

RÉGIMES MATRIMONIAUX

1289

Pour une réécriture de l'article 265, alinéa 2 du Code civil

Le régime matrimonial du dirigeant d'entreprise peut-il combiner protection du conjoint survivant et protection de l'outil professionnel en cas de divorce ? Étonnamment, l'article 265 alinéa 2 du Code civil, dans sa rédaction actuelle, pourrait l'interdire. Afin de rassurer la pratique sur ce point, une réécriture de cette disposition par le législateur est à encourager.



Étude rédigée par :

Claire Farge, cabinet d'avocats Fidal,

Jean-François Desbuquois, cabinet d'avocats Fidal

et Estelle Naudin, agrégée des facultés de droit, professeur à l'université de Strasbourg

1 - Le chef d'entreprise soucieux de préserver son entreprise des aléas de sa vie conjugale n'a-t-il d'autre choix que de se tourner vers le régime de séparation de biens pure et simple, au risque de sacrifier la protection de son conjoint survivant sur l'autel de la pérennité de son entreprise ?

2 - Le choix d'un tel régime matrimonial peut ne pas correspondre à l'objectif du dirigeant. En effet, ce dernier peut avoir une volonté de communautarisation des actifs non professionnels acquis durant la vie commune des époux et de partage par moitié de ces derniers y compris en cas de divorce. Son seul souci, c'est la pérennité de l'entreprise, c'est-à-dire de son outil de travail. Dans cette perspective, il lui suffit de limiter le caractère alternatif de la composition de la communauté créée avec son conjoint au seul actif professionnel.

3 - La possibilité de pouvoir partager la valeur de l'entreprise uniquement en cas de dissolution du mariage par décès est assurément possible, sous un régime de communauté légale si l'entreprise a été créée avant le mariage ou pendant le mariage avec des fonds propres, ou encore si elle a été créée, même pendant le mariage, mais sous

un régime de séparation de biens. Il suffit de prévoir son entrée en communauté ou son apport à une société d'acquêts et d'assortir cet apport ou cette entrée en communauté d'une clause dite alsacienne. Cette clause prévue par l'article 265, alinéa 3 du Code civil permet une liquidation alternative du régime matrimonial selon que celui-ci se termine par un décès ou un divorce.

4 - La mise en place d'une liquidation alternative en cas de divorce, afin de préserver l'entreprise des aléas de la vie conjugale de son dirigeant, est-elle encore possible lorsque l'entreprise est créée pendant le mariage, par des époux communs en biens ou mariés sous le régime de la participation aux acquêts ?

5 - Une règle est ici gênante. Il s'agit de celle actuellement écrite à l'article 265 du Code civil et qui distingue, au moment du divorce des époux, deux catégories d'avantages matrimoniaux : les avantages matrimoniaux constitutifs, visés à l'alinéa 1^{er} et qui sont maintenus en cas de divorce et les avantages matrimoniaux liquidatifs, visés à l'alinéa 2 qui, eux, sont révoqués de plein droit en cas de divorce.

6 - Précisément, l'article 265, alinéa 2 du Code civil, prévoit la 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. Cette volonté est constatée dans la convention signée par les époux et contresignée par les avocats ou par le juge au moment du prononcé du divorce et rend irrévocables l'avantage ou la disposition maintenus* ».

7 - Cette disposition, issue d'une loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, est particulièrement gênante lorsqu'il s'agit d'imaginer, dès la conclusion du contrat de mariage ou d'une convention matrimoniale en cours de mariage, des clauses protégeant, en cas de divorce, l'entreprise créée pendant le mariage des époux.

Pour répondre à cette préoccupation couramment énoncée par leurs clients entrepreneurs, les praticiens ont imaginé diverses clauses, en fonction du régime matrimonial de référence.

De manière générale, pour concilier l'objectif de protection, d'une part, du conjoint survivant et, d'autre part, de l'entreprise pendant la vie du dirigeant, il ne faut pas que le régime matrimonial mis en place mette ce dernier, en cas de divorce, dans l'obligation d'indemniser son ex-conjoint à hauteur de la moitié de la valeur de l'entreprise créée pendant le mariage.

8 - Dans un **régime de participation aux acquêts**, la stricte application des règles légales conduit à un tel résultat. Et cela, en raison de la fameuse créance de participation due par l'époux qui s'est le plus enrichi au moment de la liquidation du régime matrimonial, alors pourtant que ledit régime aura fonctionné comme une séparation de biens pendant le mariage.

