

AJ Famille 2024 p.595

Révocabilité et irrévocabilité des avantages matrimoniaux en cas de divorce : la genèse, les apports et les limites de la loi du 31 mai 2024

Nicolas Laurent-Bonne, Professeur agrégé des facultés de droit, avocat à la Cour

1. La genèse d'une réforme

La révocation-sanction - En droit français, la révocabilité des avantages matrimoniaux ne se pose, pour la première fois, qu'après le rétablissement du divorce par la loi du 27 juill. 1884 adoptée à l'initiative du député Alfred Naquet. Aux termes de l'ancien art. 299 c. civ., l'époux contre lequel le divorce aura été prononcé perdait « tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage »⁽¹⁾. Cette révocation de plein droit était la conséquence d'un divorce-sanction, celui-ci n'étant ouvert aux époux qu'en cas de faute. Comme le relève en effet la doctrine de la fin du XIX^e siècle, il s'agit d'une « pénalité pour l'époux coupable » ou bien encore d'un « cas d'ingratitude »⁽²⁾.

La loi n° 75-617 du 12 juill. 1975, adoptée sous l'impulsion du doyen Carbonnier, a tout à la fois conservé l'esprit de la loi précédente et relâché cette révocation pour ingratitude conjugale. Quand le divorce était prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, ce dernier perdait de plein droit tous les avantages matrimoniaux que son conjoint lui avait consentis. Tout comme la loi de 1884, la déchéance apparaissait alors comme une sanction du comportement de l'auteur de la faute⁽³⁾. Il en allait de même pour celui qui avait pris l'initiative du divorce pour rupture de la vie commune⁽⁴⁾. En revanche, lorsque le divorce était prononcé aux torts partagés ou lorsqu'il était prononcé sur demande acceptée par l'autre conjoint, les époux pouvaient maintenir les avantages qu'ils s'étaient consentis. C'était, en pareil cas, une décision unilatérale de maintien ou de révocation. Enfin, dans l'hypothèse d'une demande conjointe, les époux décidaient eux-mêmes du sort des avantages matrimoniaux ; en cas de silence, ils étaient présumés les avoir maintenus. Il ne s'agissait ici ni d'une déchéance, ni d'une décision unilatérale, mais d'une décision bilatérale exprimée, le cas échéant, dans la convention réglant les effets du divorce. On relève alors une évolution sensible par rapport à la loi de 1884 : l'introduction du divorce sur demande conjointe a contribué à contractualiser la révocation des avantages matrimoniaux. Il faut sans doute y voir le vent de liberté soufflé sur le mariage et le divorce par cette réforme de Carbonnier.

La loi du 26 mai 2004 et ses interprétations jurisprudentielles - La réforme du 26 mai 2004 a considérablement simplifié les dispositions introduites par la loi de 1975 qui, disons-le sans détour, n'étaient pas d'une grande clarté. Indépendamment des causes, le divorce emportait révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux, sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis.

Dès l'entrée en application de cette loi, la pratique a pu s'interroger sur la possibilité de renoncer par anticipation, dans les conventions matrimoniales, à la révocation des avantages matrimoniaux en cas de divorce. La question était posée au garde des Sceaux qui considérait que la volonté de maintenir les avantages matrimoniaux ne prenant effet qu'à la dissolution du régime matrimonial pouvait être exprimée préalablement⁽⁵⁾. À propos d'une donation de biens présents et au visa de l'art. 265, al. 1^{er}, la Cour de cassation a cependant jugé, par un arrêt du 14 mars 2012, que les dispositions de cet article étaient impératives et qu'il était impossible d'y renoncer par anticipation⁽⁶⁾.

