

# Théorie liquidative du régime français de participation aux acquêts

Joël Monnet

▶ **To cite this version:**

Joël Monnet. Théorie liquidative du régime français de participation aux acquêts. Droit. Université de Poitiers (France), 1985. Français. ⟨NNT : ⟩. ⟨tel-05239696⟩

**HAL Id: tel-05239696**

**https://hal.science/tel-05239696v1**

Submitted on 4 Sep 2025

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

UNIVERSITE DE POITIERS

FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES SOCIALES

# THEORIE LIQUIDATIVE DU REGIME FRANCAIS DE PARTICIPATION AUX ACQUETS

THESE POUR LE DOCTORAT D'ETAT EN DROIT

présentée et soutenue

par

Joël MONNET

JURY

Président : M. Philippe REMY
Professeur à la Faculté de droit de Poitiers

Suffragants : M. Pierre COUVRAT
Professeur à la Faculté de droit de Poitiers
Doyen honoraire

M. Jacques DAVID
Professeur à la Faculté de droit de Poitiers
Directeur de l'Institut de droit rural

M. Henri-Jacques LUCAS
Professeur à la Faculté de droit de Poitiers

M. Didier MARTIN
Professeur à la Faculté de droit de Rennes
Directeur du Département juridique du Centre de Formation à la profession bancaire. Paris.

20 décembre 1985

# S O M M A I R E

p.

Introduction :

1 § ) Le régime français de participation aux acquêts n'est pas un régime de communauté différée..... 4

2 § ) Le régime français de participation aux acquêts n'est pas un véritable régime de compensation des enrichissements..... 32

PREMIERE PARTIE : LE DROIT DE CONSERVER SON PATRIMOINE ORIGINAIRE 54

Chapitre I : Le recensement de l'actif originaire 55

Section I : La détermination des biens originaires 56

1 § ) Les biens originaires par leur origine..... 57

2 § ) Les biens originaires par leur nature..... 77

Section II : La détermination des valeurs originaires..... 118

1 § ) Les biens originaires devenus valeurs originaires..... 120

2 § ) Les biens originaires qui ne deviennent pas valeurs originaires..... 157

Chapitre II : Le retranchement du passif originaire..... 172

Section I : La méthode de déduction du passif 174

1 § ) La détermination du passif à prendre en compte..... 174

2 § ) Comment prendre en compte le passif..... 186

Section II : Le problème du passif excédentaire 205

1 § ) Justification de lege lata de la solution relative au passif originaire..... 205

2 § ) Justification de lege ferenda..... 216

DEUXIEME PARTIE : LE DROIT DE PARTICIPER AUX ACQUETS REALISES PAR LE CONJOINT

Chapitre I : Le droit de participer aux acquêts constatés..... 225

Section I : Le recensement de l'actif 225

Sous-Section I : Les plus-values consécutives à une modification de l'état des biens originaires..... 227

1 § ) Etude théorique : le rôle de la référence à l'état initial du bien..... 227

2 § ) Etude pratique : la mise en oeuvre de la référence à l'état initial du bien..... 254

Sous-Section II : Les biens acquis par l'époux pendant le mariage..... 317

1 § ) Les biens acquis par l'époux agissant seul.. 318

2 § ) Les biens acquis en indivision avec le conjoint 322

Section II : Le retranchement du passif..... 336

1 § ) La détermination du passif à prendre en compte 336

2 § ) Les limites à la prise en compte du passif.. 360

Chapitre II : Le droit de participer aux acquêts réunis fictivement 372

Section I : Le domaine de la réunion fictive..... 373

1 § ) Les valeurs réunies..... 373

2 § ) Les actes visés..... 375

Section II : Les effets de la réunion fictive..... 385

1 § ) La réunion fictive et le fonctionnement du régime de participation aux acquêts..... 385

2 § ) La réunion fictive et la liquidation du régime 409

CONCLUSION 423

ooOoo

# I N T R O D U C T I O N

1 - Par une structure particulière, le régime français de participation aux acquêts combine deux techniques différentes : celle de la communauté différée et celle de la compensation des enrichissements.

A la communauté différée il emprunte l'idée d'une répartition entre ce qui doit être conservé par l'époux et ce qui doit être partagé ; sur le modèle des régimes de compensation des enrichissements, il donne lieu au règlement d'une créance de participation attribuée à l'époux qui a le moins de gains.

Cette structure hybride fait du régime français un régime profondément original.

2 - Tout le régime de participation cherche à concilier deux objectifs présentés traditionnellement comme contradictoires :

- pendant le mariage, chaque époux conserve le droit d'administrer ses biens, d'en disposer et d'en jouir (sous certaines limites, il est vrai) ; un conjoint peut s'enrichir sans qu'il en soit de même pour l'autre, peu importe.

- à la dissolution, chaque époux doit participer à l'enrichissement du conjoint.

3 - Mais, techniquement, ce droit de participation peut être mis en oeuvre de deux manières. Dans certains régimes, il suppose la réunion de biens déterminés dans une communauté (indivise ou comptable) établie à la dissolution et destinée à être partagée (en nature ou en valeur) ; ce sont là des régimes de communauté différée. Dans d'autres, il est calculé par une comparaison du patrimoine de l'époux au jour du mariage et à la dissolution, l'époux qui s'est le plus enrichi sera débiteur envers son conjoint d'une valeur égale à la moitié de l'excédent constaté dans son patrimoine ; ce sont là des régimes de compensation des enrichissements. Les régimes étrangers se répartissent entre ces deux modèles techniques de participation.

4 - Le régime français de participation aux acquêts se situe à mi-chemin de ces modèles :

- il n'y a pas partage d'une communauté, même purement comptable, ce n'est donc pas un régime de communauté différée ( § I ),

- il n'y a pas comparaison entre patrimoine initial et final, ce n'est donc pas, non plus, un régime de compensation des enrichissements ( § I

## § I - Le régime français de participation aux acquêts n'est pas un régime de communauté différée.

5- Une rapide présentation des exemples de communauté différée ( A ) montrera que ce type de participation s'est développé dans des pays à tradition communautaire ; on y a transposé des règles liquidatives des anciens régimes de communauté plutôt que créé une voie nouvelle de l'organisation matrimoniale, d'où des différences assez significatives avec le régime français. ( B )

### A - Les exemples de communauté différée.

Le régime de communauté différée est actuellement en vigueur dans un certain nombre de législations étrangères ( 2 ), la France aurait pu en faire partie puisque tous les projets antérieurs à 1965 s'y référaient.(1)

#### 1) Les précédents projets français.

6 - Au lendemain de la loi du 13 juillet 1907 qui, avec le système des biens réservés créa une première brèche dans le pouvoir d'administration du mari, rares étaient encore ceux qui préconisaient une égalité parfaite entre époux. Pourtant, la prise de conscience des progrès réalisés par les législations voisines allait conduire peu à peu à une mobilisation de l'opinion publique et de la doctrine juridique. Ce fut l'occasion d'un regain de faveur pour le régime de séparation de biens et en 1920 une proposition de loi tendant à l'instituer comme régime de droit commun fut déposée au Sénat par le Sénateur L. Martin. ( 1 )

---

( 1 ) Deprez, "Société d'acquêts ou participation aux acquêts sous un régime séparatiste" Thèse Lille 1950 p. 95; Perret, "Projets de réforme du régime matrimonial de droit commun" Thèse Lille 1934 p. 66

Mais un siècle s'était écoulé depuis que s'était posée cette redoutable question du choix entre régime communautaire ou séparatiste. La société française s'était lentement faite à l'idée de la nécessaire union des biens entre les époux ( 2 ). L'attention que portaient les juristes et les politiques à développer les droits des épouses ne paraissait pas assez forte pour ébranler une donnée sociale aussi importante que la communauté matrimoniale. Seules, l'idée d'une réduction de la communauté aux acquêts réalisés par les époux, et la création d'une gestion concurrente pour les actes graves, semblaient en mesure de s'imposer ; c'est ce qui se fit en 1965.

Prenant conscience que l'alternative communauté - séparation n'était pas définitive, un auteur allait,pour la première fois semble-t-il, préconiser un système qui permettait de cumuler la participation aux bénéfices faits en commun et la séparation de biens. C'est à Capitant que revint cette initiative lors d'une discussion à la Société d'Etudes Législatives ( 3 ) dont on peut extraire cette phrase essentielle :"Ce régime, voici comment je le comprendrais : ce serait une séparation de biens, non pas avec société d'acquêts, comme cela se fait quelquefois dans la pratique notariale, mais un régime de séparation de biens, avec droit pour les deux époux de prendre, à la dissolution du mariage, la moitié des acquêts faits par l'autre époux".

Malgré les critiques ( 4 ), cette idée de conciliation entre indépendance et communauté allait pénétrer jusqu'au milieu de nos ministères et, en 1925, sur l'initiative de M. Le Garde des Sceaux René Renoult, le Gouvernement décidait de créer une commision chargée d'étudier les retouches à apporter au code civil pour donner à la femme sa pleine capacité civile.

---

( 2 ) Mouvement qui se traduisit par la diminution constante du nombre de régimes conventionnels, Cornu, "Les régimes matrimoniaux 3ème edt. 1981 p. 187, M. Faucheux, "Le choix du régime matrimonial, étude de sociologie juridique, Thèse Paris 1979 ;

( 3 ) Rapport de Lyon-Caen, Bulletin des Sociétés d'Etudes Législatives n° 49 p. 136
Voy. P. Deprez, Société d'acquêts ou participation aux acquêts sous un régime de séparation de biens, tHèse Lille 1950 p. 96

( 4 ) La proposition de Capitant futcombattue notamment par Colette, voy. Deprez, Thèse précitée p. 98

7 - C'est sur les conclusions de cette commission (Commission Matter) que Renoult, redevenu Garde des Sceaux, allait élaborer un projet de loi déposé sur le Bureau du Sénat le 23 juin 1932.

Ce projet comprenait deux parties : la première, qui aboutit cinq ans après à la loi du 1er Février 1938, supprimait l'incapacité civile de la femme mariée; la seconde instituait le régime de participation aux acquêts comme régime légal.

Fidèle à son inspiration, le projet Renoult se caractérisait par une liquidation communautaire : à la dissolution du régime, on devait séparer les biens propres des acquêts, liquider les reprises et récompenses et partager l'actif par moitié entre les époux ou leurs ayants-droit ( 5 ).

Opposée à la résistance des praticiens, cette seconde partie du projet ne sortit jamais des cartons de la commission législative du Sénat.

8 - L'échec ne fut que relatif ; l'idée d'un régime de participation aux acquêts n'était pas pour autant tombée dans l'oubli ; le 30 mars 1946, une nouvelle proposition de loi lui fut consacrée par M. Monnerville ( 6 ). Appuyée pourtant sur un exposé des motifs très riche ( 7 ), cette proposition en faveur d'une"combinaison originale des régimes séparatistes et des régimes de communauté" ( 8 ) ne passa pas inaperçue ( 9 ) mais n'atteignit point la consécration législative.

---

( 5 ) Projet Renoult, Doc. parl. 1932 Sénat p. 947 annexe 594
P. Voirin, notes parlementaires de droit civil III Réforme de la condition de la femme mariée et des régimes matrimoniaux, R.T.D.C. 1932 p. 1235 et s. qui voit dans la participation aux acquêts, un élargissement du système des biens réservés

( 6 ) Doc. Ass. Nat. 1946 Annexe n° 815 p. 789

( 7 ) Où l'auteur passa en revue les régimes de séparation et de communauté pour en démontrer les insuffisances : brutalité et inadaptation à la conscience juridique nationale pour le premier et necessité d'un chef (donc forcément d'un dominant et d'un dominé) pour le second.

( 8 ) Doc. Ass. Nat. 1964 Annexe n° 815 p. 791

( 9 ) Marie Elisabeth Cons : "La réforme du régime matrimonial de droit commun" Le projet Monnerville de 1946
Thèse Paris 1950

9 - Le régime de participation aux acquêts n'a pas été écarté des travaux de la commission de réforme du code civil. Après que cette commission ait chargé une sous-commission d'établir des documents précis entre les différents régimes ( 10), la discussion sur le choix d'un régime matrimonial légal s'ouvrit le 12 janvier 1950 sous la présidence de M. Julliot de la Morandière.

Bien qu'il ait eu encore des partisans, le régime de séparation de biens ne fit pas long feu ( 11); c'est dire que le choix se ramenait à l'alternative suivante : régime de communauté ou régime de participation aux acquêts (ou plus précisément : régime de communauté immédiate ou de communauté différée).

Dans la discussion, le régime de participation aux acquêts se trouva des défenseurs mais aussi des adversaires.

On évoqua bien entendu sa vocation à concilier indépendance et communauté ( 12) mais on lui reprocha : - d'être un régime compliqué ( 13) risquant d'être mal compris par la masse ( 14)
- de n'être que la généralisation du système des biens réservés ( 15)
- d'aller trop loin dans le partage des pouvoirs entre mari et femme ( 16)
- de créer une administration séparée contraire à la tradition nationale ( 17).

Mis aux voix, le régime de participation aux acquêts, n'obtint que quatre voix sur dix.

---

---

( 10) Travaux de la Sous-commission 1948-1949 p. 370

( 11) Seuls MM. de Lapanouse et Cavarroc, sur les dix membres de la commission, accordèrent leurs suffrage au régime de séparation de biens.

( 12) Voyez les interventions de MM. Julliot de la Morandière, Lyon-Caen, Ancel et Cavarroc, travaux de la commission de réforme du code civil p. 167 et s.

( 13) Jousselin Idem

( 14) Delépine "

( 15) Mazeaud "

( 16) " "

( 17) Niboyet "

10 - Même s'il y a eu d'autres tentatives d'en faire le régime légal (18), le régime de participation aux acquêts a été par trois fois envisagé comme régime conventionnel :

- lors des travaux de la commission de réforme du code civil dans sa séance du 23 novembre 1950 (19);

- dans le projet Michelet qui, bien que s'inspirant des travaux de la Commission, proposa une rédaction différente mais toujours liée à l'idée de formation d'une masse commune à la liquidation (20),

- dans la proposition Marcilhacy qui ne fit que reprendre le projet de 1959 afin de le remettre à l'ordre du jour (21).

Malgré ces rejets successifs, les différents projets français, notamment le projet Renoult, devaient inspirer certaines législations étrangères.

---

( 18)-Proposition de loi Calliavet, doc. Ass. Nat. t. II 1950 annexe n° 11675 p. 2232 et doc. Ass. Nat. t. III 1951 annexe n° 2016 p. 3228

pour un commentaire :"Le Monde"du 5 janvier 1951 : " Le régime de participation aux acquêts consacrerait la capacité de la femme mariée".

-Proposition de loi Poinso-Chapuis, Doc. Ass. Nat. 1951 annexe 12050 p. 116

- Motion déposée par Mme Lefaucheux devant la commission crée par l'O.N.U. dans le but d'étudier les régimes matrimoniaux ; rapport de ces travaux par M. Pajot in "Rapport au 52ème Congrès des Notaires de France, Biarritz 1953

- Enfin, le régime de participation aux acquêts a toujours figuré en bonne place dans les systèmes d'option de régime matrimonial. Consacré en doctrine par P. Spitéri: "L'égalité des époux dans le régime matrimonial légal (Etude de réforme législative) Aix en Provence 1962, le système d'option qui repose sur l'idée qu'il faut laisser les époux choisir eux-mêmes entre deux propositions législatives, a été soumis à plusieurs reprises aux suffrages des parlementaires sans convaincre : Annexe au P.V. de la séance du 2.11 1960, de la Commission de l'Assemblée Nationale p. 53 ; Documents Ass. Nat. 1ère séance du 26 juin 1965 p. 2584 où l'amendement fut rejeté par 261 contre ... 202. L'histoire du régime de participation aurait pu être toute autre...

( 19) Travaux... 1950-51 p. 468

( 20) Doc. Sénat 1959 n°23

( 21) Doc. Sénat 1962-63 n° 98

2 ) certaines législations étrangères

11 - D'une manière assez naturelle, le régime de participation aux acquêts s'est développé par étapes successives et par zones géographiques. Sous sa forme la moins élaborée de communauté différée, il est né en Europe centrale (a), s'est développé en Amérique du Sud (b) et en Europe Septentrionale (c) avant d'apparaître au Québec (d), en Tchécoslovaquie (e), en Belgique (f) et en Suisse (g).

a-- Le régime de participation aux acquêts en Europe Centrale

12 - Si M. Sielemann découvre l'origine du régime de participation aux acquêts dans les lois frisonnes du XIIIème siècle ( 22), c'est généralement au droit coutumier hongrois que l'on renvoie le plus souvent ( 23) lorsque l'on évoque les premières manifestations de l'idée de participation après indépendance.

---

( 22) Sielemann : "Le régime matrimonial de droit allemand" in "Le statut matrimonial du français" Rapport au 75ème congrès des notaires de France 1978 p. 1223 et s.

( 23) En ce sens, Graulich et Gothot, "Indépendance mais solidarité, nouveaux impératifs des régimes matrimoniaux" Annales de la Faluté de droit de Liège année 1958 p. 95 et s. spéc. p. 103 ; Zajtay, "Quelques projets de réforme du régime matrimonial légal en France, Belgique et Allemagne" R.I.D.C. 1955 p. 572 ; Zajtay et Ferreira, "Contribution al estudios de los regimenes matrimoniales de participation, Montévidéo, 1950 p. 6, ; Zajtay, "Les régimes matrimoniaux du droit hongrois" R.I.D.C. 1949p. 274 et s. ; C. Labrusse Riou, "L'égalité des époux en droit allemand, Thèse Paris 1965 n° 198 et note 18

Adde : N.J. Ionesco "Du régime des biens entre époux dans le droit hongrois" chez l'auteur le terme de participation aux acquêts n'est pas employé, il est remplace par celui de communauté d'acquêts. Pourtant, il reconnaît que la coacquisition d'indivision n'existe qu'en principe et ne se réalise ainsi qu'au jour de la cessation de la communauté d'acquêts. Thèse Paris 1932 sur ce point voir n° 78 et s. p. 84

Voir également n° 74 sur l'origine du régime de participation avant le tripartitum : selon une première hypothèse, le régime aurait existé chez les indigènes qui habitaient le pays avant les hongrois, selon une seconde hypothèse, l'insitution serait d'importation germanique apportée par des immigrants fondateurs de plusieurs villes hongroises.

13 - Mais, le droit hongrois étant resté longtemps un droit purement coutumier (24), c'est en Autriche que l'on rencontre la première codification du régime de participation aux acquêts. Le code civil autrichien de 1810 institua le régime de la "Gütergemeinschaft auf den Todesfall" (paragraphes 1234 à 1236 de l'AB.G.B. de 1810) : tant que dure le mariage, les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens, ils exercent (25) (26) en totale indépendance tous les pouvoirs d'administration et de disposition sur leurs patrimoines respectifs, à la dissolution, une masse comprenant tous les actifs et passifs des conjoints, est formée puis partagée.

14 - Cette législation autrichienne allait avoir une influence assez marquée dans l'évolution du droit hongrois puisque, après la Guerre d'indépendance de 1848-1849, le Code civil général autrichien fut appliqué jusqu'en 1860 (27). C'est sur cette confusion des droits autrichiens et hongrois que furent élaborées les Règles judiciaires provisoires de 1861 qui devaient, par la suite, inspirer le projet de 1928 (28). Ce n'est pourtant qu'en 1946 que le régime de participation aux acquêts devint régime légal .

Dans ce régime légal, il faut distinguer deux catégories de biens : les biens propres de chaque époux et les acquêts qui se présentent également d'un côté et de l'autre (29). Cette distinction ne produit aucun effet pendant le mariage, les effets de la communauté ne se manifestent qu'à la dissolution.

---

(24) Zajtay, "Les régimes matrimoniaux du droit hongrois" R.I.D.C. 1949 p. 274 et s. spéc. p. 275

(25) Graulich et Gothot, "Indépendance mais solidarité, nouveaux impératifs des régimes matrimoniaux", Annales de la Fac. de droit de Liège, 1958 spéc. p. 97

(26) indépendance toutefois tempérée par le § 1236 qui permettait à chaque époux de faire inscrire sur les registres publics, son droit à la moitié des biens immobiliers détenus par son conjoint; il n'en devenait pas immédiatement copropriétaire pour autant, par là il protégeait son droit de demander la copropriété au moment de la dissolution, Graulich et Gothot, p. 98

(27) Zajtay, p. 276

(28) Szladits, le nouveau projet de Code civil en Hongrie, Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, t. III p.259 à 268 spéc. p.264

(29) Zajtay, p. 289

A la dissolution, chaque époux a le droit d'exiger de l'autre la moitié de ses acquêts, c'est à dire la moitié de l'accroissement net constaté dans son patrimoine. Pour mesurer cet accroissement, on déduit les dettes existantes et sur ce qui reste du patrimoine, on soustrait les biens propres de l'époux, c'est à dire les biens acquis avant le mariage ; ceux qui ont été reçus à titre gratuit et ceux qui ont été échangés avec des propres. Si les biens existaient encore, la reprise s'effectuait en nature; dans le cas contraire elle avait lieu en valeur, à condition de tenir compte des récompenses que les masses communes et propres pouvaient éventuellement se devoir. Ce qui restait dans chaque patrimoine, c'est à dire les acquêts, était alors partagé par moitié (30).

Ce système, qui en proposant une reprise en valeur est, nous le constaterons, très proche de notre régime de participation, devait disparaître avec la loi IV de 1952, entrée en vigueur le 1er janvier 1953 (32), instituant un régime de communauté de biens, sans que l'on sache trop bien pourquoi le régime antérieur fut abandonné (33).

15 - Le régime de participation aux acquêts était également consacré par plusieurs législations allemandes avant que le B.G.B. n'instaure le régime légal de l'union des biens (34).

---

(30 - 31) Zajtay p. 293

(32) E. Weiss, "Hongrie" in "Le régime matrimonial dans les législations contemporaines", edt. de 1974 p. 491 spéc. p. 494 ; Zajtay, "Hongrie" in "Le régime matrimonial... edt. de 1957 p. 207, "Le droit du mariage dans le nouveau code hongrois de la famille, R.I.D.C. p. 491 et s. 1954.

(33) Zajtay, idem, conclusion

(34) M. Liénard Ligny, "Les régimes matrimoniaux en droit allemand depuis la loi du 18 juin 1957, Annales de la Faculté de droit de Liège 1962, n°3 et 4 p. 351 et s. spéc. n° 3 ; M. Hanoteau, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain . VII : "Le statut civil du conjoint survivant dans la pratique et en droit comparé" sous la direction de J. Renaud, t.V"le conjoint survivant en droit allemand p. 375 pour le droit de Nuremberg 1479, de Bavière 1877, du Grand Duché de Hesse ; C. Labrusse Riou op. cit. n° 198 pour les droits locaux : Mainzer Landrecht 1755, Stadrecht von Regensburg 1580, Stadrecht von Rothenburg 1656 ; Graulich et Gothot, op. cit. p. 104 note 4 ;Merzbacher, Die Zugewinngemeinschaft, Archiv für die civilistische Praxis (revue) 1957 p. 1 ; Dölle Familienrecht, Karlsruhe t. 1 p. 737 ; F. Von Wijss, "Die ehelichen güterrecht der schweiz Zurich 1896 spéc. p. 236 A. Lyon-Caen : "La femme mariée allemande" Thèse Paris 1903 ; Bufnoir, Etude sur les régimes matrimoniaux en Allemagne, Bulletin de la société de législation comparée 1876 p. 163 et

b - Le régime de participation aux acquêts en Amérique du Sud.

16 - L'idée communautaire est fortement implantée en Amérique du Sud. Mais certains Etats sont attachés à l'indépendance des époux pendant le mariage et par conséquent, ont choisi un régime légal où la naissance de la communauté est retardée jusqu'à la dissolution du mariage. (35).

L'exemple fut donné par le code civil du Costa-Rica de 1888. Rompant avec une tradition de pure communauté, ce code établit un régime légal dans lequel chaque conjoint reste propriétaire et administrateur de ses biens. A la dissolution, on regroupe dans une masse commune tous les biens autres que ceux qui ont été acquis avant le mariage, reçus à titre gratuit, financés par des valeurs antérieures à l'union ou obtenus par remploi (36).

Trois autres pays suivirent le Costa-Rica dans cette voie, il s'agit du Salvador, en 1894, du Honduras en 1906 et enfin du Panama qui, en 1917 opta pour un régime où la participation était étendue aux meubles et acquêts. (37)

---

(35) Annick Danan, "Le régime matrimonial en France et dans les pays d'Amérique Latine" Thèse Bordeaux 1960 Adde: les articles de J. Lisbonne au Juris-Classeur de droit comparé : Argentine, Chili, Mexique, Pérou...

(36) Danan, thèse précitée, p. 140 et surtout 143 ; Graulich et Gothot, "Indépendance mais solidarité, impératifs nouveaux des régimes matrimoniaux, Annales de la Faculté de droit de Liège 1958 p. 95 et spéc. p. 100; Zajtay, "Contribution al estudio de los regimenes matrimoniales de participation" Montévidéo1950, en collaboration avec Ferreira p. 25 sur les régimes d'Amérique du Sud ; Ricord, El derecho panameno ante la question del régimen matrimonial, in Boletin des Instituo de Derecho comparado de Mexico, enero abril 1950 t.III p. 9 à 67, cité par Zajtay et Ferreira.

(37) Danan, Thèse précitée, p. 140 et surtout p. 143 et 144, Zajtay et Ferreira op. cit.

Ce mouvement d'expansion s'estompa pendant une quinzaine d'années et il fallu attendre de nouvelles expériences européennes (loi suédoise de 1920 et projet Renoult) pour voir la Colombie l'adopter à son tour en 1932 (38

Les derniers Etats à se prononcer pour le régime de participation furent l'Uruguay en 1946 (39) et le Paraguay à titre de projet, en 1954 (40).

---

(38) Danan , Thèse précitée, p. 144 :

En Colombie, le régime de participation aux acquêts remplaça la communauté d'acquêts établie par le code civil de 1873 (Loi IV t. 22 art. 1771 et s.) C'est essentiellement pour promouvoir la situation de la femme mariée que cette modification s'est produite,ainsi qu'en témoigne un message du Président de le République au Sénat de Colombie.

Dans cet esprit la loi n° 28 du 17 novembre 1932, entrée en vigueur le 1er janvier 1933, abolit l'incapacité de la femme mariée avant de modifier le régime légal.

Zajtay et Ferreira, op. cit. et loc. cit.

(39) Danan , Thèse précitée p. 145

Le régime antérieur à la loi du 18 septembre 1946 était profondemment marqué par la prépondérance maritale : le mari est le chef de la famille, il entretient et représente la femme qui n'est qu'une subordonnée.Dans ce régime de combinaison entre communauté des acquêts et régime dotal, le mari était l'administrateur unique. Il gérait les acquêts et les biens dotaux de la femme ; il autorisait la femme à passer des actes sur ses biens paraphernaux.
Une telle législation devint peu à peu inadaptée à l'évolution économique et sociale marquée, notamment par le changement des conditions de vie des femmes et c'est tout naturellement que le régime de participation lui fut substitué (le régime de séparation de biens n'intervenant qu'à titre judiciaire, à la demande de l'un ou l'autre des époux).

Zajtay et Ferreira, op. cit. et loc cit.

Une traduction française de la loi a été publiée aux "Cahiers de législation et de Bibliographie Juridique de l'Amérique latine" publications France-Amérique, Paris, Vol. I, p. 236-239

(40) Au Paraguay, un projet de loi fut présenté en 1954,qui s'inspirait du modèle uruguayen, ce qui explique que malgré le titre choisi de séparation de biens, il avait tous les aspects du régime de participation. Fortement remanié au cours de la procédure législative, le projet perdit son originalité et c'est finalement un régime de communauté d'acquêts soumis à la gestion maritale qui a été adopté dans la loi n°236 du 6 septembre 1954.

c - Le régime de participation aux acquêts, régime légal de certaines législations nordiques

17 - Les Etats nordiques qui ont choisi un régime légal de participation l'ont fait avec des règles sensiblement différentes.

18 - L'étape déterminante fut la loi suédoise du 11 juin 1920. Dans ce pays très attaché à la communauté (41),mais aussi à l'égalité (42), des époux, les premiers tenants de ce nouveau régime se découvrirent en 1909, date à laquelle fut remis un projet de réforme du droit de la famille. Ce projet aboutit et il entra en vigueur le 1er janvier 1921.

19 - Le régime suédois repose sur la distinction entre les biens personnels et matrimoniaux. Les premiers restent définitivement la propriété de leurs titulaires; les seconds sont appelés à être partagés entre les époux au moment de la dissolution du régime. Afin de garantir la réalité du droit qu'a chaque époux sur les biens matrimoniaux de son conjoint, des règles particulières de gestion ont été élaborées (43) . Le partage proprement dit s'effectue après que chaque époux ait réglé ses dettes et apuré son compte éventuel de récompenses.

---

(41) Le régime communautaire a toujours été en vigueur en Suède. D'après les anciennes lois rurales, il existait une communauté de meubles et d'acquêts dans laquelle la femme avait droit à un tiers pour deux au mari, Turpin de Crisse, Elèments du régime suédois, Mémoire Centre de droit Comparé Paris p. 2 ; adde : K. d'Olivecrona, Rev. hist. de droit franç. et étrang. XI 1865 PP 394 et s. ; Deglin, Etude sur le contrat de mariage Paris 1883 p. 85 et s.
Le code du mariage de 1734 consacra la communauté comme régime légal avec des règles différentes pour les villes et les campagnes. Cette distorsion dura jusqu'à l'ordonnance du 19 mai 1945 qui généralisa le partage par moitié et jusqu'à la loi du 1er juillet 1898 qui uniformisa le régime applicable aux immeubles:sans tenir compte de leur situation urbaine ou rurale, seuls les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage étaient communs ( ce qui n'était pas le cas auparavant dans les villes où il y avait communauté universelle) Voir : Graulich et Gothot : "Indépendance mais solidarité : nouveaux impératifs des régimes matrimoniaux, Annales de la Faculté de droit de Liège 1957 n° 1 p. 95 et s. spéc. p. 113

(42) La loi du II juin 1920 supprima l'incapacité de la femme mariée et la puissance maritale, voir Turpin de Crisse op. cit. et loc. cit.

(43) voir deuxième partie.

20 - Bien qu'il n'ait pas fait l'objet de nombreuses études en langue française (44), le régime suédois est très généralement considéré comme le premier exemple de participation aux acquêts ; on a assez souvent affirmé que le régime conventionnel de 1965 nous venait du Suède (45). Cela peut paraître curieux puisqué l'on sait que ce régime est né bien avant 1920 ; deux explications peuvent être fournies pour justifier cette attraction des auteurs vers le régime suédois.

Même si elle n'a pas totalement innové, la Suède, en adoptant le régime de participation a franchi une étape décisive. D'une part, c'était la première fois qu'un Etat européen abandonnait un régime de communauté en vigueur (ce qui n'avait pas été le cas en Hongrie et en Autriche), d'autre part, l'exemple donné à été déterminant pour les législateurs colombien et uruguayen.

---

(44) W. Uppström : Législation relative au mariage (Suède), traduction française partielle de la loi du 11 juin 1920, Annuaire de législation étrangère 1920, Paris L.G.D.J. ; F. Reau et G. Forssius : les lois suédoises sur le mariage, Paris 1925 P.U.F. ; G. Forssius : La femme suédoise devant la loi, publié à Paris, Comité national d'études sociales et politiques, fasc. 147 ; Malmar, Semaine internationale de droit, Paris 1937, IV p 133s. ; G. Forssius, Le code suédois du mariage, traduction des textes législatifs en vigueur au 1er octobre 1954, Paris 1955 L.G.D.J. ; M. H. Hessler, Suède in "Le régime matrimonial dans les législations contemporaines" p. 301 Paris 1957 sous la direction de A. Rouast ; H. Hessler et S. Hillbert, idem, édt. de 1974 sous le direction de Patarin et Zajtay p. 651 et s. ; Turpin de Crisse, Elèments du régime suédois, précité.

Adde : "Le régime matrimonial de droit commun" projets belges de réforme et droit comparé" p. 198 par C. Renard

Extraits d'articles : Graulich et Gothot; op. cit p. 113 ; Renauld, précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, droit patrimonial de la famille t. I p. 219 ; Bourbousson "Mariage, régimes matrimoniaux et successions dans les cinq parties du Monde" 1934 p. 499

En langue anglaise, Malmström, "Matrimonial Property law of Sweden", in Friedmann "Matrimonial Property law p. 410 et s.
En langue uruguayenne : Zajtay et Ferreira; op. cit. p. 13

(45) Morin, op. cit. n° 496 p. 136 ; Ponsard, sous Aubry et Rau n° 358 § 533 ; Mazeaud, n° 599 p. 521.

Ce phénomène n'est pas propre aux juristes français, voyez : "Le régime matrimonial de droit commun, Projets belges de réforme et droit comparé" par C. Renard.

La seconde explication tient à une approche différente de l'idée de communauté.

Primo, le droit de chaque époux sur une partie des biens matrimoniaux de son conjoint est reconnu dès le début du mariage ; on lui reconnait un droit virtuel ( 46 ). Il y a en quelque sorte, anticipation sur la phase communautaire.

Secundo, à la grande différence des autres législations en vi-( 47
gueur en 1920, la réunion des biens matrimoniaux à partager s'effectue après que chaque époux ait acquitté les dettes nées de son chef ; il n'y a qu'une communauté d'actif. C'est ainsi que l'on a pu écrire que le régime suèdois était proche du régime allemand ( 48 ).

---

(46 ) Art. 1er Chap. VI code suédois du mariage, traduction G. Forssius précité

(47 ) Annick Danan op. cit. p. 160 : "On procède à la liquidation, en commençant par payer le passif de la communauté" Il n'y a guère que pour la loi urugayenne de 1946 que le problème a été posé du choix entre une liquidationunique (communauté active et passive) ou double (liquidation séparée de chaque patrimoine et partage des actifs qui subsistent de ces liquidations :voyez en faveur de la liquidation unique : M. Was Ferreira :"La liquidacion de la sociedad conyugal. Liquidacion unica o doble liquidacion" dans Etudes juridiques en mémoire du Professeur E. Couture, Montévidéo 1947 p. 837-848

Pour le régime autrichien de 1810, Graulich et Gothot précité p.99 :mise en commun des patrimoines actifs et passifs des conjoints" avec toutefois une nuance quant'à l'obligation aux dettes communes voir note 4.

(48 ) Graulich et Gothot, précité p. 115 , les deux auteurs précisant tout de même qu'il n'y à la qu'une ressemblance et que par la suite, les deux régimes différent tant par l'ampleur de la masse à partager que par la nature du droit conféré à chacun des conjoints.

21 - Le principe d'un partage de biens se retrouve dans les autres lois nordiques. Seulement la mutation entre séparation et communauté y est moins prononcée dans la mesure où l'opposition des biens personnels et communs est affirmée dès le début du mariage. A ne regarder que les titres des régimes, on ne perçoit pas directement l'aspect différé de la communauté. C'est ainsi que l'on parle de communauté de biens pour les lois danoise (49) et norvègienne( 50) et de communauté universelle pour la loi hollandaise ( 51). Mais, quelle que soit la terminologie, pendant le mariage, chaque époux gère seul les biens qui sont entres en communauté de son chef ; ce n'est qu'à la dissolution que ce qui reste de la communauté doit être partagé également entre les époux,

22 -Dans le lot des législations nordiques, on doit isoler le régime finlandais. Dans ce pays, le régime matrimonial est prévu par la loi sur le mariage du 13 juin 1929 ( 52). Inspiré du modèle suédois, le régime qui y est mis en place s'en éloigne quelque peu en ce qui concerne les droits des époux lors de la dissolution. En vertu du l'article 35 de la loi sur le mariage, chaque époux prend la moitié de la valeur totale des biens soumis au partage. Il s'agit donc d'une participation en valeur que l'on pourraît être tenté d'assimiler au régime français.

---

( 49) M. Munch : "Danemark" in "Le régime matrimonial dans les législations contemporaines" édt. 1957 p. 109 ; Bernhard Gomard, idem édt.1974 p. 285 Munch et Gomard "Danemark" R.I.D.C. 1965 p. 643 et s. ; Zajtay Ferreira op. cit p. 18 : Graulich et Gothot op. cit. et loc. cit. ; JCL Droit comparé fasc. Danemark par A. philip et A. Ekstrand

( 50) M. F. Hiorthöy "Norvège" in "Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines" édt. 1957 p. 261 ; H. C. Björness, idem édt. 1974 p. 579 ; Graulich et Gothot op. cit et loc. cit. : Zajtay -Ferreira, op. cit p. 12 J.C.L. droit comparé fasc. Norvège parE. Rygh n° 42 à 49 1974

( 51) L'émancipation de la femme mariée hollandaise dans le cadre du régime légal de communauté universelle, M. Lienard Ligny, Annales de la faculté de droit de Liège 1957 p. 119 ; K. Wiersma "Pays Bas" in "Le régime matrimonial légal... édt. 1974 p. 599 ; J.C.L. droit comparé par P.J. Van Ommeren n° 39 1978 ; Congrès du Notariat latin, Paris 1979 p. 177 et s.

( 52) M.B. Godenhielm :"Finlande" in "Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines" p. 177 édt. de 1957 et p. 435 edt. de 1974 par B. Godenhielm et H. Jokela ; Zajtay Ferreira, op. cit. p. 12 ; J.C.L. droit comparé fasc. Finlande par Lancin 1983

Pour se convaincre du contraire, il convient de s'attacher aux modalités de liquidation. Si la participation en valeur s'exprime, comme en droit français par une répartition de l'écédent d'actif constaté dans le patrimoine d'une époux, il faut observer que cette répartition s'opére après que l'on ait regroupé toutes les valeurs d'actifs dans une même masse. L'exemple donné par MM. Godenhielm et Jokela (53) est sur ce point, très significatif.

Après réglement des récompenses et paiement des dettes, les biens sur lesquels les époux ont un droit patrimonial s'élèvent à une valeur de 650.000 pour le mari et 200.000 pour la femme. A ces chiffres s'ajoute une créance de compensation due à la femme par le mari pour mauvaise gestion des biens sur lesquels elle a un droit matrimonial : 150.000

Dans la liquidation finlandaise, on fait le total des valeurs à partager, soit (650.000 + 200.000) - 150.000 (créance de compensation), ce qui donne le chiffre de 700.000. Sur ce résultat, on détermine les droits de chaque époux : 700.000 : 2 = 350.000 et on recherche ce qui doit donner le mari à la femme pour que celle-ci recoive effectivement 350.000. Concrétement, la femme doit recevoir 350.000 (partage) + 150.000 (créance de compensation) ; comme elle a déjà 200.000, le mari va lui devoir 300.000.

Dans le régime conventionnel français, on parviendrait au même résultat mais avec une démarche totalement différente. Pour reprendre ces mêmes chiffres, on peut considérer que le mari a des acquêts nets d'un montant de 800.000 (650.000 + 150.000 de créance de participation que l'on peut rapprocher de notre récapitulation fictive prévue à l'article 1573 du code civil) et la femme, d'un montant de 200.000. Sur ces données, la différence étant de 600.000, le mari doit 300.000 à son épouse.

Le régime français repose sur une compensation de l'éxcédent d'actif alors que le régime finlandais suppose un partage en valeur d'une masse de valeurs.

---

(53) op. cit. spéc. p. 180 édt. de 1957 et p. 439 édt. de 1974

d - Le régime de participation aux acquêts dans la province de Québec

23 - Le régime de société d'acquêts est devenu le régime légal du Québec avec la loi du 12 décembre 1969 (54) qui, quant au droit de la famille, fait suite à la loi de 1964 sur la capacité juridique de la femme mariée.

Inséré par la suite dans le Livre II du nouveau code civil du Québec, le régime de la société d'acquêts remplace l'ancienne communauté de meubles et d'acquêts marquée par une "association hiérarchisée faite de dépendance et de soumission" de la femme à l'égard de l'homme ( 55).

Bien qu'établi tardivement, après les lois allemande et française, le régime québécois s'inscrit dans la tradition des régimes de communauté différée (56 ). Choisi pour réaliser une synthèse des régimes communautaire et séparatiste ( 57 ), il contient, notamment, une description très complète des propres et des acquêts,

---

( 54 ) G. Brière, "les dispositions essentielles du Bill 10 sur les régimes matrimoniaux, in "Lois nouvelles" II Presses de l'Université de Montréal p. 23 et s. ; P.A. Crépeau, "Les principes fondamentaux de la réforme des régimes matrimoniaux, idem, p. 9 et s. , "Le droit familial du Québec réalités nouvelles et perspectives d'avenir 1973, 51 Revue du Barreau canadien, p. 169 ; E. Caparros, Les droits du conjoint survivant en société d'acquêts, 1973, 14 Les cahiers de droit p. 339, Les lignes de force de l'évolution des régimes matrimoniaux en droit comparé et québécois, Montréal 1975 , Les régimes matrimoniaux au Québec, Montréal 1979, "la dissolution et la liquidation de la société d'acquêts" 1982 42 Revue du Barreau p. 691 ; E Groffier, compte rendu du livre de Caparros, R.I.D.C. 1981 p. 201 , La société d'acquêts en droit québécois R.I.D.C. 1977 p. 747 ; Legare "Réflexions sur les régimes matrimoniaux" 1975, Revue du Notariat, p. 575 ; A. Leuck, "Le statut matrimonial du Français, Rapport au congrès des notaires de France 1978 p. 1209 ; J. Pineau, "La réforme des régimes matrimoniaux; quelques points d'interrogation" 1973 Revue du notariat p. 3 , Les régimes matrimoniaux Thémis 1976 ; R. Comtois, "Les régimes matrimoniaux" in Les enjeux de la révision du code civil, Montréal 1979 p. 343.

( 55) Crépeau op. cit. p. 11

( 56) Leuck,op. et loc. cit.

( 57) Crépeau p. 16

e - Le régime de participation aux acquêts dans le code civil tchécoslovaque de 1949.

24 - L'apparition d'un régime de participation en droit tchécoslovaque s'est faite de manière indirecte par l'intermédiaire d'une clause par laquelle les époux pouvaient différer la naissance de la communauté jusqu'au moment de la dissolution du mariage.(58 ) Le code de la famille de 1949 fut abrogé par la loi sur la famille du 4 décembre 1963 qui supprima cette faculté (59 ).

f - Le régime de participation aux acquêts dans le projet du Sénateur belge Ciselet.

25 - S'inspirant des projets français, le projet belge déposé le 17 décembre 1947 (60 ) et le 12 mai 1954 reprend pourtant la terminologie suédoise, en distinguant les biens propres et les biens matrimoniaux (61 ). Quoi qu'il en soit, la réforme définitive du 14 juillet 1976 s'orienta vers un régime légal de communauté classique.

---

(58 ) Traduction anglaise in Bull. dr. tchécosl. 1954 p. 204 ;
Graulich et Gothot op. cit. p. 100

(59 ) A. Kanda et V. Knapp, "Tchécoslovaquie" in "Le régime matrimonial légal..." edt. de 1974 p. 679, spéc. p. 681

(60 ) 17 décembre 1947 Doc. Parl. 1947-48 n° 73 (Sénat)
12 mai 1954, Doc. Parl. Sénat session extraordinaire 1954, n° 13

(61 ) Renard, "Le régime matrimonial de droit commun" projets belges et droit comparé p. 165 et s.

g - Le régime de participation aux acquêts en Suisse. (Etude d'un projet F.F. 1919 p.1386)

26 - Le régime légal suisse actuellement en vigueur présente l'inconvénient de ne plus correspondre à la réalité sociale et, notamment, au (62) postulat de l'égalité entre l' homme et la femme. Le système mis en place en 1907 est un régime d'union des biens qui fonctionne autour de cinq masses de biens. Chaque époux a des biens réservés et des apports, la dernière masse est constituée par les acquêts. Chaque conjoint reste propriétaire de ses biens réservés et de ses apports (sauf à remarquer que l'argent de la femme et autres biens fongibles deviennent propriété du mari qui doit restituer leur valeur), les acquêts appartiennent au mari. Ce dernier a un large pouvoir d'administration puisque, outre ses biens réservés et apports, il gère les acquêts et les apports de la femme. A la dissolution, la femme reçoit un tiers du bénéfice éventuel, s'il y a un déficit, le mari le supporte seul.(63)

Ce régime,marqué par la survivance de la tutelle maritale,est appelé à disparaître; en 1979, un projet de loi a été présenté afin de substituer le régime de participation aux acquêts au régime de l'union des biens (64).

---

(62) "Mariage et famille en question", Travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon III , pour la Suisse P.H. Steinauer "Evolution des structures juridiques de la famille en Suisse" p. 7

Adde : C. Knapp, "Le régime matrimonial de l'union des biens" Neuchâtel 1965 , J. Roboz, "La liquidation du régime de l'union des biens" Genêve 1915

(63) Steinauer, op. cit. nous révèle que, au vue d'un enquête récente, les ménages suisses ne respectent pas ces principes de gestion, les pouvoirs du mari ne sont véritables que dans 17 % des cas, le patrimoine propre de la femme étant administré par elle (41 %) ou en commun (42 %).

(64) Deschenaux,P. Petitpierre :"Vers une réforme du droit du mariage" Semaine judiciaire 1975 p. 473 491 ; H.Deschenaux, "la protection de l'expectative de bénéfices dans le régime de participation aux acquêts dans l'avant projet de Loi fédérale modifiant le code civil suisse" in Gedächtnisschrift Güterstand im schweizerischen recht, Fribourg 1977 p. 151 et s.
Piotet P. "Le futur régime matrimonial légal suisse" R.D.S. 1975 (1976) I p. 459, "La définition des propres et des acquêts dans le projet de loi dur le régime matrimonial de la participation aux acquêts" Journal des tribunaux, 1982 I p. 290 ; Steinauer précité.

S'inspirant sans aucun doute de toutes les législations ayant adopté le régime de participation, le projet suisse contient des règles qui tendent à l'éloigner des régimes classiques de communauté différée. Dans son essence, c'est pourtant dans cette catégorie qu'il doit être rangé.

Comme dans les régimes de compensation des enrichissements, le projet suisse établit une participation aux bénéfices réalisés par le conjoint, avec compensation des créances. Cette participation, en valeur, suppose donc une évaluation préalable de chaque enrichissement et c'est sur ce point que le projet tend à se rattacher à l'idée de communauté différée.

Concrètement, cette évaluation ne passe pas par la comparaison entre valeurs propres et acquêts, donc entre patrimoine final et valeurs propres ; on se contente de dégager les acquêts et de les évaluer.

En d'autres termes, il y a reconstitution d'une masse d'acquêts ; peu importe qu'elle se fasse en valeur, peu importe qu'il y ait une récapitulation fictive de certains biens, l'essentiel nous paraît être dans la nécessité inhérente à un tel système, de distinguer entre propres et acquêts.

C'est cette distinction qui nous semble être la caractéristique majeure des régimes de communauté différée, elle rend nécessaire des techniques qui sont autant de particularités du régime.

B - Les particularités des régimes de communauté différée

27 - La caractéristique commune de tous les régimes que nous venons de présenter est de comprendre une détermination en nature des biens sur lesquels le droit à participation doit s'exercer. C'est en cela que nous pouvons parler de communauté différée et de la différence essentielle entre les deux types de régimes actuellement connus : les uns passent par une qualification des biens possédés par les époux (biens propres ou acquêts, biens personnels ou matrimoniaux) les autres, par un calcul des plus-values des patrimoines respectifs. (64 )

28 - A d'autres égards, l'expression de"communauté différée" peut être trompeuse ; elle doit être resituée dans le cadre des régimes de participation, ce qui permet de faire trois remarques.

Primo, l'expression "communauté différée" ne s'oppose pas à ce que les intérêts de la participation soient protégés pendant la durée du mariage. Le droit à participation est la réalisation technique d'une vocation communautaire qui est inhérente au régime, qu'il ne s'exerce qu'à la dissolution ne signifie pas qu'il doit être ignoré pendant le mariage.

Secundo, parce qu'il s'agit d'un ensemble de biens destinés à être partagés et non à être gérés, il importe peu qu'ils soient réunis dans une masse réelle ou simplement comptable.

On a parfois rejeté l'expression de "communauté différée" à propos du droit québécois,au motif qu'il n'y avait pas de masse commune (65 ).

---

(64) Deschenaux, "Le projet allemand prétend se passer de la distinction entre propres et acquêts" p. 480 Révision du régime matrimonial, rapport présenté a la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, 1957

(65) "Le régime du Québec n'est pas ce que Josserand a appelé une communauté posthume ou ce que d'autres auteurs ont appelé une communauté différée" Pineau op. cit. p. 17

Il nous semble qu'il y a là une fausse question. S'il est vrai qu'il n'y a pas véritablement masse commune (66), il n'en est pas moins vrai que l'excercice par chaque époux, de son droit à la moitié des acquêts de l'autre, amène à un brassage des biens identique, voire supérieur (67), à celui qui résulterait du partage d'une communauté. Quelles qu'en soient les modalités, c'est bien au partage d'un ensemble de biens déterminés qu'aboutit le régime du Québec (68).

(66) Pour ce même régime Québecois, Groffier, op. cit. n° 6 : "L'élèment le plus important de la société d'acquêts est peut-être, justement, qu'il ne s'agit pas d'une société : il n'y a, à aucun moment, de masse commune"

Adde : Caparros, "La dissolution et la liquidation de la société d'acquêts" précité n° 41 .

Le code civil québécois parle pourtant de "masse partageable" Pineau p. 18 et certains commentaires, ex: pour la présomption d'acquêt, on lit dans les notes explicatives du Bill :"Les difficultés de preuve joueront toujours en faveur de la masse partageable"

Il convient de préciser que la masse concernée est celle qui est constidans le patrimoine de chaque époux. "En d'autres termes, nous avons deux patrimoines : celui du mari et celui de la femme. Mais chacun de ces patrimoines est composé de deux catégories de biens - les propres et les acquêts- de sorte que nous avons quatre masses" Pineau op. cit. p. 17

Il n'empêche que les auteurs canadiens se sont posés une question liée à une réminiscense de masse commune ; l'interrogation portait sur les effets de la renonciation au partage des acquêts lorsque celle-ci est faite par le conjoint survivant : la renonciation porte-t-elle sur les acquêts du renonçant ? La généralité de l'expression : renonciation à la société d'acquêt permit d'envisager eu moins trois solutions.-Selon M. Comtois, "les acquêts sont assimilés à des biens communs" Cours de perfectionnement de la Chambre des Notaires de la Porvince de Québec, avril 1970 p. 106, le renonçant doit rapporter ses propres acquêts à la succession du défunt. Adde : A. Mayrand, les successions ab intestat, P.U.M. 1971 n° 158 p. 135

-Dans une conception très séparatiste, on pouvait penser que l'expression signifiaitsimplement renonciation au droit de partager les acquets du conjoint.

-Dans une troisième solution, on limite la renonciation au droit portant sur les acquêts du conjoint en précisant que les héritiers du défunt conservent le droit de lui demander la moitié de ses acquêts, Caparros, n° 168 p. 135 ; G.Brière op. cit. pp. 28 et 29 ; Pineau, pp. 18 et 19 ; D. Castelli "L'article 624 du C. civ et l'obligation de "renoncer" du conjoint survivant, 1974 Cahiers de droit 878 à 886

(67) Il peut être supérieur dans la mesure où, en principe, chaque époux recoit obligatoirement la moitié des acquêts de l'autre, ce qui n'est pas systèmatique dans un partage global.

(68) Caparros , communauté et société d'acquêts sont "deux régimes de partage de biens" op. cit. n° 168 p. 135

Tertio, les régimes de communauté différée ne sont pas synonymes de participation en nature ; toutes les législations prévoient la possibilité d'un partage en valeur ( 69 ), mieux, il se peut que celui-ci soit établi en principe ( 70 ).

---

( 69 ) Le principe d'une participation en valeur se retrouve autant dans les précédents projets français que dans les régimes étrangers de communauté différée :

Les précédents projets français : Tous les textes contiennent une disposition par laquelle un époux est en droit de conserver les biens meubles et immeubles qui sont entrés de son fait dans la masse à partager : (Projet Renoult art. 1398 XXXII, idem dans les proposition Monnerville et Cailliavet, on la retrouve dans l'art. 58 de l'avant projet adopté par la sous-commission de révision du code civil ; projets Michelet et Marcilhacy art. 1498. voir néanmoins la proposition Poinso-Chapuis où le partage en valeur n'est pas prévu, tout du moins en cas de dissolution autre que par décès art. 1581(c) modifié)

Qui plus est, il semble bien que ces dispositions constituaient une pièce maîtresse des différents projets ; c'est du moins ce que témoigent les phrases suivantes : "Mais il est possible de transformer la nature de cette masse et d'en faire, au lieu d'une communauté de biens en nature comme dans le régime légal actuel, une communauté de valeurs... Exposé des motifs du projet Renoult p. 11 adde Perret thèse précitée p. 98 ; et surtout : "Cependant ce partage a lieu, en principe, non pas en nature, mais seulement en valeur, chacun des époux ayant le droit de conserver ses acquêts, à charge de tenir compte à son conjoint de la valeur de la part à laquelle il aurait droit" Exposé des motifs projet Michelet, Doc. Sénat 1959 n° 23 p. 12. ; "C'est de manière tout à fait exceptionnelle qu'il y aura partage en nature des acquêts... Tout se réduit à un compte," exposé des motifs proposition Monnerville

Les régimes étrangers : Québec : Pineau p. 18, Caparros "la dissolution et la liquidation de la société d'acquêts" précité n 43 et "les régims matrimoniaux" n° 178 ; Suède : art. 13 chap. XIII du code du mariage :

( 70 ) voir pour la Finlande supra p. 17

29 - Ramenée à l' essentiel, l'expression de communauté différée nous semble devoir s'appliquer à des régimes qui fonctionnent sur la distinction, en nature et non en valeur, des biens qui doivent être conservés par chaque époux et de ceux qui doivent être partagés (propres-acquêts, biens personnels-biens matrimoniaux).

A cette distinction s'attachent des conséquences qu'on ne retrouve pas dans le régime français de participation; c'est le cas, en particulier, des récompenses et d'un partage limité aux acquêts.

- Le compte des récompenses

30- Parce qu'il a le pouvoir de gérer seul ses biens, un époux peut facilement prendre sur la partie propre de ses biens pour financer une opération portant sur les acquêts, et vice-versa. Dans le régime français, l'évaluation comptable de la créance de participation permet d'appréhender sans difficulté ces mouvements de valeur : le bien originaire aliéné se retrouvera, en valeur,dans le patrimoine originaire, les améliorations apportées à des biens originaires entraîneront un changement d'état et seront soumises à participation. Dans tous les régimes de communauté différée, en revanche, il est nécessaire d'établir un compte précis de récompenses car il y a formation, en nature, d'une masse à partager.

Déjà, on peut observer que les projets français antérieurs à 1965, contenaient des dispositions relatives aux récompenses ( 71).

---

( 71)Art. 1398 XVIII du code civil envisagé dans les projets Renoult et dans les propositions Monnerville et Calliavet.
Art. 51 à 54 de l'avant projet de la Sous-commission de réforme du code civil.
Art. 1497 du code civil ensisagé dans les projets Michelet et Marcilhacy où l'on renvoie purement et simplement aux régles du régime de communauté, le régime de participation aux acquêts étant proposé à titre conventionnel.

Adde : Deprez, thèse précitée p. 103

En Amérique du Sud, le règlement des récompenses fut, entre autres, l'occasion d'une divergence entre deux systèmes de liquidation : fallait-il liquider séparément les acquêts de chaque époux (et dans ce cas, établir un compte de récompenses pour chacun d'eux) ou constituer une masse commune avec tous les acquêts sur lesquels on prélèverait, ou ajouterait, les diverses récompenses ? C'est ce dernier système, dit système de la liquidation unique (par opposition au système de la double liquidation) qui semble consacré par la doctrine (72 ).

Les récompenses jouent un rôle déterminant dans la liquidation du régime suédois où l'on distingue trois cas : (73 )

- art. 6 Chap.XIII code suédois du mariage : une récompense est prévue en cas de mauvaise gestion de ses biens par l'un des époux (négligence, abus du droit d'administrer...)

-art. 7 chap. XIII : une récompense peut être due lorsqu'un époux a employé ses biens matrimoniaux à acquérir ou conserver ses biens personnels ou ses droits incessibles prévus a l'alinéa 2 de l'article 1 du chap. VI.

- art. 8 Chap. XIII : une récompense sera attribuée à l'époux lorsqu'il aura employé ses biens personnels à l'amélioration de ses biens matrimoniaux.

Si le premier cas peut être isolé, il est évident que les deux derniers sont liés à la détermination en nature des biens personnels et matrimoniaux.

---

(72 ) Annick Danan, Thèse précitée, p. 161

( 73) Code suédois du mariage précité,

Turpin de Crisse p. 71 et 72 ;
S. Hillert et H Hessler précité, p. 655 où l'on trouve des précisions quant'à l'imputation des récompenses, voir notamment la récompense attribuée à l'époux pour utilisation de ses biens personnels au profit des biens matrimoniaux qui ne peut s'exercer que sur les biens de l'époux bénéficiaire (art. 9 chap. XIII) au risque de ne pas pouvoir être entière ent exercée.

Les récompenses interviennent également en droit québécois, où elles se présentent dans trois situations :

- Lorsqu'il y a acquisition financée avec des propres et des acquêts, le bien sera propre à charge de récompense si la part du propre est supérieure (égale avant la codification) à la moitié de la valeur totale du bien. (art. 483 et s.)

- En cas d'opérations à charge de récompense se rattachant à des biens propres (achat d'instrument de travail nécessaires à la profession art. 482, 6°, accroissements de valeurs mobilières art. 488, réinvestissement des revenus d'une intreprise dans la même entreprise art. 489).

- Dans l'hypothèse de dettes non encore acquittées encourues au profit des propres ou dans le cas d'amendes (art. 511).

En dehors de ces cas, l'article 510 du nouveau code civil indique qu "aucune récompense n'est due en raison d'impense n'ayant servi qu'à l'entretien, à la conservation ou à l'assurance des biens". Justifiée en cas d' impenses payées avec des acquêts, par application du principe ubi emolumentum, ibi onus ( 74)mais, semble-t-il limitée aux petites réparations ( 75 ), la règle est plus surprenante en cas d' impenses payées avec des propres, elle paraît même totalement injustifiée ( 76 ).

---

( 74 ) Puisque, en société d'acquêts, tous les fruits et revenus sont des acquêts, il est normal que là où se trouve le profit se trouve aussi la charge, voir Caparros "La dissolution et la liquidation de la société d'acquêts" article précité n° 33

( 75 ) Caparros, idem pour qui on pourrait tranposer la distinction entre les dépenses assurées par l'usufruitier ou par le nu propriétaire, l'article 510 ne s'appliquant qu'aux premières. Lorsque les dépenses sont trop importantes (ex : réfection d'un toit...), elles ne peuvent pas être considérées comme n'ayant servi qu'à l'entretien ou à la conservation du bien; dans ces conditions, si l'immeuble est propre, il faudra que les propres versent une récompense aux acquêts.

( 76 ) Caparros, idem.

L'étude des récompenses dans le droit québécois est intéressante dans la mesure où le procédé d'évaluation a été modifié au moment de la codification de 1980.

Antérieurement, l'article 1267 fixait un plafond à la récompense qui, bien qu'évaluée au jour de la dissolution, ne pouvait pas être supérieure à la dépense faite.

Cette solution fut âprement combattue par la doctrine canadienne qui a vite démontré que cela ne permettait pas au patrimoine appauvri de bénéficier de la plus-value prise par le bien ( 77 ). Pour remédier à une telle situation, le législateur a supprimé cette disposition et l'a remplacée par une règle de proportionnalité exprimée à l'article 508 et jouant autant en cas de plus ou moins-value : chaque masse recevra la part du bien correspondant à la proportion dans laquelle elle est intervenue lors de l'acquisition ( 78 ).

On rencontre également un système de récompenses dans les projets suisse et belge ( 79 )

---

( 77 ) J.G. Bergeron, "L'acquisition des biens avec des propres et des acquêts et la technique des récompenses sous le régime de la société d'acquêts" Revue du Barreau 1975 p. 446 ; E. Groffier, article précité, p. 757 n° 30 qui fait remarquer que ce déséquilibre sera favorable aux propres. Caparros, "Les régimes matrimoniaux" p. 137 n° 173

La règle paraît d'autant moins justifiée qu'en cas de moins value, celle-ci est entièrement supportée par la patrimoine créancier puisque l'évaluation tient compte, en premier lieu de la valeur de l'enrichissement procuré au patrimoine débiteur, au jour de la dissolution.

( 78 ) Capparos, "La dissolution et la liquidation de la société d'acquêts" art. précité n° 37

( 79 ) Article 209 du projet suisse : il y a lieu à récompense...lorsqu'une dette grevant l'une des masses a été payée de deniers provenant de l'autre.En cas de plus-value, la récompense est proportionnelle à la contribution fournie et se calcule sur la valeur du bien à la liquidation ou à l'époque de l'aliénation. (Ce qui, en dehors du fait que la récompense joue entre les propres et acquêts d'un même époux, est assez proche de notre article 1469 al. 3, la proportionnalité étant établie en jurisprudence.
sur le projet Ciselet, Claude Renard op. cit. p. 182 et 183

- un partage limité aux acquêts.

31 - Dans les régimes de communauté différée, le partage ne peut porter que sur les acquêts ; en aucun cas un époux pourrait se voir attribuer un bien propre appartenant à son conjoint.

C'est là une grande différence avec le régime français où, avec des qualifications différentes il est vrai, l'article 1576 permet, dans une interprétation a contrario, de régler la créance de participation, en nature, avec des biens originaires. Cette opération sera qualifiée de partage en cas de dissolution par décès, de dation en paiement dans les autres cas (80).

Même si on peut déceler dans cette double qualification, une réminiscence de l'idée de communauté, il n'empêche que dans sa portée immédiate, l'article 1576 donne toute sa particularité au régime de participation français. Il n'est pas question de partager un ensemble de biens, il est seulement prévu que l'époux qui a le plus d'acquêts nets devra fournir à son conjoint, une somme égale à la moitié de l'excédent.

32 - Les régimes de communauté différée sont, en réalité, des régimes à quatre masses : les propres et les acquêts de chaque époux. En ce sens ce sont plus des régimes de communauté à administration séparée des acquêts que de véritables régimes de participation. Le Professeur Renard faisait observer (81) qu'il y a conceptuellement communauté à chaque fois qu'une masse indivise se trouve devoir être répartie entre les époux à la fin du régime, "Tout autre élèment est adventice et résulte des combinaisons plus ou moins poussées qu'on établit entre l'idée de communauté et celle de séparation d'une part, d'unité ou d'union des biens d'autre part".

---

(80) voir début deuxième partie

(81) Renard, "Le régime matrimonial de droit commun, op. cit. p. 28

33 - C'est une toute autre conception qui inspire les régimes où l'on se contente de calculer les accroissements de chaque patrimoine , puis d'opérer une compensation en conférant une créance à l'époux qui a le moindre gain.

Dans ces régimes, où l'on trouve bien entendu le système allemand de la ZugewinnGemeinschaft, "l'idée économique de la communauté s'y retrouve encore de façon médiate, mais non plus la notion juridique technique". ( 82 )

Il est vrai que ces régimes de compensation, marqués par une comparaison entre le patrimoine initial et le patrimoine final de chaque époux, se sont installés dans des pays où l'idée de communauté n'a jamais atteint celle de copropriété des biens. L'Allemagne connaissait un régime d'union des biens dans lequel, malgré une administration des biens de la femme par le mari, chacun restait propriétaire de ses biens.

34 - Si les régimes de communauté différée peuvent être considérées comme des déviations de la communauté classique, (83) il n'en va pas de même des régimes de comparaison entre patrimoine initial et final, régimes marqués par l'idée d'une compensation des enrichissements.

---

( 82 ) Renard, idem

( 83 ) en ce sens également, "Le régime de participation (sous entendu : dans les projets français) est une réelle communauté d'acquêts, même si c'est une communauté différée, qui garantit l'autonumie d'administration de chaque conjoint pendant toute la durée du régime matrimonial" ... "c'est une forme secondaire de participation aux acquêts".

Traduit de l'allemand : "Gütertrennung mi Ausgleich des Zugewinnes und régime de participation aux acquêts" Zajtay RabelsZ 19 1954 p. 643 et s.

## § II - Le régime français de participation aux acquêts n'est pas un véritable régime de compensation des enrichissements.

35 - La tentation était grande d'assimiler les régimes allemand et français. Pourtant, les hésitations dans la traduction en français, du terme de "ZugewinnGemeinschaft" auraient dû avertir des différences entre les deux régimes (84 ).

Certes, les deux législations ont en commun de prévoir une liquidation caractérisée par le règlement d'une créance de participation, (85 ) mais les règles de détermination de cette créance, malgré quelques points communs, divergent profondément en ce qui concerne l'évaluation du patrimoine originaire (Anfangsvermögen).

En droit allemand, le patrimoine originaire correspond réellement à ce que possédait l'époux au jour du mariage (plus ce qu'il a reçu à titre gratuit depuis), il y a une véritable concordance entre patrimoine originaire et initial (86 ). C'est pourquoi on peut parler de régime de compensation d'enrichissement (A).

---

( 84) Les termes les plus divers ont été employés : communauté différée des augments, F. Seilemann, in "Le statut matrimonial du français"p. 1223 Rapport au 75ème congrès des notaires deFrance 1978 ; JCL. Droit comparé,par F. Kallmann et Kornicker, communauté et compensation des gains, Patarin, compte rendu du livre de Kiralfy, "comparative law of matrimonial property" R.I.D.C. 1973 p. 226 ; Communauté de bénéfices W.R. Mell, R.I.D.C. 1965 p. 713 ;Participation aux bénéfic.Bietzke R.I.D.C. 1958 p. 46 ; Communauté de participation aux gains acquis, Holleaux; commentaire du livre de Dölle, R.I.D.C. 1965 p. 225 ; Communauté de plus-values, J Eckert, traduction de l'article de Bernstorff in "Le régime matrimonial légal edt. 1974 p. 71 ·

( 85 ) Encore qu'en droit allemand, la péréquation des acquêts est écartée en cas de dissolution par décès, le conjoint survivant reçoit en ce cas une part successorale augmentée du quart.

( 86 ) Bietzke, Familienrecht 1977 p. 98

En droit français, les règles d'évaluation contenues dans l'article 1571 du code civil condamnent de manière radicale une telle assimilation : il n'y a pas concordance entre patrimoine originaire et initial.(B)

A - les exemples de régime de compensation des enrichissements.

36 - L'avénement du régime de participation aux acquêts en Allemagne Fédérale est lié à la proclamation du principe d'égalité entre l'homme et la femme ; c'est pour mettre les régimes matrimoniaux en harmonie avec ce principe, que la loi du 18 juin 1957 fut votée.

Cette loi modifia le régime matrimonial légal en substituant au régime existant, un régime de compensation des bénéfices où le régime conventionnel français de participation aux acquêts a puisé l'essentiel de ses règles.

Le législateur du B.G.B. s'était trouvé confronté à une grande diversité de régimes où les différentes sources se combinaient parfois en des imbrications complexes ( 87 ). Le droit allemand a subi deux grandes influences, celle des coutumes germaniques et celle, marquée, du droit romain( 88 ) ce qui revient à dire qu'il y avait un mélange de règles communautaires et de système dotal. Soucieux d'établir une unité du droit, les juristes allemands établirent un régime légal marqué par deux grands traits : séparation de biens quant à la propriété et gestion par le mari des biens de la femme, à l'exception des biens réservés ( 89 ).

---

( 87 ) Roguin, Traité de droit civil comparé, t. II "Le régime matrimonial" p. 104 n° 101 qui relève qu'il existait plus de cent législations matrimoniales différentes ; Dr. F. Sielemann, "Le régime matrimonial en droit allemand, in "Le statut matrimonial du français" rapport au 75ème Congrès des n taires de France, t. II p. 1223

( 88 ) M. Fromont et A. Rieg "Introduction au droit allemand", t. 1 p. 57 et s. M. Pédamon, "Le droit allemand" collection Que sais-je ? p. 8.

( 89 ) F.W. Bosch "La réforme des régimes matrimoniaux dans le droit de la République fédérale d'allemagne" 1ère partie, Le régime légal de la participation aux acquêts" in Les régimes matrimoniaux" Travaux de la 2ème journée d'Etudes Juridiques Jean Dabin p. 279 n° 4, Roguin, op. cit. n° 103 ; Sielemann, op. cit et loc. cit.

Cette seconde règle (90) se trouvait en opposition avec l'article 3 de la loi fondamentale de Bonn de 1949 qui fit de l'égalité entre l'homme et la femme un principe constitutionnel. Toute règle contraire devant disparaître à partir du 1er avril 1953, il fut admis que le régime d'administration et de la jouissance des biens de la femme par le mari, était contraire à la Constitution et que, par conséquent, le nouveau régime légal était la séparation de biens, même pour les mariages conclus avant 1953 (91).

Une telle situation, de "vide législatif" (92), dura jusqu'à l'entrée en vigueur, au 1er janvier 1958, de la loi sur l'égalité de l'homme et de la loi du 18 juin 1957 dite loi "Gleichberechtigung". Ce texte, le premier d'un profond mouvement de "rénovation du droit civil de la famille" (93), instaura le régime de la "Zugewinngemeinschaft" en tant que régime légal et laissa subsister, à titre conventionnel, les régimes de séparation (art. 1414 B.G.B.) et de communauté de biens avec administration commune ou pas.

37 - Ce rapide exposé permet de montrer que le régime légal allemand s'est installé dans un droit matrimonial séparatiste, ce qui semble un élèment décisif dans le choix de ce régime (94). On permit notamment aux conjoints mariés avant le 22 juin 1957, d'exclure l'établissement du régime de participation aux acquêts par déclaration devant le Tribunal et de rester ainsi sous le régime de séparation de biens, possibilité qui fut largement utilisée dans les milieux fortunés (95).

---

(90) A laquelle s'ajoutait le fait que la femme ne participait pas à l'excédent des revenus du mari.

(91) Pédamon op. cit. p. 66

(92) Idem, p. 65

(93) Sielemann op. et loc. cit.;

(94) A l'opposé des régimes de communauté différée qui, eux, sont apparus dans des législations traditionnellement communautaires.

