4

▪ « Les retouches à la dévolution successorale. À propos de la loi du 23 juin 2006 », Dr. Fam. 2006, étude 52

PETIT (F.),

▪ « L'intérêt persistant des donations entre époux après la loi du 3 décembre 2001 et celle du 23 juin 2006 », JCP N 2008, n° 49, p. 20, n° 1344

PETRONI-MAUDIERE (N.),

▪ « Pour une nouvelle analyse de la clause de réversibilité d'usufruit insérée dans une donation », *Deffr.* 2006 n° 7, p. 549

PIEDELIEVRE (S.),

▪ « L'aménagement des libéralités entre époux par la loi du 26 mai 2004 », *D.* 2004, p. 2512

PILLEBOUT (J.-F.),

- « Le contentieux du droit d'usage et d'habitation », *JCP* 1981, n° 3049, p. 45
- « Les illusions de la séparation de biens », *Deffr.* 1981, art. 32646
- « Une nouvelle formule de contrat de mariage. Participation aux acquêts avec exclusion des biens professionnels », *JCP N* 1987, I, p. 93 et s.
- « Formules particulières de contrat de mariage. Une séparation de biens limitée », *JCP N* 1993, I, 141
- « Liquidation du régime de la participation aux acquêts. Le secret de la méthode », *JCP N* 1993, prat. 2722
- « La participation aux acquêts, exemples de liquidation », *JCP N* 1993, prat. 2825
- « Les clauses de contrat de mariage et de réversion d'usufruit ou de rente viagère après la réforme du divorce », *JCP N* 2005, 1246
- « Les opérations financières conjugales après la réforme du divorce – Nouvelles règles du jeu en matière de libéralités entre époux », *JCP* 2006, I, 126
- « À propos de la renonciation à l'action en réduction, une fâcheuse controverse », *JCP N* 2008, n° 11, act. 279
- « Renonciation à l'action en retranchement », *RFN* 2009, formule 5
- « Les biens professionnels sous le régime de la participation aux acquêts », *in* « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », *Deffrénois* 2012, p. 655

POUDEROUX (S.),

- « Le sort des avantages matrimoniaux », *Dt. et pat.*, févr. 1996, n° 36, p. 26
- « Les clauses de récompense », *Dt. et pat.*, juin 1996, n° 39, p. 37

POULET (L.),

▪ « Dits et non-dits de la Cour de cassation en droit des régimes matrimoniaux », *in* « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », *Deffrénois* 2012, p. 663

PUYGAUTHIER (J.-C.),

▪ « Les libéralités et les avantages matrimoniaux après la réforme du divorce du 26 mai 2004 », *JCP N* 2004, n°45 p. 1674 et n° 46, p. 1731

RIEG (A.),

▪ « La participation aux acquêts en Allemagne et en France ; deux visages d'une même institution », *in* « Mélanges dédiés à Gabriel Marty », *UT1*, 1978, p. 921

RIEG (A.) et LOTZ (F.),

▪ « La publicité en matière de régimes matrimoniaux, une institution à réformer », *JCP N* 1973, p. 2570

RIEUBERNET (C.),

▪ « Le nouveau régime des donations entre époux au lendemain de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », PA 2004, n° 145, p. 10

ROCHFIELD (J.),

▪ « Réforme du Pacs », RTD Civ. 2006, p. 624

ROUAST (A.),

▪ « La prestation gratuite de travail », in « Étude de Droit Civil à la mémoire d'Henri Capitant », Paris, Dalloz, 1977, p. 695

ROUSSEAU (E.),

▪ « De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 711

RUBELLIN-DEVICHI (J.),

▪ « L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait », RTD Civ. 1984, p. 389

▪ « Présentation de la loi adoptée le 13 octobre 1999 relative au Pacs », JCP 1999, p. 1551

SALEILLES (R.),

▪ « Une interprétation vaudoise d'une disposition du Code civil français », RTD Civ. 1914, Fasc. Supplémentaire, p. 1

SAUJOT (C.),

▪ « Le fondement des récompenses », RTD Civ. 1970, p. 685 et s.

▪ « Les avantages matrimoniaux (Notion – Nature juridique) », RTD Civ. 1979, p. 699 et s.

SAUVAGE (F.),

▪ « La protection du partenaire survivant », RJPF 2001, n° 5, p. 6

▪ « La discrète abrogation de l'article 1100 du Code civil », JCP N 2002, n° 24, p. 879

▪ « Les donations entre époux restrictives après la loi du 3 décembre 2001 », JCP N 2003, n° 5, p. 207

▪ « Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux (à propos de la loi du 26 mai 2004 portant réforme du divorce) », Defr. 2004, n° 21, art. 38038, p. 1425

▪ « Retour sur la révocabilité des réversions d'usufruit entre époux après la loi du 23 juin 2006 », Bull. Cridon Paris, 15 juill. 2006, n° 14

▪ « La renonciation anticipée à l'action en réduction », AJ Fam. 2006, p. 355

▪ « Le régime des biens des partenaires d'un pacte civil de solidarité au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », RLDC 2007, n° 34, p. 36

▪ « La mutation du pacte civil de solidarité (après la loi du 23 juin 2006) », RLDC 2007, supp. n° 35, p. 54

▪ « Libre propos sur les récentes tribulations de la réversion d'usufruit entre époux (Vraie donation de biens présents ou fausse donation de biens à venir ?) », Defr. 2007, art. 38656, p. 1340

▪ « Les prolongements liquidatifs de la renonciation anticipée à l'action réduction. Retour sur une « fâcheuse controverse » », JCP N 2008, n° 13, p. 3

- « Le cantonnement des libéralités » : Defr. 2010, n° 9, art. 39110, p. 1027
- « De la donation-partage graduelle ou résiduelle », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 771

SAUVAGE (F.) et FAUCHER (D.),

- « L'assurance-vie est-elle toujours hors succession ? » : JCP N 2000, n° 47, p. 1683

SAVATIER (R.),

- « De la portée et de la valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales », RTD Civ. 1921, p. 93
- « De la déchéance faisant perdre à l'époux coupable, en cas de divorce ou de séparation de corps, les avantages reçus de l'autre époux », Defr. 1937, art. 24766
- « L'évolution du régime de la séparation de biens », Rev. crit. lég. et jp. 1937, p. 48
- « Des clauses pouvant aujourd'hui, dans le contrat de mariage, accompagner le régime de séparation de biens », Defr. 1973, art. 30289

SÉRIAUX (A.),

- « La notion de contrats synallagmatique », in « Le contrat au début du XXI^{ème} siècle : mélanges offerts à Jacques Ghestin », LGDJ, 2001, p. 777

SIMLER (Ph.),

- « Participation aux acquêts et avantages matrimoniaux (à propos de la réponse ministérielle n° 601 du 17 octobre 1988) » : JCP N 1989, prat. 788
- « L'indivision entre époux séparés de biens, une quasi-communauté ? », in « Mélanges offerts à André Colomer », Litec 1993, p. 461
- « Pour un autre régime matrimonial légal », in « L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré », PUF-Dalloz-Litec 1999, p. 455
- « Le régime matrimonial des concubins », in « Études offertes à J. Rubellin-Devichi. Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé », Litec 2002, p. 75
- « La validité de la clause de liquidation alternative de la communauté universelle menacée par le nouvel article 265 du Code civil », JCP 2005, I, n° 31, p. 1499
- « Le nouveau régime matrimonial optionnel franco-allemand de participation aux acquêts », Dr. Fam. 2010, n° 5, p. 9
- « L'industrie personnelle des époux déployée au bénéfice d'un patrimoine propre, une « valeur empruntée » à la communauté ? », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 785
- « Régime juridique de la société d'acquêts adjointe à une séparation de biens », Defr. 2012, n° 24, p. 1259

SIMLER (Ph.), et HILT (P.),

- « Le nouveau visage du PACS : un quasi-mariage », JCP N 2006, n° 35, p. 1497

STORCK (M.),

- « Les contrats de concubinage », Journ. Not. 1988, art. 59366

STORCK (P.),

- « Avantages matrimoniaux et régime de participation aux acquêts : détermination de la nature des stipulations permises par l'article 1581, alinéa 2, du Code civil », JCP N 1981, I, 355

TAUDIN (L.),

▪ « Examen de premier clerc. Session septembre 1996 », Defr. 1997, n° 9, art. 36570, p. 577

TAURAN (Th.),

▪ « La subtile distinction entre les donations indirectes et les donations déguisées », RRJ 1^{er} nov. 2011, n° 2 p. 609

TERRÉ (F.),

▪ « Histoire d'une loi », in « Le Pacs », Dr. Fam., déc. 1999, hors série, p. 28
▪ « Le compte joint entre époux », in « Mélanges Michel Cabrillac », Paris, Litec, 1999, p. 529
▪ « Nature et régimes matrimoniaux – Sur la thèse de Jean Carbonnier », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 795

TESTU (X.),

▪ « Sur la nature de l'indivision », D. 1996, n° 20, p. 272

TISSERAND-MARTIN (A.),

▪ « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial », in « Droit et actualité : études offertes à Jacques Béguin », Paris, Litec 2005, p. 753
▪ « Les incidences de la réforme du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux », in « Le droit patrimonial de la famille : réformes accomplies et à venir », Trav. Ass. Henri Capitant, t. IX, Strasbourg, Dalloz, 2006, p. 21
▪ « La contribution aux charges du mariage, mécanisme régulateur du régime matrimonial », in « Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. *Liber amicorum* », Defrénois 2012, p. 803

VALORY (S.),

▪ « Les mesures postérieures à la réforme de 2004 sur les donations entre époux et les avantages matrimoniaux », Dt. et pat. 2007, n° 164, p. 62
▪ « Potestativité et requalification du contrat », Dt. et pat., 1999, n° 72, p. 72

VAN STEENLANDT (Ph.),

▪ « La soumission conventionnelle des partenaires Pacsés au régime de l'indivision », JCP N 2009, n° 35, p. 21, n° 1251

