

Le choix du régime matrimonial: une liberté encadrée

Le choix du régime matrimonial et des clauses qui peuvent l'adapter est primordial. Libre en principe, il n'en doit pas moins respecter certaines règles impératives.

par Cathy BITBOL
Notaire associée à Montrouge (92)

Le principe: la liberté de choix du régime matrimonial

La liberté de choix du régime matrimonial résulte de l'article 1387 du code civil qui stipule que: « 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 [...] »

En fait, le choix du régime matrimonial des futurs époux va varier selon:

- qu'il existe ou non une *disparité de patrimoine et/ou de revenus* entre eux,
- que *les deux époux travaillent ou non*,
- qu'ils aient ou non *déjà été mariés*,
- qu'ils aient ou non des *enfants d'une précédente union*,
- qu'ils aient ou non des *professions à risque de créanciers*,
- qu'ils aient ou non un *potentiel d'héritages à venir* (toutefois ce critère devrait en réalité peu influencer sur le choix du régime matrimonial car les biens reçus par donation et par succession sont propres à l'époux qui les reçoit quel que soit le régime matrimonial à l'exception du cas des biens reçus par donation ou succession dans un régime de communauté universelle et du cas des biens meubles reçus par donation ou succession dans un régime de communauté de meubles et acquêts),

- *l'âge des époux au jour de leur mariage*: à ce sujet, on peut constater que l'âge moyen des époux à la date du mariage a augmenté d'environ deux ans entre 1999 et 2005; aussi, le plus souvent, au jour de leur mariage les époux (ou l'un d'eux) se seront déjà constitué un patrimoine privé et/ou professionnel qu'ils souhaiteront pouvoir protéger face à un éventuel divorce.

Alors, compte tenu de la liberté contractuelle qui est offerte, que doit-on conseiller à de futurs époux qui viennent nous interroger pour préparer leur contrat de mariage?

► Si c'est l'époux le plus fortuné qui vient nous consulter, sa volonté sera, le plus souvent, de protéger son patrimoine et de limiter les risques d'aléas financiers d'un divorce. Aussi, à son égard, il faudra privilégier un **régime matrimonial séparatiste** plutôt qu'un régime communautaire, ce qui lui permettra de conserver une indépendance financière et une transparence des flux financiers pour les raisons suivantes:

- les époux conservent chacun la propriété de leurs gains et salaires,
- les époux peuvent acquérir des biens séparément ou en indivision dans des proportions à déterminer en fonction des apports de chacun,

- les présomptions légales de propriété peuvent être combattues par tout moyen de preuve légale (V. AJ fam. 2007, dossier « Preuves en droit de la famille », spéc. p. 459),

- possibilité de faire valoir des créances entre époux en cas de dépenses réalisées au profit des biens du conjoint (travaux, acquisitions...) sous réserve toutefois du problème de leur éventuelle requalification par les tribunaux en donations rémunératoires ou en donations désormais irrévocables.

En outre, le régime de séparation de biens pourra être renforcé, pour une meilleure protection en cas de divorce, en prévoyant dans le contrat de séparation de biens des présomptions de propriété différentes des présomptions légales.

Ainsi, par exemple, si la profession d'un époux ou sa situation personnelle le rendent susceptible d'être propriétaire de meubles de valeur ou d'objets d'art: il sera conseillé d'inclure une clause dérogatoire dans le contrat de séparation de biens précisant que l'ensemble du mobilier et des œuvres d'art sera présumé appartenir à cet époux sauf preuve contraire rapportée par tout moyen par son conjoint. En effet, cette clause sera plus adaptée que la clause standard prévoyant une présomption de propriété par moitié des meubles et objets mobiliers.

Par ailleurs, il faudra recommander à cet époux de se constituer la preuve de ses biens propres au jour du mariage par une clause de déclaration de biens propres incluse dans le contrat de mariage. On lui suggérera d'annexer à son contrat de mariage un inventaire, signé par les deux époux, des biens leur appartenant en propre sans omettre de les prévenir de l'utilité des clauses de remploi en cas de cession de leurs biens propres et d'achat d'un nouveau bien à la place.