(95) Bosch, op. cit. n° 8 p. 281

38 - Plusieurs fois évoquée depuis le B.G.B. de 1896 (96), adoptée comme régime légal en Hongrie en 1946 puis abandonnée, cette seconde forme de participation aux acquêts trouva, avec le droit allemand, un modèle qui inspira certains législateurs. (97)

Ainsi, le système de compensation des enrichissements fut adopté à titre légal en Israël (98) et à titre conventionnel en Hollande (99) et fut proposé comme régime légal en Belgique (100) et en Autriche (101)

39 - En France, l'influence du droit allemand ne fut pas suffisante pour que le régime devienne le droit commun ; il n'empêche qu'il est incontestablement à l'origine de nos article 1569 et s. du code civil, au point qu'un auteur allemand déclarait recemment "Lorsque, juristes allemands, nous lisons le texte des article 1569 et s. du code civil, nous avons l'impression qu'il s'agit d'une traduction des dispositions de la Zugewinngemeinschaft" (102).

---

(96) Graulich et Gothot op. cit. p. 104 note 8 ; Liénard-Ligny op. cit. p. 355 Labrusse-Riou, op.cit. : ces auteurs nous apprennent que le régime avait été par trois fois proposé à la réflexion du Législateur, en 1924 : 33ème deuschen Juristentag, Heidelberg 1924 (Rapport de Th. Kipp) p. 325 ; en 1931 36ème deuschen Juristag, Berlin et Liepzig t. 1 p. 540 et t. 2 p. 80 ; et en 1950, juste après l'entrée en vigueur de la constitution de Bonn 38ème deuschen Juristag, Frankfurt/Main rapport de E. Ulmer n° 41.

(97) Zajtay précité.

(98) Rapport 75ème Congrès des Notaires précité p. 1215 ;

(99) Ce régime est apparu en 1970 dans le droit hollandais à titre de régime conventionnel, P.W. Van der Ploeg, A.P. Brouwer, K.D. de Lange et S. Pierrick. "Régimes matrimoniaux, successions et libéralités" Union internationale du Notariat latin:Pays-bas p.250 t. 2 ; JCL droit comparé par P.J. Von Ommeren et H.M. Corréa : fasc. Pays Bas n° 39 et s. 1978 ;

(100) L. Raucent, "Etude comparative des règimes de participation aux acquêts..." travaux de la 2ème Journée d'Etudes juridiques Jeau Dabin p. 317 ; Michel Houben, "La participation aux acquêts" Etude du régime légal originisé par le projet de loi du Ministre Vermeylen, Annales de la faculté de droit de Liège, 1970 n° 3 ; "Cinq années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux" Travaux du centre de droit patrimonial de la famille de l'Université catholique de Louvain, rapports présentés à la Journée d'études Jean Renauld (Louvain-La-Neuve, 27 novembre 1981) p. 5

(101) Projet du 2.5.1963, sur les solutions retenues pour les questions d'évaluation, voir Stuby, "Werveränderungen an Gegenständen des Anfangsvermögens und ihre Auswirkungen auf die Berechnung des Zugewinnausgleichs, FamRZ 1967 p. 181

(102) M. Friedrich Wilhelm Bosch "Quelques aperçus sur l'évolution du droit familial et successoral en R.F.A." Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse 1984, conférence du 14 déc. 1983 p. 29 et s.

Cette réception du droit allemand par le droit français explique qu'un nombre assez important d'études en langue française aient pu être réalisées (103) ; il a fallu pourtant attendre 1978 pour montrer qu'il y avait là "deux visages d'une même institution (104).

---

(103) Dr. D. Bernstorff , in "Le régime matrimonial dans les législations contemporaines edt. 1974 sous la direction de Mrs. Patarin et Zajtay, p. 71 ; Dr. G. Beitzke "La loi allemande sur l'égalité de l'homme et de la femme", R.I.D.C. 1958 p;39 ; Dr. F.W. Bosch, in Les régimes matrimoniaux, travaux de la 2ème journée d'études Jean Dabin, p. 270 et s. "La réforme des régimes matrimoniaux dans le droit de la République fédérale d'Allemagne"1ère partie "Le régime légal de la participation aux acquêt! H. Dölle, "L'évolution récente du régime matrimonial légal dans les législations contemporaines" Allemagne, R.I.D.C. 1965 p. 607 et s. et "Quelques aperçus sur l'évolution du droit familial et successoral en R.F.A." op.cit. et loc. cit. ; Graulich et Gothot, Annales de la Fac. de droit de Liège, p. 95 et s. et spéc. p. 104 ; Hanoteau, Le statut civil du conjoint survivant, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain VII T. V "Le conjoint survivant en droit allemand" sous la direction de J. Renaud p. 374 et s. ; Holleaux, commentaire du livre de Dölle : Familienrecht, R.I.D.C. 1965 p. 266 ; G. Heutgen, Traduction française du code civil allemand (extraits) Bibliothèque de Louvain, Régimes matrimoniaux, 24 p. 357 ; F. Kalman et H. W. Kornicker, JCL. droit comparé 2ème fasc. ; P. Krsjak, "La notion d'acquêt en droit français et allemand, G.P. 1974 I p. 384 ; C. Labrusse Riou, "L'égalité des époux en droit allemand," Thèse Paris 1965 n° 198 et s. ; M. Liénard-ligny, Annales de la Faculté de droit de Liège, 1962 n° 3 et 4 p. 341 "Les régimes matrimoniaux en droit allemand depuis la loi du 18 juin 1957 ; Muller et Frienfels, Annuaire de Législation française et étrangère, 25 C 1976 p. 34 et s. spéc. p. 45 ; L. Raucent, Etude comparative des régimes de participation aux acquêts, de communauté réduite aux acquêt et de communauté universelle" Travaux de la 2ème journée d'Etudes Jean Dabin p. 317 ; C. Renard, Le régime matrimonial de droit commun, p. 211 , Bruxelles 1960 ; Renauld. , Rapport introductif aux Journée d'etudes Jean Dabin et Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain Centre de droit patrimonial de la Famille, T. I les régimes matrimoniaux p. 216 et s. ; Dr. F Sielemann, Rapport au 75ème Congrès des n t res de France :"le régime matrimonial en droit allemand p. 1223 et s. 2ème volume, pour une présentation générale du droit allemand A. Leuck idem, p1212 ; Sielemann, G. Brachvogel, H.J. Priester, Ch. Reithmann, W. Van Randenborgh et W Weber Union internationale du notariat latin chap. Onzième; section IV p. 424 et s. du 2ème volume 1978 ; Zajtay ; "Quelques projets de réforme du régime matrimonial en France, Belgiue et Allemagne, R.I.D.C. 1955 p. 572 et "L'évolution récente du régime matrimonial dans les législations contemporaines" R.I.D.C. 1958 p. 39

(104) A. Rieg "La participation aux acquêts en Allemagne et en France: deux visages d'une même institution, Mélanges Marty p. 921.

40 - Les régimes allemand et français se distinguent essentiellement par une structure liquidative différente.

En droit allemand, il y a une véritable comparaison entre le patrimoine initial et le patrimoine final ; le paragraphe 1373 du B.G.B. définit les gains et enrichissements comme l'excédent de la fortune finale sur la fortune initiale. Cette formule prend tous sa signification avec le paragraphe 1376 qui prévoit deux règles d'évaluation : le calcul du montant de la fortune initiale s'opère sur la base de la valeur de cette fortune au jour du mariage ou de l'acquisition, le calcul du montant de la valeur initiale s'opère sur la base de sa valeur à la fin du régime.

Le régime allemand établit donc "une participation générale à l'enrichissement, que celui-ci soit dû aux fluctuations économiques et monétaires ou à l'activité des époux". L'époux qui s'est le moins enrichi sera créancier de son conjoint pour une somme égale à la moitié de l'excédent constaté dans le patrimoine de ce dernier,"à titre de compensation" indique le paragraphe 1378. (105)

41 - Dans son application, cette conception de l'enrichissement a été nuancée, grâce notamment aux efforts de la doctrine allemande (106), en ce sens que certaines "fausses augmentations de valeurs" seront déduites du patrimoine final afin d'éviter que la participation ne soit pas tributaire de la dévaluation croissante de la monnaie.

---

(105) Rieg, op. cit. p. 937 ; Sielemann, op. cit. p. 1231 h ; Labrusse-Riou, n° 213 ; Liénard-Ligny p. 305 ;

(106) notamment Thierfelder : Echter und unechter zugewinn, (Zum problem des zugewinnausgleich bei echten Wertsteigerungen und in Fällen nur scheinbarer (unechter)Werterhöhung FamRZ 1959, 225 et s.(cité par Rieg) et Fam RZ 1963 328 et s. W. Thiele, Die grobe Unbilligkeit des Zugewinnausgleichs, JZ 1960 p. 394 (cité par Rieg) R. Kohler, Das Geld als Wertmassstab beim Erb- und Zugewinnausgleich, NJW 1963, 225 et s. ; Dölle, Familienrecht Karlshure, C.F. Muller 1964-1965 t. 1 p. 811 ; G. Bietzke Familienrecht, p. 92 (traduit de l'allemand) ; Stuby "Wertveänderungen an Gegenständen des Anfangsvermögens und ihre Auswirkungen auf die Berechung des Zugewinngemeinschaft" en français : Variations de valeur des objets du patrimoine initial et leurs conséquences sur le calcul de la péréquation des bénéfices.

Nous reviendrons sur cette évolution intéressante du régime (107), mais, d'ores et déjà, il faut observer qu'elle intervient à titre exceptionnel, la loi ne distinguant pas selon les motifs de la différence mathématique entre le patrimoine initial et le patrimoine final ; l'idée de communauté de destin a été jugée plus importante, et plus simplificatrice (108), que le risque de gain apparent.

42 - Cette rapide présentation nous permet de reprendre une formule très importante utilisée dans les Travaux du Centre de droit comparé de Lyon-III : "la particularité du partage ne consiste donc pas en une répartition effective des biens mais en l'établissement d'un bilan rétrospectif de fortune en vue de dégager le montant de la créance de participation" (109).

43 - C'est sur ce principe de liquidation qu'a été rédigé le projet belge déposé par le Ministre Vermeylen.puisqu'à l'article 19, il était précisé que l'actif initial devait se calculer suivant la valeur des biens au jour où le régime a commencé.ou au jour de leur acquisition. Le patrimoine final étant pour sa part, évalué au jour de la cessation du régime, "toute plus-value postérieure (au mariage), fût-elle purement monétaire (résultant de la dépréciation monétaire) ou économique (résultant de la conjoncture) constitue un acquêt donnant lieu à participation" (110).
Dans ce régime, pas plus que dans le régime allemand, "Il ne se forme donc aucune masse partageable, et la liquidation se réduit à l'établissement d'un compte en vue de dégager les gains respectifs et de les égaliser ; à la différence de la communauté traditionnelle, la participation aux acquêts n'opère ainsi que dans le quantitatif" (111).

---

(107) voir conclusion

(108) Une proposition a été faite à la "Commission parlementaire pour le droit de la famille" pour améliorer les règles d'évaluation, elle ne fut pas retenue par crainte de complications, Labrusse Riou, p. 227

(109) "Mariage et famille en question" sous la direction de H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, Institut de droit comparé de Lyon III, Allemagne par H. Hanisch

(110) L. Raucent op. cit. p. 323

(111) M. Houben op. cit. p. 498

44 - Le législateur autrichien a entrepris une réforme du droit de la famille, dès la fin de la seconde guerre mondiale. Un premier projet, élaboré en 1951, refondait l'ensemble du droit de la famille ; mais, c'est par étapes que la réforme s'est progressivement effectuée (112).

Dans cette évolution, qui devait aboutir en ce qui concerne les régimes matrimoniaux à la loi du 15 juin 1978 (113), un projet de"loi fédérale concernant la nouvelle réglementation du droit des successions entre époux et le régime matrimonial légal" a été soumis aux parlementaires le 2.5.1963 (114).

Ce projet s'est largement inspiré du régime allemand puisqu'on y retrouve la même technique de comparaison des patrimoines initial et final (art. 1239 c et 1239 d) (115). Pour qu'il y ait compensation, il faut que le patrimoine d'un conjoint ait subi une augmentation inférieure à celle du patrimoine de l'autre.

---

(112) "Evolution des structures juridiques de la famille en Autriche" in "Mariage et famille en question" Travaux de l'Institut de droit comparé de l'Université Jean Moulin, Lyon III, par S. Schwind p. 59 et s. où on trouvera une liste des réformes récentes.

(113) S. Schwind, idem, Loi du 15 juin 1978, BGBI/1978 / 280 (EheRAndG)

(114) Pour la date de ce projet, Stuby, article de droit allemand précité II c spéc. p. 182

(115) On trouvera une description détaillée de ce projet in "L'évolution récente du régime matrimonial légal dans les législations contemporaines" Enquêtede l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris R.I.D.C. 1965 p. 585 et s. voyez pour le droit autrichien, l'exposé de W.R. Mell p. 711 et s. spéc. p. 720

B - Le rejet de la comparaison entre patrimoine initial et final dans le régime français.

45 - Dans le régime français, la liquidation suppose toujours une comparaison entre les patrimoines originaire et final (l'article 1575 du code civil ne laisse subsiter ancun doute en parlant de supériorité ou d'infériorité). Seulement, il faut savoir ce que recouvrent ces deux masses. S'il est évident que le patrimoine final correspond à la fortune de l'époux à la fin du mariage, il est faux de prétendre que le patrimoine originaire représente la fortune initiale, que ce soit en francs de l'époque ou en francs ayant cours à la liquidation.

Même si certains commentaires pourraient un instant y encourager (116) il ne saurait être question de procéder à une évaluation en monnaie ayant cours au moment du mariage ; l'article 1571 en apporte une preuve irréfutable en retenant la valeur des biens originaires, au moment de la dissolution.

46 - L'idée d'une estimation rétrospective où l'on rechercherait la valeur en francs actuels du patrimoine initial, a largement dominé les différentes interprétations du régime(117). On a posé en règle que la supériorité du patrimoine final signifiait que l'époux est plus riche à la fin du régime qu'au début. C'est là une affirmation dont on peut montrer la relativité ; pour ce faire, c'est à la nature même du patrimoine originaire qu'il faut s'attaquer.

---

(116) Il en va ainsi de la phrase de M. Mazeaud : "On va donc évaluer le patrimoine de chaque époux au moment du mariage, puis ce patrimoine au moment de la dissolution" op. cit. n° 573

(117) "Il (en parlant du système de liquidation) consiste, pour chacun des époux à comparer son patrimoine à la dissolution du régime à celui qu'il avait en se mariant" Morin op. cit. n° 515 p. 615 ; "Le montant de la créance de participation se détermine par une comparaison de valeur entre le patrimoine de chaque époux au moment du mariage (patrimoine originaire) et son patrimoine à la dissolution (patrimoine final)" Ponsard, Comm. D.S. 1966 L. p. 167, spéc. n° 17 et sous Aubry et Rau op. cit. n° 367 6 533 p. 615 ; "Le montant de la créance de participation se détermine en comparant la valeur du patrimoine de chaque époux au moment du mariage avec celle qui existe lors de la dissolution", Simon Colas, "Les créances et les dettes entre époux" Thèse Paris 1972 p. 316

47 - Cette question n'a pas beaucoup attiré les auteurs, et, sans doute sous l'influence du droit allemand, on a vite assimilé patrimoine originaire et patrimoine initial, d'où cette idée persistante de différence entre "fortune de départ" et "fortune d'arrivée".

48 - Or, et c'est là l'une des clefs de compréhension du régime, s'il y a rapprochement entre patrimoine originaire et initial, il n'y a pas réellement concordance. Pour le comprendre, il faut démontrer que le patrimoine originaire est une notion purement liquidative (1) et que son rôle est seulement de mesurer le droit qu'a chaque époux de conserver une partie de son patrimoine final (2).

### - 1 ) Le patrimoine originaire est une notion purement liquidative

En voulant faire du patrimoine originaire, l'équivalent du patrimoine de l'époux au jour du mariage, on raisonne sur une idée fausse (b) et on complique la liquidation du régime en établissant une comparaison génératrice de difficultés (a).

a - L'assimilation patrimoine originaire-patrimoine initial est la cause des principales difficultés de liquidation soulevées en doctrine.

49 - Pour beaucoup, le régime de participation auc acquêts restera une construction théorique, inadaptée aux exigences des liquidations matrimoniales ; certaines condamnations sont même très radicales.
De quoi accuse-t-on ce régime : d'être une mine de difficultés liquidatives insurmontables. Or, il nous paraît capital de montrer que la plupart de ces difficultés sont liées à cette véritable exaspération de l'idée de patrimoine originaire qui s'est développée progressivement en doctrine.

50 - En affirmant que le patrimoine originaire représente le patrimoine de l'époux au jour du mariage, on soulève toutes les difficultés qui vont suivre.

- on n'explique pas pourquoi il faut ajouter au biens possédés avant le mariage, ceux qui ont été reçus à titre gratuit

Aucun auteur n'a remis en cause cette disposition de l'article 1571 c. civ; pourtant il paraît bien qu'elle est en contradiction avec la conception courante du patrimoine originaire. On ne peut pas dire à la fois que le patrimoine originaire représente le patrimoine de l'époux au moment du mariage et qu'il comprend les biens reçus à titre gratuit pendant la vie commune. Si le patrimoine originaire comprend ces biens, c'est qu'il représente autre chose que le patrimoine initial de l'époux.

- explication insuffisante des règles d'estimation du patrimoine originaire.

Ordinairement, on ne voit dans l'article 1571, qu'un système de réévaluation de la valeur des biens originaires. Sans doute obnubilés par la référence à l'état du bien, les commentateurs de la loi de 1965 se sont peu attachés aux choix des dates d'évaluation qui sont faits dans l'article 1571. Certes, le critère de l'état est déterminant, mais il y a entre les deux données un rapport de complémentarité plus que d'indivisibilité. Chacune doit jouer un rôle qu'il convient de découvrir, elles sont, selon l'expression de M. le Doyen Cornu, "associées" (118).

Or, lorsque l'article 1571 énonce que les biens sont estimés selon leur valeur à la dissolution, il pose une règle que ne suffit pas à expliquer la conception habituelle du patrimoine originaire.

Dans l'état actuel des interprétations, si on pose la question il faudra répondre que la prise en compte de la valeur finale des biens est justifiée par l'idée de comparaison avec le patrimoine final. Puisque on recherche la différence entre ces deux masses, cela ne peut se faire qu'en termes identiques. Il faut écarter les conséquences de la dépréciation monétaire ; la comparaison serait illusoire si on retenait la valeur des biens au jour du mariage ou de leur acquisition à titre gratuit. D'où la référence, dans les deux masses liquidatives, à la valeur finale du bien.

Cette explication est insuffisante.

En effet, on ne dit pas pourquoi on a retenu cette solution et pas une autre. Il était possible de recourir au procédé de l'indexation, cela ne se fit pas, il faut dire pourquoi ; l'interprétation classique ne le dit pas. Or, il y a entre les deux méthodes, des différences importantes; l'indexation ne prend en compte que les plus-values monétaires alors que l'évaluation de

---

(118) G. Cornu, "La réforme des régimes matrimoniaux" (suite) "Le régime de participation aux acquêts, J.C.P. 1970 doct. n° 2368. spéc. n° 52

l'article 1571 englobe toutes les plus-values, quelles soient monétaires ou non, et les éventuelles moins-values. La seule réserve concerne les plus -values qui entraînent un changement d'état du bien et qui n'apparaîtront pas dans le patrimoine originaire ; c'est la conséquence d'un deuxième critère d'évaluation, nous y reviendrons. L'important, pour l'heure, est de constater quel'analyse classique du patrimoine originaire ne permet pas d'expliquer pourquoi celui-ci comprend des plus-values non monétaires nées pendant le mariage. Si le patrimoine originaire comprend des valeurs qui n'existaient pas au jour du mariage, c'est peut-être tout simplement qu'il représente autre chose que le patrimoine initial de l'époux.

La même insuffisance d'explication se retrouve à propos de l'estimation des biens aliénés. L'article 1571 pose une règle très nette : si les biens originaires ont été aliénés, on retient leur valeur au jour de l'aliénation. Dans ce cas, l'ambiguïté de l'analyse courante est sans appel. Si on veut faire du patrimoine originaire, un moyen de connaître la valeur actuelle du patrimoine de l'époux au jour du mariage, il faut, en cas d'aliénation, rechercher la valeur qu'aurait eue chaque bien aliéné,au jour de la dissolution. Le choix de cette valeur d'aliénation devra être justifié; pour l'instant nous devons nous contenter d'observer la contradiction avec l'interprétation traditionnelle : si les biens aliénés apparaissent dans le patrimoine originaire pour leur valeur au jour de l'aliénation, c'est que celui-ci représente autre chose que le patrimoine initial de l'époux.

La troisième règle d'estimation des biens originaires fait appel à la technique de la subrogation réelle : si de nouveaux biens ont été subrogés aux biens aliénés, on prend en considération la valeur de ces nouveaux biens. C'est dire que ces nouveaux biens prennent la place de ceux qui ont été aliénés.

Une nouvelle fois, la conception classique du patrimoine originaire semble insuffisante. L'aliénation d'un bien suivie de l'achat d'un autre bien peut être une opération intéressée, l'époux peut très bien en tirer un profit important. Les exemples sont multiples, il suffit que le bien acquis

bénéficie d'une plus-value fortuite que n'aurait pas connue le bien aliéné ou, à l'opposé, qu'il ne soit pas atteint par une moins-value supportée par celui-ci. En principe, ces valeurs seront répercutées dans le patrimoine originaire, pourtant elles sont nées pendant le régime. En admettant que les biens subrogés sont évalués dans le patrimoine originaire, on démontre bien que celui-ci représente autre chose que le patrimoine initial de l'époux.

- Le problème des biens disparus pendant le régime

Les biens originaires ne sont pas tous appelés à exister au moment de la dissolution. En dehors de ceux qui ont été aliénés, la loi ne contient aucune règle disant comment les biens disparus seront évalués. Or, si on se limite à la conception habituelle du patrimoine originaire, on débouche sur des difficultés quasiment insolubles, notamment pour les biens qui ont été consommés, détruits ou aliénés à titre gratuit.

- Le problème des biens originaires consommés n'a jamais été évoqué dans les commentaires du régime de participation aux acquêts. On peut, il est vrai, prétendre qu'il n'ya pas lieu de distinguer là où l'article 1571 ne distingue pas et que, tout comme les biens existants, les biens consommés devront être estimés en fonction de leur valeur potentielle à la dissolution. Dans la logique d'une comparaison des patrimoines initial et final, la solution paraît juste et pourtant aucun auteur ne la préconise. Il y a sur ce point, un grand vide dans l'interprétation : on étudie toujours les biens existants et ceux qui ont été aliénés, jamais ceux qui ont été consommés !

La question peut pourtant se poser et la réponse a y apporter ne fait aucun doute.

La question peut se poser parce que les biens de consommation ne sont pas obligatoirement des biens de faible valeur. M. Malaurie a démontré qu'il existait une catégorie intermédiaire entre les biens consomptibles et ceux qui ne le sont pas ; il s'agit des biens qui, sans être détruits par le premier usage

connaissent un dépérissement rapide, ce sont les biens de consommation. Le propre de ces biens est d'être condamnésà l'éphémère ; on y trouve toutes les choses qui se détériorent en vieillissant au point de devenir totalement obsolètes : automobiles, électro-ménager, certains bâtiments modernes etc...(119). Faudra-t-il, dans la liquidation du régime de participation aux acquêts, se livrer à une évaluation rétrospective de ces biens ?

Il est évident que non. A cela, il y a une raison de bon sens et deux raisons de texte.

On devine que le régime serait totalement impraticable et illogique s'il fallait rechercher, plusieurs dizaines d'années après, quelle serait la valeur vénale d'un bien dont les caractéristiques peuvent être dérisoires par rapport à l'évolution des techniques. De surcroît, l'évaluation se fonderait sur l'état initial du bien ce qui obligerait à admettre qu'un bien usagé au point d'être un jour abandonné par l'époux, représente une valeur importante dans le patrimoine originaire

Une telle estimation serait en contradiction avec les articles 1570 et 1571 du code civil. Le premier texte indique que les fruits acquis avant la mariage ne seront pas compris dans le patrimoine originaire, nous verrons que cette règle s'explique par le fait que ces fruits ont été, comme c'est la vocation de tous les fruits, consommés. Or, il est des fruits qui peuvent représenter des valeurs importantes (notamment en somme d'argent), pourquoi alors n'en tiendrait-on pas compte ? Le second article condamne de manière définitive, le principe d'une évaluation rétrospective des biens consommés ; les biens originaires sont estimés d'après leur valeur à la liquidation, or , il est évident que les biens détruits par l'usage ne représentent plus aucune valeur, ils n'ont même pas à figurer dans le patrimoine originaire.

Sur ce point encore, force est donc d'admettre que le patrimoine originaire, c'est autre chose que le patrimoine initial.

---

(119) Malaurie, Les cours du droit, Doctorat 1974-75 p. 174

Le même raisonnement peut s'appliquer aux biens détruits de manière fortuite, sans qu'une indemnité d'assurance soit venue remplacer la valeur perdue. Le problème a été posé par Me Corpechot lors du 75ème Congrès des notaires de France (120). Selon cet auteur l'application de l'article 1571 pourrait conduire à des résultats absurdes. Pour le montrer, il part d'un exemple où un époux est propriétaire au jour du mariage d'une maison complètement détruite par suite d'une catastrophe naturelle (121) ; dans ce cas, les acquêts risquent de jouer le rôle d'une assurance puisque dans le patrimoine final on ne comptabilisera que la valeur du terrain nu alors que dans le patrimoine originaire on retiendra la valeur de la maison.

Me Corpechot résoud la difficulté en indiquant que la référence à l'état du bien doit être appliquée avec des nuances et que dans un tel cas, l'absurdité des résultats suffit à écarter la solution.

Seulement, la difficulté ne disparaît pas pour autant. Faudrait-il que le mécanisme liquidatif soit à ce point incohérent pour que l'on en arrive à faire appel au bon sens pour l'aménager ?

Non, la difficulté qu'évoque Me Corpechot est la conséquence de l'idée d'une comparaison directe entre les patrimoines de l'époux. En réalité, l'application normale de l'article 1571 ne conduira jamais à de telles erreurs ; la seule valeur à retenir sera celle qui subsite à la liquidation, c'est à dire celle du terrain nu. Cela, parce que le patrimoine originaire représente autre chose que le patrimoine initial.

Les biens originaires aliénés à titre gratuit ont soulevé très longtemps un problème dont on a fait l'un des talons d'Achille du régime ; le projet de loi règle aujourd'hui cette question, dans un sens qui n'avait jamais été imaginé par la doctrine d'ailleurs.

---

(120) Corpechot, Rapport au 75ème Congrès des Notaires de France p. 407

(121) l'exemple se situe avant la loi du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles.

De lege lata, en application de l'article 1571 du code civil, le bien aliéné sera compris dans le patrimoine originaire, selon sa valeur au jour de l'aliénation. A l'opposé, dans le patrimoine final deux cas peuvent se présenter.

Dans une première figure, l'aliénation a pu être réalisée sans le consentement du conjoint. L'article 1573 impose alors de réunir fictivement le bien au patrimoine final et de l'y estimer selon la valeur qu'il aurait eue au jour de la dissolution. Le bien sera donc évalué de manière différente dans les patrimoines originaire et final. Il est facile de montrer les défauts d'une telle technique et les détracteurs du régime ne s'en sont pas privés . Supposons un immeuble qui, au moment où il a été donné représentait une valeur de 3 000 F.; au moment de la liquidation, ce même immeuble représente une somme de 20 000 F., En appliquant à la lettre l'interprétation habituelle, on inclut dans l'enrichissement la différence entre les deux valeurs soit 17 000 F. Il n'y a aucun moyen d'empêcher le conjoint du disposant de bénéficier de cette différence, aucun recours à la notion d'état n'est suffisant car, dans l'exemple, il n'y a pas eu modification d'état. Lorsque l'on sait que tout le mécanisme de liquidation est organisé pour éviter d'intégrer dans les acquêts toute plus-value liée aux seuls effets de la dépréciation monétaire, on comprend mieux pourquoi une telle solution serait anachronique. M. le Doyen Cornu a déjà expliqué que cela n'était pas conforme à la conception française de l'acquêt (122).

Dans une deuxième figure, il faut imaginer que le conjoint a consenti à l'acte de disposition. Les choses ne sont guère plus simples puisque en application du même article 1573, le bien aliéné ne sera pas compris dans le patrimoine final. Lorsque l'on sait qu'il apparaît dans le patrimoine originaire, on peut s'inquiéter du résultat liquidatif. En effet, à supposer que l'aliénation soit contemporaine à la dissolution, on peut en arriver à ce qu'une somme de plusieurs millions de francs soit comprise dans le seul patrimoine originaire, ce qui réduit , pour ne pas dire supprime, toute créance de participation.

Toutes ces difficultés ne se poseraient pas si l'on ne raisonnait pas en termes de comparaison entre patrimoine initial et final, en assimilant patrimoine originaire et patrimoine initial, ce qui ne nous paraît pas correspondre aux principes liquidatifs du régime.

---

(122) Cornu, op. cit. n° 59

b - L'assimilation patrimoine originaire -- patrimoine final est une idée fausse

51 - On conclut généralement à un rapprochement très étroit entre patrimoine originaire et patrimoine de l'époux au jour du mariage : le patrimoine originaire, c'est le patrimoine initial de l'époux plus ce qu'il a reçu à titre gratuit jusqu'à la liquidation.

52 - En elle même, cette vision des choses n'est pas totalement fausse, seulement elle est insuffisante.

Il est incontestable que le patrimoine originaire est établi en tenant compte de la liste des biens que possédait l'époux en se mariant. La référence à l'état descriptif établi avant le mariage en convainc. Mais cette liste n'est pas tout : lorsqu'il s'agira d'évaluer la patrimoine originaire, on prendra en compte tous les événements qui ont pu se produire jusqu'à la liquidation ; quatre régles en témoignent :

- le bien originaire qui se retrouve en nature sera évalué selon sa valeur finale mais en faisant abstraction des modifications qu'il a pu supporter , en bien ou en mal. (art. 1571 al. 1 c. civ.) ;

- le bien originaire qui a été aliéné à titre onéreux sera évalué, non pas pour la valeur qu'il aurait eue à la liquidation, mais pour celle qu'il avait au jour de l'aliénation (art.1571 al. 1 c. civ.) ;

- si de nouveaux biens ont été subrogés aux biens aliénés, on prendra en compte la valeur de ces nouveaux biens (art. 1571 al. 1 c. civ.) ;

- le bien originaire qui a disparu sans contrepartie, celui qui a été donné et par extrapolation, celui qui a été détruit, ne figurent pas dans le patrimoine originaire (art. 1570 nouv. rédac. c. civ.),

53 - Même si le patrimoine originaire prend en compte tous les biens que possédait l'époux au jour de son mariage, il paraît certain qu'il n'est établi qu'à la dissolution du régime, en considération de ce qui reste, à ce jour, des biens originaires, antérieurs au mariage ou reçus à titre gratuit.

54 - Cette observation permet de faire une remarque importante.

La supériorité du patrimoine final ne prouve pas obligatoirement que l'époux était moins riche en se mariant. En effet, une partie des biens qu'il possédait a pu être détruite, consommée ou donnée et dans de tels cas, les valeurs correspondantes ne figureront pas dans le patrimoine final. Une autre partie aura pu être aliénée. Si cette aliénation a eu lieu sans subrogation, on prendra en compte la valeur du bien au jour de l'aliénation, et encore, à condition que cette valeur se retrouve dans le patrimoine de l'époux. Si l'aliénation a eu lieu avec subrogation, même si le risque est minime, on peut toujours imaginer que le bien de remplacement a connu une moins-value que n'aurait pas connue le bien d'origine.

Cette constatation permet d'envisager une autre conception du patrimoine originaire.

2) Le patrimoine originaire sert à mesurer le droit qu'a chaque époux de conserver une partie du patrimoine final.

55 - Le patrimoine originaire, dans le rôle qu'on lui a donné de représenter le patrimoine initial de l'époux,est généralement considéré comme un simple instrument de mesure de l'enrichissement. Ce qui explique que tous les commentaires sont essentiellement consacrés à la créance de participation (détermination et règlement).

56 - Deux auteurs pourtant ont levé le voile sur ce qui pourrait être une autre manière de voir les choses qui, pour notre part nous semble susceptible de clarifier la liquidation du régime.

> "Le régime de participation aux acquêts fait à l'esprit communautaire la même part que la communauté réduite aux acquêts. Venant en déduction du patrimoine final le patrimoine originaire joue, en tant que mesure des intérêts personnels, le même rôle que les propres, la participation étant, comme la communauté, réduite aux acquêts" (123)
>
> Le patrimoine originaire comprend "tous les biens sur lesquels le conjoint n'a aucune prétention à élever". (124)

Ces deux phrases vont dans le sens d'une nouvelle conception du patrimoine originaire ; néanmoinson ne leur a jamais donné l'importance qu'elles devraient avoir. Jamais on n'a véritablement rapproché le patrimoine originaire du droit qu'a chaque époux de conserver une partie des valeurs qui figurent dans son patrimoine à la dissolution. C'est pourtant cette idée qui nous paraît essentielle et nous voudrions le montrer.

---

(123) Cornu op. cit. n 40

(124) Mazeaud op. cit. n° 575

57 - Il est une question simple, par laquelle toute tentative de compréhension de la liquidation du régime de participation aux acquêts doit passer : pourquoi recourir à un double système d'évaluation alors qu'il serait facile de se contenter d'évaluer les biens qui doivent donner lieu à participation ?

En somme, ne pourrait-on pas supprimer ce mécanisme liquidatif qui oblige à évaluer des biens dont on a perdu la trace, soit qu'ils aient été vendus, soit qu'ils aient été profondemment modifiés ?

58 - La réponse est négative ; elle passe par la découverte de l'aspect comptable du régime.

Le patrimoine final a pour vocation de déterminer la valeur du patrimoine de l'époux à la fin du mariage.

Or, parmi ces valeurs, il en est de deux types : il y a celles qui sont le résultat de l'activité de l'époux pendant la vie commune et il y a celles qui sont dues à toutes autres causes.

Tant que les biens conservent leur identité physique, tout est simple : il suffit d'écarter les biens originaires de l'évaluation et on obtiendra le montant exact de l'enrichissement. En revanche tout devient compliqué lorsque les biens originaires ne se retrouvent pas à la dissolution ou lorsqu'ils ont été modifiés pendant le mariage.

Lorsqu'ils n'existent plus, il faut, avant de les ignorer totalement, se demander si leur disparition n'a pas été a l'origine d'une valeur que l'on retrouve dans le patrimoine final. C'est ce que fait l'article 1571 à propos du bien aliéné, qu'il y ait subrogation ou pas.

Lorsque les biens originaires ont été modifiés, la valeur qu'ils représentent à la liquidation a forcément deux sources, une partie est liée à la valeur d'origine, une autre à la valeur de la modification.

C'est lorsque l'on est en présence de tels évènements que la double estimation prévue à l'article 1569 devient indispensable : le seul moyen de calculer l'enrichissement, c'est d'estimer le patrimoine final puis d'en retirer les valeurs qui ne proviennent pas de l'activité de l'époux pendant le régime.

59 - C'est en cela que le patrimoine originaire a vocation à venir en déduction du patrimoine final.

Cette déduction permet de distinguer : d'une part, le montant des valeurs qui ne sont pas dues à l'activité de l'époux pendant le mariage, et, d'autre part, le montant de celles qui lui sont dues.

60 - Elle est nécessaire dans la mesure où ces deux espèces de valeurs ne sont pas appelées à être traitées de la même manière. Les premières doivent bénéficier à l'époux de manière exclusive alors que les secondes font l'objet de participation.

oOo

61 - C'est dire que le patrimoine de chaque époux fait l'objet de deux droits différents : droit de conserver les valeurs originaires d'une part et droit de participer aux acquêts d'autre part. Le premier de ces droit appartient à l'époux, le second à son conjoint.

C'est donc tout naturellement que nous analyserons le DROIT DE CONSERVER SON PATRIMOINE ORIGINAIRE (Première partie) et le DROIT DE PARTICIPER AUX ACQUETS REALISES PAR LE CONJOINT (Deuxième partie).

# PREMIERE PARTIE :

## LE DROIT DE CONSERVER SON PATRIMOINE ORIGINAIRE

62 - L'évaluation du patrimoine originaire permet de connaître le montant en valeur, de la partie du patrimoine final que l'époux a le droit de conserver de manière exclusive.

Ce droit de l'époux s'exerce sur la fraction de fortune finale qui n'est pas le résultat de son activité pendant le mariage. En mettant les choses au plus simple, y entreront tous les biens possédés par l'époux au jour du mariage et ceux qui ont été reçus à titre gratuit. De tels biens ne peuvent pas être considérés comme des gains ; ils doivent donc totalement être conservés par l'époux propriétaire.

63 - Seulement cette justification du droit en montre ses limites ; pour affirmer que la valeur de certains biens est étrangère au travail de l'époux, il ne faut pas que ces biens aient été grevés de passif au moment de leur entrée dans le patrimoine conjugal (jour du mariage ou de l'acquisition).

Le recensement de l'actif originaire n'est donc qu'une étape dans l'établissement de ce droit (Premier chapitre) ; il faudra tenir compte du retranchement du passif originaire (Deuxième chapitre)

## PREMIER CHAPITRE :

## LE RECENSEMENT DE L'ACTIF ORIGINAIRE

64 - Article 1570 du code civil : "Le patrimoine originaire comprend les biens...."

Ce début d'article condamne toute interprétation qui ferait du patrimoine originaire une simple somme de valeurs . Le patrimoine originaire comprend des biens qui doivent être évalués ; c'est par cette évaluation que l'on connaîtra la proportion de sa fortune finale que l'époux doit conserver.

65 - Seulement tous les biens originaires ne vont pas constituer des valeurs originaires.

Le patrimoine originaire ne comprend pas la valeur de tous les biens possédés au jour du mariage ou reçus gratuitement. La loi le dit pour les biens qui auraient eu le caractère de fruits (ar. 1570 code civil) ; le projet de loi l'envisage pour les biens donnés ; l'analyse permet de le découvrir pour les biens consommés ou détruits par cas fortuit.

Si bien que la question essentielle qui se posera au liquidateur sera de savoir, en partant de la liste des biens originaires, quels sont ceux qui vont donner lieu à l'inscription d'une valeur originaire dans le patrimoine du même nom, et pour quel montant.

La détermination des biens originaires est une chose (Section I) ; la détermination des valeurs originaires en est une autre (Section II).

## Section I - La détermination des biens originaires

66 - "Le patrimoine originaire joue... le même rôle que les propres sous le régime légal", en faisant cette observation fondamentale, M. le Doyen Cornu (125) a préparé le terrain d'une comparaison entre les qualifications de biens propres et originaires, la "participation étant, comme la communauté, réduite aux acquêts".

67 - Seulement, si les qualifications se rejoignent dans la portée communautaire du régime, elles n'ont pas exactement les mêmes effets pendant son fonctionnement. En régime de communauté, elles influent sur l'administration des biens ; en régime de participation, elle n'ont aucune emprise : chaque époux gère seul ses biens.

Cela explique que l'on ne retrouve pas dans le régime de participation aux acquêts, ni "propres de rattachement", ni "propres de renouvellement".

En régime de communauté, il est nécessaire de prévoir une catégorie de propres de rattachement afin de "maintenir ou développer autour d'un bien principal un groupe naturel de biens, formant une entité économique"(126) ; à défaut, l'administration du bien pourrait être entravée par l'application des règles communautaires. De surcroît, lors du partage, il faudrait, à défaut de règles permettant l'attribution préférentielle, compter sur la bonne entente entre les époux pour éviter un partage économiquement mauvais.

---

(125) J.C.P. 1970 Doct. n° 2368 spéc. n° 40

(126) Cornu, Les régimes matrimoniaux, 3ème edt. p. 343

Aucun de ces deux problèmes ne se pose en régime de participation aux acquêts. Il ne servirait à rien de créer une catégorie de propres par rattachement puisque chaque époux gère librement tous ses biens. De surcroît, cette qualification préjugerait de la liquidation en faisant entrer les biens concernés dans le droit qu'a chaque époux de conserver une partie de son patrimoine; or, rien ne permet de dire que les biens de rattachement ne constitueront jamais des gains liés à l'activité de l'époux.

La même remarque s'impose à propos des biens de renouvellement. Les biens acquis en remplacement d'un bien originaire sont, par les régles du régime de participation, soumis directement à la gestion de l'époux propriétaire. Ce n'est pas pour autant que la subrogation sera inopérante; elle sera prise en compte à la liquidation mais sans que le bien de remplacement devienne lui-même bien originaire : il suffira d'y voir une valeur originaire. C'est une particularité du régime que de permettre cela.

En somme, et si l'on s'en tient à l'analogie communautaire, on ne trouve dans le régime de participation aux acquêts que des "propres de base"(127), c'est à dire, des biens originaires par leur origine ( § 1 ) et des biens originaires par leur nature ( § 2 ).

## § 1 : Les biens originaires par leur origine

68 - La qualification de bien originaire tient, soit à la date d'acquisition, soit au mode d'acquisition.

Seront originaires, les biens possédés par l'époux au jour du mariage et ceux qu'il a acquis depuis par succession ou libéralité.

De tels critères confortent l'idée d'un rapprochement entre les biens originaires et les biens propres. Le législateur est même allé encore plus loin lorsqu'il propose d'appliquer, à titre subsidiaire, il est vrai, les moyens de preuve de l'article 1402 du code civil, dans la liquidation du régime de participation aux acquêts.

---

(127) G. Cornu, Les régimes matrimoniaux, 3ème édt. p. 325 et s.

69 - Pour deux raisons, au moins, la preuve de l'origine des biens n'aurait pas dû soulever de difficultés.

Primo, l'article 1570 du code civil renvoie aux modes de preuve du régime légal, donc à des techniques connues et déjà étudiées.

Secundo, l'origine des biens peut être constatée, soit au moment du mariage (ou du changement de régime) soit au moment d'une acquisition à titre gratuit, c'est à dire dans des circonstances qui requièrent un acte notarié ; on peut penser que le rédacteur aura pris toutes les précautions pour recueillir,et conserver,les informations utiles à l'établissement des preuves.

70 - Mais, s'agissant ici d'établir son droit de conserver une partie de son patrimoine final, l'époux a intérêt à y faire figurer le maximum de biens ; le législateur s'est donc montré exigeant quant au système de preuve de la consistance du patrimoine originaire.

Sur le fondement de l'article 1570 du code civil, l'origine des biens sera rapportée par leur inscription dans un état descriptif établi en présence de l'autre conjoint et signé de lui (A). A côté de cet état descriptif, les modes classiques de preuve établis à l'article 1402 du code civil, ne joueront qu'un rôle subsidiaire (B).

A - L'état descriptif, mode de preuve principal de l'origine des biens

Parce qu'il s'agit d'une pièce essentielle de la liquidation, le législateur a su concilier des élèments de souplesse ( 1 ) et des élèments de rigueur ( 2 ).

1) La souplesse de l'état descriptif

71 - La souplesse de l'état descriptif se vérifie à deux égards : d'une part, l'article 1570 du code civil laisse le choix aux époux entre un état authentique ou sous seing privé; d'autre part, il ne précise pas à quel moment cet état doit être dressé.

a - Le choix entre acte authentique ou sous seing privé

72 - Même si l'article 1570 accorde nettement sa préférence à l'état authentique (128), on peut être surpris de cette liberté laissée aux époux dans l'établissement d'un acte aussi important.

En dehors de ses supériorités habituelles (date certaine, force probante), l'exigence d'un acte notarié aurait pu être considérée comme une garantie d'exactitude et d'exhaustivité de l'état descriptif. Par son nom même, cet état a pour but d'établir une consistance quantitative et qualitative du patrimoine de l'époux. Les biens originaires de l'époux seront évalués dans le patrimoine originaire en tenant compte de leur état initial et il importe que la connaissance de cet état soit la plus précise possible. Dans cet exercice

---

(128) Dominique Rassat, "Pour une nouvelle approche de la participation aux acquêts, Mémoire D.S.N. Bordeaux 1982 p. 57

contra : Ponsard sous Aubry et Rau T. VIII n° 369 note 61 § 533 p. 617 observe que le texte évite de parler d'inventaire pour que ce terme ne puisse pas être interprété comme l'exigence d'un acte notarié.

On relèvera tout de même que la rédaction d'un acte sous-seing privé est envisagée plus comme une tolérance que comme une directive ; c'est ce qui nous semble ressortir de l'expression "même sous seing privé".

difficile qui réclame connaissance et expérience, il est à craindre que les époux négligent des informations importantes qui feront défaut par la suite, sans compter les risques de fraude dont peut être victime un fiancé ingénu.

73 - La raison du choix laissé aux futurs époux peut être trouvée dans la volonté législative de prévénir les craintes et les critiques que peut entraîner la rédaction d'un acte notarié. On n'a pas manqué de faire valoir qu'il y avait là un obstacle psychologique à l'adoption du régime et que les époux seraient récalcitrants à fournir une liste complète de leur patrimoine ; ce n'est pas dans le "tempérament français" et il y aurait là une information trop facile pour les services fiscaux.

On peut également penser que la rédaction d'un acte sous seing privé sera moins onéreuse et qu'il y a ici un motif économique qui a pu guider le législateur.

b - le moment de la rédaction de l'état descriptif

74 - Même si l'article 1570 du code civil n'apporte aucune précision sur ce point, il y a tout lieu de penser que l'état descriptif sera établi au moment du mariage dans le contrat de mariage ou dans un acte distinct (129). Le silence du texte permet néanmoins de se demander s'il est possible de rédiger cet état pendant le mariage, à l'occasion d'une donation ou d'une succession.

Le régime de participation n'est pas réservé aux gens de fortune; plutôt que de s'exposer à des frais pour l'établissement d'un état quasiment vierge, les époux pourront préférer "faire l'impasse de cette formalité". Mais il suffit que survienne une donation ou une succession prématurée pour que le besoin de preuves devienne réel; on peut penser qu'il sera encore possible d'établir un état descriptif.

---

(129) Ponsard sous Aubry et Rau n° 369 § 533 p. 617

## 2) La rigueur de l'état descriptif

75 - L'état descriptif servant à fixer la consistance du patrimoine originaire doit être établi en présence de l'autre conjoint et signé de lui. Cette dernière exigence de signature fait toute la différence avec l'état descriptif du patrimoine final où la présence du conjoint, ou de ses héritiers, suffit.

76 - Cette formalité doit être examinée dans les deux cas où elle appelée à jouer : au jour du mariage et au jour d'une acquisition à titre gratuit.

77 - Dans le premier cas, elle sera assez facile à réaliser ; les époux devant rédiger un contrat de mariage seront amenés naturellement à indiquer les biens qu'ils possèdent. De surcroît, elle est pleinement justifiée eu égard à l'importance du document et aux risques de fraude.

78 - Dans le second cas, l'obligation de signature du conjoint peut amener à deux difficultés, l'une de droit, l'autre de fait.

En droit, on peut se demander quelle sera la force probante des actes notariés passés à l'occasion d'une donation ou d'une succession (inventaires, partages, acte de donation, déclaration de succession, actes de délivrance de legs...). Selon un auteur (130), "ces actes et documents ne pourront constituer des états descriptifs au sens de l'article 1570 al. 2 qu'autant qu'ils auront été établis en présence des deux époux et signés par eux"

La formalité pourrait très bien être accomplie dans un acte séparé et pourquoi pas, le texte le permet, dans un acte sous seing privé. Sur le terrain de la hiérarchie des actes, on arrive alors à une situation assez curieuse où la force probante d'un acte authentique serait tributaire de la rédaction d'un acte sous seing privé. De surcroît, il se peut que ce deuxième acte soit différent du premier (notamment dans la description de l'état);

---

(130) G. et M. Morin "La réforme des régimes matrimoniaux Vol 2 Régimes conventionnels et hypothèque légale des époux, Rep. Not. Defrenois spéc. n° 524

faudrait-il alors en conclure, sur la seule exigence de signature du conjoint, que l'acte sous seing privé l'emportera? C'est ce que l'on peut craindre en adoptant le raisonnement de Mrs Morin.

Pour cette raison, il nous paraît préférable de nuancer l'article 1570 al. 2 et de cantonner la formalité à l'état descriptif établi au moment du mariage. Justifiée dans ce premier cas, car il n'y a aucun autre document que le contrat de mariage, elle ne l'est plus en cas d'acquisition à titre gratuit constatée dans un acte authentique. On pourrait nous rétorquer que cet acte notarié n'est pas initialement destiné à servir de preuve dans la liquidation du régime matrimonial et que, par conséquent, le rédacteur pourrait ommettre de relever certains détails inutiles immédiatement mais primordaiux pour la suite. Il est facile de réfuter cette remarque ; dans la comparution, le régime matrimonial de l'attributaire sera forcément indiqué; avec l'expérience, les notaires auront tôt fait de savoir qu'eu égard au régime de l'époux, il leur faut être , sur certains points, plus précis qu'à l'accoutumée.

En droit, la rigueur de l'article 1570 al. 2 doit donc être tempérée ; des arguments de fait corroboreront cette opinion.

En fait, on a assez souvent critiqué l'exigence de preuve lorsqu'elle était appelée à jouer, pendant le régime, à l'occasion d'une donation ou d'une succession. D'une part, habitués à vivre en indépendance, les époux pourront oublier d'établir un état descriptif conforme aux exigences légales (131), d'autre part, cette intervention du conjoint pourra constituer une indiscrétion ou, au moins une atteinte sérieuse à l'indépendance (132).

Là ne nous paraît pas l'essentiel; les donations ou successions ne sont pas des évènements habituels et, dans la plupart des ménages, ils bousculeront facilement le sentiment d'indépendance patrimoniale.

---

(131) G. et M. Morin op. cit et loc. cit.

(132) D. Rassat précité p. 59

Il nous semble plus important d'observer que la loi n'a rien prévu dans l'éventualité d'une rétention abusive de sa signature par un époux. Les sentiments évoluent; dans un ménage en crise il serait trop facile pour un époux de porter atteinte aux droits de son conjoint en ne signant pas l'état descriptif établi lors d'une acquisition gratuite. Sans doute pourrait-on imaginer des solutions contentieuses mais le plus simple nous paraît encore de se reporter aux actes notariés.

79 - Finalement, notre proposition d'exclure les formalités de présence et de signature du conjoint pour l'état descriptif établi pendant le mariage, n'apporte pas un grand bouleversement ; elle ne devient intéressante que dans l'hypothèse d'une contrariété entre acte authentique et sous seing privé. A laisser subsister les deux actes, on s'expose à ce genre de difficultés, difficilement surmontable au regard de l'article 1570 al. 2. En supprimant l'éventualité d'un acte sous seing privé, on supprime la question et on va dans le sens qui nous paraît le meilleur : celui de la supériorité de l'acte authentique. En dehors de ce cas, l'absence de signature du conjoint n'aurait pas eu de grandes conséquences ; il aurait toujours été possible de se référer aux documents notariés, mais à titre subsidiaire seulement.

B - La subsidiarité des autres modes de preuve.

La détermination de ces modes de preuve ( 2 ) paraît secondaire par rapport à l'étude de leur rôle ( 1 ). C'est, en effet, de ce dernier que dépend la force probante de l'état descriptif.

1) Le rôle des autres modes de preuve.

Deux preuves contraires sont susceptibles d'être rapportées contre l'état descriptif : on peut vouloir prouver qu'il contient trop de biens, ou pas assez de biens. Ces deux aspects de notre question n'ont pas été traités de la même manière par la loi.

a - La preuve contre l'état descriptif.

80 - La question est la suivante : un époux peut-il prouver que l'état descriptif du patrimoine originaire de son conjoint est trop important ?

Ce n'est pas en doctrine que l'on pourra découvrir la solution puisque les auteurs sont partagés ; certains ne posent pas le problème (133), d'autres répondent par l'affirmative (134), d'autres enfin, par la négative (135).

C'est sur ce genre d'hésitations que le régime de participation aux acquêts peut achopper et se condamner à plus ou moins long terme. En pure exégèse, il est très difficile de se forger une opinion tant les arguments divergent ; le seul moyen de règler la question réside dans le choix d'une directive générale de tolérance ou de sévérité à l'égard des preuves subsidiaires à l'état descriptif.

81 - Les arguments s'annulent ; certains vont dans le sens d'une réponse négative, d'autres dans le sens d'une réponse positive.

Pour la négative, on peut faire appel à trois idées :

1 ) on peut d'abord se référer à l'article 1570 : celui-ci envisage la preuve complémentaire, il n'évoque pas la preuve contraire à l'état descriptif ; cette dernière n'a donc aucun fondement légal.

2 ) on peut se souvenir que cette preuve était envisagée dans la première rédaction de l'article 1570, à un moment où la consistance du patrimoine originaire était prouvée, non pas par état descriptif, mais par inventaire. Puisqu'on a modifié le mode de preuve, on peut penser que la preuve contraire a également été modifiée.

---

(133) Colomer, Encyclopédie Dalloz Vis Participation aux acquêts, n° 102
(133) Morin, op. cit. n° 525 ; Ponsard, comm. n° 177

(134) Cornu, op. cit. n° 46, Pillebout, op. cit. art. 5 de la formule, Ponsard sous Aubry et Rau n° 369 § 533 p. 617 et note 69 ;

(135) H.L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, t. 4, 1er Vol. par M. de Juglart, Régimes matrimoniaux 1969 spéc. n° 577, avec des critiques

3 ) on peut faire valoir que l'époux a donné sa signature et qu'ainsi, il a perdu le droit de contester l'état descriptif. Au fond, c'est l'argument le plus important ; la signature emporte force probante de l'acte et suppose que celui qui la donne adhère à son contenu. En fait, on a souvent renversé l'argument.

Pour l'affirmative on peut présenter trois motifs.

1 ) Le plus souvent, on relève que la signature a été donnée à un moment d'entente entre les époux (c'est bien le minimum au jour du mariage...) et qu'il n'est pas certain qu'elle l'ait été à bon escient. Lorsque les bons sentiments ont disparu, il est normal de permettre à l'époux de revenir sur ce qu'il a pu trop facilement admettre auparavant (136).

2 ) Il faut observer que la possibilité de preuve contraire va dans le sens d'une augmentation des acquêts, et que le législateur s'est toujours montré soucieux de préserver cette preuve (137).

3 ) Enfin, ne serait-il pas paradoxal de permettre à un époux d'augmenter ses droits sans autoriser son conjoint à les faire diminuer ?

Ce mélange d'arguments n'autorise pas à trancher dans un sens ou dans l'autre,

82 - Une différence pourrait être faite entre l'état authentique et sous seing privé. Il ne nous paraît guère possible de supprimer un bien qui figure sur un état rédigé en présence, et sur les conseils, d'un notaire ; cette présence est une garantie et on voit mal comment un époux pourrait alléguer de propriétés fictives. En revanche, le risque existe pour l'état sous seing privé et il est peut-être prudent de laisser au conjoint abusé, un moyen de faire diminuer le patrimoine originaire volontairement gonflé.

---

(136) Pillebout, JCP Not. 1979 form. p. 193 voir la proposition de formule

(137) voir la rédaction très large de l'article 1572 du code civil

83 - La difficulté ne sera pas réglée pour autant car se pose immédiatement la question de savoir quels seront les moyens de preuve applicables en un tel cas ?

On peut penser que, puisqu'il s'agit de rétablir la réalité et de déjouer les manoeuvres d'un époux malveillant, la preuve par tous les moyens serait une arme nécessaire et efficace. D'ailleurs, cette preuve viserait à augmenter la masse des acquêts et par conséquent, elle devrait bénéficier de la clémence dont a fait montre le législateur dans les cas similaires.

On peut aussi penser qu'il faut éviter de donner le moyen à un époux de détruire trop facilement le patrimoine originaire de son conjoint. Les années étant passées, une remise en cause trop facile de l'état descriptif risquerait de réduire à rien le"droit de conserver"de l'époux. Car, contre la preuve par tous moyens, il ne pourrait réagir que par les voies de l'article 1402 du code civil, ce qui lui imposerait de montrer qu'il était dans l'impossibilité de se procurer un écrit.

Faudrait-il alors en conlure que l'époux remettant en cause l'état descriptif doit le faire, lui aussi, par les moyens de l'article 1402 ? Même une réponse positive n'aurait pas la rigueur escomptée ; en effet, dans ce cas, il sera très facile de dire que l'on a été dans l'impossibilité de se procurer un écrit ; la preuve par témoignage et présomption serait toujours possible.

84 - C'est certainement ce genre de difficultés que la loi a voulu éviter. Finalement, on peut penser qu'elle a été bien inspirée de ne pas prévoir de preuve contre l'état descriptif. Le régime de participation aux acquêts est un régime conventionnel et il appartient à chaque époux de ne pas s'engager sans s'informer ; même si l'état est sous seing privé, le contrat de mariage sera, lui, toujours authentique et il appartiendra au notaire d'encourager les fiancés à établir avec précision et certitude la liste des biens qu'ils possèdent, séparément.

Il ne sera plus possible de revenir sur l'inscription d'un bien dans l'état descriptif ; les futurs époux doivent le savoir.

b - La preuve complémentaire à l'état descriptif

Sur ce point encore, l'article 1570 est soumis à des interprétations différentes ; s'il est clair que l'on peut, sur le fondement de l'alinéa troisième, compléter un état existant ( $\beta$ ), il n'est pas certain que l'on puisse suppléer un état inexistant ( $\alpha$ ).

$\alpha$- En cas d'absence d'état descriptif.

84 - Pris à la lettre, l'article 1570 al. 2 semble signifier qu'en absence d'état descriptif, le patrimoine originaire sera toujours nul. En d'autres termes, la possibilité de preuve complémentaire ne serait possible qu'en cas d'état incomplet. C'est ce qui ressort de la formule "à défaut, le patrimoine originaire est tenu pour nul".

Cette lecture a très vite été combattue et le projet de réforme du régime l'enterre définitivement en supprimant la disposition litigieuse (138).

Sur le terrain de la preuve, on ne peut que souscrire à cette évolution ; rien, ou quasiment rien (139), en dehors d'une stricte analyse littérale ne permettait de défendre l'interprétation restrictive.

---

(138) Projet de loi du 22 mars 1985, Doc. Ass. Nat. n° 2584 art. 29

(139) Sur l'argument tiré de l'analogie avec l'article 1499 ancien qui, dans sa rédaction de 1804, subordonnait la preuve des propres en régime conventionnel de communauté réduite aux acquêts à un inventaire ou état en bonne forme, voy. P. Rémy "Des présomptions légales dans les régimes matrimoniaux" Thèse Poitiers 1971 spéc. p. 452 (pour la présentation de de l'argument) et 455 (pour sa réfutation fondée sur la portée différente des deux textes : l'article 1499 était réservé à la preuve faite par un époux contre un tiers alors que l'article 1570 ne concerne que la preuve faite par un époux contre son conjoint).

84 - Sur le fond, et parce que l'on a toujours raisonné en termes de comparaison entre patrimoine initial et final, on a peut-être laissé passer une occasion de simplifier le régime en faisant de l'absence d'état descriptif une renonciation racite, et réciproque, des époux à leur droit de conserver le patrimoine originaire.

• La discussion sur le terrain de la preuve

85 - Contre la lettre de l'article 1570, trois arguments décisifs peuvent être invoqués.

Le premier argument tient au "curieux cheminement"(140) suivi par l'article 1570. Initialement, alors que l'ordre des propositions de l'article était "correct" (141), la formule "à défaut, le patrimoine originaire est tenu pour nul" établissait "l'équivalent d'une présomption d'acquêts"(142): à défaut de preuve, tous les biens sont supposés avoir été financés par l'activité de l'époux pendant le mariage. Deux amendements ont été apportés au projet de loi. D'abord, on a remplacé l'inventaire par un état descriptif (143) ; ensuite, on a supprimé la possibilité de preuve par tous moyens en renvoyant à l'article 1402 lui aussi modifié. Dans ces conditions, il aurait fallu récrire entièrement l'article en rejetant la formule litigieuse en fin (144). Concrètement, il faut lire : à défaut de preuve (par état descriptif ou par les autres moyens) et non à défaut d'état descriptif.

---

(140) Rémy, Thèse précitée, p. 454

(141) Cornu, op. cit. note 57

(142) sur la crainte de voir l'inventaire assimilé à l'acte notarié voir supra p. 60

(143) Ponsard, commentaire de la loi du 13 juillet 1965 D. 1966 leg. p. 111 et s. (cité Ponsard, comm.)

(144) Cornu, op. cit. et loc. cit. ; Ponsard, sous Aubry et Rau n° 369 §533 p. 618 note 67 ; Rémy ibid.

Le second argument repose sur l'illogisme qu'il y a à permettre de complèter un état existant, même s'il ne contient qu'un ou deux articles, et à refuser de suppléer un état inexistant. Dans les deux cas, il y aura toujours négligence de la part du revendiquant qui aurait dû faire inscrire ses actifs soit au jour du mariage, soit au jour de l'acquisition ; il n'est pas possible de découvrir subitement, pendant la liquidation, que tel ou tel bien avait le caractère de bien originaire ! Dès lors, on ne voit pas pourquoi il y aurait deux poids, deux mesures. Ou bien on autorise la preuve contraire sans distinguer ; ou bien on la refuse, à moins que l'on quitte le terrain de la preuve et que l'on ne voie dans la disposition litigieuse une règle de fond.

Un troisième argument n'a jamais été exposé en doctrine ; il a trait plus à l'article 1402 lui-même qu'à l'article 1570.

Il est clairement précisé à l'article 1402 du code civil que les moyens de preuve qui y sont décrits ne sont appelés à jouer qu'à défaut d'inventaire ou d'autre preuve préconstituée. Il est donc dans leur nature d'intervenir en l'absence de tout autre document. Dès lors, ne peut-on pas affirmer qu'il y aurait quelque incohérence à renvoyer à des moyens de preuve que l'on écarterait immédiatement de leur fonction habituelle ?

On peut, ainsi, considérer que l'interprétation restrictive est complètement abandonnée.

86 - En somme, la proposition"qu'à défaut, le patrimoine originaire est tenu pour nul" constitue, sur le terrain de preuve,"l'équivalent de la présomption de communauté" de l'article 1402 du code civil (145).

87 - Toutefois, les mots ne doivent pas abuser ; s'il y a présomption de communauté, c'est dans le cadre du régime de participation, ce qui explique quelques différences importantes.

On observera, avec M. Rémy (146) que la présomption ne joue qu'à la dissolution, qu'elle n'a ainsi aucun effet sur l'exercice des pouvoirs indépendants des époux, et qu'elle n'intervient qu'en seconde ligne, après que la propriété personnelle de l'époux ait été prouvée.

De surcroît, il nous semble que les deux présomptions ne sont pas appelées à jouer de la même manière. En régime de participation aux acquêts, on recherche si le bien fait partie de l'état descriptif ; puis, si par les moyens de l'article 1402, il n'est pas possible de l'y ajouter ; à défaut, on en fait obligatoirement un acquêt. Dans le régime de communauté, l'ordre des choses est inversé : on présume que le bien est commun tant que la preuve contraire n'est pas rapportée.

88- En définitive, si on voit dans l'article 1570 al 2 une "présomption de communauté", il faut admettre qu'il s'agit d'une présomption irréfragable, ce qui en fait plus une régle de fond qu'une règle de preuve.

Cette vision des choses tient à la place de la formule utilisée par l'article 1570. Visiblement, on en a fait une "disposition balai, alors qu'on aurait dû l'inscrire dès le début de l'article. Tout bien dont l'époux rapporte la preuve qu'il lui est personnel doit être considéré comme provenant de l'activité de l'époux pendant le mariage, sauf à démontrer le contraire, notamment par référence à l'état descriptif.

---

( 145) Cornu, op. cit. n° 45

( 146) Rémy, thèse précitée, p. 446 et s.

89 - Finalement, la suppression envisagée par le projet de loi pourrait donner, en la faisant disparaître en tant que disposition expresse, une portée nouvelle à la "présomption d'acquêt" en régime de participation. Puisant sa signification dans la structure même du régime, elle oblige tout époux qui entend conserver la valeur d'un bien, à démontrer que ce bien lui est personnel et qu'il ne constitue pas une valeur soumise à participation.

90 - Mais on peut aussi se demander si, comme il arrive souvent, cette règle de preuve ne cache pas, en vérité, une règle de fond.

- La discussion au fond

91 - Saisis par l'interprétation stricte de l'article 1570 al. 2, les auteurs se sont attachés à défendre une formule à laquelle on aurait pu donner une autre signification.

L'état descriptif est établi afin de reconstituer le patrimoine originaire de l'époux ; en cela, c'est la première manifestation du droit qu'a ce dernier sur une partie de sa fortune finale. En disposant qu'à défaut d'état descriptif, le patrimoine originaire est tenu pour nul, l'article 1570 offrait la possibilité aux époux d'abandonner ce droit en ce qui concerne les biens qu'ils possédaient au jour du mariage. L'absence de preuve cacherait, au fond, une renonciation.

Une telle interprétation aurait pu aller dans le sens d'une extension de la participation ou d'une simplification de la liquidation.

Le modèle légal de participation aux acquêts est un minimum : on ne participe qu'aux résultats de l'activité de l'époux et encore, seulement pour la moitié. Seulement, ce n'est pas un minimum impératif; l'article 1581 le rappelle de manière expresse en proposant des clauses de participation inégale. Dès lors, rien n'empêchait les conjoints de prévoir un droit de participer portant sur des valeurs acquises avant le mariage même si le titre du régime y perdait sa signification. Il suffisait de ne pas établir d'état descriptif, l'article 1570 al. 2, aurait fait le reste. En permettant cela, on donnait au régime une souplesse qu'on ne retrouvera pas forcément avec une clause du contrat allant dans le même sens. En effet, la renonciation que nous évoquons aurait très bien pu être unilatérale

Cette attitude aurait supposé une intention ferme et définitive de procurer un avantage à l'autre époux et, de ce fait, avait très peu de chances de se développer chez les fiancés fortunés. En revanche, lorsque les futurs époux ont un patrimoine identique et peu important, il y avait là un bon moyen de simplifier la liquidation en décidant, une fois pour toutes, qu'on ne tiendrait pas compte des biens acquis antérieurement au mariage.

Ce raisonnement est surprenant, parce que l'on a toujours ramené la liquidation du régime au calcul de la créance de participation, sans montrer qu'il y avait d'abord une confrontation entre deux droits, celui de conserver et celui de participer. Dans la vision classique du régime, il était difficile de voir dans cette règle autre chose qu'une simple règle de preuve. En prenant parti pour une théorie liquidative différente, on pouvait lui donner une toute autre portée : la preuve complémentaire aurait été réservée à l'époux qui a établi un état descriptif.

β -en cas d'état descriptif incomplet

92 - A la rigueur, et malgré les textes, on pourrait penser que la preuve complémentaire à l'état descriptif doit être moins ouverte que celle qui tend à suppléer un état inexistant.

En effet, n'est-il pas paradoxal d'autoriser un époux à démontrer qu'il n'a pas inscrit dans l'état, qui par hypothèse a été dressé, tous les biens qui avaient vocation à y figurer ?

Il ne faut pas perdre de vue qu'un bien ne peut pas devenir originaire dans n'importe quelles conditions. Il faut qu'il soit antérieur au mariage ou acquis à titre gratuit.

93 - L'existence d'un contrat de mariage et d'un document constatant le patrimoine de chaque époux aurait pu inspirer des règles de preuve très particulières au régime ; pourtant, il semble que le législateur ait préféré créé une espèce de droit commun de la preuve contre l'attraction communautaire des régimes matrimoniaux (quelles que soient ses modalités). Cette volonté se manifeste à nouveau, dans la détermination des modes de preuve subsidiaires. Y parviendra-t-on,? C'est une autre question.

2) La détermination des modes de preuve.

94 - A la lettre, le renvoi à l'article 1402 du code civil, autorise au moins trois modes de preuve différents de l'état descriptif : les écrits divers, l'origine des biens et les témoignages et présomptions lorsqu'il y aura eu impossibilité de se procurer un écrit. (147)

95 - Un argument de fait et un argument de droit obligent pourtant à supprimer cette dernière éventualité : il ne nous paraît pas possible d'admettre la preuve par témoignage et présomption.(a) La marque de l'origine peut, quant à elle, donner lieu à une hésitation.(b)

a - L'impossibilité de la preuve par témoignage ou présomption.

96 - Cette impossibilité se manifeste à deux égards.

- en fait

L'idée a été relevée par presque tous les auteurs (148), on imagine mal qu'un époux puisse prétendre qu'il était dans l'impossibilité, matérielle ou morale, de se procurer un écrit à propos des biens qu'il possédait avant le mariage ou qu'il a acquis à titre gratuit.

---

(147) Même s'il ne le précise pas expressément, il paraît évident que le renvoi est limité à l'alinéa 2, la doctrine n'a jamais émis le moindre doute sur ce point. On ne voit pas à quoi servirait de réaffirmer une présomption de communauté dont on a vu qu'elle découlait de la structure même du régime.

(148) Cornu, op. cit. n° 49, G. et M. Morin, op. cit. n° 525 p. 163 (qui évoquent tout de même l'hypothèse du don manuel ; Ponsard, comm. n° 177 et Aubry et Rau, n° 369 § 533 p. 618

ne se prononcent pas, Marty et Raynaud, Les régimes matrimoniaux, Sirey 1978 n° 465 ; Mazeaud, op. cit. n° 577 ; P. Malaurie, Cours de licence et maîtrise 1983-84 fasc. II n° 298

- en droit

La souplesse des modes de preuve du patrimoine final tranche avec la rigueur de celles du patrimoine originaire. Il y a là le résultat d'une volonté législative affichée clairement dans les travaux préparatoires (149).

Parce qu'il s'agit d'une preuve concernant une situation récente et qui porte sur le patrimoine de l'époux qui réclame, l'article 1572 a pris la précaution d'indiquer qu'elle se ferait par tous moyens, y compris par témoignages et présomptions.

La formule est révélatrice : il ne suffisait pas d'indiquer que la preuve se ferait par tous moyens, encore fallait-il préciser qu'elle pourrait se faire par témoignages et présomptions. Cette mention expresse de la preuve testimoniale dans l'article 1572 contraste avec le silence de l'article 1570 du code civil.

Dans ces conditions, il y a tout lieu d'écarter une interprétation trop large du renvoi de l'article 1570 à l'article 1402.

---

(149) V. le rapport de M. Colette : Doc. Ass. Nat. 2ème session ord. de 1964-65 n° 1475 où est repoussée l'idée d'exiger un inventaire du patrimoine final.

b - la marque de l'origine des biens.