De longue date, les avantages matrimoniaux sont monnaie courante dans les stratégies patrimoniales mises en oeuvre par les futurs époux. Au sujet d'un apport de bien à la société d'acquêts, la Cour de cassation avait déjà adopté une vision extensive de l'avantage matrimonial. Ainsi avait-elle jugé, par un arrêt du 29 nov. 2017, que l'apport d'un bien personnel à une société d'acquêts constituait un avantage matrimonial révocable en cas de divorce⁽⁷⁾. Il en va encore ainsi de la clause d'exclusion des biens professionnels pour le calcul de la créance de participation. La Cour de cassation a jugé, par un arrêt remarqué du 18 avr. 2019, qu'une « clause excluant du calcul de la créance de participation les biens professionnels des époux en cas de dissolution du régime matrimonial pour une autre cause que par le décès, qui conduit à avantager celui d'entre eux ayant vu ses actifs nets professionnels croître de manière plus importante et diminuer la valeur de ses acquêts dans une proportion supérieure à celle de son conjoint, constitue un avantage matrimonial en cas de divorce »⁽⁸⁾. Source d'une grande insécurité juridique,

cette solution réaffirmée par un arrêt du 31 mars 2021 présentait des conséquences désastreuses qui n'avaient pas été anticipées, au moment de la liquidation du régime matrimonial en cas de divorce du chef d'entreprise. La créance due au conjoint au moment du divorce à raison du patrimoine professionnel de l'un des époux pourrait même être de nature à hypothéquer la viabilité économique de l'entreprise.

Les apports de la loi du 31 mai 2024 - C'est la raison pour laquelle, en première lecture, au cours des débats parlementaires portant sur la proposition de loi visant à assurer une justice patrimoniale au sein de la famille, un art. 1 *bis* avait été ajouté visant à briser cette jurisprudence en matière de participation aux acquêts. Il était proposé de modifier l'art. 265 et de lui adjoindre un alinéa rédigé en ces termes : « La clause d'exclusion des biens professionnels du calcul de la créance de participation ne constitue pas un avantage matrimonial qui est révoqué de plein droit en cas de divorce ». Cet art. 1 *bis*, inspiré du rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2019, avait le mérite de redonner toutes sa force et son utilité à cette clause, fruit de l'inventivité de la pratique notariale (9).

Mais alors, rédigée en ces termes, la proposition de loi demeurerait très largement insuffisante, car la révocabilité des avantages matrimoniaux concerne, en pratique, un très grand nombre de clauses, différentes de celle visée dans le texte naguère discuté. Ainsi, il n'est pas rare que les époux adoptent des régimes de communautés conventionnelles assortis d'une clause d'exclusion des biens professionnels. Il paraissait donc indispensable d'étendre ce dispositif à ces régimes, en dehors du régime de la participation aux acquêts. Par ailleurs, le législateur ne visait initialement qu'un seul type d'avantage matrimonial - la clause d'exclusion des biens professionnels - et laissait de côté une kyrielle d'avantages qui peuvent être insérés dans un contrat de mariage.

Exemple - Tel est le cas des clauses aménageant le mode de calcul des récompenses. Dans un régime de communauté conventionnelle assorti d'une clause d'exclusion des biens professionnels, ces derniers sont certes des biens propres mais peuvent être financés par des deniers communs générant ainsi des récompenses au profit de la communauté. Partant, en régime de communauté, les notaires adossent systématiquement à la clause d'exclusion des biens professionnels une clause de renonciation à revendiquer des récompenses à la dissolution du régime. Sans cette renonciation, la clause d'exclusion serait totalement inefficace : certes, les biens professionnels seraient des propres mais la récompense due à la communauté obligerait le propriétaire de ces biens à refinancer son outil de travail, en moins prenant dans l'exercice de ses droits dans la communauté. Il paraît donc totalement inutile de rendre irrévocable une clause d'exclusion des biens professionnels sans traiter concomitamment la question des flux financiers entre la masse de patrimoine dont dépendent les biens professionnels et le patrimoine qui a financé ces biens.

L'introduction d'une renonciation anticipée et ses limites - C'est la raison pour laquelle, sur proposition du Conseil supérieur du notariat, le législateur a substantiellement modifié le contenu de la proposition initiale. L'on a ainsi renoncé à une irrévocabilité de principe d'un avantage particulier - la clause d'exclusion des biens professionnels dans le régime de la participation aux acquêts ; à l'inverse, la solution retenue permet aux époux de renoncer à la révocabilité des avantages matrimoniaux, quelle que soit leur nature, dans leur contrat de mariage ou, *a posteriori*, dans la convention de divorce ou bien encore dans le jugement de divorce. Au fond, cette solution retenue par le législateur en revient à la réponse ministérielle qui avait été bâchée par la Cour de cassation dans un arrêt du 14 mars 2012 (10).