► Toutefois, si les époux refusent d'adopter un régime de séparation de biens pure et simple, soit par conviction soit par souci de ne pas laisser totalement démunie leur conjoint en cas de divorce, on peut alors leur conseiller d'opter pour un régime de **séparation de biens avec société d'acquêts** permettant la mise en commun de certains biens déterminés par les époux (résidence principale, mobilier...), les autres biens restant propres à chaque époux. Étant ici précisé que la plupart du temps dans ce genre de régime on prévoira une clause d'attribution de la société d'acquêts au conjoint survivant en cas de dissolution du régime matrimonial par le décès de l'un des époux: cette clause s'annulant en cas de divorce dans la mesure où elle sera alors considérée comme un avantage matrimonial révoquant.

► On peut aussi leur proposer d'adopter un régime mixte: le **régime de la participation aux acquêts** qui fonctionne comme une séparation de biens pendant le mariage mais comme une communauté à sa dissolution; ce qui signifie que l'époux qui se sera le plus enrichi pendant le mariage devra à son conjoint une créance de participation correspondant à la moitié de la différence entre son propre enrichissement et celui de son conjoint.

L'intérêt de ce régime est que la créance de participation va permettre, la plupart du temps (sauf forte disparité de revenus entre les époux), d'éviter à l'époux le plus fortuné d'avoir à verser à son conjoint une prestation compensatoire en cas de divorce dont le montant peut être très aléatoire et très différent d'un magistrat à l'autre puisque aucune règle de calcul n'est clairement posée contrairement à la créance de participation qui, elle, peut être calculée, de façon précise et intangible, par les deux époux.

► Enfin, pour les époux inconditionnels du régime de la communauté de biens, il convient de leur recommander, pour se protéger en cas de divorce, d'adopter non pas le régime légal de la communauté de biens mais un régime communautaire conventionnel permettant d'adapter certaines clauses du régime légal:

- en insérant des *clauses d'exclusion de communauté* pour certains biens et/ou pour leurs revenus: ainsi, on pourra leur proposer d'exclure de leur communauté leur outil de travail ainsi que les revenus en résultant; il existe toutefois un inconvénient en cas de rupture du mariage non par le divorce mais par le décès (l'actif de communauté ne pouvant pas être à géométrie variable selon l'issue du mariage: les héritiers de l'époux s'étant réservé des biens propres auront des droits de succession plus élevés que si ces biens étaient entrés en communauté puisqu'ils seront taxés sur 100 % des biens au lieu de l'être sur la moitié);

- en incluant dans leur contrat de mariage une *clause de reprise d'apports en cas de divorce*, dite aussi «clause alsacienne»: en effet, il peut être prévu dans un contrat de mariage que les biens apportés en communauté auront un sort différent à la liquidation du régime matrimonial selon si le régime est dissous par le décès de l'un des époux (dans ce cas les biens resteront communs) ou par le divorce (dans ce cas l'époux apporteur les reprendra); et il a été jugé par les tribunaux qu'une telle clause n'est pas contraire au principe d'immutabilité des régimes matrimoniaux mais qu'elle constitue simplement une modalité du partage des biens;

- en *modifiant les règles de calcul des récompenses* prévues à l'article 1469 du code civil: ainsi, il sera, par exemple, possible de prévoir un remboursement des dépenses faites par un époux pour le compte de son conjoint au nominal ou avec des intérêts à définir au lieu de prendre en compte le profit subissant;

- en prévoyant une *clé de répartition des charges du ménage moins générale* et plus facilement vérifiable que celle prévue par la loi: il peut être prévu une répartition mathématique (par exemple 60 % pour l'époux et 40 % pour l'épouse), une somme fixe, une fraction déterminée des revenus ou même d'exclure certaines catégories de dépenses; la seule limite est qu'il ne peut pas être prévu qu'un époux doive affecter aux charges du mariage la totalité de ses revenus, ni qu'il puisse se décharger totalement de sa contribution auxdites charges;

- en précisant dans le contrat de mariage que les *avantages matrimoniaux* qui peuvent y être inclus seront automatiquement *révoqués en cas de divorce* s'ils n'ont pas pris effet pendant le mariage (tel est d'ailleurs ce que prévoit la loi actuellement): ainsi, aucun risque ne sera encouru en cas de divorce par des clauses de partage inégal, de préciput, d'attribution intégrale ou d'attribution préférentielle car celles-ci seront alors sans effet.