97 - On peut se demander si la marque de l'origine est encore un moyen de preuve auquel renverrait l'article 1570 ?

Pour la négative, on peut faire valoir que ces biens sont en eux-mêmes des biens propres, que l'on a pas à faire appel à d'autres preuves pour leur conférer ce caractère et que par conséquent, il n'y a pas là un veritable moyen de preuve.

Pour l'affirmative, on dira que l'article 1570 ne distingue pas ; 'il serait singulier que l'on acceptât de déclarer originaire un bien pour lequel il y avait des hésitations et que l'on refusât de le faire pour un bien qui porte la marque d'une origine familiale (souvenirs de famille, meubles aux initiales ou armoiries) ou de l'estime d'un tiers (dédicaces...)

98 - Selon M. Audier, cette référence à l'origine des biens devrait permettre de règler le problème des propres par nature que le régime de participation aux acquêts a ignoré et que la doctrine propose de retenir (150).

Deux arguments s'opposent à cette proposition.

Primo, il n'est pas certain que les propres par nature, définis à l'article 1404, correspondent à la définition de l'article 1402 ; les biens propres par nature échappent à la présomption de communauté, il n'y a à leur égard aucune équivoque, on ne voit pas pourquoi il faudrait s'en référer, en plus, à leur origine.

Secundo, les propres par nature correspondent à la catégorie des droits patrimoniaux à caractère personnel or, l'origine n'est pas la seule raison de faire de ces biens des biens originaires par nature. Bien plus, on peut affirmer qu'elle a un rôle très secondaire.

---

(150) Audier, "Les droits patrimoniaux à caractère personnel" Thèse Aix-Marseille 1979 n° 299 p. 338
Adde : Aubry et Rau par Ponsard, t. VIII p. 618 note 64

## § II : Les biens originaires par leur nature

99 - Faut-il comprendre dans le patrimoine originaire les biens qui, dans le régime légal, constituent des propres par nature sans récompense ? C'est en ces termes que la quasi unanimité des auteurs posent un problème (151) auquel ils apportent, sans grande discussion, une réponse positive.

Au soutien de cette solution, on invoque une vocation communautaire sensiblement égale dans les deux régimes de communauté légale et de participation aux acquêts. La rédaction voisine des articles 1405 et 1570 fait penser que tous les biens qui sont propres dans le régime légal, seront exclusifs de participation, y compris les propres par nature.

100 - Seuls, Flour et Mme Labrusse-Riou, considèrent qu'il faut, au contraire, mettre en évidence la différence qui existe entre les deux régimes (152)

101 - Le projet de réforme de l'article 1570 coupe court à toute hésitation, s'il y en avait encore, puisqu'il indique, très laconiquement, que le patrimoine originaire comprend les biens qui appartenaient à l'époux au jour du mariage et ceux qu'il a acquis depuis par succession ou libéralité, ainsi que tous les biens qui, dans le régime de la communauté légale, forment des propres par nature sans donner lieu à récompense.

---

(151) Cornu, op. cit. n° 41 ; Colomer, encycl. Dalloz V° participation aux acquêts , op. cit. n° 84 ; Marty-Raynaud op. cit. n° 464 Morin, op. cit. n° 519 p. 152, Pillebout, JCP Not. 1979 Form. p. 193 n° 14 ; Ponsard, sous Aubry et Rau op. cit. n° 368 p. 616

(152) Labrusse Riou, JCL. Form. Notarial, régimes matrimoniaux fasc. F n° 57 Flour, Les cours du droit, licence 4ème année 1966-67 p. 883

102 - Les données du problème ne sont pas les mêmes de lege lata et de lege ferenda.

103 - De lege lata, il faut s'interroger sur la valeur du raisonnement analogique proposé par la doctrine: retrouve-t-on dans le régime de participation aux acquêts les mêmes raisons d'exclure les droits patrimoniaux à caractère personnel de la liste des acquêts ?

Or, il existe une différence de fonction entre les articles 1404 al. 1 et 1570 du code civil : le premier texte commande la répartition des biens entre les différentes masses du régime légal, ce qui a une double conséquence, dire qui est propriétaire et qui administre le bien (153), alors que le second n'est utilisé que pour mesurer les droits de chaque époux dans la liquidation.

Les raisons qui conduisent à qualifier un bien de propre ne sont donc pas forcément les mêmes que celles qui président à l'inscription dans le patrimoine originaire.

Reste, il est vrai, que l'assimilation a toujours été limitée aux propres par nature qui ne donnent pas lieu à récompense.Mais, même ainsi rèduit, le problème ne se pose pas forcément de la même manière dans les deux régimes.

Déclarer qu'un bien est propre sauf récompense, c'est concilier indépendance et communauté en permettant à un époux de le gérer seul sans que les droits du conjoint soient sacrifiés. Seulement, cette parade, dont on a montré qu'elle était proche du régime de participation aux acquêts (154), n'est

---

(153) Cette dualité de conséquences des règles de répartition des biens à déjà été mise en évidence, Voyez, pour la présomption de communauté, Rémy, "Des présomptions légales dans les régimes matrimoniaux" Thèse Poitiers 1971

(154) Pillebout, op. cit. n° 14

envisageable que s'il y a eu un mouvement de valeur entre la communauté et les biens propres ; dans le cas contraire, des biens seront déclarés propres par nature alors qu'ils ne seraient pas des biens originaires (c'est le cas du monopole d'exploitation du droit d'auteur).

Déclarer qu'un bien est propre sans récompense, c'est en faire, malgré son acquisition pendant le mariage, un élèment de la fortune personnelle de chaque époux. En d'autres termes, c'est considérer qu'il échappe à la vocation communautaire du régime. Pour qu'il y ait concordance parfaite entre propres par nature sans récompense et biens originaires par nature, il faudrait donc qu'il y ait identité dans la vocation communautaire des deux régimes. Or, rien ne permet, à cet égard, de dire que le régime de participation doit être une copie du régime légal. Nous aurons maintes fois l'occasion de montrer qu'il s'en détache, que ce soit dans le sens d'une plus grande,ou d'une moins grande,emprise de la communauté.

Même, si en fin de compte, les résultats seront voisins, il nous paraît essentiel d'étudier le problème des droits patrimoniaux à caractère personnel dans la seule considération du régime de participation aux acquêts. Ce dernier n'est pas un terrain d'exportation des règles du régime légal ; il se caractérise, notamment, par un mécanisme liquidatif différent qui rendra compte ou pas, de la spécificité de certains biens, ce qui fait craindre de l'opportunité d'un raisonnement par renvoi aux règles du régime de communauté.

104 - De lege ferenda, la question ne nous paraît pas réglée de manière définitive.

Même si elle est consacrée par la loi, l'analogie entre propres par nature sans récompense et originaires par nature souffrira toujours des remarques précédentes. Le problème sera seulement déplacé ; au lieu de raisonner sur une proposition doctrinale, il faudra trouver les moyens d'écarter, sur certains points, une règle légale dont il faut maintenant rechercher la justification.

105 - Pour ce faire, c'est à la catégorie même des droits patrimoniaux à caractère personnel qu'il faut s'attaquer ; leur caractéristique constante est d'être tous marqués par la personnalité de leur titulaire, mais ce premier aspect ne suffit pas à dissimuler une diversité qui a été maintes fois relevée par les auteurs (155).

106 - Dans le cadre des régimes matrimoniaux, la difficulté est de dégager un critère permettant de savoir quels sont les cas où il y a attribution personnelle à un époux au détriment des droits de son conjoint.

Le critère proposé par les auteurs classiques était certainement insuffisant : puisque les biens en question sont sans grande valeur vénale, la communauté n'a aucun droit à les réclamer. L'application rigoureuse des règles de la communauté cédait la place à une répartition instinctive sans grande importance,"De minimis non curat praetor"...(156) Le peu devenait le rien (157). La rédaction actuelle du seul article 1404 al. 1 suffit pour témoigner de l'importance de la question et de l'intérêt qu'il y a a limiter le pouvoir attractif de la communauté ; il est sûr que ce texte vise aussi des biens de grande valeur, comme les créances en réparation de dommages corporels ou moraux.

Un deuxième critère fut suggéré : formeraient des propres par nature tous les biens qui sont incessibles (158). L'idée ne se comprend que si on admet la thèse de M. le Doyen Carbonnier, pour qui la communauté est une personne juridique différente des époux (159) : un droit incessible ne peut passer dans le patrimoine d'une autre personne, en l'occurence, dans le patrimoine de la communauté.

---

(155) "Les droits patrimoniaux à caractère personnel ne se prêtent pas à la systèmatisation" J. Audier, " Les droits patrimoniaux à caractère personnel Thèse Aix-Marseille 1979 L.G.D.J. 1979 Préface P. Kayser, spéc. n° III p. 2 ; "l'élaboration d'une telle construction exigerait un pur travail de mosaïque, Blondel, "La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel, Dijon L.G.D.J. T. 95, p. 95 ; Nerson, "Les droits extrapatrimoniaux," Thèse 1939 Lyon, spéc. p. 494

(156) Aubry et Rau 5ème édt. par Bartin, T. VIII § 507 note 28 bis ; Beudant Lerebours Pigeonnière, Cours de droit civil français 2ème édt. Les régimes matrimoniaux, T. X par Lenoan p. 232 n° 268.

(157) Carbonnier, Etudes Rodière p. 47 "De peu, de tout et de rien".

(158) Guillouard, n° 389 ; Rodière et Pont n° 423

(159) Carbonnier, Le régime matrimonial, sa nature sous le rapport des notions de société et d'association, Bordeaux 1932 Préf. Bonnecase

Bien que l'on ait dénoncé assez tôt l'insuffisance de ce second criterium (160), on pourrait croire que l'article 1404 al. 1 lui offre une consécration légale en mentionnant les créances incessibles parmi les propres par nature. Le doute sera vite dissipé ; d'une part, il ne s'agit là que d'un exemple où l'incessibilité résulte du carctère personnel, d'autre part, la carence d'une telle explication est patente puisqu'il existe des créances qui bien qu'étant incessibles, font partie de la communauté, c'est le cas notamment des salaires (161).

La véritable raison de l'exclusion de la communauté est ailleurs ; elle doit être recherchée dans le caractère personnel qui marque ces droits. C'est ce qu'avaient pressenti Aubry et Rau (162) et c'est ce qu'a montré Labbé pour les assurances-vie et rentes viagères (163). "Il faut admettre que les biens ou droits dont la possession, ou l'attribution, n'est que l'exercice de la personnalité, ou ne sert qu'à donner satisfaction aux intérêts de la personnalité, doivent, même s'ils se réalisent pécuniairement, demeurer en dehors de la communauté" (164)Le régime de communauté suppose une collaboration ; "s'il est des intérêts ou des biens qui ne s'adaptent pas à cette collaboration, il est logique et naturel de les tenir en dehors de la communauté (165).

107 - Même ramenée à cette idée d'une relation avec la personnalité humaine, la catégorie des droits patrimoniaux à caractère personnel suppose un minimum de distinctions. Il convient de rechercher la manière dont cette relation s'établit. Pour M. Audier, les droits peuvent avoir un caractère personnel par leur origine ou par leur affectation(166) ; c'est ce qu'avaient déjà dit, sans développer, Planiol et Ripert dans le tome VIII du Traité Pratique: "Par leur fondement ou leur nature, ou par leur destination économique, ces biens se rattachent plus ou moins à la personnalité humaine"(167)

---

(160) Planiol et Ripert, t. VIII n° 187 Edt. 1925

(161) Cornu, p. 300 ; Malaurie, Cours doctorat 1983-84 p. 178, cf. pour une dette délictuelle de la femme : Civ. 1 8 fév. 1978, Bull. I n° 53 ; G.P. 78 II 361 ; D. 78 I.R. 238, R.T.D.C. 1979 p. 592 note Rubellin-Derichi.

(162) Aubry et Rau , VIII § 507 note 18

(163) Labbé, note au S. 1877.1.937 , S. 1889.2.121 et S. 1891.2.185.

(164) Planiol et Ripert, t. VIII n° 188 p. 225

(165) Planiol et Ripert, Ibid

(166) Audier op. cit, cf le plan de l'ouvrage

(167) Planiol et Ripert, Ibid

108 - Les deux critères ne joueront pas le même rôle dans le régime de participation aux acquêts. Si le caractère personnel résultant de l'affectation est, en principe, incompatible avec la notion d'acquêt, les conséquences normalement attachées à l'origine personnelle n'ont pas à souffrir d'être prises en compte dans la liquidation du régime. En d'autres termes, l'affectation est le critère normal des biens originaires par nature ( A ) tandis que l'origine personnelle est un critère exceptionnel (B)

A - L'affectation du bien à la personne, critère normal des biens originaires par nature.

109 - Bien que cette notion soit assez nouvelle (168), on admet que l'affectation d'un bien à une personne se caractérise par la liaison très étroite qui existe entre ce bien et la personne. A priori, il y a là un aspect que l'on retrouve dans n'importe quel droit : tout droit suppose un titulaire, notre système juridique ne connaît de titulaires de droits que les personnes juridiques. Pourtant, des nuances peuvent être faites. Il est des situations qui auraient pu naître même si les personnes qui les ont établies avaient été différentes : alors la considération de la personne ne joue pas (169). il est d'autres situations qui elles, reposent sur des qualités inhérentes aux personnes qui en sont à l'origine.

110 - L'affectation dépasse ce cadre général de liaison entre le droit et la personne, elle exige qu'un droit ne naisse que dans le seul but de satisfaire l'intérêt du titulaire ; le droit est tout entier créé pour répondre à ses besoins.

---

(168) La paternité doctrinale, du moins pour le droit privé, en a été attribuée à Saleilles Guinchard, "L'affectation des biens en droit français" Thèse Lyon 1976

(169) ex : article 1110 du code civil très restrictif pour l'erreur sur la personne

111 - Mais, dès lors que l'on parle d'intérêt, il faut se demander si tous les intérêts doivent être ressentis avec la même intensité. A cet égard, il nous paraît déterminant de distinguer, après M. Guinchard (170), entre l'intérêt simplement prépondérant et l'intérêt exclusif. Seul le second doit conduire à une attribution totale à l'un des époux.

112 - Toute la question n'est elle pas alors de savoir comment on distinguera entre l'intérêt prédominant et l'intérêt exclusif ? Peut-on dire qu'il y en a un qui est exceptionnel par rapport à l'autre ?

A priori, on pourrait penser que la satisfaction d'un intérêt exclusif présente un caractère d'exception. Le régime repose sur la volonté de faire participer un époux aux gains de son conjoint, peu importe que ceux-ci visent la satisfaction d'un intérêt personnel ou non.

On comprendra facilement pourtant, que la reconnaissance d'un droit de participer à des valeurs affectées à la satisfaction d'un intérêt exclusif de l'époux, conduirait à nier cette affectation. Les biens concernés ne doivent pas, ne serait-ce que pour moitié en valeur, profiter à l'autre conjoint ; il faudra en faire des biens originaires par nature (1). Il n'en ira autrement que si l'intérêt recherché est simplement prépondérant (2).

---

(170) Guinchard, op. cit. n° 111 p. 103

I ) Le principe : les biens affectés à la satisfaction d'un intérêt exclusif constituent des biens originaires par nature.

113 - La reconnaissance du caractère de bien originaire par nature suppose donc qu'il y ait incompatibilité entre la qualification d'acquêt et le caractère personnel. La satisfaction de l'intérêt recherché exige que l'époux conserve la valeur des biens qui y sont affectés. En lui-même, cet intérêt peut être d'ordre patrimonial (a) ou extrapatrimonial (b).

a - biens affectés à la satisfaction d'un intérêt patrimonial

Dans ce cas, la satisfaction de l'intérêt a des conséquences pour le patrimoine du conjoint. Le but recherché peut rester dans le cadre alimentaire ($\alpha$) ou le dépasser ($\beta$).

$\alpha$ satisfaction d'un intérêt alimentaire

114 - L'obligation alimentaire constitue le type même de droit affecté aux besoins d'une personne puisqu'elle n'existe que lorsque le bénéficiaire est dans le besoin (art. 205 du code civil).

Dès lors, il paraît impossible de prétendre que les sommes correspondantes représentent un enrichissement ; il n'y aucune raison de faire profiter le conjoint d'une créance qui ne lui était pas destinée, cela équivaudrait à priver le bénéficiaire de la moitié des sommes dont il avait la nécessité. De surcroît, il faut bien admettre que le problème a très peu de chances de se poser, on voit mal comment le créancier pourrait se servir de son droit dans un but de thésaurisation puisque celui-ci est calculé en fonction de ses besoins.

Sur ce point, la référence à l'article 1404 al. 1 ne soulèvera aucune difficulté ; quoi de plus personnel que ce qui est nécessaire à la subsistance de l'individu ? (171) Même avant 1965, la solution était certaine : "Il y a notamment des créances qui restent propres parce qu'elles sont destinées à assurer la subsistance du créancier, parce qu'elles lui sont attribuées intuitu personae. Elles ne peuvent pas tomber en communauté parce que, si elles y tombaient, les titulaire se trouveraient à la dissolution, privés de la moitié de cette créance... Ce résultat serait inadmissible" (172).

β - satisfaction d'un intérêt dépassant le cadre alimentaire proprement dit.

115 - Cette rubrique intéresse deux techniques que l'on a souvent rapprochées : l'assurance vie et la stipulation de rente viagère au bénéfice du conjoint. Dans les deux cas, on cherche à ce qu'une somme d'argent, en général assez importante, soit attribuée à celui-ci à un moment déterminé, généralement au décès du souscripteur. Peu importe que la valeur ainsi dégagée serve à assurer la survivance alimentaire ou pas ; ce qui est avant tout visé, c'est l'attribution d'un élèment patrimonial supplémentaire. En principe, l'intérêt que l'on cherche ainsi à protéger doit être considéré comme exclusif, nous allons voir pourquoi à propos de l'assurance-vie.

116 - Sous ce terme général, se cachent en réalité deux techniques bien différentes : l'assurance en cas de décès et l'assurance en cas de vie. L'assurance en cas de décès permet à l'assuré de laisser, moyennant le paiement de primes, un capital ou une rente à une personne désignée, c'est l'exemple le plus classique de stipulation pour autrui. Dans l'assurance en cas de vie, l'assuré verse des primes afin de recevoir un capital ou une rente à partir d'un certain âge. Pour un époux participant il y aura là forcément un accroît.

(171) Audier, thèse précitée n° 221 p. 243

(172) Capitant, note sous Req. 13 avril 1921 D. 1922 I p. 5

117 - Seul le premier type d'assurance sur la vie doit être étudié dans les présents développements ; la question est simple : doit-on comprendre le capital alloué à l'époux bénéficiaire dans les résultats de son activité pendant le mariage ?

118 - Il y aurait une première raison de répondre par la négative : le capital étant versé après que le régime matrimonial ait été dissous, il n'a pas à figurer dans les comptes liquidatifs.(173)

Ce genre d'argument rappelle celui qui était tenu au début du siècle lorsque, avant la loi de 1930, on se demandait si le capital devait figurer dans la communauté ou rester propre à l'époux titulaire ; à l'appui d'une jurisprudence favorable au caractère propre (174), l'argument a pu paraître convaincant (175).

Mais, la similitude de l'argument appelle une similitude dans la critique ; avec Labbé et Thaller (176), on peut faire remarquer que c'est confondre la capital avec le droit au capital qui lui, existe sous une forme éventuelle, dès le premier jour du contrat. De surcroît, l'assurance-cie repose sur le mécanisme juridique de la stipulation pour autrui qui veut, de manière certaine aujourd'hui, que le droit naisse immédiatement et directement dans le patrimoine du bénéficiaire (177).

(173) C. Gass Kahn "L'assurance vie et les relations patrimoniales entre époux, Thèse Paris II 1979 p. 232, en fait l'un des motifs de ne pas inclure le capital dans le patrimoine final de l'époux bénéficiaire.

(174) Cass. 28. 3. 1877, D.P. 1877.I.241 , S. 77 393 ; Douai 18.01.1884 S. 1886 2. 225 ; Douai 14.2. 1887 S. 1888 2.49, D. 1887.2. 136 ; Nancy 18.2.1888 D.1889.2.198; Paris 19.5.1890 D. 1893.2.185 ; Rouen 6.4. 1895 D. 1895 2. 545 : Douai 16.1.1897 D.P. 1897.2.425 . Nancy, 16.3.1901 D.P. 1902.2.170

(175) Couteau, Traité de l'assurance sur la vie t. 2 p. 562

(176) Labbé, S. 1877.1.393 ; Thaller note sous Besançon 2.3. 1887 D.1888.2.1

(177) Les arrêts rendus, à la fin du siècle dernier, sur le problème de l'assurance vie ont beaucoup fait progresser la technique de la stipulation pour autrui, Civ. 16 janvier 1886 et 22 février 1888, S. 1888.1.121, D. 1888.1.77 et 193, voyez Gaudemet, Théorie générale des obligations p. 249 Sirey 1937

119 - Mieux vaut, nous semble-t-il, raisonner à partir de l'article 71 de la loi du 13 juillet 1930, devenu art. L. 132 16 al. 1 du code des assurances. Ce texte contient deux alinéas :

"Le bénéfice de l'assurance contractée par un époux commun en biens en faveur de son conjoint, constitue un propre pour celui-ci.

Aucune récompense n'est due à la communauté en raison des primes payées par elle, sauf dans les cas spécifiés dans l'article L. 132-13, deuxième alinéa" (primes éxagérées eu égard au faculté de l'assuré, dans le cas présent, il faut comprendre, de la communauté).

Deux règles émergent de cet article, établi pour les régimes de communauté : le capital est propre sans récompense ; il y aura récompense quand le paiement des primes dépassera les capacités de la communauté. Chacune d'elles doit être examinée dans le cadre du régime de participation aux acquêts.

120 - Prétendre que le bénéfice de l'assurance est propre sans récompense n'est pas nouveau. L'obligation à récompense aurait pu se fonder sur l'article 1437 ancien ; puisque les primes avaient été versées par la communauté, il paraissait évident que l'époux , qui recevait en propre le capital assuré, s'était bien enrichi au détriment de celle-ci (178). Mais, cela aurait conduit à détruire l'intention même du stipulant qui avait entendu avantager son conjoint. Cette intention libérale guida la jurisprudence lorsqu'elle admit qu'il y avait donation des primes au bénéficiaire (179). Cette attitude pragmatique qui "cherchait à concilier les règles du droit commun relative aux récompenses et les régles spécifiques à l'assurance sur la vie" (180) fut à l'origine de l'article 71 de la loi du 13 juillet 1930.

---

(178) Amiens, 25.2.1880, D.P. 1882.1.97 ; Besançon 27.11.1896 D.P. 98.2.385

(179) voir arrêts cités infra

(180) C. Gass Kahn "L'assurance vie et les relations patrimoniales entre époux" Thèse Paris II 1979 p. 215

121 - Malgré une hésitation initiale (181), il est admis aujourd'hui que le caractère propre est justifié par l'intention présumée de l'assuré (182).

122 - Le même raisonnement peut s'appliquer au régime de participation aux acquêts : si le capital perçu par l'époux devait être considéré comme le résultat de son activité pendant le mariage, le contrat deviendrait inutile. Pour éviter cela, il faut en faire un bien originaire par nature, ainsi le bénéfice de l'assurance profitera à l'époux, de manière exclusive.

123 - Reste la limite en vertu de laquelle il y aura récompense lorsque les primes étaient manifestement exagérées eu égard aux facultés de la communauté. Codifiée en 1930 et 1976 (Dec. du 16 juillet), cette règle existait déjà dans la jurisprudence antérieure. Pour faciliter la preuve de l'intention libérale, on tint compte d'une distinction selon que les primes avaient été prélévées sur les revenus du ménage ou sur le capital (183). Aujourd'hui, l'éxagération sera appréciée en fonction des revenus des époux et de leur fortune. Si elle est démontrée, la volonté de gratifier le conjoint ne sera pas susceptible, comme on pouvait le craindre, de porter atteinte aux droits des héritiers et des créanciers de la communauté (184), une partie du bénéfice y retournera sous forme de récompense (185).

---

(181) C. Gass Kahn, Thèse précitée p. 217 : certains auteurs, pour écarter, à l'encontre du bénéficiaire, l'application des causes de révocation des libéralités entre époux, ont vu dans l'attribution du capital, une acquisition onéreuse Trasbot, D.P. 1931.4. p. 37, Capitant, R.G.A.T. 1930 p. 804

(182) Cornu, Les régimes matrimoniaux, édt. 1981 p. 331 ; Savatier, La communauté conjugale nouvelle, n° 93 1970 Dalloz.

(183) C. Gass kahn, p. 220

(184) Savatier, Def. 1960 art. 27937 n° 102

(185) Une hésitation a vu le jour en ce qui concerne l'époux débiteur de la récompense, on a,un instant, soutenu, que la récompense était due par le stipulant; Mornet, De la propriété et de la transmission des sommes assurées sur la vie, du rapport des primes en cas de partage de communauté entre époux p. 10 cité par C. Gass kahn, thèse précitée. p. 223. Pour adopter la solution contraire, sans doute meilleure, il faut admettre que l'assurance au profit du conjoint est une libéralité jusqu'à concurrence des primes non excessives.

Avec le régime de participation aux acquêts, le problème se pose dans des termes radicalement différents: puisqu'il n'y a pas de masse commune, il ne peut y avoir de récompense.

Dans ces conditions, on voit mal comment on pourrait refuser au bénéficiaire,une partie du capital qui lui est dû.

Primo, en toute logique, il n'est pas possible de faire de ce capital, un résultat de son activité pendant le mariage.

Secundo, il serait surprenant de voir un époux ayant souscrit une assurance au profit de son conjoint, réclamer une participation sur le capital alloué, ou sur une partie du capital. C'est pourtant à ce résultat que conduirait la négation du caractère de bien originaire par nature ; si le bien n'est pas originaire, il est forcément acquêt et donne lieu à participation.

Il n'est donc pas possible, en ce qui concerne le régime matrimonial, de transposer la limite posée à l'article 71 de la loi du 13 juillet 1930 al. 2 ( L. 132-16 code des assurances).

Ce n'est pas pour autant que l'on négligera le fait que les primes payées ont pu être excessives eu égard aux facultés de l'époux ; un retour au droit commun de l'assurance sur la vie peut très bien justifier une réduction pour atteinte à la réserve des héritiers de l'assuré ( art. 68 L. du 13 juillet 1930 devenu L. 132 13 du code des assurances ) ou une action paulienne exercée par les créanciers de ce même assuré (art. 69 loi du 13 juillet 1930 devenu L. 132 -14 du code des assurances). Seulement, ces actions ne seront possibles que dans la limite de l'éxagération et elles ne pourront porter que sur les primes excessives, non sur le capital .

124 - Mais, l'intérêt recherché peut également être de nature exptrapatrimoniale.

Bien avant la loi de 1965, la jurisprudence s' était fixée en faveur du caractère propre (188), seule la Cour d'Orléans avait statué en sens inverse au motif qu'on ne pouvait pas ajouter à la liste des biens propres telle qu'elle était prévue par la loi(189).

Au soutien de cette jurisprudence bien établie, on avança les idées de créance incessible (190) ou de subrogation entre la force de travail perdue et la somme attribuée (191).Pourtant, quelques auteurs se fondaient, déjà, sur le principe de l'affectation à la personne (192).

Aujourd'hui, la solution ne fait plus de doute puisque l'article 1404 al. 1 mentionne expressément les action en réparation d'un dommage corporel ou moral.

Le même raisonnement s'impose pour le régime de participation aux acquêts. Il n'est pas concevable de ranger l'indemnité pour préjudice subi, dans les acquêts ; elle constitue une valeur que l'époux devra conserver de manière exclusive et doit, à ce titre figurer parmi les biens originaires par nature.

---

(188) Civ. 23 février 1897 D.P. 1898 1 121 note Capitant ; Req. 13 avril 1921 D.P. 1922 1.5. , S. 1922.1.257 note Demogue,

(189) Orléans, 31 mai 1907 D.P. 1911.2.225 note Ripert, S. 1909.2.113 note Demogue

(190) Aubry et Rau t.VIII § 507 notes 17 à 19 ; Laurent XXI n° 279 ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I n° 468 ; Troplong, I n° 409 et s.

(191) Poitiers 19 janvier 1920 sous Req. 13 avril 1921 précité

(192) Nast sous Planiol et Ripert, t. 8 n° 194 p. 232 ; Ripert et Boulanger,t. 4 n° 289 ; Colin Capitant, t. 3 n° 257.

2 ) Le tempérament au principe : les biens affectés à la satisfaction d'un intérêt prépondérant ne constituent pas des biens originaires par nature

127 - Sur ce point, le régime de participation aux acquêts est d'une grande simplicité. Alors que dans le régime légal il faut effectuer deux opérations (qualifier le bien de propre par nature et prévoir une récompense), il suffira ici de refuser la qualification de bien originaire par nature, nonobstant le caractère personnel.

La loi, elle même, a conscience de cette simplicité lorsqu'elle énonce, dans l'article 1573 du code civil, que l'aliénation à charge de rente viagère est présumée faite en fraude des droits du conjoint, et oblige à réunir la valeur du bien aliéné à celle des biens existants pour le calcul du patrimoine final.

Au demeurant, cette simplicité permet de règler un certain nombre de problèmes habituels des règimes communautaires.

128 - L'article 1573 appréhende de manière fictive, c'est à dire en valeur, les biens donnés ou aliénés frauduleusement qui auraient dû figurer dans le patrimoine de l'époux au jour de la dissolution, sauf consentement du conjoint.

La fraude consistera, pour l'époux, à diminuer son patrimoine sans contrepartie, l'aliénation en fraude des droits du conjoint est donc celle qui a pour résultat d'alléger le patrimoine final d'un conjoint et, par conséquent, de diminuer la créance de participation, ou inversement de l'augmenter, selon que l'époux fraudeur en est créancier ou débiteur.

Ce que l'on reproche donc à la constitution d'un rente viagère c'est de remplacer insuffisamment le bien aliéné. Or, ce souci n'est concevable que si le bien est soumis au droit de participation du conjoint ; on craint qu'un acquêt important soit dissimulé dérrière un acquêt de moindre importance. Par là, la loi reconnaît donc que la rente viagère stipulée par l'époux, à son profit, est un acquêt.

129 - Sur cet exemple législatif, on peut reconsidérer certaines questions avec une souplesse que n'ont pas toujours les régimes communautaires.

130 - Cela est particulièrement net pour des biens tels que les bijoux. Avant 1965, on s'est interrogé pour savoir si la femme, en cas de renonciation à la communauté, pouvait conserver ses bijoux (193). Depuis 1965, la question a pris un nouveau départ : doit-on considérer que les bijoux entrent dans l'alinéa 1er de l'article 1404 du code civil ? L'hésitation est permise, on peut faire valoir la généralité de la formule employée dans le texte (194) ou, à l'opposé, prétendre que les bijoux acquis avec des biens communs doivent demeurer biens de communauté (195). Certains préfèrent distinguer selon que le bijou a un caractère personnel marqué ou pas (196).

En régime de participation aux acquêts, il faudra faire la différence entre le bijou qui cache un investissement financier et celui qui a été reçu du conjoint ou d'un tiers. Même si on a pu dire que le bijou était affecté à la personne de par sa nature même (197), qu'il y avait un cas d'affectation à un sexe (198), il faut s'en tenir au but recherché lors de l'acquisition. Supposons, c'est un cas fréquent, que le bijou ait été acquis par la femme avec des deniers qui lui appartiennent, il n'y a aucune raison de déclarer qu'il constitue un bien originaire par nature.

---

(193) pour une réponse positive, Esmein sous Aubry et Rau, 6ème édt. §251 texte et note 4 ; Troplong, contrat de mariage, t. III n° 1822

contra : Lyon, 3 juillet 1846 D.P. 1847 II 78 ; Cass, req. 13 janvier 1890 D.P. 1891 1 166

Carbonnier, "Le statut des bijoux dans le droit matrimonial"

Rep. def. 1950 art. 26890 sp. p. 330, qui s'appuie essentiellement sur le risque courru par les créanciers.

(194) G. et M. Morin n° 141

(195) Colomer, Rep. civ. Dalloz v° communauté n° 217 ; Ponsard, comm. n° 81

(196) Mazeaud, n° 149

(197) Audier, n° 232 note 14 p. 255

(198) Carbonnier, art. précité.

131 - Le même raisonnement peut être adopté en ce qui concerne les vêtements et linges personnels. Une longue tradition les a toujours fait échapper aux conséquences de la mise en communauté, tradition favorisée par l'équilibre qui est censé exister entre les deux époux et par le souci d'éviter le partage de biens qui n'ont de signification que rapprochés de l'époux propriétaire. Ce souci ne se retrouve pas dans le régime de participation aux acquêts ; si des vêtements de valeur se retrouvent à la dissolution, il peut être très important d'en faire des acquêts, si leur date et mode d'acquisition n'en empêche pas.

132 - Aucun problème non plus pour les instruments de travail : le lien qui les unit n'est pas assez fort pour conclure à un cas d'incompatibilité entre caractère personnel et acquêt.

133 - Un dernier exemple d'intérêt simplement prédominant peut être trouvé dans l'hypothèse d'un bail de local servant à l'exercice d'une profession civile. Il est admis que le bail consenti à un époux lui reste propre, sur le fondement de l'article 1404 al. 1 lorsque dans le contrat il a été précisé que l'autre époux n'en profitera pas (199). En régime de participation aux acquêts, cette clause est sans importance, la particularité comptable du régime permet de concilier les aspects personnels et patrimoniaux, nous allons en avoir une nouvelle preuve à propos des biens personnels par leur origine qui ne seront qu'exceptionnellement originaires par nature.

---

(199) Rep. civ. dalloz, v° communauté, n° 247

B - l'origine personnelle des biens, critère exceptionnel des biens originaires par nature

134 - Le rôle de l'origine personnelle dans la qualification de bien originaire par nature ne doit pas abuser ; en aucun cas, il ne pourrait y avoir confusion avec les biens visés au paragraphe précédent.

Lorsque l'on emploie l'expression de"biens originaires par leur origine", on désigne des biens qui ont vocation à figurer parmi les acquêts, mais qui y échappent eu égard à leur date ou à leur mode d'acquisition ; dans ce cas, c'est l'origine,et elle seule,qui justifie le droit qu'à l'époux de les conserver,en valeur tout du moins.

En revanche, les biens originaires par nature seront toujours biens originaires, quelles que soient la date et la manière dont ils ont été acquis ; l'origine personnelle du bien n'est que l'explication de ce phénomène qui, à lui seul, justifie le caractère originaire.

L'origine n'intervient donc pas du tout de la même manière dans les deux cas et il faut réserver l'expression de bien originaire par leur origine à la première hypothèse.

135 - C'est donc effectivement la nature du bien qui est déterminante. La particularité tient à ce qu'il est né en étant en relation avec l'une des qualités de la personne. Cette qualité peut être objective, dans ce cas le droit sera accordé en raison de qualités personnelles à l'attributaire ; elle est subjective lorsque la naissance du droit repose sur l'activité intellectuelle créatrice du titulaire.

Dans le premier cas, le lien qui unit le bien à la personne est suffisamment fort pour l'emporter sur l'aspect patrimonial et il faudra déclarer le bien originaire par nature. On y trouvera les titres honorifiques, les décorations...

Dans le second cas, en revanche, la protection des intérêts attachés à l'origine personnelle se concilie avec les principes liquidatifs du régime.

Le principe est donc que l'origine personnelle des biens est un critère insuffisant pour conclure à la qualification de bien originaire par nature (1), cette qualification intervenant dans des cas très exceptionnels (2).

1 ) Le principe : l'origine personnelle des biens est un critère insuffisant pour la reconnaissance du caractère de bien originaire par nature.

C'est en grande partie parce que le régime de participation aux acquêts n'a pas à utiliser la distinction entre le titre et la finance (a) qu'il peut offrir des solutions originales et simples pour certains biens personnels (b).

a - inutilité de la distinction entre le titre et la finance dans le régime de participation aux acquêts.

Alors que l'on s'interroge sur la place actuelle de la distinction en droit positif (α), il est assez simple de montrer qu'elle n'a pas à être utilisée en régime de participation (β).

## ∝ La place actuelle de la distinction en droit positif.

La distinction entre le titre et la finance a joué un rôle important avant 1965 ; elle a aujourd'hui, un avenir incertain.

### - La distinction avant 1965

135 - Cette distinction a surtout été utilisée à propos de l'office ministériel dans les régimes de communauté, à ce sujet on peut relever qu'elle existait avant 1804, avec un rôle toutefois différent.(200).

La question s'est posée après la loi du 28 avril 1816 qui, revenant sur le décret du 4 août 1789, rétablit, indirectement, la vénalité des offices en autorisant les intéressés à présenter leur successeur à l'agré-(201) ment du Roi. Toullier fit remarquer que cela avait pour conséquence de rendre l'office transmissible, celui-ci devant être considéré comme une propriété dont le titulaire ne se sépare jamais "gratis" (202). La Cour de cassation admit la validité de ce traité (203), ce qui amena d'autres auteurs à se rallier à la thèse de la patrimonialité de l'office (204).

---

(200) Dans l'ancien droit, on distinguait trois sortes d'offices. La première espèce comprenait tous les offices qui étaient en la pleine disposition du Roi et auxquels aucune finance n'était attachée (emplois militaires offices de la Maison du Roi). La seconde espèce correspondait aux offices domaniaux, ainsi appelés parce qu'ils avaient été engagés moyennant une certaine finance, le titulaire engagiste avait le droit d'excercer cette fonction parce qu'il s'était fait recevoir dans l'office. Reste la troisième espèce, celle des offices vénaux, (offices de procureurs, d'huissiers, de finances...) où on distinguait entre le droit d'exercer la fonction, lequel restait dans le domaine public, et la finance de l'office : somme d'argent à laquelle était attaché le droit de présenter une autre personne pour être pourvue de l'office.

(201) Ce texte dispose : "Les avocats à la Cour de cassation, les notaires avoués, greffiers, huissiers, agents de change, courtiers, commissaires priseurs pourront présenter à l'agrément de Sa Majesté, des successeurs, pourvu qu'ils remplissent les qualités exigées par la loi..."

(202) Toullier, T. XII n° 112 spéc. p. 122

(203) Cass. 2o juin 1820 S. 1819-1821 p. 43

(204) Duranton, "Cours de droit civil français selon le code civil" T.XII n° 130 spéc. p. 161 ; Rodière et Pont "Traité du contrat de mariage" Vol. I n° 364 spéc. p. 276

Ce n'est qu'à la fin du siècle, sous l'influence de Labbé (205) et Saleilles que l'on fit appel à la distinction entre le titre et la finance. L'explication séduisit la doctrine (206) au point d'être appliquée dans d'autres matières telles que les clientèles civiles et les droits sociaux

136 - Sur le modèle des offices ministériels, la jurisprudence reconnut la licéité du contrat par lequel un professionnel présente son successeur à ses clients en s'engageant à ne pas s'établir pendant un certain temps dans un secteur déterminé (207). Il restait à régler la question du sort de ce droit de présentation en régime de communauté. Le risque était grand de le faire tomber en communauté : à la liquidation, le conjoint aurait pu demander la licitation du cabinet. (208)

Pour échapper à un tel résultat, on proposa parfois d'utiliser la technique de l'attribution préférentielle (209) ; mais la solution la plus séduisante fut de distinguer entre le titre et la finance : la communauté n'avait droit qu'à la valeur de la clientèle, le cabinet restait personnel à l'époux qui l'exploitait (210).

---

(205) Labbé, note sous Cass. 6 janvier 1880 S. 1881.1.45 ; Saleilles note, S. 1900 2 121 sous

(206) Aubry et Rau, VIII § 507 texte et note 11 ; Laurent XXI n° 255 ; Colin Capitant, III p. 68 ; Troplong, I n° 418, Rodière et Pont I, n°446 et s. Dutruc, note au D. 1880 1.361, Perriquet, offices ministériels n° 469 Amiaud, t. III n° 811 et s.

(207) Trib. civ de la Seine 17 mars 1846 D.P. 1846 III 62 ; Angers 26 octobre 1848, D.P. 1850.2.193 ; Paris 6 mars 1851 D.P. 1851.2.185 ; Req. 13 mai 1861, D. 1861.1.326 ; Req. 3 mai 1884 S. 1886.1.468 ; Douai 25 mai 1906 S. 1910.2.198 ; plus récemment Civ. 20 août 1940, J.C.P. 1940 II 1578 Civ. 16 mars 1943 J.C.P. 1943 II 2289 note Voirin.

Adde : Savatier, "L'introduction et l'évolution du bien clientèle dans la construction du droit positif français" Mélanges Maury T.II p. 359

(208) Cela ne devait pourtant point empêcher la jurisprudence de décider de l'entrée en communauté du droit de présentation : Civ. 4 mars 1954, R.T.D.C. 1954 p. 471 obs. Lagarde. ; Civ, 29 avril 1954 J.C.P. 1954 II 8249 note Bellet, R.T.D.C. 1954 643 obs. Lagarde

(209) Julien, "Les clientèles civiles, remarques sur l'évolution de leur patrimonialité" R.T.D.C. 1963 p. 222

(210) J. Savatier, "Etude juridique de la profession libérale" Thèse Poitiers 1947 spéc. p. 179 ; Percerou D. 1956 I p. 523 ; Colomer J.C.P. 1958 II 10433

137 - En ce qui concerne les parts de société, la distinction permit de répondre aux problèmes posés par la confrontation entre les régimes matrimoniaux et le droit des sociétés. Lors du contrat, la personnalité des co-contractants peut être déterminante dans l'engagement de certains associés. Il est souhaitable que cette considération ne soit pas altérée par l'intrusion d'une tierce personne au cours de la vie sociale. Or, les règles des régimes matrimoniaux pouvaient, avant 1982, conduire à ce résultat pervers. Il suffisait pour cela que l'époux apportât des biens communs ordinaires pour que la gestion des parts fût confiée au mari. On distingua alors entre la qualité d'associé, qui restait propre, et la valeur patrimoniale des droits sociaux, qui devenait commune (211) ; les décisions contraires demeurèrent isolées (212).

---

(211) Pour une société en nom collectif : Req. 13 Avril 1921 D.P. 1921.1.167 ; S. 1924.1.305 Rapp. Tissier et note Rousseau ; Civ. 5 Avril 1960. Bull. 1 n° 203 ; Alger 16 Avril 1958 D. 1959 somm. p. 53.

Pour une société en commandite simple : Paris 29 Juin 1927 D.P. 1927. 2.161 note Capitant, Jour. Soc. 1928 469.

Pour une S.A.R.L. : Com. 23 Décembre 1957, J.C.P. 1958 II 10516, note JR. D. 1958 p. 267 note Le Galcher-Baron ; Rev. Soc. 1958 p. 137 note Autesserre ; G.P. 1958.1.418 ; Bull. Civ. n° 363 ; Trib. Civ. Cholet 15 Décembre 1948, D. 1950 somm. p. 21 ; Grenoble 15 Juin 1955, D. 1955. 513 ; J.C.P. 1956 II 9143 note J.R. ; Bordeaux 11 Juin 1958 D. 1959 10 Note Le Galcher-Baron ; Rev. Soc. 1958 294 note Autesserre ; Lyon 7 Janvier 1964 G.P. 1964 2.62.

(212) La plus célèbre illustration de cette hésitation est l'arrêt de la Cour de Cassation Req. 3 Novembre 1941, G.P 1942.1.81. qui affirme que les parts souscrites par la femme doivent être administrées par le mari.

Caillou dans le rouage technique de la distinction entre le titre et la finance, cette solution (abandonnée depuis en particulier par l'arrêt de 1957 pré-cité) allait laisser quelques traces, même si on a cherché parfois à en minimiser la portée (Ségur Rev. Soc. 1958 p.140).

Cette solution obligerait la doctrine à rechercher d'autres justifications ce qui eut pour effet une certaine perte d'influence de la distinction entre le titre et la finance. C'est ainsi que Monsieur le Doyen Savatier allait proposer une théorie limitant le rôle de la distinction à la seule hypothèse de l'associé qui se marie.

Il faudra l'écarter pour l'époux devenant associé au motif que dans ce second cas, "les statuts sociaux ont admis les effets du régime matrimonial" rep. Def. 1968 art. 29097 n° 3.

D'autres proposent d'écarter la distinction pour les SARL l'arrêt Caby ayant montré le chemin Derrida J.C.P. 1967 II 15204.

138 - Le poids de la codification, la sensation de confirmer une jurisprudence antérieure importante et la généralité des formules employées, ont conduit les premiers commentateurs de la loi de 1965 à déclarer que l'article 1404 al. 1 comprenait tous les droits patrimoniaux à caractère personnel et enterrait la distinction entre le titre et la finance (213)

139 - Mais, la question s'est rapidement posée de savoir si son alinéa 1er était compatible avec une éventuelle récompense due à la communauté. L'incertitude apparaît en cas de création d'un bien personnel (oeuvre de l'esprit, clientèle civile, office ministériel ou parts sociales) pendant le mariage et par un époux, agissant seul.

En effet, dans l'hypothèse d'une acquisition avec des fonds communs, l'apparition d'une récompense au profit de la communauté, ne fait pas de doute (214) malgrè un avis contraire (215). Sans tenir compte du silence du texte (216), il faut se référer aux principes généraux du droit des récompenses en rappelant l'article 1437 selon lequel il est dû récompense à toutes les fois où un époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté".

Qu'en est-il en cas de création ?

140 - Deux interprétations de l'article 1401 al. 1 sont possibles.

---

(213) Cornu, 3ème edt. p. 303 ; Colomer Rep. civ. Dalloz V° Communauté légale n° 257 à 269 ; Patarin et Morin, La réforme des régimes matrimoniaux, n° 151 ; Ponsard, sous Aubry et Rau t. 8 n° 166 note 208 ; Savatier, La communauté conjugale nouvelle, n° 36 B et D ; Weill et Terré, les grands arrêts de la jurisprudence civile, p. 805 ; Audier thèse précitée, p. 133.

(214) Cornu, 3ème edt. p. 339, voyez Mme Lambert-Pièri "L'avenir de la distinction entre le titre et la finance dans la communauté légale" D. 1982 Chr. p. 65 spéc. n° 25.

(215) Derrida, note sous Rennes 15 mars 1967, J.C.P. 1967 II 15204 n° 8

(216) d'ailleurs relatif puisque limité à l'alinéa 1er, Paisant, Peut-on abandonner la distinction du titre et de la finance en régime de communauté ? J.C.P. Not. 1984 Chr. p. 19 n° 16

Dans la première, on rejette toute possibilité de récompense en cas de création ex nihilo, par un époux, d'un bien personnel. L'argument est simple : pour qu'il y ait récompense, il faut qu'il y ait appauvrissement de la communauté et enrichissement d'un époux, vision étayée par l'article 1469 du code civil où apparaissent les notions de dépense faite et de profit subsistant. Pour qu'un droit à récompensense naisse, il faut "qu'une prestation ait été initialement fournie par le créancier et qu'elle se soit trouvée incluse dans un bien déterminé appartenant au débiteur" (217). C'est en partant de ces positions, que Mme Lambert-Pièri (218) conclut à la nécessité de maintenir la traditionnelle distinction entre le titre et la finance à propos des clientèles civiles et des offices ministériels. Le titre restera propre, mais sa valeur tombera en communauté. C'est dire que seul le premier est concerné par l'article 1404 al. 1

Dans la seconde,on affirme au contraire, que le bien personnel crée pendant le mariage est propre par nature moyennant récompense. Pour y parvenir, M. Paisant fait valoir la lettre et l'esprit du droit des récompenses. Sur le premier point, il est possible de découvrir dans l'article 1403 alinéa 2, un cas de récompense sans transfert de valeur : récompense sera due à la communauté pour les fruits que l'époux a négligé de percevoir, c'est à dire pour un manque à gagner. Sur le second point, il faut admettre un principe communautaire qui veut que tout enrichissement résultant du travail d'un époux profite à la communauté. (219)

---

(217) Flour, Pot-pourri autour d'un arrêt, Def. 1975 art. 30854 p. 184

(218) L'avenir de la distinction du titre et de la finance dans la communauté légale, M.C. Lambert-Piéri, D. 1982 chr. p.65 et s.

(219) G. Paisant, Peut-on abandonner la distinction du titre et de la finance en régime de communauté ? J.C.P. edt. Not. 1984 chr. p. 19 spéc. n° 31 et s.

Chacun de ces auteurs interprète à sa manière la jurisprudence récente qui, il est vrai reste bien ambiguë. La formule controversée est contenue dans une décision du 8 janvier 1980 par laquelle la Cour de cassation rejeta un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse auquel on reprochait d'avoir décidé, pour des époux mariés avant l'entrée en vigueur de la loi de 1965, que la valeur des parts acquises par le mari devait tomber en communauté et que la femme avait droit à récompense, en raison des sommes fournies par elle. Au mari qui demandait l'application du nouvel article 1404 al. 1, il fut répondu que la consistance de la communauté devait être déterminée selon les règles anciennes, à l'exclusion notamment de l'article 1404 "dans la mesure où ce texte comporte des règles nouvelles" (220)

Pour Mme Lambert-Pièri, cette formule "réserve l'avenir (221) ; pour M. Paisant, a contrario l'arrêt signifie qu'en vertu du droit nouveau une nouvelle solution eût été applicable (222).

A cette discussion de fond, il est peut-être prématuré d'apporter une réponse définitive. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas dans le régime de participation aux acquêts que l'on puisera des arguments dans l'un ou l'autre sens, tant il est vrai que la distinction du titre et de la finance n'y jouera aucun rôle.

### β- L'absence d'intérêt de la distinction entre le titre et la finance dans le régime de participation aux acquêts.

141 - Même si nous avons pu constater un certain abandon de la distinction après 1965, il reste possible aujourd'hui de tracer les raisons de son éventuelle application. Elèment de conciliation entre les aspects pécuniaire et personnel d'un même bien, ses conséquences sur le régime matrimonial sont doubles. Pendant le mariage, elle permet de satisfaire l'intérêt de l'époux concerné en lui laissant la gestion du bien ; à la dissolution, elle écartera un éventuel partage en nature, sans que l'autre conjoint ne soit lésé puisqu'il bénéficiera de la moitié de la valeur correspondante.

---

(220) Civ. 1ère, 8 janvier 1980, Bull. civ. I n° 14 ; D. 80 I.R. 397 obs. Martin ; Rep. Def. 1980 art. 32503 obs. Champenois

(221) op. cit. n° 20

(222) op. cit. n° 37

142 - La question de savoir si cette distinction peut intervenir utilement dans le régime de participation aux acquêts, ne peut recevoir qu'une réponse négative. Ce régime est tout entier bâti sur une technique qui en fait toute son originalité : la participation en valeur. C'est un régime qui fait sa part à l'idéal communautaire sans pour autant aboutir à la formation d'une masse commune. Dès lors, les difficultés qui sont liées à l'existence d'une telle masse, disparaissent. Il suit de là que les solutions envisagées pour contrer ces difficultés n'ont pas à être transposées dans le régime de participation aux acquêts.

Dans le régime légal, dire qu'un bien est commun, c'est le soumettre, en principe, à la gestion du mari (223). En revanche, dans le régime de participation aux acquêts, l'expression communautaire n'a aucune conséquence sur les règles d'administration. Qu'il y ait ou non participation, le bien reste soumis à l'administration de l'époux propriétaire.

Que l'on se place à la dissolution et l'on mesurera un autre intérêt du régime. Lorsqu'un bien est mis en communauté, on peut craindre que les régles du partage conduisent à un déssaisissement de l'époux propriétaire, soit que le partage ait lieu en nature, soit qu'il entraîne licitation.

---

(223) Le projet de réforme des régimes matrimoniaux contient, sur ce point, une nouveauté intéressante. Après avoir établi le principe d'une gestion concurrente de la communauté dans l'alinéa 1 du futur article 1421 du code civil, les rédacteurs ont ajouté un nouvel alinéa 2 en vertu duquel "L'époux qui exerce une profession séparée a le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci, exception faite des actes les plus graves.
Il est certainement trop tôt pour mesurer la portée exacte de cette nouveauté. Que faudra-t-il entendre par profession ? Le fait de posséder des parts sociales peut-il être considéré comme une activité professionnelle ?...

Il faut pourtant observer que ce texte risque de modifier considérablement le problème des biens propres par nature dans le régime de communauté. La qualification de propres par nature avec récompenses est-elle encore nécessaire ? La question mérite d'être posée. Pendant le régime, elle devient inutile, la gestion unilatérale étant acquise avec le nouvel art. 1421 al. 2 ; au moment du partage, on peut se demander si les règles de l'attribution préférentielle ne suffiraient pas pour éviter un partage en nature ou une licitation ?

Afin d'éviter cet écueil, la loi de 1965 a imaginé la qualification de propre par nature moyennant récompense (art. 1404 al. 2 et, par extension, al. 1); s'appuyant sur de nouvelles modalités de calcul des récompenses (art. 1469 al. 3 notamment), cette méthode est proche du régime de participation. Seulement, on sait les difficultés qu'elle soulève, ou qu'elle soulèvera, lorsqu'elle est appliquée à des biens créés (et non pas acquis) par l'époux pendant la vie commune (224). En régime de participation aux acquêts, les choses sont beaucoup plus simples : la mise en oeuvre de la participation n'a aucune influence sur la propriété du bien. (225)

On constate donc que l'indépendance qui existe pendant le mariage et, surtout, la technique de participation en valeur, permettent au régime d'écarter un certain nombre de difficultés pour lesquelles on avait imaginé de distinguer entre titre et finance ou, après 1965, de déclarer le bien propre par nature sauf récompenses.

Il y a là une supériorité incontestable par rapport au régime légal. Cette supériorité permet de s'interroger sur l'opportunité qu'il y a de maintenir certaines solutions qui, applicables en communauté, ne le sont peut-etre pas en participation.

---

(224) voyez supra p.102

(225) On nous rétorquera que si l'époux doit payer une créance de participation élevée, il sera peut-être contraint, soit de procéder à un réglement en nature, soit de vendre le bien pour disposer de liquidités.

L'argument n'est pas décisif. Il faudra pour arriver à une telle situation que plusieurs conditions de fait soient réunies. Principalement, il faudra qu'il y ait un déséquilibre important entre les accroissements des patrimoines de chaque époux, dans le cas contraire, il y aura une compensation qui, si elle ne couvre pas la totalité de la valeur du bien, peut en couvrir une bonne partie. Or, c'est une possiblité qui n'existe pas dans le partage de la communauté; seule la bonne entente entre époux (ou entre époux et héritiers) peut permettre d'atteindre un résultat identique. De surcroît, il faudra que l'époux soit incapable de régler la créance ; or, le juge peut lui accorder des délais pour ce faire(art. 1576 du code civil).

b - L'originalité des solutions proposées par le régime de participation aux acquêts quant' à l'origine personnelle de certains biens.

143 - Les remarques précédentes suffisent à comprendre que l'origine personnelle de certains biens se concilie facilement avec le mécanisme liquidatif du régime de participation.

Il en va ainsi des offices ministériels, des clientèles civiles et des droits sociaux (226). Ce n'est pas parce que ces biens seront comptés dans le patrimoine final,et pas dans le patrimoine originaire,que l'époux risquera d'en perdre la gestion ou la propriété.

---

(226) La simplicité du régime à l'égard des droits sociaux non négociables tranchera avec l'incertitude qui règne en la matière lorsque les époux sont mariés sous un régime communautaire. On a pu dire que la loi du 10 juillet 1982 apportait des précisions dont il y avait lieu de se réjouir Derrupé, Def. 1983 "Les droits sociaux acquis avec des biens communs selon la loi du 10 juillet 1982" art. 33053 n° 1. Cela est vrai en ce qui concerne la qualité d'associé : l'associé est l'époux apporteur, mais son conjoint peut, sous certaines conditions, devenir associé pour moitié. En revanche, rien n'a été précisé quant'à la nature propre ou commune des parts. Avant 1982 la doctrine était fortement divisée, certains pensaient qu'il fallait toujours distinguer entre le titre et la finance Derrida, note sous Rennes 15 mars 1967 J.C.P. 1967 II 15204 n° 11 ; d'autres considéraient que les parts étaient communes Savatier, Rep. Def. 1968 art. 29097, Patarin, J.C.P. 1970 II 16473 ; Morin op. cit n° 152 ; d'autres enfin concluaient à la nature propre des droits sociaux, Paisant, "Les actions et les parts sociales dans le droit patrimonial de la famille" Thèse Poitiers 1978

La loi nouvelle n'a pas épuisé la question. Ainsi, on peut concevoir qu'elle facilite la nature propre des parts, c'est l'opinion de M. Martin qui, tout en observant que la loi ne s'est pas prononcée sur le sort de la finance, fait observer que l'obligation d'information du conjoint donne encore plus de force à l'article 1404 al. 1 (D. Martin, la coopération conjugale dans l'entreprise familiale D. 1982 p. 293 spéc. n° 11 ). On peut concevoir, au contraire, que la loi consacre la distinction entre le titre et la finance, Colomer, le statut des conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale, Rep. Def. 1983 art. 32965 spéc. n° 140 ; Malaurie, Cours Doctorat p. 218

M. Paisant apporte une nouvelle pièce au débat en faisant valoir que la distinction titre et finance avait pour objectif d'écarter le conjoint de la société alors que la loi de 1982 prévoit une procédure qui va dans le sens inverse : "N'est-il pas paradoxal de prétendre que ce système dualiste a été consacré par la loi de 1982 : tandis que le premier voulait tenir le dit conjoint à l'écart de la société, la seconde cherche au contraire à l'y intégrer" G. Paisant, art. précité, J.C.P. Not. 1984 chr. p. 19 spéc. n° 45

Observons tout de même que ce qui était en cause avant 1982, ce n'était point tant la qualité d'associé que la gestion des parts, de surcroît, si la loi de 1982 facilite l'insertion du conjoint, c'est toujours avec l'accord de la société, ce que l'on reprochait au système antérieur, c'était de permettre cette insertion sans que la société n'ait à se prononcer.

Pour cette première série de biens, le régime offre donc des solutions simples, qui amènent au même résultat que le régime légal, mais, sans avoir besoin de recourir à ces procédés compliqués que sont la distinction du titre et de la finance ou la qualification de propre par nature moyennant récompense.

144 - Pour d'autres biens, le régime va encore plus loin ; il nous semble sur certains points, en mesure de proposer des solutions différentes et plus justes que celles qui sont adoptées en régime de communauté. Trois questions sont concernées, et non des moindres : le droit d'auteur, l'oeuvre d'art en tant qu'objet matériel et les officines de pharmacie.

- Le droit d'auteur

145 - La question, on ne peut plus classique, de la nature juridique du droit d'auteur a toujours été un lieu de divergences de la doctrine comme de la jurisprudence ; il a fallu attendre 1957 pour voir un peu plus clair dans une matière qui a sans cesse, fait évoluer la pensée juridique.

146- La différence entre le droit d'auteur en tant que tel et les produits de l'exploitation n'a guère posé de problèmes et il fut facilement admis que ces derniers devaient tomber en communauté (227).

En revanche, le statut matrimonial du droit d'auteur a été l'objet de positions doctrinales et jurisprudentielles très différentes.

147 - Un premier courant, en écartant la spécificité du droit d'auteurn en faisait un simple droit patrimonial devant tomber en communauté (228).

---

(227) Planiol et Ripert, Traité pratique t. VIII par Boulanger n° 189

(228) Amiaud, Traité Formulaire du Notariat III n° 807 ; Aubry et Rau, VIII n° 507 texte et note 11 ; Baudry-Lacantinerie, Lecourtois, Surville I n° 292 ; Beaudoin, conclusions devant la Cour de cassation D. 1903 1 p. 9 ; Colin, note sous Civ. 25 janvier 1902 D. 1903 1.p. 5 ; Guillouard, Traité du contrat de mariage, I n° 382 ; Huc, Commentaire théorique et pratique du code civil, IX n° 80 ; Laurent, Principes de droit civil français 3ème edt. V n° 512; Lyon-Caen, note sous Req. 16 août 1880 D. 1881.1.25 et sous Civ. 25 janvier 1902 S. 1902.1.305 ; Piolet, De la communauté réduite aux acquêts p. 47 et s. ; Rodière et Pont, Traité du contrat de mariage I n° 442 et s. ; Troplong, Du contrat de mariage, I n° 433

Ce système, qui envisage le droit d'auteur sous l'angle pécuniaire, et par conséquent mobilier, devait être approuvé par la jurisprudence dans, au moins, deux décisions (229).

148 - Cette négation de l'aspect moral du droit d'auteur allait entraîner deux types de réactions.

Une première tendance, illustrée par deux décisions jurisprudentielles importantes (230), insistait sur le côté moral du droit : inséparable de la personne de l'auteur, il ne pouvait tomber en communauté (231).

Une seconde tendance distinguait entre le droit moral de l'auteur et le droit, à coloration pécuniaire, d'exploiter l'oeuvre. Ce deuxième droit, appelé monopole d'exploitation pouvait être monnayé ; il représentait une valeur patrimoniale qui seule, tombait en communauté. Retenue en jurisprudence dans le célèbre arrêt Lecocq (232) cette théorie, dualiste,du droit d'auteur allait peu à peu convaincre la doctrine (233) et inspirer le législateur.

---

(229) Paris 8 décembre 1853 S. 1854.2.109 et affaire Masson Req. 16 août 1880 S. 1881.I.25 note Lyon-Caen.

(230) Paris 1er Février 1900 S. 1900.2.121 note Saleilles et Tal. civil de la Seine, 1er avril 1936 D.H. 1936 262 décision confirmée par Paris 23 Février 1938, D.H. 1938 186, S. 1938.1.169 note Nast

(231) voyez : Bertauld, Questions pratiques 1867 t; 1 p. 176 et s. Bérard, op. cit. ; Palmade, op. cit.

(232) Cass, civ. 25 juin 1902, D.H. 1903.1.5 conlusions Beaudouin et note A. Colin, S. 1902.1.305 note Lyon-Caen ; affaire Canal, Cass, Civ. 14 mai 1945 D. 1945 p. 285 note Desbois, S. 1945.1.101 note Battifol, J.C.P. 1945 II 1835 note Cavarroc

(233) Charmont, Rev. crit. 1903 p. 14 ; Colin D.H. 1903.1.5, Desbois, "Evolution du droit d'auteur en matière de reproduction et d'exécution publique" R.T.D.C. 1939 p. 16 ; Escarra, Rault, Hepp : "La doctrine française du droit d'auteur, 1937 ; Perrault-Charmantier, "La relativité du droit d'auteur, J.C.P. 1935 p. 717 ; Silz "La notion juridique du droit moral de l'auteur" R.T.D.C. 1933 p. 331. ; Thaller, R.T.D.C. 1903 p. 157 ;

Comp : Saleilles, op. cit.

149 - C'est, en effet, cette dernière théorie qui allait recevoir une consécration législative dans l'article 1er de la loi du 11 mars 1957 : le droit de propriété incorporelle dont jouit l'auteur d'une oeuvre de l'esprit, comporte des attributs d'ordre intellectuel et patrimonial. Reprenant cette distinction, l'article 25 de la même loi en fait une application aux régimes matrimoniaux. Primo, le droit de divulguer l'oeuvre, de fixer les conditions de son exploitation et d'en défendre l'intégrité reste propre à l'époux ;secundo, les produits pécuniaires provenant de l'exploitation et de la cession du droit d'exploitation suivront le sort des meubles dans le régime matrimonial.

Au terme de cette évolution, le droit d'auteur est donc devenu un droit de nature complexe où on peut déceler au moins trois élèments différents : le droit moral de l'artiste (droit de créer, de divulguer, de décider du moment où l'oeuvre est achevée...), le monopole d'exploitation (droits de représentation et de reproduction) et enfin, les produits de l'exploitation (redevances d'exploitation, produits résultant de la cession totale ou partielle de l'exploitation).

150 - Les premier et dernier élèments ne poseront aucune difficulté ; le premier ne constitue certainement pas un enrichissement dès lors qu'il est entendu au sens d'attribut intellectuel, il ne possède pas de valeur patrimoniale et il n'y a aucune raison d'y voir un acquêt ; en revanche, il ne fait aucun doute que les produits pécuniaires provenant de l'exploitation, constitueront des acquêts, ils seront traités comme des produits de l'activité de l'époux pendant le mariage, aucun texte n'est en mesure de justifier une solution opposée.

151 - Reste donc le monopole d'exploitation ; illustrant l'aspect pécuniaire du droit d'auteur, ce droit représente une valeur patrimoniale, la loi, elle même; le reconnait en décidant qu'il peut être cédé (art. 25 al. 2 L. du 11 mars 1957)

152 - En régime de participation aux acquêts, ce bien sera traité comme n'importe quel bien ; il sera originaire s'il a été acquis avant le mariage, il sera acquêt dans le cas contraire.

Cette dernière solution peut surprendre ; elle est, à première vue, en contradiction avec l'article 25 de la loi du 11 mars 1957. Ce texte décide, en effet, dans son alinéa 1er, que le droit de fixer les conditions d'exploitation de l'oeuvre reste propre à l'époux, quel que soit le régime matrimonial.

L'affirmation est nette : ce droit, dont la valeur patrimoniale est indiscutable (234), doit demeurer propre à l'auteur, il ne peut pas être apporté en dot, ni acquis par la communauté ou par une société d'acquêts. Ce n'est qu'à l'occasion d'une cession totale ou partielle que la valeur qu'il représente tombera en communauté (la loi dit :sera soumise aux règles applicables aux meubles suivant le régime matrimonial adopté) sans que l'on sache très bien à quel titre d'ailleurs (235).

---

(234) Une lecture croisée des article 25 et 26 de la loi éclaire une rédaction souvent dénoncée comme malhabile Cornu, Les régimes matrimoniaux, 3ème edt. p. 304, Parisot "Les droits d'auteur et l'oeuvre d'art en régime de communauté, D. 1967, chr. p. 189 spéc. n°13.
Ce n'est qu' à l'article 26 que le droit d'exploitation est défini :
"Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend :
Le droit de représentation ;
Le droit de reproduction."

Ainsi défini, il ne fait aucun doute que sous l'expression "fixer les conditions de son exploitation", c'est bien le droit d'exploitation qui est visé.
Tout risque de confusion entre le droit moral et les droits patrimoniaux doit être écarté, Parisot, op. cit. et loc. cit.

(235) La loi de 1957 a été établie alors que le régime légal était un régime de communauté de meubles et d'acquêts; ce n'est pourtant pas le caractère reconnu, de meubles qui rendait communs les produits de l'exploitation, "Ce caractère dérivait de ce qu'ils provenaient du travail d'un des époux" Savatier, la communauté conjugale nouvelle" n° 40. Aujourd'hui, la nature commune peut s'expliquer soit en considérant les produits de l'exploitation comme des produits du travail, soit en en faisant des revenus de biens propres Cornu, op. cit. p. 305, Parisot, op. cit. n° 23, Desbois, "Le droit d'auteur", p. 966 et 970, Malaurie, cours de doctorat précités qui distingue selon que l'oeuvre a été créée avant ou pendant le mariage (revenus des propres dans le premier cas, gains dans le second).

Plusieurs arguments militent contre l'application de l'article 25 de la loi de 1957, au régime de participation aux acquêts.

En premier lieu, on peut faire remarquer que lorsque le Législateur a voulu donner un caractère général à ce texte en le rendant applicable à "tous les régimes matrimoniaux", il n'a pas pu imaginer son utilisation dans le régime de participation aux acquêts puisque celui-ci n'existait pas encore. On pourrait nous rétorquer que le régime existait potentiellement,en ce sens que les époux pouvaient toujours l'adopter par convention en s'inspirant de l'un des modèles antérieurs à 1965.
Il faut observer, à cet égard que ces projets étaient très différents de celui qui a été établi aux articles 1569 et s. du code civil (235) Il paraît donc certain que le législateur de 1957 ignorait que son texte aurait, un jour, à être confronté à un mécanisme liquidatif d'un type nouveau.

C'est à l'interprète de réaliser cette confrontation, mais, encore faut-il que les textes concerné s'y prêtent. Or, et c'est notre deuxième argument, il faut bien se rendre à l'évidence que l'article 25 de la loi de 1957 n'a aucune signification dans le régime de participation.

Que signifierait l'expression "reste propre à l'époux auteur" alors que cette notion de bien propre est parfaitement inconnue du régime ?

De surcroît, comment comprendre la formule, déjà ambiguë en communauté, selon laquelle les produits de l'exploitation ou de la cession du droit d'exploitation, suivent le sort des meubles, suivant le régime matrimonial adopté ? Le régime ne contient aucune régle particulière aux meubles !

Ce qui doit nous retenir dans l'article 25 de la loi de 1957, ce n'est pas sa lettre, mais son esprit. Or, que recherche ce texte ? Il cherche à éviter les inconvénients qui peuvent découler de la mise en communauté du droit d'auteur, inconvénients attachés à la propriété commune : administration, partage à la dissolution. Cela est manifeste puisque l'article en

---

(236) voir introduction p. 3

question ne dénie pas toute valeur patrimoniale au droit d'exploitation : le produit résultant de sa cession,totale ou partielle, doit entrer en communauté. On ne repousse donc pas totalement le potentiel communautaire du droit d'auteur, si tel avait été le cas, il aurait fallu décider que le prix de cession ne tomberait pas, non plus, en communauté. La solution de l'article 25 est donc liée aux conséquences d'une propriété commune, communauté légale ou société d'acquêts.

Or, de tels inconvénients n'existent pas en régime de participation ; chaque époux reste propriétaire et administrateur de ses biens. Il n'y a aucun inconvénient à ce que le droit d'auteur figure, sous son aspect patrimonial, dans le patrimoine final et non dans le patrimoine originaire.

Ce raisonnement nous conduit à adopter une position différente de celle qui fut retenuepar les auteurs ayant abordé ce problème (237). Cela nous paraît justifié eu égard aux particularités liquidatives du régime qui, sur ce point, se montre donc plus communautaire que le régime légal. Ce qui n'est certainement pas une raison de nous faire abandonner notre point de vue (238).

---

(237) Ainsi, M. Desbois limite la participation aux seuls produits qui ont été acquis pendant le mariage, op. cit. p. 970, ce qui semble en contradiction avec l'article 1570, en vertu duquel les fruits ne sont jamais des biens originaires. Au moins, faudrait-il étendre la participation à tous les produits, antérieurs ou non au mariage.