VAREILLE (B.),

▪ « L'indivision et le couple », in « L'indivision, Journées de l'Association H. CAPITANT », Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 1
▪ « Nouveau rapport, nouvelle réduction », D. 2006, n° 37, p. 2565
▪ « La donation de biens à venir entre époux ne peut servir à une exhérédation (À propos de Rep. Min., 11 avril 2006) », Defr. 2006, n° 18, art. 38446, p. 1359
▪ « La loi du 23 juin 2006 et les régimes matrimoniaux », JCP N 2007, I, n° 26, p. 23
▪ « Portée liquidative de la renonciation anticipée à l'action en réduction : attention, danger ! », Defr. 2008, art. 38710, p. 159
▪ « Réflexions sur l'imputation en droit des successions », RTD Civ. 2009, p. 1

VAUVILLÉ (F.),

▪ « Procédure collective et changement de régime matrimonial » : RJPF mars 1999, p. 6

VIGNEAU (D.),

- « Donation entre époux : quel droit ? », D. 2005, n° 15, p. 980
- « Précision ministérielle sur la portée liquidative de la renonciation anticipée à l'action en réduction : fin du danger ? », JCP N 2009, n° 10, p. 18

VOIRIN (P.),

- « Donations mutuelles entre époux et clause de réversibilité », JCP 1963, I, 1809

WIEDERKEHR (G.),

- « Propos à bâtons rompus sur la notion de régime matrimonial », in « Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller : *Liber amicorum* », Strasbourg, LGDJ 1994, p. 533

ZALEWSKI (V.),

- « L'imputation des libéralités faites au conjoint survivant sur ses droits légaux : un retour au droit antérieur à la loi du 3 décembre 2001 », Defr. 2007, n° 17, art. 38638, p. 1184
- « La renonciation anticipée à l'action en réduction : imputation et/ou réduction ? », Defr. 2007, art. 38679

ZENATI (F.),

- « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD Civ. 1993, p. 305

NOTES ET CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

AKLOUCHE (Y.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2012 : PA 2012, n° 123 p. 4

ANCEL (B.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 1984 : RCDIP 1984, p. 631

APPREMONT (P.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997 : JCP N 1997, 1533

AUBERT (J.-L.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1985 : Defr. 1986, art. 33636, p. 1438

AUBERT (S.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 janv. 1995 : D. 1995, p. 585

AYNÈS (L.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 1987 : Defr. 1988, art. 34275
- note sous Cass. com., 3 nov. 1988 : D. 1989, p. 185

BARABÉ-BOUCHARD (V.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 1997 n° 94-16.813 : D. 1997, p. 607
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 2005 : JCP N 2006, n° 24, p. 1148
- note sous Cass. 1^{ère} civ. 3 mars 2010, n° 08-20.428 : JCP N 2010, 1184
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 2012, n° 09-16.964 : D. 2011, n° 10, p. 732

BARTHE (D.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 1997 n° 94-16.813 : JCP N 1998, I, n° 10, p. 356

BASCUGNANA (D.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 2009 : Dr. Fam. 2009, n° 44

BATIFFOL (H.),

- note sous TGI Seine, 1^{ère} ch., 12 juin 1963 : RCDIP 1964, p. 693 et s.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 1970 : RCDIP 1971, p. 113

BEAUBRUN (M.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 8 juin 1982 : D. 1983, p. 19
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2007 : Defr. 2007, 1432

BEIGNIER (B.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 1998 : Dr. Fam. Juillet-août 1998, n° 102
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 mai 2000 : Dr. Fam. 2001, n° 102
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 janv. 2002 : Dr. Fam. 2002, n° 45
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 5 févr. 2002 : Dr. Fam. 2002, n° 47
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 2002 : Dr. Fam., 2002, n° 94
- note sous CA Orléans, 29 avril 2002 : Dr. Fam. 2002, n° 147
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 9 juill. 2003 : Dr. Fam. 2003, n° 136

Bibliographie générale

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 2003 : Dr. Fam. 2004, n° 1
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004, n° 03-18.413 : Dr. Fam. 2005, n° 38
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004, n° 02-11.088 : Dr. Fam. 2005, n° 61
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 21 sept. 2005 : Dr. Fam. 2006, comm. 11
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 2005 : Dr. Fam., 2005, n° 252
- comm. sous Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 2006 : Dr. Fam. 2006 n° 60
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2007 : Dr. Fam. 2007, n° 131
- note sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007 : Dr. Fam. 2007, n° 151
- comm. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008 : Dr. Fam. 2009, n° 4
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juin 2009 : Dr. Fam. 2009, n° 11
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2009 : Dr. Fam. 2009, n° 144
- note sous Cass. 1^{ère} civ. 3 mars 2010, n° 08-20.428 : Dr. Fam. 2010, n° 62
- comm. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 2010 : Dr. Fam. 2011, n° 21
- comm. sous Cass. 1^{ère}, 18 janv. 2012 : Dr. Fam. 2012, n° 3, comm. 50

BÉNABENT (A.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 1979 : D. 1980, IR, p. 77
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 19 oct. 1983 : D. 1984, IR, p. 173
- note sous CE, 19 nov. 2004 : RDC 2005, p. 302
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004, n° 02-11.088 : RTD Civ. 2005, p. 693

BICHERON (F.),

- obs. sous Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004 (4 arrêts) : AJ Fam. 2005, n° 2, p. 70
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004, n° 03-18.423 : AJ Fam. 2005, p. 67
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 2005 : AJ Fam., 2006, p. 77
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2007 : AJ Fam. 2007, p. 315
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008 : AJ Fam. 2009, p. 84
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 2009 : AJ Fam. 2009, p. 179
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 3 mars 2010, n° 08-20.428 : AJ Fam. 2010, p. 236

BONNET (V.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 2010 : D. 2011, p. 351

BOSSE-PLATIÈRE (H.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2012 : JCP N 2012, n° 12, p. 5

BOULANGER (F.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 1995 : D. 1996, p. 233

BOULANGER (J.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 1961 : D. 1962, p. 657

BRENNER (Cl.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2012 : JCP N 2012, n° 15, p. 29

BRETON (A.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1968 : D. 1968, p. 725
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 30 nov. 1982 : D. 1983, p. 85
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 26 janv. 1983 : D. 1983, p. 317

CAPITANT (H.),

- note sous Cass. req., 29 juin 1910 : DP 1911, I, p. 49
- note sous CA Rouen, 15 déc. 1922 et T. civ. Rouen, 5 avr. 1921 : DP 1923, II, p. 1
- note sous Cass. civ., 27 mars 1923 : DP 1923, I, p. 161
- note sous Cass. civ., 16 déc. 1925 : DP 1927, I, p. 5
- note sous Cass. civ., 11 janv. 1933 : DP 1933, I, p. 10

CASEY (J.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 29 janv. 2002 : RJPF 2002, n° 5, p. 24
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 5 févr. 2002 : RJPF 2002, n° 6, p. 41
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 2005 : RJPF 2006, n° 12, p. 43
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 2005 : RJPF, 2006, n° 1, p. 34
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2007 : RJPF 2007, n° 8, p. 42
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 2008 : JCP N 2008, n° 19, p. 24, n° 1199
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 oct. 2006 : RJPF 2006, n° 12, p. 24
- note sous Cass. 1^{ère} civ. 3 mars 2010, n° 08-20.428 : Gaz. Pal., 2010, n° 314-315, p. 49
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 2010 : Gaz. Pal. 2011, n° 35, p. 48
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 2010 : Gaz. Pal. 2011, n° 35-36, p. 49

CHABAS (F.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 26 janv. 1983 : RTD Civ., 1983, p. 749
- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 4 mai 1983 : RTD Civ. 1984, p. 113
- note sous Cass. ass. pl., 29 oct. 2004 : JCP. 2005, II, n° 10011

CHAMOULAUD-TRAPIERS (A.),

- chron. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 2005 : PA 2006, n° 88, p. 3

CHAMPENOIS (G.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 1977 : Defr. 1977, art. 31582
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 1980 : Defr. 1986, art. 33825,
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 juin 1982 : Defr. 1982, art. 32944, p. 1373
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 20 avr. 1983 : Defr. 1983, p. 1356
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 1986 : Defr. 1987, art. 34056
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 mars 1987 : Defr. 1987, art. 34016, p. 947
- obs. sous TGI Paris, 19 nov. 1987 : Defr. 1988, p. 931
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 1987 : Defr. 1988, art. 34337
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 24 nov. 1987 : Defr. 1988, p. 928
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 déc. 1987 : Defr. 1988, p. 533
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 janv. 1992 : Defr. 1992, p. 844
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1993 : Defr. 1994, art. 35761, p. 443,
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 1994 : Defr. 1995, art. 35953, p. 1539
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 2 nov. 1994 : Defr. 1995, p. 436
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 1995 : Defr. 1996, p. 407
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1996 : Defr. 1996, p. 1080
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 1996 : Defr. 1997, p. 817
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 1997, n° 94-20.276 : Defr. 1997, p. 420
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997 : Defr. 1997, p. 1086
- chron. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 févr. 1998 : Defr. 1998, n° 12, p. 822
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 1998 : Defr. 1998, n° 12, p. 824
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 1999 : Defr. 1999, art. 37017

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2001 : Defr. 2001, p. 1516
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 2003 : Defr. 2004, art. 38043
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 janv. 2002 : Defr. 2002, p. 1330
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 5 févr. 2002 : Defr. 2003, p. 43
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 2006 : Defr. 2006, n° 20, art. 38469-57, p. 1607
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2006 : Defr. 2006, p. 1614
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 2010 : Defr. 2011, n° 4, art. 39206-11, p. 390
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 avr. 2010 : Defr. 2011, p. 375

CHAPPERT (A.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 févr. 1989 : Defr. 1992, art. 35192, p. 181
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 févr. 1989 : Defr. 1992, p. 181
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997 : Defr. 1997, p. 1194
- obs. sous Cass. com., 19 déc. 2006 : Defr. 2007, p. 1239

CHÉNEDE (F.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004, n° 02-11.088 : AJ Fam. 2005, p. 109
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 2010, n° 09-11-005 : AJ Fam. 2010, p. 188

COLIN (A.),

- note sous Cass. civ., 2 août 1899 : DP 1901, I, p. 433

DAGOT (M.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 2 juin 1970 : JCP 1972, II, 17095
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 1973 : JCP 1975, II, 17920
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 1981 : JCP 1983, II, 19979
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 déc. 1983 : JCP N 1985, II, 57
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 nov. 1984 : JCP 1986, II, 20571
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 24 nov. 1987 : JCP 1989, II, 21255