Les limites à la liberté des futurs époux

Le formalisme imposé par la loi

Un formalisme rigoureux s'impose aux époux tant lors de la conclusion du contrat de mariage que lors de son éventuelle modification ultérieure. À titre d'exemples, on peut citer les articles suivants du code civil:

- Article 1394, alinéa 1: Toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire, en la présence et avec le consentement simultanés de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires.

- Article 1395: Les conventions matrimoniales doivent être rédigées avant la célébration du mariage et ne peuvent prendre effet qu'au jour de cette célébration.

- Article 1396, alinéa 3: 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.

- Article 1397, alinéa 1: Après deux années d'application du régime matrimonial, des époux peuvent convenir, dans l'intérêt de la famille, de le modifier, ou même d'en changer entièrement, par acte notarié.

Le régime primaire s'impose aux époux quel que soit leur régime matrimonial

Il résulte de l'article 1388 que: «Les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage...».

Certaines règles du régime primaire consacrent l'indépendance des époux

Ces règles confèrent aux époux une liberté d'exercer une profession séparée (articles 223 du code civil), une libre disposition de leurs gains et salaires (article 223 du code civil), la possibilité d'ouvrir un compte bancaire sans le consentement du conjoint (article 221 du code civil); et la possibilité de vendre sans le consentement de leur conjoint les meubles en leur possession (article 222) à l'exception toutefois des meubles garnissant la résidence principale (article 215, alinéa 3) et des meubles dont la nature fait présumer qu'ils appartiennent à l'autre conjoint.

D'autres règles du régime primaire créent au contraire une dépendance entre les époux

Ces règles concernent:

- l'*obligation de contribuer aux charges du mariage* (article 214 du code civil): toutefois, son contenu est modulable ainsi qu'il a été dit précédemment;

- la *protection du logement de la famille* (article 215 du code civil): un époux ne peut pas vendre ou hypothéquer seul le logement de la famille ni les meubles le meublant même s'ils constituent un bien propre;

- la *solidarité entre les époux pour les dettes contractées pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants* (article 220 du code civil), sous réserve toutefois des dépenses manifestement excessives, des achats à tempérament et des emprunts autres que d'une somme modeste visant à faire face aux besoins de la famille.

D'autres règles du régime primaire, enfin, permettent d'obtenir un mandat pour agir seul, donné soit par son conjoint, soit par le tribunal

En effet, le législateur a prévu la possibilité de recevoir un *mandat conventionnel* de son conjoint pour agir en ses lieu et place (article 218 du code civil) sachant que ce mandat est

révocable à tout moment; et la possibilité de se faire *habiliter par le tribunal* pour agir à la place de son conjoint s'il n'est pas en état de manifester sa volonté (article 217 et 219 du code civil), s'il existe un désaccord entre les époux (article 217 du code civil) ou si les intérêts de la famille sont mis en péril par l'attitude coupable du conjoint (article 220-1 du code civil).

L'interdiction de déroger aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle

Il résulte de l'article 1388 que: «Les époux ne peuvent déroger... ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle.»

Cette prohibition est d'ordre public. Le statut familial doit demeurer étranger au projet matrimonial, de sorte qu'il ne doit pas y être porté atteinte dans le contrat de mariage.

Ainsi, par exemple, toute renonciation au droit de jouissance légale serait sans effet; il en irait de même de la clause qui déclarerait restituer au mari la qualité de chef de famille.

On notera tout de même que le *pacte relatif à l'éducation des enfants* qui aurait pu être conclu aux termes du contrat de mariage, bien que dépourvu de tout effet contraignant, pourrait cependant être pris en compte par le tribunal lorsque celui-ci est appelé à statuer sur l'éducation d'un enfant mineur ou quand il décide de confier l'enfant à un tiers.

L'interdiction d'inclure dans le contrat de mariage un pacte sur succession future

Aux termes de l'article 1389 du code civil, les époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions car il s'agirait là d'un pacte sur succession future condamné par l'article 1130 du code civil.