Adde : Crionnet, Les droits intellectuels et les régimes matrimoniaux Thèse 1975 ; en droit français.
Plaisant, Les droits intellectuels et les régimes matrimoniaux Mélanges Voirin 1967 p. 654

(238) Ce n'est pas, en effet, la seule hypohtèse où l'aspect communautaire du régime est plus marqué qu'il ne l'est en communauté légale, (fruits originaires, plus-values des biens originaires, dégagement comptable de la participation...). Notre solution n'a donc rien d'exceptionnel, au moins sur ce point.

- L'oeuvre d'art en tant qu'objet corporel

153 - Quel est le statut matrimonial de l'oeuvre d'art, en tant qu'objet corporel ayant une valeur pécuniaire ?

Cette question, à laquelle la loi de 1957 n'a apporté aucune solution, est loin d'être définitivement réglée lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté(légale ou conventionnelle).

154 - Pour mieux comprendre le problème, il faut distinguer selon que l'artiste a décidé de divulguer ou non son oeuvre.

Dans le premier cas, lorsque l'auteur a considéré que son travail ne devait plus subir aucune modification, qu'il était prêt à être livré au public en vue de sa commercialisation (239), il ne fait aucun doute que l'oeuvre sera commune,en tant que résultat de l'activité de l'époux, sauf à admettre qu'elle entre, déjà, dans la liste des biens propres par nature.

C'est surtout dans le second cas que la question devient délicate ; le conflit entre les aspects personnel et pécuniaire va essentiellement s'illustrer dans le pouvoir de l'artiste sur son travail. Il convient de trouver une solution qui le laisse maître absolu de ses réalisations ; l'oeuvre d'art fait l'objet d'un passage entre "l'interne", où elle se confond avec l'individu, et "l'externe" où elle devient une chose appréhensible par le droit (240).

Cette relation a amené une partie de la jurisprudence (241) à décider que l'oeuvre non divulguée n'entrait pas en communauté. La Cour de cassation, pour sa part, s'est montrée beaucoup plus restrictive, par deux

---

(239) O. Laligant, "La divulgation des oeuvres artistiques littéraires et musicales en droit positif fraçais" Bibliothèque de droit privé T. 176 1983.

(240) M. Contamine Raynaud, "De l'existence de droit moral des artistes mariés sous le régime de la communauté" D. 1971 chr. p. 251

(241) Orléans, 1er Février 1959, J.C.P. 59.11141, D. 59.441 note Desbois (affaire Bonnard ; Paris 24 mai 1969, G.P. 1969.2.240, R.T.D.C. 1970 p. 564 obs. Nerson

fois, dans des affaires célèbres (242), elle a déclaré que l'oeuvre d'art, même non divulguée, tombait en communauté. Toutefois, le pouvoir de l'auteur n'a pas été totalement ignoré puisque, dans la première décision notamment, la Cour insitue une réserve morale qui lui permet : de modifier, d'achever ou de faire supprimer (pourvu que ce ne soit pas une mesure vexatoire) l'oeuvre, de se faire attribuer, sauf récompense, les oeuvres inachevées qu'il estime nécessaires à la poursuite des travaux, de veiller à ce que son oeuvre ne soit pas dénaturée.

Une partie de la doctrine va plus loin que cette jurisprudence puisqu'elle propose de donner à l'oeuvre d'art la qualification de biens propres par nature "en raison du lien artistique qui l'attache de manière exclusive à son auteur" (243).

---

(242) La première affaire est connue sous le nom de "Bonnard". Le problème s'est posé après le décès de l'épouse de l'artiste : quel devait être le sort des oeuvres réalisées par l'époux ? Le 10 octobre 1951 (R.T.D.C. 1952 p. 361 n° 15), le Trib. civ. de la Seine adoptait la qualification de bien commun pour l'ensemble des toiles. Cette solution était réformée par la Cour d'appel de Paris, le 19 janvier 1953 (D. 53 p. 405) pour tout ce qui était ébauches et esquisses. Sur pourvoi, La cour de cassation (Civ. 1ère, 4 déc. 1956, Bonnard, J.C.P. 1959 II 11141 note Weill) affirma que l'oeuvre, dès qu'elle avait une consistance matérielle, devait tomber en communauté, sauf réserve liéée au droit moral de l'auteur. Statuant en renvoi, La Cour d'Orléans refusa de s'aligner sur la solution de la Cour suprême en décidant que l'oeuvre non divulguée échappe à la communauté(Orléans précité). Une transaction, regrettable d'un point de vue théorique, empêcha qu'un nouveau pourvoi soit formé.

On retrouve le même schéma dans l'affaire Picabia, Tal. Civ de la Seine 8 juillet 1967, Paris 24 mai 1969, Cass. Civ. 1ére, 4 juin 1971 D. 71 J. p. 585 conclusions Lindon, J.C.P. 72 II 17164, sur renvoi, la Cour d'Orléans s'est inclinée, Orléans 13 nov. 1975, J.C.P. 1976 II 18349

(243) Desbois, Encycl. Jur. D. Droit civil V° Propriété littéraire et artistique 1974 n° 226 ; Parisot, "Les droits d'auteur et l'oeuvre d'art en régime de communauté D. 1967 chr. 189 et s. n° 30 ; R. Plaisant,"les droits intellectuels et les régime matrimoniaux, op. cit. p. 661.

Pour une application généralisée, sans distinguer entre l'oeuvre divulguée ou pas, Paisant art. précité, n° 60 dont nous avons utilisée la formule citée au texte.

contra : Crionnet, op. cit. p. 257 ; A. Gobin, "Le statut des oeuvres d'art dans le régime de communauté légale : J.C.P. 1975 I, 2731 n° 34, Patarin Morin, 3èùq édt. t. 1 n° 153

155 - Entre cette perspective doctrinale, qui ne manquera pas de poser des problèmes de détermination de la récompense due à la communauté, et le maintien de la solution prétorienne, le choix qui sera fait, en supposant qu'il se fasse..., sera toujours celui de la moins mauvaise des solutions.

On le constate nettement avec la solution retenue par la Cour de cassation : qu'est ce qu'un bien commun sur lequel l'époux a un pouvoir unilatéral de destruction, qu'est ce qu'un bien commun qui, en cas d'attribution au conjoint survivant, restera soumis à l'autorité des héritiers à qui appartient, sur le fondement de l'article 19 de la loi de 1957, le droit de divulgation (244) ?

Faire de l'oeuvre d'art un propre par nature avec récompense ne manquera pas non plus de soulever des difficultés. Déjà, il faudra admettre que récompense peut être due pour des créations et pas seulement pour des acquisitions, c'est loin d'être chose faite ! Ensuite, il faudra évaluer cette récompense ; sans aucun doute la valeur à retenir sera déterminée en fonction du procédé de dette de valeur (245) : valeur de l'oeuvre au jour de la liquidation ou au jour de l'aliénation (246). Mais, en cas d'oeuvre inachevée, n'est-ce pas laisser l'époux artiste être plus ou moins maître de l'importance de la récompense : il lui suffira d'attendre la dissolution du régime pour terminer son travail et lui donner une valeur supplémentaire qu'il avait potentiellement. Un bon conseil saurait certainement l'y encourager.

Devant ces difficultés, on comprend que certains aient préféré faire de l'oeuvre non divulguée, un bien indisponible, sans valeur marchande (247).

---

(244) Solution parfois qualifiée d'incohérente, M. Crionnet op. cit. p. 135-136 Paisant, op. cit et loc. cit.

(245) Ce qui ajoute à la difficulté qu'il y a d'admettre une récompense pour création, la dette de valeut supposant, comme son nom l'indique, une dette.

(246) Paisant, op. cit. et loc. cit.

(247) Conclusions Lindon sous Civ 1ére 4 juin 1971 précité.

156 - Ce n'est que dans le cas où cette dernière doctrine serait entendue, ce qui ne semble pas être le cas, que le régime de participation aux acquêts devrait faire une place spéciale à l'oeuvre d'art. Dans les conditions qui sont celles du droit positif, l'oeuvre d'art sera comprise dans le patrimoine originaire si elle a été réalisée avant le mariage, elle sera acquêt dans le cas contraire, sans que cela ne nuise à son statut particulier. Tout simplement, elle représentera une valeur qui sera soumise à participation.

En offrant un nouveau concept communautaire, le régime est susceptible de régler ce genre de difficultés et trouve chez les époux artistes, une clientèle future. Il en va de même des époux pharmaciens.

- L'officine de pharmacie

157 - La question va perdre tout son intérêt avec la prochaine réforme des régimes matrimoniaux ; il est vrai que jusqu'à maintenant, elle n'avait pas pu trouver de réponse véritable.

La difficulté vient de la confrontation entre les conséquences de la chute en communauté de la pharmacie (248) et les exigences du code de la Santé publique. Ce dernier pose, en ses articles L. 576 al. 2 et L. 579, le principe de l'indivisibilité de l'exploitation et de la propriété de la pharmacie en édictant, dans l'ordre des textes, la nullité de toute stipulation tendant à transférer la propriété d'une officine à une personne non diplômée et l'exignece d'une exploitation personnelle du propriétaire.

Sur le premier point, la contrariété est moindre dans la mesure où on peut supposer que la stipulation prohibée par la loi ne recouvre pas

---

(248) L'aspect personnel n'est pas ici assez prononcé pour permettre l'application de l'article 1404 al. I et, malgré quelques avis contraire Esmein "Les ménages de pharmaciens propriétaires d'offices" G.P. 1942 I Doct. 23, on admet que la pharmacie est commune, Savatier, La communauté conjugale nouvelle, n° 39, Ponsard sous Aubry et Rau, n° 166, en jurisprudence : Tal. civ. Aix 22 janvier 1947 J.C.P. 1947 II 3876

l'hypothèse d'une mise en communauté. En revanche, sur le second point, les conséquences du caractère commun sont plus gênantes.Traditionnellment, les difficultés liées à la gestion, par la femme, d'un fonds acquis avec des sommes provenant de la communauté ordinaire, se règlent par la technique du mandat (249).Dans le cas présent, l'époux n'étant pas lui-même pharmacien, le recours au mandat est impossible et il faut aller chercher dans l'intention du législateur, les moyens de réduire les antagonismes législatifs (250).

En régime de participation aux acquêts, le problème ne se posera pas ; c'est, là encore, un élèment de supériorité sur le régime légal.

Le problème se ne posera pas parce que la vocation communautaire du régime laisse intactes les questions de propriété et d'exploitation des biens. L'officine pourra donner lieu à participation, dans la mesure où elle a été acquise pendant le mariage, sans que le Code de la Santé publique en soit contrarié.

Il est vrai que cette supériorité est appelée à disparaître avec le futur alinéa 2 de l'article 1421 du code civil, sur le fondement de ce prochain texte, chaque époux gère seul, les biens qui sont nécessaires à sa profession, sans distinguer entre le mari et la femme.

---

(249) voir à cet égard, la loi du 4 juillet 1980 dans ses dispositions relatives à l'exploitation agricole.

Adde, Colomer, Les régimes matrimoniaux et le droit commercial t. I n° 77

(250) Pour M. Colomer, op. cit. n° 77, le risque visé par le législateur était celui d'une multiplication des exploitants non diplômés, ce risque n'existant pas dans l'hypothèse d'époux dont l'un est pharmacien, la contrariété avec le Code de la Santé publique est moindre. L'argument suppose tout de même une entente parfaite entre les époux.

2 ) L'exception au principe : l'origine personnelle peut parfois être un critère des biens originaires par nature.

158 - La situation sera rare et elle aura peu de portée pratique.

La situation sera rare car elle ne concernera que des hypothèses très particulières. Il faut dire que le régime de participation appréhende si facilement l'origine personnelle des biens que l'on a quelques difficultés à imaginer des situations où cette origine sera suffisamment forte pour éluder la vocation communautaire du régime.

Tout de même, on peut penser aux décorations, aux titres honorifiques..., c'est à dire des biens dont il serait injuste de réclamer à l'époux de les comptabiliser dans son enrichissement.

Finalement, on voit apparaître ici, une manifestation de l'aspect personnel dont on a fait autrefois l'un des critères des droits personnels à caractère patrimonial, nous pensons à l'absence, ou à l'insuffisance de valeur vénale.

Même si on range ces biens parmi ceux que l'époux a le droit de conserver, ils ne représenteront qu'une faible valeur originaire.

## Section II : La détermination des valeurs originaires

159 - Cette question est certainement l'une des plus délicates qu'aient eues à affronter les premiers commentateurs de la loi de 1965 ; elle est pourtant fondamentale pour la compréhension du régime.

160 - Sans doute guidé par un souci de concision, le Législateur a réuni dans la même formule, deux règles différentes, dont chacune a son importance :"Les biens originaires sont estimés d'après leur état au jour du mariage ou au jour de l'acquisition, et d'après leur valeur au jour où le régime matrimonial est dissous" (art. 1571 c.civ. rédaction de 1965,

161 - L'originalité et la nouveauté de la référence à l'état du bien, ont attiré les commentaires au détriment de la seconde partie du texte. Or, c'est dans la prise en compte de la valeur finale plus que dans l'état originaire, que nous semble résider l'une des principales clefs de compréhension du régime.

La doctrine, dans sa quasi unanimité, a vu dans le choix de la date d'évaluation, le moyen d'éviter que les variations de valeur dues à des circonstances fortuites (inflation notamment) ne faussent la comparaison patrimoine initial et final.

Deux remarques s'imposent :

-N'est-il pas paradoxal de parler de comparaison entre le patrimoine au jour du mariage et au jour de la dissolution, lorsque l'on sait que le patrimoine originaire est établi au moment de la liquidation en tenant compte de la valeur actuelle des biens concernés ? Plutôt que

d'en faire un simple correctif aux problèmes de dépréciation monétaires, n'était-il pas possible de voir dans le choix de la date d'évaluation, une condamnation de l'idée de comparaison? Ne cherche-t-on pas, plus simplement à répartir des valeurs, les unes donnant lieu à participation, les autres pas ?

- On peut constater qu'aucune étude n'a réellement été menée en ce qui concerne les biens originaires détruits ou consommés. Le silence, quasi général (251) de la doctrine s'explique dans la mesure où le législateur, lui-même, n'a donné aucune indication sur ce point. (252) Pourtant, en retenant la valeur des biens à la dissolution, la loi aurait dû envisager toutes les hypothèses. On peut y voir un oubli ; on peut aussi y voir une indication sur la structure liquidative du régime.

C'est ce second parti que nous avons retenu tant il nous paraît plus simple et plus apte à expliquer les différentes règles d'évaluation.

De lege ferenda, il semble bien que le projet de réforme du régime accentue encore l'insuffisance de l'idée de comparaison : comment justifier la règle prochaine en vertu de laquelle les biens originaires dont l'époux a disposé à titre gratuit ne figureront pas parmi les valeurs originaires ?

---

(251) Voir tout de même, pour l'hypothèse d'un bien détruit, Corpechot, Rapport au 75ème Congrès des Notaires de France p. 407

(252) On constatera, en y regardant de plus près, que l'on peut déceler une indication précieuse dans l'article 1570 du code civil qui indique, entre autres, que les biens originaires qui auraient eu le caractère de fruits n'ont pas à être comptabilisés dans la liquidation. voir infra p. 165 . Il semble bien, en effet, que cette règle soit la conséquence d'un principe général en vertu duquel les biens consommés sont écartés du patrimoine originaire.

162 - Partant de l'idée que seuls les biens originaires dont on trouve une trace dans le patrimoine final, intéressent la liquidation, il est possible de faire une distinction entre les biens qui deviennent valeurs originaires (§1) et ceux qui ne le deviennent pas (§2). En analysant le patrimoine originaire comme le droit pour un époux de conserver une partie de sa fortune finale, on comprend que ce droit porte sur les premiers, alors qu'il n'est pas envisageable sur les seconds.

## § I - Les biens originaires devenus valeurs originaires

L'article 1571 du code civil énonce trois règles qui toutes les trois, s'expliquent par la reconnaissance d'un tel droit.

- le bien originaire qui se retrouve à la dissolution est estimé d'après sa valeur au jour où le régime est dissous, (A)
- le bien originaire aliéné est estimé d'après sa valeur au jour de l'aliénation, (B)
- si de nouveaux biens ont été subrogés aux biens aliénés, on prend en compte la valeur de ces nouveaux biens. (C)

### A- Le bien originaire qui se retrouve à la dissolution est estimé d'après sa valeur au jour où le régime est dissous.

163 - Les auteurs ne se sont guère attachés à cette affirmation (253) ; elle constitue pourtant la grande originalité du régime français.

---

(253) Voir tout de même, Rieg, "La participation aux acquêts en Allemagne et en France : deux visages d'une même institution" art. précité, Mélanges Marty p. 921 ; P. Rémy, thèse précitée p. 458 note 1

164 - L'article 1571 ne doit pas être étudié de manière isolée ; même s'il ne peut se comprendre que par rapport aux principes liquidatifs du régime de participation aux acquêts, il n'est qu'un exemple, parmi d'autres, de l'emploi d'un procédé désormais classique, celui de la dette de valeur.

165 - Le droit patrimonial de la famille a connu, depuis une vingtaine d'années, de profondes modifications marquées, notamment, par le souci de concilier l'impératif d'égalité des règlements familiaux et les conséquences de la dépréciation monétaire.

A ce mariage du juridique et de l'économique se sont attachés des noms désormais célèbres.

C'est en 1927 que le Doyen Savatier posa, le premier, le problème des rapports entre "le contrat de mariage et la stabilité monétaire" (254). Suivi entre temps par Cabrillac (255), il devait récidiver en 1948 dans un article paru au Répertoire du notariat et de l'enregistrement (256).

Ce dernier article devait servir de détonateur puisque, dans les années qui suivirent, plusieurs études se succédèrent (257) dont celle qui contitue la référence de base en la matière, la thèse de M. Colomer : "L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux" (258).

---

(254) Savatier, "Le contrat de mariage et la stabilité monétaire" D.H. 1927 Chr. p. 37

(255) Cabrillac "De quelques incidences des variations monétaires sur la règle de droit privé" Annales de l'Université d'Aix en Provence, 1937 n° 28

(256) Savatier, "Peut-on remédier dans le contrat de mariage à l'insécurité de la monnaie ?" Rép. Not. 1948, art. 26.607 p. 169 et s.

(257) Freyria, "Les moyens d'éviter, dans les contrats de mariage, les conséquences de la dépréciation monétaire" R.T.D.C. 1951 p. 331 ; Hébraud, "L'instabilité monétaire et les règlements d'intérêts familiaux"Mél. Ripert t. I p. 499 ; Mirieu de Labarre, "Influence des dévaluations monétaires et de la fraude fiscale sur les régimes matrimoniaux" Th. Bordeaux. 1949

(258) Thèse Paris 1955

166 - Cette réflexion doctrinale ne fut pas vaine puisque l'une des solutions envisagées par les auteurs se retrouve dans notre droit positif ; il s'agit du procédé qui consiste à déplacer la date d'évaluation des règlements en valeur.

"L'inconvénient de la dépréciation monétaire est évité si la créance peut être évaluée non plus au jour de sa création, mais au jour de son éxécution"(259);c'est de cet enseignement que s'inspirent plusieurs articles du code civil touchant aux successions ou aux régimes matrimoniaux. (260)

Les textes les plus étudiées sont les articles 860 et 1469 du code civil ; d'autres méritent également d'être cités.

Dans l'article 860, il est dit que le rapport se fera selon la valeur du bien à l'époque du partage ; dans l'article 1469, il est indiqué que le mouvement de valeur ayant permis l'acquisition, la conservation ou l'amélioration d'un bien, donnera lieu à une récompense qui ne peut pas être inférieure à la valeur du bien au jour de la dissolution.

Dans le même creuset, on peut ajouter l'article 867 relatif à la réduction en valeur, l'article 922 fixant les règles de reconstitution de la masse successorale et enfin l'article 1099-1 propre à l'hypothèse d'une acquisition faite par un époux avec des deniers reçus de son conjoint, à cette fin.

C'est à cette liste qu'il convient d'adjoindre l'article 1571 du code civil. On y retrouve le même procédé de retard d'évaluation (1) employé avec la même volonté de faire correspondre règlement en valeur et réglement en nature (2).

---

(259) Freyria, op. cit. et loc. cit. spéc. p. 341

(260) procédé que l'on retrouve à l'étranger :

"Variations monétaires et insécurité du droit" Travaux des Instituts de droit comparé de Toulouse et de Barcelone, spéc. L'influence de l'inflation sur le système juridique, Rapport de M. Casals Colldecarrera, in Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse 1983 p. 255 et s., Remèdes de droit civil contre l'inflation, rapport de Mme Roca Trias, p. 279 et s. à propos des articles 1045-1 et 1421-1 et 1425 du code civil espagnol.

## 1 ) l'emploi du procédé du retard d'évaluation

167 - Les règlements en valeur, en opérant une dissociation entre le bien et sa valeur, présentent, entre autres, l'avantage de permettre une attribution individuelle sans rompre l'égalité du partage, le rapport en moins prenant se substituant au partage en nature (261).

Seulement, en période d'instabilité monétaire, ils soulèvent une question délicate : à quelle date faut-il se placer pour procéder à leur évaluation ?

168 - Le droit civil contemporain est profondément marqué par la généralisation du procédé de retard d'évaluation. En dehors du régime de participation, il se retrouve dans quatre grandes techniques patrimoniales : le rapport et la réduction des libéralités, le calcul de la masse partageable, l'évaluation des récompenses.

169 - Rien qu'en ce qui concerne le rapport des libéralités, il a fallu par deux fois, remanier le code civil.

Dans sa rédaction initiale, celui-ci cantonnait le rapport en valeur aux seules donations mobilières et à certaines hypothèses de donations immobilières.

En vertu de l'article 868 ancien du code civil, le rapport des meubles se faisait en poins prenant, sur le pied de la valeur du mobilier lors de la donation. Inspirée par l'idée d'un dépérissement prévisible et (262) inexorable du bien, cette solution se concilia mal avec l'apparition des meubles incorporels, dont certains avaient pour caractéristique de se bonifier avec le temps (263)

---

(261) rapport en moins prenant posé en principe par l' article 858 et de manière moins explicite,par l'article 1470 al. I , Cornu, P. 547, Malaurie, Les Cours de droit, 1983-84 fasc. II p. 365

Catala, "Les règlements successoraux depuis les réformes de 1938 et l'instabilité économique" Thèse Montpellier, n° 95 p. 137 et n° 123 p. 169

(262) Obsvervations de Tronchet, Fenet XII p. 349, 350

(263) Voyez la célèbre affaire "La bénédictine", société dont les actions avaient décuplé de valeur, Civ. 30 juin 1910, D. 1914 I 25 note Nast, S. 1910 I 529

Le rapport en moins prenant des immeubles avait lieu dans deux cas. Le premier, dont on peut trouver l'origine dans la Coutume de Paris, (264) était peu significatif puisqu'il n'intervenait qu'avec l'hypothèse très marginale où des "immeubles de même nature, valeur et bonté, dont on puisse former des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers" existaient dans la succession. Le second était prévu à l'article 860 ancien : en cas d'aliénation, le donataire devait rapporter la valeur du bien à l'époque de l'ouverture.

Pendant tout le XIXème siècle, on devait rester fidèle à l'enseignement de Tronchet pour qui l'égalité entre les héritiers obligeait à estimer les meubles d'après la valeur qu'ils avaient à l'époque de la donation (265).

Le formidable développement de la fortune mobilière allait faire perdre toute sa force à cette conception, le rapport en nature des immeubles fit bientôt figure d'inconvénient. En effet, les restitutions réelles entraînaient une division excessive des terres, nuisant en cela à leur bonne utilisation. Certains y virent même une cause de dénatalité ou d'exode rural.

L'apport du décret loi du 17 juin 1938 fut double : d'une part, il posa le principe du rapport en moins prenant, d'autre part il prévit que la valeur rapportable serait celle du bien au jour de la donation.

Aujourd'hui, la réforme de 1938 est considérée comme un avatar de l'histoire du droit des successions. Les critiques fougueuses qui lui ont été adressées témoignent, à juste titre, de son inadaptation aux phénomènes monétaires. L'évaluation au jour de la donation rompt de manière radicale,

---

(264) L'article 305 de la Coutume de Paris était ainsi rédigé : "Si le donataire lors du partage, a les héritages a lui donnés, en la possession, il est tenu de les rapporter en essence ou espèce, ou moins prendre en autres héritages de la succession en pareilles valeur et bonté..."

(265) Catala, Thèse précitée p. 186

l'égalité entre les cohéritiers ; on se jette "dans une arithmètique fantasque et sans issue, où l'on s'évertue à additionner des articles sans commune mesure" dès lors que les héritiers sont gratifiés à des dates différentes (266)

On peut même se demander quelles furent les motivations du législateur au moment où il sembla aller "dans un sens exactement contraire à celui que l'évolution historique postulait"(267). En dehors d'une justification théorique dans laquelle le choix de l'évaluation au jour de la donation serait lié au caractère contractuel de l'obligation au rapport (268), on fait en général, allusion à la volonté de maintenir, dans la mesure du possible les dispositions gratuites du défunt en allégeant au maximum la situation du donataire (269). Quelle que soit la valeur de ces arguments, on peut aussi y voir un souci d'harmonisation entre les règles du rapport et celles des réductions.

170 - La réduction des libéralités suppose que soient accomplies plusieurs opérations dans lesquelles se pose le problème du choix d'une date d'évaluation.

Il faut d'abord reconstituer la masse successorale. Si la méthode d'évaluation des biens existants n'a jamais changé, (270) celle des biens soumis à réunion fictive a été revue par deux fois.

---

(266) La formule est de Choteau, "Le rapport, mode unique de réduction des libéralités adressées à un successible" Journal des Notaires 1949, art. 42 741 p. 243

(267) Catala, op. cit, spéc. p. 187 n° 139

(268) Catala, " " , spéc. p. 172 n° 125 et s.

(269) Catala, " " , spéc. p. 187 n° 139

(270) Les biens sont estimés d'après leur valeur et leur état à l'ouverture de la succession : Aubry et Rau, XI § 684 bis p. 51 ; Baudry Lacantinerie t. I p.418 n° 887 ; Colin Capitant, III p. 729 ; Planiol Ripert t. V p. 75 ; plus recemment, Catala op. cit. n° 67 p. 167 ; Mazeaud t. IV vol. II n° 1663

En jurisprudence : Civ. 1ère 4 mai 1976, Bull. civ. I n° 156 p. 124 ;

Civ. 1ère 7 novembre 1979, Bull. civ. n° 273 p. 221, Journal des Notaires 1981 art. 56205 p. 903 note de la Marnière, J.C.P. 1981 édt. gén. II 19553 note de la Marnière.

Initialement, l'article 922 prescrivait l'évaluation des biens fictivement réunis, au temps du décès selon l'état à l'époque des donations. Le législateur marquait ainsi sa volonté de reconstituer le patrimoine héréditaire tel qu'il eût pu être sans la disposition àtitre gratuit

Cette règle comportait une lacune qui devait conduire à sa disparition provisoire : en cas d'aliénation par le donataire, celui-ci risquait d'être conduit à la ruine. Il suffisait pour cela qu'il y ait eu peu de biens existants; dans ce cas la valeur fictivement réunie pouvait être largement supérieure à la quotité disponible, ce qui obligeait le donataire à une réduction démesurée. (271)

C'était pour pallier cette insuffisance que le décret-loi du 17 juin 1938 choisît une autre date d'évaluation : celle de la donation.

Le remède fut pire que le mal ; les critiques se manifestèrent de manière assez véhémente . Il suffit d'imaginer des donations anciennes et importantes pour comprendre le risque inhérent à ce genre d'évaluation : la valeur du bien au jour de la donation peut représenter une partie infime de la masse successorale et s'imputer intégralement sur une quotité disponible largement inférieure à ce que serait la valeur actuelle du même bien. Dans ce cas, c'en est fait de la réserve comme de l'égalité (272).

---

(271) Problème qui s'est trouvé illustré dans un arrêt célèbre du 30 juin 1910 où la Cour de Cassation déclara que la règle s'appliquait aussi bien aux meubles qu'aux immeubles, Cass. 30 juin 1910 S. 1910 I 529 note Lyon-Caen ; D. 1914 I p. 25 note Nast, affaire "La bénédictine"

Adde : Planiol et Ripert par Trasbot, t. V n° 80

(272) Catala, les liquidations successorales op. cit.

La loi de 1971 revint à la solution initiale ; les biens réunis à la masse sont estimés selon leur valeur à l'ouverture de la succession,(art. 922 du code civil). L'innovation porte sur l'éventualité d'une aliénation du bien, dans ce cas, il sera tenu compte de la valeur à l'époque de l'aliénation, sauf s'il y a subrogation.

L'idée apparaît clairement: l'estimation au jour du décès doit permettre de reconstituer le patrimoine du défunt,tel qu'il serait si les biens donnés y figuraient encore. C'est ce qu'avait oublié la réforme de 1938.

171 - Etablie en principe dans tous les cas où elle était possible (273), et appelée à suppléer la réduction en nature dans certains cas (274, la réduction en valeur est un facteur de souplesse des règlements familiaux. Moins contraignante que la réduction en nature, elle doit permettre d'atteindre les mêmes résultats. Pour cela, l'article 868 pose une règle comptable déterminante : "Cette indemnité se calcule d'après la valeur des objets donnés ou légués à l'époque du partage..."

La technique du retard d'évaluation est encore ici employée pour combattre les méfaits de la dépréciation monétaire. La valeur du bien se substitue au bien lui-même, à condition qu'il s'agisse de la valeur au jour du partage. Par là se marque le souci d'assurer une égalité parfaite entre les héritiers(275) ; entre copartageants, la réduction en valeur équivaut à une attribution intégrale avec soulte (276).

---

(273) C'est à dire lorsque le gratifié est un successible (art. 866 du code civil)

(274) Deux hypothèses sont retenues par la loi : la perte de l'objet donné ou légué ainsi que son aliénation éventuelle

(275) H.L.et J. Mazeaud Leçons de droit civil T. IV vol. 2 par M. de Juglart N° 1712

(276) Catala op. cit. n° 81.

172 - La question de la détermination des sommes dues au titre des récompenses a connu une évolution similaire.

La difficulté est de la même lignée : à quelle date faut-il se placer pour évaluer le montant des récompenses ? La solution doit concilier l'intérêt du patrimoine emprunteur et celui du patrimoine prêteur ; le versement des récompenses doit éviter tout appauvrissement ou enrichissement injustifié.

Ce double objectif nécessite une maîtrise des phénomènes monétaires que n'avait pas le système en vigueur avant 1965. Fixée pour son montant au jour de la naissance du droit, seule la valeur nominale apparaissait dans les comptes liquidatifs ; la récompense avait alors de fortes chances de devenir dérisoire.

La doctrine s'en émut (277) mais la jurisprudence, malgré quelques tentatives pour détourner le problème (278), resta hostile à l'idée de revalorisation (279) comme le témoigne un arrêt rendu peu de temps avant la réforme (280).

---

(277) Tous les auteurs qui ont étudié les conséquences de la dépréciation monétaire sur les règlements familiaux (précités) ont stigmatisé l'ampleur des injustices créées par l'évaluation des récompenses.

(278) La Cour de cassation a admis dans une espèce, qu'il pouvait y avoir indivision entre patrimoine propre et communauté pour un bien acquis, partiellement, par emploi de fonds propres de l'un des conjoints, Cass. 30 oct. 1950, D. 1950 p. 753, J.C.P. 1951 n° 6016 note P. Raynaud. Cette solution, innovatrice, devait être reprise par la Cour d'appel de Poitiers, 25 mai 1951, D. 1951 p. 482, mais ne put jamais se généraliser eu égard à l'absence d'indivision entre propres et biens communs.

D'autres tentatives ont été faites, les unes étaient fondées sur l'idée d'une responsabilité du mari pour défaut de remploi, Tb. civ. de la Seine 27 mai 1960 J.C.P. 1961 II 11892 note Voirin, ou pour faute de gestion, Lyon 19 mai 1939 D. 1939 p. 31, les autres concernaient l'hypothèse dans laquelle le patrimoine emprunteur s'enrichit d'une construction nouvelle, on a ainsi tenté, en vain, soit de refuser l'accession, Besançon 14 déc. 1955, D. 1957 p. 358, soit au moins, d'appliquer les nouvelles règles d'indemnisation du possesseur qui a construit sur le terrain d'autrui,

(279) condamant les initiatives précédentes : Civ. 1ère 30 déc. 1959; D. 1960 p. 166 Civ. 19 juillet 1966, D. 1966 p. 713 note Dedieu

(280) Civ. 11 avril 1964; J.C.P. 1965 II 14101 note Mazeaud

Devant l'impossibilité de recourir à une solution unique (281), le droit positif issu de la réforme de 1965,distingue selon la source des récompenses.

Consacrant le mode de calcul appliqué en matière d'enrichissement sans cause, l'alinéa 1 de l'article 1469 pose en principe que la récompense "est, en général, égale à la plus faible des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant".

Les deux alinéas suivants apportent des dérogations à cette première règle qui, en fait ne s'appliquera que rarement (282).

Envisageant l'hypothèse d'une dépense nécessaire, l'alinéa 2 fixe un plancher en dessous duquel la récompense ne pourra pas tomber : la récompense ne pourra être moindre que la dépense faite.

L'alinéa 3 contient l'innovation la plus importante de l'article 1469 : lorsque la valeur empruntée a servi à acquérir, améliorer ou conserver un bien qui se retrouve à la dissolution, la récompense ne peut être moindre que le profit subsistant.

Cette dernière solution dévoile une philosophie législative qui a guidé son interprétation.

Puisque le dérèglement antérieur des récompenses était dû à une fixation définitive de la créance au jour de sa naissance, le meilleur moyen d'y remèdier était d'envisager une variation en fonction de la valeur du bien acquis. Le créancier se trouve ainsi protégé puisque sa créance est rattachée à un bien.

---

(281) Ben Dhia "L'instabilité monétaire et l'évaluation des créances contre partie d'un bien" Thèse Toulouse 1971 p. 270

(282) Malaurie, Cours doctorat 1983-1984 p. 343

173 - Bien entendu, on pourrait se contenter de relever l'identité des techniques : les dispositions de l'article 1571 sont la copie conforme de celles qui ont été établies pour les règlements successoraux, personne ne saurait le nier.

Cela serait pourtant bien insuffisant. Le rapprochement que nous venons d'effectuer doit dépasser le stade de la simple constatation ; il constitue, à notre avis, l'un des principaux éléments de compréhension du régime de participation aux acquêts.

D'une part, il condamne de façon définitive toute idée d'évaluation rétrospective du patrimoine de l'époux au jour du mariage ; d'autre part il situe le régime de participation dans une évolution patrimoniale très large dont il est impossible de ne pas voir qu'elle lui donne son originalité et, du coup, sa véritable place dans l'avenir du droit patrimonial de la famille.

Qu'il s'agisse du rapport des libéralités, du calcul de la masse successorale, de la réduction, des récompenses..., il n'est jamais question de procéder à des évaluations rétrospectives. A toutes les fois, on recherche la conséquence actuelle d'un acte : que serait la masse successorale s'il n'y avait jamais eu aliénation à titre gratuit ? Que serait-elle si le bien donné à un héritier n'était jamais sorti du patrimoine du défunt ? Quelle est la valeur procurée au patrimoine emprunteur dans le compte des récompenses ? Ce sont là autant d'interrogations qui n'ont en vue qu'un résultat donné, à un moment donné.

Il y aurait un paradoxe à ce que la même technique soit employée à des fins différentes ; ce que l'on va évaluer dans le régime de participation aux acquêts ce n'est pas le patrimoine de l'époux au jour du mariage, c'est seulement ce qu'il en reste au jour de la dissolution.

174 - Nous admettrons volontiers que, pour l'instant, notre idée a plus la forme d'une affirmation que celle d'une démonstration. Tout au plus nous demandons de la considérer comme une hypothèse de compréhension de la notion de patrimoine originaire. Là où se situe tout son intérêt, c'est qu'il semble bien que ce soit la seule qui puisse se déduire de l'article 1571 du code civil.

Ce que cherche ce texte, c'est à dégager l'enrichissement de l'époux en faisant abstraction de toutes les valeurs qui ne sont pas liées à son activité pendant le mariage. De la fortune actuelle, il convient de déduire tout ce qui n'est pas le résultat du travail accompli pendant la durée du mariage. En d'autres termes, le droit à participation se limite aux gains réalisés de manière volontaire, par chaque conjoint pendant la vie commune ; à contrario, tout ce qui était acquis au jour du mariage, ou pendant, de manière gratuite, doit en être écarté.

Dans ces conditions, on n'a que faire de savoir ce que représentait le patrimoine de l'époux au jour du mariage ; la seule chose qui doit nous intéresser, c'est ce qu'il en reste au jour de la dissolution. A la limite, on peut imaginer qu'il ne reste rien ou que les biens ont atteint des degrés d'obsolescence tels que leurs valeurs soient devenus dérisoires; ce sont pourtant ces dernières valeurs qui figureront dans le patrimoine originaire (tout comme dans le patrimoine final). L'article 1571 est très clair : "les biens originaires sont estimés d'après leur valeur au jour où le régime matrimonial est dissous".

C'est un point important : l'emploi du procédé de retard d'évaluation témoigne du souci évident de limiter l'évaluation à une valeur actuelle ; c'est toute l'originalité du régime. Le réglement en valeur ne doit pas aboutir à un résultat différent de celui qu'aurait entraîné un règlement en nature.

2 ) Les raisons du recours au retard d'évaluation : la volonté de faire correspondre règlement en nature et règlement en valeur.

175 - Le régime de participation aux acquêts n'est pas un accident de l'histoire (283) ; en prescrivant un règlement communautaire en valeur et en recourant à la technique de la dette de valeur, il s'inscrit dans une évolution caractéristique du droit patrimonial de la famille et peut être même du droit en général.

176 - En démontrant cela, nous n'apportons rien de très nouveau ; la doctrine a, en général, mis l'accent sur l'emploi du procédé de la dette de valeur dans l'article 1571 du code civil. Cela est particulièrement net lorsque l'on rapproche ce texte de la situation particulière à la dette de valeur, que M. Malaurie a qualifiée de "subrogation réelle imparfaite" (284). Selon l'auteur, cette subrogation joue a trois degrés :

1 - au droit sur le bien se substitue un droit sur la valeur, la subrogation est imparfaite dans la mesure où le créancier n'a pas un droit réel mais un droit personnel qui l'expose à l'insolvabilité du débiteur.

2 - si le bien est aliéné, on retient la valeur qu'il avait au jour de l'aliénation.

3 - Si le prix est remployé pour acquérir un autre bien, la valeur de ce dernier sera prise en compte.

---

(283) Catala, la réforme des liquidations successorales, p. 71 n° 26

(284) Malaurie, Les cours de droit 1973-74 p. 141

177 - Trouvant ses prémisses sous le Directoire (285) et dans certains textes du code civil (286), la dette de valeur a été imaginée par les auteurs allemands de 1925 (287). Evoluant dans notre droit par stratification (288), elle en a profondément marqué le cours, au point de faire l'objet de travaux doctrinaux importants (289).

178 - Mais l'interrogation fondamentale est ailleurs, il faut se demander pourquoi le législateur s'en est remis a ce procédé alors que d'autres, plus simples et plus connus des économistes, auraient permis d'atteindre les mêmes résultats.

179 - Or, la dette de valeur présente deux aspects (290)

Si on s'attache à des critères purement formels, sa caractéristique essentielle tient au fait qu'elle repose sur une valeur autre que monétaire ; la monnaie n'intervient que comme instrument de paiement. "Intermédiaires entre les obligations de somme d'argent et les obligations de fournir une prestation en nature, elles s'éxécutent comme les premières par le versement d'une somme d'argent, mais comme les secondes elles restent à l'abri de la dépréciation monétaire tant qu'elles n'ont pas fait l'objet d'une évaluation en vue d'un règlement qui aura seul effet novatoire, la dette de valeur coupée de la mesure primaire se transformant alors en dette de somme d'argent" (291).

---

(285) Malaurie, Cours de droit 1973-74 p. 120 et s.

(286) Idem, où l'auteur montre que la dette de valeur existe dans les différentes techniques de restitution, prêt à consommation, contrat de dépôt, éviction de l'acheteur, éviction du co-partageant, rachat de la lèsion...

(287) Pédamon "Les incidences de la réforme monétaire de 1948 sur le droit interne des obligations en allemagne occidentale" Thèse Poitiers 1956 p. 13

(288) Malaurie, Idem

(289) J.M. Durand "La dette de valeur en droit français " Paris II 1972 G. Pierre François, "La notion de dette de valeur en droit civil" Thèse Paris II 1972, Malaurie, Chapitre V du cours de droit des obligations, 1973-1974, Les cours de droit,

(290) Voyez Pédamon, op. cit. et loc. cit. qui montre que les auteurs allemands étaient eux mêmes divisés sur ce point. Pour Ennecerus-Lehmann et Bohn, le critère est matériel, on s'attache au but poursuivi, pour d'autres (Harmening-Duden), il faut s'attacher à l'objet initialement non monétaire, dépendant de circonstances ou d'élèments futurs, variables et extérieurs au rapport juridique, Pédamon, p. 13

(291) Pierre François, Thèse précitée p. 77

On peut aussi s'attacher à la fonction de la dette de valeur, c'est ce qu'ont fait certains auteurs lorsqu'ils ont montré qu'elle avait pour but, soit de rétablir l'équilibre entre deux patrimoines, en compensant une attribution réelle faite à l'enrichi,par la remise d'argent à l'appauvri, soit de permettre l'éxécution d'une obligation de faire lorsque celle-ci ne peut avoir lieu en nature.(292)

180 - Sous le premier aspect, la dette de valeur n'est qu'un moyen de lutter contre la dépréciation monétaire, sous le second, elle devient une technique des règlements patrimoniaux ; toute la question est de savoir quel est l'aspect qui l'emporte dans l'article 1571 du code civil.

181 - Or, la première conception nous paraît insuffisante : le souci de réévaluation des biens originaires n'est pas le véritable fondement de l'article 1571.

Si telle avait été la volonté du Législateur, il suffisait de prévoir une indexation légale permettant de connaître la valeur actuelle de tous les biens possédés par l'époux au jour de son mariage. Concrètement, le notaire rédacteur du contrat de mariage aurait dû rechercher la valeur des patrimoines de chaque époux et indexer cette valeur sur des critères objectifs, acceptés des fiancés, et dont la mise en oeuvre aurait permis de réactualiser la valeur retenue dans le contrat.

Malgré le progrès des calculs économiques, le Législateur n'a pas voulu de ce système, celui qu'il a retenu est sensiblement différent.

---

(292) Durand, Thèse précitée Malaurie, cours Doctorat 1973-74 p. 120 et s.
M. Durand a présenté ces deux catégories de dettes de valeurs. Les premières sont fondées sur l'idée d'équilibre et de restitution et interviennent pour revenir sur tout enrichissement sans cause ; les secondes reposent sur l'idée d'équivalence (idée essentielle), on y trouve notamment le rapport des libéralités, l'attribution préférentielle, la détermination du montant des récompenses, la loi du 17 mai 1960 sur l'accession et ... la créance de participation de chaque conjoint dans le régime de participation aux acquêts (point sur lequel nous reviendrons en deuxième partie, et qui pour l'intant ne nous concerne pas puisque cette première partie porte exclusivement sur le droit de chaque époux à reprendre ses biens originaires

182 - En effet, la dette de valeur n'est pas une indexation: d'une part, il n'y a pas d'évaluation préalable(293), d'autre part le bien choisi en référence est un bien individualisé dont la valeur est soumise à des vicissitudes qui seront prises en compte.

Dans l'indexation, l'indice retenu est envisagé de manière abstraite ; on va dans un premier temps,rechercher la quantité de biens que l'on pourrait se procurer avec la valeur initiale et, dans un second, au jour de l'évaluation définitive, on déterminera la valeur de la même quantité de (294) biens. Pour bien faire, il faut même éviter de prendre en référence le cours d'une marchandise ou d'un produit, ceux-ci pouvant faire l'objet de spéculations boursières, le mieux est d'employer un indice général, tel que le coût de la vie. (295)

183 - La dette de valeur repose sur une démarche totalement différente puisque c'est la valeur d'un bien en particulier qui sera prise en compte. Si ce bien a vu sa valeur croître pour des raisons totalement fortuites, la dette de valeur en subira les conséquences, en revanche s'il y a eu moins value, il n'y a aucune raison de l'ignorer. C'est dire que la dette de valeur est plus qu'un simple procédé d'évaluation.

Lorsque l'article 1571 dit que les biens existants sont estimés selon leur valeur à la dissolution, il permet à l'époux de bénéficier seul des plus-values fortuites (monétaires ou autres) mais il lui fait courir le risque des moins-values. C'est ce qui résulte du choix de la dette de valeur, c'est donc la conséquence d'une volonté délibérée du législateur.

---

(293)Malaurie, op. cit. p. 120

(294)B. Boccara, "définir l'indexation (en marge des arrêts de 1983 sur le loyer variable et l'actualisation) J.C.P. 1985 Doct. 3187 ; Savatier "Le droit comptable..." n° 110 p. 183

(295)Colomer, Thèse précitée, n° 205 p. 217

184 - La question est alors la suivante : pourquoi l'époux a-t-il droit aux plus-values fortuites et pourquoi doit il supporter les moins-values. Une seule réponse nous paraît possible : c'est que chaque conjoint a le droit de reprendre, à la dissolution, toutes les valeurs qui, figurant dans son patrimoine, ne sont pas le résultat de son activité pendant le mariage.

On constate donc que l'article 1571 permet l'éxécution en valeur d'une créance qui ne peut s'éxécuter en nature. On retrouve une idée importante de la thèse de M. Pierre François : l'emploi de la dette de valeur doit permettre d'assurer aux obligations de valeur, la même stabilité que celle dont peuvent bénéficier les prestations en nature. "L'équivalence des modes d'éxécution en nature et d'éxécution en valeur constitue le fondement téléologique de la dette de valeur" (296)

Seulement, on ne peut envisager la valeur du bien à la dissolution que si ce bien existe encore en nature, par là, on comprend déjà que le Législateur ait dû apporter une précision en ce qui concerne le bien aliéné.

---

(296) P. François, Thèse précitée p. 232

B - Le bien originaire aliéné est évalué selon sa valeur au jour de l'aliénation

185 - En vertu de l'article 1571 al. 1, le bien originaire aliéné sera compris dans la patrimoine originaire pour sa valeur au jour de l'aliénation.

186 - Ce qui surprend le plus, c'est la facilité avec laquelle les commentateurs ont accueilli cette solution, sans jamais s'interroger véritablement sur son fondement. Il semble pourtant qu'elle soit doublement remarquable, d'une part, on se réfère à la valeur du bien au jour de l'aliénation,(1) d'autre part, on se contente d'une valeur objective, sans tenir compte du prix réellement perçu.(2)

1) La justification du choix de la valeur du bien au jour de l'aliénation

188 - Nous passerons sur la difficulté liée au caractère rétrospectif de l'évaluation ; ce point, purement technique n'est pas propre au régime de participation aux acquêts. Ce qui, en revanche, doit nous préoccuper, c'est de savoir pourquoi il faut retenir la valeur du bien au jour de l'acte d'aliénation.

189 - Ce travail est nécessaire parce que, a priori, il ne paraît pas raisonnable, dans une liquidation comptable, d'insérer une valeur qui remonte le cours du temps. On pourrait croire que la vitesse de l'érosion monétaire rend cette valeur sans grande signification et proposer une aménagement conventionnel dans lequel on considèrerait la valeur au jour de la dissolution.

C'est là un des dangers de l'étude du régime de participation aux acquêts ; en recourant à une telle clause, on augmenterait de façon inconsidérée la créance de valeur de l'époux propriétaire.

190 - Puisque le patrimoine originaire est constitué des seules valeurs dont l'époux doit bénéficier sans partage, il faut éviter de grossir sans raison la masse de ces valeurs. D'un autre côté, il serait injuste de tenir compte d'une valeur trop faible. Le choix législatif du jour de l'aliénation semble s'inspirer de ce double souci en proposant une valeur intermédaire.

191 - On pourrait déjà justifier l'article 1571 en faisant valoir que tout dépend de l'époque de l'aliénation. La différence entre valeur d'aliénation et valeur à la dissolution sera très faible si les deux évènements sont concomitants. Elle sera importante dans le cas contraire, mais ici on peut penser que le prix reçu aura été dépensé, qu'il ne se retrouvera pas dans le patrimoine final et qu'il est par conséquent normal de se limiter à une valeur minorée.

Reste tout de même une troisième situation, celle où l'aliénation a eu lieu pendant la vie commune, longtemps après le mariage et longtemps avant la dissolution. Est-il encore raisonnable de supposer que la valeur se retrouve dans le patrimoine de l'époux ? Si le prix de vente n'a pas servi à acquérir d'autres biens, il faut supposer qu'il a été consommé et dans ces conditions, en tenir compte.

192 - En définitive, l'article 1571 pose une présomption irréfragable selon laquelle le prix perçu a été placé dans une cassette où il est resté enfermé jusqu'à la fin du mariage, subissant ainsi les effets de la dépréciation monétaire. C'est cela que nous devons justifier.

193 - Une première idée a été émise ; elle repose, une nouvelle fois sur l'idée d'une comparaison entre patrimoine originaire et final. Il

faut inscrire la valeur d'aliénation dans le patrimoine originaire car si elle se retrouve dans le patrimoine final, elle serait traitée comme un acquêt, ce qui n'est pas normal : "l'aliénation replace, en contrepartie, dans le patrimoine de l'époux un élèment qui sera, par ailleurs, compris dans le patrimoine final si toutefois il existe encore au moment de la dissolution" (297)

On s'aperçoit rapidement que l'idée de comparaison est un frein à la compréhension de l'article 1571. En effet, s'il est normal d'inscrire au patrimoine originaire une somme qui figure dans le patrimoine final, on peut se demander ce qu'il en est dans le cas contraire : faut-il encore tenir compte de la valeur du bien aliéné lorsqu'on a la certitude que l'argent a été immédiatement consommé ?

M. Le Doyen Cornu a envisagé rapidement cette situation ; conscient qu'il peut y avoir là une source de conséquences inéquitables, il en fait un des cas d'intervention du juge prévus à l'article 1579 du code civil (298)

194 - Cette position nous paraît encourir deux remarques.

Primo, elle créée une zone d'incertitude dans la mesure où on ne précise pas ce qu'il faut entendre par "conséquences inéquitables. Soyons convaincus qu'il y a là une cible toute faite pour les adversaires du régime.

Secundo, si la règle doit être écartée dans certains cas, il faut en déduire qu'elle a vocation à s'appliquer même lorsque la valeur ne se retrouve pas dans le patrimoine final.

Il convient, à notre avis, de rechercher une autre justification.

---

(297) Cornu, op. cit. n°56 ; Morin op. cit. n° 523 p. 158
(298) Cornu Idem

195 - Aujourd'hui, on peut affirmer que la référence à la valeur d'aliénation est une donnée essentielle du mécanisme de la dette de valeur ; l'histoire de l'article 922 du code civil est sur ce point, très révélatrice.

En comparant les articles 922 ancien et actuel, on s'aperçoit que la seule modification concerne justement cette hypothèse d'aliénation suivie ou non de subrogation. Or, entre temps, il y eut le décret-loi de 1938 avec une solution radicalement différente où le bien était estimé selon sa valeur au jour de la donation. Cette évolution caractéristique mérite des explications.

196 - L'article 922 a été modifié en 1938 parce qu'il paraissait insuffisant dans une hypothèse bien précise: celle où le gratifié avait aliéné le bien par lui reçu. Dans ce cas en effet, la masse successorale était établie en fonction de valeurs dont ne disposait plus l'héritier gratifié, ce qui pouvait porter la réserve à des niveaux que les rapports ne permettaient plus de reconstituer, vouant ainsi à la réduction toutes les dispositions ultérieures du de cujus".(299) On en arrivait, en fait, à frapper les objets donnés d'inaliénabilité. Le danger devint inacceptable avec l'accélération de la dépréciation monétaire et l'arrivée des valeurs mobilières sujettes à de fortes plus-values. Pourtant, plutôt que d'accepter des assouplissements à la règle(300), La Cour de Cassation s'en tenait à une interprétation très étroite de l'article 922 (301)

C'est, en partie, pour éluder ce genre de difficultés que le décret-loi du 7 février 1938 modifia la date d'évaluation. instabilité monétaire aidant, on sait que le remède fut pire que le mal puisqu'une reconstitution portant sur des valeurs dépassées remettait en question l'idée même de protection des héritiers réservataires.

On revint alors à la solution initiale, mais en ajoutant une règle particulière pour le cas particulier du donataire qui aliène les objets donnés. Ce qui aurait pu être fait dès 1938 et même avant (302).

---

(299) Catala, Thèse précitée, n° 180 p. 235
(300) M. Catala en a recensé au moins deux, idem
(301) Cass civ. 30 juin 1910, D. 1914 I 25 note Nast, S. 1910 I 529 note Lyon-Caen
(302) Catala, idem p. 237

Cette évolution est doublement significative. D'une part, elle témoigne de la difficulté et de la lenteur qui ont marqué la maturation de la dette de valeur, d'autre part, elle montre que le choix de la valeur au jour de l'aliénation est nécessaire si on veut éviter de retomber dans les difficultés qu'a connues l'article 922 dans sa rédaction initiale. On peut affirmer que la réforme de 1938, du moins en ce qui concerne la récapitulation fictive (1), n'aurait jamais eu lieu si on avait mieux maîtrisé le mécanisme de la dette de valeur.

197 - On pourrait se contenter de cette étude de l'article 922 du code civil et affirmer que la prise en compte de la valeur d'aliénation traduit une transformation de la dette de valeur en dette de somme d'argent ; à ce titre, le régime de participation obéirait à un droit commun des évaluations liquidatives.

Il faut pourtant dépasser cette vision des choses.

198 - L'article 1571 n'obéit pas à la même logique que l'article 922. Ce dernier cherche à reconstituer la masse successorale telle qu'elle aurait été s'il n'y avait pas eu de donations entre vifs ; par l'aliénation, l'évaluation du bien donné est devenue impossible, il était normal que l'on retînt un minimum : la valeur au jour de l'aliénation. Dans le régime de participation aux acquêts, on cherche à mesurer un droit : le droit pour chaque époux de conserver son patrimoine originaire.

199 - Or, ce droit ne peut exister que si son objet existe encore ! Par là, on peut justifier l'article 1571 ; on peut aussi dégager les limites de son application.

Le législateur ne pouvait pas se contenter d'une simple règle d'évaluation dans laquelle on ne se serait préoccupé que du bien existant encore en nature, au moment de la dissolution ; il fallait envisager toutes les hypothèses. Parmi celles-ci figure justement l'aliénation du bien originaire.

La question est simple : comment traiter le droit de conserver son patrimoine originaire en cas d'aliénation ?

Pour y répondre, il faut opérer une distinction selon que la valeur reçue en contrepartie figure encore ou non dans le patrimoine de l'époux.

Si cette valeur se retrouve à la dissolution, ne serait-ce qu'en partie, il est juste de l'inclure dans le patrimoine originaire car elle n'est pas le résultat de l'activité de l'époux pendant le mariage.

En revanche, si elle a été consommée, d'une manière ou d'une autre, l'époux n'a plus aucun droit à la réclamer.

L'application de la solution contenue dans l'article 1571 suppose donc que l'époux apporte la preuve que la valeur d'aliénation a été conservée.

200 - Les mécanismes d'évaluation ne doivent pas être appliqués de manière systématique ; à chaque fois, il faut en rechercher l'utilité et par conséquent, le fondement.

On observera enfin, que le droit de conserver ne porte pas sur le prix, mais sur la valeur d'aliénation ; la justification de cette seconde partie de la règle ne peut être trouvée

2) Le choix de la valeur objective d'aliénation

201 - On aurait très bien pu retenir le prix de cession. Le système y aurait gagné en véracité. En ne le faisant pas, le législateur a marqué sa volonté de lutter contre la fraude éventuelle de l'époux.

202 - Pour comprendre ce souci, il faut d'abord préciser en quoi quoi consiste la fraude sur des biens originaires. On est tout naturellement amené à penser qu'il y aura fraude à chaque fois que le prix figurant dans l'acte d'aliénation aura été inférieur à celui qui fut réellement perçu (303) Tout cela est bien trompeur ; le régime de participation aux acquêts ressemble sur ce point au jeu de billard où il faut diriger la boule du côté opposé à celui où on veut l'envoyer.

En effet, si on avait retenu le prix de vente, l'aliénation ne pouvait devenir frauduleuse que par l'inscription dans le patrimoine originaire, d'un prix supérieur au prix réel. Si un bien a été payé 10.000 F. il aurait fallu déclarer 50.000 F. de manière à majorer le patrimoine originaire. La dissimulation d'une partie du prix aurait été, au contraire, favorable à l'autre époux puisqu'elle aurait entraîné une diminution du patrimoine originaire et, par conséquent, une augmentation de l'enrichissement.

On ne peut frauder sur les biens originaires que si l'on cherche à gonfler l'enrichissement qui n'est pas dû à l'activité de l'époux pendant le mariage. Le seul moyen d'y parvenir est de laisser croire que le bien aliéné a été remplacé par une valeur supérieure à celle qui fut réellement percue.

---

(303) Ponsard, sous Aubry et Rau, n° 370 note 72

203 - C'est justement sur ce point qu'il y a un risque de voir un époux chercher à dissimuler une partie des résultats de son activité dans un prix qui n'aurait pas été intégralement payé.

C'est pourquoi il faut comprendre la référence à la valeur objective d'aliénation comme une mesure de protection contre la fraude éventuelle des époux ; en ce sens, l'article 1571 pose une présomption selon laquelle le bien a été vendu à son véritable prix.

204 - Mais s'agit-il d'une présomption simple ou irréfragable ?

La réponse nous paraît devoir distinguer selon que l'on se place du côté de l'époux aliénateur ou du côté de son conjoint.

Pour l'époux aliénateur, la présomption devra être irréfragable. Bien sûr, on pourra nous rétorquer que cela peut être injuste lorsque l'on a la certitude que le bien a été vendu à un prix supérieur à sa valeur vénale. Mais le risque est-il grand ? A notre sens, il ne paraît pas suffisant pour mettre en cause une présomption qui rendra de grands services. De surcroît, par hypothèse, elle trouvera à s'appliquer à propos d'aliénations récentes (sinon, il sera probable que la valeur aura disparu) ; même en admettant que l'époux ait trouvé un acheteur crédule, ne serait-il pas illogique de retenir un prix largement supérieur à ce qu'aurait été la valeur du bien s'il était resté dans le patrimoine de l'époux. Bizarrement, la prise en compte de la valeur du bien aliéné, (qui est une mesure de circonstance permettant au droit de conserver de s'exprimer même en cas de vente du bien) déboucherait sur une espèce d'éxasperation de ce droit. En dernier lieu, il ne serait pas illogique de considérer que l'éventuelle différence entre valeur vénale et prix reçu tient un peu de l'activité (peut-être pas très louable) de l'époux.

Pour le conjoint, les choses sont différentes. Si l'article 1571 empêche de déclarer un prix supérieur à celui qui a été reçu effectivement, il ne règle pas le cas d'un prix volontairement minoré. Il sera toujours avantageux pour l'époux de laisser croire qu'il a reçu un prix supérieur, proche de la valeur vénale alors qu'en réalité celui-ci aura été très faible. Il y a là un risque de voir une partie des acquêts s'évaporer dans la différence. Il faudra donc permettre au conjoint d'apporter la preuve que le prix perçu était inférieur à la valeur d'aliénation ; à son égard, la présomption est simple.

C - Lorsqu'un bien nouveau a été subrogé au bien aliéné, on prend en compte la valeur de ce nouveau bien.

205 - La rédaction de l'article 1571 peut prêter à confusion.

L'utilisation de la formule "Si de nouveaux biens ont été subrogés aux biens aliénés..." peut laisser croire que l'on se trouve là dans un hypothèse de remploi des biens originaires.

Employée sans autre précision, l'expression de remploi peut être utilisée ; en revanche, elle ne saurait conduire à l'application, ne serait-ce que par analogie, des règles de la communauté.

En effet, on ne doit pas parler de bien originaire par renouvellement, comme l'on parle de propre par renouvellement. Parce qu'il ne concerne qu'un procédé d'évaluation du droit de l'époux sur le bien initial, l'article 1571 ne permet pas de dire que le bien acquis devient lui-même un bien originaire.

206 - Conséquence de l'utilisation de la technique de la dette de valeur dans le régime de participation aux acquêts, l'article 1571 n'opère donc qu'une"subrogation réelle imparfaite" (304)

207 - Par là se marque l'aspect comptable du régime qui le rapproche des procédés modernes d'évaluation des règlements familiaux ; s'il fallait chercher une correspondance avec le régime légal, elle se situerait, non pas aux articles 1434 et 1435 du code civil, mais à l'article 1469 al. 3 qui, (305) au moins lorsque la communauté est débitrice, n'évoque pas l'idée de remploi.

---

(304) P. Malaurie, "La dette de valeur" Cours de doctorat 1973-74 p. 120 et s.

(305) la même remarque a été faite à propos du droit des successions, P. Catala, "La réforme des liquidations successorales" n° 41 p. 108

Adde : Pillebout, "Le régime de la participation aux acquêts" J.C.P. Not. Form. p. 193 spéc. n° 18

Flour, Cours de licence 4ème année 1966- 1967 p. 882, en fait l'une des caractérisitques du patrimoine originaire :"aucune formalité de remploi n'est prévue. Il faut donc admettre que c'est une substitution de fait".

Cette observation commande les réponses à apporter aux questions que soulève la mise en œuvre d'une telle évaluation. On la retrouvera ainsi à propos du domaine d'application (1) et de la preuve de la subrogation (2).

1) le domaine d'application de la subrogation

208 - L'article 1571 du code civil est resté très vague quant au domaine d'application de la subrogation.

Le plus souvent, il est vrai elle trouvera à s'appliquer dans des cas d'acquisition d'un bien nouveau, soit que celui-ci sera financé par les fonds provenant de l'aliénation, soit qu'il sera reçu en échange. Mais, parce qu'elle n'intéresse que la valeur du bien nouveau, la subrogation peut être amenée à jouer dans des hypothèses qui ne seraient pas sources de remploi. Ainsi est-il possible de parler de subrogation partielle (a) et de subrogation Portant sur des travaux d'amélioration d'une autre bien (b).

a - La subrogation partielle

209- Il se peut que la valeur d'aliénation du bien originaire soit inférieur au prix d'acquisition du bien nouveau ; il se peut, aussi, que l'opération d'échange soit accompagnée d'une soulte réglée par l'époux. Excepté l'hypothèse, rare, où l'époux parviendrait à faire la preuve que la différence a été financée avec des valeurs originaires, cette situation soulève une difficulté qui a divisé la doctrine.

210 - La question est la suivante : faut-il encore retenir la valeur du bien nouveau lorsque l'on sait qu'une partie de cette valeur n'a pas été obtenue avec des biens originaires ?

Deux solutions ont été proposées.

211 -. Dans la première (306), et parce que l'on a raisonné en termes de remploi en assimilant le conjoint avantagé à un époux débiteur de récompenses envers la communauté, on propose de décomposer l'évaluation en deux opérations. Il faudrait d'abord comptabiliser la totalité de la valeur et retrancher ensuite la partie excédentaire.

Encore faut-il trouver les fondements techniques de cette déduction. Tois solutions ont été imaginées, avec une préférence marquée pour la dernière.

On pourrait, soit en appeler au pouvoir modérateur du juge, ce qui reviendrait à utiliser l'article 1579 du code civil, soit voir ici créance dont serait titulaire l'autre époux, soit enfin considérer qu'il y là un bien originaire de la valeur duquel il faut déduire une dette d'acquisition.

Cette dernière proposition atteste pleinement de l'idée qu'une partie de la doctrine a pu se faire de l'article 1571 : le bien nouveau est considéré comme prenant la place du bien originaire, pour devenir à son tour originaire. L'article 1571 n'est plus une règle d'évaluation du patrimoine originaire, il devient une règle de composition.

---

(306) Cornu, op. cit. n° 61 ;

212 -- Dans la seconde, on propose d'établir une subrogation partielle; la valeur du bien nouveau ne serait comptée dans le patrimoine originaire que jusqu'à hauteur du financement réalisé avec des fonds originaires (307). L'argument développé est double : d'une part l'article 1571 dit qu'il faut "prendre en considération la valeur du bien nouveau", il ne dit pas qu'il faut la prendre en totalité (308), d'autre part il y aurait là une transposition de solutions déjà admises, et confirmées (309) dans l'application de l'article 1469 al. 3

Dans ces conditions, puisque le bien sera intégralement compris dans le patrimoine final, la comparaison avec le patrimoine originaire fera forcément ressortir la proportion de valeur financée avec des acquêts.

213 -- Entre ces deux systèmes, on pourrait croire que la différence est ténue et que finalement,les arguments manquent pour trancher dans l'un ou l'autre sens. Deux remarques s'imposent.

214- La différence aura toujours une conséquence quant'à la conception que l'on retient de la liquidation : le droit de conserver joue, certes, le même rôle que les propres mais la construction du régime impose de ne pas assimiler le patrimoine originaire aux biens propres du régime de communauté. En pratique, il y aura des différences si on refuse de réévaluer la part de passif, en privant le conjoint de l'acquéreur, de la plus-value fortuite prise par le bien. Or, cette solution a parfois été préconisée (310). Il faut donc choisir l'une des deux explications théoriques.

215-- Un exemple permet de préférer la seconde solution. Il faut pour cela imaginer une acquisition financée pour plus de moitié avec des acquêts. Si l'on considère que l'article 1571 établit un cas de remploi, il faut, dans la logique des articles 1407 et 1434 al. 3 , faire application de l'adage "Major pars trahit ad se minorem" et décider que le bien n'est pas originaire, mais acquêt. Or, il ne faut pas pour autant négliger qu'il a été financé, pour une partie, avec des biens originaires.

---

(307) Aubry et Rau par Ponsard, n° 370 § 533, p. 621 ; Corpechot, Rapport au 75ème congrès des notaires de France, précité, n° 258 p. 395

(308) Ponsard, idem

(309) La jurisprudence récente admet, en principe, la subrogation partielle Civ. 1ère 13 octobre 1980, J.C.P. 1981 IV p. 39, Def. 1981 art 32608 n° 30

(310) La participation aux acquêts, revue Ventôse Mai 1976 p. 55

Aucune solution n'est envisageable dans ce cas.

En effet, l'absence de distinction en nature, entre originaires et acquêts interdit de proposer un droit à récompense pour l'époux, comme c'est le cas en communauté.

Dès lors, deux correctifs peuvent être imaginés qui tous les deux, méritent des observations.

On peut toujours penser à faire figurer le bien aliéné dans le patrimoine originaire, pour sa valeur au jour de l'aliénation, ce serait un moyen de rétablir l'équilibre rompu au détriment du droit de l'époux. Seulement, on supprime tout alignement sur la valeur du bien nouveau; que celui-ci connaisse une importante plus-value et l'époux n'en profitera pas, à moins de prévoir une clause en ce sens dans le contrat de mariage.

On peut aussi considérer que l'absence de communauté et plus généralement, l'absence de distinction entre originaires et acquêts pendant le régime, autorise a écarter l'adage qui commande les solutions valant dans le régime légal. Le bien nouveau serait toujours originaire, quelle que soit la part d'acquisition fournie au moyen du bien originaire.

Mais cela peut conduire à des situations surprenantes : il suffit d'imaginer une acquisition où une très petite partie du prix à été prise sur les biens originaires.

Face à ces difficultés, il nous paraît beaucoup plus simple de raisonner autour de l'idée de subrogation partielle ; le problème du passif ne se pose plus, les droits de l'époux sont limités à la portion du bien nouveau qui a été financée avec le bien ancien.

b - La subrogation en cas d'investissements réalisés sur des biens déjà possédés par l'époux.

216 - On peut imaginer qu'un époux se serve de ses biens originaires pour financer des travaux portant sur d'autres biens.

Il importe peu que ces biens soient eux-mêmes originaires ou qu'ils soient acquêts puisque, de toutes manières, la plus-value qui en résultera sera soumise à participation, le droit de participer s'étendant aux améliorations apportées aux biens originaires.

217 - Faut-il encore appliquer l'article 1571,et évaluer le bien originaire initial en retenant la valeur de la plus-value procurée à autre bien ?

218- La lettre de l'article commande une solution, son esprit en commande une autre.

A la lettre, il semble qu'une telle subrogation soit impossible ; il ne paraît guère possible d'assimiler l'amélioration apportée à des biens déjà existants à l'expression de "nouveaux biens subrogés" qui est employée par le code civil. S'il fallait le fortifier, cet argument pourrait s'appuyer sur une décision rendue à propos de l'article 1099-1 (311); il est vrai que ce texte est plus précis puisqu'il y est dit "Quand un époux acquiert un bien..."

Cette analyse restricitive nous semble devoir céder devant l'esprit de l'article. La liquidation du régime de participation a pour but, au moins dans la conception que nous proposons, de répartir l'ensemble des valeurs possédées par l'époux. L'une des idées maîtresses est que cet époux doit conserver toutes les valeurs qui ont leur source dans un bien originaire, à l'inverse des valeurs qui résultent de son activité.

---

(311) Paris, 17 mai 1973, D. 74, 625 note Malaurie
voir Pillebout J.C.P. form. contrat de mariage "Participation aux acquêts" n° 12

Dès lors, convient-il de distinguer entre ces valeurs selon qu'elles constituent un bien nouveau ou une amélioration de biens anciens ? Nous ne le pensons pas. Il y va du dynamisme du régime. En effet, si on refuse ce genre de subrogation, on devra retenir la valeur d'aliénation du bien originaire qui a servi au financement, c'est à dire une valeur qui peut être très inférieure (le temps aidant) à celle des travaux d'amélioration. C'est dire que l'époux aura tout intérêt à différer l'investissement ou le réaliser avec des fonds qui ne seront pas originaires. Le régime de participation aux acquêts se trouverait ainsi dans une situation d'infériorité par rapport au régime légal où l'hypothèse de travaux d'amélioration est directement visée par l'article 1469 al. 3 du code civil.

Cet argument l'emporte en doctrine puisque tous les auteurs, parmi ceux qui ont étudié cette question, se prononcent pour la subrogation en cas d'amélioration d'un bien existant. (311)

Dans son régime, cette sorte de subrogation ne sera pas différente des subrogations pour acquisition ou échange ; elle obéira, notamment, aux mêmes règles de preuve.