DAURIAC (I.),

- note sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007 : RDC 2007, p. 1166

DAVID (C.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 1980 : JCP 1988, II, n° 21027

DAVID (S.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 28 févr. 2006 : AJ. Fam. 2006, p. 203
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2012 : AJ Fam. 2012, p. 233

DEBOISSY (F.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997 : D. 1998, p. 303
- note sous Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007 : Dr. fisc. 2008, n° 11, comm. 217

DE LAMARNIÈRE (E.-S.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 1959 : D. 1960, p. 592
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 avr. 1983 : JCP, II, n° 20257
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 24 nov. 1987 : Gaz. Pal. 1988, I, p. 323

DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.),

- note sous CE, 19 nov. 2004 : RJPF 2005, 3140
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 oct. 2006 : RJPF 2006, n° 12, p. 24
- chron. sous Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2012, pourvoi n° 11.21-703 : Dt. et pat. 2013, n° 227, p. 77

DEVERS (A.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 29 janv. 2002 : D. 2002, p. 1938
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2012, : JCP 2012, n° 1298, p. 2192

DEVILLE (S.),

- étude sous Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008 : JCP N 2009, n° 24, p. 31, n° 1203
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 18 janv. 2012 : Lexbase Hebdo 2012, n° 478
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2013 : Lexbase Hebdo 2013, n° 536

DE SAINT-AFFRIQUE (B.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1996 : Defr. 1998, p. 465

DESBOIS (H.),

- note sous CA COLMAR, 28 mars 1928 : DH 1929, II, p. 84

DONZEL-TABOUCOU (Ch.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2012 : Defr. 2012, n° 18, p. 893

DOUET (F.),

- note sous Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007 : D. 2008, p. 1314

FAUCHER (D.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 18 juill. 2000 : JCP N 2000, n° 47, p. 1683

FORGEARD (M.-C.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1992 : Defr. 1993, art. 35416, p. 34
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1993 : Defr. 1993, art. 35416, p. 34

GALLOIS (J.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 2010 : RLDC 2011, n° 79, p. 54
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 2010 : RLDC 2011, n° 79, p. 56

GARNERI (S.),

- obs. sous Cons. Const. 9 nov. 1999, n° 99-419 : D. 2000, somm. p. 424

GELOT (B.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2006 : Defr. 2006, art. 38496

GENTILHOMME (R.),

- note sous CAA Douai, 16 juin 2009 : JCP N 2009, n° 47, p. 32, n° 1317

GÉNY (F.),

- note sous CA Rouen, 15 déc. 1922 : S. 1928, II, p. 33
- note sous Cass. civ., 11 janv. 1933 : S. 1933, I, p. 161

GHESTIN (J.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 18 juill. 2000 : JCP 2001, I, 329

GIRAY (M.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 18 juill. 2000 : Dt. et pat. janv. 2001, p. 24

GOLDIE-GENICON (Ch.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2012 : RDC 2012, n° 3, p. 89

GOUBEAUX (G.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 1973 : Defr., 1975, I, p. 531
- note sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007 : JCP 2007, II, 10130

GOUTTENOIRE (A.),

- note sous CEDH, 1^{er} févr. 2000 : JCP 2000, II, 10286

GRARE-DIDIER (Cl.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 2005 : RDC 2006, p. 481
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008 : RDC 2009, p. 1169

GROSCLAUDE (L.),

- obs. sous Cass. com., 5 oct. 2004 : RTD Com. 2005, p. 372

GRIMALDI (M.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 avr. 1983 : D. 1986, p. 31
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 19 oct. 1983 : Gaz. Pal. 1984, II, p.186
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 26 avr. 1984 : Defr. 1985, art. 33565
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 1991 : D. 1992, somm., p. 224
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1992 : D. 1993, somm. p. 220
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1993 : D.1993, somm. p. 220
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 9 févr. 1994 : D. 1995, somm., p. 51
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 2 nov. 1994 : D. 1995, somm., p. 337
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 1996 : D. 1997, somm., p. 368
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 1996 : D. 1996, somm. p. 392
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 1999 : D. 1999, somm., p. 307
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 18 juill. 2000 : Defr. 2001, art. 37276, p. 3
- obs. sous Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004 (4 arrêts) : RTD Civ. 2004, p. 434
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2006 : RTD Civ. 2006, p. 810
- obs. sous Cass. com., 19 déc. 2006 : RTD Civ. 2007, p. 603
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 2007 : RTD Civ., 2007, p. 608
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2007 : RTD Civ. 2007, p. 604
- obs. sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007 : RTD Civ., 2007, p. 605
- obs. sous Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007 : RTD Civ. 2008, p. 137
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008 : RTD Civ. 2009, p. 564
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2009 : RTD Civ. 2011, p. 162
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juin 2009 : RTD Civ. 2010, p. 141
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 3 mars 2010, n° 08-20.428 : RTD Civ. 2010, p. 604
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2012 : RTD Civ. 2012, p. 357
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2012 : RTD Civ. 2012, p. 757

HANNECART-WEYTH (W.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2012, pourvoi n° 11.21-703 : RJPf 2013, n° 2, p. 33

HAREL-DUTIROU (I.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 1997 : JCP 1997, n° 22969, p. 560

HAUSER (J.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 févr. 1992 : RTD Civ. 1992, p. 371
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1993 : RTD Civ. 1994, p. 88
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 9 févr. 1994 : D. 1994, p. 338
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 oct. 1996 : RTD Civ. 1997, p. 102
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 1998 : RTD Civ. 1998, p. 882
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2001 : RTD Civ. 2001, p. 863
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 janv. 2002 : RTD Civ. 2002, p. 278
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 2010, n° 09-11-005 : RTD Civ. 2010, p. 305
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 28 févr. 2006 : RTD Civ. 2006, p. 291
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2006 : RTD Civ. 2006, p. 749
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 2009 : RTD Civ. 2009, p. 519
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 2010 : RTD Civ. 2011, p. 112
- chron. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2012 : RTD Civ. 2012, p. 300
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2012, n° 09-15.606 : RTD Civ. 2013, p. 353

HENRY (M.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 8 juin 1982 : JCP 1983, II, 20018

HERAIL (J.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 févr. 1992 : JCP N 1993, II, 45

HILT (Ph.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 2006 : AJ Fam. 2006, p. 209
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 2007 : AJ Fam. 2007, p. 271

HOLLEAUX (G.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 5 oct. 1959 : D. 1959, p. 507

HUBRECHT (G.),

- note sous CA Bordeaux, 18 oct. 1948 : JCP 1949, II, 5063

HUET-WEILLER (D.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 févr. 1992 : RTD Civ. 1992, p. 371

JEAN (S.),

- comm. sous Cass. 3^{ème} civ., 5 déc. 2012, pourvoi n° 11-24.448, Lexbase Hebdo 2013, n° 514

KAHN (Ph.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 1972 : JDI 1972, p. 94

KHAIRALLAH (G.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 juill. 1988: RCDIP 1989, p. 360

LARRIBAU-TERNEYRE (V.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004, n° 03-18.423 : Dr. Fam. 2005, n° 27
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 28 févr. 2006 : Dr. Fam. 2006, comm. n° 110
- comm. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 2008 : Dr. Fam. 2008, n° 3
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2011 : Dr. fam. 2011, n° 107

LAVISSE (Ch.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 févr. 1998 : JCP N, 1999, n° 44

LEANDRI (F.),

- comm. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 mars 2007 : RLDC 2007, n° 38, p. 57

LECUYER (H.),

- note sous Cass. 3^{ème} civ., 12 nov. 1998 : Dr. Fam. 1999, n° 12

LE GALLOU (C.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004, n° 02-11.088 : D. 2005 p. 2263
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008 : RLDC 2009, n° 57, p. 57 et p. 59

Le GUIDEC (R.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1993 : JCP 1994, I, 3791, n° 8
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 1996 : JCP 1998, I, 133, n° 12
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 1997 n° 94-16.813 : JCP, 1998, I, 133, n° 8
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997 : JCP 1998, I, 133, n° 10
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 1997 : JCP 1999, I, 132, n° 5
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 févr. 1998 : JCP N, 1999, n° 48, p. 1732 et n° 44, p. 1636
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 janv. 2002 : JCP 2002, I, 167, 178, n° 8
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 2002 : JCP 2003, I, 180, n° 6
- obs. sous Cass. ass. pl., 29 oct. 2004 : JCP N 2006, p. 354
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004, n° 02-11.088 et n° 03-11.088 : JCP 2005, I, 187, n° 8
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 2005 : JCP 2008, I, 108, n° 8 et JCP N 2008, n° 1063, p. 23
- chron. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 2005 : JCP 2008, n° 3, p. 23, I, 108
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juin 2009 : JCP 2010, p. 374
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 3 mars 2010, n° 08-20.428 : JCP N, 2011, n° 18, p. 38
- chron. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2012 : JCP 2013, n° 9, p. 442
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 2002 : JCP 2003, I, 180, n° 6

LEMOULAND (J.-J.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004, n° 03-18.423 : D. 2005, pan. p. 813
- chron. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 2010, n° 09-11-005 : D. 2011, p. 1040

LENOAN (R.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 oct. 1959 : D. 1959, I, p. 593

LIBCHABER (R.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 oct. 1996 : D. 1997, somm. p. 177
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 2002 : Defr. 2002, p. 124, art. 37604, n° 64
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 9 juill. 2003 : Defr. 2003, p. 1566, n° 37845
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004, n° 02-11.088 : Defr. 2005, n° 7, art. 38142, p. 617
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2009 : Defr. 2010, p. 95

LICHE (R.),

- note sous Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007 : JCP N 2008, n° 15, 1174

LUCET (F.),

- doct. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1990 : JCP N 1992, n° 19, p. 145
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 janv. 1992 : D. 1993, somm. 218 et RTD Civ. 1992, p. 812
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1992 : RTD Civ. 1993, p. 187
- obs. sous CA Paris, 5 nov. 1992 : RTD Civ. 1993, p. 869

MAHINGA (J.-G.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 1998 : PA 1999, n° 49, p. 5
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 9 juill. 2003 : JCP N 2004, p. 1435
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 2009 : JCP N 2009, n° 42, p. 26
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2012 : PA 2012, n° 83, p. 16
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2012, pourvoi n° 11.21-703 : PA 2013, n° 77, p. 6
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2013 : PA 2013, n° 134, p. 6