Mais il est vrai, comme a pu le souligner le Conseil national des barreaux, que le consentement donné lors de la signature du contrat de mariage peut être regardé comme dangereux. Cette renonciation anticipée est causée par la situation des époux au jour de l'union et par une projection de ce qui pourrait être l'avenir prévisible du couple. Mais on sait que l'évolution des situations professionnelles de chacun, les revers de fortune, l'enrichissement inattendu d'un seul des deux époux peuvent radicalement changer la perception que les époux se faisaient de cette clause, au moment du divorce.

2. Les conséquences pratiques de cette réforme

La protection du patrimoine professionnel des époux - Cette réforme présente à l'évidence un intérêt pratique pour les biens professionnels des époux. Tel était du reste le but poursuivi initialement. En présence d'une activité libérale ou commerciale, il est fréquent que les époux adoptent le régime de la séparation de bien pure et simple - rarement assorti d'une société d'acquêts. Selon une justification apparemment vertueuse, il s'agit tout d'abord de protéger le conjoint de l'action des créanciers. Mais envisagé ainsi, le régime de séparation de biens n'est véritablement efficace que si les conjoints organisent leurs patrimoines de manière strictement étanche, sans aucune masse de biens indivis. En présence de biens indivis, et bien que ces derniers soient insaisissables, nous savons en effet que le créancier de l'un des époux peut provoquer le partage par voie oblique qui pourrait entraîner

une vente sur licitation des biens indivis. L'adoption du régime de la séparation de biens permet également de protéger le patrimoine professionnel de l'un des époux en cas de divorce. Combien de dirigeants d'entreprises, mariés sous le régime de la communauté légale, ont-ils dû financer une soule pour se faire attribuer leur outil de travail dans le cadre d'une liquidation-partage après divorce ? Il peut paraître frustrant, sinon inique, d'avoir à refinancer un bien professionnel dont la valeur ne dépend que du travail de l'époux attributaire.

C'est la raison pour laquelle la pratique a mis sur pied, de longue date, des clauses dont l'objectif était justement de protéger le patrimoine professionnel des époux. Il en va ainsi de la clause d'exclusion de communauté. Cette clause est traditionnellement assortie d'une décharge de contribution aux dettes afférentes à ces biens professionnels et d'une renonciation à revendiquer des récompenses pour le compte de la communauté au titre du financement de ces biens. Dans le régime de la participation aux acquêts, la pratique notariale a également imaginé exclure les biens professionnels du calcul de la créance de participation. Ces dispositifs remplissaient très concrètement deux fonctions : protéger le patrimoine professionnel tout en maintenant un enrichissement commun par le biais de la communauté ou de la créance de participation. C'est donc bien là que réside le grand mérite de la loi du 31 mai 2024 qui a permis de sauvegarder le patrimoine professionnel d'époux qui ne souhaitent pas opter pour le régime de la séparation de biens, notamment lorsque ces derniers veulent partager l'enrichissement procuré par les activités professionnelles de l'un et de l'autre. Au fond, l'esprit communautaire et la préservation du patrimoine professionnel peuvent à nouveau cohabiter avec cette loi nouvelle.

L'hypothèse d'une renonciation limitée à certains avantages matrimoniaux - Dans ses modalités pratiques, la renonciation pourrait être cantonnée à l'un des avantages matrimoniaux insérés dans le contrat de mariage.