2 ) la preuve de la subrogation

219 - La force d'un droit est souvent fonction du régime juridique de sa preuve ; le droit pour un époux, de reporter la valeur d'un bien originaire sur un autre bien, ne peut être exercé que si on a l'assurance de la provenance des fonds. C'est à l'époux concerné d'en rapporter la preuve, mais il faut dire avec quels moyens.

220- Or, le choix de moyens de preuve est normalement fonction des intérêts en présence et du but poursuivi ; on examinera successivement la portée de la subrogation à l'égard des tiers et de l'autre époux, avant d'examiner son but.

---

(311) Corpechot, Rapport au 75ème congrès des notaires de France, précité p. 400 n° 264 ; Ponsard Aubry et Rau T. VIII n° 370 p. 621 § 533
Pour les liquidations successorales, Catala précité p. 109 n° 41

### ∝ La portée de la subrogation à l'égard des tiers

221 - Il ne suffit pas d'affirmer que "les tiers ne sont pas en (312) cause", il faut ajouter que la subrogation jouera souvent à leur profit.

On a, très facilement, fait observer que la seule chose qui importait à l'égard des tiers, était l'appropriation d' un bien par tel ou tel époux, que la qualité d'acquêt ou de bien originaire leur était indifférente (313). Quelle que soit la nature du bien, le patrimoine de l'époux constitue le gage général des créanciers et rien ne permet de leur opposer une répartition qui ne jouera qu'entre époux, et de surcroît, à la liquidation du régime.

Bien plus, les tiers sont assurés de pouvoir exercer leur (314) poursuite, au moins, sur les valeurs que l'époux à le droit de conserver ; il est donc de leur intérêt qu ' elles soient les plus importantes possible, Or, la subrogation jouera, le plus souvent, en ce sens.

Se substituant au prix d'aliénation du bien, la valeur du bien subrogé peut lui être nettement supérieure.

De cela on peut tirer un premier enseignement, jouant en faveur d'une libéralisation de la preuve de la subrogation.

Mais la question doit aussi être posée à l'égard des époux.

---

(312) G. et M. Morin op. cit. n° 518

(313) P. Rémy, thèse précitée p. 461

(314) Cela ne ressort pas directement des textes, mais de l'interprétation que nous ferons de la règle selon laquelle le patrimoine originaire négatif est compté pour zéro, sans tenir compte de la totalité du passif. Nous verrons que cette règle a pour fonction d'éviter qu'un époux ne doive plus que la moitié de ses acquêts. Son application laisse aux créanciers l'autre moitié des acquêts et l'ensemble des valeurs originaires.

Il est vrai que cette règle de l'article 1571 du code civil, est condamnée par le projet de loi du 24 janvier 1985

β La portée de la subrogation à l'égard de l'autre époux.

222 - A partir du moment où la subrogation ne diminue pas la masse des acquêts, il y a tout lieu de penser qu'elle n'a aucune influence sur le droit de participer du conjoint.

223 - Il ne faut pas oublier pourtant, que ce droit sera établi sur ce qui restera du patrimoine final de l'époux, après qu'il ait retranché les valeurs que la loi lui permet de conserver. Il est évident que plus ces valeurs seront élevées, moins le droit de participer sera important, et vice-versa.

Autant dire que la subrogation n'est pas totalement indifférente à l'égard de l'autre époux ; elle peut diminuer ou augmenter son droit de participation.

Elle le diminuera lorsqu'en l'absence de subrogation, on aurait retenu la valeur d'aliénation du bien originaire. Si l'acte est éloigné du jour de la dissolution, il peut y avoir une grande différence entre cette première valeur, soumise à la dépréciation monétaire, et celle du bien subrogé. Dans ce cas, la mise en oeuvre de la subrogation peut être déterminante et on peut être tenté de la soumettre à des règles de preuve assez rigoureuses.

A l'opposé, il se peut que la subrogation augmente le droit de participation; il faut supposer pour cela que le bien nouveau a subi une moins-value fortuite que n'aurait pas connue le bien originaire. Ne faudrait-il pas alors favoriser la preuve de la subrogation et lui reconnaître une nécessaire souplesse.?

224- Ce mélange de conséquences peut dissuader de rechercher une directive susceptible de trancher dans un sens ou dans l'autre.

Pourtant, il y a entre les deux situations, un rapport de principe à exception qui semble indéniable. L'éventualité d'une perte de valeur du bien subrogé est une hypothèse d'école ; elle peut se produire mais nous ne sommes pas certain qu'il faille la retenir trop longtemps.

La protection des intérêts du conjoint impose donc de retenir des moyens de preuve suffisamment rigoureux.

L'étude du but poursuivi nous confortera dans cette constatation.

### ϐ Le but poursuivi

225 - Dans d'autres questions, on a pu préconiser la liberté de la preuve ; il faut dire ici que le but poursuivi est différent.

226 - La liberté de la preuve semble s'imposer à propos de la subrogation prévue par l'article 860 al. 2 du code civil : l'utilisation des fonds provenant de la vente du bien donné, dans l'acquisition d'un bien nouveau est "un fait juridique qui se prouve par tous moyens". (315)

Cette solution, confirmée par une réponse ministérielle du Garde des Sceaux (316), nous paraît profondément liée au but poursuivi par la subrogation. En cas de détermination de la valeur rapportable, il ne s'agit pas de protéger celui qui a réalisé l'opération, mais ses cohéritiers, créanciers du rapport. Ce sera à eux d'établir le rapprochement entre l'aliénation et l'acquisition , à défaut, le rapport sera limité à la valeur de l'objet donné, au jour de l'acte.

---

(315) Catala, "La réforme des liquidations successorales" précité, n° 41 p. 109

(316) J.O. du 15 juillet 1978, Déb. Ass. Nat. p. 4000 ; Rep. Def. 1978 art. 31796 p. 1016

Dans ces conditions, la preuve par tous moyens est amplement justifiée ; il serait inconcevable d'exiger une autre preuve alors que les cohéritiers ont pu n'être jamais avertis de l'acte.

227 - Il en va tout différemment dans le régime de participation aux acquêts ; la subrogation y joue essentiellement au bénéfice de l'époux qui en est à l'origine. Il est donc normal de lui imposer de se ménager une preuve, non équivoque,de ce qu'il réclame.

C'est pourquoi, en considération des intérêts du conjoint et du but poursuivi, il nous semble raisonnable de retenir un système de preuve fondé sur l'écrit.

On a déjà préconisé d'employer ici, les règles de preuve fixées à l'art. 1434 du code civil, jouant en cas de remploi ( 317). Sous réserve de ne pas assimiler les deux techniques, il est concevable de s'en inspirer.

Ainsi, la mise en jeu de la subrogation supposera une déclaration, dans l'acte, précisant que les fonds proviennent de l'aliénation d'un bien originaire. A défaut, il sera toujours possible d'établir la relation entre les biens, par intervention du conjoint en ce sens, lors de la liquidation: cette forme de"subrogation a posteriori" n'intéresse que les époux et leur accord peut toujours suppléer l'absence de preuve préconstituée.

---

(317) P. Rémy, thèse précitée, p. 460 , pour une transposition des règles de preuve valant entre époux, c'est à dire pour une"solution moyenne"

228 - Les solutions retenues par le régime français dans l'évaluation des biens originaires aliénés, avec ou sans subrogation, tranchent avec celles qui ont été adoptées dans le droit allemand.

Outre Rhin, le calcul de la péréquation des bénéfices suppose que l'on fasse la différence entre le patrimoine au jour du mariage et celui qui apparaît à la dissolution. Il s'agit là d'une véritable comparaison entre les deux situations, de début et de fin de mariage.

Dans cette optique, il était normal que le § 1376 du B.G.B. se contentât d'envisager l'évaluation des biens sur la base de leur valeur au jour de l'entrée en vigueur du régime des biens. Le devenir des biens originaires n'est pas pris en compte dans leur évaluation.

Certes, la doctrine et la jurisprudence allemande ont fait un grand pas en admettant que les hausses de valeurs dues aux seules fluctuations économiques ne constituaient un bénéfice au sens du § 1373. Mais il faut placer cette évolution plutôt dans le sens d'un aménagement du régime que dans celui d'une remise en cause ; la ZugewinnGemeinschaft s'est adaptée aux exigences pratiques. (318)

Le principe demeure selon lequel le patrimoine initial correspond à la fortune de l'époux au jour du mariage ; des différences radicales avec le droit français en découlent.

Ainsi, le bien originaire aliéné (qu'il y ait ou non subrogation, que le prix ait été consommé ou pas),sera toujours évalué selon sa valeur au jour du mariage. Cette solution nous a été confirmée par plusieurs notaires ouest-allemands.

Il en ira de même des biens consommés, donnés ou détruits, ce qui, nous allons le constater, établit une autre différence avec notre régime de participation aux acquêts.

---

(318 ) sur ce point voir conclusion

§ 2 - Les biens originaires qui ne deviennent pas valeurs originaires.

229 - Sur ces biens, la loi est muette ; l'article 1571 ne prévoit aucun mode d'évaluation. On pourrait y voir une lacune et une difficulté supplémentaire pour le liquidateur. Il n'en est rien. Ces biens n'ont pas à être évalués, ils ne deviendront pas valeurs originaires.

Pour justifier cette affirmation importante, il convient une nouvelle fois de se référer au mécanisme liquidatif du régime.

230.- La question est simple : pourquoi ne faut-il pas prendre en compte, à la dissolution, les biens disparus sans contrepartie ?

Une première réponse pourrait être avancée qui aurait l'avantage de la simplicité, elle consisterait à dire que seuls les biens qui se retrouvent,en nature,à la fin du mariage doivent être intégrés dans le patrimoine originaire.

Quoi qu'il en soit, l'esprit du régime suffit à condamner cette vision restrictive. La liquidation serait faussée si on ne tenait pas compte des biens qui ont quitté le patrimoine de l'époux en y étant

remplacés par une autre somme ou par un autre bien. L'article 1571 ne laisse subsister aucune espèce de doute sur ce point puisqu'il envisage deux situations différentes selon que le bien se retrouve ou non à la dissolution. Cette division de l'article a été relevée par tous les auteurs.

C'est donc une première leçon : même si le patrimoine originaire est constitué à la dissolution, il faut prendre en compte tous les biens qui, au jour du mariage, avaient vocation à y entrer.

231 - Doit-on forcément en conclure qu'il n'y aura pas d'exception ? Non. Il faut maintenant se souvenir de l'explication que nous avons donnée pour les cas prévus par l'article 1571 : il est normal de permettre à l'époux de garder pour lui seul certaines valeurs qui apparaissent à la dissolution, parce que ces valeurs ne sont pas le résultat de son activité pendant le mariage. Parmi celles-ci on trouve les biens qui existent en nature et ce qui reste des biens aliénés, c'est à dire une valeur minimum fixée au jour de l'aliénation. La situation est toute différente pour les biens dont on sait qu'ils ne représentent plus rien dans la fortune finale de l'époux. En déterminant la composition du patrimoine originaire, non pas en fonction d'une comparaison avec le patrimoine final, mais sur l'idée d'un droit pour l'époux de bénéficier de certaines valeurs, il est normal de limiter ce droit aux seules valeurs qui existent réellement à la dissolution, soit sous la forme du bien lui-même, soit sous la forme d'une valeur découlant du bien (prix d'aliénation ou bien nouveau acquis avec ce prix).

Il convient donc d'ajouter une deuxième leçon : parmi les biens qui avaient vocation a entrer dans le patrimoine originaire, seuls seront pris en compte ceux qui représentent une valeur au jour de la dissolution.

232 - Cette conclusion permet d'éclairer trois textes relatifs au régime de participation : deux concernent les biens aliénés, l'un a trait au sort des fruits dans le patrimoine originaire.

A - Les biens originaires dont l'époux a disposé entre vifs.

233 - Dans leur rédaction actuelle, deux textes paraîssent susceptibles de s'appliquer à l'aliénation gratuite de biens originaires.

On pense d'abord à l'article 1571 du code civil qui contient, entre autres, la règle selon laquelle les biens aliénés sont estimés dans le patrimoine originaire en tenant compte de leur valeur au jour de l'aliénation. En faisant valoir qu'il n'y a pas à distinguer là où la loi ne distingue pas, (319) on peut admettre que l'emploi de la formule générale "biens aliénés" comprend autant l'aliénation gratuite que l'aliénation onéreuse ; dans les deux cas, le bien sera estimé au jour de l'acte.

On peut ensuite, envisager l'article 1573 du code civil qui commande de réunir fictivement au patrimoine final, tous les biens dont l'époux a disposé à titre gratuit. Puisqu'aucune précision n'est apportée, il y a tout lieu de penser que la récapitulation portera également sur les biens originaires.

234 - A l'examen, on constatera pourtant qu'aucun de ces deux articles n'a été fait pour les biens originaires.

La solution deviendra certaine lorsque le projet de loi du 24 janvier 1985 sera adopté et entré en vigueur; pourtant il est possible, dès maintenant, de la découvrir dans la structure liquidative du régime.

Encore une fois, il faut raisonner en termes de droits pour les époux et non pas, selon l'idée d'une comparaison entre patrimoines initial et final.

---

(319) C'est ainsi qu'ont raisonné les auteurs qui ont abordé cette question du domaine d'application de l'article 1571.
en ce sens : Cornu, op. cit. n° 57 ; Aubry et Rau par Ponsard, n° 370 §533 p. 619 ; G. et M. Morin op. cit. n° 523

La mise en oeuvre de ce raisonnement conduit à une conclusion inéluctable : ni l'article 1571, ni l'article 1573 ne concernent les biens originaires.

235 - La formule est brutale et peut surprendre ; elle s'imposera à l'avenir, puisque l'article 29 du projet de loi relatif à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux, prévoit que les biens dont l'époux a disposé par donation entre vifs pendant le mariage, ne seront pas compris dans le patrimoine originaire.

236- Cette modification de l'article 1570 mérite plusieurs remarques.

Déjà, on peut penser qu'elle est mal placée : en ordonnant de ne pas tenir compte des biens originaires donnés, le projet a posé une règle d'estimation, et non de composition, du patrimoine originaire. Le bien en question sera toujours originaire, il figurera dans l'état descriptif, seulement il ne deviendra pas valeur originaire. C'est un bien originaire dont on ne tiendra plus compte, mais cela, on ne peut pas le savoir au jour du mariage.

Ensuite, bien que cela soit moins décisif, on peut se demander si l'importance de la disposition, par rapport au droit actuel, n'aurait pas justifié que l'on en fasse plus qu'un simple ajout à une phrase qui concerne principalement les fruits originaires.

Enfin, et surtout, cette solution a été imaginée pour répondre aux critiques de la doctrine et aux soucis des praticiens qui souhaitaient, ensemble, que l'on revînt sur l'éstimation des biens originaires donnés.

237 - En faisant jouer aux articles 1571 et 1573 du code civil, un rôle pour lequel ils n'avaient pas été faits, on en est vite arrivé à une difficulté quasiment insurmontable.

La méprise porte, une nouvelle fois, sur l'assimilation patrimoine originaire et initial ; c'est en partant de cette idée que l'on a été amené a développer un raisonnement qui nous semble contraire aux principes liquidatifs du régime :

- puisqu'il faut calculer la valeur du patrimoine de l'époux au jour du mariage, il faut tenir compte de tous les biens qu'il possédait, y compris de ceux dont il a disposé à titre gratuit,

- puisque l'on doit comparer le patrimoine originaire au patrimoine final, il faut veiller à ne pas rajouter une valeur à l'un sans en faire autant pour l'autre,

- c'est pourquoi, il ne faut pas limiter l'article 1573 aux biens acquis pendant le mariage, ce texte est général et doit jouer aussi pour les biens originaires. A défaut la valeur du bien donnée n'apparaîtrait que dans le patrimoine originaire, d'où un déséquilibre irrémédiable.

238 - Ce raisonnement est critiquable, autant dans sa conclusion que dans sa proposition de départ.

.Il est paradoxal de dire que l'article 1573 permet de contrebalancer la prise en compte, dans le patrimoine originaire, de la valeur du bien donné, en effet, c'est une autre valeur que l'article commande de retenir.

Dans le patrimoine originaire, on tiendra compte de la valeur du bien au jour de l'aliénation alors que dans le patrimoine final on retiendra celle qu'aurait eue le bien au jour de la dissolution. D'où une différence que l'on a parfois analysée comme une inadaptation du régime.

De surcroît, si le conjoint a consenti à la donation, la valeur du bien sera ignorée dans le patrimoine final.

Que l'on accepte d'appliquer l'article 1573 à propos des biens originaires donnés et l'on s'aperçoit que la liquidation est totalement embrouillée. D'où les différentes propositions qui ont été faites pour améliorer le prétendu modèle légal.

Deux grandes solutions ont été imaginées : on peut, soit exclure les biens donnés de tous les comptes liquidatifs, soit retenir la même date d'évaluation afin d'éviter les déséquilibres. En toute hypothèse, cette seconde solution ne permet de corriger que l'évaluation du bien aliéné sans le consentement du conjoint ; si ce dernier a consenti à l'acte, le bien ne compte plus dans le patrimoine final et il ne servirait à rien de jouer sur les dates d'évaluation.

C'est pourquoi les auteurs se partagent entre une solution unique qui consisterait à évacuer les biens originaires donnés et une solution mitigée qui distingue selon que le bien a été donné avec ou sans le consentement du conjoint (320).

---

(320) Cornu, op. cit. n° 58 - 59 ; Colomer, op. cit. n° 114 et 116
Pillebout, From. précité n° 19 ; G. et M. Morin op. cit. n° 523 b

Pour règler ce problème, il nous semble qu'il faut s'attaquer directement à la proposition de départ,en vertu de laquelle tous les biens originaires doivent être évalués dans le patrimoine du même nom. En doctrine, on a justifié cette solution en faisant valoir qu'il n'y a pas à distinguer là où la loi ne distingue pas (321): l'expression générale de biens aliénés recouvre autant les opérations gratuites qu'onéreuses.

Il est pourtant simple de réfuter cette analyse. En effet, lorsque le législateur envisage l'aliénation suivie de subrogation, donc obligatoirement à titre onéreux, il emploie la même terminologie de "biens aliénés". L'argument se renverse.

Une seule idée serait en mesure de justifier la prise en compte des biens originaires aliénés, il s'agirait de la correspondance que l'on a cru découvrir entre le patrimoine originaire et le patrimoine de l'époux au jour du mariage. On a déjà montré que cette conception était insuffisante pour expliquer les principes d'évaluation de l'article 1571 du code civil ; il serait surprenant qu'on la retînt ici alors qu'elle est à l'origine de difficultés.

En analysant le patrimoine originaire comme la marque du droit pour chaque époux de conserver seul une partie, comptable, de ses biens, il est très simple d'affirmer que l'on a pas à s'occuper des biens originaires aliénés gratuitement.

Ces biens ne représentent plus rien au moment de la dissolution ; en aucune manière leur valeur n'a à être répartie entre les deux époux. Ils n'ont pas plus à figurer dans le patrimoine originaire que dans le patrimoine final.

---

(321) Cornu op. cit. n° 57

239 - Il est possible maintenant de découvrir tout l'intérêt de la modification envisagée par le projet de loi du 24 janvier 1985, en ce qui concerne l'article 1570.

On pourrait y voir une simple consécration de la proposition faite en doctrine, de ne pas tenir compte des biens originaires donnés. Seulement cette méthode a été imaginée à titre de remède contre les doubles évaluations des article 1571 et 1573 ; la loi nous semble, peut être inconsciemment, aller plus loin.

Aucun commentaire n'envisage de supprimer l'éventualité du consentement du conjoint à l'acte d'aliénation à titre gratuit, par là se marque, encore, une volonté de faire comme si les biens concernés faisaient toujours partie de la liquidation. Le projet de loi, lui, franchit le pas. Après modification, l'article 1573 sera exclusivement réservé aux biens acquis pendant le mariage, la récapitulation fictive ne portera pas sur les biens originaires.

En réalité, on ne fait, avec ce projet, que redonner à l'article 1573 une fonction dont il n'aurait jamais dû sortir ; ce texte a toujours été fait pour les seuls acquêts, il n'a jamais eu vocation à s'appliquer aux biens originaires. Nous en donnerons deux raisons.

Primo, n'y a-t-il pas quelque illogisme à envisager l'intervention des deux époux dans la donation d'un bien appartenant à un seul et ce, depuis une date antérieure au mariage ou depuis une acquisition gratuite ? Curieusement, l'époux marié sous le régime de participation aux acquêts aurait moins de pouvoirs sur ses biens originaires que l'époux commun n'en a sur ses biens propres. Autant le consentement du conjoint peut être justifié lorsque l'acte gratuit porte sur un acquêt, car là il y a diminution certaine de la masse de biens qui sera soumise à participation, autant il est singulier pour une donation de bien originaire.

Secundo, l'article 1573 a pour but d'empêcher un époux de diminuer sa fortune finale au détriment du droit de participer de son conjoint. Les biens donnés, ceux qui ont été aliénés frauduleusement, sont réunis, en valeur, aux biens existants ; on fait comme s'ils se retrouvaient encore à la dissolution, ce qui annule les manoeuvres dolosives.

Or, dans ces conditions, on n'a que faire des valeurs originaires. A quoi servirait de réunir une valeur dont on sait qu'elle sera reprise aussitôt par l'époux?

Avec cette question des biens originaires donnés, la supériorité de l'analyse proposée pour le patrimoine originaire, est patente. Mais les biens donnés ne sont pas les seuls à être concernés, d'autres peuvent également figurer dans la liste des biens originaires et ne pas être évalués dans le patrimoine du même nom.

## B - Les biens consommés

Le problème des biens consommés ne se pose pas exactement dans les mêmes termes que celui des biens donnés. Il existe, en effet, une disposition particulière relative aux fruits qui permet, avec la version originale des textes, de guider l'interprétation. Le règlement du problème particulier (1) inspirera celui du cas général (2).

### 1 ) le problème particulier des fruits dans le régime de participation aux acquêts.

L'article 1570 énonce une règle dont il faut mesurer d'abord la portée (a) avant d'en rechercher, ensuite, la justification (b).

a - La portée des dispositions relatives aux fruits dans le régime de partici-

240 - La doctrine, il est vrai parfois avec prudence (321), a très facilement admis que l'article 1570 s'appliquait à tous les fruits (322), qu'ils aient été perçus avant ou pendant le mariage. En lui même le texte n'est pas aussi explicite, l'admission d'une interprétation large suppose qu'on en fasse une analyse minutieuse.

La difficulté vient de l'emploi du pronom démonstratif "ces" ; on ne sait pas si ce terme vise seulement les derniers biens évoqués, c'est à dire ceux qui ont été reçus par succession ou libéralités, ou s'il englobe tous les biens originaires quels qu'ils soient. Dans le premier cas, les fruits perçus avant le mariage pourraient être inscrits dans le patrimoine originaire(323), dans le second, ils ne le pourraient pas.

On peut tout de même remarquer que l'article 1570 utilise deux fois le même pronom démonstratif ; force est d'admettre qu'il a le même sens dans les deux cas. Or, lorsqu'il est dit qu'il ne sera pas tenu compte des fruits de ces biens, il paraît évident que l'on vise tous les fruits, qu'ils soient perçus sur des biens antérieurs au mariage ou sur des biens reçus à titre gratuit. On ne comprendrait pas que seuls les derniers soient exclus du patrimoine originaire. La même remarque s'impose donc pour la seconde partie de la proposition : les fruits qui appartenaient à l'époux au jour du mariage et ceux qu'il a acquis depuis par succession ou libéralité n'entrent pas dans le patrimoine originaire.

---

(321) Ponsard, commentaire n° 176 préfère dire que la règle "semble signifier..." ; la prudence va même jusqu'à ne pas aborder le problème, Mazeaud op. cit. n° 575 ; Morin op. cit. n° 517

(322) Cornu, J.C.P. 1970 Chr. 2568 n° 42 ; Marty et Raynaud, op. cit. n° 464; Ponsard, sous Aubry et Rau, n° 368 § 533

(323) A la condition, bien entendu, que ces fruits n'aient pas été consommés au jour du mariage.

L'article 1570 contient donc deux règles différentes qui méritent, chacune, d'être justifiées :

- les fruits des biens originaires ne sont pas comptabilisés dans le patrimoine originaire

- les biens orginaires qui auraient le caractère de fruits ne sont pas non plus comptabilisés dans le patrimoine originaire.

b - La justification des dispositions relatives aux fruits dans le régime de participation aux acquêts.

- Les fruits des biens originaires ne sont pas des valeurs originaires.

241 - Image première du profit, les fruits évoquent toujours l'idée de revenu (323). A ce titre, on ne voit pas ce qui pourrait justifier leur exclusion de l'enrichissement de l'époux. Qu'ils soient perçus sur des biens originaires importe peu, l'essentiel est qu'ils sont nés pendant le mariage.

Il y a sur ce point une similitude avec le régime légal (324). La reconnaissance pour chacun des époux du droit de percevoir seul les revenus de ses biens, originaires ou pas, ne doit pas faire oublier la nature communautaire du régime.

---

(323) Savatier, Le droit comptable au service de l'homme n° 51 et 117.

(324) Ne traitant dans ce paragraphe que du seul patrimoine originaire, nous ne nous attachons pas encore aux différences entre les deux régimes sur cette question des fruits (récompenses pour les fruits que l'on a négligé de percevoir, inclusion des fruits simplement échus dans le patrimoine final...).

- les biens originaires qui auraient eu le caractère de fruits ne deviennent pas valeurs originaires.

242 - Dans son application concrète, la règle peut surprendre : (325) des biens dont l'époux était propriétaire au jour du mariage ou qu'il a reçus à titre gratuit, seront compris dans l'enrichissement s'ils existent encore au jour de la dissolution. Il ne peut s'agir ici de remettre en cause cette solution ; le juriste interprète travaille sur ce qui existe dans le droit positif, sa tâche n'est pas de refaire les textes, mais de chercher à en éclairer le sens et la necessité(1).

243 - Or, pour y parvenir on peut soit dépasser, soit s'en tenir à l'idée de comparaison entre patrimoines originaire et final. Seule la première position conduit à un résultat satisfaisant.

La comparaison entre les deux fortunes, initiale et finale, suppose que l'on procède chaque fois à une évaluation. En ce qui concerne le patrimoine originaire, nous avons maintes fois démontré qu'il fallait se placer à la dissolution : le patrimoine originaire correspondrait à la valeur actuelle des biens originaires qui se retrouvent à la dissolution. Dans cette formule, qui marque pourtant un progrès par rapport aux premières présentations du régime, on n'explique pas pourquoi les fruits sont exclus des comptes liquidatifs.

---

(325) Encore que l'on puisse faire remarquer que l'idée d'appréhender des résultats antérieurs au mariage, n'est pas nouvelle dans le droit français. En effet, c'est bien à cette conséquence que conduisait l'ancien régime légal en ce qui concernait les biens meubles ; on se souvient des effets pervers de cette règle à propos des fonds de commerce. Même si la solution n'est plus automatique aujourd'hui, elle figure toujours dans le droit positif en tant que particularité du régime de communauté de meubles et d'acquêts.

M. le Doyen Cornu a évoqué une idée qui paraît convaincante : "la dispense légale de compte équivaut à une présomption légale de consommation"(326). Dans un souci de simplification comptable, les époux sont réputés avoir consommé leurs revenus au jour le jour.

Seulement, il ne suffit pas de constater la technique, encore faut-il la justifier pour en dégager les éventuelles limites. A ce sujet, la question centrale semble bien être : pourquoi ne doit-on pas tenir compte des biens consommés qui existaient au jour du mariage ?

244 - Lorsqu'on raisonne sur le concept d'une comparaison entre fortunes initiale et finale, la réponse est introuvable ; si des valeurs figuraient dans le patrimoine de l'époux au jour du mariage, il semble normal de les inclure dans l'évaluation de ce patrimoine.

La solution ne se comprend que si l'on accepte l'idée d'un droit pour chaque époux de reprendre une partie des valeurs qui figurent à la dissolution. Dans ces conditions, on n'a que faire des biens consommés qui ne représentent plus rien . De là, suit la règle qui est contenue dans la dernière proposition de l'article 1570 al. 1 ; on ne tient pas compte des biens originaires qui auraient le caractère de fruits parce qu'on présume qu'ayant été consommés, il ne se retrouvent pas à la dissolution.

245 - Ce raisonnement appelle une remarque.

En effet, il débouche naturellement sur l'éviction de la présomption pour tous les fruits originaires dont on rapporte la preuve qu'ils n'ont pas été consommés, ce qui sous entend deux hypothèses.

---

(326) Cornu, op. cit. n° 42

Il se peut, tout d'abord, que des fruits originaires (et non des fruits de biens originaires, qui eux, sont forcément des revenus) soient recensés dans le patrimoine final de l'époux. Or, rien ne permet de ne pas en tenir compte ; la présomption de consommation ne joue qu'avec l'article 1570, elle est indifferente à l'article 1572.

Pourtant, à partir du moment où les valeurs correspondantes ne sont pas le résultat de l'activité de l'époux, il n'y a aucune raison valable de les soumettre à participation du conjoint. Ainsi, une succession échue à un époux dans laquelle figureraient des fruits naturels ou civils, sera intégralement comptabilisée dans le patrimoine originaire

Il se peut, ensuite, que ces mêmes fruits aient permis l'acquisition d'un bien nouveau qui se retrouve à la dissolution ; faut-il appliquer ici le mécanisme général d'évaluation en tenant compte de l'origine des deniers ?

La réponse positive est inimaginable pour ceux qui fondent la liquidation du régime sur l'idée de comparaison ; elle peut être admise dès lors que l'on raisonne à partir du droit qu'a chaque époux de conserver son patrimoine originaire. En effet, d'une part, il n'est pas normal de dire que la valeur correspondante (celle du bien acquis) est le résustat de l'activité de l'époux; d'autre part si ce dernier n'avait pas utilisé les fruits originaires, il aurait aliéné un autre bien et là, il y aurait eu facilement subrogation.

2 ) Le cas général des biens consommés ou détruits.

246 - La question des biens consommés n'a jamais été posée en doctrine ; celle des biens détruits l'a été, une fois (327 ).

On a pourtant le sentiment que c'est sur ce genre de silences que se fondaient les craintes les plus persistantes des praticiens. Lors d'entretiens que nous avons eus avec plusieurs notaires, il nous a souvent été répété que la liquidation sombrerait dans des difficultés de preuve dès qu'il s'agira de rechercher ce que possédait l'époux au jour du mariage et qui plus est, dans l'état à ce jour.

Derrière ce désarroi, se cache cette idée dont nous avons voulu montrer qu'elle était insuffisante, de comparaison entre patrimoines initial et final. Que l'on raisonne, comme nous le proposons, en termes de droit pour l'époux de reprendre une partie des valeurs de son patrimoine final et le problème des biens consommés et détruits par cas fortuit, se trouve réglé.

Puisque ces biens ne représentent plus rien, ils figureront sur la liste des biens originaires mais ils n'auront aucune valeur originaire.

Cette situation n'est pas sans conséquences lorsque les biens en question étaient grevés de passif lors de leur entrée dans le patrimoine conjugal.

---

(327 ) Corpechot op. cit. p. 407

## DEUXIEME CHAPITRE :

## LE RETRANCHEMENT DU PASSIF ORIGINAIRE

247 - Dernière opération d'évaluation du patrimoine originaire, l'article 1571 al. 2 dispose : "De l'actif originaire sont déduites les dettes dont il se trouvait grevé. Si le passif excède l'actif, le patrimoine originaire est tenu pour nul".

Ces deux propositions ont chacune leur importance. Si la doctrine approuve unanimement la première, elle condamne généralement la deuxième (328).

Il faut reconnaître qu'une juste estimation du patrimoine originaire passe par la déduction du passif. N'importe quel exemple liquidatif peut le prouver.

Un époux possède au jour du mariage, un studio d'une valeur de 100.000 F. de laquelle il faut déduire une dette de 80.000 F. A la dissolution, ce studio est estimé à 200.000 F., aucune modification d'état n'est à relever. Il n'est pas possible d'unscrire cette dernière valeur dans le patrimoine originaire sans tenir compte du fait qu'au jour du mariage, elle se trouvait amputée des 4/5èmes. Ignorer cette réalité, c'est compter une valeur de 160000 F. qui, en fait, n'existait pas.

(328) Cornu, J.C.P. 1970 Doct. n° 2368 spéc. n° 62, "Les régimes matrimoniaux" 2ème édt. p. 760 ; Colomer, p. 588 n° 1427 et 1428 ; Labrusse, J.C.P. Form. notarial. Régimes matrimoniaux, fasc. F n° 59 ; Marty Raynaud, op. cit. n° 468 ; Mazeaud, op. cit. n° 575 ; Morin op. cit. n° 520 ; Pillebout, J.C.P. 1979 Form. commentées, p. 193 n° 15 et 16; Ponsard, sous Aubry et Rau, n°371 § 533, p. 622, Commentaire op. cit. n° 179.

248 - Seulement, cet exemple illustre déjà la difficulté qui nous attend : comment traiter une dette exprimée en somme d'argent dans un système liquidatif qui repose sur la technique de la dette de valeur ? Dans sa généralité (pour ne pas dire laconisme) l'article 1571 al. 2 ne précise pas de quelle manière s'opérera la déduction du passif. Il faut dire que cette opération concerne des réalités différentes selon l'époque et la nature des dettes ; il était difficile au législateur de fournir une solution unique. C'est à l'interprète et au liquidateur de l'imaginer en fonction des dettes, d'où une première étude qui portera sur la recherche d'une méthode de déduction du passif (Section I).

Ce travail est d'autant plus important qu'il ne concerne pas un type particulier de biens, mais une opération qui tend à protéger la créance de participation en général. Il nous semble important de remarquer, d'emblée, que la déduction du passif joue, non pas en faveur de l'époux dont on établit le patrimoine originaire, mais au bénéfice de son conjoint. En diminuant le patrimoine originaire, on augmente la différence avec le patrimoine final, on augmente du même coup l'enrichissement. Dans ces conditions, la seconde phrase de l'article 1571 al. 2 prend toute son importance : en limitant la prise en compte du passif, on pose une règle qui peut avoir des conséquences sur le montant de la créance de participation. L'important sera de savoir comment la justifier (Section II).

## Section I : La méthode de déduction du passif.

Le choix d'une méthode de déduction (§I)impose que le passif à prendre en compte soit au préalable déterminé (§ II).

### § I - La détermination du passif à prendre en compte

Les dettes sont diverses, les moyens de les acquitter également. On doit examiner la question des sources de paiement (A) avant de montrer que le passif originaire recouvre plusieurs réalités (B).

#### A ) Le passif originaire au regard des sources de paiement.

249 - La question est la suivante : Faut-il tenir compte de la source de paiement ? En d'autres termes, doit-on distinguer selon que la dette aura été acquittée avec des deniers provenant de l'activité de l'époux ou avec des biens originaires ? De la même manière, doit-on réserver un sort spécial au passif éteint à l'aide d'un emprunt ?

Pour y répondre, il faut choisir entre deux conceptions de l'article 1571 al. 2. Déduit-on le passif pour compenser la disparition des acquêts employés lors du règlement ou pour éviter qu'une valeur qui n'existait pas au jour du mariage ou de l'acquisition figure dans le patrimoine originaire ? Telle est l'alternative.

Pour choisir entre ces deux conceptions, il faut se rappeler que la liquidation a pour but de répartir le patrimoine conjugal en remplissant chaque époux de ses droits. Or, cette répartition se fait sur ce qui existe au moment de la liquidation, sans rechercher ce qu'aurait pu être le patrimoine de l'époux sans telle ou telle opération (excepté les actes frauduleux et les donations entre vifs). Seul compte son enrichissement, tel qu'il se constate.

Cet enrichissement comprend toutes les valeurs possédées par l'époux au jour où le régime est dissous, moins celles qui ne sont pas le résultat de son activité pendant le mariage. Dans cette formule, apparaît clairement la finalité du patrimoine originaire : venir en déduction du patrimoine final.

Seulement, si déduction il doit y avoir, elle ne peut concerner que des valeurs qui existaient réellement au jour du mariage ou de l'acquisition. D'où la nécessité de prendre en compte le passif originaire.

C'est dans cet esprit qu'il faut aborder l'étude de l'article 1571 al. 2

Des auteurs prétendent pourtant que la déduction des dettes originaires a pour but de réintégrer dans l'enrichissement les sommes qui ont servi à leur règlement. (329)

Cette idée est très relative, rien ne permet d'affirmer que ces fonds se seraient retrouvés à la dissolution.

Mais surtout, elle nous semble ne pas correspondre aux méthodes liquidatives. L'estimation du patrimoine originaire n'a pas pour objectif de donner en francs actuels, la valeur du patrimoine de l'époux au jour du mariage, elle a pour but de soustraire du patrimoine final toutes les valeurs qui ne sont pas le fait de l'activité de l'époux pendant la vie commune (biens possédés avant l'union et se retrouvant à la dissolution, biens reçus à titre gratuit...)

C'est pourquoi, n'entrent dans le patrimoine originaire que les biens dont on a une trace dans le patrimoine final, c'est à dire les biens originaires qui se retrouvent en nature à la dissolution, ceux qui ont été aliénés et pour lesquels une contrepartie est restée dans le patrimoine final et ceux qui ont été subrogés à des biens aliénés.

---

(329) Pillebout, form. précitée ; Morin Op. cit. n° 520 p. 154

Adde : D. Rassat, "Pour une nouvelle approche de la participation aux acquêts" Mémoire D.S.N. Bordeaux 1982 p. 29

C'est ainsi que les biens détruits sans contrepartie ou ceux qui sont devenus obsolètes, seront évalués pour leur valeur à la dissolution, si minime soit elle. La solution est juste car c'est bien cette dernière valeur qui figurera dans le patrimoine final, c'est elle qui devra en être déduite et non la valeur originaire. (330 )

De la même manière, les biens aliénés sans subrogation seront comptés dans le patrimoine originaire que si la valeur reçue en contrepartie n'a pas été consommée, retenir une somme supérieure serait injuste dans le mesure où elle n'existe pas dans le patrimoine final. L'époux devra donc faire la preuve qu'il a conservé la valeur reçue (331).

Enfin, les biens qui ont complètement disparu n'ont pas à être soustraits du patrimoine final puisqu'ils n'y figurent pas. (332 )

250 - Ces remarques sont fondamentales pour la compréhension de la notion de patrimoine originaire mais aussi pour la déduction du passif.

Si réellement il fallait réintroduire dans l'enrichissement toutes les sommes qui en sont sorties à l'occasion du paiement de dettes originaires, il faudrait les réévaluer en fonction d'indices économiques. Ce qui conduirait le plus souvent à un passif très supérieur à l'actif.

C'est pourquoi il nous paraît préférable de dire que la déduction du passif vise seulement à retrancher du patrimoine originaire toutes les valeurs qui n'existaient pas réellement avant le mariage ou au moment de l'acquisition.

Les conséquences de ce choix sont importantes.

---

(330) voir supra p. 171 n° 246

(331) voir supra p. 142 n° 197

(332) voir supr- p. 171 n° 246

D'une part, les sommes à déduire devront l'être sur les valeurs inscrites dans le patrimoine originaire. Lorsque le bien aura été aliéné, c'est la valeur au jour de l'aliénation qui devra être diminuée pour tenir compte du passif attaché au bien ; si le bien a complètement disparu (bien de consommation par exemple) il n'y aura aucun passif à déduire.

D'autre part, la manière dont le passif aura été réglé n'est pas totalement indifférente à l'opération de déduction : il faudra tenir compte du fait que la dette a été réglée avec des fonds provenant des biens originaires ( 1 ), en revanche, il importe peu qu'elle ait été réglée avec des fonds empruntés (2 ).

1 ) L'absence de déduction du passif réglé avec des fonds originaires.

251 - L'objectif de cette déduction est clair : empêcher que des valeurs soitent constitutives du"droit de conserver" lorsque l'on sait qu'elles n'existaient pas au jour du mariage pour cause de passif. Mais, la réalisation de cet objectif suppose que le patrimoine originaire n'ait pas déjà été diminué à l'occasion du règlement de ce passif.

Or, on peut imaginer que, pour ce règlment, un époux aliène un bien qu'il possédait avant de se marier ; faut - il encore procéder à la déduction du passif ?

Des auteurs ont répondu à cette question, il s'agit de MM. Morin (333) : "La solution s'impose d'ailleurs quel que soit le sort de ces dettes au cours du régime (quelles aient été acquittées avec des biens originaires ou des acquêts...)". L'argument de MM. Morin est le suivant : puisque les biens originaires qui ont permis le paiement étaient légalement appelés à figurer dans le patrimoine final, il est normal d'amputer d'autant le patrimoine originaire.

---

(333) G. et M. Morin, op. cit. n° 520 p. 154 ; Rassat, mémoire précité p. 30

L'argument avancé repose sur l'assimilation entre patrimoine originaire et initial, pour les auteurs, les biens originaires aliénés et dont le prix a permis d'apurer le passif, devront être évalués, au moins pour leur valeur d'aliénation, dans le patrimoine originaire. Puisque ces biens n'apparaîtront pas dans le patrimoine final, il peut y avoir un déséquilibre dans la comparaison. D'où la prise en compte du passif.

Or, rien ne doit nous conduire à dire que les biens originaires aliénés se retrouveront dans le patrimoine originaire, que le passif réglé ait été étranger ou pas à un bien précis.

Si le passif réglé était étranger à un bien précis, on ne saurait prétendre que son règlement est à l'origine d'une valeur qui se retrouve à la dissolution.

La question est plus délicate lorsque le passif qui a été réglé était lié à l'amélioration ou la conservation, voire l'acquisition, d'un bien originaire déterminé. Ne pourrait-on pas y voir un cas de subrogation et inscrire la valeur correspondante dans le patrimoine originaire ? Non. Il peut y avoir subrogation pour financement d'opérations portant sur un autre bien (originaire ou pas) que si cette qualification a pour but d'empêcher la valeur correspondante de tomber dans les acquêts, par prise en compte de l'état du bien, état forcément modifié. Or, le règlement d'un passif antérieur au mariage ne pourra pas modifier l'état du bien, la présence d'un passif n'étant pas un élèment de l'état. (333')

C'est dire que, dans les deux cas, la déduction s'est opérée d'elle même, par la disparition de valeurs d'actifs qui auraient pu figurer dans le patrimoine final. Il ne faudra pas procéder à une nouvelle déduction.

---

(333') voyez infra p. 198

Il suffit d'imaginer une succession récente où l'actif est de 100. 000 F. et le passif de 50.000 F. Si l'époux utilise une partie du ~~passif~~ actif pour faire disparaître le passif, il lui restera un actif de 50.000 F. Il est évident qu'il ne faut plus tenir compte du passif.

On constate ainsi que les questions s'enchaînent ; une conception nouvelle de l'article 1571 amène à des solutions également nouvelles quant à la prise en compte du passif. Il faudra donc tenir compte du fait que le passif a été réglé grâce à des biens originaires, en revanche, il importe peu qu'il l'ait été avec des fonds empruntés.

2 ) Il importe peu que la dette ait été réglée avec des fonds empruntés.

252 - Quiconque emprunte une somme d'argent doit rembourser le capital et les intérêts. Or, l'importance de ces derniers est telle que la somme remise à l'emprunteur est largement supérieure à celle qui a été empruntée.

Si on devait considérer la déduction du passif comme un moyen de compensation des acquêts employés, il faudrait y ajouter les intérêts payés puisqu'ils ont été pris sur les gains de l'époux. Ce qui conduirait à un gonflement anormal du passif.

Il nous paraît préférable de ne déduire que la dette de capital. En effet, en supposant que le bien financé se retrouve en nature à la dissolution, sa valeur figurera dans le patrimoine final et dans le patrimoine originaire. Dans le premier, la situation est normale : le bien existe dans le patrimoine de l'époux au jour où le régime est dissous. Dans le second, la valeur à prendre en compte doit être limitée à la portion d'actif libérée au moment du mariage. Que l'époux ait payé des intérêts nous importe peu, il a fait un choix de gestion dont il était le seul maître. La seule chose à retenir, c'est son enrichissement tel qu'il se présente à la dissolution.

B - Le passif originaire recouvre des réalités différentes.

253 - On peut se demander pourquoi le législateur a utilisé une expression conjuguée au passé. La réponse paraît simple : à "passif qui grevait" on oppose "passif qui grève".

A la hâte, on pourrait en conclure que l'article 1571 al. 2 ne concernera jamais le passif non réglé, a fortiori s'il est né pendant le mariage. Cela serait faux.

En effet, on trouve plusieurs sortes de biens originaires : ceux qui existaient au jour du mariage et ceux qui ont été acquis depuis par succession ou libéralité. Or, la déduction s'appliquera de manière identique dans les deux cas.

Il convient donc de mieux préciser la notion de passif originaire :

- le passif originaire n'est pas forcément antérieur au mariage
- le passif originaire n'est pas forcément un passif réglé
- le passif originaire s'oppose au passif constitué par l'époux pendant le mariage.

1 ) Le passif originaire n'est pas forcément antérieur au mariage.

254 - Tous les auteurs admettent cette donnée : le passif à déduire ce n'est pas seulement celui qui existait au jour du mariage, c'est aussi celui qui est attaché à l'acte d'acquisition à titre gratuit (334). Dans les deux cas l'objectif est le même : ne pas compter comme valeurs originaires des biens qui étaient grevés de passif.

---

(334) M. le Doyen Cornu semble opérer une distinction entre passif déductible (né avant le mariage) et passif originaire (grevant les successions et libéralités échues à l'époux). Il y a là certainement une recherche terminologique plus qu'une règle de fond.

2 ) le passif originaire n'est pas forcément un passif réglé.

255 - Il se peut qu'une dette grevant un bien originaire ne soit pas acquittée au jour de la dissolution du mariage. La situation est plus vraisemblable à propos d'une dette successorale, mais , au moins dans l'absolu, rien n'empêche de penser qu'il pourra s'agir d'une dette antérieure au mariage.

Dans ces deux cas, convient-il encore de procéder à une déduction du passif ?

La question, si elle mérite d'être posée, doit l'être en termes identiques pour le patrimoine originaire et pour le patrimoine final. En effet, il n'est pas concevable de préconiser une réduction unique, il en résulterait un déséquilibre forcément préjudiciable à un époux: En diminuant le patrimoine originaire sans diminuer le patrimoine final, on augmente les acquêts de l'époux ; en ne diminuant que le patrimoine final, on diminue l'enrichissement, au détriment du conjoint.

Il est incontestable que l'absence de déduction aurait le mérite de la simplicité : pourquoi s'exposer au problème difficile de la détermination du passif puisque, dans les deux masses,la somme à déduire sera identique ?

Pourtant, nous rejetterons cette méthode ; à cela nous voyons deux raisons.

En premier lieu, il sera rare que le passif originaire se retrouve intégralement à la dissolution ; le plus souvent, il ne s'agira que d'une fraction plus ou moins importante.

En second lieu, cette solution créera une divergence dans l'article 1571 al. 2. Bien entendu, le meilleur moyen de règler un problème est de le supprimer, encore faut-il qu'il le soit totalement. Ce sera loin d'être le cas ici, seule l'hypothèse d'un passif identique dans les patrimoines originaire et final le sera . A ne retenir que certaines dettes, n'arriverait-on pas à une complication de la liquidation ?

### 3 ) le passif originaire s'oppose au passif constitué par l'époux pendant le mariage

256 - Les dettes contractées par l'époux pendant le mariage sont le résultat de son activité ; elles doivent, à ce titre, être déduites du patrimoine final si elles ne sont pas encore acquittées à la dissolution (art. 1574 c. civ.). C'est là une solution normale : le patrimoine final comprend tous les biens qui appartiennent à l'époux au jour où le régime matrimonial est dissous, encore faut-il en déduire les dettes non réglées.

En revanche, il ne peut être question de procéder à une quelconque réduction pour le patrimoine originaire.; aucune contestation ne devrait s'élever sur ce point.

257 - Pourtant, Me Pillebout a proposé un exemple de formule qui suscite deux interrogations :

> " De l'actif originaire, composé et estimé comme il vient d'être précisé, seront déduites les dettes dont il aura été grevé, réévaluées le cas échéant dans la même proportion que le bien grevé et celles dont le paiement aura profité aux biens originaires, calculées conformément aux modalités de l'article 1469 al. 3, s'il y a lieu. Il en sera également déduit les dettes résultant d'amendes encourues par l'époux en raison d'infractions pénales ou de réparation et dépens auxquels il aura été condamné pour des délits ou quasi-délits et enfin les dettes contractées par l'époux au mépris des devoirs que lui imposait le mariage". (335)

En dehors le l'éventualité d'une réévaluation du passif, cette formule présente deux originalités par rapport à l'art. 1571 al. 2 du c. civ.

La première concerne les dettes contractées pendant le mariage au bénéfice des biens originaires, la seconde a trait à une catégorie de dettes qui devraient être supportées personnellement par l'époux.

---

(335) Pillebout, Form. précitée ; contra, Rassat, mémoire précité p. 31

a - Les dettes contractées pendant le mariage au bénéfice des biens originaires doivent-elles être déduites du patrimoine originaire ?

258 - Me Pillebout distingue les dettes dont l'actif aura été grevé et celles dont le paiement aura profité aux biens originaires. La distinction n'est peut-être que la conséquence d'une différence de méthode d'évaluation du passif : le rapprochement entre le passif et un bien permettrait de pallier les conséquences de la dépréciation monétaire en appliquant le mécanisme de la dette de valeur. L'explication n'est pas suffisante puisque dans le premier cas, l'auteur préconise une réévaluation de la dette dans les mêmes proportions que le bien lui-même. La formule n'est compréhensible que si l'expression "dettes dont le maiement aura profité aux biens originaires" vise un passif né pendant le mariage. Sinon, il y aurait redondance dans les hypothèses et double emploi de la formule.

Un argument pourrait expliquer la prise en compte du passif né pendant le mariage, au bénéfice des biens originaires, mais il semble bien que le but recherché soit atteint par une technique différente, plus générale.

On pourrait en effet, affirmer que la plus-value qui s'est portée sur le bien originaire a entraîné une diminution injuste des acquêts. La valeur correspondante figurera dans les deux masses liquidatives, alors qu'elle n'aurait dû apparaître que dans le patrimoine final.

Cette argumentation semble ignorer une donnée liquidative très importante : la référence à l'état antérieur du bien suffit à écarter du patrimoine originaire (au moins dans son évaluation) toutes les plus-values résultant d'initiatives postérieures au mariage ou à l'acquisition à titre gratuit. C'est l'objectif prioritaire du mode d'évaluation prévu à l'article 1571 al. ler. : la "valeur originaire" à considérer inclut (parce qu'elle déduit ces plus-values) cette 'déduction du passif"

Déduire à nouveau l'augmentation de valeur par la considération du passif né pendant le mariage, serait diminuer anormalement de patrimoine originaire, au détriment de l'époux propriétaire du bien. : après avoir retranché la plus-value, on soustrairait encore la dette (réévaluée).

259 - On reproche parfois au régime de participation aux acquêts d'être un régime injuste : l'époux cigale profiterait du travail acharné de l'époux fourmi. Il n'y aurait point de morale dans ce régime qui ne distingue pas entre un enrichissement mérité et un appauvrissement trop généreusement contracté.

Il serait équitable d'opérer un recensement du passif qui doit rester à la charge définitive d'un époux. Pour ce faire, Me Pillebout propose de déduire du patrimoine originaire toutes les dettes dues à l'occasion de responsabilité civile ou pénale ainsi que celles qui auront été contractées au mépris des devoirs du mariage.

Nous voyons plusieurs objections à l'encontre de cette solution.

Déjà, en ce qui concerne son fondement, il nous paraît difficile de raisonner par analogie avec le mécanisme des récompenses. Me Pillebout évoque l'article 1417 du code civil sans réellement parler d'analogie ; il fait simplement remarquer que la solution est consacrée par la loi dans le régime de communauté. Il est d'ailleurs facile de s'affranchir de cette vue, le régime de participation aux acquêts n'a pas à être un succédané du régime légal, c'est un régime d'un type nouveau. Nous montrerons les limites des tentatives de rapprochement entre le mécanisme des récompenses et celui de la notion d'état.

Dès lors, la justification de la formule proposée par Me Pillebout ne peut être recherchée que dans les règles et l'équilibre du régime de participation aux acquêts lui-même.

Or, il nous semble, à cet égard que l'on veut faire jouer au patrimoine originaire, un rôle qui n'est pas le sien alors qu'une autre solution, plus simple, est envisageable.

Il y a pour cela deux possibilités.

La première est offerte par l'article 1579 du code civil qui permet à un époux de demander au tribunal qu'il soit dérogé aux règles d'évaluation lorsqu'elles conduisent à un résultat manifestement contraire à l'équité. Si on juge que tel est le cas pour les dettes concernées (ce qui est une autre question touchant à la portée communautaire du régime) on pourrait éventuellement faire appel au juge.

Seulement le texte n'est pas très explicite sur son domaine d'application ; la déduction des dette est-elle encore une opération d'évaluation ? Deux réponses sont possibles : ou bien on s'en tient à une conception large de l'évaluation qui engloberait toutes les règles permettant de chiffrer les patrimoines originaire et final, ou bien on se contente d'y voir la seule combinaison état-valeur.

La seconde possibilité a trait à la composition du patrimoine final. Après tout, ce que recherche Me Pillebout, c'est réintroduire dans l'enrichissement des valeurs qui en sont sorties de manière exceptionnelle ; en d'autres termes, il s'agit d'établir le patrimoine final tel qu'il aurait pu se présenter sans les dettes en question. Dans ces conditions, n'est-il pas plus simple, à l'instar de ce qui est prévu pour les récapitulations fictives, de prévoir une augmentation du patrimoine final ? Le résultat sera identique, mais nous paraît respecter plus l'équilibre de la liquidation que ne le ferait une diminution du patrimoine originaire.

§ II - Comment prendre en compte le passif ?

260 - Les dettes originaires, bien que très anciennes, sont toujours exprimées en monnaie ayant cours au jour du mariage.

- Les biens originaires sont estimés d'après leur valeur au jour de la dissolution (art. 1571 du c. civ.).

- De l'actif originaire, il faut déduire le passif dont il se trouvait grevé (art. 1571 al 2 du c. civ).

Ces trois propositions doivent convaincre que, s'en tenir à une lecture étroite de l'article 1571 al. 2, c'est rendre la déduction du passif totalement incompréhensible. Il n'est pas sérieusement possible de ne déduire une dette exprimée en francs dévalués, de la valeur actuelle d'un bien ; la proportion qui pouvait exister entre actif et passif s'en trouverait fortement adultérée.

Voila comment se pose cette nouvelle difficulté que nous devons aborder avec nos maigres armes que sont le code civil d'une part, et des commentaires quasiment muets d'autre part (336)

261 - Relevons tout de même que le Sénat a eu à connaître d'une proposition de loi amendée dans le sens d'une rééavaluation du passif, conformément le cas échéant, à l'article 1469 du code civil. L'amendement a été rejeté au motif qu'il prévoyait la prise en compte du passif excédentaire, si bien qu'on ne peut pas connaître la position de la haute Chambre sur ce problème de réévaluation (337)

Le projet de loi du 22 mars 1985 reprend cette idée de réévaluation du passif selon les règles de l'article 1469 al. 3 .

---

(335)Seul Me Pillebout évoque l'éventualité d'une revalorisation du passif originaire, op. cit. et loc. cit. spéc. n° 15

(336)J.O. édt. débats Sénat séance du 4 avril 1979.

262 - Le peu d'attrait, déjà dénoncé (337), des juristes français pour les questions monétaires (338) n'est pas pour faciliter notre tâche.

Le droit, du moins le droit patrimonial de la famille, préfère esquiver la difficulté que de porter une atteinte directe au principe du nominalisme monétaire. Ainsi, sous l'influence de la doctrine (339), les lois du 13 juillet 1965, du 28 décembre 1967 et du 3 juillet 1971 obvient aux conséquences de la dépréciation monétaire en retardant l'évaluation(340). C'est le système de la dette de valeur: on assure aux créances "la même stabilité qu'aux obligations portant sur une prestation en nature, en les faisant échapper à la fragilité d'une créance de somme d'argent en période d'instabilité monétaire" (341)

Seulement, toutes les matières ne sont pas atteintes par ces trois lois; en dehors de leur domaine d'application, il faudra recourir à une clause d'indexation ou à un report conventionnel d'évaluation.

---

(337) Colomer, "L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux" Thèse 1955 Paris p. 17 n° 15.

(338) A cet égard, la "théorie de la monnaie" exposée par le Doyen Carbonnier Droit civil, T. III les biens , p.16, est l'exception qui confirme la règle. adde : Matter, Traité juridique de la monnaie et du change, 1925

(339) Labarre, Influence des dévaluations monétaires et de la fraude fiscale sur les régimes matrimoniaux, Thèse Bordeaux 1942 ; Savatier, Peut-on remédier dans le contrat de mariage à l'insécurité causée dans les rapports entre époux par l'instabilité de la monnaie ? Rep. Not. 1948, art. 26.607, p. 169 et s. ; Hebraud, L'instabilité monétaire et les règlements d'intérêts familiaux, Mélanges Ripert 1950, T.I p. 499 et s. ; Freyria, Les moyens d'éviter, dans les contrats de mariage, les conséquences de la dépréciation de la monnaie, R.T.D.C. 1951, p. 331 et s. ; Colomer op. cit.

(340) respectivement, article 1469 du code civil relatif à l'évaluation des récompenses, article 1099-1 ayant trait à l'acquisition d'un bien par un époux avec des deniers qui lui ont été donné par l'autre à cette fin, articles 860 et 922 du code civil sur le rapport des libéralités et le calcul de la masse partageable.

(341) Raynaud, "les dettes de valeur en droit français, Mél. Brethe de la Gressaye, P. 612.

Or, le droit des indexations reste un droit strict, libéré un instant avec l'arrêt de la Cour de Cassation du 27 juin 1957 (342), il est aujourd'hui soumis aux dispositions des ordonnances des 30 décembre 1958 et 4 février 1959 (343)

Le choix d'un indice d'indexation demeure une démarche incertaine où des éclairages a priori évidents, doivent encore être apportés : n'a-t-il pas fallu attendre 1981 pour affirmer que l'indice du coût de la construction peut être utilisé pour estimer une villa, sans qu'il y ait violation de l'article 79 de l'ordonnance du 30 décembre 1958 (344)

263 - A cette étape du raisonnement, il semble décisif d'insister sur le fait suivant : la passif originaire ne va pas émerger de manière inopinée, il était déjà connu au moment du mariage ou de l'acquisition à titre gratuit (345) C'est dire, une nouvelle fois, que tout dépend de la qualité de l'état descriptif : si on prend le soin d'y consigner avec précision chaque passif, notre question s'en trouvera grandement facilitée.

---

(342) Cass; Civ 1ère 27 juin 1957, D. 1957 p. 649 note Ripert.; J.C.P. 1957 II 10093 bis, Conclusions contraires du proc. gén. Besson ; J. Ph. Lévy Après l'arrêt du 27 juin 1957, J.C.P. 1957. I 1381. Les magistrats de la Cour de Cassation y affirmèrent que la clause d'échelle mobile n'était pas contraire à la législation monétaire, celle-ci ne pouvant "impliquer l'invariabilité du pouvoir d'achat de la monnaie, lequel varie avec le prix des denrées".

(343) D. 1959 p. 153 et 308, Lévy, Après le tournant financier de fin 1958. La monnaie, les obligations et les paiements J.C.P. 1959 I 1472 ; Savatier La nouvelle législation des indexations D. 1959, Chron. p. 63 ; Doucet, L'indexation 1365 préface H. Mazeaud ; Honorat, les indexations contractuelles et judiciaires Etudes J. Flour 1979 p. 251 ; Camarié, Pratique des clauses d'indexation dans les actes notariés, Thèse Toulouse 1980.

(344) Cass. civ. 8 déc. 1981, J.C.P. 1982 edt. G. IV p. 81 ; D.S. 1982 inf. rap. p. 130 ; Bull. civ. I n° 368

(345) fait qui a déjà été relevé par M. Ponsard, Comm op. cit. n° 179

Cette maîtrise du passif permet d'envisager la réévaluation avec une certaine quiétude, le plus simple n'est-il pas de calcquer l'évaluation du passif sur celle de l'actif ?

Encore faut-il que cela soit possible, or, deux cas sont imaginables :

1° - Il se peut que le passif soit lié à un bien précis, soit qu'une partie du prix n'ait pas été réglée, soit que des dettes pour travaux subsistaient au moment du mariage. Dans ce cas, il sera possible d'établir une proportion qui rendra compte, de manière définitive, de l'importance du passif par rapport à l'actif. Il suffira d'appliquer cette proportion à la valeur finale des biens pour établir la consistance de l'actif originaire. En somme, l'évaluation du passif se ferait en écho du système de la dette de valeur?

En écho seulement. En effet, il ne semble pas que l'on puisse encore parler de dette de valeur ; l'établisseemnt d'une proportion suppose que l'on ait préalablement estimé le passif et l'actif, ce qui est une opération caractéristique de l'indexation et non de la dette de valeur (346). En somme, le passif est indexé sur la fraction de la valeur du bien qu'il représente.

Si cette solution semble avoir l'avantage de la simplicité, elle couve des conséquences qui peuvent être injustifiables, eu égard à la logique liquidative. Il conviendra donc de la préciser afin d'écarter ces conséquences (A).

2° Il se peut également que le passif ne soit pas lié à un bien précis. Il s'agira alors d'un passif contracté par l'époux avant le mariage, dans des opérations diverses (B).

---

(346) Malaurie, op. cit. et loc. cit.

A - ) Le passif particulier à un bien : le système de la proportionnalité directe

264 - Dans le cas d'un passif lié à un bien précis, on peut penser que les praticiens seront naturellement attirés vers le système de la proportion entre l'actif et le passif. L'idée de calculs proportionnels n'est pas pas nouvelle, elle est déjà utilisée dans les comptes de récompenses. Il ne s'agirait donc, dans le régime de participation aux acquêts, que de l'extension d'une méthode connue.

Seulement, il y a des différences d'objectifs entre le mécanisme des récompenses et le calcul de la créance de participation. Dans le premier il s'agit de reconstituer, en valeur, ce qu'auraient dû être les masses commune et propre ; dans le second, il s'agit de rechercher l'enrichissement d'un époux. Or, s'il est normal que certains enrichissements profitent au patrimoine créancier de récompenses, il n'en découle pas nécessairement que ces mêmes enrichissements soient l'objet de participation. Encore une fois, cela tient à la structure liquidative du régime.

Des correctifs (2) complèteront donc une méthode déjà connue (2).

1 ) Le système de la proportionnalité est une méthode connue.

265 - "... le profit subsistant ... doit se déterminer d'après la Proportion dans laquelle les fonds empruntés à la communauté ont contribué au financement de l'acquisition ou de l'amélioration...", en formulant cette "véritable règle juridique" (347), le Cour de cassation (348) s'est rangée derrière une proposition souvent formulée en doctrine (349).

---

(347) Obs. Champenois Def. 1981 art. 32608 n° 30

(348) Civ. 1ère 13 novembre 1980, J.C.P. 1981 IV p. 39

(349) G. et M. Morin op. cit. n° 296 et 297, Ponsard sous Aubry et Rau n° 346 352 et 353 ; Savatier, La communauté conjugale nouvelle, Dalloz 1970 n° 104, P. Malaurie .Les cours du droit 1983-84 p. 348

La précision méritait d'être apportée puisque l'article 1469 du code civil paraissait se limiter à l'hypothèse idéale de concordance entre la valeur fournie et l'acquisition. Or, le plus souvent, la dépense sera prise en charge par une double contribution, de la communauté et des biens propres.

Selon que la dépense concerne un bien commun ou un bien propre, l'un de ces deux patrimoines sera créancier ou débiteur de récompenses ; encore faut-il qu'il le soit en proportion de ce qu'il a donné ou de ce qu'il à reçu. C'est pourquoi, il convenait d'aménager les modalités de calcul du profit subsistant.

C'était le sens de l'intervention de Me Devos, lors du 75ème Congrès des Notaires de France : "Il faut alors, d'abord, exprimer en fraction la contribution du patrimoine créancier par rapport au coût global de l'opération au moment où celle-ci a eu lieu... Puis il faut reporter cette fraction sur le profit subsistant total au jour de la liquidation..." (350)

---

(350) Devos, Rapport au 75ème Congrès des Notaires de France n° 176 p. 109

266 - Ce système de la proportionnalité a un effet perturbateur en ce qui concerne la répartition des enrichissements procurés par un bien originaire.

Normalement, les plus-values fortuites, monétaires ou autres doivent profiter au seul époux propriétaire du bien ; seules les plus values liées à une activité volontaire doivent donner lieu à participation.

Si on applique la proportion sur la valeur finale du bien, sans distinction entre les diverses plus-values, on s'éloigne de ces objectifs essentiels.

Pour le démontrer, il faut partir de trois situations.

Première situation : Le bien connaît une plus-value monétaire il n'y a point d'autres plus values fortuites et point de plus-values volontaires.

Dans ce cas, le système de la proportionnalité peut effectivement être utilisé, sans aucun aménagement. La revalorisation du passif entraînera une variation identique à celle qu'a connue le bien? La proportion établie au jour du mariage se retrouvera forcément à la dissolution.

Si la valeur du studio passe de 100.000 à 250.000 sous le seul effet des circonstances monétaires, le coefficient de revalorisation est de 2,5. Que l'on applique ce coefficient ou que l'on s'en tienne à la proportion établie précédemment, l'importance du passif sera la même. Supposons qu'au jour du mariage le studio était grevé d'une dette de 80.000 F, égale aux 4/5 ème de la valeur originaire, on obtient le même chiffre avec les deux solutions (80.000 x 2.5 ou 250.000 x $\frac{4}{5}$ )

C'est la seule situation où la dualité de méthodes entraîne un résultat identique.

2ème situation : le bien, en dehors des plus-values monétaires est l'objet de travaux qui lui confèrent une valeur supplémentaire de 50.000 F.

Si on chiffre le passif à hauteur des 4/5ème de la valeur du bien, on obtient 240.000 (300.000 F. valeur actuelle du bien x par $\frac{4}{5}$)

Ce résultat est doublement anormal :

Primo, il augmente le passif de 40.000. C'est la conséquence d'un calcul qui ne distingue pas dans la valeur actuelle du bien, ce qui est dû à l'érosion monétaire et ce qui résulte de travaux d'amélioration. Dans le passif ainsi exprimé on trouve : 200.000 qui correspondent à la dette initiale réévaluée (80.000 x 2,5) et 40.000 qui équivalent aux 4/5èmes de la valeur finale des travaux.

Secundo, il augmente la différence entre patrimoine originaire et final. On en arrive à ce que le bien corresponde à une valeur de 10.000 dans le patrimoine originaire et une valeur de 300.000 dans le patrimoine final. En effet, dans le premier cas le bien est estimé selon sa valeur actuelle mais d'après son état antérieur, (dans l'exemple 250.000 F desquels on retranche 240.000 F. de passif); dans le second, on tient compte de la valeur finale et de l'état actuel.

Le seul moyen d'éviter cet écart d'évaluation, c'est de préciser que la fraction s'appliquera sur la valeur du bien établie d'après son état antérieur. En l'occurrence, une telle clause pourrait paraître surabondante puisque le bien originaire est lui-même évalué abstraction faite des modifications d'état.

Troisième situation : le bien, en dehors des plus-values monétaires a bénéficié d'une amélioration de son environnement qui lui confère une valeur supplémentaire de 50.000 F.

Parce qu'il est appliqué à la valeur totale du bien, le système de la proportionnalité actif-passif amène à inclure les plus-values fortuites étrangères aux circonstances monétaires, dans les enrichissements.

C'est ce que nous allons vérifier en retenant à nouveau, un passif de 80.000 F. sur un studio de 100.000 F. Etabli en proportion, ce passif correspond aux 4/5èmes de la valeur initiale du bien.

A la dissolution, le même studio a une valeur de 300.000 F. qui se décompose ainsi : 250.000 F. représentent les 100.000 F. de départ exprimés en fonction de la valeur actuelle de la monnaie, 50.000 F. sont liés à une amélioration de l'environnement à laquelle l'époux est totalement étranger.

Ce studio sera estimé à 60.000 F. dans le patrimoine originaire et pour 300.000. dans le patrimoine final, soit 1/5 de la valeur actuelle dans le premier cas et 5/5, dans le second.

Le résultat est évident : la différence de 240.000 comprend 200.000 F. qui représentent le passif réévalué et 40.000 F. liés à la plus-value fortuite. Ainsi les 4/5 de cette plus-value entrent dans l'enrichissement.

267 — Pour admettre de telles conclusions, il faudrait considérer que le bien ne constitue une valeur originaire que pour la fraction correspondant à l'excédent d'actif. Cela constituerait une exaspération de la déduction du passif qui deviendrait une véritable règle de composition du patrimoine originaire et non plus une simple règle d'évaluation.

La conséquence de ce raisonnement est remarquable : toutes les plus-values qui se sont portées ur la fraction impayée du bien devraient faire l'objet de participation, qu'elles soient fortuites ou volontaires.

268 - Au moins quatre arguments militent contre cette solution et condamnent, par conséquent, les résultats auxquels nous venons d'aboutir.

1° - Un argument de texte : l'article 1570 du code civil est clair , le bien qui appartenait à l'époux au jour du mariage fait partie du patrimoine originaire,(pour y être estimé selon son état d'alors ajoute l'article 157I al. 1.) Il n'y a donc aucune distinction.

Or, nul ne peut prétendre que l'époux n'était pas propriétaire au jour du mariage. Qui d'autre que lui aurait été propriétaire de la partie impayée ? Personne puisqu'il n'y a pas de communauté et,qu'en l'occurrence,le bien n'était pas indivis entre les deux époux.

2° - Un argument lié à l'agencement des opérations d'estimation : dans les textes, il est sûr que la déduction du passif est la dernière opération à effectuer. Cela ressort de la place qu'occupe l'article 1571 al. 2. En faire une règle de composition du patrimoine originaire, c'est méconnaître l'ordre chronologique des opérations.

3° - Un argument pratique : la solution deviendrait sibylline en cas de passif pour travaux d'amélioration antérieurs au mariage. Comment ferait-on pour disséquer le bien en isolant une fraction dans les acquêts, alors que l'on sait que le bien était déjà la propriété de l'époux.? Si on peut, à la rigueur le justifier en cas d'acquisition, au motif qu'une partie du bien n'est pas payée, ce n'est plus la même chose pour des travaux non réglés.

4° - Un argument qui a trait à la nature du patrimoine originaire : la patrimoine originaire est une masse purement comptable où n'entre que la valeur des biens.