MALAURIE (Ph.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 oct. 1959 : D. 1960, p. 515
- note sous Cass. com., 8 nov. 1972 : D. 1973, p. 753
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 1973 : D. 1974, p. 37
- note sous CA Paris, 17 mai 1973 : D. 1974, p. 625
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 8 déc. 1987 : D. 1989, p. 61
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 1997 n° 94-16.813 : Defr. 1997, p. 1136

MARGUENAUD (J.-P.),

- obs. sous CEDH, 1^{er} févr. 2000 : RTD Civ. 2000, p. 429
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 janv. 2002 : RTD Civ. 2002, p. 865

MARTEL (D.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 sept. 2005 : JCP N 2005, n° 47, 1459
- note sous Cass. 1^{ère} civ. 18 janv. 2012 : RJPF sept. 2012, n° 2, p. 6

MARTIN (D.),

- note sous Cass. com., 8 nov. 1972 : Gaz. Pal. 1973, I, p. 143
- note sous CA Paris, 17 mai 1973 : Gaz. Pal. 1973, II, p. 897
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 1973 : Gaz. Pal. 1973, p. 894
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 1977 : D. 1978, IR, p. 241
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 oct. 1979 : D. 1980, IR, p. 402
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 janv. 1983 : D. 1991, p. 7
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} oct. 1986 : D. 1987, somm. p. 124
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 5 févr. 2002 : D. 2003, somm. p. 344

MATHIEU (B.),

▪ obs. sous Cons. Const. 9 nov. 1999, n° 99-419 : JCP 2000, I, 261, n° 15, 16, 17, et 19 et PA, 26 juill. 2000, n° 148, p. 11

MASSIP (J.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 19 oct. 1983 : D. 1984, p. 229
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1993 : Defr. 1993, art. 35663, p. 120
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 1995 : Defr. 1996, p. 321
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 janv. 2002 : Defr. 2002, p. 692
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 2003 : Defr. 2003, p. 1093
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 avr. 2010 : Defr. 2010, p. 1367
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 2010 : Defr. 2011, chron. n° 8, p. 817 et JCP N 2011, n° 19, p. 37
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 2010 : JCP N 2011, n° 17, p. 35

MAZEAUD (D.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 1999 : Defr. 1999, art. 37008

MEAU-LAUTOUR (H.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 19 janv. 1988 : JCP N, 1988, II, p. 345

MEKKI (M.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2012 : JCP 2012, n° 561

MÉSA (R.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 18 janv. 2012 : RLDC 2012, n° 94, p. 43

MESTRE (J.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 1982 : D. 1983, p. 320
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 1987 : RTD Civ. 1987, p. 755
- note sous Cass. 3^{ème} civ., 31 mai 1989 : RTD Civ. 1990, p. 69
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 1986 : RTD Civ. 1987, p. 753
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 1995 : RTD Civ. 1996, p. 392
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 oct. 1996 : RTD Civ. 1997, p. 657

MILHAC (O.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 oct. 1996 : Defr. 1997, p. 923

MIRABAIL (S.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 2002 : D. 2003, p. 1590

MORIN (G.),

- note sous Cass. ch. mixte, 27 nov. 1970 : Defr. 1971, art. 29786, p. 94
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 29 oct., 1974 : Gaz. Pal. 1975, I, p. 143
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 avr. 1976 : Defr. 1976, art. 31284, p. 1546
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 5 févr. 1975 : Defr. 1976, p. 318
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 déc. 1975 : Defr. 1976, art. 31284
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 janv. 1983 : Defr., 1983, p. 1983
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 juin 1983 : D. 1984, p. 254

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 26 avr. 1984 : D. 1984, p. 133 et Defr. 1984, art. 33456
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} oct. 1986 : D. 1987, p. 158

MURAT (P.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2006 : Dr. Fam. 2007, n° 44

NAJJAR (I.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 1985 : D. 1986, p. 65
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 1996 : D. 1997, p. 369
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 1997 n° 94-16.813 : D.1999, p. 155
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 2002 : D. 2002, p. 2753
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 2005 : D. 2006, p. 993

NAST (M.),

- note sous Cass. req., 24 avr. 1936 : DH 1938, I, p. 11

NAUDIN (E.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2012, n° 09-15.606 : D. 2013, n° 16, p. 1117

NERSON (R.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 oct., 1974 : RTD Civ. 1975, p. 304

NIBOYET (J.-P.),

- note sous Cass. civ., 17 nov. 1924 : S. 1925, I, p. 113

NICOD (M.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 févr. 1998 : D. 2000, somm., p. 428
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 5 févr. 2002 : D. 2002, somm. p. 2447
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 2002 : D. 2003, somm. p. 1873
- obs. sous Cass. com., 5 oct. 2004 : D. 2005, pan. p. 2123
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004, n° 02-11.088 : D. 2005, pan. p. 2122
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 2005 : D. 2006, pan., p. 2072
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 2005 : D. 2006, pan., p. 2072
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 2006 : D. 2006, pan., p. 2073
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2006 : D. 2007, pan. p. 2134
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2007 : D. 2007, pan. p. 2135
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juin 2009 : D. 2009, pan., p. 2516
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2012 : RLDC 2012, n° 93, p. 47

NICOLAS (V.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2007 : Dr. Fam. 2007, n° 176

OMARJEE (I.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 2009 : RLDC 2009, n° 60, p. 47

PAILLET (C.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 1997, n° 94-20.276 : JCP 1997, II, 22912

PATARIN (J.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 29 oct., 1974 : JCP 1975, II, 18015

Bibliographie générale

- note sous CA Amiens, 5 nov. 1974 : JCP 1975, II, 18132
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1979 : RTD Civ. 1981, p. 427
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 oct. 1979 : RTD Civ. 1982, p. 181
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 1980 : RTD Civ. 1987, p. 586
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 30 nov. 1982 : RTD Civ. 1983, p. 576
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 26 janv. 1983 : RTD Civ., 1983, p. 773
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 20 avr. 1983 : RTD Civ. 1984, p. 349
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 déc. 1983 : RTD Civ. 1985, p. 184
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 26 avr. 1984 : RTD Civ. 1985, p. 194
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1985 : RTD Civ. 1986, p. 397
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 1985 : RTD Civ., 1986, p. 391
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} oct. 1986 : RTD Civ. 1987, p. 582
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 1987 : RTD Civ. 1987, p. 784
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 19 janv. 1988 : RTD Civ., 1987, p. 804
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 1988 : RTD Civ. 1990, p. 700
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 févr. 1989 : RTD Civ. 1989, p. 799
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1993 : RTD Civ. 1994, p. 662
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 9 févr. 1994 : D. 1994, p. 159 et p. 165
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 1996 : RTD Civ. 1996, p. 681
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1996 : RTD Civ. 1997, p. 485
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 1996 : RTD Civ. 1997, p. 981
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 1994 : RTD Civ. 1994 p. 655
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 1996 : RTD Civ. 1996, p. 679
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 1997 n° 94-16.813 : RTD Civ. 1997, p. 480
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 1997 : RTD Civ. 1998, p. 721
- obs. sous CEDH, 1^{er} févr. 2000 : RTD Civ. 2000, p. 601
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 5 févr. 2002 : RTD Civ. 2002, p. 551
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 2002 : RTD Civ. 2003, p. 131

PELLETIER (Ph.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997 : JCP N 1997, 1533

PETERKA (N.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 2005 : Defr. 2006, p. 836

PIEDELIEVRE (J.),

- comm. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997 : Dr. fisc. 1997, n° 31-36, comm. n° 900 et JCP N 1997, 939
- note sous Cass. ass. pl., 29 oct. 2004 : Defr. 2005, p. 234

PILLEBOUT (J.-F.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 juin 1983 : JCP 1985, II, 20330
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 1988 : JCP N 1990, II, 27

PILON (E.),

- note sous Cass. req., 24 avr. 1936 : S. 1936, I, p. 337

PLANIOL (M.),

- note sous CA Nancy, 25 févr. 1891 : DP 1891, II, p. 353

PONSARD (A.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 1959 : JCP 1960, II, 11459
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 1974 : D. 1975, p. 144
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 1977 : Defr. 1979, p. 581
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 9 janv. 1979 : Defr. 1980, art. 32174
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1979 : Defr. 1980, art. 32174

POSEZ (A.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2012 : D. 2012, n° 21, p. 1386

POULIQUEN (E.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 2009 : RLDC 2009, n° 59, p. 53
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 3 mars 2010, n° 08-20.428 : RLDC, 2010, n° 71, p. 50

PUIGELIER (C.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 1998 : JCP 1998, n° 49, II, p. 2115, n° 10197

RAISON (A.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1968 : Journ. not. 1969, art. 49113, p. 843

RÉMY (Ph.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 1981 : JCP N, 1982, II, 195
- note sous CA Paris, 21 avr. 1982 : D. 1983, p. 227
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 avr. 1983 : JCP N, 1985, II, 30
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 1988 : RTD Civ. 1989, p. 570

REVEL (J.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 18 juill. 2000 : D. 2001, p. 1607
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 2003 : D. 2004, somm. p. 2335
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 28 févr. 2006 : D. 2006, pan., p. 2074
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008 : D. 2009, pan. p. 2513
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 avr. 2009 : D. 2009, p. 2508

RIVIERE (G.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 2007 : JCP N, 2007, 1147
- note sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007 : JCP N, 2007, 761

SAINTE-ROSE (J.),

- concl. sous Cass. 1^{ère} civ. 28 févr. 2006 : D. 2006, p. 1426

SAUVAGE (F.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 1987 : JCP N 1988, II, 2
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 18 juill. 2000 : JCP N 2000, n° 47, 1683
- note sous CE, 19 nov. 2004, Defr. 2006, p. 43
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 2007 : JCP 2007, II, 10113
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 18 janv. 2012 : JCP 2012, n° 17, p. 835, n° 513
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2012 : RJPF 2012, n° 5, p. 6

SAVATIER (R.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 20 nov. 1958 : RTD Civ. 1959, p. 353