Ainsi, par exemple, il ne peut pas être indiqué dans un contrat de mariage que l'un des époux renonce par anticipation à la succession de son conjoint. De la même façon, il ne peut pas être prévu, pour des époux mariés sous un régime de communauté conventionnelle, que les enfants issus d'une première union de l'époux n'auront aucun droit successoral au décès de leur père sur les biens dépendant de sa nouvelle communauté. Par contre, il peut être prévu dans un contrat de mariage une clause d'attribution intégrale au conjoint survivant laquelle n'est pas considérée, malgré les apparences, comme un pacte sur succession future.

Le principe d'égalité entre les époux

La loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 consacre ce principe qui conduit à affirmer que *sont radicalement prohibées*, depuis l'entrée en vigueur de cette loi, l'adoption ou la stipulation:

- de *l'ancien régime dotai* qui prévoyait l'inaliénabilité d'une partie des biens de l'épouse (les clauses d'inaliénabilité n'étant valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime et à condition au surplus qu'elles assortissent une libéralité portant sur des biens déterminés),
- de *l'ancien régime sans communauté* (patrimoine autonome pour chacun des époux mais gestion du patrimoine de la femme par le mari),
- et de *l'ancienne clause d'unité d'administration*, conférant au mari l'administration des propres de l'épouse.

Les notions de bonnes mœurs et d'ordre public

L'article 1387 du code civil qui pose le principe de la liberté de choix du régime matrimonial la limite également en précisant que les conventions des parties ne doivent pas être contraires aux bonnes mœurs.

En fait, sont prohibées comme contrevenant à l'ordre public la clause par laquelle des époux s'interdiraient de disposer en faveur l'un de l'autre, la clause par laquelle les époux renonceraient au droit de demander la séparation de biens judiciaire et la clause qui viserait à rétablir l'incapacité de la femme mariée.

Conclusion: faut-il augmenter la liberté contractuelle des futurs époux?

Faut-il supprimer le formalisme des contrats de mariage?

Je ne pense pas qu'il soit opportun de supprimer l'intervention d'un professionnel du droit tant lors de la conclusion du contrat de mariage que lors de ses modifications ultérieures. Car laisser les futurs époux recopier un modèle qu'ils auront trouvé sur Internet risquerait d'augmenter le nombre de divorces pour abus de confiance ou de faiblesse et le nombre de litiges entre les époux si les clauses utilisées sont mal rédigées ou d'interprétation floue.

Aussi n'est-il pas possible d'assimiler les contrats de mariages aux statuts de sociétés pour lesquels il n'existe aucune obligation de passer par l'intermédiaire d'un professionnel du droit. Bien qu'il s'agisse dans les deux cas de contrats régissant la «cohabitation» de plusieurs personnes (par la mise en commun de moyens, le partage des bénéfices et des pertes) ainsi que leurs relations tant entre elles qu'à l'égard des tiers, il y a quand même des différences fondamentales liées d'une part à la durée de ces contrats (qui est déterminée pour les statuts de société et indéterminée pour les contrats de mariage) et, d'autre part, au fait que *l'affectio societatis* n'est pas comparable à l'amour qui, lui seul, peut faire perdre la raison et rendre aveugle.

Quant à l'intervention du juge lors d'un changement de régime matrimonial celle-ci est désormais limitée à trois cas (présence d'enfants mineurs et opposition des enfants majeurs ou des créanciers des époux) qui sont indispensables pour protéger les tiers face à des époux qui chercheraient à les léser.

Est-il souhaitable de supprimer toutes les conditions de fond des contrats de mariage?

Je ne pense pas qu'il faille totalement libéraliser le contenu des contrats de mariage. Il ne serait pas raisonnable de vouloir supprimer les interdictions liées aux bonnes mœurs et à l'ordre public, non plus que l'article 215 du code civil qui prévoit que l'un des époux ne peut pas vendre ou hypothéquer seul le logement de la famille ni les meubles le meublant même s'ils constituent un bien propre, puisque, le cas échéant, son conjoint aurait un statut encore moins protecteur que s'il était locataire.

Par contre, pourquoi ne pas envisager, comme dans d'autres pays, de prévoir, dès le contrat de mariage, les conditions financières d'un éventuel divorce?