C'est, à nos yeux, l'argument essentiel. Jusqu'à maintenant nous avons raisonné comme si le patrimoine originaire devait être assimilé aux biens propres dans le régime de communauté légale. Qu'il y ait des similitudes dans la composition de ces deux masses, nul ne peut le nier ; mais cela n'est pas suffisant pour leur donner la même nature.

Ce qui entre dans le patrimoine originaire, ce n'est pas le bien, mais uniquement sa valeur. Nous en voulons pour preuve les deux remarques suivantes : si le bien a été aliéné, on retient la valeur qu'il possédait au jour de l'aliénation ; le bien originaire va également apparaître dans le patrimoine final (à la seule condition qu'il existe à la dissolution du régime) ce qui fait toute la différence avec les biens propres.

Que l'on dise qu'une partie seulement de la valeur du bien entre dans le patrimoine originaire ne signifie pas que l'époux n'est propriétaire personnel que de cette partie.

Or, c'est justement ce à quoi on aboutit en faisant de la déduction du passif, une règle de composition du patrimoine originaire. Seule la fraction d'actif épargnée par le passif serait personnelle à l'époux. D'où l'idée que les plus-values qui se sont portées sur l'autre fraction du bien, doivent profiter aux deux époux,quelles que soient leur nature.

Ce n'est donc pas en ces termes qu'il faut construire le système de la proportionnalité. Il est vrai qu'une partie seulement de la valeur du bien entrera dans le patrimoine originaire mais cela ne doit pas modifier les principes de répartition des plus-values.

269 - C'est pourquoi il faut corriger l'application de la proportion passif-actif, de manière que les plus-values fortuites ne profitent qu'au seul époux propriétaire.

Le seul moyen d'y parvenir oblige, avant d'appliquer la proportion, à rechercher ce qu'aurait été la valeur du bien s'il n'avait pas bénéficié d'une plus-value fortuite.

Cela obligera à un calcul supplémentaire, mais c'est le correctif indispensable si on veut utiliser le système de la proportionnalité entre actif et passif initiaux. IL sera bon de préciser ce mode calcul dans une clause du contrat de mariage.

270 - Il y a pourtant un point que nous n'avons pas abordé : ne pourrait-on pas considérer que le passif est un élèment de l'état du bien (351) ? Si tel était le cas, il ne serait plus nécessaire de recourir à ces précisions contractuelles : l'état originaire du bien tiendrait compte du fait que celui-ci est grevé d'un passif que l'on chiffrerait (au jour du mariage) en fraction par rapport à la valeur totale du bien. Le système de la proportionnalité trouverait là, une assise légale.

Dans l'éventualité d'une comparaison avec le patrimoine final, la proposition semble cohérente. Si le passif à été réglé, seul le patrimoine originaire sera diminué puisque la référence à l'état antérieur ne joue plus pour l'estimation du patrimoine final. Si une partie, ou l'intégralité, du même passif subsiste à la dissolution, elle paraîtra à travers l'état final du bien.

---

(351)Voir pourtant, Pillebout, form. précitée, commentaire n° 18

Pourtant, l'idée nous semble devoir être condamnée.

Elèment de l'état ou pas, la référence à une proportion de déduction du passif pourra toujours être corrigée en cas de plus-values fortuites ou monétaires.

De surcroît, si la loi prévoit la prise en compte du passif, c'est qu'elle estime que la référence à l'état du bien originaire ne permet pas cette déduction. Dans le cas contraire, la disposition aurait été inutile.

La référence à l'état initial du bien ne peut être comprise que dans le cadre du droit pour chaque époux de participer aux acquêts réalisés par le conjoint. Par une appréhension purement comptable du bien, une partie de sa valeur finale sera soumise à participation dans la mesure où elle résulte d'un investissement financé par l'activité de l'époux (si le financement l'avait été avec des biens originaires, il y aurait subrogation). Retenir la référence à l'état pour règler la question du passif serait lui faire jouer un rôle différent.

Enfin, la solution ne serait pas suffisante en cas de passif antérieur au mariage mais étranger aux biens originaires. La loi parle d'état du bien originaire, elle ne parle pas de l'état du patrimoine originaire en tant que tel. Il n'existe pas d'état du patrimoine originaire !

B - Le passif étranger à un bien originaire précis

271 - Jusqu'à maintenant nous avons supposé que le passif à déduire concernait un bien précis. Or, l'article 1571 al. 2 ne connaît pas ce critère ; il ne fait aucune distinction entre les différentes sortes de dettes.

La question est alors la suivante : doit-on encore appliquer le système de la proportionnalité lorsque le passif ne concerne pas l'acquisition ou l'amélioration d'un bien originaire ?

Concrètement la difficulté doit être ramenée à la seule hypothèse d'un passif antérieur au mariage ; le passif successoral pourra, en effet, toujours être exprimé en termes de fraction par rapport à l'ensemble de l'actif reçu.

Cette question nous semble appeler une réponse positive.

En effet, l'établissement d'une proportion entre actif et passif originaires nous paraît être le seul moyen de respecter l'équilibre de la liquidation? C'est du moins, la méthode que nous proposerons.

Deux autres solutions auraient pu être envisagées mais, nous allons le vérifier, elles conduisent à des résultats impraticables.

1 ) Les solutions rejetées

272 - Les difficultés apparaîtront en cas de biens originaires dont la valeur ne se retrouve plus dans le patrimoine de l'époux au jour de la dissolution. Si déduction il doit y avoir, elle ne peut porter que sur le

solde positif, c'est à dire sur les biens originaires qui sont devenus des valeurs originaires. Cela résulte de la conception que l'on a proposée quant à la prise en compte du passif : il ne s'agit pas de réintégrer dans les acquêts des sommes ayant servi à régler le passif originaire, il s'agit d'empêcher que des valeurs qui n'existaient pas au jour du mariage figurent dans le patrimoine originaire.

Ceux solutions ne respecteraient pas cette exigence :

- l'indexation du passif sur des indices étrangers aux biens originaires
- la proportion établie artificiellement sur un bien originaire.

273 - Indices des prix à la consommation, indice de gros, indice du coût de la construction, les modèles ne manquent pas et on peut penser que la réaction de la pratique notariale sera d'employer ici ce qui l'est déjà ailleurs.

La tentation est grande : puisqu'il s'agit d'apprécier une dette née dans le passé, on doit rechercher ce que serait cette dette si elle existait encore à la dissolution. C'est pourtant sur ce point que le raisonnement est faux.

Au jour du mariage, il est impossible de connaître le devenir de chaque bien originaire. Certains subsisteront, d'autres seront détruits ou aliénés, d'autres enfin seront vendus et remplacés par des biens nouveaux acquis avec les fonds provenant de la vente.

Dans les premier et dernier cas, l'indexation peut être utilisée, Quel que soit l'indice utilisé, on peut penser que le montant du passif variéra dans des proportions voisines de celles qui se sont portées sur les biens originaires (initiaux ou subrogés).

En revanche, il est impossible d'évaluer le passif sans tenir compte du fait que des biens originaires ne se retrouvent pas en nature à la dissolution. Cela reviendrait à rechercher la valeur actuelle du passif alors que certains biens originaires sont estimés pour une valeur ancienne ou nulle. Passif et actifs seraient évalués à deux dates différentes.

Un exemple nous en convaincra définitivement.

Un époux possède, au jour de son mariage, une voiture, un téléviseur et une armoire ancienne, le tout pour une valeur, à l'époque de 16.000 F. A la dissolution, seuls l'armoire et le téléviseur figurent encore dans le patrimoine de l'époux, la voiture a été vendue et il faut remarquer que le téléviseur ne vaut presque plus rien, seulement 300 F.

Par ailleurs, avant son mariage, l'époux avait contracté des dettes dont certaines ont été réglées au cours de la vie commune pour une valeur de 8.000 F.

Le mariage célébré en 1970 est dissous par divorce en 1983. Il faut calculer la créance de participation et pour ce faire, établir le patrimoine originaire de chaque époux.

Voilà comment se présentera l'opération si on applique le mécanisme de l'indexation:

Côté actif on retiendra l'armoire ancienne (valeur à la dissolution 12 000 F.) la voiture (valeur au jour de l'aliénation 8.000 F.) et le téléviseur (valeur à la dissolution 300 F.) soit un total de 20 300 F.

Côté passif, les dettes de 8 000 F. indexées sur l'indice (352 ) des prix à la consommation seront estimées à :

$$8\,000 \times \frac{132,6}{39} = 27\,200 \text{ F.}$$

soit une somme largement supérieure à l'actif originaire.

Ce calcul montre l'effet perturbateur de l'indexation radicale, le passif est largement supérieur à l'actif alors qu'originairement la proportion était de 1/2.

Cela est dû au fait que le patrimoine originaire est établi au moment de la dissolution selon la valeur du moment. Il en irait tout autrement si ce même patrimoine originaire était estimé au jour du mariage et réévalué pour tenir compte de l'érosion monétaire. Dans ce cas, actif et passif varieraient dans des proportions identiques. Ce n'est pas la solution envisagée par le législateur français qui préfère une conception plus relative : le patrimoine originaire correspond à toutes les valeurs qui se retrouvent dans le patrimoine final de l'époux mais qui ne sont pas le résultat de son activité pendant le mariage.

274 - L'autre solution (proportion établie artificiellement sur un bien originaire) est attrayante par sa simplicité mais la critique est évidente : établir une proportion artificielle entre le passif originaire et un bien quelconque, c'est soumettre l'évaluation du passif au sort de ce bien. En cas de destruction ou d'aliénation sans subrogation, le passif serait quasiment inexistant alors qu'il pourrait être important si bien existait encore en nature au jour de la dissolution.

---

(352) la fraction 132.6 / 39 résulte de l'application de l'indice des prix à la consommation établi pour la France entière de 1943 à 1983.

## 2 ) La solution proposée.

275 - Dans la droite ligne de ce que nous avons imaginé pour le passif propre à un bien précis, il faudra établir une proportion entre actif et passif en général.

Même si elle présente quelques défauts, c'est la seule méthode qui permette de satisfaire la compléxité de l'évaluation du passif.

Le premier défaut du système de la proportionnalité a déjà été mis en exergue ; le second est plus spécifique à la proportion générale.

Tout comme dans l'hypothèse précédente, certains biens ont pu bénéficier de plus-values fortuites, or, pas plus que pour un bien précis, il ne peut être question de calculer proportionnellement le passif sans écarter ces plus-values. D'où un premier correctif qui imposera d'établir un patrimoine originaire en faisant abstraction des plus-values fortuites.

Le deuxième correctif concerne les liquidations où figurent des biens reçus, pendant le mariage, à titre gratuit. Sur le fondement de l'article 1570, ces biens entrent dans le patrimoine originaire. Il est bien évident que le calcul proportionnel serait totalement faussé si les libéralités et successions sont intégrées dans la valeur de référence. Même si cela entraîne un calcul supplémentaire, il faut bien reconnaître qu'il ne sera pas très compliqué de déterminer ce que serait le patrimoine originaire sans les biens reçus pendant le mariage.

Ces deux corrections apportées, l'avantage du système de la proportionnalité entre actif et passif originaires semble décisif : le passif évoluera de la même manière que l'actif.

276 - Le projet du 22 mars 1985 apporte une solution dont on a quelques difficultés à mesurer la véritable signification. La formule employée peut, en effet, être soumise à deux lectures.

Il est dit que les dette qui grèvent l'actif, sont réévaluées, s'il y a lieu, selon les règles de l'article 1469 al. 3.

Le doute vient que l'on ne sait pas ce qu'il faut puiser dans l'article 1469 al. 3 : est-ce la technique de la dette de valeur ou est-ce une solution particulière s'appliquant au seul passif lié à l'acquisition, à la conservation ou à l'amélioration d'un bien ?

En somme, on ne sait pas si le futur article 1571 pose un principe général de réévaluation ou s'il se contente de régler le cas du passif particulier à un bien.

Tout porte à croire pourtant que c'est cette dernière interprétation qui est la plus plausible. D'une part, l'article 1469 lui-même est relatif à des dettes portant sur des biens précis ; d'autre part, on voit mal à quelles solutions concrètes conduirait l'article 1571 s'il s'appliquait au passif en général (à moins d'admettre, ce que nous proposons, une corrélation entre tout l'actif et tout le passif).

Finalement, la prochaine réforme ne règle que partiellement ce problème difficile du passif. Le seul système qui semble en mesure d'y parvenir est celui de la proportionnalité (spéciale et générale) ; sans cela, la discussion sur le passif non rattaché à un bien déterminé, risque de perdurer. Pourtant, c'est une question qui n'a rien de l'hypothèse d'école.

On peut donc reprocher à la réforme d'être, sur ce point, trop partielle ; ce reproche paraît bénin par rapport à ce que l'on pourrait dire à propos de l'autre solution adoptée quant'au passif, solution qui revient sur la règle en vertu de laquelle si le passif originaire est supérieur à l'actif, le patrimoine originaire est tenu pour nul.

## Section II : Le problème du passif excédentaire

277 - C'est sans doute sur ce point que la prochaine réforme du régime de participation aux acquêts est la plus innovatrice. Dorénavant, le passif excédentaire devra être fictivement réuni au patrimoine final. Actuellement, on n'en tient pas compte.

Bizarrement, autant il nous paraît possible de justifier la solution actuelle, autant il nous paraît difficile de le faire pour la solution future. Nous distinguerons donc entre justification de lege lata (§ I) et de lege ferenda (§ II).

### § - I : Justification, de lege lata, de la solution relative au passif originaire.

278 - Trois justifications ont été proposées, aucune n'est vraiment satisfaisante; on n'a pas suffisamment recherché la signification de la règle.

- L'article 1571 al. 2 ne s'explique pas par la crainte de donations indirectes.

L'idée a été régulièrement avancée : en constituant un passif originaire imaginaire, on peut favoriser son conjoint au point de parler de donation indirecte(353). Ne plus tenir compte du passif au delà d'un certain seuil serait une garantie contre ce genre de pratiques.

Même s'il est exact, l'argument paraît bien fragile. Si protection il doit y avoir elle doit se situer dans la preuve de l'existence du passif. Or, il n'est pas de passif possible sans qu'il y ait intervention notariale et donc contrôle. Que ce soit avant le mariage ou à l'occasion d'une succession, le passif devra être établi de manière définitive. Le risque d'un passif "gonflé" est donc mince.

De surcroît, l'article 1571 al. 2 ne peut être d'aucun secours pour toute la partie du passif qui est inférieure à l'actif originaire.

---

(353) Cornu, op.cit. n° 64 ; Colomer op. cit. n° 124 ; Morin, n° 521

L'article 1571 al. 2 ne s'applique pas non plus par la crainte d'une fraude aux droits du conjoint.

L'argument est avancé par M. Ponsard (354), sans autre précision. Pourtant, l'établissement d'un patrimoine originaire négatif ne peut être que profitable au conjoint. Plus l'écart entre patrimoine originaire et final sera important, plus la situation du conjoint sera avantageuse. Il ne peut y avoir fraude que pour la déduction du passif final.

Enfin, l'article 1572 al. 2 ne s'explique pas par l'incitation à apurer le passif antérieur le plus rapidement possible.

L'idée a été avancée par Mme Pelletier devant le Sénat (355) lors de la discussion du 4 avril 1979 ; elle n'a jamais été reprise par la doctrine.

Il serait préférable pour un époux de payer un dette originaire faisant partie du passif excédentaire plutôt qu'une dette contractée pendant le mariage autrement qu'à l'occsation d'une acquisition à titre gratuit. L'avantage serait double : d'une part les fonds employés disparaîtront du patrimoine final, d'autre part, les dettes empayées diminueront son enrichissement en venant s'imputer sur ce même patrimoine final.

A l'encontre de cette constatation, on peut faire valoir deux observations.

Cela suppose d'abord que des dettes originaires courent encore au moment de la dissolution. Ce qui, en dehors des unions très éphémères, semble limiter l'explication au passif successoral.

Ensuite, si tel était le but recherché par le législateur, on ne peut qu'en être étonné ; il serait surprenant qu'il ait agi ici en permettant de dissimiler une partie de l'enrichissement alors qu'il manifeste généralement une volonté opposée (356).

---

( 354 ) Ponsard, op. cit. n° 179
( 355 ) J.O. édt. débats, Sénat p. 578
( 356 - 357 ) notamment avec l'article 1573 du code civil

279 - Ne trouvant pas de justifications satisfaisantes de l'article 1571 al. 2, les auteurs ont été tout naturellement amenés à le rejeter sans en rechercher la véritable signification.

Tant que l'on s'enferme dans l'idée que la déduction du passif sert à compenser les acquêts, la solution légale est injuste. Elle n'a de sens que si on accepte une nouvelle approche de l'article 1571 al. 2.

A - La véritable justification ne peut pas être trouvée dans l'idée d'une limite à la compensation des acquêts.

280 - La doctrine dominante, pour ne pas dire unanime, affirme que la déduction du passif repose sur le besoin de réintégrer dans la catégorie des acquêts, tous les gains de l'époux qui ont servi au règlement du passif originaire.

Curieusement, cette même doctrine démontre, sans le rechercher, qu'il n'en est rien puisqu'en cas de passif supérieur à l'actif une partie seulement de l'enrichissement sera reconstituée.

L'exemple est devenu classique, l'un des premiers à l'employer fut M.Mazeaud. (358)

"pourquoi, si un époux, au jour du mariage, a un passif de 2 000 et un actif de 1 000, et si, au jour de la dissolution, son actif est de 10 000 et son passif de 1 000, le conjoint n'aurait-il pas droità la moitié de l'augmentation totale du patrimoine, augmentation qui est de 10 000 et non de 9 000"?

Plutôt que d'affirmer que la "règle posée n'est pas pleinement satisfaisante (359) ou qu'elle est difficilement justifiable (360), il aurait

---

(358)Mazeaud, op. cit. n° 575

(359)Morin op. cit. n° 520

(360)Mazeaud idem

été possible de dire que si la solution légale ne permet pas une complète compensation, c'est qu'elle n'est pas faite pour cela.

Une telle affirmation n'est pas bénigne, ce qui est en jeu, c'est tout simplement la notion d'acquêt. En se servant de la déduction du passif comme d'un moyen de compensation, la doctrine dominante s'oriente vers une conception large : aux biens existants, il faut ajouter ceux qui ont permis le règlement des dettes originaires. Les acquêts correspondraient à l'enrichissement total et non à celui qui est effectivement constaté au jour de la dissolution.

Dans ces conditions, si la solution qui consiste à ignorer une partie du passif a un sens, il faut le rechercher dans une limite à l'idée de compensation et par conséquent dans une limite à la notion d'acquêt.

Seraient acquêts, les biens existants au jour de la dissolution moins les biens originaires, plus les sommes employées au règlement du passif originaire sauf pour la fraction de ce passif qui est supérieure à l'actif.

Cette limite n'est pas logique, si compensation il doit y avoir, elle doit jouer intégralement.

La preuve la plus éclatante, c'est que tous les auteurs, à l'exception de M. Cornu se déclarent résolument partisans d'une modification, au moins conventionnelle (361), de la solution légale.

Il faudrait ajouter au patrimoine final, la portion de passif qui excède l'actif, cette fraction de passif a en effet, été payée avec des sommes qui auraient normalement dû y figurer.

---

(361) On a même été plus loin, puisque MM. Geoffroy, Tailhades, Ciccolini, les membres du groupe socialiste et apparentés ont déposé un amendement en ce sens à l'occasion de la discussion qui s'est tenue au Sénat le 4 avril 1979. L'article 1571 proposé contenait la formule suivante : Si le passif excède l'actif, la différence est ajoutée fictivement à l'actif du patrimoine final. Déjà.

La démonstration de l'efficacité d'une telle clause a été faite par M. Morin (362) à partir de deux exemples de liquidation.

Premier exemple : la liquidation sans la clause proposée

Epoux A

Patrimoine originaire : 200.000

Passif originaire : 300.000

=) Le patrimoine originaire est tenu pour nul

Patrimoine final : 200.000 (l'époux n'a fait aucun acquêt, les 200.000 re présentent les biens apportés en mariage)

Enrichissement : 200.000 - 0 = 200.000

Epoux B

Patrimoine originaire : 200 000

Patrimoine final : 500.000 (200.000 apportés en mariage et 300.000 en acquêts)

Enrichissement : 500.000 - 200.000 = 300.000

Critique : B est censé avoir gagné 100.000 de plus que A alors que ce dernier a utilisé ses gains pour payer le passif originaire, c'est à dire 300.000. On constate que les deux époux ont gagné la même somme et que l'un deux sera pourtant débiteur de 50.000 au titre de la participation.

Deuxième exemple : la liquidation avec la clause proposée

Epoux A

Patrimoine originaire : 200.000

Passif originaire : 300.000

= ) Excédent de passif : 100.000

Patrimoine final : 300.000 (200.000 apportés en mariage et 100.000 réunis fictivement)

---

(362) G. et M. Morin OP. cit. n° 521

Enrichissement : 300.000 - 0 = 300.000

Epoux B : Idem

Avantage : Les acquêts de chaque époux étant égaux, il n'y a pas de créance de participation.

Cette proposition appelle deux remarques :

Primo, elle confirme que l'article 1571 al. 2 n'a pas été fait pour compenser les acquêts puisqu'il faut l'aménager pour y parvenir complètement. Si tel avait été le cas, la modification proposée aurait figuré dans la loi.

Secundo, elle peut conduire à des résultats incontrolables. L'explication est simple : puisque l'enrichissement totalement reconstitué peut être supérieur à l'enrichissement effectivement constaté, on peut imaginer que la créance de participation due par le conjoint soit supérieure à son patrimoine final.

Pour éviter cet écueil, certains auteurs proposent d'assortir la clause en question, d'une sorte de butoir qui aurait pour effet de limiter la dette de participation au montant de l'actif net du patrimoine final.(363)

Cette deuxième remarque appelle à son tour, une observation.

Elle s'inscrit dans la dernière phase d'un raisonnement au coup par coup, que l'on peut qualifier d'opportuniste. Il suffit d'en rappeler les trois étapes :

---

(363) Pillebout, J.C.P. Not. 1979 form. précitée spéc. n° 15 et art. 5 de l'exemple.

- L'article 1571 al 2 a pour but de compenser les acquêts employés au règlement de dettes originaires. En ce sens, il atteste une conception large de l'enrichissement sur laquelle le législateur se serait appuyé.

- Néanmoins, il faut venir au secours de ce texte pour qu'il réalise une complète compensation, seul moyen de prendre en compte l'intégralité de l'enrichissement.

- L'enrichissement une fois reconstitué, il ne faudra tenir compte que de la partie inférieure ou égale à l'actif net du patrimoine final.

Un tel itinéraire intellectuel risque d'être très mal compris par les époux et par conséquent, de rebuter les notaires qui auront à l'expliquer.

Les mauvaises constructions reposent toujours sur de mauvaises fondations ; la complexité du raisonnement déployé pour cette question du passif excédentaire n'échappe pas à la règle : c'est directement dans la signification de la prise en compte du passif qu'on trouvera la justification.

B - La véritable justification peut être trouvée dans l'idée d'une juste mesure du droit pour chaque époux de conserver son patrimoine originaire.

281 - Dans une description générale du régime, l'article 1569

indique que "chacun des époux a le droit de participer pour moitié en valeur aux acquêts nets constatés dans le patrimoine de l'autre..."

Cette formule marque la limite à la participation d'un conjoint : la moitié en valeur des acquêts nets.

Concrètement, cela signifie deux choses :

1° Un époux ne peut pas être débiteur d'une dette de participation supérieure à la moitié de son patrimoine

2° L'enrichissement ne peut jamais être supérieur à l'actif net du patrimoine final.

Ces deux règles ne seront écartées que dans une seule hypothèse, lorsqu'il y aura eu des manoeuvres de l'époux pour dissimuler une partie de ses gains. Dans ce cas, l'article 1573 du code civil commande d'ajouter au patrimoine final la valeur des biens aliénés frauduleusement ou donnés sans le consentement du conjoint.

C'est, à notre avis, sur cette double constatation que repose l'article 1571 al. 2.

A vrai dire, l'idée n'est pas tout à fait nouvelle.

Dès 1972, M. Durand avait montré que l'ignorance du passif (364) excédentaire avait pour but d'éviter l'insolvabilité du débiteur de la créance de participation. La remarque, pourtant très perspicace, n'a pas eu de répercussions ; la doctrine l'ignora, seul Me pillebout y fit écho. (365)

---

(364) J.M. Durand, "La dette de valeur en droit français" Thèse Paris 1972 p. 172

(365) Pillebout, J.C.P. Not. 1979 form. précitée

282 - Cette explication présente deux avantages : elle est simplificatrice et elle correspond à l'idée qui est avancée outre-Rhin pour justifier la même solution.

Elle est simplicatrice car, évoluant dans un système de proportionnalité, on a du mal à imaginer un passif supérieur à l'actif.

Incontestablement, la solution contenue dans l'article 1571 al. 2 a son origine dans le régime allemand de la Zugewinn Gemeinschaft ; le § 1374 du B.G.B. précise de manière très nette que les dettes déductibles du patrimoine initial ne peuvent excéder le montant de la fortune. La formule prend toute sa signification lorqu'on la rapproche de celle qui est employée dans le § suivant, relatif au patrimoine final : les dettes sont également déductibles même si elles excèdent le montant de la fortune (366).

Tous les commentaires, français ou allemands s'accordent à reconnaître que cette règle constitue "une rupture par rapport au principe de la communauté de bénéfices" (367) : les gains réalisés postérieurement au mariage et affectés au paiement de ces dettes n'apparaîtront plus dans le calcul de la péréquation des bénéfices.

Pourtant, jamais on n'a cherché à contourner cette conséquence ; elle s'inscrit dans la logique du régime. Le droit de chacun à participer de manière égale aux bénéfices acquis pendant le mariage ne doit pas être considéré comme un salaire ; il ne faut pas qu'un époux soit tenu de payer plus que ce qu'il a (368).

---

(366) Traduction du B.G.B. par G. Keutgen, Bibliothèque de Louvain, précité.

(367) Lienard ligny, Annales de la Faculté de droit de Liège 1962 n° 3 et 4 p. 341 spéc. p. 362 n° 10 ; Bietzke R.I.D.C. 1958 p. 39 n° 48 ; H.Hanisch, in Mariage et famille en question" Travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon III -e- P. 94. Amiod de Dardel, Revue de droit suisse 1960 p. 304 note 36, Hanoteau "le statut civil du conjoint survivant" précité p. 384

(368) M. Liénard-Ligny op. cit et loc. cit :"Il faut envisager l'avenir des époux et il ne serait pas équitable de grever le conjoint qui a consacré des gains qu'il ne possède plus à acquitter un passif antérieur."

Cette idée maîtresse se retrouve dans plusieurs commentaires.

M. Beitzke dans son ouvrage sur le droit de la famille (Famil . recht) a notamment écrit " Le patrimoine initial ne peut être négatif, s'il n'y a que des dettes, il est donc égal à zéro. Cette réglementation veut éviter qu'un époux à la dissolution du mariage doive donner a l'autre plus de la moitié de ce qu'il possède vraiment." (369)

On relèvera encore cette phrase de M. Amiod de Dardel (370) : "Cette règle a pour but d'éviter que la créance de péréquation ne s'élève, dans la règle, à plus de la moitié du patrimoine final du débiteur ; l'époux qui, au cours du régime, a rattrapé son passif ne doit pas avoir à en laisser la plus grande partie ou la totalité à son conjoint, ce qui serait le cas si le patrimoine initial pris en considération avait une valeur négative".

En droit français, à notre connaissance, seul M. Durand a développé une idée similaire ; encore qu'on la retrouve, en demi-teinte dans l'étude de Me Pillebout. ( 371)

C'est pourtant cette volonté d'empêcher un époux de devoir plus que ce qu'il a, qui nous paraît susceptible d'expliquer la solution de l'article 1571 al. 2. Le passif originaire ne naît jamais de manière inopinée ; de deux choses l'une, soit il existait au jour du mariage, soit il est lié à une acquisition gratuite réalisée pendant la vie commune.

Dans le premier cas, il est très simple de justifier l'exclusion du passif excédentaire, chaque conjoint connait la situation patrimoniale de l'autre et l'adoption du régime de participation aux acquêts doit se faire en connaissance de toutes ses conséquences. C'est pourquoi, les auteurs allemands

---

(369) Beitzke, Familienrecht n° 48 (traduit de l'allemand)

(370) Amiod de dardel, op. cit. p. 304 note 36

(371) "L'aspect séparatiste du régime pourrait être en réalité la véritable justification" Pillebout, J.C.P. Not. 1979 Form p. 193 spéc. P. 196 n° 16

recommandent de choisir un régime conventionnel lorsque le passif est trop important.

Dans le second cas, les choses sont plus compliquées dans la mesure où, à première vue, la volonté du conjoint disparaît.; on ne doit pourtant pas abandonner le principe de l'élimination du passif excédentaire. Les époux ne sont pas enchaînés en régime de participation aux acquêts ; dans l'éventualité de l'acceptation du succession largement déficitaire, l'époux non héritier peut toujours demander que la créance de participation soit liquidée par anticipation. La situation, au demeurant fort rare en pratique ne nous semble pas de nature à renverser la solution légale ; il y a là une cause de modification du régime matrimonial dont la légitimité est manifeste. Tout se ramène à nouveau à un choix du conjoint.

283 - Finalement, on observera, encore, que seule l'analyse proposée du patrimoine originaire est de taille à s'accommoder de la limite apportée à la prise en compte du passif originaire. L'idée est simple : à quoi servirait de mettre un signe négatif à un droit dont on sait déjà qu'il n'a pas à s'exercer ? Si le passif originaire est supérieur à l'actif, c'est qu'aucune valeur n'a été obtenue autrement que par l'activité de l'époux, cette constatation suffit : le patrimoine originaire comptera pour zéro, en toute logique.

Deux observations s'imposent.

D'abord, on peut affirmer que sur ce point,le régime de participation aux acquêts est beaucoup moins communautaire que le régime légal ; l'affirmation de Me Pillebout pour qui l'aspect séparatiste du régime est peut-être la véritable justification aurait dû être approfondie (372). En communauté, il y aurait récompenses pour l'intégralité des sommes prises sur la masse commune pour règler des dettes propres, avec évaluation selon les principes de l'article 1469 al. 3 éventuellement. Ici, on ignorera une partie du passif ; c'est la structure liquidative du régime qui l'impose.

---

(372) Pillebout, J.C.P. Not. 1979 form. p. 193 n° 16

Ensuite, ce plaidoyer en faveur de la solution actuelle nous met en difficulté pour tenter de justifier la modification prochaine de l'article 1571.

## § II - La justification de lege ferenda

284 - Sous les pressions de la doctrine et de la pratique le législateur va, très bientôt, supprimer la règle de l'exclusion du passif excédentaire. Cela risque de porter un coup à la compréhension de la structure liquidative du régime, surtout au regard de la technique employée : la portion de passif supérieure à l'actif sera réunie dans le patrimoine final, de manière fictive (373).

On ne cherchera pas à remettre en cause l'orientation qui a été choisie ; le législateur est souverain et ce n'est pas le rapprochement avec le droit allemand qui doit constituer un frein.

Seulement, on peut s'étonner de voir le passif réglé être traité comme une valeur d'actif ; c'est pourtant ce que commande le projet. En respectant la volonté d'une prise en compte totale du passif, il était possible de raisonner autrement. Il suffisait de découvrir, dans le patrimoine originaire, une dette, et non plus, un droit de l'époux, envers le patrimoine conjugal. L'époux a un droit, il pourrait avoir une dette.

On fera trois observations.

Primo, le résultat aurait été identique. L'époux qui a fait disparaître son passif originaire avec les produits de son activité devrait réintroduire les sommes employées, celles-ci seraient alors comptabilisées dans le patrimoine final. En somme, la future solution légale ne fait que prendre un raccourci, il faudra pour la justifier avoir recours à cette idée d'une dette de l'époux. pourquoi ne pas le dire dans un texte relatif au patrimoine originaire ?

---

(373) Projet du 24 janvier 1985

Secundo, la prise en compte de la portion de passif supérieure à l'actif peut amener à des rèsultats mauvais en pratique. Ce sont ces résultats que M. Durand a déjà dénoncés : "admettre un signe négatif pour le patrimoine originaire pourrait entraîner l'insolvabilité du débiteur" (374). Pour le montrer, l'auteur utilise l'exemple suivant :

Au jour du mariage, le mari possède un immeuble qui vaut (à la dissolution)200.000 F., son passif se monte à 500.000 (réévalués). La femme possède elle aussi un immeuble qui vaut 200.000 F. ; elle n'a réalisé aucun aucquêt. Le patrimoine final du mari sera égal à 200.000 + 500.000 F desquels il faudra retrancher 200.000 pour obtenir le montant des acquêts nets, soit 500.000 F. Les patrimoine originaire et final de la femme sont identiques, elle n' a aucun acquêt. La femme aura donc contre le mari une créance de 250.000 alors que celui-ci possède un actif limité à 200.000 F.

En décidant que le passif excédentaire serait rajouté fictivement au patrimoine final, a-t-on mesuré toutes ces conséquences ?

Tertio, on retrouve là une technique dont on a dit qu'elle constituait l'une des particularités des régimes de communauté différée ; même si le nom n'est pas employé, c'est tout simplement une récompense que l'on est en train de mettre en place. C'est dire que la modification envisagée est d'importance, sous un aspect bénin elle risque de donner une nouvelle signification au régime de participation aux acquêts. En effet, concrètement, on va rajouter au patrimoine final, en réalité aux acquêts, des sommes qui ont été utilisées pour financer des dettes relatives aux biens originaires,(pour ne pas dire propres). Jusqu'à maintenant, l'appréhension purement comptable (recours à la notion d'état notamment) a permis d'affirmer que le régime français n'était pas un régime de communauté différée, en ira-t-il encore de même demain ?

---

(374) Durand, Thèse précitée, p 173

Cette dernière observation nous amène tout naturellement à tirer une conclusion, peut-être provisoire, de l'étude du droit qu'a chaque époux de conserver son patrimoine originaire.

## Conclusion de la première partie.

285 - Finalement, le régime de participation aux acquêts est pris entre deux feux. On peut y voir un régime séparatiste avec participation à l'enrichissement ; on peut aussi y voir un régime de communauté à administration séparée. Or, l'étude du patrimoine originaire, moyen d'expression du droit de conservation de certaines valeurs par l'époux, montre, déjà, que ce n'est ni l'un, ni l'autre.

La notion de patrimoine originaire nous paraît indissociable de celle de répartition des valeurs entre les époux. Le régime de participation aux acquêts n'est pas un régime de séparation, il en même l'opposé car l'idée d'un patrimoine conjugal y est nettement developpée. A la dissolution, ce patrimoine est réparti; des valeurs seront reprises par les époux, d'autre seront soumises à participation.

Faut-il alors en faire un régime de communauté ? Nous le pensons pas.

Il y a bien un concept semblable au concept de communauté mais il se traduit par une structure liquidative profondément différente.

Il est vrai de dire que le patrimoine originaire joue un rôle semblable aux biens propres, il est faux de dire qu'il y a identité entre les deux. Nous l'avons constaté à propos de certains biens à caractère personnel ; nous l'avons vérifié avec les méthodes d'évaluation des biens aliénés et subrogés, nous l'avons définitivement montré avec la limite à la prise en compte du passif.

Il faut admettre que le régime de participation aux acquêts offre une voie nouvelle dans l'organisation des relations matrimoniales. Il comporte des solutions qui tranchent par rapport à nos habitudes, il faut les admettre dans la mesure où elles traduisent l'essence du régime, telle qu'elle apparaît dans sa traduction législative.

286 - Bien entendu, la réforme attendue de l'article 1571 al. 2 risque de perturber cette conclusion ; en instituant une véritable récompense entre les biens originaires et les acquêts, elle oriente le régime de participation vers la technique des régimes de communauté et on peut craindre que l'assimilation déjà tentée en doctrine, ne devienne un principe général d'interprétation. Les qualifications tiennent à peu de choses : pour l'heure notre régime de participation aux acquêts n'est pas un régime de communauté différée, il risque de le devenir.

Mais, il le deviendra en partie seulement !

Le régime français restera, quelle que soit l'évolution future, un régime particulier. Même si l'idée de communauté différée s'y développe à propos de l'opposition entre droits de conserver et de participer, il restera que ce deuxième droit ne donne pas à son titulaire la qualité de copartageant, mais celle de créancier.

# DEUXIEME PARTIE :

## LE DROIT DE PARTICIPER AUX ACQUETS REALISES PAR LE CONJOINT

287 - Un seul des époux sera titulaire d'une créance de participation ; mais chacun d'eux participe pour moitié en valeur aux acquêts nets constatés dans le patrimoine de l'autre (art. 1569 c. civ.).

Les études qui ont été menées jusqu'à présent se sont toujours concentrées sur le calcul de la créance de participation. Or, comme nous l'avons montré pour le patrimoine originaire, on peut affirmer que le dégagement des acquêts n'est pas une simple étape de ce calcul. Il exprime, au contraire, le droit de chaque époux de participer aux acquêts réalisés par son conjoint.

La créance de participation est le résultat d'une compensation des droits de chaque époux : il n'y aura créance de participation que s'il y a, après compensation, un excédent d'acquêts nets dans le patrimoine de l'un d'eux. Mais ce n'est là que la traduction comptable de la réciprocité des droits de participer de chaque époux.

A la limite, on peut concevoir que les conjoints aient des acquêts égaux (375) ; dans ce cas, il n'y aura aucune créance de participation. Il n'empêche qu'il y aura eu participation ; la seule particularité du cas est que les deux droits se seront réciproquement éteints.

Le droit de participer ne se ramène donc pas à la créance de participation. Cette dernière n'est qu'une technique de réalisation de ce droit.

288 - En partant de cette observation, on peut minorer le débat qui a été mené à propos de la nature de la créance de participation. Parce que l'article 1476 al. 3 permet à l'époux débiteur, dans certains cas, de régler sa dette en nature et que cette opération est parfois considérée comme une opération de partage, on a pu douter de la qualité de l'époux créancier : intervient-il comme créancier ou comme copartageant ?

On a pu se demander si, en définitive, le législateur n'avait pas voulu, avec ce règlement en nature, substituer une liquidation de type "communauté différée" à la liquidation habituelle (376). On passerait alors d'une participation en valeur à une participation en nature.

S'il en était ainsi, l'attribution ne pourrait porter que sur des acquêts; l'éventuelle masse à partager, bâtie sur le modèle des communautés différées, ne saurait être étendue aux biens originaires.

---

(375) Il suffit d'imaginer que les époux ne possédaient rien en se mariant et que toutes les acquisitions qu'ils ont réalisées l'ont été conjointement. Dans ce cas, il suffira de partager l'indivision, chacun aura la même quantité d'acquêts. Mais faut-il encore dans ce cas, choisir un régime de participation aux acquêts... ?

(376) Cornu n° 118 ;

Or, ce n'est pas ce que prévoit l'article 1576 al. 3 in fine : l'attribution peut porter sur un bien originaire lorsqu'elle a lieu au profit d'un conjoint survivant venant à la succession de son époux, fût-ce en usufruit seulement a précisé le rapporteur à l'Assemblée Nationale ( 377 ).

Force est donc de conclure au caractère fictif de la qualification de partage ; le créancier de participation n'est pas un copartageant ( 378 ). Recherchant seulement à faire bénéficier l'attributaire des avantages attachés à la qualification de partage, l'article 1576 al. 3 recourt au procédé technique de l'assimilation : sans modifier la nature juridique de l'opération, il lui confère, par assimilation, le régime du partage.

En remarquant que le partage implique chez celui qui s'en prévaut des droits sur une communauté indivise, la doctrine conclut, assez facilement, en ce sens (379)).

---

( 377) déclaration de M. Colette, J.O. 27 juin 1965, p. 2643.

( 378) Selon M. Morin, cette qualité de copartageant pourrait être trouvée dans le fait qu'il se forme bien une indivision entre l'époux créancier et les héritiers de l'époux débiteur, G. et M. Morin op. cit. n° 550 p. 183. Cette analyse a été vite réfutée : la liquidation du régime et la succession constituent deux opérations distinctes : les biens originaires attribués à l'époux venant à la succession de l'époux débiteur, le sont en vertu de ses droits matrimoniaux, non pas à titre successoral. Cornu op. cit. n° 119.

( 379) R. Contin, "Règlements en nature dans les partages matrimoniaux" R.T.D.C. 1977 p. 435 spéc. p. 466 n° 52

Flour, Cours de droit civil licence IV année 1966-67 p. 907

Morin, op. cit. n° 550 p. 183 ; Ponsard, Aubry et Rau, op. cit. n° 385

289 - Il ne faut donc pas se laisser abuser par la formule employée à l'article 1575 qui, après avoir posé le principe de la compensation des acquêts nets, indique que "seul l'excédent se partage". L'allusion à la notion de partage s'explique par la volonté de faire de la liquidation de la participation, l'équivalent d'une liquidation de communauté, mais sans en retenir les procédés. Au fond, tout comme "le patrimoine originaire joue, en tant que mesure des intérêts personnels, le même rôle que les propres" ( 380 ), le droit de participer (et non pas seulement la créance de participation) exprime "la même vocation que le droit au partage des acquêts" ( 381 )

---

Les droits de conserver et de participer obéissent à une répartition qui rappelle la distinction propres-acquêts. Mais on ne peut pas s'arrêter à cette constatation.

D'une part, s'inspirant du modèle allemand, le législateur français a posé que la nature communautaire du régime s'exprimerait par un simple rééquilibrage des gains : à l'époux qui a le moins de gains, il sera accordé une créance de participation égale à la moitié de l'excédent constaté dans le patrimoine de l'autre.

D'autre part, (et surtout) le droit de participer se distingue très nettement du droit qu'a l'époux commun sur la moitié de la communauté.

290 - Cette caractéristique procède de la technique comptable du régime.

---

( 380 ) Cornu, op. cit. n° 40

( 381 ) P. Rémy, "Observations sur l'article 1576 al. 4, du code civil" J.C.P. Not. 1980 Doct. p. 333 spéc, n° 28

Cette technique comptable mesure le droit de participer à partir de deux élèments :

1° ) les acquêts constatés dans le patrimoine des époux au jour de la dissolution ; la technique comptable permet, ici, de soumettre à participation des valeurs qui n'auraient pas donné lieu à partage (Premier Chapitre)

2° ) Les acquêts réunis fictivement ; la subtilité comptable du régime sort alors ses pleins effets, en permettant de soumettre à participation des valeurs qui ne figurent plus dans le patrimoine des époux (Deuxième Chapitre).

## PREMIER CHAPITRE :

## LE DROIT DE PARTICIPER AUX ACQUETS CONSTATES.

Une juste mesure de ces acquêts exige que l'on recense l'actif (Section I) avant de retrancher le passif (Section II).

### Section I : Le recensement de l'actif

291 - Toutes les valeurs possédées par l'époux doivent être soumises à participation, dès lors qu'elles ne sont pas comptées comme valeurs originaires.

Cette définition, négative, des acquêts nets montre que l'établissement du patrimoine final est une opération essentielle de la liquidation du régime de participation aux acquêts. Plutôt que de définir en nature, les biens qui doivent donner lieu à participation, le législateur s'est contenté d'indiquer que la différence de valeur entre patrimoines originaire et final représentait les acquêts.

Cela illustre parfaitement la caractéristique comptable du régime. Concrètement, un même bien pourra être en partie originaire et en partie acquêt. Il sera originaire pour toute la partie de sa valeur qui n'est pas due à l'activité de l'époux, il sera acquêt pour le reste. Cette méthode, qui remplace avantageusement la théorie des récompenses, est rendue possible

par l'application d'une technique moderne d'évaluation dont la grande originalité est de distinguer entre l'état passé et actuel du bien. Ce dernier étant estimé de deux manières différentes, on assiste alors à une répartition dirigée des plus-values selon qu'elles sont volontaires ou fortuites.

C'est dire que parmi les acquêts, on ne trouvera pas seulement les biens acquis par l'époux pendant le mariage (Sous-section II) ; il faudra tenir compte également des plus-values qui se seront portées sur des biens originaires (Sous-sectionI).

## Sous-section I - Les plus-values consécutives à une modification de l'état des biens originaires.

292 - La référence à l'état initial des biens a effrayé biens des futurs liquidateurs ; elle constitue pourtant l'une des innovations les plus importantes de tout le droit patrimonial moderne de la famille.

L'importance et la nouveauté de la notion justifient que l'on en fasse d'abord une étude théorique, en recherchant son véritable rôle dans la liquidation du régime (§ I) et que l'on s'attache ensuite, dans une étude pratique (§ II), à sa mise en oeuvre.

### § I - Etude théorique : le rôle de la référence à l'état initial du bien.

293 - On a affirmé que la distinction entre l'état du bien au jour du mariage et au jour de la dissolution jouait un rôle identique à celui des récompenses dans le régime légal(382). Même s'il y a de bonnes raisons de nuancer cette proposition, on peut effectiveemnt rapprocher les deux mécanismes.

Pourtant, il ne faudrait surtout pas s'arrêter à cette simple observation. Etat du bien et récompenses ne sont que deux facettes, deux illustrations d'une technique qui aura marqué les dernières decennies : la dette de valeur. C'est dans cette évolution générale qu'il convient de replacer la référence à l'état du bien.

Il ne faut donc pas se contenter de dire que cette référence est un dérivé de la technique des récompenses (A); mieux vaut constater qu'il s'agit d'un élèment caractéristique de la dette de valeur(B), qu'elle permet dans tous les cas de distinguer les plus-values fortuites des plus-values volontaires.

---

(382) Me. Corpechot, Rapport au 75e Congrès des Notaires de France, p. 408 n° 278
Pillebout. J.C.P. 1983 Prat. 8709 n. 361 spec. n° 6

## A - La référence à l'état initial du bien envisagée comme un dérivé de la technique des récompenses.

294 - Pour prétendre que la référence à l'état initial du bien joue un rôle identique à celui des récompenses, il faut admettre que le critère primordial de la double évaluation prévue par les articles 1571 et 1574, est la référence à la valeur finale du bien. Qu'il s'agisse du patrimoine originaire ou du patrimoine final, on retient cette valeur dans les deux cas. Le second critère, l'état du bien, apparaît alors comme un aménagement du premier : il permet de rétablir l'équilibre rompu par des transferts de valeurs effectués pendant le mariage entre les acquêts et le patrimoine originaire.

Il y a des raisons de croire au bien fondé de cette analogie (1) ; mais elle peut suggérer certaines critiques, dont deux au moins, nous paraissent essentielles (2).

### 1 ) Les raisons du rapprochement entre la référence à l'état initial et les récompenses.

295 - Les biens se retrouvant dans le patrimoine de l'époux sont estimés pour leur valeur au jour de la dissolution. Cette règle, énoncée par l'article 1571 al. 1 du Code civil, traduit peut-être une caractéristique primordiale du régime français.

Il faut pour cela comparer le système allemand au système français. Il y a entre les deux régimes une divergence très profonde ; elle porte, non pas sur les règles de composition des patrimoines originaire et final, mais sur les règles d'évaluation.

La composition du patrimoine originaire apparaît comme étant identique dans les deux législations ; qu'il s'agisse du § 1374 du B.G.B. ou de l'article 1570 du code civil, le patrimoine originaire comprend deux catégories de biens : ceux possédés par l'époux au moment du mariage et ceux acquis depuis le mariage par succession ou libéralité. Ni l'une ni l'autre de ces législations n'a voulu étendre la participation aux biens entrés dans le patrimoine par un acte à titre gratuit. L'appartenance du bien à la famille et la volonté d'un donateur sont des causes qui justifient l'exclusion des droits du conjoint.

Seulement en droit allemand, on évalue le patrimoine initial en retenant pour tous les biens existants au moment du mariage, la valeur qu'ils avaient à cette date et pour les biens acquis depuis, la valeur qu'ils avaient au jour de leur entrée dans le patrimoine de l'époux (383).

Le législateur français a adopté une position radicalement différente : la plus-value qui porte sur un bien originaire sera prise en compte dans le patrimoine originaire autant que dans le patrimoine final.

Seulement cette solution comporte un risque, d'où la référence à l'état antérieur du bien. Le risque est le suivant : puisqu'on retient dans les deux masses la valeur finale, un époux pourra dissimuler certains enrichissements en les intégrant dans le patrimoine originaire ; il lui suffira d'affecter une partie de ses revenus à l'amélioration de certains biens originaires. Par là on assiste à une diminution des acquêts et à une augmentation du patrimoine originaire.

Le moyen choisi pour écarter ce risquefut le recours à la notion d'état. Le bien sera évalué selon sa valeur au jour de la dissolution, mais en fonction de son état au jour du mariage ou au jour de son entrée dans le patrimoine de l'époux. De cette manière, les investissements réalisés sur des biens originaires mais financés par les gains ou les revenus de l'époux ne pourront pas figurer dans le patrimoine originaire. Le recours à la notion d'état apparaît donc comme un correctif destiné à donner aux patrimoines originaire et final, leur signification respective.

Il va de soi qu'avec un tel raisonnement, il n'y aura changement d'état que s'il y a intervention volontaire de l'époux. L'augmentation de valeur due aux circonstances économiques et monétaires n'est pas le résultat d'un transfert de valeur : il n'est pas nécessaire de recourir à la notion d'état du bien.

---

(383) paragraphe 1376 du B.G.B. Il faut relever que le quatrième alinéa de cet article prévoit une dérogation en ce qui concerne l'exploitation agricole, celle-ci sera évaluée non pas selon sa valeur vénale mais selon sa valeur de rendement. C'est peut-être un exemple dont le droit franàais pourrait s'inspirer.

Cette analyse permet de mieux comprendre la formule de Me Corpechot : "Comme pour les récompenses, il s'agit de rétablir l'équilibre rompu par des transferts de valeur effectués pendant le mariage entre les différentes masses de biens" (384)

2 ) La critique du rapprochement entre la référence à l'état initial du bien et les récompenses.

296 - Affirmer que le renvoi à l'état du bien joue un rôle semblable à celui des récompenses nous paraît encourir deux défauts principaux : ceux d'ambiguité et d'insuffisance.

Ces deux remarques résultent des différences qui existent entre les deux techniques.

Certaines sont mineures. Ainsi, on peut faire valoir que les récompenses visent la reconstitution des masses propre et commune alors que l'état ne s'intéresse qu'à l'évaluation. De même, on peut dire que la référence à l'état ne concerne que les biens d'un seul conjoint alors que les récompenses impliquent un rapport entre les biens propres d'un époux et les biens communs.

Au rang des différences importantes nous retiendrons deux idées : la première tient à l'inexistence, pendant le mariage, de la distinction acquêt-bien originaire, la seconde repose sur le fait que la référence à l'état permet de rendre compte de certains mouvements de valeur qui ne sont pas appréhendés par le technique des récompenses.

a - l'inexistence pendant le régime de la distinction acquêt-bien originaire.

297 - Pendant le régime, la loi ne connaît que les biens personnels d'un époux. Sous cette rubrique, elle range sans distinction, les biens acquis avant le mariage et ceux reçus à titre gratuit depuis. C'est ce qui ressort de l'article 1569 du code civil, "texte programme du régime de participation".

---

(384) Corpechot op. cit. et loc. cit.

Ce texte, au moins dans sa première partie, détermine les règles d'administration de leurs biens par les époux. Il indique très clairement que chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels, sans qu'il y ait lieu de distinguer parmi ces biens, ceux qui ont été acquis avant le mariage ou après. Ainsi, pendant la vie conjugale, il n'existe dans le régime de participation aux acquêts, que deux masses de biens : les biens personnels de la femme et ceux du mari.(385)

On comprend, dans ces conditions, qu'il y à quelque chose d'illogique à parler de transferts de valeurs entre des masses de biens qui, au moment du prétendu transfert, n'existaient pas.

298 - En réalité, si cette première observation est importante, elle n'est pas décisive. On peut faire valoir que le transfert s'apprécie uniquement à la liquidation du régime, c'est à dire à un moment où la distinction entre les biens originaires et les acquêts devient capitale. Les récompenses, elles aussi, se déterminent à la liquidation de la communauté. En fait, la véritable différence touche essentiellement aux conséquences de l'existence pendant le régime, de plusieurs masses de biens. Alors que dans le régime de participation aux acquêts, la distinction n'aurait aucune portée, elle conditionne directement les règles d'administration dans le régime de communauté.

Même avec cette réserve, la critique reste fondée. Il n'a jamais été question dans le régime de participation aux acquêts mis en place en 1965, de reconstitution d'une masse commune à la dissolution. La phase communautaire du régime se traduit toute entière dans le droit à participer aux acquêts du conjoint. Or, l'idée d'une reconstitution au bénéfice des acquêts fait penser que certains biens doivent demeurer personnels aux époux et que d'autres font partie d'une masse commune latente. Si cétait le cas, on trouverait dans le régime des règles de protection de cette masse latente contre l'époux qui investit dans l'amélioration de biens qu'il possédait antérieurement au mariage. Or chaque époux reste libre de sa gestion : rien ne démontre qu'il cherche ainsi à dissimuler une partie de ses acquêts. Il y aura simplement dhangement d'état du bien originaire bénéficiaire de l'investissement

---

(385) Nous ne tenons pas compte ici de l'éventualité d'une masse indivise, sur ce point, voir p.

et cela suffira à assurer l'objectif communautaire du régime. La considération du changement d'état suffit à protéger le droit de participation : la structure du régime rend vaine la dissimulation des transferts, tout simplement parce qu'il n'y a pas de communauté latente.

299 - Au reste, récompenses (en communauté) et changements d'état (en participation) n'ont pas les mêmes causes ; encore une fois, c'est la structure particulière de la participation qui permet d'appréhender des mouvements de valeur que les récompenses ne saisissent pas.

b) Les causes des récompenses ne sont pas les mêmes que celles du changement d'état.

300 - Les récompenses se limitent à rétablir le déséquilibre constaté entre la masse commune et les biens propres d'un époux. Soit la récompense sera due à la communauté par un époux, soit elle sera due par la communauté au bénéfice d'un époux. Or, le changement d'état d'un bien originaire peut provenir d'un investissement réalisé par l'époux lui-même, mais il peut provenir également d'un investissement financé par son conjoint.

Cette affirmation peut surprendre. Elle surprend tout d'abord parce qu'elle va à l'encontre de la séparation patrimoniale dans laquelle se trouvent les époux pendant le mariage. Elle surprend ensuite dans la mesure où on peut avoir des difficultés à imaginer quel peut être l'intérêt d'un époux de financer l'amélioration d'un bien originaire de son conjoint.

Il est vrai que normalement les époux qui ont choisi le régime de participation ne seront pas enclins à se financer mutuellement leurs dépenses. La référence au régime de la séparation de biens suffit à rejeter en principe de tels actes. Toutefois ce rejet n'emporte par interdiction. A l'occasion de la réalisation de certains grands projets, on peut imaginer que les époux, dans le même dessein, chercheront plus à collaborer qu'à défendre leur indépendance matrimoniale. Il suffit de penser au financement de travaux sur une maison qui appartenait à l'un d'eux au jour du mariage. Cela est d'autant plus réalisable que le régime permet à chacun d'y retrouver son compte.

Le régime de participation aux acquêts offre ainsi un avantage qui n'a peut-être pas assez été mesuré. Il permet à un époux de profiter de la plus-value qu'il a pu apporter à un bien de son conjoint.

La structure liquidative du régime est telle qu'il importe peu qu'une plus-value entre dans un patrimoine ou dans l'autre ; quel que soit l'époux qui en est à l'origine, chacun d'eux en profitera à la dissolution. Si une personne mariée sous ce régime désire investir une somme provenant de son activité ou de ses revenus, elle peut décider d'affecter l'argent soit à l'amélioration de l'un de ses biens, soit à l'amélioration d'un bien de son conjoint. Dans les deux cas, ses droits seront d'une valeur identique. En effet, si elle modifie l'état de l'un de ses biens personnels, elle augmente ses acquêts, en augmentant du même coup le droit de participer de son conjoint, d'une valeur égale à la moitié de l'investissement. Si elle choisit d'améliorer un bien qui ne lui appartient pas, elle va par là, augmenter les acquêts de son conjoint, ce qui se traduira par une variation de la créance de participation, à son profit cette fois.

Un époux marié sous le régime de la participation aux acquêts peut donc intervenir sur un bien de son conjoint, sans que cela se traduise pour lui, par une perte ou par une simple créance entre époux. De la même manière, il serait faux de croire que cet époux pourrait en tirer un avantage quelconque.

On pourrait pourtant penser que celui qui fait passer une partie de ses revenus dans le patrimoine de son conjoint tire un bénéfice de l'opération. A première vue, il diminue son enrichissement et augmente celui de son conjoint, cela devrait entraîner une augmentation de la créance de participation. Cela est faux. Même si la créance de participation est modifiée, il n'en résultera pas un gain supplémentaire. Il ne faut pas voir tout le régime de participation aux acquêts dans le réglement de la créance de participation. A côté de cette créance, il y a ce que l'époux possède réellement, ce qu'il va garder définitivement ; la créance ne fait que s'ajouter ou se retrancher de ces biens.

C'est là une donnée très importante du régime : toutes les plus-values, tous les enrichissements donnent lieu à participation, quels que soient l'époux et les biens qui en sont à l'origine. Ainsi, il y aura changement d'état lorsque l'époux intervient directement sur ses biens personnels, mais, il y aura également changement d'état l'orsqu'il intervient sur les biens de son conjoint. On n'a pas à distinguer selon que l'intervention porte sur des biens possédés avant le mariage ou reçus pendant par succession ou libéralité, ou sur des biens acquis à titre onéreux au cours de la vie commune.

301 - Ce sont là autant de mouvements de valeur que la technique des récompenses ignore. Cette différence nous permet de nuancer l'assimilation état-récompense. Ce qui est vrai, c'est que les deux procédés visent à rendre compte de mouvements entre des masses de biens, mais ce n'est pas suffisant pour admettre que la référence à la notion d'état joue un rôle identique à celui des récompenses. Ce n'est certainement pas ce qu'a voulu dire Me Corpechot, ce n'est du moins pas en ce sens que nous comprenons sa formule.

Il faut donc rechercher une autre explication de la référence à l'état initial du bien ; nous le trouverons dans l'étude du procédé de la dette de valeur.

### B - La référence à l'état initial du bien : caractéristique de la dette de valeur.

302 - Même connue et ancienne, la notion d'état du bien a été peu étudiée par la doctrine civiliste, on commence tout juste à prendre conscience de ses difficultés d'application. Il n'est qu'à consulter les grands traités du droit des biens pour mesurer l'ignorance dans laquelle elle a été laissée. Ce pourrait être un juste motif de découragement.

En réalité, il était normal qu'on ne s'intéressât pas beaucoup à ce terme d'état.

303 - Avant 1938, pendant tout le XIX siècle, la solidité de la monnaie et la prédominance de la fortune immobilière simplifiaient les choses au point que les commentateurs du code civil se sont peu intéressés à l'article 922 ancien. Pourtant, ce texte contenait une formule d'évaluation identique à celle qui a été adoptée par les rédacteurs de la loi du 3 juillet 1971 : les biens donnés entre vifs sont réunis à la masse successorale "d'après leur état à l'époque de la donation et leur valeur au temps du décès du donateur". Mais ce texte a été modifié à un moment où la dépréciation monétaire aurait pu lui donner tout son intérêt.

Les réformes liquidatives récentes ont, en toute clarté, retenu le double critère de l'état original du bien et de sa valeur au jour de la liquidation pour conjurer les seuls effets de la dépréciation monétaire. Mais rien de plus. C'est ce que font les articles 860, 922 et 1571 du code civil. On y retient la valeur actuelle du bien, mais dans son état précédent. Entre le jour choisi pour apprécier l'état et celui de la liquidation, le bien aura subi un certain nombre de modifications ; tout le problème sera de déterminer celles qui intéressent l'état du bien et celles qui lui sont étrangères.

304 - C'est donc avec la réforme des liquidations successorales que l'on a progressivement pris conscience de cette nouvelle notion ; doctrine et jurisprudence sont actuellement en pleine élaboration, l'étude la plus complète étant certainement celle qu'a réalisée, en trois actes, M. Catala (386 ).

---

(383) 1er acte : La réforme des liquidations successorales, 1ère édition 1973 n° 28 à 36
2éme acte : "L'état d'un bien donné sous forme sociale" Mélanges Rodière p. 55
3ème acte : La réforme des liquidations successorales, 2ème édition 1983 p. 73 n° 28

Ces rares travaux seront pour nous une indispensable source de réflexion dans la mesure où le besoin de circonscrire la notion d'état du bien se retrouve avec la même vigueur dans le régime de participation aux acquêts. et dans la liquidation des successions.

305 - Le rapprochement des articles 1571 (évaluation des biens originaires) et 1574 (évaluation des biens existants) livre l'inspiration générale du procédé. Dans les deux cas, on retient la valeur du bien au jour de la dissolution du mariage, mais l'objet de l'évaluation sera différent. Alors que dans l'évaluation du patrimoine originaire on tiendra compte de l'état antérieur du bien, celle du patrimoine final se référera à l'état actuel. Toute modification de l'état entraînera donc une différence entre les patrimoines originaire et final ; cette différence constituera une valeur de participation.

L'emploi de la notion d'état a ainsi pour but de distinguer entre les plus-values fortuites (qui ne modifieront pas l'état du bien) et les plus-values volontaires (qui le modifieront) . En jouant ce rôle dans le régime de participation aux acquêts (1), la référence à l'état initial du bien joue un rôle normal (2), ce qui ne doit tout de même pas dissimuler certaines particularités (3).

### 1 ) L'état du bien, critère de distinction entre les plus-values fortuites et volontaires.

306 - La liquidation du régime de participation aux acquêts est une suite d'opérations comptables qui reposent sur la valeur des biens possédés par les époux. Cette référence à la valeur fait intervenir un critère primordial, le prix du bien. En droit, on se contente de déterminer la valeur d'un bien par son prix de vente. Il s'agit là d'une méthode qui pourrait paraître simpliste à celui qui voudrait raisonner selon les théories économiques (387).

---

(387) Sans vouloir entrer dans le détail des doctrines économiques, on peut affirmer qu'il existe au moins trois théories de la valeur.

▲ la théorie classique qui explique la valeur par des facteurs objectifs. On parle alors de la valeur-travail mais aussi de la valeur-capital, c'est la conception de Ricardo. On peut faire remonter cette théorie à Petty et au mouvement naturaliste anglais (cf. Denis, histoire de la pensée économique, p. 139) Par la suite, on va assister à un resserrement qui conduira à la notion marxiste de valeur-travail.

▲ la théorie de l'utilité, qui ne s'imposera comme explication de la valeur qu'après la découverte du marginalisme. L'utilité marginale étant l'utilité ajoutée par l'unité supplémentaire de produit, on constate que plus on ajoute d'unités, plus l'utilité totale augmente lentement. Ainsi, lorsque la quantité consommée d'un produit augmente, l'utilité marginale tend à diminuer. Or, c'est la satisfaction procurée par la dernière dose qui détermine la valeur.

Le consommateur va s'efforcer de maximaliser l'utilité totale des biens qu'il achète, il distribue sa dépense entre ses besoins de manière à égaliser l'utilité marginale et l'unité monétaire dépensée pour chaque bien. L'échange ne se réalisera que lorsqu'il y aura égalité des utilités marginales des biens échangés, le prix est le moyen d'égaliser ces utilités marginales. Selon la formule de Jevons (auteur anglais auquel on accorde la paternité de la théorie), les prix normaux sont ceux qui satisfont à la condition d'égalisation. Mathématiquement cela se résume dans la formule suivante :

$$\text{Si on a : } \frac{\text{utilité marginale de A}}{\text{utilité marginale de B}} = \frac{\text{Prix de A}}{\text{Prix de B}}$$

$$\text{on a aussi: } \frac{\text{utilité marginale de A}}{\text{Prix de A}} = \frac{\text{Unité marginale de B}}{\text{Prix de B}}$$

▲ La théorie des économistes modernes.

L'originalité de ce dernier mouvement réside dans la moindre place accordée à la valeur par rapport à la notion fondamentale d'équilibre. La valeur d'échange, et donc le prix, n'est qu'un inconnue du problème économique en ce qu'elle dépend de toutes les équations de l'équilibre économique. Il est illusoire de vouloir rattacher la valeur à un seul facteur. On souligne également le rôle important joué par l'Etat qui apparaît comme le maître du marché.

307 - Cette recherche est facilitée par le fait que la liquidation suppose résolues les questions de propriété du bien. Il n'est pas besoin ici de dire qui est propriétaire du bien, il suffit d'évaluer la fortune de chaque époux ( 388 ). C'est dire que la valeur qui sera retenue ne peut être qu'objective, détachée de toute considération sentimentale. Il s'agira d'une pure valeur d'échange (389 ).

308 - Pourtant, cette objectivité ne suffit pas à faire que le prix d'un bien soit une référence stable dans le temps. A celà il y a deux facteurs : le jeu de l'offre et de la demande et l'expression du prix en unités monétaires.

Le prix est le résultat de la combinaison de deux données : l'offre et la demande ; l'équilibre qui existe entre ces deux facteurs favorisera une augmentation ou une diminution du prix. C'est dire que l'on fait intervenir dans les rapports patrimoniaux entre les époux, une relation dont les études ont suffisament démontré qu'elle était fonction de causes diverses où le conditionnement des consommateurs trouvait la juste mesure de son influence (390)

---

(388) On ne s'intéressera aux questions de propriété qu'au moment d'établir les patrimoines finals et éventuellem ent la masse indivise, mais dans cette étape de la liquidation, il n'est pas encore question d'évaluer les biens. Attribution et évaluation sont deux opérations distinctes.

(389) La distinction entre la valeur d'usage et la valeur déchange est classique et elle ne prête guère à discussion aujourd'hui. On peut dire qu'un bien possède une valeur déterminée parce qu'il est susceptible de satisfaire les besoins d'un individu quelconque, ce n'est pas pour autant que la qualité reconnue à ce bien existera pour tous les membres du corps social, on parlera de valeur d'usage ( Henri Denis, Valeur et capitalisme p. 9). C'est l'exemple d'un Robinson sur son île qui doit décider à tout moment quel bien a le plus de valeur en tenant compte seulement de l'usage qu'il souhaite en faire. (Henri Guitton Eco. Pol. 6ème édt. p. 322 n° 390)
De cette v aleur individuelle, il convient de distinguer la valeur sociale du bien, en écartant toute considaration personnelle. On parlera de valeur d'échange.
D'Adam Smith à Karl Marx, l'opposition valeur d'usage et valeur d'échange sera une donnée importante de la doctrine économique. Les juristes eux mêmes en auront conscience. Ainsi lorsque M. le Doyen Carbonnier étudie la monnaie en tant qu'instrument dévaluation, il prend soin de préciser que la valeur retenue ne devra pas tenir compte des qualités qu'un intéressé accorderait à la chose pour des motifs personnels (Droit civil, t. III n° 8 p. 29 9éme edt.)

(390 ) R. Barre, Eco. pol. p. 521 et s. 8ème édt.

309 - De surcroît, le prix est exprimé en termes d'unités monétaires. Or, la monnaie est un bien d'une nature très spéciale dont la valeur ne se mesure que par comparaison avec la quantité d'autres biens qu'elle peut procurer. "La monnaie est le dénominateur commun de toutes les valeurs" (391). "Tout dans notre civilisation juridique s' exprime en monnaie, tout vaut tant" (392). Mais, en période de dépréciation monétaire ce rapport est très éphémère. Plus on avance dans le temps, plus il faudra d'unités monétaires pour acquérir les mêmes biens.

310 - Peu de chances dans ces conditions, que le prix d'un bien soit le même au jour du mariage et à celui de la dissolution. L'inflation se chargera, à sa manière, de détruire une parité que personne n'oserait envisager. "Des monnaies d'époques différentes sont devenues des instruments de mesure différents" (393)

311 - Tout cela le législateur de 1965 ne pouvait pas l'ignorer. Il lui fallait prendre parti sur le sort des plus-values fortuites, dues aux seules circonstances économiques et monétaires. La question était : faut-il les considérer comme un enrichissement donnant lieu à participation? La réponse fut négative ; elle découle du rapprochement des articles 1571 et 1574 du code civil.

Le premier de ces textes indique que le bien sera évalué dans le patrimoine originaire en tenant compte de sa valeur au moment de la dissolution et d'après son état au jour du mariage ou de l'acquisition. Le second, relatif au patrimoine final, commande de déterminer la valeur du bien d'après son état au moment de la dissolution.

Dès lors, deux situations sont envisageables.

1°) le bien est resté dans le même état, il n'a subi aucune modification matérielle ou juridique, il sera comptabilisé alors dans les deux masses pour la même somme. Il n'y aura pas enrichissement puisqu'il n'y aura pas de différence entre les patrimoines originaire et final.

(391) Malaurie, Cours Doctorat 1973-1974 p. 26
(392) Carbonnier, Droit civil, t. III p.16 n° 5
(393) Malaurie, op.cit. et loc. cit.

2°) le bien a vu son état se modifier au cours du mariage et alors la valeur qui figurera dans le patrimoine originaire sera différente de celle qui sera inscite dans le patrimoine final. Alors que dans la première évaluation on ne tiendra pas compte de l'amélioration apportée au bien, dans la seconde on ne fera aucune distinction.

C'est dire que seuls les enrichissements qui se concrétiseront dans une modification de l'état des biens originaires seront pris en compte. C'est là une caractéristique essentielle du régime que tous les commentateurs reconnaissent (394)

Il faut donc que le bien soit modifié dans ses caractéristiques matérielles ou juridiques. Or, cela ne peut pas se faire automatiquement. Qu'il s'agisse de travaux d'agrandissement, d'embellissement, de surélévation..., c'est toujours la volonté d'un conjoint qui en est à l'origine.

312 - Le critère de l'état du bien sert en quelque sorte de filtre dans la mesure de l'enrichissement. Y a t-il une augmentation de valeur imputable à l'activité d'un époux?

C'est pourquoi on peut affirmer que la considération de l'état du bien permet de distinguer entre les plus-values fortuites et volontaires. Seules les secondes seront considérées comme des acquêts. "donnant lieu à participation".

En jouant ce rôle dans le régime de la participation aux acquêts, le renvoi à l'état du bien montre que le procédé employé dans l'évaluation du patrimoine originaire emprunte la méthode de la dette de valeur.

---

(394) Aubry et Rau par Ponsard, n° 370 § 533 p. 619 note 71 ; Cornu, n° 52 et s. Colomer, n° 103 et s. ; Labrusse Riou n° 63 ; Marty Raynaud n° 466 p. 365 . Mazeaud, n° 575 ; Morin n° 522 ; Ponsard comm. n° 178

2 ) La distinction plus-value fortuite et volontaire, rôle normal de la référence à l'état antérieur du bien dans le procédé de la dette de valeur.