Pour éviter un tel résultat et sur le fondement de l'article 1581 du Code civil, la pratique a imaginé des clauses protectrices du patrimoine professionnel. Le contenu de ces clauses a évolué au fil de l'approfondissement de la recherche doctrinale et de la technicité notariale à ce sujet : clause d'exclusion des biens professionnels ; clause de plafonnement de la créance de participation à tout ou partie des acquêts non professionnels, clause d'exclusion de la liquidation de la créance de participation en cas de divorce, clause de minoration du taux de participation... Ces clauses sont à insérer dans le contrat de mariage ou la convention matrimoniale adoptée en cours de mariage, selon la procédure décrite par l'article 1397 du Code civil (ou par déclaration de loi applicable dans un contexte international).

9 - Sous un **régime de communauté légale**, pour répondre à la préoccupation ci-dessus identifiée, on peut imaginer, par exemple, que soit prévue, en cas de divorce, la reprise à titre de propre de l'entreprise ou d'une société créée pendant le mariage, avec ou sans indemnisation en valeur de la communauté, ou encore l'absence de récompense due à la communauté pour les investissements issus de deniers communs et ayant permis l'expansion d'une entreprise ou d'une société ayant la qualification de bien propre.

L'efficacité de toutes ces clauses n'est, en l'état du droit positif, pas assurée. En effet, le risque existe qu'elles soient qualifiées d'avantages matrimoniaux liquidatifs et qu'elles soient, dès lors, en vertu de l'article 265, alinéa 2 du Code civil, révoquées de plein droit au moment précis où elles étaient censées produire tout leur effet, dans l'esprit des époux les ayant mis en place.

Ce risque existe pour deux raisons.

10 - Premièrement, parce que **la notion et le chiffrage de l'avantage matrimonial sont débattus**, ainsi que la qualification d'avantage matrimonial « constitutif »¹ ou « liquidatif »². Il existe un risque que les clauses des contrats de mariage destinées à protéger l'outil professionnel en cas de divorce soient bien qualifiées d'avantages matrimoniaux liquidatifs visés par l'article 265, alinéa 2 du Code civil³.

Ce risque n'a rien de négligeable et compromet l'attractivité même du régime de la participation aux acquêts. En effet, par hypothèse, ce régime ne déploie son esprit communautaire qu'à la dissolution du régime par la naissance d'une créance de participation. Tout l'intérêt du régime de la participation aux acquêts est fondé sur le principe même d'une créance à la dissolution (qui évite notamment la constitution d'une communauté de biens exposée au passif durant l'union) et sur ses modalités de calcul qui peuvent être aménagées par le couple selon le degré de « communautarisation » souhaité.

Une application « mécanique » de l'article 265, combinée à une interprétation large de la notion d'avantage matrimonial, priverait alors l'aménagement de la créance de participation de toute efficacité en cas de divorce.

Notons que dans l'arrêt précité de la cour d'appel de Paris du 27 avril 2011⁴, les juges n'ont évité l'absurdité du résultat auquel conduirait l'application de l'article 265 qu'au prix d'un raisonnement quelque peu acrobatique. Était ici en cause une clause d'exclusion des biens et droits détenus directement ou indirectement par l'un des époux à titre professionnel, dont l'épouse demandait la révocation de plein droit. Pour écarter cette révocation, la cour énonce alors que « considérer cette clause d'exclusion des biens professionnels comme un avantage matrimonial, qui n'ayant pas déjà produit ses effets serait révoqué de plein droit par le prononcé du divorce, reviendrait à priver d'effet cette disposition qui constitue un élément essentiel du régime de la participation aux acquêts alors que l'avantage matrimonial ne peut résulter du fonctionnement normal de ce régime ».

Nous pouvons espérer plus de clarté pour sécuriser ce type de clause, et plus largement, pour veiller à l'efficacité du régime de la participation aux acquêts.

1 Non remis en cause au moment du divorce (*C. civ., art. 265, al. 1^{er}*).

2 Et donc visé par l'article 265, alinéa 2, du Code civil.

3 Même si ce risque n'est pas certain comme en témoigne un arrêt de la cour d'appel de Paris : *CA Paris, 27 avr. 2011, n° 10/08818 : JurisData n° 2011-007433 ; JCP N 2013, n° 41, 1240, note N. Duchange.*

4 *V. note 3.*

11 - Deuxièmement, parce que **la possibilité de déroger à l'article 265, alinéa 2 du Code civil en prévoyant, dans le contrat de mariage ou la convention matrimoniale, que la révocation automatique ne jouera pas en cas de divorce n'est pas assurée**. Certes, il existe en ce sens une réponse ministérielle ayant affirmé que « la volonté des époux de maintenir les avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux et des dispositions à cause de mort peut être manifestée dans le contrat de mariage, le changement de régime matrimonial ou la libéralité. Au moment du divorce, le juge constatera l'accord de l'époux pour rendre irrévocable l'avantage ou la disposition consentis »⁵. Cependant, la jurisprudence de la Cour de cassation ne donne pas de signaux en ce sens notamment quand elle répute non écrite la clause de non-divorce inscrite dans une donation de biens présents entre époux au motif qu'il est interdit de déroger à l'article 265, alinéa 1^{er} du Code civil⁶. N'est également pas encourageante la jurisprudence qui interdit les conventions entre époux relatives à la liquidation du régime matrimonial si elles sont antérieures à l'assignation ou la requête conjointe en divorce⁷. Il est également notable que le législateur est intervenu en 2006⁸ pour ajouter un nouvel alinéa troisième à l'article 265 du Code civil afin de préciser la validité de la stipulation d'une clause alsacienne par laquelle il est prévu que « les époux pourront toujours reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté ».