Exemple - On pourrait imaginer le cas suivant, pour les besoins de l'exercice : des époux mariés sous le régime de la séparation de biens décident d'opter, après plusieurs années de mariage, pour la communauté réduite aux acquêts. Mais antérieurement au changement de régime, les époux ont acquis, chacun de leur côté, un patrimoine immobilier en propre, financé par des prêts bancaires. L'épouse, quant à elle, exerce une activité professionnelle libérale. Au moment du changement de régime matrimonial, les époux décident de restreindre la masse commune et d'exclure les biens professionnels de la communauté - les biens de nature mobilière ou immobilière à usage professionnel ou commercial. Par la même occasion, les époux renoncent à toute demande de récompense pour le compte de la communauté au titre du financement de ces biens professionnels exclus du périmètre de la communauté. Enfin, ils renoncent à toute demande de récompense au titre du financement par la communauté des prêts bancaires souscrits pour le financement des biens propres acquis avant le changement de régime. En pareil cas, la renonciation anticipée à l'action révocatoire ne pourrait porter que sur les biens professionnels et les récompenses attachées au financement de ces biens afin de ne préserver que le patrimoine professionnel de l'épouse. Les conjoints, poursuivant parfois des buts différents, pourraient en effet parfaitement cantonner cette renonciation à certains des avantages matrimoniaux insérés dans la convention matrimoniale. Par ailleurs, cette renonciation limitée pourrait être étendue postérieurement par une procédure de changement de régime matrimonial.

La renonciation insérée dans le contrat de mariage - Cette renonciation anticipée autorisée par la loi du 31 mai 2024 pose une question de forme. Les dispositions du nouvel art. 265 envisagent la possibilité d'insérer une telle clause dans le contrat de mariage conclu antérieurement à la célébration de l'union, la convention de divorce ou le jugement de divorce.

Qu'en est-il tout d'abord du contrat de mariage ? Si la convention matrimoniale comporte des avantages matrimoniaux, le notaire instrumentaire pourra proposer aux parties de renoncer à leur révocabilité en délivrant un conseil adapté en considération de la situation des époux à la date du mariage. Qu'en est-il, cependant, si cette renonciation intervient postérieurement au mariage ?

Exemple - On pourrait imaginer le cas suivant, très fréquent en pratique : des époux adoptent le régime de la participation aux acquêts, sans aménagement particulier. En cours d'union, l'un des époux développe un fonds d'exercice libéral dont la valeur économique croît de manière substantielle. Cette évolution professionnelle, qui ne pouvait être prévue au moment du mariage, entraîne alors un changement important dans la situation économique des époux. Ces derniers pourraient alors, en cours d'union, adjoindre une clause d'exclusion des biens professionnels assortie d'une renonciation à la révocabilité de cette clause en cas de divorce.

Cette renonciation anticipée, insérée postérieurement au mariage dans la convention matrimoniale, paraît possible à la lecture du texte mais devrait alors suivre la procédure de changement de régime matrimonial. Il en irait probablement de même si les époux, pour des raisons diverses, décidaient à l'inverse de retirer *a posteriori* cette renonciation de leur contrat de mariage. Seule la procédure de changement de régime matrimonial serait en pareil

cas envisageable.

La formalisation du devoir de conseil du notaire - L'insertion d'une clause de renonciation anticipée dans un contrat de mariage, reçu par le notaire préalablement à l'union, pose une sérieuse difficulté sur le terrain de sa responsabilité civile professionnelle. Il faut reconnaître que, au cours des dernières années, la Cour de cassation n'a pas épargné les notaires rédacteurs de conventions matrimoniales. Récemment, la Cour de cassation a ainsi jugé qu'un notaire avait commis une faute en n'informant pas les époux de manière suffisamment précise sur les conséquences de l'adoption d'un régime conventionnel de séparation de biens. Dans cette affaire, l'épouse exerçait une profession libérale. Malgré cette information portée à la connaissance du notaire, celui-ci avait conseillé aux époux d'opter pour un régime de communauté réduite aux acquêts avec une clause d'attribution intégrale de la communauté au conjoint survivant. Certes, la profession de l'épouse interpelle. Mais quels étaient les souhaits exprimés par les futurs époux dans le bureau de leur notaire ? Sans doute le notaire aurait-il dû conseiller aux époux, par écrit, d'opter pour la séparation de biens pure et simple. Au cours de leur union, les époux ont découvert - ou feint de découvrir - que la communauté impliquait la présence de biens communs. Monsieur de La Palice n'aurait pas dit mieux. Contraints de changer de régime, ils ont alors engagé la responsabilité du notaire en raison du coût de ce changement. Par un arrêt du 26 oct. 2017, la Cour de cassation a jugé que « le notaire chargé de rédiger le contrat choisi par des futurs époux est tenu, non pas de les informer de façon abstraite des conséquences des différents régimes matrimoniaux mais de les conseiller concrètement au regard de leur situation, en les éclairant et en appelant leur attention, de manière complète et circonstanciée, sur la portée, les effets et les risques des régimes matrimoniaux pouvant répondre à leurs préoccupations » (11).