313 - Le droit des successions est fertile en difficultés que la technique de la dette de valeur est à même de règler. Il est donc normal que l'étude fasse une place importante à cette branche du droit (a).

Mais, le mécanisme de la dette de valeur ne se limite pas au droit patrimonial de la famille ; on le rencontre chaque fois qu'il est question d'écarter les effets de la dépréciation monétaire. Il y a pourtant une différence notable avec le droit des successions, c'est que la référence à l'état antérieur du bien y semble pour l'heure, en partie encore ignorée. Elle aurait pourtant un rôle intéressant a y jouer; (b)

a ) la référence à l'état antérieur du bien dans le droit des successions.

314 - Actuellement, trois textes renvoient à l'état antérieur du bien; il s'agit des articles 860 918 et 922 du code civil. Tous issus de la réforme juillet 1971, on pourrait croire qu'ils contiennent des techniques nouvelles, novatrices et modernes. C'est vrai pour l'article 860 relatif au rapport des libéralités, c'est beaucoup moins vrai pour l'article 922.

L'article 922 du Code civil ne fait que reprendre la solution qui avait été en vigueur de 1804 à 1938; les rédacteurs du Code civil ont fait "de la dette de valeur sans le savoir".

### La référence à l'état antérieur du bien dans le droit des successions de 1804 à 1938

315 - L'article 922 du Code civil, dans une rédaction voisine de celle qui est issue de la loi du 3 juillet 1971, prévoyait que les biens donnés devaient être réunis à la masse successorale "d'après leur état à l'époque de la donation et leur valeur au temps du décès du donateur".

Ce qui est remarquable, c'est moins l'existence de ce texte que la facilité avec laquelle la doctrine et la jurisprudence tirèrent les conséquences d'une telle estimation.

Il est vrai qu'à la fin du siècle dernier on ne ressentait pas comme aujourd'hui les effets du phénomène inflationniste ; les chances de voir la valeur du bien se modifier entre la donation et l'ouverture de la succession étaient faibles, voire inexistantes.

Même si on parlait parfois de règle obscure (395), ambiguë (396) ou bien inexacte (397), tous les auteurs s'accordaient à reconnaître que le renvoi à l'état du bien permettait d'acarter de l'évaluation les modifications apportées au bien par le donataire (398). L'idée est la même que celle que l'on rencontre aujourd'hui (399) : il fallait faire comme si le bien n'était jamais sorti du patrimoine du donateur défunt.

---

(395) Planiol, Traité élém. de droit civil, T. III n° 3090 p. 773 1908 L.G.D.J.

(396) Josserand, Cours de droit civil positif français T.III n° 1709 p. 883

(397) Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil, T. III n° 909 p. 592 1906 Sirey

(398) Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 4e édt. t. XI § 684 bis ; Baudry-Lacantinerie, op. cit et Baudry-Lacantinerie et Colin, Traité des donations et des testaments, 3e edt. t. n° 905 ; Colin et Capitant, III p. 729 Demolombe, Traité des donations, t. II n° 369 et s. ; Huc, Commentaire du Code civil, T. VI N° 171 ; Josserand op. cit. ; M. Henry "Du legs de la quotité disposible paris 1902 p.34; Planiol op. cit. et Planiol et Ripert, Traité pratique, T. V n° 77 p. 76,

(399) Catala, la réforme des liquidations successorales, précités p. 76 n° 30

316 - Il fut alors tentant de choisir la solution inverse et d'estimer les biens donnés entre vifs d'après leur valeur au jour de la donation. C'est ce que fit la loi du 7 février 1938 ; l'article 922 n'écartait pas pour autant toute référence à la valeur du bien mais, puisque état et valeur devaient être appréciés en fonction de la même date, elle n'avait plus d'importance que dans les cas de contestation rétrospective de la valeur attribuée au bien dans l'acte de donation (400).

317 - On sait les critiques que s'attira ce nouveau mode d'évaluation de la masse successorale. Accusé de sacrifier les intérêts des réservataires (401), il fut abandonné en 1971. Le législateur faisait marche arrière : il faut dire tout de même qu'il y a entre les législations d'avant 1938 et d'après 1971, certaines différences essentielles.

β - la référence à l'état antérieur du bien dans le droit des successions depuis 1971.

318 - La loi du 3 juillet 1971 marqua un retour au principe de l'évaluation au jour du décès. Le système qui existait avant 1938 fut réhabilité dans son principe mais amélioré dans sa mise en oeuvre. De plus, il n'y a plus de conflit entre l'article 922 et les rèles du rapport : ces cernières obéissent dorénavant au même mécanisme d'évaluation.

- amélioration du système d'évaluation de la masse successorale.

319 - La meilleure connaissance du principe de la dette de valeur a permis d'atténuer les reproches faits au système d'avant 1938 lorsqu'il y avait aliénation, par le donataire, des biens donnés. Maintenant, on tiendra compte de la valeur au moment de l'aliénation ou de la valeur du bien de remplacement.

---

(400) Catala, "la réforme des liquidations successorales" n° 29 p. 75

(401) Mazeaud, précité

- harmonisation des règles relatives à la reconstitution de la masse successorale et au rapport des libéralités

320 - Face aux difficultés liées à la dépréciation monétaire, on a imaginé plusieurs remèdes; parmi ceux-ci on trouve,en bonne place, la dette de valeur.

La dette de valeur est à mi-chemin entre l'obligation de somme d'argent et l'obligation de fournir une prestation en nature. Comme les premières, elle s'éxécute par le versement d'une somme d'argent. Mais cette dernière n'est fixée qu'au moment du réglement, les conséquences de la dépréciation monétaire sont ainsi écartées ce qui confère au créancier une sécurité semblable à celle qui caractérise l'obligation en nature.(402)

Dans la dette de valeur la monnaie n'est qu'un instrument de paiement(403) L'élément essentiel est celui qui va permettre de savoir combien il faudra d'unités monétaires pour éxécuter l'obligation. Pour bien comprendre le mécanisme, il faut, une nouvelle fois, se montrer économiste et admettre que la monnaie a pour valeur celle des biens qu'elle permet d'acquérir. Le pouvoir d'achat est l'instrument de mesure de la valeur monétaire. C'est cette idée qui est à la base de certaines réformes successorales.

321 - Le meilleur exemple est fourni par l'étude du rapport des libéralités Le code civil, respectueux du postulat de l'égalité en nature du partage, décidait que le rapport à la masse devait s'effectuer en nature. La règle n'était écartée que dans des hypothèses particulières (aliénation du bien donné par le donataire, rapport de choses mobilières). Ce système avait pour résultat de placer le gratifié dans une situation très précaire et interdisait pratiquement de mettre le droit des successions au service du maintien des exploitations (agricoles ou industrielles). La véhémence des critiques fit que le législateur de 1938 décida de substituer l'égalité en valeur à l'égalité en nature. Du même coup, le rapport en moins prenant devient la règle. Le système aurait été parfait s'il n'y avait pas eu de dépréciation monétaire. Malheureusement, on avait décidé que la valeur à prendre en considération serait celle du bien au jour de l'acte gratuit. Les plus-values dont le bien donné avait pu bénéficier profitaient au seul gratifié, quelles que fussent leurs causes. L'équilibre du partage s'en trouvait bouleversé.

(402) L. G. Pierre François "La notion de dette de valeur en droit civil" Thèse Paris 1972 p. 77

(403) Malaurie, Cours de doctorat 1973-1974 p. 125

Concrètement, il fallait évaluer le bien en tenant compte des plus-values dues à des causes extérieures au donataire et en faisant abstraction de celles dues à son fait.

En disant que "pour le calcul de la quotité disponible, il faut, dans l'évaluation des biens donnés entre vifs par le défunt, tenir compte de la plus-value due à toute autre cause que le fait du donataire" (404) la jurisprudence (405) se montrait aussi catégorique que la doctrine.

Malgré l'opinion contraire émise par certains auteurs (406), il était communément admis que l'article 922 du Code civil devait s'appliquer aux meubles aussi bien qu'aux immeubles.

322 - Les prémisses de la dépréciation monétaire et l'influence croissante de la fortune mobilière, devaient entraîner les premières critiques de l'article 922 du Code civil. Ce n'est point tant la référence à l'état du bien qui en fut l'objet que la règle de l'estimation au jour du décès (407) On reprochait essentiellement au système d'être défavorable au gratifié dans le cas où il avait disposé des biens longtemps avant le décès, c'est à dire à un prix très inférieur à celui qui serait retenu pour le calcul de la masse successorale (408) Il faut dire, de surcroît, que le choix de l'estimation au jour du décès coincidait mal avec l'article 868 du Code civil qui prévoyait que les libéralités mobilières devaient se rapporter en moins prenant pour leur valeur au jour de la donation ; il y avait un conflit entre les deux textes (409)

---

(404) Civ. 30 juin 1910, D.P. 1914 p. 25 note Nast ;

(405) il est vrai peu fournie, et rendue toujours à propos du problème des plus-values prises par les valeurs mobilières, Req. 20 Juillet 1870 (Jur. gén. Supplément V° Succession n° 892)

(406) Duranton, Droit civil, T. 8 n° 342 ; Grenier, des donations t. 2 n° 367

(407) Nast, commentaire de l'arrêt du 30 juin 1910 précité ; Ripert, Les donations de valeurs mobilières et le calcul de la quotité disponible, R.T.D.C. 1911, p. 5

(408) Mazeaud Leçons de droit civil T. IV vol. 2 n° 922 p. 209

(409) Nast, commentaire précité.

Le législateur mit un terme à cette inégalité avec la loi du 3 juillet 1971. L'article 860 du Code civil dispose dorénavant que le rapport se fera de la valeur du bien donné à l'époque du partage. Cette règle constitue un exemple de dette de valeur. En effet, la somme rapportable n'est déterminée qu'au moment où elle devient exigible, en tenant compte de la valeur actuelle du bien qui est à l'origine de la dette. Que l'on rapporte le bien ou la quantité d'unités monétaires qu'il faudrait débourser pour l'acquérir, cela revient au même. Le bien reçu sert de critère pour mesurer l'obligation.

Seulement, ce bien ne doit pas avoir été modifié, auquel cas c'est un autre pouvoir d'achat (plus ou moins important)que l'on va rapporter. Le système n'est viable que si le bien est demeuré intact. D'où le procédé qui consiste à se référer à l'état initial du bien. C'est pourquoi on peut affirmer que la distinction entre la valeur et l'état est tout à fait caractéristique de la dette de valeur.

Le système est le suivant : on doit évaluer le bien en faisant comme s'il était resté dans les mains du donateur.(410) Cela justifie que l'on écarte de l'évaluation les modifications de valeur qui ne sont pas intervenues de manière spontanée. Chaque fois que la plus-value est le résultat de l'intervention du gratifié, il convient de l'exclure du rapport, la masse successorale n'ayant aucune vocation à en profiter.

La référence à l'état antérieur du bien n'a de signification que si on distingue les plus-values volontaires des plus-values fortuites. Le mécanisme d'évaluation prévu à l'article 1571 du Code civil n'est donc pas isolé; mieux, il nous paraît possible de s'en inspirer pour résoudre certaines difficultés qui relèvent d'autres matières.

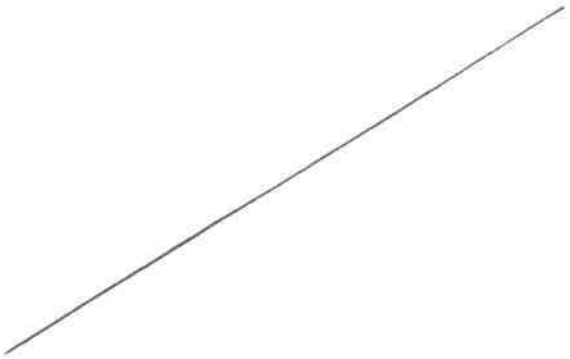
(410) Catala, La réforme des liquidations successorales, op. cit. p. 77

b ) la référence à l'état antérieur du bien en dehors du droit des successions.

323 - En dehors du régime de participation aux acquêts et des règles successorales, le procédé qui consiste à examiner l'état antérieur du bien à des fins d'évaluation est inconnu.

Pourtant, la doctrine et la pratique semblent se diriger lentement vers un dépassement de ces textes. Dès qu'il s'agit de distinguer les plus-values volontaires et fortuites, le recours à la notion d'état du bien paraît comme le procédé le plus satisfaisant.

Dans un mouvement qui tend de plus en plus à rapprocher les dates d'évaluation et de règlement, la référence à l'état du bien pourrait se généraliser. Nous en donnerons deux exemples. Le premier concernera le problème des restitutions après annulation ou résolution d'un contrat, le second s'intéressera à l'hypothèse des reprises d'apports en nature après la loi du 4 juillet 1978.



### γ) La référence à l'état antérieur du bien et les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat.

324 - Les incertitudes, tant sur le fondement (411) que sur l'existence même d'un droit des restitutions (412) sont la marque d'un droit hésitant, soumis périodiquement aux observations de la doctrine (413) et aux vicissitudes de la jurisprudence.

Sur deux points au moins, le droit des restitutions après annulation ou résolution d'un contrat gagnerait en clarté et en simplicité, si on avait recours à la technique de la dette de valeur et par conséquent, à l'estimation du bien selon son état antérieur. C'est le cas pour les restitutions de biens de consommation et pour la répartition des plus-values apportées à l'objet restitué.

#### - la restitution des biens de consommation

325 - Les biens de consommation constituent une catégorie intermédiaire entre les biens consomptibles et les biens non consomptibles. Sans être détruits par le premier usage, ils connaissent un dépérissement rapide.

Le problème de la restitution de tels biens s'est posé à propos de la nullité des ventes à crédit, plus précisément dans les rapports vendeur-acquéreur. Le premier doit restituer le prix reçu, le second doit rendre la chose. Il suffit que l'objet du contrat n'existe plus au moment de l'annulation pour que les choses se compliquent. La jurisprudence a d'ailleurs admis avec difficulté la possibilité d'action en nullité en cas de disparition de la chose (414). On admet que l'acheteur doit alors restituer la valeur de la chose.

---

(411) A. Bousiges, "Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat" Thèse Poitiers 1982

(412) Ph. Malaurie, "Le droit civil des restitutions" Cours D.E.S.1974-1975 p. 37

(413) dernièrement : Danet et Lorvellec, les restitutions après annulation d'un contrat d'intégration soumis à la loi du 6 juillet 1964, D. 1982 Chron. p. 211
E. Poisson Drocourt, les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat, D. 1983 chron. p. 85

(414) Comm. 29 avril 1972, G.P. 1972 II 708

Il reste, et c'est la difficulté, à préciser de quelle valeur il s'agit. Trois solutions ont été proposées.

Dans la première (415) on prétendait qu'il fallait retenir la valeur actuelle de la chose. A l'avantage de simplicité d'un tel système, répond un inconvénient notable : celui de mettre à la charge du vendeur l'usure du bien alors que celle ci est le fait de l'acheteur. Pourquoi donc le vendeur supporterait-il un usage dont l'acheteur seul a profité ?(416). Ce reproche apparaît comme essentiel puisqu'il fut à l'origine de la cassation d'un arrêt ayant adopté cette solution. (417)

La deuxième solution est celle qui est actuellement retenue par la jurisprudence: l'acquéreur doit rembourser au vendeur une somme "égale, non au prix convenu, ce qui eut été l'éxécution de la vente nulle, mais à la valeur de ladite machine au jour de la vente"(418). Si avec ce système on fait disparaître la difficulté liée à l'usure de la chose, on en crée une seconde qui tient cette fois à la charge de l'érosion monétaire. Le vendeur y perdra à nouveau. Il est vrai que de son côté il ne devra rendre que le prix reçu, sans revalorisation. Pourtant on doit observer que la restitution en valeur remplace ici la restitution initiale qui devait, elle, avoir lieu en nature. Par conséquent, rien ne justifie le désavantage ainsi créé.

La dernière solution a été proposée par M. Malaurie(419) elle consiste à retenir la valeur du bien au jour de la restitution selon son état au jour de la vente. C'est l'application du mécanisme de la dette de valeur : le vendeur ne supporterait ni l'usure du bien, ni la dépréciation monétaire. En revanche, la dépréciation due à l'obsolescence du bien doit rester à sa charge. En définitive, on s'efforce de faire comme si le contrat n'avait pas eu lieu. La proposition de M. Malaurie recueille l'adhésion (420) d'E. Poisson-Drocourt; son handicap est de créer une dette de valeur sans texte ce qui, néanmoins, ne paraît plus insurmontable.

---

(415) Rouen 1er oct. 1969, D . 70 p. 235

(416) Malaurie, cours précité 1974-75 p. 182

(417) Com. 29 fév. 1972 D. 1972.623

(418) Com. 18 nov. 1974 D. 1975 p. 625 note Malaurie ; Civ. 12 déc. 1979 JCP 1980 II 19464 note Prévault, D. 1980 I.R. obs, Martine

(419) Malaurie, cours précité 1974-75 p. 185

(420) E. Poisson drocourt, op.cit. n° 16

- le problème de la plus value apportée au bien restituable.

326 - Le système actuel d'estimation de l'indemnité due à celui qui a amélioré le bien, est rempli d'incertitudes. Le droit des restitution gagnerait sans doute en simplicité si on y appliquait la comparaison valeur-état actuel et valeur-état antérieur.

Traditionnellement fondée sur l'action de in rem verso, l'indemnité est égale à la plus faible des deux sommes de l'appauvrissement et de l'enrichissement. Les incertitudes naissent quant'à la date à laquelle il faut se placer pour évaluer ces sommes.

En ce qui concerne l'enrichissement, il semble que la doctrine actuelle se dirige vers le choix de la date du jugement (421) Ce qui va à l'encontre de la solution traditionnelle qui retient le jour de la demande (422) Certains vont même jusqu'à préconiser l'évaluation au jour du paiement, ce (423) qui d'ailleurs semble aller dans le sens d'un rapprochement constant entre date d'évaluation et de règlement.

Les choses sont encore plus compliquées quand il s'agit d'évaluer l'appauvrissement. Le choix s'opère entre la date à laquelle l'appauvrissement s'est réalisé et la date de son remboursement, c'est à dire le jour du paiement. La solution demeure incertaine malgrè un net mouvement de la doctrine en faveur de la seconde date. (424).

Ne serait-il pas préférable dans ces conditions de poser en règle que le possesseur de la chose a droit au remboursement de l'augmentation de valeur qui est due à son fait? Il suffirait alors d'évaluer le bien selon sa valeur actuelle en tenant compte dans un premier temps de son état au jour du contrat et, dans un second temps de son état actuel. La différence, si différence il y a, traduirait forcément une activité du débiteur de la restitution qui serait alors en droit d'en demander le remboursement.

---

(421) Aubry et Rau par Dejean de la Batie, § 442 ter, n° 824 ; Carbonnier T. IV p. 451 ; Durand, La dette de valeur, thèse Paris 1972 p. 403 et s. ; Marty et Raynaud, les obligations t. 2 n ° 335 : Starck, les obligations n° 2307.

(422) Aubry et Rau 6éd. par Esmein § 577 texte et note 64.

(423) Malaurie, Cours de Doctorat p. 155

(424) voir réf. note 1

Il suffirait de reprendre la formule proposée par M. Malaurie(425) : "Le débiteur de la chose doit restituer la chose dans l'état qu'elle avait lorsqu'elle est sortie du patrimoine du créancier". Ce dernier doit recouvrer sa chose, mais dans son état antérieur.

Cette idée nous paraît être pareillement applicable au cas de reprise d'apport en nature par l'apporteur.

β - La référence à l'état antérieur du bien et la reprise des apports en nature.

327 - Innovation de la loi du 4 janvier 1978, l'article 1844-9 du Code civil dispose désormais que , à défaut de décision contraire, l'apporteur d'un bien qui se retrouve en nature au moment de la dissolution, est fondé à réclamer l'attribution prioritaire de ce bien.

La loi aurait pu préciser que l'apporteur reprenait le bien dans l'état où il se trouvait au moment de l'apport. La pratique semble pallier ce manque de précision législative. Ainsi les statuts types proposés pour la constitution des G.A.E.C. (Groupement Agricole d'Exploitation enCommun) contiennent une clause qui prévoit que l'apporteur en nature d'un bien foncier a droit à la valeur du bien apporté au jour du partage dans l'état où il se trouvait au jour de l'apport.(426)

Cette pratique pourrait être une source d'inspiration pour une doctrine qui semble se contenter de dire que le bien doit être évalué au jour du partage.(427)

---

(425) Malaurie, cour doctorat 1973-1974 p.132

(426) J.O. 13 février 1980. La clause emploie l'expression "droit à la valeur", cela pourrait ne pas concerner l'attribution en nature. Il faut préciser que cette clause se trouve dans le paragraphe qui traite du remboursement du capital social et qu'elle tend à écarter, pour l'apporteur en nature, la règle selon laquelle tout associé a droit au montant nominal de ses parts. En ce sens elle nous paraît bien être la préparation indispensable à la reprise en nature

(427) Chartier J.C.P. edt. not. 1982 n° 2917 ; Roblot Traité de droit commercial p. 593 n° 811

### 3 ) Les particularités de la référence à l'état initial du bien dans le régime de participation aux acquêts.

328 - La référence à l'état initial du bien est appelée à jouer dans plusieurs circonstances : parfois elle servira à fixer une dette, dans d'autres hypothèses elle permettra d'établir un droit.

Cette double fonction a pour effet d'empêcher l'apparition d'un véritable droit commun de la notion d'état ; si une certaine homogénéité a pu être découverte en ce qui concerne les plus-values volontaires, il n'en va pas de même à propos des moins-values.

La différence ne porte pas sur les moins-values fortuites, mais sur les moins-values volontaires.

329 - Pas de difficulté, en ce qui concerne les moins-values fortuites, elles n'entraînent aucune modification du bien et doivent être entièrement supportées par l'époux. Si une propriété isolée voit sa valeur chuter du fait de la construction aux alentours d'une usine bruyante et polluante, c'est la valeur de la propriété au jour de la dissolution (liquidation,de lege ferenda) qui apparaîtra dans le patrimoine originaire. C'est en effet cette valeur, même si elle inférieure à la valeur initiale, que l'époux est en droit de conserver. Admettre l'inverse serait faire jouer à la créance de participation un rôle qui n'est pas le sien : à savoir, indemniser l'époux du préjudice financier qu'il a pu subir. Une partie de ses acquêts (pour une valeur correspondant à la différence entre valeur initiale et finale) serait écartée de la participation, et par conséquent, soumise illogiquement au droit de conserver.

330 - C'est à propos des moins-values volontaires que l'article 1571 nous semble amener à une particularité du régime.

La structure liquidative du régime impose, en effet, de ne pas traiter les moins-values volontaires comme des changements d'état.

La raison essentielle tient à ce que la notion d'état n'a pas à intervenir pour protéger le droit de conserver son patrimoine originaire ; elle n'a pour seule fonction ( au moins de lege lata...) de permettre au droit de participer de s'exercer sur les plus-values acquises par les biens originaires.

Retenir les moins-values volontaires comme une modification de l'état ignorerait cette donnée, ce qui se traduirait par des conséquences liquidatives inéquitables et injustifiables : on étendrait le droit de conserver à des valeurs qui ne figurent plus dans le patrimoine de l'époux. et qui, a fortiori, ont disparu par sa faute. En somme, la créance de participation servirait de garantie à l'époux qui retrouverait, sur ses acquêts, tout ou partie de la valeur qu'il a détruite.

Dès lors, on est contraint de faire une application très prudente de la référence à l'état du bien ; il ne faudrait pas se laisser emporter par une analogie trop poussée avec le droit des successions. Il nous a semblé important d'illustrer cette analogie au regard des plus-values ; il nous semble aussi important d'en montrer les limites.

331 - En matière de rapport, tout comme en matière de reconstitution de la masse successorale, l'objectif assigné, par la loi, à la prise en compte de l'état du bien conduit à une solution opposée à celle de l'article 1571 : l'héritier gratifié devra rapporter les valeurs qu'il a pu faire disparaître de son fait (428 ). Dès lors qu'il n'apparaît pas que la dépréciation aurait eu lieu de la même manière si le bien était resté dans les mains du donateur, il faudra admettre qu'il y a eu modification d'état et rechercher quelle serait la valeur du bien sans cette modification.

---

(428 ) Catala, La réforme des liquidations successorales, n° 33 spéc p. 82

Cette particularité du régime de participation aux acquêts ne semble pas avoir été souvent relevée en doctrine ; on l'a trouve tout de même, exprimée sous la plume de Me Corpechot ( 429 ). Il est vrai que les études relatives à la mise en oeuvre pratique de cette référence à l'état concernent rarement des hypothèses de moins-values ( 430 ).

## § 2 - Etude pratique : la mise en oeuvre de la référence à l'état initial du bien

332 - Il est des situation simple où l'appréciation de l'état du bien ne soulèvera aucune difficultés ; il est aussi des situations qui méritent des approfondissements.

L'opération sera simple lorsque le changement d'état concernera un bien matériel qui se retrouve en nature à la liquidation et où la plus-value résultera d'améliorations facilement discernables du bien lui-même (ajout d'une pièce, agrandissement...).

L'embarras peut naître lorsque les biens concernés sont des biens incorporels :(comment mesurer un éventuel changement d'état)ou lorsque, le bien étant corporel, son changement d'état est immatériel .

La notion de changment d'état doit donc être précisée à deux points de vue, en tenant compte des différents types de biens (A) et des différents types de plus-values (B ).

---

(429) Corpechot, Rapport au 75ème congrès des Notaires de France précité n° 280

(430) notamment, "Le régime de participation aux acquêts, les difficultés de liquidation à travers trois thèmes d'examen" J.C.P. Not. 1983 Prat. p.361 où l'auteur be traut que d'une hypothèse de plus-value.

A - Changement d'état et différents types de biens.

333 - La définition retenue couramment de l'état du bien laisse supposer que les caractéristiques concernées sont relatives à l'état matériel ; on pourrait en conclure que la notion est inapplicable à des biens incorporels. A notre sens, cela serait une erreur.

Si l'on accepte de considérer l'état du bien à travers des caractéristiques autres que matérielles, on peut mesurer tout l'intérêt comptable du régime qui permet de soumettre à participation des valeurs qui, en régime de communauté, seraient restées propres à l'époux propriétaire.

C'est ce que nous allons vérifier avec la référence à l'état initial des droits sociaux (1) et à celui du fonds de commerce (2).

1 ) l'état des droits sociaux

- En échange de son apport (en argent, en nature, en travail ou en service, l'associé va devenir titulaire de parts sociales ou d'actions.

- Le capital social est constitué par l'ensemble des apports.

- L'importance de l'apport détermine le nombre de parts détenues par l'associé.

334 - Ce rappel des principes classiques du droit des sociétés semble condamner toute éventualité de modification de l'état des titres : les droits sociaux correspondent à une portion du capital social, selon un rapport qui durera pendant toute la vie de la société.

335 - Encore faut-il pour cela que les apports soient entièrement libérés au moment de la constitution. Or, le principe du versement immédiat et intégral de l'apport, qui devrait dans un souci de réalité du capital social, interdire toute libération atermoyée, est parfois écarté. Ainsi pour la souscription d'actions de sociétés anonymes, la loi se contente d'une libération immédiate du quart de la valeur de l'action, les trois quarts restants devant être versés dans un délai de cinq ans (art. 75 Al. 2 L. 24.07.1966). De même, on admet que les statuts d'une société en nom collectif peuvent prévoir un paiement à des époques différentes (431).

On peut donc envisager une première difficulté de liquidation lorsqu'une part sociale ou une action, souscrite avant le mariage, aura été libérée, en partie, après.

Il conviendra de rechercher d'où proviennent les fonds : si ceux-ci ont été amassés grâce à l'activité de l'époux, il sera juste de dire qu'une fraction des droits sociaux constitue un acquêt. Seule la partie déjà libérée au moment du mariage (ou de l'acquisition à titre gratuit) devra figurer dans le patrimoine originaire. Il n'en ira autrement que si les versements à terme ont été financés par l'aliénation d'un bien originaire, sous réserve du respect des conditions de subrogation réelle.

336 - En dehors de cette hypothèse évidente de changement d'état, la part sociale ou l'action paraît rebelle à toute appréhension de son état. Même sans évoquer la procédure de dématérialisation des titres qui aura marqué la fin de l'année 1984, il semble impossible d'imaginer une modification de l'état des droits sociaux originaires détenus par un époux.

337- Or, nous l'avons démontré, tout enrichissement réalisé à partir d'un bien originaire ne peut apparaître à la liquidation que par une comparaison entre l'état initial et l'état final.

Pourtant, les droits sociaux sont une source de gains au même titre que n'importe quel bien ; d'une part, ils procurent des revenus réguliers, d'autre part, ils possèdent une valeur vénale qui peut progresser de manière non négligeable.

---

(431) De Juglart, Ippolito, Traité de droit commercial, Vol. II 1ère partie n° 375 p. 207.

Sur le premier point, il n'y aura pas de difficulté : les bénéfices distribués sont des fruits de biens originaires, ils n'ont pas à figurer dans le patrimoine originaire, cela résulte clairement de l'article 1570 du code civil.

Sur le second point, l'abstraction qui caractérise les droits sociaux soulève une difficulté considérable : à s'en tenir à une stricte définition de l'état des parts et actions, on ne peut pas inclure dans la liquidation la différence de valeur qui a pu s'établir entre le titre originaire et celui qui existe à la dissolution du mariage.

338 - Devant cet obstacle, une seule solution est concevable, elle peut paraître brutale, moderniste, pourtant d'autres avant nous l'ont invoquée ( 432 ) : il faudra établir une relation entre l'état des droits sociaux et celui de la société. Tout changement patrimonial intervenu au sein de celle-ci et lié à une activité volontaire, doit se retrouver dans une modification des droits détenus par l'époux. L'action ou la part d'une société en développement et celle d'une société rayonnante sont deux choses qui ne peuvent pas être estimées pour la même valeur.

C'est pourquoi nous proposons de créer une transparence liquidative des droits sociaux. Nous en justifieront d'abord le principe ( a ) avant d'en étudier ensuite, la mise en oeuvre ( b ).

### a - le principe de la transparence liquidative des droits sociaux.

339 - M. Catala propose de rechercher l'état des droits sociaux dans l'état des biens de la société. Il se formerait ainsi une transparence liquidative qui viendrait, dans un but précis, écarter l'écran de la personnalité morale.

---

( 432 ) Catala, Etudes offertes à René Rodière, spéc. "L'état d'un bien donné sous forme sociale" p. 55 1981 ; La réforme des liquidations successorales, 3ème édt. 1982 p. 89 n° 35-1.

L'intérêt d'une transposition de cette solution dans le régime de participation aux acquêts est évident : s'il existe des droits sociaux originaires, ils seront évalués sur le fondement de l'article 1571 du code civil, d'après l'état de la société au moment du mariage. Comme ces mêmes droits seront envisagés dans le patrimoine final en tenant compte de l'état de la société au moment de la dissolution (ou de la liquidation) du mariage, on peut penser qu'il y aura une différence entre les deux estimations. C'est donc tout le sort des enrichissements réalisés à partir de droits sociaux qui se joue ici.

Doit-on accepter l'idée d'une transposition de la théorie de M. Catala ? Voilà bien la question qui paraît déterminante.

M. Catala a raisonné sur une hypothèse particulière : celle d'un bien donné exploité sous forme sociale. Il n'a donc abordé le problème qu'à propos du rapport des libéralités ; il n'a pas traité de la notion d'état et des droits sociaux en général.

Or, il existe entre le droit des libéralités et celui des régimes matrimoniaux des différences qui peuvent faire douter, a priori, de l'application dans le régime de participation aux acquêts d'une théorie établie pour le rapport des libéralités. Il nous appartient pour convaincre du contraire, de reprendre chacun des arguments retenus par M. Catala. Ceux-ci sont de deux types ; il y a d'une part des arguments pratiques et, d'autre part, des arguments théoriques. L'analyse montrera qu'on retrouve à propos du régime de participation aux acquêts une même nécessité pratique et une même justification théorique de prendre en considération l'état de la société.

α la nécessité pratique de prendre en considération l'état de la société

Nous dirons d'abord ce que sont les arguments pratiques de M. Catala, avant d'examiner leur portée pour la liquidation du régime de participation aux acquêts.

- les arguments pratiques exposés par M. Catala

340 - La démonstration porte autour de l'idée suivante : permettre d'appréhender directement les biens sociaux à travers les parts sociales, c'est protéger l'héritier qui a agi pour l'amélioration du bien. Pour ce faire, l'auteur étudie trois situations.

1ère situation : un père donne son entreprise individuelle, en avancement d'hoirie, à certains de ses enfants. Les donataires apportent des modifications à l'entreprise si bien que celle-ci se trouve métamorphosée au jour du décès du donateur. Dans ce cas, le rapport ne devra pas porter sur ces améliorations, mais seulement sur la valeur de l'entretien selon son état au moment de la donation.

2ème situation : les frères donataires, au lieu de rester en entreprise individuelle, forment entre eux une société. Les parts sociales sont subrogées à l'entreprise, c'est leur valeur qui sera rapportable d'après leur état au moment de la constitution de la société. Si bien que les héritiers gratifiés seront tenus de rapporter à la succession, le résultat de leur propre activité, ce qui est contraire aux principes du rapport.

3ème situation : le père était déjà associé avec ses enfants avant de faire la donation. La difficulté est encore plus nette puisque l'on considèrera que l'état originaire des parts est identique à l'état final, alors que l'entreprise aura été transformée.

L'iniquité évidente des deux dernières situations (du moins au regard de la loi du 3 janvier 1971) conduit à condamner l'application de la notion d'état aux droits sociaux considérés en eux-mêmes. Il faut considérer le fonds social et non les parts sociales, et admettre que l'état de ces dernières s'est modifié sous l'influence des donataires. Ce n'est donc plus l'entreprise actuelle qui doit servir de référence aux différentes méthodes d'évaluation des parts, mais l'entreprise initiale (au jour de la constitution de la société dans la deuxième situation, au jour de la donation si la société existait auparavant).

Cette démonstration se trouve étayés par le compte rendu d'une décision inédite du Tribunal de Boulogne sur mer en date du 17 février 1978.

Une société anonyme est constituée à l'initiative d'un père et de ses trois enfants. Le premier apporte à la société son fonds, les seconds du numéraire. Le père donne la quasi totalité de ses parts à ses fils, il n'en conserve qu'un petit nombre qui lui permet de conserver la présidence de la société. En 10 ans, sous l'impulsion des trois frères, l'entreprise connaît une forte expansion, les bénéfices sont réinvestis dans l'affaire qui voit croître ses gains et ses actifs.(433)

---

(433) Tribunal de grande instance de Boulogne-sur-Mer, jugement du 17 février 1978, inédit.

Résumé par P. Catala, Mélanges Rodière précité spéc. n° 14

La réforme des liquidations successorales n°35-1

La structure juridique n'ayant jamais été modifiée et les enfants possèdant le même nombre d'actions qu'aù jour de la donation, un conflit naît entre les trois frères gratifiés et les soeurs demeurées extérieures à l'entreprise, quant à la détermination de la valeur à retenir pour le calcul de la réserve : les premiers demandent que l'on tienne compte de l'état des actions au jour de la donation, les secondes prétendent que l'on doit, sans distinguer retenir la valeur des droits au jour de l'ouverture de la succession.

La question de droit posée aux juges nous intéresse donc au premier chef : doit-on appliquer la règle de l'état du bien à des actions ?

La réponse qui y a été donnée est révélatrice : "Attendu que les comptes d'exploitation...font ressortir l'extension très importante de la S.A. ... ; que s'il est certain que la plus-value des biens donnés doit profiter à tous les héritiers, cela n'est vrai que pour les fluctuations de valeur obtenues fortuitement ou naturellement, mais non pour des améliorations du fait du donataire ; que c'est en ce sens que doit être appliqué l'article 960 al. 1er ... à moins de rompre le principe de l'égalité du partage au détriment de donataires dynamiques ; qu'il importe peu que les biens dont s'agit soient des actions négociables ou pas..."

- les arguments pratiques de M. Catala et le régime de participation aux acquêts

341 - Dans le régime de participation aux acquêts, la référence à l'état l'état du bien joue, en principe, non pas au bénéfice de l'époux qui a agi, mais à son désavantage. Du coup, on pourrait douter de la valeur de la démonstration pratique de M. Catala dans son application éventuelle à l'article 1571 du code civil. En réalité, il n'en est rien : si ce n'est pas l'intérêt d'un époux qui est protégé, c'est celui de son conjoint, et cela est tout aussi légitime.

342 - Il y a dans la notion d'état une direction permanente qui répond à des intérêts variables. Quelle que soit la situation, le renvoi à l'état du bien doit permettre d'écarter de l'évaluation toutes les plus-values volontaires. En partant de ce principe, on s'est progressivement fait à l'idée que ce type d'estimation devait permettre de toujours protéger celui qui a agi. Or, il est des cas où c'est l'inverse qui se réalise. C'est ce qui se passe déjà pour le rapport de la valeur d'un bien qui a subi une moins-value imputable à un fait de l'héritier gratifié. C'est ce qui se passe surtout avec le mode d'évaluation des biens originaires. Sans l'indication de l'état initial du bien, le patrimoine originaire comprendrait toutes les plus-values sans distinction. Au regard de la déduction qui doit être faite avec le patrimoine final, cela reviendrait à réduire les acquêts de l'époux propriétaire donc à diminuer le droit de participer de son conjoint.

Ainsi, dans le régime de participation aux acquêts, il ne s'agit plus de protéger celui qui a contribué à l'amélioration du bien, mais son conjoint. Etablir la transparence liquidative pour l'évaluation des droits sociaux "originaires", c'est diminuer le patrimoine originaire, puisque les caractéristiques actuelles de la société ne seront pas retenues pour évaluer les parts sociales ou les actions, alors qu'elles le seront dans l'estimation du patrimoine final.

343 - Cette"transparence liquidative" est, au fond, un principe d'équilibre du régime.

Tout comme M. Catala nous pouvons montrer à quels résultats injustes on aboutit en ne considérant que l'état des seuls droits sociaux. Il n'est qu'à imaginer deux époux commerçants, l'un à titre individuel, l'autre, gérant majoritaire d'une S.A.R.L., dont les affaires prospèrent de manière identique. Il serait carrément stupéfiant de dire que le premier s'est enrichi et pas le second. C'est pourtant à ce résultat injuste que l'on s'expose on n'établit pas de relation entre l'état des parts sociales, et l'état de la société. L'activité de chaque époux, en régime de participation est, pour lui-même, une source d'enrichissement et, pour l'autre, une cause de participation.

344 - Il est une autre hypothèse où la transparence liquidative protégera cette fois celui qui a agi : c'est celle où l'époux a amélioré le bien de son conjoint. Il ne faut jamais oublier que la référence à la notion d'état rend compte des améliorations volontaires sans distinguer selon l'époux qui en a eu l'initiative.

Finalement, l'existence d'intérêts pratiques n'est pas faite pour surprendre. L'établissement du patrimoine originaire repose sur la technique de la dette de valeur, or nous avons déjà montré en quoi l'état du bien support de la dette, y jouait un rôle déterminant. L'ignorer, c'est fausser tout le mécanisme d'évaluation et par conséquent, porter atteinte à des intérêts précis.

Seulement dans le cas des droits sociaux, il faut tenir compte d'une nouvelle donnée : la personnalité morale de la société. Montrer l'importance de la transparence liquidative, ce n'est pas la justifier pour autant, il faut pour cela dépasser largement le cadre du régime de participation aux acquêts.

### β - La justification théorique de la prise en compte de l'état de la société

345 - Cette question met en opposition deux logiques issues de deux matières différentes : le droit des sociétés et le droit patrimonial de la famille. Pour réduire cet antagonisme, il faut démontrer que le principe d'évaluation des biens successoraux ou matrimoniaux n'est pas forcément en opposition avec le concept de personnalité morale.

-L'évaluation des biens familiaux

346 - L'idée avancée par M. Catala est que "le droit des libéralités attache aujourd'hui plus d'importance à la valeur acquise par le donataire (434 ) qu'au bien donné par le donateur". Cette formule mérite d'être généralisée et étendue au régime de participation aux acquêts.

347 - Cette recherche de la valeur acquise par le donataire constitue l'argument principal de M. Catala. L'idée de transparence liquidative serait l'ultime conséquence d'une règle que l'on retrouve à propos de différentes questions successorales. L'importance de cette indication, sa généralité aussi, justifieraient,pour son application, le sacrifice de certains principes du droit des personnes morales. Mieux vaut heurter les principes théoriques qu'isoler ces biens d'une nature particulière que sont les droits sociaux. L'égalité entre les héritiers est à ce prix.

On peut relever plusieurs manifestations de ce souci, autant dans la jurisprudence que dans la loi.

Les juges n'hésitèrent pas à déclarer que la fourniture de deniers à une personne pour lui permettre d'acquérir un bien constitue une donation déguisée ayant pour objet le bien lui-même et non la somme reçue du donateur ( 435).

---

( 434) Catala, Mélanges Rodière, précité, spéc. n° 13.

( 435) Cass, Civ. 30 avril 1941, J.C.P. 1941 II 1727 note Voirin, Reg. 18 Février 1947, J.C.P. 1947 II 3719 note Voirin ; Civ. 22 mai 1951, J.C.P. 1951 II 5416 note Cavarroc : Civ. 30 mai 1951, J.C.P. 1951 II 6614 ; D.1951 617 note Lenoan ; Civ. 7 juin 1955, Bull. 1955 I n° 328 p. 272 ; Civ. 26 février 1968, D. 1968 587 note Vouin ; Bordeaux, 9 juillet 1942, J.C.P. 1943 II 2112 note Carbonnier ; Lyon, 11 février 1943, J.C.P. 1943 II 2283 note Carbonnier, Poitiers, 23 mars 1943 S. 1944 II 46 note Hubert ; Orléans, 13 octobre 1948 Gaz. Pal. 1949 I 28.
Hubert, "la théorie jurisprudentielle de l'indivisibilité en matière de donations déguisées", J.C.P. 1944 I 414 ; Boulanger, "Usage et abus de la notion d'indivisibilité dans les actes juridiques" R.T.D.C. 1950 p.9.

En législation, il faut relever l'article 1099-1 du code civil dans la rédaction que lui a donnée la loi du 28.12 1967. L'achat d'un bien avec des deniers fournis par son conjoint ne modifie pas l'objet de la donation, mais le donateur aura droit à une somme égale à la valeur du bien. Quelle que soit la nature de l'option (nullité, révocation, réduction), on écarte le principe du nominalisme monétaire pour rechercher, derrière la somme donnée, l'avantage réel qui a été procuré à l'époux.

On retrouve une idée identique dans l'article 860 du code civil ; lorsqu'une somme d'argent aura permis d'acquérir un bien, le rapport sera dû de la valeur du bien dans les conditions prévues à l'article 860 du code civil.

On pourrait nuancer la portée de ces deux dispositions en montrant qu'elles ne s'appliquent qu'à des situations très particulières où il y a eu donation de sommes d'argent. La véritable justification tiendrait au fait que la présomption de consommation immédiate qui justifie la survie du nominalisme monétaire (436 ) est ici rejetée par l'acquisition d'un bien durable.

Les articles 860 et 932 du code civil suffisent à condamner cette conception. En effet, ces deux textes conduisent à une solution identique alors qu'ils concernent l'hypothèse très générale de donation d'un bien quelconque. Sur leur fondement, on devra lorsque l'aliénation du bien donné aura servi à acquérir un nouveau bien, opérer la liquidation en considérant uniquement ce nouveau bien, c'est-à-dire un bien différent de celui qui a été donné.

Le fait que l'on retrouve une disposition analogue dans le régime de participation aux acquêts permet d'envisager un élargissement de l'argument de M. Catala.

---

( 436 ) Catala, la réforme des liquidations successorales précitée, n° 42 p. 112.

348 - Ce n'est plus une nouveauté, l'article 1571 du code civil doit être rapproché des articles 860 et 932. Si un bien a été acquis avec des deniers provenant de l'aliénation d'un bien originaire, c'est la valeur du bien nouveau, selon son état au moment de l'acquisition, qui figurera dans le patrimoine originaire.

Le phénomène ne doit donc pas être limité au seul droit des libéralités. Il n'a pas à être rattaché à telle ou telle branche du droit, mais tout simplement à la technique de la dette de valeur.

- Le principe d'évaluation des biens familiaux et le concept de personnalité morale.

349 - "Quand la loi dit que les droits sociaux sont mobiliers alors même que la personne morale possède des immeubles (art. 529), comment atteindre à travers ces droits la réalité foncière de l'entreprise ou de l'exploitation ?" (437)

Avec cette interrogation, M. Catala aborde la difficulté qui nous paraît essentielle : peut-on encore faire jouer la relation que nous venons de décrire lorsque se dresse entre le bien et l'appréciation de sa valeur, une barrière aussi importante que l'écran de la personnalité morale ?

Deux arguments paraissent commander une réponse négative : le caractère exceptionnel des hypothèses de transparence et la nature du droit de l'associé. Leur logique respective semble à chaque fois inébranlable : la transparence est une exception au principe de la séparation des patrimoines, elle ne peut exister que dans les cas expressément prévus par la loi ; l'associé n'est qu'un créancier de la société, son droit est indépendant du fonds social.

---

(437) Catala, op. cit.

Pourtant, à y regarder de plus près, on constatera que ces deux affirmations méritent d'être nuancées : la transparence n'est pas toujours envisagée de manière exceptionnelle et on n'a jamais pu affirmer que les patrimoines de la société et de l'associé étaient totalement indépendants.

350 - "Attendu que la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés".

Par cette formule remarquée, (438 ) la Cour de Cassation mettait fin, de manière définitive semble-t-il (439 ), à l'un des plus fameux débats qu'aient pu connaître les prétoires et les facultés (440 ) ; la personnalité juridique devenait pour le groupe, une réalité technique, un procédé juridique (441 ).

---

( 438) Cass. Civ. 2ème sect. civ. 28 janvier 1954 arrêt : Comité d'établissement de Saint-Chamond contre Sieur Ray, D. 1954 p. 217, note Levasseur, Dr. Soc. 1954 161 note Durand, Bull. p. 542 n° 309, M. Despax qualifia cet arrêt de "révolution juridique considérable" l'entreprise et le droit éd. 1956 p. 390 n° 365.

( 439) Cette jurisprudence fut confirmée récemment encore à propos du refus d'attribution de la personnalité juridique à la section syndicale d'entreprise Cass. Soc. 22 mars 1979 et Cass. Soc. 18 juillet 1979, Dr social 1980 p. 44 note Jean Savatier ; elle est encore au coeur du débat relatif à la personnalité du comité de groupe, Dr.Soc. 1983 p. 670 chrn. de M. Cohen.

( 440) Voir notamment : Duguit, Traité de droit constitutionnel, 2ème édt. 1921 p. 320 et s. ; Planiol, Traité élémentaire de droit civil, T. I n° 3016 et s. et 3046 ; Saleilles, de la personnalité juridique, 2ème édition 1922 ; Chauveau, Les abus de la personnalité morale des sociétés, Rev. gén. dr. com. 1939 p. 397-414 ; Thaller et Pic, Traité des sociétés commerciales, T.I. n° 177 et s. ; Hamel et Lagarde, Droit commercial, T I n° 414 et s. ; Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application, 3ème édt. 1932 ; Audinet, Personne morale et personne physique dans les sociétés de commerce , 1950 ; Coulombe le particularisme de la condition juridique des personnes morales 1950 ; Durand, L'évolution de la condition juridique des personnes morales, Etudes Ripert, T.I. p. 13 et s. ; Hamel, La personnalité morale et ses limites, D. 1949 chr. p. 141.

( 441 ) Hamel et Lagarde op. cit. n° 425

En se détachant d'une assimilation totale, mais fictive, à la personne physique, la personnalité morale s'est muée en une simple technique, en un masque qui doit laisser transparaître les individus qui composent le groupe lorsque cela est nécessaire (442).

La doctrine civile et commerciale ne semble pas pourtant attribuer toute sa portée à cette constatation et continue à donner à l'être moral toute sa force de fiction : la transparence des sociétés reste conçue comme une exception à la logique du concept de personnalité morale. On tend alors à la justifier par des considérations externes à la société. On parle ainsi d'autonomie du droit fiscal ou de particularisme des relations commerciales. Dans cette mesure, la transparence conserve un caractère pathologique.

Pour M. Gastaud, cela est largement insuffisant (443) : "la personnalité juridique du groupement est de nos jours considérée comme un procédé technique conçu pour satisfaire des besoins multiples... C'est donc désormais à l'intérieur de cette notion que l'on doit entreprendre de retrouver les causes et au-delà, le sens de sa variabilité" (444).

Pourtant, il faut constater que la transparence liquidative serait un peu différente des hypothèses de transparence civile ou fiscale. Il ne s'agit plus de retrouver l'individu derrière la personne morale, mais, d'établir une relation entre patrimoine individuel et collectif. Au demeurant, cela peut choquer l'analyse classique des droits des associés.

---

(442) Jauffret, "La transparence civile et la protection des associés d'une société de construction," J.C.P. 1967 doct. n° 2065

(443) J.P. Gastaud,"Personnalité morale et droit subjectif" Essai sur l'influence du principe de personnalité morale sur la nature et le contenu des droits des membres des groupements personnifiés, n° 89 p. 126 Bibliothèque de droit privé 1977.

(444) Idem

351 - En partant de l'article 529 du code civil on a posé le principe de la séparation entre les patrimoines de la société et de l'associé. Généralement (445), et bien que l'idée fut quasiment absente des travaux préparatoires du code civil (446) et longtemps ignorée de la doctrine du XIX ème siècle (447), ce principe s'explique par l'extranéité qui s'instaure entre la personne morale et ses membres.

---

(445) Aujourd'hui encore, on rencontre des motifs d'hésitation quant au fondement de l'article 529 du code civil. On peut justifier le caractère mobilier des parts et actions à l'aide d'arguments étrangers à l'idée de personnalité morale, ex : Atias, droit civil, les biens T I p. 32 "La qualification de ces biens comme meubles a été adoptée pour les soumettre au régime juridique le moins lourd et faciliter leur circulation",

(446) En ce qui concerne les travaux préparatoires les deux idées qui furent le plus souvent avancées pour justifier l'article 529 furent celles du caractère accessoire des immeubles dans la société (obs. de Treilhard devant le Conseil d'Etat, séance du 4 brumaire an XII, Locré, La législation civile et commerciale de la France, t. VIII p. 37) ou au caractère mobilier des bénéfices. Il faut attendre le rapport de Goupil Préfeln au Tribunat (séance du 29 nivose an XII, Fenet, Travaux préparatoires du code civil, T. XI n° 529, Locré, op. cit. p. 66) pour voir apparaître la notion de personnalité morale, et encore sans que l'on parle réellement de propriété du groupe.

(447) En doctrine, hormis Demante (Cours analytique de code civil T.II p. 522 n° 357 bis 1853 Paris et Massé (T.V p. 296 n° 298) on assiste à une combinaison des arguments dans laquelle l'idée de personnalité morale est impuissante à justifier totalement le caractère mobilier des parts et actions. Une partie de la doctrine a même été jusqu'à ignorer la notion de personnalité morale (Zachariae, le droit civil français T.II p. 25 note 24, Toullier, Le droit civil français suivant l'ordre du Code, vol. XII p. 97). Le caractère mobilier des bénéfices reste un argument souvent avancé (Laurent, Principes de droit civil, t. V 2ème edt. n° 503 1876, Moudon, Répétitions écrites sur le code civil p. 687 n° 1394 Xème edt. 1877. Ce n'est qu'avec Aubry et Rau que l'hésitation sembla cesser (Cours de droit civil T. II 1869 § 165 p. 29) ; d'une part, la question du fondement de l'article 529 est renvoyée en note, d'autre part, elle n'est traitée qu'à propos de la présentation restrictive de Toullier que les auteurs strasbourgeois condamnent justement en s'appuyant sur la propriété du groupe dont ils démontrent qu'elle découle d'un caractère commune à toutes les sociétés.

Toutefois la question fut de nouveau agitée dans deux études importantes ; dans la première (Mongin, Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité, Rev. crit. de leg. et de jur. 1890 p. 716) l'auteur reprit l'explication par le caractère mobilier des bénéfices, dans la seconde (Saleilles, Etude sur l'histoire des sociétés en commandite, Annales de droit commercial 1897 et 1898 spéc. n° 49 à 63) une tentative fut faite pour expliquer la séparation des patrimoines par l'idée d'affectation d'une partie des biens de l'associé au patrimoine de la société.

De là découle la tentation d'assimiler le droit de l'associé à un droit simplement personnel, ce qui devrait nous décourager de rechercher un lien entre l'état des droits sociaux et l'état de la société. On observera pourtant que l'assimilation n'est pas totale.

Dès le début du siècle, Michoud faisait remarquer que les droits des associés ne sont pas assimilables à un droit de créance oridinaire "parce qu'il s'agit non des droits d'une personne vis-à-vis d'une autre personne entièrement distincte d'elle-même, mais des droits d'une personne vis-à-vis d'une personne collective dont elle est membre"( 448). Soixante dix années plus tard, M. Gastaud reprit la même idée : "Si l'associé ne détient pas -avec son droit aux bénéfices- un droit de créance parfait à l'encontre de la société, c'est qu'il n'est pas un tiers par rapport à elle ( 449).

On ne peut pas se contenter de traiter les rapports société-associé en termes de relation créancier-débiteur ; ainsi, "la participation aux bénefices est autre chose que le service d'intérêts assuré à un prêteur de sommes d'argent, l'associé n'est pas un obligataire, s'il a droit aux bénéfices, c'est parce qu'il représente le fruit des biens sociaux, la répartition de ces fruits pendant la vie sociale, marque que le patrimoine de la société n'est pas complètement isolé du patrimoine des associés" ( 450).

Ce lien entre patrimoines va se concrétiser pendant la vie de la société en un "droit indirect sur l'actif social" ( 451 ) ou encore en un "droit latent" ( 452 ). L'associé contribue, inégalement il est vrai, à la

---

(448 ) Michoud, "La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, Paris 1909 t. II p. 30 n° 181

(449 ) Gastaud op. cit. p.160 n° 113

(450 ) Delhay, "La nature juridique de l'indivision" L.G.D.J. 1968 p. 437

(451 ) Gastaud, op. cit. p. 160 n° 113

(452 ) Bermond de Vaulx, "les droits latents des actionnaires sur les réserves dans les sociétés anonymes" Bibliothèque de droit commercial, T. 10 1965 préface R. Houin.

gestion du patrimoine de la société et, lorsqu'il s'agit de prendre des décisions importantes, qui auront des conséquences pour les patrimoines individuels, le recours le l'assemblée générale extraordinaire et à une majorité qualifiée est la preuve, selon M. Gastaud, de ce que les patrimoines n'ont jamais été totalement séparés.

352 - Le droit de l'associé subit les fluctuations du patrimoine collectif, il n'est imaginable de l'évaluer sans tenir compte des caractéristiques de la société.

Si ces caractéristiques se modifient, il faut admettre qu'il y a modification d'état de la société et donc, modification d'état des droits sociaux.

Cette solution, moderniste, ne contredit pas la nature du droit de l'associé ; il n'est pas de l'essence du concept de personnalité morale de l'interdire. Avec ces deux affirmations, nous pensons avoir convaincu du bien fondé de la transparence liquidative, il reste maintenant, à en imaginer la mise en oeuvre.

b - La mise en oeuvre de la transparence liquidative

353 - Le rôle de la notion d'état est de faire apparaître les modifications subies par le bien dans le seul cas où elles sont dues à une activité volontaire de l'époux ou de l'héritier gratifié.

Cela suppose que l'on connaisse le bien concerné et la personne qui en avait la gestion. Or; si on souhaite appliquer (par transparance) la notion d'état aux droits sociaux, on se heurte à deux difficultés : d'une part, on ne sait pas quelles seront les personnes qui ont agi pour l'amélioration ou la détérioration du bien, d'autre part, on ne sait pas vraiment quels sont les biens qu'il faut considérer à travers les droits sociaux.

Ces deux incertitudes sont autant de facteurs de variabilité de l'idée de transparence liquidative des droits sociaux. Doit-on l'appliquer seulement à l'égard de certaines personnes ? Doit-on la limiter à certains biens ?

Le choix d'une réponse large ou étroite sera déterminant.

Pour notre part, il nous paraît ni souhaitable, ni justifié de contonner la référence à l'état de la société à certains associés ($\alpha$) ou à certains élèments de la société ($\beta$).

- Les associés concernés

354 - M. Catala a étudié une situation bien précise : celle où des biens, au lieu d'être donnés en nature, l'ont été sous forme de parts sociales. Son objectif fut d'établir un principe de transparence liquidative permettant de faire comme si, en définitive, l'objet de la donation était le bien et non les parts.

Cette tâche redoutable accomplie, M. Catale restreint de manière sensible sa proposition en raisonnant de la manière suivante : puisque la référence à l'état du bien veut éviter que celui qui a amélioré le bien à ses frais et par ses soins n'en doive raison à ses cohéritiers, il est normal de limiter le principe de transparence liquidative aux "seuls associés donataires qui détenaient la faculté de décider et l'on effectivement utilisée pour transformer l'état de l'entreprise sociale" (453).

En réalité, la règle,établie d'abord sous forme de principe, ne vaudrait donc que pour les dirigeants de la société, c'est à dire ceux qui bénéficient de la conjonction du pouvoir et de l'argent.

---

(453) Catala, op. cit. et loc. cit.

355 - Appliquée au régime de participation aux acquêts, cette restriction risquerait de transformer la transparence liquidative en un voeu pieux. En effet, l'époux dirigeant d'une société sera peu enclin à apporter une preuve qui va jouer à son désavantage. La modification de l'état des parts sociales entraîne, comme toute modification d'état liée à une plus-value, un déséquilibre d'évaluation qui se traduit par l'infériorité du patrimoine originaire, donc par l'augmentation de l'enrichissement.

Une telle solution peut conduire à des abus en cas de liquidation contentieuse. Après tout, ce qu'il faut faire disparaître, c'est la marque de l'action de l'époux ; le droit des sociétés recèle bien quelques techniques adéquates (dissimulation de preuves, dirigeants de façade).

Sans vouloir placer le débat sur le terrain de la conception contractuelle ou institutionnelle de la société (454), il est nécessaire de rappeler un principe fondamental qui veut que les gérants agissent au nom de tous les associés (455).

---

(454 Gaillard, La société anonyme de demain, la théorie institutionnelle et fonctionnement de la société anonyme, 2ème édt. 1933 ; Hauriou, Théorie de l'institution, 1935 ; Portemer, "Du contrat à l'institution" J.C.P. 1947.I.586 ; Renard, "Linstitution" 1923 ; Waline, Traité élémentaire de droit administratif, 6ème édt. p. 165

(455) Hamel, Lagarde et Jauffret, Droit commercial, 2ème vol. t. 1 p. 62 n° 417 ; Ripert et Roblot t. 1 p. 505 n° 695 avec des réserves tout de même quant à la référence au contrat de mandat ; De Juglart et Ippolito par Du Pontavice et Dupichot, Traité de droit commercial, 2ème vol. 1ère partie, p. 501 et s. n° 451 et s.

Ce sont les associés qui nomment et révoquent les dirigeants (456); dans les rapports entre associés, les dirigeants n'ont de pouvoirs que ceux qui leur ont été donnés. (457)

Avec le rappel de telles règles, il est possible d'affirmer que derrière l'action du dirigeant, il y a toujours celle des associés. La conclusion du contrat de société soumet les coassociés à une action collective dont ils sont forcément responsables.

Il est vrai que cette remarque perd un peu de sa valeur à propos des grandes sociétés dont les titres sont négociables. Peut-on encore considérer que le titulaire de quelques actions est à l'origine des midifications apportées à la société ? Même si, sur un plan théorique, on peut encore répondre par l'affirmative, il faut bien admettre que cette question présente un côté surréaliste.

Mieux vaut, nous semble-t-il rechercher l'activité de l'époux ou de l'héritier dans le seul fait qu'il n'a pas cédé ses actions au moemnt des décisions importantes.

---

(456) art. 1846 du code civil pour les coiétés civiles
art. 12 L. du 24 juillet 1966 pour les S.N.C.
art. 49 " " pour les S.A.R.L.
art. 90 " " pour les administrateurs de S.A.
art. 134 et 120 " " pour les S.A. de forme nouvelle

(457) au contraire des rapports avec les tiers où les clauses statutaires sont en principe inopposables (S.A. et S.A.R.L.) ou peuvent le devenir (S.N.C.) quand la preuve de la bonne foi du tiers est rapportée.

### β - Les biens concernés : l'état de la société

356 - La difficulté est la suivante : quels seront les élèments de la société qui seront pris en compte pour déterminer l'état des droits sociaux ?

Cette question n'a pas été abordée par M. Catala, et pour cause ; l'auteur à raisonné sur l'hypothèse de donation d'un bien connu, individualisé. Les choses sont moins simples pour nous, puisque nous devons traiter des parts sociales et actions en général, sans distinguer entre les apports en nature et en numéraire, voire en industrie. D'où la question de la détermination des élèments, des caractéristiques, de la société qui se retrouveront dans l'état des droits sociaux.

Or, deux grands principes de solution sont possibles : on peut, soit limiter la référence à certaines de ces caractéristiques, soit les appréhender dans leur ensemble.

Le choix de la seconde solution donnera toute sa force à l'idée de transparence des dtoirs sociaux ; il conviendra tout de même d'envisager une difficulté particulière : celle des bénéfices mis en réserve.

#### - La prise en compte de toutes les caractéristiques de la société.

357 - Une première méthode consisterait à examiner l'état des biens sociaux possédés par la société au moment du mariage ou de l'acquisition. A l'instar de ce qui se passe pour les biens détenus individuellement, seules les modifications volontaires apportées à ces biens seraient constitutives d'un changement d'état des droits sociaux. Cette première vision, très restrictive pourrait se justifier si on préconisait de limiter la notion d'état aux seuls biens corporels, or, nous cherchons justement à démontrer le contraire.

En réalité, nous pensons que cette première solution encourrait deux reproches.

Primo, elle ne tient pas compte des biens nouveaux, acquis par la société pendant le mariage ; or, nul doute que ces biens donneront une valeur supérieure aux droits sociaux.

Secundo, on peut lui reprocher de ne pas rendre compte du véritable enrichissement de la société ; rien n'oblige celle-ci à investir régumièrement dans l'amélioration de ses immobilisations, la constitution de réserves, de provisions, l'augmentation ou la réduction du capital social sont autant de points qui influeront sur la valeur des droits sociaux. La richesse d'une société ne passe pas uniquement par la possession de biens corporels.

C'est pourquoi, l'état des droits sociaux doit être recherché dans l'état de la société en général.

Ainsi, la liquidation des droits sociaux originaires supposera deux opérations successives : une première estimation dans le patrimoine originaire en tenant compte des caractéristiques de la société au moment du mariage ou de l'acquisition, une deuxième estimation selon les caractéristiques actuelles, dans le patrimoine final.

Toutes les modifications patrimoniales liées à une activité volontaire de la société conféreront aux droits sociaux une plus-value qui entrera dans les comptes liquidatifs.

Ce système appelle deux remarques.

358 - Tout d'abord, on peut penser qu'il sera très difficile de prendre comme référence d'évaluation, un événement qui ne représente rien dans le fonctionnement de la société. Le mariage d'un associé est, en principe, une opération indifférente à la vie de la société, la concomitance du mariage et de la constitution de la société relève de l'hypothèse d'école.

Il est temps de faire pourtant une observations fondamentale : si des droits sociaux figurent dans le patrimoine originaire, c'est qu'ils existaient

au jour du mariage ou qu'ils ont été acquis depuis par succession ou libéralité. Dans les deux cas, un acte aura été rédigé. Or, c'est bien l'état de la société au moment de la rédaction de cet acte, qui servira à établir l'état des droits sociaux. C'est dire que tout repose sur la précision de l'état descriptif qui servira de preuve de la consistance du patrimoine originaire. Le rédacteur du contrat de mariage et celui de l'acte à titre gratuit devront donc demander que soient annexés les documents comptables de la société ainsi que tout renseignement qui permette d'en connaître l'activité (évaluation de la clientèle par exemple)

Ajoutons, pour convaincre l'époux associé de la nécessité d'établir un état descriptif complet, qu'il suffira de lui montrer qu'il travaille à son avantage. Tout ce qui aura été oublié augmentera les acquêts nets ; plus le patrimoine originaire sera important, moins il y aura d'écart avec le patrimoine final, moins il y aura d'enrichissement.

359 - Ensuite, il ne faut pas oublier de préciser que seules les plus-values découlant d'une activité volontaire de la société seront susceptibles d'entraîner un changement d'état. Or, il ne nous paraît pas possible de traiter de la même manière la société dont l'objet est de faire des bénéfices, et les biens appartenant à un époux. Le but de la société est d'évoluer vers une activité toujours plus importante, toujours plus rémunératrice, ce n'est pas le cas de tous les biens.

Cela nous conduit donc à préconiser une présomption de plus-value volontaire, d'onc d'enrichissement donnant lieu à participation ; il appartiendra à l'époux associé de démontrer le contraire.

Ces solutions pourront surprendre ; elles nous semblent illustrer tout à fait la nature comptable du droit de participer : sans la dissociation entre le bien et sa valeur, elles seraient inimaginables. Des solutions particulières peuvent également être envisagées à propos des bénéfices mis en réserve.

- Une difficulté d'application : les bénéfices de la société sont-ils une composante de l'état de la société ?

360 - La portée pratique de la question se mesure en cas d'augmentation de capital : elle concerne le sort à réserver aux droits préférentiels de souscription et aux actions gratuites qui peuvent être attribuées à un époux.

Si la question de la nature des bénéfices mis en réserve est réputée difficile, c'est sans aucun doute parce qu'elle recouvre des réalités différentes. M. Colomer cherche à le montrer, "beaucoup de réponses pêchent par excès de simplification" (458). Il faut tenir compte de nombreuses considérations : date de création de la réserve, mode de distribution et surtout, nature de la réserve. En effet, il ne semble pas que le problème doive être traité de la même manière pour les réserves légales et statutaires et pour les réserves facultatives.

- Les réserves légales et statutaires.

361 - La nature juridique des réserves légales et statutaires ne pose pas de grandes difficultés. Les sommes affectées à la constitution de telles réserves n'entrent pas dans le bénéfice distribuable ; il est donc impossible de les considérer comme des fruits : ces bénéfices ne sont jamais susceptibles de distribution (458).

Les fonds correspondant aux réserves légales et statutaires sont donc forcément des valeurs de capital. A ce titre, ils doivent être pris en considération dans la détermination de l'état de la société. C'est là une solution qui nous paraît normale : on ne peut pas assimiler une société avec des réserves importantes à une société ou ces mêmes réserves seraient

---

(458) Colomer, op. cit. n° 315 p. 186 qui ajoute que l'utilisation de concepts qui sont déjà l'objet de discussion (bénéfices, fruits et revenus, capital et capitalisation) est déjà une première source de difficultés.

(459) Les droits de la communauté sont donc inexistants.

limitées ou inexistantes. Le volume des réserves témoigne incontestablement de la bonne santé de la société. C'est là un deuxième critère, parmi d'autres, qui permettra de déterminer la valeur des droits sociaux, il faudra l'apprécier à chaque étape de la liquidation, une première fois au moment de l'estimation du patrimoine originaire, une seconde fois au moment de l'estimation du patrimoine final.

Cette application très particulière de la notion d'état ne devrait pas susciter de difficultés d'appréciation. En fait, tout dépendra de la rédaction de l'état descriptif, si au moment de la rédaction du contrat de mariage, on a pris soin de consigner les caractéristiques de la société, on aura obligatoirement une preuve de l'existence et de l'importante des réserves puisque celles-ci font l'objet d'un écriture comptable.

- Les réserves facultatives

362 - La difficulté est alors la suivante : la nature de fruits subsiste-t-elle pour les bénéfices mis en réserve de manière facultative ?

La doctrine fournit deux réponses différentes.

Un premier courant, largement minoritaire (460) considère que les bénéfices mis en réserve sont des capitaux. Selon un raisonnement dont on peut trouver l'origine chez Labbé (462), les bénéfices ne deviennent des fuits que lorsque la décision de distribution est prise. Seul le bénéfice distribué est un fruit ; le bénéfice distribuable n'est pas détaché de l'actif social, il appartient exclusivement à la société.

---

(460) Amiaud, Traité des comptes de réserves dans les sociétés par actions 2ème édt. n° 177 ; Chevalier, Du droit de souscription en cas d'augmentation de capital dans les société anonymes ou par actions, Thèse Paris 1926 n° 24 ; Jauffret Du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles, Thèse Aix 1926 p. 152 et s. spéc. p. 153 :"Les réserves ne sont pas des fruits" ; Kayser : les augmentations de capital des sociétés et le caractère propre des nouveaux droits sociaux dans le régime de la communauté d'acquêts, J.C.P. 1949 I 800 n° 4 : "Les réserves de la société ne sont pas, à l'égard de l'associé, des fruits accumulés mais des capitaux" ; Labbé, note S. 1873.I.p. 5 ; Le Gal, Le régime des valeurs mobilières dans les rapports entre époux Thèse Paris 1964 n° 82

.../...

Pour un deuxième courant, les bénéfices sociaux sont des fruits par essence : ils sont produits par le capital social sans que la substance de celui-ci soit altérée et ils se renouvellent (ou, du moins sont en mesure de se renouveler) chaque année. La décision de mise en réserve ne fait pas disparaître le caractère originaire de fruit.

---

suite page précédente :

Lenoan, De la condition des actions de société nominatives propres de la femme sous le régime de communauté et de l'excercie du droit de préférence à la souscription d'actions nouvelles, R.T.D.C. 1922 p. 378 et s. Leuck, l'incorporation des bénéfices au capital d'une société et les droits de la communauté, J.C.P. édt. not. 1968.I.2169 ; Martin, le droit de souscrire aux augmentations de capital et la condition des titres souscrits par un époux commun en biens, Thèse lille 1944 p. 62 et s. ; Redaud,Les parts sociales sous le régime de communauté, Thèse Paris 1929, n° 244 et s. spéc. n° 350 : "Il est certain qu'en faisant deux parts des bénéfices, en s'attribuant l'une et en laissant l'autre dans le fonds social, les associés n'ont voulu imprimer le caractère de fruits qu'aux bénéfices distribués et casser les réserves parmi les capitaux." Perrot, La création d'actions nouvelles lors d'une augmentation de capital et le régime de la communauté réduite aux acqupets, Thèse Paris 1948 n° 157 et s. ; Paisant (G), Des actions et des parts de sociétés dans le droit patrimonial de la famille, Thèse Poitiers 1978 p. 53 Planiol et Ripert, Droit commercial t. I n° 1553

(461) Labbé, op. cit.