Bibliographie générale

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 1959 : RTD Civ., 1960, p. 692
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 18 janv. 1965 : RTD Civ. 1965, p. 843
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1968 : RTD Civ. 1969, p. 368
- obs. sous Cass. ch. mixte, 27 nov. 1970 : RTD Civ. 1971, p. 400
- obs. sous CA Paris, 17 mai 1973 : RTD Civ. 1974, p. 181
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 1974 : RTD Civ. 1974, p. 844
- obs. sous CA Amiens, 5 nov. 1974 : RTD Civ. 1976, p. 384

SAVATIER (X.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 1997, n° 94-20.276 : D. 1997, p. 273

SÉNÉCHAL (M.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2001 : D. 2002, p. 1713

SERRA (G.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 28 févr. 2006 : D. 2007, pan., p. 712

SCHOETTL (J.-H.),

- note sous Cons. Const. 9 nov. 1999, n° 99-419 : PA 1999, n° 239, p. 6

SIMLER (Ph.),

- note sous Cass. com., 16 févr. 1977 : JCP 1979, II, 19154
- note sous CA Paris, 10 juill. 1985 : JCP 1988, II, 21134
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 1985 : JCP N 1986, II, 247
- note sous TGI Strasbourg, 17 sept. 1987 : JCP N 1989, II, p. 109
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 8 déc. 1987 : JCP 1989, II, 21336
- note sous TGI Strasbourg, 24 mars 1992 : JCP 1993, II, 22108
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 1992 : JCP 1992, I, 3614
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1992 : JCP 1993, II, 22108
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1993 : JCP 1993, II, 22108
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 2 nov. 1994 : JCP N 1995, II, 691
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 2006 : JCP N 2006, I, n° 26, 1229
- notes sous Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 2005 : JCP 2006, II, n° 31, p. 1596, n° 10136, et JCP N 2006, n° 1168

STORCK (M.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1993 : JCP 1994, I, 3785, n° 3
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} oct. 1996 : JCP 1997, I, 4008, n° 18
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 2003 : JCP 2004, I, 129, n° 20

SURDE (F.),

- note sous CEDH, 1^{er} févr. 2000 : JCP 2000, II, 10286

TEILLAIS (G.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 1997 : PA, 1999, n° 164, p. 17

TESTU (F.-X.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 févr. 1992 : JCP 1992, I, 3604, n° 5

THIERRY (J.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 avril 1998 : D. 1998, n° 37, p. 529
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 9 févr. 1994 : D. 1994, p. 417
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1996 : D. 1996, p. 537
- note sous CEDH, 1^{er} févr. 2000 : D. 2000, p. 332

THULLIER (H.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 1974 : JCP N 1975, II, 17911

TISSERAND-MARTIN (A.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997 : JCP 1997, I, 4047, n° 20
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2001 : JCP 2002, I, 167, n° 13
- obs. sous CA Orléans, 29 avril 2002 : JCP 2003, I, 111, n° 16
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 janv. 2002 : JCP 2002, I, 167, n° 12
- obs. sous Cass. 1^{ère}, 17 janv. 2006 : JCP 2006, I, 141, n° 20
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2006 : JCP 2007, I, 142, n° 25
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2008 : JCP N 2008, n° 39, 1295
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008 : JCP 2009, I, 140, n° 17
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 2009 : JCP 2009, I, 140, n° 14
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juin 2009 : AJ Fam. 2009, 306
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 2010 : JCP 2011, n° 1371, § 10

TISSIER (A.),

- note sous Cass. civ., 27 mars 1923 : S. 1923, I, p. 201

VALORY (S.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 2008 : RJPF 2008, n° 5, p. 27
- obs. sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007 : RJPF 2007, n° 7-8, p. 29

VAUVILLÉ (F.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2001 : RJPF 2001, n° 10, p. 15
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 2006 : RJPF 2006, n° 7, p. 14
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008 : RJPF 2009, n° 2, p. 20
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2008 : RJPF 2008, n° 6, p. 8
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 2009 : RJPF 2009, n° 5, p. 18
- analyse sous Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 2010 : RJPF 2011, n° 2, p. 18
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2012, pourvoi n° 11.21-703 : RJPF 2013, n° 3 p. 25

VAREILLE (B.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2001 : RTD Civ. 2002, p. 134
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 janv. 1992 : RTD Civ. 1992, p. 812
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1992 : RTD Civ. 1993, p. 187
- obs. sous CA Paris, 5 nov. 1992 : RTD Civ. 1993, p. 869
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 nov. 1993 : D. 1995, somm. p. 325
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 2 nov. 1994 : RTD Civ. 1995, p. 426
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 1995 : RTD Civ. 1997, p. 205
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 1996 : D. 1997, somm., p. 366
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 1997, n° 94-20.276 : RTD Civ. 1997, p. 985
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997 : RTD Civ. 1998, p. 179
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 1998 : RTD Civ. 1998, p. 457 ; RTD Civ. 1997, p.

207

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1996 : RTD Civ. 1997, p. 207
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 29 janv. 2002 : RTD Civ. 2002, p. 347
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 2003 : RTD Civ. 2004, p. 335
- chron. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 2005 : PA 2006, n° 88, p. 3
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2006 : Defr. 2006, p. 1578
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 avr. 2008 : RTD Civ. 2009, p. 352
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008 : Defr. 2009, p. 1605, art. 38987-3
- chron. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008 : PA 2009, n° 239, p. 9
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 2009 : Defr. 2009, n° 15, p. 1611
- chron. sous Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 2009 : PA 2010, n° 249, p. 3
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2009 : Defr. 2011, p. 698
- note sous Cass. 1^{ère} civ. 3 mars 2010, n° 08-20.428 : Defr., 2011, n° 7, p. 721
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 2010, n° 09-11-005 : RTD Civ. 2010, p. 363

VERPEAUX (M.),

- obs. sous Cons. Const. 9 nov. 1999, n° 99-419 : JCP 2000, I, 261, n° 15, 16, 17, et 19 et PA, 26 juill. 2000, n° 148, p. 11

VOIRIN (P.),

- note sous Cass. req., 10 juill. 1944 : JCP 1944, 2732
- note sous CA Paris, 20 janv. 1948 : JCP 1948, I, 4238
- note sous Cass. civ., 8 mars 1949 : JCP 1949, II, 4973
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 nov. 1958 : JCP 1960, II, 11383
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 1959 : JCP 1960, II, 11823
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 5 oct. 1959 : JCP 1959, II, 11323
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 juill. 1960 : D. 1960, p. 702
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 1961 : JCP 1963, II, 12973

VIALLETON (H.),

- note sous Cass. civ., 16 déc. 1925 : S. 1926, I, p. 169
- note sous Cass. civ., 24 janv. 1928 : S. 1928, I, p. 37

VIGNEAU (D.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 janv. 2002 : Dr. Fam. 2002, n° 9, chron. n° 18
- note sous Cass. ass. pl., 29 oct. 2004 : D. 2004, jp., p. 3175
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004, n° 03-18.423 : D. 2005, pan. p. 813
- chron. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 2010, n° 09-11-005 : D. 2011, p. 1040

WAHL (A.),

- note sous Cass. ch. réunies, 19 déc. 1890 : S. 1891, I, p. 129

WIEDERKEHR (G.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 juill. 1988 : JDI 1989, p. 915
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 1972 : RCDIP 1972, p. 644
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 janv. 1992 : JCP 1992, I, 3614, n° 4
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 1997, n° 94-20.276 : JCP 1997, I, 4047, n° 12
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 avr. 2010 : JCP 2010, n° 1220

ZÉNATI (F.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 9 févr. 1994 : RTD Civ. 1995, p. 151
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 1997 : RTD Civ., 1998, p. 937

SITES INTERNET

www.courdecassation.fr

<http://www.cnrtl.fr>

www.dalloz.fr

www.doctrinal.fr

www.justice.gouv.fr

www.ladocumentationfrancaise.fr

www.lexisnexis.fr

www.legifrance.gouv.fr

www.lextenso.com

www.service-public.fr

www.sudoc.abes.fr

www.univ-tlse1.fr

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les numéros renvoient aux paragraphes

A

Acquêt : 194, 399, 438, 548

Acte notarié : 66, 67, 215, 221, 547

Affectio conjugalis : 61 140, 409

Aléa : 104, **106 et s.**, 135, 143, 161, 308, 508

Assurance-vie : **122 et s.**, 161, 526

Avantage

➤ acquis : 309

➤ bienfait : **306 et s.**

➤ contributif : 309

➤ critère de distinction du titre gratuit et du titre onéreux : **84 et s.**, 105

➤ de retraite : 309

➤ différence : **305 et s.**

➤ élément du domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux : **44 et s.**

➤ en nature : 309, **355 et s.**

➤ en valeur : **355 et s.**

➤ financier : 309

➤ fiscal : 309

➤ gratuit : 105, 115, 126, 408

➤ indirect : 98, **312 et s.**, 105, 158, 338 et s., **344 et s.**, 361 et s. 446, 448

➤ objet du rapport d'équivalence : 42, **84 et s.**, 105, 142, 187, **349 et s.**

➤ occulte : 309

➤ onéreux : 105, 115, 408

➤ particulier : 309

➤ résultat du rapport d'équivalence : 142, 291, **349 et s.**, 415

➤ tarifaire : 309

➤ sociaux : 309

Avantage matrimonial

➤ bienfait : 419, 448

➤ classification : **406 et s.**, 493 et s.