Cette jurisprudence oblige alors le notaire à formaliser son devoir de conseil par un écrit, sur la base des informations concrètes qu'il aura pu recueillir des époux sur leurs situations professionnelle, financière et patrimoniale. Il ne devra pas se contenter d'expliquer, de manière abstraite, les règles du code civil, mais plus encore d'alerter les futurs époux sur les conséquences de leur choix en considération de leurs situations. Au fond, le notaire qui, d'une maladresse insigne, oublierait de délivrer un conseil personnalisé par écrit et de le conserver, risquerait d'engager sa responsabilité au moment d'un divorce. Les conséquences pratiques et disproportionnées de cette jurisprudence interpellent, notamment lorsque l'on connaît le montant des émoluments perçus par le notaire rédacteur d'un contrat de mariage.

Il est à craindre que des difficultés comparables surgissent au sujet de cette renonciation anticipée à la révocation d'un avantage matrimonial en cas de divorce. Très concrètement, le notaire devra alors faire un audit complet des situations professionnelle, personnelle et patrimoniale des époux ainsi qu'évaluer quel sera pour eux leur avenir prévisible. Cet audit complet et fastidieux devra être fait par écrit. Et c'est en considération de ce recueil d'informations que le notaire devra alerter les époux sur les conséquences de leur choix.

Le rôle de l'avocat - Qu'en est-il à présent du jugement de divorce ? Certes inséré dans un contrat, l'avantage matrimonial n'est pas nécessairement bilatéral. Un seul des deux époux peut parfaitement consentir de manière unilatérale un tel avantage à son conjoint. Bien qu'unilatéral, l'avantage matrimonial n'a pas moins été accepté par l'époux bénéficiaire dans la convention matrimoniale. Il est donc recommandé, dans le cadre de la procédure de divorce, de notifier des conclusions concordantes, demandant aux juges de confirmer l'avantage matrimonial, conformément à l'art. 265 c. civ.


S'agissant enfin de la convention de divorce contresignée par les avocats, la même difficulté se pose que pour le notaire dans l'hypothèse d'un contrat de mariage. En l'absence de jurisprudence, il est possible de raisonner par analogie sur la base de l'arrêt précité et rendu par la Cour de cassation le 26 oct. 2017. Partant, la responsabilité civile professionnelle de l'avocat pourrait être engagée si celui-ci avait délivré une information de façon abstraite sur les conséquences des différents régimes matrimoniaux, au lieu de conseiller les époux concrètement au regard de leur situation, en les éclairant et en appelant leur attention, de manière complète et circonstanciée, sur la portée, les effets et les risques des régimes matrimoniaux pouvant répondre à leurs préoccupations. Très concrètement, cela signifie que les avocats rédacteurs de la convention devront, à l'image du notaire, recueillir les informations nécessaires à la délivrance d'un conseil personnalisé, les informer sur les conséquences de leur choix et formaliser ce devoir de conseil sous la forme d'un écrit. Il pourrait être envisagé d'insérer ces informations dans la convention de divorce. Dans la convention de divorce, il conviendra ainsi de porter à leur connaissance, de manière suffisamment détaillée, les conséquences de leur choix (12). Par l'effet conjugué de la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel et de cette loi du 31 mai 2024, le législateur a ainsi renforcé le devoir de conseil de l'avocat.

Mots clés :

REGIME MATRIMONIAL * Liquidation * Avantage matrimonial * Renonciation * Devoir de conseil du notaire * Rôle de l'avocat









(1) C. civ., anc. art. 299.