12 - L'ensemble de la pratique et de la doctrine déplorent la rédaction actuelle de l'article 265, alinéa 2 du Code civil. Il n'est pas souhaitable ni réaliste que le dirigeant doive attendre le temps du divorce, qui n'est pas connu comme étant des plus sereins, pour convenir avec son conjoint de l'efficacité des clauses protectrices de son outil professionnel. Une rédaction revue de cette disposition et confortant la validité des clauses qui ont été prévues en amont pour s'appliquer uniquement en cas de divorce permettrait notamment au dirigeant d'entreprise de pouvoir adopter un régime matrimonial qui soit protecteur à la fois du conjoint survivant et à la fois de l'outil professionnel du vivant du dirigeant d'entreprise en activité. À défaut, on continuera de voir des entrepreneurs adopter, faute de mieux, le régime de séparation de biens et, parce que ce régime ne reflète pas leur véritable état d'esprit, procéder

à des flux financiers au profit de leur conjoint de manière anarchique en cours de mariage, laissant place à de multiples contentieux de qualification au moment du divorce ou avec l'administration fiscale.

13 - Soucieuse que la règle de droit assoit clairement les stratégies imaginées par la pratique lorsqu'il s'agit de répondre à des préoccupations légitimes des clients, la FNDP entend ici appuyer la proposition d'une nouvelle rédaction de l'article 265, alinéa 2 du Code civil telle qu'elle avait été imaginée lors du 106^e Congrès des notaires de France et ainsi formulée⁹ :

« Le divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial par le décès des époux.

A contrario, les avantages matrimoniaux prenant effet à la dissolution du régime matrimonial par le divorce des époux auront un plein effet ».

Dans l'attente d'une telle modification souhaitable de l'article 265 du Code civil, la FNDP entend appuyer la solution énoncée dans la réponse ministérielle de 2009 précitée¹⁰.

14 - Enfin, la FNDP rappelle qu'*a minima*, en l'état actuel du droit positif, pour préserver l'entreprise des aléas de la vie conjugale il est important :

- de bien réfléchir, au moment de la constitution d'une société en cours de mariage, à la qualification, propre ou commune, des titres créés car même en cours de mariage il est possible de créer une société dont les titres sont propres ;
- de bien réfléchir également à la forme sociale adoptée car il est avéré, en jurisprudence, qu'à travers la distinction du titre et de la finance, les sociétés à parts sociales permettent, au moment du partage de la communauté, une meilleure protection des intérêts du créateur de la société grâce à la jurisprudence déduisant de cette distinction la nécessaire attribution des titres à l'époux(se) associé(e) au moment du partage de la communauté¹¹ ou encore le pouvoir exclusif de l'époux(se) associé(e) de disposer des parts en cours d'indivision post-communautaire¹² ;
- d'être vigilant à l'article 1832-2 du Code civil en n'attendant pas le temps du divorce pour faire renoncer le conjoint à son droit de revendiquer la qualité d'associé. ■

5 Rép. min. n° 18632 : JOAN 26 mai 2009 ; JCP N 2009, n° 23, act. 428.

6 Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2012, n° 11-13.791 : JurisData n° 2012-004171 ; JCP N 2012, n° 15, 1182, note Cl. Breimer ; JCP N 2013, n° 21, 1146, note Ch. Lesbats.

7 Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2017, n° 16-23.531 : JurisData n° 2017-018674 ; JCP N 2018, n° 21-22, 1194, note Ch. Lesbats.

8 L. n° 2006-728, 23 juin 2006, art. 43.

9 V. p. 832, note 837.

10 Rép. min. n° 18632, 26 mai 2009, préc. note 4.

11 Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2012, n° 11-13.384 : JurisData n° 2012-014917 ; JCP N 2012, n° 48, 1382, note J.-D. Azincourt.

12 Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2014, n° 13-16.309 : JurisData n° 2014-012769 ; JCP N 2015, n° 6, 1072, note J.-P. Garçon. – Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2014, n° 12-29.265 : JurisData n° 2014-024917 ; JCP N 2015, n° 6, 1072, note J.-P. Garçon.