➤ définition, notion : 7, 13, **363 et s.**, 555 et s., 562

➤ différence : 419, 448

➤ étalon de mesure : 14, 301, **364 et s.**, 555, 557

➤ effet de la règle de droit : **417**, 448

➤ exemples : 14

➤ global : 414, 448

➤ en nature : **416 et s.**, 428, 448

➤ ne prenant effet qu'au cours du mariage : **411 et s.**, 481

➤ objectif : 418

➤ objet du rapport d'équivalence : **350 et s.**, **415**

- prenant effet à la liquidation du régime matrimonial : **411 et s.**, 481
- qualification en : **364 et s.**
- particulier : **414**, 448
- réductible / retranchable : **414 et s.**, 448
- règle de droit : **417**, 448
- régime juridique : **450 et s.**
- résultat du rapport d'équivalence : **415**, 448
- révocable : **414 et s.**, 448
- en valeur : **416 et s.**, 448
- subjectif : 418

B

Bien

- à venir : 178 et s., 482
- futur : 178 et s.
- présent : 178 et s. 482

Bonnes mœurs : 230, 236, 266, 268, 269, 512, 534, 552

C

Cantonement : 297, **515**, 563

Capacité juridique : 151, 176, 225, 230, 235, **248 et s.**, 258, 290, 291, 515, 535

Cautionnement : 49, 158, 270

Cause : 25, 33, 41, 45, 82, 85, 90, 100, 101, 103, 139, 146, 149, 151, 157, 176, 225, 230, 242, 247, 261, **263 et s.**, 291, 308, 334, 340, 495, 508

Changement de régime matrimonial : 9, 234, **239 et s.**, 256, 260, 472, 519, 524, 547, 550

Classification

- des actes à titre gratuit : **179 et s.**
- des avantages matrimoniaux : **406 et s.**
- des libéralités : **178**

Clause

- d'accroissement : v. *Tontine*
- de non-divorce : 474, **485 et s.**, 496
- de rapport forfaitaire : 320
- de réversibilité d'usufruit : v. *Usufruit réversible*
- léonine : 235
- résolutoire : 474, 487, 495
- de « non-assassinat » : 508
- de prise en charge par le donateur des frais fiscaux : 521

Clause du contrat de mariage : 14, 74, 136, 191, 200, 233, 238, 245, 273, 396, 405, 415, 417, 420, 426, 447, 555

- alsacienne (de reprise des apports) : 13, 243, **412, 434**, 443, 444, 481, **489 et s.**
- ameublement : 14, 143, 305, 415, 417, 420, 426 et s., 434
- attribution intégrale de la communauté au profit du conjoint

survivant : 5, 6, 14, 16, 21, 106, 143, 144, 166, 169, 191, 198, 200, 287, 293, 299, 364, 427, **432**, 441, 456, 484, 497, 511, 520, 527, 533

➤ commerciale (prélèvement à titre onéreux) : 13, 16, 167 et s., 235, 359, **433**, 541

➤ communauté conventionnelle : 3, 13, 310, 366 et s., 376, 410

➤ contribution aux charges du mariage : 441

➤ exclusion des biens professionnels du calcul de la créance de participation : 8, 13, 14, **440**, 443

➤ partage inégal : 6, 14, 21, 142, 143, 169, 191, 198, 235, 293, 197, 299, 368, **432**, 441, 481, 507, 520, 543

➤ préciput (prélèvement à titre gratuit) : 14, 16, 21, 144, 169, 190 et s., 235, 305, 370, 417, 420, **433**, 520, 526, 543

➤ réalisation (déclaration de propre) : **426 et s.**, 431, 443, 446, 456

➤ représentation mutuelle / main commune : 430

➤ unité d'administration : 430

Critères catégoriques

➤ de la libéralité : **148 et s.**

➤ de l'avantage matrimonial : **363 et s.**

➤ du titre gratuit et du titre onéreux : **76 et s.**

Commodat : 16, 50, 159, 179, 181, 185, 319, 448

Communauté

➤ continuée : 503

➤ conventionnelle : 3 et s., 74, 140, 169, 310, 366, 375 et s., **423 et s.**, 547

➤ de meubles et acquêts : 5, 242, 374 et s., 420, 425, 433 et s., 548

➤ légale : v. *Régime matrimonial légal*

➤ réduite aux acquêts : 6, 14, 63, 68, 139, 209 et s., 330, 371, **374 et s.**, 383, 394, 396 et s., 400, 545, 548

➤ universelle : 6, 16, 106, 144, 170, 287, 359, 364, 376, 399, 400, **425 et s.**, 434, 497, 507, 511, 523, 527, 533, 547 et s.

Concubinage : **322 et s.**, 340, 521

Condition

➤ modalité de l'obligation 86, 90, 110, 117 et s., 125 et s., 200, 243, 265, 482, 495

➤ potestative : **197 et s.**, 235, 240 et s., 463, 471, 487. V. *Potestativité*

Confusion du mobilier ou des dettes : 3 et s., 28, 299, 366 et s., **375 et s.**, 409

Consensualisme : 95, **204**, 208

Consentement

➤ notion : 69, 73, 80, 90, 94 et s., 100, 151, 176, 199, 204, 215, 216, 222, 225, 230, 248, 253, 254, **256 et s.**, 270 et s., 275, 279 et s., 290, 291, 346, 400, 472 et s.

➤ vices du : **260 et s.**

Contrat de mariage : **215 et s.**

Contribution aux charges du mariage : 391, 393, **441**

Convention matrimoniale : **238 et s.**

Créance

➤ de participation : 8, 13, 14, 166, 172, 200, 235, **438**, 440, 443, 524, 526, 546

➤ droit de : **183 et s.**, 191 et s., 198, 356, 459, 544

➤ entre époux : 376, 436, 442, 546

➤ entre partenaires : 328, 340, 352

D

De in rem verso (action) : 336, 340

Déséquilibre économique : 16, **154 et s.**, 224, 269 et s., 291, 314, 334, 351, 555 et s.

Disqualification : 5, **12**, 114, 150, 294, 369, 371, 451, 535, 552 et s., 558

Distinction :

➤ des avantages matrimoniaux et des donations entre époux : **3 et s.**, 24 et s., 299 et s., **558 et s.**

➤ notion de : **3, 11 et s.**, 558 et s.

Distinction du titre gratuit et du titre onéreux :

➤ critères : **76 et s.**

➤ domaine : **30 et s.**

Divorce : **7**, 199, 509, 524, 544

➤ conséquences sur les avantages matrimoniaux et les donations entre époux : 409 et s., **478 et s.**, 507, 553, 557 et s.

Donation

➤ à cause de mort (de biens à venir) : **2 et s.**, 9 et s., 152 et s., 169 144, 177, **178 et s.**, 200, 450 et s., 469 et s.

➤ à terme : 119, 178, 200, 525

➤ déguisée : 6, 25, 106, **217 et s.**, 313, 372, 450, 460, 463 et s.

➤ don manuel : 162, 223, 283, 463, 521

➤ entre époux : **1 et s.**, 294, 556, 557 et s.

➤ indirecte : 25, 36, 104, 124 et s., 142, 158 et s., 180, **217 et s.**, 289, 297, **313 et s.**, 334, 344 et s., 372, 380, 409, 448, 468, 515, 533 et s., 553

➤ notion de : **2 et s.**, 152 et s., 557 et s.

➤ par contrat de mariage : 254, **468 et s.**

➤ par personne interposée : 460

Dot : 194

Dol : v. *Consentement*

Droit

➤ actuel : 182 et s., **195 et s.**,

➤ de mutation : v. *Fiscalité*

➤ éventuel : 178, **195 et s.**

➤ personnel : **182 et s.**

➤ potestatif : v. *Potestativité*

➤ réel : **182 et s.**

E

Enrichissement sans cause : 33, 340, 521, 542

Erreur : v. *Consentement*

Élément d'extranéité : 388, 405

Étalon de mesure de l'avantage matrimonial : 14, 301, **364 et s.**, 555, 557

F

Faculté de substitution : **514**, 552

Fiction : 15, **18 et s.**, 119 et s., 134, **294**, **560 et s.**

Fiction disqualificative

- efficacité : 26, **296 et s.**
- conséquences : **450 et s.**
- domaine d'application : **299 et s.**
- existence : 26, **27 et s.**, 294, 560 et s.
- tempéraments : 450 et s.

Fiscalité : **518 et s.**

Formalisme : 20, 95, **202 et s.**

- du contrat de mariage : **215**
- des avantages matrimoniaux : **208 et s.**, 291
- des libéralités : **208 et s.**
- des donations : 94, **208 et s.**, 291
- des testaments : 76
- du *mutuus dissensus* : **218**

G

Gratuité

- critère intentionnel : **94 et s.**
- critère matériel : **80 et s.**

H

Hérédité : 358, 534, 539

I

Irrévocabilité : 162, 177, 185, 191, 218, 220, 240, 452, 460 et s., **465 et s.**, 553

Immutabilité : 4, 9, 10, 191, 199, 218, 234, 236, **239 et s.**, 369, 372, 452, 453, 461, 464, **465 et s.**, 484, 502, 509, 550

Impérativité : v. *Ordre public*

Imputation

➤ des avantages matrimoniaux (action en retranchement) : 200, **550 et s.**

➤ des libéralités (action en réduction) : 178, 535

➤ des libéralités faites au conjoint sur les droits légaux : 10, 451, **516 et s.**

Indignité successorale : 14, 454, 478, **519 et s.**, 525, 552, 553

Indivision

- conventionnelle : 359, 436
- de droit commun : 325 et s., 371, 424, 436
- d'acquêts : **330 et s.**, 346, 521
- en jouissance : 117
- entre époux : 172, 235, 428, 513
- post-communautaire : 484, 519, 526
- successorale : 162

Infâme : **506 et s.**

Ingratitude : 10, 409, 461 et s., 475, **506**, 553

Institution : **401 et s.**

Institution contractuelle : v. *Donation à cause de mort*

Instrumentum : 56, 68, 162, **202 et s.**, 244 et s., 274 et s., 383 et s.

Intention

- conjugale : 324
- gratuite : 34, 50, **94 et s.**, 106 et s., 146
- libérale : 6, 16, 43, 73 et s., 78, 80, 82 et s., **95 et s.**, 106 et s., 150 et s., 261, **263 et s.**, 291 et s., 314 et s., 334 et s., 361, **409 et s.**, 557 et s.
- matrimoniale : 69, 232, 324, 508
- onéreuse : **94 et s.**, 112, 106 et s., 146
- participative : 300, 380, **446**

Intérêt

- matériel : **83**, 86, 92, 139, 283 et s.
- moral : **81 et s.**, 283 et s.