(2) G. de Laguarigue de Surveilliers, *Des libéralités entre époux en droit romain et en droit français*, Bordeaux, 1887, p. 226.











(3) C. civ., anc. art. 267 , al. 1^{er}.

(4) C. civ., anc. art. 269, al. 1^{er}.

(5) Rép. min. QE n° 18632, JOAN Q 26 mai 2009, p. 5148.

(6) Civ. 1^{re}, 14 mars 2012, n° 11-13.791 , AJ fam. 2012. 223, obs. S. David  ; D. 2012. 1386, obs. J. Marrocchella , note A. Posez  ; *ibid.* 2476, obs. V. Brémond, M. Nicod et J. Revel  ; *ibid.* 2013. 1089, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau  ; RTD civ. 2012. 300, obs. J. Hauser  ; *ibid.* 357, obs. M. Grimaldi  ; JCP 2012, n° 607, obs. C. Brenner.


(7) Civ. 1^{re}, 29 nov. 2017, n° 16-29.056 , AJ fam. 2018. 241, obs. P. Hilt  ; *ibid.* 55, obs. N. Levillain  ; RTD civ. 2018. 201, obs. B. Vareille  ; *ibid.* 204, obs. B. Vareille  ; D. 2019. 265 , obs. S. Pellet ; Defrénois 2017, n° 31-33, p. 7 ; Defrénois 2018, n° 17, p. 41, obs. A. Chamoulaud-Trapiers ; Defrénois *flash* 2017, n° 50-52, p. 7 ; Gaz. Pal. 2018, n° 12, p. 50, obs. Q. Guiguet-Schielé ; Gaz. Pal. 2018, n° 14, p. 72, obs. B. Ducene.

(8) Civ. 1^{re}, 18 déc. 2019, n° 18-26.337 , AJ fam. 2020. 126, obs. N. Duchange  ; D. 2020. 635 , note T. Le Bars et L. Mauger-Vielpeau  ; *ibid.* 1058, chron. I. Kloda, C. Dazzan, V. Le Gall, S. Canas, J. Mouty-Tardieu et E. Buat-Ménard  ; *ibid.* 2206, obs. S. Godechot-Patris et C. Grare-Didier  ; *ibid.* 2021. 499, obs. M. Douchy-Oudot  ; RTD civ. 2020. 175, obs. B. Vareille  ; *ibid.* 178, obs. B. Vareille  ; JCP 2020, n° 225, note J.-R. Binet ; JCP N 2020. 1059, note A. Karm ; Dr. fam. 2020, n° 44, note S. Toricelli-Chrifi ; Defrénois 2020, n° 9, p. 23, note F. Letellier ; *ibid.* n°s 22-23, 160b8, p. 43, obs. I. Dauriac ; D. 2020. 1064, note E. Buat-Ménard  ; *Ingénierie patrimoniale* 2-2020, n° 4, § 11, comm. C. Grare-Didier, et 4.3, comm. C. Farge ; JCP 2020. Doctr. 612, n° 13, note M. Storck ; JCP N 2020, n° 1226, obs. C. Lesbats ; LPA 26 mars 2020, n° 62, p. 6, note A. Pando ; RJPF 2020-2/14, p. 35, note J. Dubarry et E. Fragu ; Gaz. Pal. 31 mars 2020, n° 13, p. 58, note Q. Guiguet-Schielé ; Gaz. Pal. 7 avr. 2020, n° 14, p. 66, note A. Depret ; LEDC mars 2020, n° 3, p. 3, note S. Pellet ; SNH 2020, n° 19, inf. 10, note G. Yildirim

(9) Rapport annuel 2019 de la Cour de cassation, Paris, 2019, Doc. fr., p. 35-36 ([bit.ly/Ccass_rapport2019](https://www.cassation.fr/rapport-annuel-2019)).

(10) V. *supra*, notes 5 et 6.

(11) Civ. 3^e, 26 oct. 2017, n° 16.21-331 , JCP N 2018, n° 27, 1237, P. Pierre.

(12) V. *infra* p. 598  l'annexe qui propose, à l'usage de l'avocat, un modèle de clause à insérer dans la convention de divorce par consentement mutuel.