L

Legs : **21**, 76, 162, 169, 177, **178 et s.**, 216, 254, 357, 484, 495, 515, 521 et s., 558

Libéralité

- avec charge : 82 et s., **86 et s.**, **93**, 106, 112, 157, 269, 526
- capacité : **249 et s.**
- cause : **269 et s.**
- consentement : **256 et s.**
- critère intentionnel : **225 et s.**
- critère matériel : **152 et s.**
- définition : **2**, **148 et s.**
- formalisme : **202 et s.**

- formes : 2, 148
- objet : **154 et s.**
- rémunérateur : **85 et s.**, 90, **93**, 106, 157, 287, 309, 351, 442, 461

Liberté

- des conventions de droit commun : **229 et s.**, 291
- des conventions matrimoniales : **232 et s.**, 291

Loi de police : **389**

M

Mariage : **1 et s.**, 41, 57 et s., 68 et s., 132, 136, 138 et s., 194, 199, 209 et s., 229 et s., 246 et s., 253 et s., 272 et s., 291, 293, 323 et s., 401 et s.

Masse

- de calcul de la quotité disponible : 532, **549 et s.**
- de calcul de l'avantage global : **541 et s.**
- de calcul des droits théoriques du conjoint survivant : 516
- à partager : 315, 318, 517, 532

Mutabilité contrôlée : 240, 470, 472 et s., 502

N

Negotium : 56, 69, 70, **154 et s.**, 210, 238, 240, 247, 383

O

Objet

➤ de l'acte juridique (libéralité et avantage matrimonial) : **155 et s.**

➤ de la liberté des conventions matrimoniales : v. *Convention matrimoniale*

➤ de la prestation (libéralité et avantage matrimonial) : **174 et s.**

➤ du rapport d'équivalence (avantage) : 42, **84 et s.**, 105, 142, 187, **349 et s.**

Obligation

➤ civile : 99, 340 et s.

➤ naturelle : **85**, 93, 96, 99

Onérosité

➤ critère intentionnel : **94 et s.**

➤ critère matériel : **80 et s.**

Ordre public (impérativité) :

➤ en général : **230 et s.**, 430, 463, 468, 471, 485 et s., 510 et s., 534

➤ successoral : 9, 418, 512, 516, 530, 535, 539, 552, 557, 562

P

Pacte civil de solidarité : 9, **322 et s.**, 448

Pacte sur succession future : 196 et s. 235, 537

Participation aux acquêts

➤ modifications conventionnelles : 440

➤ régime du Code civil français : 13 et s., 166, 189 et s., 375, 379 **438**

➤ régime « franco-allemand » : **439**

Potestativité : **197 et s.**, 235, 411, 433, 482

Présent d'usage : 319, 461

Présomption :

➤ bancaire : 324

➤ de communauté : 428, 446

➤ de contribution aux charges du mariage : 441

➤ de volonté révocatoire : 483, 495 et s., 500

➤ de pouvoir mobilier : 328

➤ de propriété : 510, 544, 546

➤ d'indivision en séparation de biens (Pacs) : **329 et s.**, 346

➤ d'indivision en séparation de biens (mariage) : 397, 436, 446, 546

➤ d'interposition de personnes : 460

➤ mucienne : 455

➤ notion : 17 et s., 294, 378, 395, 560

➤ d'onérosité : **15**, 17, 50, **132**

➤ de libéralité : 15, 408

Prestation compensatoire : 41, 267, 339 et s., **442**, 563

Procédure collective : 10, **454 et s.**, 553

Promesse (pacte) post-mortem : 197

Q

Qualification juridique : 3, 6, 8, 10, **12 et s.**, **293 et s.**, 555, **557 et s.**

Quotité disponible

- ordinaire : 514
- combinaison des quotités disponibles : **550**
- spéciale entre époux : 5, 15, 134, 193, 514 et s., **530 et s.**

R

Rapport d'équivalence : **88 et s.**, **349 et s.**

Rapport successoral : 10, 178, 297, 313 et s., 341, 344, 414, 451, **517**, 552

Récompenses : 4, 139, 330, 359, 372, 376, 377, 381, 410, 420, **431**, 436, 443, 447, 473, 510, 526, 542

Réduction

- action en : 6 et s., 28, 438, **528 et s.**, 553
- en nature : 358
- indemnité de : 358, 532, 535, 538, 541, 543, 551, 552, 563
- en valeur : 358

Régime matrimonial

- conventionnel : 66 et s., 233, 240, 395 et s., 405
- légal : 374 et s., **394 et s.**
- primaire : **383 et s.**

Règle de conflit : 389, 398

Renonciation

- abdicative : 468
- anticipée à l'action en réduction : 9, 289, **535 et s.**
- anticipée à l'action en retranchement : **536 et s.**
- à succession : 163, 297, 535
- translatrice : 468

Reprise

- des apports : v. *Clause alsacienne*
- faculté offerte aux héritiers de l'époux prédécédé (art. 1525 al. 2) : 427, 432, 434, 490, 533

Réserve héréditaire : 28, 124, **358**, 378, 415, 439, 444, 512, 516, **528 et s.**, 557 et s.

Retranchement

- action en : **5 et s.**, 414 et s., **528 et s.**
- en nature : 551
- en valeur : 551
- indemnité de : 551, 553
- titularité de l'action : 535 et s.

Réversibilité d'usufruit : v. *Usufruit réversible*

Révocabilité *ad nutum* : 5, 218, 240, 450, **460 et s.**

Révocation

- causes légales : 438, 451, 462, 471, **475 et s.** V. aussi *Ingratitude* et *Survenance d'enfant*
- de plein droit : **479 et s.**, 489, 494

➤ faculté : 461, 553

S

Sacrifice : 38, **57 et s.**, 70, 81, 83, 84, **87 et s.**, 114, 127 et s., 138, 146

Séparation de biens

➤ de droit commun : 403

➤ pacte civil de solidarité : **329 et s.**

➤ régime matrimonial : 14, 70, 173, 371, 375, 385, 397, 399, 405, **436 et s.**, 519, 546 et s.

Séparation de corps : 493, 509

Simplex bénéfiques : 299, **378, 542 et s.**

Société d'acquêts : 14, 256, 375, **437**

Survenance d'enfant : 553

Synallagmatisme : 31, 64, 105, 107 et s., **112**, 211, 218, 259, 267 et s., 291, 466

T

Terme (modalité de l'obligation) : **200 et s.**, 243, 291

Testament : 2, 21, 66, 76, 94, 148, 158, 162, 178, 208 et s., **216 et s.**, 252, 269

Trust : 385

Tontine : 13, 111, **117 et s.**, 370

U

Unilatéralisme : 21, 64, 112, 199, 218, 269,

273, 284, 291, 466, 471 et s.

Usufruit

➤ faculté de conversion : **513**, 517, 552, 553

➤ réversible (réversibilité d'usufruit) : 119, 369 et s., 462, 472 et s., 477, 482, 488, 495, 527

V

Vente : 48, 467, 519

Violence : v. *Consentement*

Volonté : 6, 28, 32, 33 et s., 61 et s., 79 et s., 95 et s., 103 et s., 148 et s., 176 et s., 204 et s., 313 et s., 225, **226 et s.**, 257 et s., 266 et s., 279 et s., **291**, 316 et s., 332, 339 et s., **343 et s.**, 361 et s., 371 et s., 393 et s., 408 et s., 465 et s., 480, 483, 486 et s., 494 et s., 502, 503, 555, 557

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS UTILISÉES -----	I
SOMMAIRE -----	V
INTRODUCTION GÉNÉRALE -----	1
<u>PREMIÈRE PARTIE : L'AVANTAGE MATRIMONIAL EXCLU DE LA DONATION ENTRE ÉPOUX : EXISTENCE DE LA FICTION DISQUALIFICATIVE</u> -----	27
<u>TITRE I : L'avantage matrimonial hors de la gratuité ?</u> -----	29
<u>Chapitre premier : Le domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux</u> ----	32
<u>Section première : Détermination théorique du domaine de la distinction</u> -----	33
<u>Paragraphe premier</u> : Les théories doctrinales sur le domaine de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux -----	34
A. Un domaine à l'épreuve de la distinction des actes et des faits juridiques -----	34
B. Un domaine à l'épreuve de la distinction entre actes juridiques -----	37
<u>Paragraphe second</u> : La théorie proposée : le domaine déterminé par l'applicabilité de ses critères -----	41
A. Les théories envisagées -----	42
B. La théorie retenue-----	44
<u>Section seconde : Confrontation pratique du domaine de la distinction</u> -----	51
<u>Paragraphe premier</u> : Les incertitudes doctrinales sur l'application du domaine aux avantages matrimoniaux -----	51
A. L'exclusion opérée par DUPEYROUX -----	52
B. L'exclusion opérée par Madame MEAU-LAUTOUR -----	54
C. L'exclusion opérée par Monsieur LUCET -----	56
<u>Paragraphe second</u> : La théorie proposée : avantages matrimoniaux et donations entre époux qualifiables au regard du titre gratuit et du titre onéreux -----	60
A. L'origine conventionnelle des libéralités et des avantages matrimoniaux -----	60

Table des matières

B. L'applicabilité des critères de la distinction aux donations entre époux et avantages matrimoniaux -----	65
Conclusion du Chapitre premier -----	70
<u>Chapitre second</u> : Les critères de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux-----	71
<u>Section première</u> : Détermination théorique des critères de la diction -----	73
<u>Paragraphe premier</u> : L'élément matériel de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux -----	73
A. Le critère de l'intérêt-----	74
B. Le critère de l'équivalence économique-----	78
C. Le critère de l'équivalence des sacrifices -----	81
<u>Paragraphe second</u> : L'élément intentionnel de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux -----	87
A. L'existence de l'intention gratuite -----	88
B. La détermination de l'intention gratuite -----	93
C. La place de l'intention gratuite dans le rapport de gratuité -----	96
<u>Section seconde</u> : Confrontation pratique des critères de la distinction -----	101
<u>Paragraphe premier</u> : Gratuité et onérosité dans l'acte aléatoire -----	102
A. L'incompatibilité théorique : fondements et critiques-----	102
1. <i>L'incompatibilité notionnelle écartée</i> -----	102
2. <i>L'incompatibilité catégorielle dépassée</i> -----	105
B. L'incompatibilité pratique : analyse des actes aléatoires confrontés à la gratuité----	108
1. <i>Le pacte tontinier</i> -----	109
2. <i>L'assurance-vie</i> -----	113
a) Les données communes à tous les contrats d'assurance-vie-----	113
b) Le contrat d'assurance-vie classique-----	115
c) Le contrat d'assurance-vie placement et le contrat mixte-----	117

Table des matières

<u>Paragraphe second</u> : Gratuité et onérosité dans la convention matrimoniale-----	119
A. Les théories doctrinales sur la nature du régime matrimonial et de l'avantage matrimonial -----	120
B. La nature juridique du régime matrimonial -----	125
C. La nature juridique de l'avantage matrimonial -----	129
Conclusion du Chapitre second -----	133
Conclusion du TITRE PREMIER -----	134
<u>TITRE II</u> : L'avantage matrimonial hors de la libéralité ? -----	136
<u>Chapitre premier</u> : Les données matérielles de la libéralité confrontées à l'avantage matrimonial -----	140
<u>Section première</u> : La détermination de l'élément matériel par l'analyse du negotium : le contenu de la transmission patrimoniale -----	141
<u>Paragraphe premier</u> : L'objet de la libéralité : le déséquilibre économique saisi comme élément matériel-----	141
A. Extraction du concept dans les données libérales-----	141
1. <i>Entrée et sortie : les exigences patrimoniales du déséquilibre économique -----</i>	<i>142</i>
2. <i>La corrélation enrichissement / appauvrissement : les caractères du transfert-----</i>	<i>145</i>
B. Application du concept aux données matrimoniales-----	148
1. <i>Le déséquilibre par transfert de valeur patrimoniale, une exigence inadaptée à l'avantage matrimonial-----</i>	<i>149</i>
2. <i>Les conditions relatives au transfert, révélatrices de l'insuffisance notionnelle de l'avantage matrimonial-----</i>	<i>152</i>
<u>Paragraphe second</u> : L'objet de la prestation : la matérialité du déséquilibre économique -----	155
A. La fonction de l'objet de la prestation dans l'acte libéral-----	156
1. <i>La fonction traditionnelle de l'objet, condition de formation de l'acte juridique---</i>	<i>156</i>
2. <i>La fonction essentielle de l'objet, outil de classification des actes libéraux-----</i>	<i>158</i>
3. <i>La fonction potentielle de l'objet, outil de classification des actes gratuits -----</i>	<i>159</i>

Table des matières

B. L'objet, inapte à distinguer les donations entre époux des avantages matrimoniaux	166
1. L'objet, condition de validité de l'acte juridique	166
2. L'objet, critère catégorique de l'acte juridique	169
Section seconde : La détermination du vecteur matériel par l'analyse de l'instrumentum : le support de la transmission patrimoniale	179
<u>Paragraphe premier</u> : Le formalisme et l'acte juridique	179
A. L'acte juridique à l'épreuve du formalisme	179
B. Libéralités entre époux et avantages matrimoniaux à l'épreuve du formalisme	183
<u>Paragraphe second</u> : Le formalisme dans l'acte juridique	188
A. Le contenu du formalisme : la forme indépendante de la volonté	188
B. La fonction du formalisme : la forme au service de la volonté	194
Conclusion du Chapitre premier	200
Chapitre second : Les données intentionnelles de la libéralité confrontées à l'avantage matrimonial	201
<u>Section première</u> : Volonté, capacité et consentement : les données inhérentes à la condition d'acte juridique	202
<u>Paragraphe premier</u> : La volonté, origine des données intentionnelles	202
A. Le cadre de la volonté	203
1. La liberté contractuelle de droit commun	203
2. La liberté des conventions matrimoniales	206
B. Le domaine de la volonté : délimitation du concept de convention matrimoniale	212
<u>Paragraphe second</u> : Les données de droit commun appliquées aux conventions spéciales	223
A. La capacité en matière de libéralité et d'avantage matrimonial	224
B. Le consentement à la libéralité et à l'avantage matrimonial	230
1. L'existence du consentement	230
2. La qualité du consentement	234

Table des matières

<u>Section seconde</u> : L'intention libérale, donnée inhérente à la particularité de l'acte juridique -----	239
<u>Paragraphe premier</u> : La fonction de l'intention libérale-----	239
A. La délicate appréhension de la cause de l'acte juridique-----	239
B. Le rôle spécifique de la cause dans la libéralité et l'avantage matrimonial-----	245
<u>Paragraphe second</u> : La définition de l'intention libérale-----	254
A. L'intention libérale inhérente à la figure libérale-----	255
B. L'intention libérale immiscée dans l'avantage matrimonial-----	263
Conclusion du Chapitre second -----	268
Conclusion du TITRE SECOND -----	269
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE -----	272

SECONDE PARTIE : L'AVANTAGE MATRIMONIAL CONCURRENT DE LA DONATION ENTRE ÉPOUX : EFFICACITÉ DE LA FICTION DISQUALIFICATIVE----- 275

TITRE I : Le domaine d'application de la fiction disqualificative ----- 278

Chapitre premier : L'avantage en droit privé ----- 281

Section première : Aperçu juridique de l'avantage ----- 282

Paragraphe premier : L'avantage saisi par le droit : aperçu général ----- 282

A. À la recherche du concept : l'avantage dans la sphère sémantique ----- 282

B. Les déclinaisons connues de l'avantage : l'avantage dans la sphère juridique ----- 285

Paragraphe second : L'avantage saisi par le droit patrimonial de la famille : aperçu spécifique----- 288

A. L'avantage indirect----- 289

1. *Les variations jurisprudentielles de l'avantage indirect*----- 289

2. *Recherche d'une définition de l'avantage indirect* ----- 294

B. L'avantage dans les formes de conjugalité hors mariage ----- 298

1. *Le droit de la conjugalité*----- 298

2. *Les avantages dans le PACS et le concubinage*----- 304

Section seconde : Problématiques juridiques de l'avantage----- 317

Paragraphe premier : La source juridique de l'avantage ----- 317

A. Une essentielle source objective----- 317

B. Une potentielle source subjective ----- 322

Paragraphe second : La teneur juridique de l'avantage----- 327

A. La conception : l'avantage et le rapport d'équivalence ----- 327

B. La matérialisation : l'avantage en nature ou en valeur ----- 331

Conclusion du Chapitre premier ----- 337

Chapitre second : L'avantage devenu matrimonial ----- 338

<u>Section première : L'entrée dans la catégorie</u>	339
<u>Paragraphe premier</u> : La nécessité d'un étalon fondé sur le régime matrimonial.....	339
A. La certitude : un profit issu du fonctionnement du régime matrimonial.....	340
B. L'incertitude : l'étalon fondé sur le régime légal	347
<u>Paragraphe second</u> : La caractérisation de l'étalon au regard de la notion de régime matrimonial	356
A. La définition du régime matrimonial – réflexions sur le régime primaire.....	356
B. La nature du régime matrimonial – réflexions sur le régime légal	367
<u>Section seconde : La classification dans la catégorie</u>	382
<u>Paragraphe premier</u> : La classification des avantages matrimoniaux.....	382
A. Les tentatives de classification	382
B. La dualité conceptuelle de l'avantage matrimonial.....	389
<u>Paragraphe second</u> : La classification des dispositions du régime matrimonial	398
A. Les avantages matrimoniaux dans les régimes de communauté.....	399
1. <i>La composition des masses en régime de communauté</i>	399
2. <i>Les règles liquidatives en régime de communauté</i>	404
B. Les avantages matrimoniaux dans les régimes séparatistes et les dispositions indépendantes de la communauté.....	410
Conclusion du Chapitre second	424
Conclusion du TITRE PREMIER	428

TITRE II : Les conséquences de la fiction disqualificative----- 431

Chapitre premier : Le régime juridique des donations entre époux et avantages matrimoniaux hors du contexte successoral----- 433

Section première : Avantages matrimoniaux et donations entre époux au cours de l'union matrimoniale ----- 434

Paragraphe premier : L'harmonisation apparente des régimes juridiques ----- 434

A. Avantages matrimoniaux et donations entre époux confrontés aux procédures collectives ----- 434

B. L'alignement du droit des donations conjugales sur le droit commun des donations 439

Paragraphe second : La distinction persistante des régimes juridiques ----- 445

A. Immutabilité et donations entre époux ----- 445

B. Irrévocabilité et avantages matrimoniaux ----- 451

Section seconde : Avantages matrimoniaux et donations entre époux à l'issue de l'union matrimoniale ----- 460

Paragraphe premier : Les difficultés d'application du nouvel article 265 du Code civil - 460

A. Une cohérence en péril----- 461

B. Une autorité incertaine ----- 467

Paragraphe second : Les nouvelles rédactions possibles de l'article 265 du Code civil-- 474

A. Avantages à cause de mort et autres stipulations : le pivot-décès ----- 474

B. Les règles d'application de la loi dans le temps : le pivot-divorce ----- 479

Conclusion du Chapitre premier ----- 483

Chapitre second : Le régime juridique des donations entre époux et avantages matrimoniaux dans le contexte successoral----- 484

Section première : La fiction diqualificative dans le régime successoral général ----- 485

Paragraphe premier : Les implications civiles de la fiction disqualificative ----- 485

A. La déchéance de l'infâme ----- 485

B. Le traitement liquidatif de l'avantage matrimonial ----- 491

Table des matières

<u>Paragraphe second</u> : Les implications fiscales de la fiction disqualificative -----	498
A. L'émergence d'une faveur fiscale pour l'avantage matrimonial : l'utilité de la fiction disqualificative-----	498
B. Le déclin de la faveur fiscale pour l'avantage matrimonial : la perte d'utilité de la fiction disqualificative-----	503
<u>Section seconde</u> : La fiction disqualificative dans le régime particulier de la réduction -----	509
<u>Paragraphe premier</u> : Les modalités de l'action en réduction-----	509
A. Agir : la titularité de l'action-----	509
B. S'abstenir : la renonciation à l'action-----	515
<u>Paragraphe second</u> : L'exercice de la réduction de l'avantage matrimonial-----	521
A. Le calcul de l'avantage à retrancher -----	521
B. Le retranchement de l'avantage calculé -----	529
Conclusion du Chapitre second -----	533
Conclusion du TITRE SECOND -----	534
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE -----	541
<u>CONCLUSION GÉNÉRALE</u> -----	543
<u>Annexe</u> : Illustration liquidative des propositions – calcul d'une indemnité de retranchement -----	549
BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE -----	555
INDEX ALPHABÉTIQUE -----	596
TABLE DES MATIÈRES -----	605