(462) Avant la réforme de 1965 :

Decugis, J. Soc. 1922 p. 49 ; Rousseau, Rapport sur les inventaires bilans et réserves, Bull de la Soc. d'2tudes législatives 1918 p. 338 ; Thaller, Amortissements et fonds de réserve, Ann. dr. comm. 1985 p. 241 spéc. p. 256 parlant des réserves facultatives "C'est une sorte d'avance qu'ils consentent à la société, à un titre nouveau, et la société fera travailler leur argent comme celui d'un prêteur quelconque".
Adde :
Commissaire du Gouvernement Andrieux sous C.E. 15 Février 1923
D. 1923 III p. 9

En ce qui concerne la jurisprudence, voir : Trib. civ. de Boulogne sur Mer, 3 avril 1925, G.P. 1925 II p. 195 : "Attendu que l'emploi par une société de la plus-value acquise en cas d'augmentation du capital social par la création d'actions nouvelles à répartir entre les actionnaires, sans obligation de leur part d'un versement prélevé sur leur fonds personnels, constitue une distribution d'un excédent d'actif résultant de bénéfices antérieurs et, par conséquent, une distribution de bénéfices ou de dividendes"

Après la réforme de 1965 : Patarin, J.C.P. 1971 II 16721 et surtout, Savatier : La communauté conjugale nouvelle n° 34 1979

363 - En régime de participation aux acquêts, il ne nous semble pas que la question ait autant de portée qu'en régime légal : que l'on voie dans les bénéfices mis en réserve, des revenus d'actions originaires ou une valeur de capital appartenant exclusivement à la société, la solution sera la même : les actions gratuites et le droit préférentiel de souscription feront partie des acquêts nets et donneront lieu à participation, même si les actions étaient originaires.

Pour les partisans de la théorie du Doyen Savatier, cela résulterait tout simplement de l'article 1570 du code civil qui dispose qu' "il n'est pas tenu compte (dans le patrimoine originaire) des fruits de ces biens originaires (des biens originaires). Que les bénéfices mis en réserve n'apparaissent qu'à la dissolution de la société ou qu'ils soient redistribués aux associés à l'occasion d'une augmentation de capital, ils restent des fruits et, dans ces conditions, n'ont aucune vocation à entrer dans le patrimoine originaire.

La question est un peu plus complexe si,avec la doctrine majoritaire, on y voit une valeur de capital. Pourtant, c'est à la même solution que nous semble conduirela comparaison patrimoine originaire-patrimoine final.

Même si les droits sociaux existaient au jour du mariage, il nous paraît impossible d'ignorer les plus-values nées (du fait de la société) pendant la vie commune.

En pratique, ce n'est pas cette solution qui est préconisée ; qu'ils raisonnent à partir de simulations de liquidation ( 463 ) ou par analogie avec la communauté ( 464 ), les auteurs considèrent que les accroissements de valeurs mobilières doivent profiter au seul époux propriétaire des droits initiaux. il y a malgré tout des avis divergents (465)

---

( 463 ) Corpechot, Rapport au 75ème congrès des notaires de France T.I n° 290 p. 418

( 464 ) Pillebout, Juris-classeur Form. Notarial, Contrat de mariage fasc. C

( 465 ) E. Balme, Précis form des liquidations partage, fasc. E 4

A notre avis, on ne peut pas parler d'analogie ; l'article 1406 du code civil n'écarte pas la possibilité de récompenses au profit de la communauté ; s'il retient la qualification de propre par accroissement, c'est pour permettre la gestion dynamique d'un bien. Ce n'est pas le moyen de spolier la communauté,qui sera récompensée.

Dans ces conditions, il faut s'en tenir à une évidence : les bénéfices mis en réserves nés pendant le mariage, doivent être traités comme un enrichissement donnant lieu à participation, notamment lorsqu'ils donnent lieu à des actions gratuites ou à un droit préférentiel de souscription.

La solution a déjà été retenue ( 466 ) ; elle découle de l'aspect comptable du régime.

Le régime de participation aux acquêts est souvent considéré comme une source de difficultés liquidatives ; il nous semble honnête de reconnaître que, sur cette question de la nature des fruits mis en réserve, il apporte plutôt des élèments de simplicité.

En réalité, la question n'aura qu'un zeste d'intérêt à propos des bénéfices antérieurs au mariage : si on y voit des fruits, ils ne seront pas compris dans le patrimoine originaire (les biens originaires ayant la qualité de fruits ne deviennent pas des valeurs originaires) ; si on y voit une valeur de capital, il faudra les prendre en compte.

Notre avis est qu'il ne faut pas redouter la mise en oeuvre de la notion d'état ; elle recèle une souplesse qui permet d'envisager des solutions nouvelles aux problèmes classiques des régimes matrimoniaux. L'étude de son application au fonds de commerce en apportera un nouveau témoignage.

---

( 466 ) J. Maury, Liquidation comparative de trois régimes matrimoniaux : communauté légale, séparation de biens, participation aux acquêts, Rép. Def. 1984 art. 33282 p. 555

2 ) Etat et fonds de commerce

364 - Même si elle peut déboucher sur des difficultés de fait (b ), la mise en oeuvre de la référence à l'état du bien originaire permet de dégager des solutions simples et réalistes aux différentes difficultés rencontrées dans les régimes de communauté (a ).

a -Les solutions offertes par la référence à l'état initial du bien

365 - Certes, un certain nombre de difficultés rencontrées dans le régime de communauté se retrouveront dans la détermination de l'état d'un fonds de commerce originaire. Ainsi, la création d'une branche nouvelle, ou l'acquisition d'un nouveau fonds pourront toujours être regardées soit comme une modification du fonds initial, soit comme un acquêt différent. Il faudra, à l'instar de ce qui est proposé pour le régime légal (467 ), rechercher s'il y a apparition ou pas d'une nouvelle clientèle.

Quoi qu'il en soit, on observera qu'en régime de participation, la qualification n'aura pas l'importance qu'elle peut avoir ailleurs. D'une part, il n'y aura aucune modification dans la gestion du fonds, celui-ci sera toujours administré par l'époux propriétaire. D'autre part, la valeur nouvelle sera forcément soumise à participation, soit parce qu'elle constituera un acquêt, soit parce qu'elle emportera modification du fonds originaire.

---

(467) A. Colomer "Les régimes matrimoniaux et le droit commercial" T.I p. 62 et s.

366 - Le véritable intérêt du régime de participation aux acquêts réside dans une approche nouvelle des questions liées à la répartition des plus-values acquises par le fonds ; par référence à l'état initial du bien, toutes les plus-values, autres que purement fortuites, donneront lieu à participation. Il en ira ainsi, notamment, des plus-values liées à l'incorporation de bénéfices ($\alpha$) et de celles qui résultent de l'activité de l'époux commerçant ou de son conjoint ($\beta$).

### $\alpha$ Les plus-values liées à l'incorporation de bénéfices.

367 - En régime de communauté, l'incorporation des bénéfices soulève une difficulté lorsqu'elle a lieu à propos d'un fonds de commerce propre. Afin de ménager les droits de la communauté, on propose de distinguer selon que l'incorporation est normale ou pas. Tout est affaire de mesure entre les profits bruts et les bénéfices nets.

Alors que la communauté n'a aucun droit sur les sommes employées à un développement normal de l'entreprise, on lui reconnaît un droit à récompense dès lors que ces sommes sont utilisées pour réaliser un investissement entraînant une plus-value pour le fonds.

En régime de participation aux acquêts cette distinction est inutile ; elle jouera d'elle même, de manière automatique. Si l'époux se contente d'une utilisation normale des bénéfices, il ne fera que maintenir le fonds dans son état initial ; il n'y aura pas de modification d'état et donc pas de plus-value. En revanche, un investissment important se répercutera, normalement, dans une augmentation de la clientèle, ce qui permettra de faire ressortir la plus-value qui en découle.

On nous objectera qu'il n'en va pas en matière de commerce comme en matière de constructions immobilières et qu'il n'est pas certain que tous les investissements entraîneront une plus-value appréhensible au jour de la dissolution.

Cette critique n'est pas inquiétante. Le patrimoine final ne comprend que les valeurs qui existent à la fin du mariage, les époux restent libres de leurs choix de gestion : on n'a pas à rechercher les conséquences d'un investissemnt infructueux.

L'apport du régime de participation est plus net à propos des plus-values liées au travail de l'époux.

### β - les plus-values liées au travail de l'époux.

368 - Sans investissement, sans création de branches nouvelles, un fonds de commerce peut voir sa valeur se modifier sous la seule influence du travail et des qualités personnelles de celui qui l'exploite.

L'appréhension de l'état du fonds à travers sa clientèle permet de prendre en compte ces différences de valeurs, qu'elles agissent en hausse ou en baisse.

Lorsque l'augmentation de la clientèle est due au travail de l'exploitant, la plus-value qui en résulte donne lieu à participation. Cette constatation tranche nettement avec les solutions retenues dans les liquidations du régime légal, et ce, sur deux points.

En communauté, on estime qu'une telle plus-value reste propre à l'époux propriétaire du fonds sans qu'une récompense soit possible ; seul le Doyen Savatier a émis une opinion inverse.(468 ). Entre époux participants, la plus-value sera considérée comme un acquêt.

---

(468 ) Pour la doctrine et la jurisprudence dominantes : Cornu, Les régimes matrimoniaux 3ème édt. p. 350 ; Colomer, op. cit. n° 153 et 559 ; Civ. 1ère, 3 novembre 1954, J.C.P. 1955. 8441 note Esmein, R.T.D.C. 1955. 140 obs. Savatier ; Civ. 1ère 2 oct. 1958, D. 59 somm. 41; Corpechot n° 281
Contra : l'avis contraire a été exprimé par le Doyen Savatier : "Nous sommes convaincu que, sous le régime actuel, et au sens de l'article 1401, il (l'accroissement)représente alors une "économie" à base de travail investie dans le fonds de commerce. La jurisprudence qui attribuait, sans récompense, l'accroissement de la clientèle du fonds ne nous donc plus en accord avec la loi actuelle" La communauté conjugale nouvelle, Dalloz 1970 n° 82

L'opinion inverse a été émise par Me Corpechot dans son rapport au 75ème congrès des notaires de France ; la plus-value naturelle prise par le fonds de commerce doit profiter à son propriétaire et ne justifie pas une différenciation de l'état du bien. Celle qui résulte de l'habileté et des efforts de l'époux propriétaire lui reste acquise également" (469 )

Cette position restrictive s'explique par l'assimilation qui a été faite entre modification de l'état et récompense ; nous avons déjà montré les limites de cette analyse et nous ne pensons pas qu'elle puisse être retenue, ni dans son principe, ni dans ses conséquences.

En revanche, nous sommes pleinement d'accord avec la solution retenue par Me Corpechot à propos de la dégradation du fonds due à la mauvaise gestion de l'exploitant.

La notion d'état joue dans le régime de participation aux acquêts, un rôle bien précis : dégager les plus-values volontaires apportées par l'époux à un bien ; elle ne joue pas pour des éventuelles moins-values volontaires. La dégradation ne modifie pas l'état ! (470 )

La raison de ce principe est simple ; elle a été exposée par Me Corpechot : "Il est impossible de faire supporter à la masse les conséquences de la négligence d'un époux" (471 ). Dans notre conception du régime nous dirons qu'il ne faut pas exercer le droit de conserver sur des valeurs qui sont le résultat de l'activité de l'époux, c'est à quoi on arriverait si on retenait une évaluation supérieure dans le patrimoine originaire par rapport au patrimoine final.

---

(469 ) précité n° 287)

(470 ) On regrettera bien sûr pour la connaissance de la notion d'état qu'elle ne soit pas entendue de la même manière dans tous les cas où elle est appelée à jouer. En matière de rapport la dégradation volontaire entraînera modification d'état (Catala op. cit. n° 33), Le plus important est d'observer que la référence à l'état ne joue pas tout à fait le même rôle.

(471 ) Corpechot, idem

Cette différence de traitement des plus-values est due au fait qu'il n'exite aucune méthode permettant de saisir les plus-values des propres lorsqu'il n' y a pas une source, quelconque, de récompense.

369 - Mais le régime de participation va encore plus loin, il ne distingue pas selon que la plus-value résultant de l'augmentation de la clientèle provient de l'activité de l'époux propriétaire et de son conjoint. Nous avons déjà eu l'occasion de préciser cet aspect des choses ; il ne nous semble pas inutile de le rappeler ici.

Sur ces points, le régime de participation aux acquêts réalise un grand pas que des difficultés de fait ne doivent pas arrêter.

### b) Les difficultés de fait.

370- La critique a souvent été faite : comment distinguer entre les plus-values dues à des circonstances fortuites (aménagement d'un quartier, developpement du secteur d'activité...) et celles qui sont dues à l'activité de l'époux ?

Il ne servirait à rien de nier la difficulté ; on fera tout de même trois observations.

On dira d'abord que cette difficulté n'est pas particulière au régime et qu'il serait dommage de le condamner sur une faiblesse qu'il n'est pas le seul à connaître.

On dira ensuite que le meilleur moyen de la combattre se situe dans la précision de l'état descriptif établi au jour du mariage ou de l'acquisition. La description précise de la clientèle nous paraît un minimum ; les praticiens semblent avoir conscience de cette exigence ( 472).

---

(472 ) "La rédaction d'un acte de donation" par J. Lafond et J.P. Senéchal, Travaux du CRIDON Bordeaux-Toulouse janvier 1980 p. 19

On dira enfin que le système n'est pas impraticable ; il a déjà été appliqué dans des situations voisines (ce qui confirme que le problème n'est pas inhérent au régime de participation).

Dans une première affaire, il s'agissait de déterminer le montant du rapport d'un garage artisanal transformé en station service moderne.La donation avait eu lieu en 1962 et en dix ans les ventes de carburant étaient passées de 18 000 à 720 000 litres et la valeur estimée du fonds de 40 000 à 354 000 F. Sur estimation d'expert, cette valeur se répartissait en deux postes : réparations diverses 88 000 F et ventes d'huiles et de carburants : 266 000 F. Sur ce dernier chiffre, la Cour de Paris, tout en prenant en compte des facteurs étrangers tels que l'emplacement du garage et l'évolution générale du marché de carburant, estima que le fonds s'était transformé sous l'initiative (efforts personnels et mise de fonds) du donataire et évalua le rapport à 32 000 F. (473)

Dans une deuxième affaire, la Cour d'appel de Versailles a (474) apporté sa contribution au développement de la notion d'état de fonds de commerce, sans prononcer le terme d'état, toutefois. La question posée

---

(473) Paris 2ème Ch. 24 avril 1974, Bouillault c. Rossi, Juris-Data cité par Catala, mél. Rodière p. 55 spéc. p. 58

(474) Versailles 29 septembre 1980 sous Cass. Civ. 1ère 16 mars 1982 J.C.P. 1983 I 20076 note Salle de la Marnière

tenait à la détermination d'une soulte mise à la charge d'une épouse pour attribution préférentielle d'une officine de pharmacie. La Cour retint comme base de calcul, la valeur au jour le plus proche possible du partage, sans tenir compte qu'entre le jour de la dissolution et du partage le fonds avait connu une très forte hausse de son chiffre d'affaires. L'argument avancé est le suivant : l'augmentation "n'a été que la conséquence d'une règle commerciale courante selon laquelle un fonds qui vient d'être créé, et spécialement une pharmacie, voit son chiffre d'affaires augmenter dans d'importantes proportions pendant les premières années". La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi dans lequel on reprochait aux juges de n'avoir pas recherché s'il y avait eu une modification dans la consistance du bien, tira les conséquences de cette appréciation et approuva la Cour d'avoir déclaré que ces plus-values étaient sans rapport avec la consistance du fonds et devaient profiter à l'indivision.

C'est avec de telles décisions que la difficulté pourra évoluer ; l'appréhension de règles commerciales, de principes de gestion nous semble être un passage obligé vers une meilleure maîtrise de ces sortes d'évaluation. En ce sens, la Cour de Versailles donne un exemple à considérer.

La jurisprudence contient d'autres enseignements ; on les retrouvera avec la question des différents types de plus-values.

B - Changement d'état et différents types de plus-values.

371 - En raisonnant sur un schéma simple, on pourrait penser qu'il y a une relation étroite entre la modification matérielle du bien et les plus-values. La première serait le passage obligé de la seconde.

A y regarder d'un peu plus près, on observera qu'il n'en est rien.

D'une part, il peut y avoir modification matérielle sans modification d'état (1) ; d'autre part, il peut y avoir modification d'état sans modification matérielle.(2).

1 ) La modification matérielle du bien n'entraîne pas forcément modification d'état.

372 - Le temps ne distingue pas ; il atteint aussi bien les choses que les hommes. Il se peut que l'accumulation du nombre des années entraîne une augmentation substantielle de la valeur d'un bien. Ainsi on peut imaginer qu'une plantation d'arbustes se transforme en vaste propriété boisée.

On devine la difficulté : ces modifications matérielles entraînent-elles modification de l'état ?

Le choix d'une réponse positive ou négative aura des conséquences importantes quant'à l'évaluation des droits de participation. Si dans le patrimoine originaire, onrecherche ce que serait la valeur d'arbustes dans le même état que ceux que l'époux possédait, on risque d'augmenter le droit de participer du conjoint.

373 - Dans le silence de la loi et de la jurisprudence, seule l'étude de la structure liquidative du régime pouvait nous fournir la réponse.

.Sur ce point encore, l'idée d'une correspondance entre patrimoine originaire et initial, nous paraît conduire à des conséquences équivoques. La logique d'une évaluation rétrospective se trouvera confrontée à des résultats liquidatifs inéquitables. Concrètement, on en arrivera à considérer comme un enrichissement, une valeur que l'époux possédait en se mariant, au moins potentiellement ; on ne tiendra pas compte du fait que l'investissement a eu lieu avant le mariage.

Contre ces résultats, nous affirmerons que les plus-values naturelles ne doivent pas être considérées comme des modifications d'état.

374 -.En adoptant ce raisonnement, on n'a fait que reprendre une idée déjà admise à propos du rapport des libéralités.

La question des modifications dues au seul écoulement du temps à été rapidement posée par la doctrine : comment doit s'effectuer le rapport en valeur dans de telles circonstances ?

Deux thèses ont été émises; seule la seconde a été retenue ( 475 ).

La première, dite "statique" propose de calculer la valeur rapportable en se demandant ce que serait la valeur du bien s'il était demeuré dans l'état qui était le sien au jour de la donation. L'héritier gratifié qui a reçu une vigne en plein essor devra rapporter la valeur d'une vigne en plein essor, quand bien même celle-ci n'aurait plus aucune valeur.

---

( 475 ) "La rédaction d'un acte de donation, avec propositions de formules" Travaux du C.R.I.D.O.N. Bordeaux - Toulouse, janvier 1980 par M. Jacques Lafond et M. Jean Pierre Sénéchal, Chapitre I, Section 1, C p. 8 ;

Journées d'études du C.R.I.D.O.N. de Lyon sous la présidence du Professeur Vouin p. 28 et 29, cité par Lafond et Sénéchal ;
P. Catala, "La réforme des liquidations successorales" 3ème edt. n°30 p. 76 ; M. Dagot, "Les règlements successoraux" 2ème edt. n° 202 ;
Me Picard, Technique des successions et libéralités" p. 224

La seconde, dite "dynamique" distingue entre les modifications qui se seraient produites pareillement si le donateur été resté propriétaire du bien et celles qui sont le fait même du donataire. En ce sens, les modifications qui résultent de l'écoulement du temps n'ont pas à être considérées comme des changements d'état.

"L'état du bien ne doit pas être regardé dans l'absolu sous peine de tomber dans l'absurbe" (476).

Appliquée au droit des successions, cette formule impose de ne pas parler de changement d'état quand on peut "raisonnablement supposer que cet état serait le même, à l'époque du partage, si le bien n'était pas sorti du patrimoine du donateur" (477 ).

Le principe ne peut pas être transposé tel quel dans le régime de participation ; on peut néanmoins s'en inspirer. Or, dès lors que l'on pose la question de savoir pourquoi le bien serait resté dans le même état dans les mains du donateur, la réponse est évidente : c'est parce qu'il n'y pas eu intervention volontaire du gratifié. Il suffira de faire la même recherche pour l'époux participant.

La modification matérielle due à l'écoulement du temps se fait de façon naturelle : le bon vin profite du vieillissement de la cuvée, la croissance des arbustes dépend de l'absorption des ressources de la terre qui les supporte. Le bien possédait virtuellement toutes les qualités qu'il va acquérir par la suite, tout comme il subira de manière irrémédiable, les méfaits du temps.

On reconnaît généralement que l'état du bien est constitué par l'ensemble de ses caractéristiques, or, dans la situation qui nous préoccupe, il y a moins changement de caractéristiques, qu'évolution normale de caractéristiques préexistantes.

---

(476 ) Catala, idem

(477 ) Catala, idem

En réalité, la formule n'est pas nouvelle ; elle a déjà été retenue dans l'interprétation de l'ancien art. 922 du code civil (modifié en 1938 et repris en 1965)
Civ. 30 juin 1910, D. 1914 p. 25 note Nast et les références citées

2 ) Le maintien de l'apparence matérielle d'un bien n'est pas exclusif de changement d'état

375 - Trois facteurs sont susceptibles d'entraîner un changement d'état sans qu'il y ait apparence d'une modification matérielle.

Il se peut d'abord que l'investissement réalisé ne fasse que ramener le bien dans son état antérieur (a).

Il se peut ensuite que l'amélioration porte sur le cadre du bien et non sur le bien lui-même.(b).

Il se peut enfin qu'il y ait des modifications des caractéristiques juridiques du bien, or celles-ci intéressent également la notion d'état.(c).

a ) amélioration et retour du bien dans son état initial.

376 - La mise en oeuvre de la référence à l'état antérieur du bien ne posera aucune difficulté de liquidation lorsque la modification apportée par un époux se retrouvera en nature au moment de la dissolution. On peut même légitimement penser que c'est la situation envisagée par le Législateur de 1965 (478)

---

(478) Pour s'en convaincre, il suffit de relire les différents commentaires qui accompagnent les régles d'estimation du patrimoine originaire. Tous les auteurs envisagent une différence entre les patrimoines originaire et final, de sorte que les améliorations soient traitée commes des acquêts. Cornu, op. cit. n° 54 ; Colomer op.cit. n° 104 ; Morin op. cit. n° 522 ; Ponsard sous Aubry et Rau n° 370 § 533 note 71, et comm. n°178 ; Marty Raynaud op. cit. n° 466 ; Mazeaud, op. cit. n° 575

Ainsi, il n'y aura nul problème pour des travaux tels que la surélévation, l'agrandissement, voire la construction. Il s'agit là d'investissements importants dont le résultat pourra facilement être apprécié : la différence entre les patrimoines originaire et final sera évidente.

Mais, à côté de ces interventions, il existe certaines situations dans lesquelles la plus-value apportée à un bien originaire pendant le mariage, ne se retrouvera pas de manière concrète à la dissolution.

Soit le bien a bénéficié de réparations qui effacent la dégradation de son état (toiture neuve au jour du mariage, refaite quelques mois avant la dissolution) soit le bien, après avoir été abonni, redevient ce qu'il était antérieurement (toiture délabrée, refaite intégralement pendant le maraige, à nouveau délabrée à la fin du mariage).

Que devient, dans ces conditions, le système de la double estimation ? Est-il raisonnable de vouloir encore appliquer les articles 1571 et 1574 du code civil ? (479)

377 - Les défaitistes concluront bien vite à l'inconsistance des règles de liquidation du régime de participation aux acquêts : elles ne pourraient s'appliquer que dans des cas simples correspondant aux postulats théoriques qui ont présidé à leur adoption. S'en remettre à la constatation d'une différence d'état pour prendre en compte les plus-values apportées aux biens originaires serait une démarche bien précaire et certainement incomplète.

---

(479) A notre connaissance, cette question n'a jamais été posée ; ainsi, on en reste à l'affirmation selon laquelle le bien originaire qui apparaît à la dissolution dans le même état qu'au jour du mariage, est celui qui n'a pas bénéficié d'améliorations, Morin op. cit. n° 522

378- Belle occasion de dauber sur le régime de participation aux acquêts : il suffit qu'un investissement n'ajoute pas à ce qui existait au moment du mariage pour qu'il n'y ait plus de différence netre les patrimoines originaire et final. Or, sans différence, point de participation !

379 - Nous ne nous rangerons pas derrière ces critiques. In petto, nous nous ne sommes pas du tout surpris qu'un changement de l'état au cours du mariage ne fasse que ramener le bien à son état contemporain au mariage : le fait qu'il y ait dans ce cas, similitude d'état n'est pas une difficulté, c'est une donnée liquidative qui témoigne de l'activité de l'époux sur le bien. Il n'y a aucune raison sérieuse d'écarter ici le régime de la double évaluation.

Il suffira, une nouvelle fois, de se demander quelle est la source des valeurs qui se présentent à la liquidation. Celles qui résultent de l'activité de l'époux devront être soumises à participation du conjoint, les autres profiteront de manière exclusive à l'époux.

Deux cas sont à envisager.

380 - Il y a d'abord l'hypothèse des travaux qui remettent le bien dans un état identique à celui qui était le sien au jour du mariage ou de l'acquisition. C'est l'exemple de la toiture refaite quelques mois avant la dissolution du mariage.

Dans ce cas, il faudra, très logiquement, faire abstraction des travaux : la maison devra être évaluée dans le patrimoine originaire en recherchant quelle serait sa valeur si l'investissement n'avait pas été réalisé. Celui-ci est l'oeuvre de l'époux, il doit donner lieu à participation.

En raisonnant sur l'idée d'une correspondance entre patrimoine originaire et initial, on chercherait vainement à justifier une telle solution. La maison figurerait dans les deux masses pour la même valeur et, systématiquement, cela serait profitable à l'époux propriétaire.

381 - Il y a ensuite l'hypothèse de travaux réalisés pendant le mariage et qui sont à refaire au jour de la dissolution. C'est l'exemple de la toiture délabrée, rénovée et à nouveau délabrée. Les choses y sont tout de même plus compliquées, mais nous pensons qu'il est encore possible, dans certains cas, de jouer sur la détermination de l'état originaire.

Dans la logique de l'aspect comptable du droit de participer, on doit se demander si, en intervenant sur un bien, l'époux n'a pas pu sauvegarder une valeur qui, à défaut, aurait disparu.

Nous proposerons de raisonner sur l'exemple d'une maison qui a été rénovée pendant le mariage. Sans les travaux, on peut imaginer que cette maison ne vaudrait plus rien, qu'elle se serait transformée en ruines irrécupérables ; dans ces conditions, on doit bien reconnaître que la valeur qui subsiste à la dissolution est le résultat de l'activité de l'époux : elle doit être, à ce titre, écartée du patrimoine originaire.

Ce résultat liquidatif pousse, dans ses extrémités, la conséquence d'un raisonnement qui s'appuie sur la distinction entre valeurs à conserver et valeurs soumises à participation. Il constitue, à notre avis, une limite à ne pas dépasser. A cet égard, nous ferons deux observations.

Pratiquement, il ne pourra être mis en oeuvre qu'en distinguant entre véritable investissement et impenses nécessaires. Les travaux de simple conservation doivent être considérés comme une charge normale, incombant au prapriétaire d'un bien et il ne nous paraît pas souhaitable d'y voir des valeurs objet de participation.

En théorie, il ne doit pas conduire à une dénaturation de la notion de patrimoine final qui consisterait à dire qu'il faut rechercher tous les investissements réalisés par un époux.

Il ne faut pas oublier que ce qu'on cherche à mesurer, c'est la conclusion d'une gestion qui aura duré tout le temps du mariage. Il faut se dire une fois pour toutes, qu'il est impossible, utopique et faux de vouloir additionner, répertorier, toutes les acquisitions réalisées par un époux. Un bien a été maintenu dans son état antérieur, c'est une donnée liquidative. L'époux aurait pu le laisser dépérir, et investir dans une autre opération ; dans les deux cas son patrimoine final aurait été sensiblement égal.

C'est toute la conception du patrimoine final qui est en jeu. Il n'est pas de son objet de dresser la liste des opérations réalisées par l'époux. On ne cherche pas à découvrir tous les investissements qui ont été réalisés. On se contente de dire quelle est la valeur du patrimoine au jour de la dissolution.

N'est-ce pas alors admettre que le régime de participation aux acquêts est injuste, qu'il pénalise l'époux qui acquiert des biens impérissables.

La remarque est exacte mais pas péremptoire. Ce n'est certainement pas un motif de condamnation du régime. Le mariage en tant qu'union des personnes et des biens implique un respect mutuel que le droit peut encourager mais qu'il ne peut pas garantir. La collaboration qui doit s'instaurer entre les conjoints est avant tout un sentiment, elle n'est pas tributaire du droit. Dès que celui-ci intervient dans les relations entre époux, c'est pour imposer une séparation, une réparation, une contribution aux charges du mariage... Le droit peut corriger les effets de l'égoïsme, il ne les empêche pas.

Peut-on reprocher au régime de participation aux acquêts de ne pas corriger suffisamment ? En réalité, quel que soit le régime, le problème est le même : a-t-on jamais imaginé que deux époux communs en biens pouvaient être dans la même situation de déséquilibre, que l'un pouvait réaliser des investissements éphémères et l'autre des placements durables ? Pourtant la communauté sera partagée par moitié.

En fait, il est à craindre que le régime de participation aux acquêts, issu d'une recherche initialement théorique, ne soit victime d'une espèce d'idéalisme juridique. Ce devrait être le régime parfait, faute de quoi, il n'aurait qu'à disparaître. En conciliant indépendance et communauté, on ne devrait retrouver que les avantages de l'une et de l'autre. C'est à notre avis bien utopique, l'idée communautaire aura toujours à souffrir d'un éventuel déséquilibre au profit de l'époux moins économe, le régime de participation aux acquêts, pas plus qu'un autre, n'est en mesure d'éviter cela ! Ce n'est pas le régime parfait, c'est une autre manière de concevoir les relations patrimoniales entre époux.

C'est un régime communautaire sans communauté, un régime de communauté dématérialisée où nous avons déjà constaté que l'objectif communautaire était supérieur à celui du régime légal. C'est ce que nous allons vérifier à propos de certaines plus-values portant sur l'environnement du bien.

b - <u>améliorations portant sur l'environnement du bien</u>

382 - La valeur d'un bien dépend largement du cadre dans lequel il est situé. Dés lors, ne faut-il pas tenir compte de toutes les améliorations qui ont été réalisées en ce sens ?

Aucune indication expresse de la loi ou de la doctrine ne permet de résoudre d'emblée cette difficulté qui, nous en sommes persuadés, ne manquera pas de se poser lorsque l'on commencera à liquider des régimes qui auront duré.

383 - Toute l'originalité du problème est que les élèments de l'environnement du bien agissent sur la valeur du bien sans en modifier la consistance intrinsèque.

Pourtant, le régime de participation permet d'intégrer ce genre de valeurs dans les opérations de liquidation. C'est là une supériorité de ce régime sur tous les autres (excepté bien entendu, la communauté universelle). Cela est rendu possible par la dissociation qui existe entre les questions de propriété et celles de répartition des valeurs. Dans le régime légal, aucun mécanisme ne permet à un époux de bénéficier d'une plus-value portant sur les biens propres de son conjoint si cette plus-value n'est pas source de récompenses (480). Par application de l'adage "res crescit domino" la plus-value profite au seul époux propriétaire. Dans le régime de participation, il suffira de dire qu'il y a changement d'état tenant à l'amélioration du cadre du bien.

Convient-il de faire jouer ce rôle à la notion d'état ?

Dans l'esprit du régime de participation aux acquêts, le conjoint doit participer à toutes les plus-values qui ont leur origine dans une activité volontaire. Rien ne s'oppose à ce qu'on applique cette idée à des élèments qui affectent le bien sans l'atteindre dans son identité physique.

---

(480) Relevons tout de même que la Cour de cassation facilite l'application du mécanisme des récompenses : voir à cet égard Civ. 1ère 6 juillet 1982 D. 1982 somm. p. 24 : récompense est due à la communauté pour les loyers d'immeubles propres employés à financer une construction sur un terrain lui-même propre.

384 - Dans la grande majorité des cas, la modification de l'environnement sera la conséquence d'initiatives dans lesquelles les époux seront totalement étrangers. Il ne peut y avoir nulle idée de participation pour tout ce qui touche l'urbanisme, l'aménagement des quartiers ou toutes espèces d'interventions des autorités publiques. L'époux propriétaire du bien sera seul à profiter des plus-values qui en résulteront. Cela paraît tout à fait normal.

Les notaires ne devraient pas être surpris de cette solution ; dans son rapport au 75e congrès des notaires de France, Me Corpechot l'avait déjà mise en évidence. Le rapporteur avait pris l'exemple d'un chalet construit sur un grand terrain mais dans un état vétuste et situé dans une région où l'activité touristique n'était pas encore développée. En 1966, au moment du mariage, ce chalet était estimé à 10 000 F. Pendant le mariage des travaux ont permis à la région de devenir un site de sports d'hiver, le chalet, toujours dans un état vétuste malgré quelques travaux, est estimé maintenant à 200 000 F. L'augmentation de valeur est due à l'amélioration de l'environnement, c'est parce que des équipements sportifs ont été réalisés que le chalet a vu sa valeur progresser (dans l'exemple il est précisé que les travaux n'ont conféré aucune plus-value). Il n'y aura pas modification de l'état du bien : "la plus-value résultant de circonstaces extérieures profite à l'époux et ne justifie pas une différenciation de l'état du bien" ; on retiendra pour le calcul des patrimoine originaire et final la même somme, 200 000 F. (481 )

385 - Ce n'est pas pour autant que l'on peut dire que l'évolution de l'environnement ne sera jamais le fait d'un époux. L'acquisition d'un bien immobilier peut, dans un grand nombre de cas, améliorer la situation d'un autre bien immobilier dont l'époux est déjà propriétaire. Il suffit de penser au terrain vague, en friche et trop petit pour être constructible qui est acheté par le propriétaire d'une résidence attenante, afin d'en faire un magnifique parc.

---

(481) Corpechot, 75e congrès des notaires de France, rapport p. 413 et s.

Par son initiative, l'acquéreur donne une valeur supplémentaire au bien qu'il possédait déjà. De sorte que la valeur de l'ensemble est supérieure à l'addition des deux valeurs isolées. C'est une constatation essentielle : nul ne peut nier que la plus-value apportée à la résidence est supérieure à la valeur d'acquisition de la parcelle voisine. Imaginons, pour être tout à fait persuasif, que l'opération se déroule dans une agglomération importante...

Ce sont de telles hypothèses qui nous paraissent créer tout l'intérêt du régime de participation aux acquêts. L'acquêt, ce ne sera pas le terrain acquis pendant le mariage, mais la plus-value apportée à la maison.

En tant qu'élément du patrimoine originaire, la résidence sera évaluée isolément, en revanche dans le patrimoine final elle sera évaluée en tenant compte du parc .

C'est là une solution originale, qui illustre parfaitement la tendance communautaire du régime.

Enfin, le changement d'état d'un bien peut provenir d'une amélioration de ses caractéristiques juridiques.

### c - amélioration des caractéristiques juridiques du bien

386 - L'état du bien dépend sans aucun doute d'élèments juridiques (482) Seulement, il faut distinguer parmi ces élèments.

Certains concernent les droits que l'on a sur un bien, d'autres intéressent directement le bien. Ainsi, il paraît logique de dire qu'il y a modification d'état lorsque le terrain devient la propriété d'un époux jusque là simple usufruitier. Ce qui change ici, ce n'est pas le bien lui-même, mais le droit de l'époux sur le bien. Or, il est d'autres caractéristiques juridiques qui elles, peuvent être considérées comme des composantes du bien. Cette seconde catégorie, si elle se limitait en 1804 aux hypothèses de servitude, connaît aujourd'hui un développement rapide, du fait de l'importance des règlements d'urbanisme.

Si la modification du statut juridique doit être rangée parmi les sources de plus-values fortuites (α), il est encore nécessaire de recourir au critère de l'intervention volontaire de l'époux à propos des changements intervenus dans les droits qu'il a sur certains biens (β).

#### α-l'amélioration du statut juridique d'un bien

387 - Nul ne peut nier que les parcelles constructibles ont une valeur supérieure aux mêmes parcelles, non constructibles (483). De la même manière, l'attribution d'un coefficient d'occupation des sols très faible ou la création de servitudes d'urbanismes peuvent faire chuter le prix de vente d'un terrain et, dans le cas contraire, le faire progresser.

---

(482) Toutes les définitions de l'état le rappellent

(483) Périnet - Marquet (H) "Le droit de construire" Thèse Poitiers 1979

L'appréciation de la valeur vénale d'un terrain ne peut pas ignorer la question du droit de construire (484).

388 - En réalité, ce n'est pas vraiment ce droit qui nous intéresse puisqu'il ne sera accordé qu'à celui qui prend l'initiative de la construction, ce qui n'est pas obligatoirement le cas de l'époux à la fin du régime. Ce qui confère sa valeur auterrain, c'est l'existence de caractéristiques objectives lui permettant de devenir parcelle constructible si la demande en est faite. Peu importe qu'un permis de construire ait été délivré, ce qui compte, c'est qu'au moment de l'évaluation du bien, lorsque l'on calculera sa valeur vénale, on devra considérer sa qualité de terrain à bâtir.

Cela se matérialisera par le classement du terrain dans une zone constructible.

Pas de difficultés si ce classement est antérieur au mariage : le terrain était déjà constructible, il n'y a aucune raison d'écarter ce caractère dans l'évaluation du patrimoine orginaire.

Mais, l'hypothèse est plausible, il se peut que cette mutation intervienne pendant le mariage. Pourtant, on n'a jamais précisé comment on devait évaleur le terrain dans ce cas.

---

(484) Ce droit de construire a fait l'objet de plusieurs conceptions. Une doctrine classique l'analyse comme l'attribut exclusif du droit de propriété, cf. Périnet Marquet, Thèse précité p. 278 et s. La doctrine moderne (très moderne puisqu'elle ne date que de quelques années en fait une prérogative appartenant à la collectivité, Périnet Marquet op. cit. p. 312.

A moins de retenir, comme M. Périnet Marquet, une vision dualiste qui consiste à décomposer le droit de construire en deux élèments : le droit de permettre la construction, qui appartient seulement à l'administration, et le droit de prendre l'initiative qui, lui, est exclusivement réservé au titulaire du droit de propriété, op. cit. p. 320 et s.

La plus-value qui en découle doit-elle figurer parmi les acquêts ? Cette question intéresse l'état du bien général, ce qui justifie que l'on s'y attache en premier lieu, avant de considérer le régime de participation aux acquêts.

La question quant à l'état du bien en général

389 - Deux solutions sont possibles : soit la décision qui reconnaît la qualité de parcelle constructible entraîne une modification de l'état du terrain, soit elle y est indifférente. La jurisprudence, bien que rendue dans des matières différentes, opte pour la seconde solution. La doctrine, pour sa part, semble plus nuancée. L'une et l'autre contiennent des idées intéréssantes.

. La jurisprudence

390 - Dans plusieurs affaires, les juges ont indiqué que la qualité de terrain à bâtir ne devait pas être considérée comme la conséquence d'un fait lié à l'activité du propriétaire.

"Attendu que la vocation de terrain à bâtir du bien attribué comme bien rural ne résulte pas de la destination que lui a donnée l'attributaire mais bien du fait qu'il se serait produit dans cette région un développement économique tel que, brusquement, la demande de terrain à bâtir est devenue pressante, que l'augmentation de valeur alléguée résulte donc bien de circonstances économiques".

Avec cet attendu, la Cour de Douai répond clairement au problème qui lui était posé(485) En l'espèce, des terrains avaient été attribués en priorité à l'un des co-partageants, à charge pour lui de payer une soulte, partie au comptant, partie à terme. La deuxième moitié du paiement a été effectuée par

---

(485) Douai 6 mars 1973, Def. 1973 chroniques de jurisprudence civile n° 75, note J.F. Vouin ; R.T.D.C. 1973 p. 791 obs. Savatier ; Gaz. Palais, 1973.1.448 note D. Martin ; Dalloz 1974 p. 356

anticipation, mais après que les terrains soient passés de l'état de terre à labour à celui de terre à construire. Indépendamment de la question de la recevabilité de l'action en revalorisation après le paiement par anticipation, on s'est demandé si la modification du statut juridique du bien devait être classée parmi les circonstances économiques visées à l'article 832-1 du code civil (rédaction loi du 19 décembre 1961).

Ce texte(486) avait-on besoin de le rappeler(487) vise à exclure de la revalorisation toute amélioration apportée au bien par le débiteur de la soulte lui-même. Le fait que les juges aient décidé de classer la reconnaissance de terrain à construire parmi les conséquences des circonstances économiques est important. Incontestablement, la Cour d'Appel de Douai retient une conception large de cette notion, son arrêt le dit dans une formule très explicite.: "S'il (l'article 832- 1) se réfère aux circonstaces économiques, c'est qu'il veut écarter l'augmentation de la valeur due aux activités propres de l'attributaire, mais il ne limite pas la possibilité de révision aux seules circonstances dues à la détérioration de la monnaie".

Cet attendu pourrait être repris dans une décision ayant à statuer sur l'application de l'article 1571 du code civil. La question qui nous intéresse n'est-elle pas de savoir s'il convient d'assimiler les plus-values dues à la dépréciation monétaire à toutes les plus-values fortuites ?

Pour l'homogénéité d'un "droit civil des circonstances économiques" la décision de la Cour d'appel de Douai commande de réserver le même sort à toutes les plus-values fortuites (488) ; la plus-value liée à la reconnaissance de la qualité de terrain à bâtir ne devrait pas donner lieu à participation, à condition qu'elle soit fortuite.

La décision de la Cour de Cassation du 11 mai 1977 concerne plus directement la question du changement d'état (489).

---

(486) devenu l'article 833-1 du code civil avec la loi du 3 janvier 1971.

(487) Catala, la réforme des liquidations successorales 3ème édt. p. 347 n° 144

(488) qui ferait sans doute partie du "droit civil des circonstances extraordinaires envisagé un instant par M. Malaurie, Cours Doctarat 1974-75 p. 148

(489) Civ. 1ère 11 mai 1977, Rep.Def. 1977 art. 31582 obs. Champenois, J.C.P.1978 II 18927 note Dagot. Bull. civ. n° 225 p. 178

Depuis la loi du 3 janvier 1971, il y a une grande similitude entre le mode d'évaluation des biens donnés dans la masse successorale et celle des biens existants dans le patrimoine originaire. Dans les deux cas on retient la valeur actuelle d'après l'état antérieur.

La question qui fut posée à la Cour de Cassation aurait donc pu l'être à propos de la liquidation d'un régime de participation aux acquêts.

Un père a donné à l'une de ses filles, un domaine agricole. Une valeur avait été prévue, dans l'acte de donation, comme devant faire l'objet du rapport. Celle-ci se trouvant inférieure à la valeur du bien au jour de l'ouverture de la succession, il en résultait une différence qui se traduisait pour la succession en un avantage préciputaire devant être réuni à la masse successorale.

Or, entre le jour de la donation et celui de l'ouverture de la succession, le domaine agricole s'est transformé, à la suite de l'extension de la ville voisine, en terrains à bâtir. L'application de l'article 922 du code civil déboucha indubitablement, sur la question de savoir s'il fallait évaluer le bien comme un terrain rural ou comme un terrain à bâtir. La transformation juridique s'accompagnait-elle d'un changement d'état ?

La réponse de la Cour de Cassation est d'autant plus intéressante qu'elle est brève et en opposition avec celle qui fut retenue par la Cour d'appel d'Aix en Provence le 28 avril 1975.

Selon les juges d'appel, il fallait "regarder le domaine selon sa destination agricole qui était la sienne au moment de la donation", il n'y avait pas lieu de considérer ce bien comme un terrain à bâtir.

La critique de la Cour de Cassation est brutale : "la destination des biens à l'époque de la donation n'entre pas en ligne de compte pour la détermination de son état".

On admettra facilement que la généralité de cette formule permet d'anticiper sur ce que serait la réponse de la Cour suprême si la question de l'estimation des biens originaires lui était posée.

▲ Plus nuancées sont les deux décisions rendues les 19 avril 1977 et 13 octobre 1981.

La première ( 491 ) concernait une action en rescision pour lésion. Des terrains à usage maraîcher avaient été attribués à un copartageant pour une valeur qui tenait compte de cet usage alors que, du fait le leur localisation, on était quasiment certain qu'ils étaient appelés à devenir terrains à bâtir. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir décidé que les terrains en question devaient être estimés comme terrain à bâtir et d'avoir, par conséquent, fait droit à la demande en rescision du partage.

La seconde ( 492 ), est relative au calcul d'une indemnité de réduction. Postérieurement à l'estimation effectuée sur rapport d'expertise par la Cour d'appel, un terrain agricole devint terrain industriel. La cour de Cassation censure l'arrêt d'appel pour n'avoir pas recherché quels étaient la nature et l'usage du terrain au jour le plus proche possible du partage afin d'en fixer la valeur en fonction de cette nature et de cet usage.

---

( 491 ) Cass. civ. 1ère 19 avril 1977, J.C.P. Not. 1977 Prat. 6750

( 492 ) Cass. civ. 1ère 13 octobre 1981, Bull civ. I n° 288, J.C.P. 1982 IV, 8

## . La doctrine

391 - La question de l'évaluation du terrain rural devenu terrain à bâtir peut se poser dans des termes plus généraux : la destination du bien fait-elle partie de son état ?

C'est ce que fit la Cour de Cassation dans son arrêt du 11 mai 1977. C'est là une démarche assez novatrice dont la doctrine s'est efforcée de montrer les limites.(493)

Mieux, il semble que c'est vers la solution opposée que l'on se dirige : "Plutôt que d'essayer de cerner le problème par des principes de portée plus ou moins générale, il est sans doute plus sage d'examiner cas après cas, pour essayer de les résoudre" (494)

392 - Tous les auteurs reconnaissent le bien fondé de la solution retenue par la Cour de Cassation dans l'affaire qui lui était soumise, mais tous lui reprochent d'avoir érigé un principe sur des circonstances particulières(495)

---

(493) En posant une telle question, la Cour innovait doublement :
Primo, on avait jamais envisagé de manière aussi nette les rapports existant entre ces deux notions,
Secundo, c'est l'une des premières fois que l'on employait l'expression générale de destination du bien. Jusque là, on connaissait la destination de l'immeuble (surtout après la loi du 10 juillet 1965 sur la copropriété des immeubles bâtis) seul M. Atias a essayé de montrer la généralité de la référence à la destination du bien Atias, Droit civil - Les biens T. p. 244 Litec, 1982

(494) Dagot, note sous Civ. 1ère 11 mai 1977, J.C.P. 78 II 18927

(495) "Atravers cette formule dangereusement générale, le problème se trouve, à la fois, mal posé et mal résolu" P. Catala, op. cit. p. 83

"Nous pensons que la solution donnée par la Cour de Cassation doit être pleinement approuvée, mais qu'en revanche, la dernière phrase du motif de principe appelle des réserves liées à la généralité de la formule" G.Champenois, note sous Civ. 11 mai 1977, def. 1977 art. 31852

La Cour se contente d'une formule contenant des termes mal connus alors qu'elle aurait pu prendre directement parti sur le problème du terrain à bâtir. ( 496)

Il semble que sur ce dernier point la doctrine soit plus effacée ; c'était pourtant, à notre avis la seule solution concevable.

La Cour suprême s'est sans doute montrée trop ambitieuse. Sa volonté de revenir sur la décision manifestement erronée de la Cour d'appel, l'obligeait à répondre en droit au problème qui lui était soumis. Elle n'aurait pas pu se contenter de dire qu'en l'espèce, le changement de statut juridique était fortuit, elle aurait répondu en fait, ce qui n'est pas son rôle.

Si réponse de droit il devait y avoir, elle aurait dû porter sur les rapports entre la reconnaissance du droit de construire et l'activité du donataire. Une fois pour toutes, la Cour aurait du dire s'il y avait indépendance ou non. Elle ne l'a pas fait ; peut-on le lui reprocher ?

Nous pensons que non. Si en principe il y a indépendance, il se peut que la mise en conformité du terrain avec les règles d'urbanisme soit le fait du donataire. Nous prendrons deux exemples : dans le premier, on peut imaginer un propriétaire qui fait sur son terrain des travaux exigés par les services de l'équipement, dans le second, plus marquant encore, on peut penser que le propriétaire d'une petite parcelle va acquérir une parcelle voisine dans le but d' agrandir la première afin d'obtenir la superficie nécessaire à la construction.

Nul doute que dans ces deux cas, ce ne sont pas les circonstances économiques qui sont à l'origine de la plus-value. On ne peut donc pas proclamer en principe que le donataire ne jouera aucun rôle dans l'attribution du droit de construire. Si la Cour suprême l'avait fait, elle se serait exposée à opérer, un jour ou l'autre, un revirement. Ce qui n'aurait rien apporté, dans la mesure où la solution opposée ne mérite pas plus d'être retenue.

Nous pensons qu'il s'agit là d'une question de fait ; les juges auraient du le dire, et casser l'arrêt d'appel au motif que la Cour ne rapporte pas la preuve de l'activité propre du donataire.

---

(496) le reproche lui en a été fait, voir P. Catala op. cit. et loc. cit.

La question quant à l'état du bien dans le régime de participation aux acquêts.

393 - Il n'y a aucune raison pour que les conclusions auxquelles nous venons d'aboutir ne soient pas applicables à la liquidation du régime de participation aux acquêts. Le problème s'y pose dans les mêmes termes : comment sera estimé le terrain originaire rural devenu terrain à bâtir ?

Une nouvelle fois, le critère tiré de l'état du bien va permettre de distinguer entre les plus-values fortuites et volontaires. Toutefois, cela suppose qu'il n'y ait pas de doute possible sur la qualification à retenir, ce qui n'est pas toujours le cas.

- Le principe : on doit distinguer selon que la plus-value est fortuite ou volontaire.

394 - La reconnaissance du droit de construire, même si l'initiative de la demande lui incombe, sera rarement due à l'activité de l'époux propriétaire. Dans la grade majorité des cas, il sera impossible d'envisager une plus-value volontaire. La plus-value sera fortuite parce qu'elle sera due à l'emplacement du terrain, notamment à sa proximité de la ville voisine, à l'extension de cette dernière... c'est à dire autant de facteurs sur lesquels l'époux ne peut pas intervenir.

Un auteur semble pourtant émettre un avis plus réservé ; M. Dagot, en parlant de démarches répétées, parfois appuyées d'interventions politiques, laisse supposer que l'époux pourrait, dans une certaine mesure, être à l'origine de la plus-value. (497)

395 - Il nous semble que l'on accorde ici trop de place à la demande du droit de construire. Ce n'est pas cette démarche qui va conditionner l'augmentation de valeur, ce sont les qualités objectives du terrain sans lesquelles

---

(497) Dagot, note sous 11 mai 1977, JCP 1978 II 18927

la question ne se poserait même pas.

396 - C'est pourquoi on peut affirmer que la qualification de parcelle constructible n'est pas, en principe,une source d'enrichissement. Elle n'entraîne pas de modification de l'état du bien.

Il ne peut en aller autrement que si initialement le terrain ne présentait pas les caractéristiques nécessaires à la construction. Parmi celles-ci, il en est au moins une qui ne prête pas à discussion, c'est celle qui concerne l'emplacement du terrain : le terrain isolé, éloigné de toute agglomération, le restera quelles que soient les démarches de son propriétaire. En revanche, on peut agir sur la superficie et sur les aménagements du terrain.

Dans la première hypothèse, il faut supposer qu'un terrain,initialement trop petit, bénéficie de l'acquisition d'une parcelle voisine et que l'ensemble ainsi crée, atteigne la superficie nécessaire à la construction. Il n'est plus alors possible de faire comme si le terrain avait toujours été constructible ; l'acquisition réalisée en cours de mariage lui confère une plus value incontestable. Celle-ci a sa source dans un acte volontaire de l'époux, ce qui implique qu'elle doit être considérée comme un acquêt. Il faudra donc établir le patrimoine originaire en tenant compte de l'état de parcelle non constructible qui était celui du terrain au jour du mariage. En effet, sans l'acquisition c'est ainsi que se présenterait le terrain au jour de la dissolution.

Dans la seconde hypothèse, il y a imbrication des causes de la plus-values, la question est donc plus délicate.

.La difficulté : l'imbrication entre plus-value fortuite et volontaire

397 - M. Dagot l'a fait remarquer, dans certains cas, "il y a imbrication des hypothèses que la doctrine distingue soigneusement". Le problème du terrain à construire n'échappe pas à cette difficulté ; dans un cas au moins, il y aura confusion entre l'activité de l'époux et les événements fortuits. Nous pensons à la parcelle qui devient constructible à la suite d'aménagements effectués par le propriétaire. Ces travaux " de mise en conformité" représentent une valeur

modique par rapport au prix définitif du terrain et pourtant, ils sont la condition sine qua non d'un certificat d'urbanisme autorisant la construction (498)

L'application étroite des solutions classiques méconnaîtrait la particularité de la situation.

Classer la plus-value parmi les acquêts au seul motif qu'elle est due à l'initiative du propriétaire nous paraît une solution logique,mais abusive. Les travaux ne font que s'ajouter aux caractéristiques du terrain , celles-ci lui ont permis de devenir potentiellement constructible, sans qu'il y ait une quelconque intervention de l'époux ; ils ne sont pas la seule origine de la plus-value. Et puis, ce serait encourager les conjoints à attendre la dissolution du mariage pour les effectuer.

Néanmoins, ces travaux représentent un investissement, on ne peut pas les ignorer, c'est pourquoi on ne peut pas se contenter de dire qu'il y a plus-value fortuite et faire comme si le terrain avait toujours été constructible.

La dernière solution, dans laquelle on opérerait une ventilation entre la plus-value due aux caractéristiques naturelles du bien et celle due à l'activité de l'époux, nous paraît difficile à défendre. Ce serait résoudre une difficulté théorique par une difficulté pratique. En réalité, le seul moyen d'y parvenir serait d'évaluer le terrain sans les travaux. Or, il ne fait aucun doute que la différence de prix qui en résulterait serait ni plus ni moins que la somme à dépenser pour effectuer les travaux. On complique donc les choses pour un résultat que l'on peut atteindre d'une autre manière.

---

(498 ) Ce n'est pourtant pas ainsi que le problème a été posé par Me Pillebout qui, envisageant l'hypothèse de travaux de voirie et d'électricité nécessaires à la reconnaissance du droit de construire, indique qu'il faudra rechercher ce que serait la valeur du terrain sans ces travaux.

Devra-t-on alors l'évaluer comme terrain rural ?
Pillebout, "le régime de participation aux acquêts", J.C.P. 1983 Not. 8709 p. 361

Il nous paraît, en effet, que le problème mérite une solution particulière. Nous préconiserions, pour notre part, une solution qui consisterait à évaluer le terrain (en tant que bien originaire) comme terrain à bâtir, selon sa valeur à la dissolution, mais en retranchant la somme qu'il faudrait dépenser s'il fallait à nouveau effectuer les travaux.

Certes, il est dommage pour la cohérence, et par conséquent pour la connaissance du régime, d'aboutir à une solution particulière, mais nous pensons que c'est la seule qui soit réaliste.

Ajoutons tout de même que le notaire liquidateur peut très bien anticiper cette difficulté. Comme pour tous les problèmes relatifs à l'état du bien, il ne faut pas oublier que le terrain existera au jour du mariage et que sa transformation en terrain à bâtir fait partie des "modifications prévisibles". Il y a donc de grandes chances pour que les époux et leur conseiller règlent eux-mêmes cette difficulté.

- L'amélioration des droits portant sur un bien.

398 - Si l'on a pu observer que la modification du statut juridique d'un bien ne devait pas être considérée comme une modification de l'état, la question mérite d'être posée aussi à propos des changements intervenus dans les droits que l'on a sur le bien.

Ainsi formulée, l'interrogation laisse de côté tous les conventions qui tendraient à organiser l'usage du bien par l'agencement de droits personnels concurrents.

Dans sa mise en oeuvre, la référence à l'état ne peut s'attacher qu'à des caractéristiques de nature réelle qui affectent directement la valeur du bien. Tout dépendra de savoir si l'époux a eu un rôle déterminant dans l'apparition ou la disparition des charges réelles grevant le bien (499).

Une remarque particulière doit pourtant être faite en ce qui concerne les baux. Sans prendre parti sur la controverse classique de la nature des baux ruraux ou commerciaux, force est de constater qu'ils confèrent

---

(499) Catala, op. cit. n° 36

au preneur, des droits qui sont décisifs quant à la valeur du droit de propriété du bailleur. Doit-on alors y voir un élèment constitutif de l'état du bien ?

Sous l'influence de la doctrine (500), la Cour de Cassation semble apporter une première réponse : "le bien donné doit être évalué en tenant compte du fait qu'il était grevé d'un bail à l'époque de la donation"(501) Le litige opposait deux soeurs : l'une avait reçu par préciput et hors part en nue propriété, un domaine de 100 ha. grevé d'un bail rural, le bail ayant disparu avant l'ouverture de la succession, l'autre demanda au juge que, pour le calcul de la quotité disponible (et en cas de dépassement, pour le calcul de la réduction) on tînt compte de la valeur du domaine libre de bail, ce qu'elle n'obtint pas.

Les faits de l'espèce ne permettent pas(et c'est une bonne chose) de prendre parti de manière définitive.

Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, la disparition du bail fut le fait du donateur resté usufruitier. En ce sens, l'amélioration qui en a résulté était étrangère au donataire et devait ainsi profiter à la succession en général. On pourrait donc penser que les juges ont voulu poser une règle absolue au risque de porter atteinte aux intérêts des cohéritiers. Il n'en est rien. En effet, l'originalité du différend tient à ce qu'un nouveau bail a été conclu par le donateur avant l'ouverture de la succession ; la dépréciation qui suivit devait ainsi être supportée par les deux soeurs, c'est ce qui explique que la Cour de cassation n'ait pas hésité à tenir compte du bail ancien. Rien ne permet d'affirmer que sa réponse eût été la même en d'autres circonstances.

---

(500) Catala, idem

(501) Cass. Civ. 1ère 22 septembre 1982, Def. 1984 1ère partie p. 111 note R. Guimbellot

L'appréciation du changement d'état dépend moins des différentes hypothèses de changement que des circonstances dans lesquelles celles-ci se réalisent. Il faut maintenant en être convaincu : on ne parviendra jamais à établir une liste exacte des différentes situations dans lesquelles il y a, ou il n'y a pas, modification d'état.

Qu'il s'agisse du rapport, du calcul de la quotité disponible ou de l'évaluation des droits des époux participants, la seule question à poser est de savoir si la modification est la conséquence d'un fait volontaire ou pas.

A cet égard, M. Catala propose de distinguer entre les baux qui ne confèrent"aucune prérogative de perennité"au preneur et ceux qui "altèrent plus gravement la propriété du bailleur". En principe, les premiers disparaissent sans intervention volontaire alors que pour les seconds on peut supposer qu'il y a eu investissement du donataire, ou initiative de sa part.

La distinction peut aisément être reprise pour la liquidation du régime de participation aux acquêts. Le bien qui, au jour du mariage, supportait un bail rural ou commercial doit être évalué dans le patrimoine originaire en tenant compte de ce bail (état au jour du mariage) et dans le patrimoine final comme étant libre de bail (état au jour de la dissolution). L'augmentation de valeur sera très justement soumise à participation.

A l'inverse, la perte occasionnée par une charge à l'origine de laquelle se trouve un acte volontaire de l'époux, doit être entièrement supportée par celui-ci. La référence à l'état initial n'a pour seule fonction que de dégager les plus-values volontaires qui se sont portées sur un bien originaire. L'appliquer à un bien grevé d'un bail né pendant le régime, serait permettre à l'époux de reprendre sur ses acquêts, la valeur qu'il a perdue sur ses biens originaires. La valeur d'un bien peut être différente selon que l'on établit le patrimoine originaire ou le patrimoine final ; elle peut être supérieure dans le seond, elle ne peut en revanche, jamais être inférieure.

399 - Dans l'état actuel du droit, la référence à l'état initial du bien ne concerne que les biens originaires ; elle ne sert qu'à mesurer la plus-value qui s'est portée sur ces biens. On remarquera que la projet de loi du 22 mars 1985 va lui permettre de jouer également dans l'évaluation des biens acquis pendant le mariage.

## Sous-section II : Les biens acquis par l'époux pendant le mariage.

400 - "Font partie du patrimoine final tous les biens qui appartiennent à l'époux au jour où le régime matrimonial est dissous..."

Parce qu'elle a employé cette formule très générale, la loi n'a pas précisé dans quelles conditions se sont opérées les diverses acquisitions donnant lieu à participation.

Or, on peut imaginer deux types d'acquisition.

Il y a tout d'abord les biens acquis par l'époux agissant seul ( § I ) ; il y a ensuite les biens qu'il a acquis en indivision avec son conjoint ( § II ) .

§ I - Les biens acquis par un époux agissant seul

401 - Pour tous ces biens qui apparaîtront seulement dans le patrimoine final, la loi apporte une précision très claire : l'évaluation doit être faite au moment de la dissolution, "au jour où le régime matrimonial est dissous" (art. 1574).

402- Cette règle est appelée à disparaître ; le projet de loi du 22 mars 1985 retient une autre date de référence : celle de la liquidation. Nul doute que cette modification s'inscrit dans le cadre des "compléments et aménagements inspirés des analyses doctrinales auxquelles ce régime a donné lieu, ainsi que des pratiques notariales" (502 ). A ce point de vue, la réforme ne vise qu'à retenir des valeurs plus proches du jour où les droits de participation vont s'exercer, du jour où la créance de participation va être fixée. A bien y regarder, elle entraîne aussi, sans le désirer peut-être, une profonde mutation de la portée du droit de participer.

Une bonne partie de la doctrine avait dénoncé l'évaluation au jour de la dissolution et souhaité que l'on retînt le jour de la liquidation(503 ) Sans doute inspirés par la jurisprudence rendue à propos de l'article 1469 al. 3 (504 ), les auteurs font valoir que la créance de participation pourrait être différente d'une date à l'autre (505 ) et que le report de la date d'évaluation est conforme au principe de la dette de valeur qui est le fondement de la liquidation (506 ).

---

(502 ) Exposé des motifs du projet de loi p. 9

(503 ) G. et M. Morin, op. cit. n° 522 et 532 ; Pillebout, J.C.P. Not. 1979 form. p. 193 et s. n° 20 ; Ponsard, Aubry et Rau, T. VIII § 533 n° 374 note 101 p. 626 ; Mazeaud op. cit. n° 576

(504 ) Paris 19 novembre 1966 D. 1967 p. 150 note Malaurie, J.C.P. 1967 15007 note Patarin, R.T.D.C. 1967 p. 621 obs. Nerson ; Cass. civ. 1ère 16 juillet 1969 D. 1970 p. 181 note Savatier, J.C.P. 1970 16158 note Patarin. R.T.D.C. 1970 p. 345 obs. Nerson ; Lyon 23 février 1971, D. 1971 p. 656, J.C.P. 1971.16940 note Savatier

(505 ) Notamment G.et M. Morin op.cit et loc. cit.

(506 ) Pillebout, Form. not. V° contrat de mariage, fasc. C n° 10

Tous reconnaissent pourtant que la loi a pris certaines précautions pour que la période de la dissolution à la liquidation soit la plus courte possible ( 506 ). En définitive, la modification envisagée sera surtout utile dans les liquidations amiables tardives, après décès entre personnes âgées notamment.

403 - En substituant la date de la liquidation à celle de la dissolution, le projet de loi entraîne des conséquences notables quant à la portée du droit de participation. Les auteurs en ont toujours eu conscience : "De la sorte, les deux époux (ou leurs héritiers) profiteraient des plus-values naturelles afférentes auc acquêts jusqu'à la liquidation de la créance de participation" ( 507 ). Or, les époux participants, à la différence des époux communs en biens ne sont pas propriétaires indivis des biens soumis à participation.

On appréciera différemment cette évolution d'un point de vue théorique et d'un point de vue pratique.

---

( 506 ) Ce souci se manifeste en deux occasions. D'une part, par renvoi à l'article 1444 du code civil, l'article 1580 exige que la liquidation anticipée de la créance de participation soit ouverte dans les trois mois et qu'elle se termine dans l'année. D'autre part, si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur une liquidation amiable, elles disposeront d'un délai de trois ans pour saisir le juge. Cela étant dit, il faut dissocier action en liquidation et liquidation effective ; la prescription de l'action par un délai de trois ans ne garantit pas que la liquidation sera terminée avant l'expiration du délai. Voir : Ponsard, Aubry et Rau, n° 374 § 533 p. 626 note 101

( 507 ) G. et M. Morin op. cit. n° 522 et 532

404 - Si l'on se place d'un point de vue théorique, on observera qu'elle prolonge les effets du régime, d'une manière qui peut paraître anormale au regard du droit de participation. N'est-ce pas la reconnaissance d'une volonté de faire de l'époux participant, un copartageant de la masse des acquêts.?

Une mise au point s'impose.

Nous avons démontré qu'il n'était pas concevable d'assimiler droit de participation et droit à un partage d'un ensemble de biens. Mais rien n'empêche de donner au premier une portée voisine du second. C'est toute l'originalité du régime de participation aux acquêts français, que d'être inspiré par l'idée d'une répartition des valeurs figurant dans chaque patrimoine et d'opérer cette répartition par l'attribution d'une créance à l'époux qui a réalisé le moins de gains. La technique du partage est écartée, mais la vocation communautaire en est influencée. En somme, c'est bien cette vocation communautaire qui sortira renforcée de la prochaine réforme.

405 - Si l'on se place d'un point de vue pratique, deux observations s'imposent.

Primo, il faut relever immédiatement que le choix d'une date nouvelle d'évaluation s'applique également au patrimoine originaire : "Les biens originaires sont estimés d'après leur état au jour du mariage ou de l'acquisition et d'après leur valeur au jour où le régime matrimonial est liquidé." (art. 1571 modifié par le projet du 24 janvier 1985). De la sorte, l'époux sera seul à bénéficier des plus-values qui se seront portées sur ses biens originaires, entre le jour de la dissolution et de la liquidation.

Secundo, l'extension future du droit de participation ne concernera que les plus-values naturelles ; le futur article 1574 prend la précaution d'écarter toutes les plus-values volontaires, liées à un investissement de l'époux. En ce sens, la notion d'état, jusque là applicable pour le seul patrimoine originaire, reçoit une nouvelle fonction. Les biens existants seront estimés d'après leur état à l'époque de la dissolution du régime matrimonial.

C'est dire toute l'importance qui s'attache à la découverte du rôle et de l'application, de la notion d'état. Au demeurant, cette notion pourra encore s'appliquer aux biens acquis en indivision par les deux époux, lorsque l'un deux aura amélioré, à ses frais, l'état du bien ; c'est le droit commun de l'indivision qui s'appliquera alors.

Mais l'éventualité d'une indivision entre époux participants soulève une autre question : celle de savoir s'il faut comprendre les biens indivis attribués, après partage, à l'époux, dans le patrimoine final de celui-ci.

## § II - Les biens acquis en indivision avec le conjoint

406 - L'adoption du régime de participation aux acquêts n'empêchera pas les époux d'acquérir, ensemble, un certain nombre de biens. On peut difficilement concevoir un ménage où le souci d'indépendance serait poussé jusqu'au rejet de toute acquisition commune. La référence au régime de séparation de biens ne pourrait même pas justifier une telle conception (508 ).

407- Pour deux raisons, on pourrait penser que ces biens indivis seraient indifférents à la liquidation du régime.

Primo, l'article 1572 du code civil ne concerne que les biens qui appartiennent à l'époux au jour où le régime matrimonial est dissous, ce qui paraît exclure les biens indivis attribués à l'époux après partage.

Secundo, il y a tout lieu de penser que le partage par moitié de la masse indivise sera une opération sans conséquences sur le montant des droits de participation. Les acquêts nets de chaque époux seront augmentés d'une valeur identique, donc les droits varieront dans les mêmes proportions. Est-ce nécessaire de compliquer inutilement la liquidation ?

---

(508) Le législateur, lui-même, avec la loi du 11 juillet 1975, autorisant l'attribution préférentielle entre époux séparés, a prévu l'éventualité d'une indivision.

408 - Ces deux affirmations sont liées : en démontrant, au contraire, que les biens indivis peuvent avoir des répercussions sur la liquidation (A), on est contraint de les inclure dans le patrimoine final (B).

## A - L'influence des biens indivis sur la liquidation

409 - Il est tentant de considérer les biens indivis comme étant étrangers au système liquidatif du régime de participation ; cela pourrait paraître logique sur le fond. Le droit de participation est la contrepartie de l'indépendance des époux pendant le mariage : l'indépendance sera assurée parce qu'il y a participation. Faut-il encore lui faire jouer un rôle lorsque les époux, agissant de concert, se sont eux-mêmes assurés d'une juste répartition de leurs bénéfices ? On pourrait affirmer que non.

Cela ne serait vrai qu'en partie. Il est,en effet, des situations où la prise en compte des biens indivis attribués à l'époux, peut amener à des résultats pratiques appréciables. On observera d'abord qu'elle permet une meilleure mesure de l'enrichissement de chaque époux (1) ; on démontrera ensuite qu'elle peut aboutir à un déséquilibre dans le dégagement des acquêts nets (2).

### 1 - Une meilleure mesure de l'enrichissement de chaque époux.

410 - L'une des caractéristiques du régime de participation aux acquêts est de mettre en place des droits qui portent sur toutes les plus-values non fortuites, quels qu'en soient l'origine et l'objet. La plus-value peut provenir du travail de l'époux ou de celui de son conjoint ; elle peut porter sur un bien originaire ou sur un acquêt. Par là, le régime affiche une particularité qui le distingue autant du régime de séparation de biens que de celui de la communauté légale.

411 - Il est possible, avec les biens indivis, d'accentuer encore cette observation.

En effet, un bien indivis peut représenter une valeur inégale selon qu'il est apprécié par un époux ou par l'autre ; le même bien peut intéresser l'un et laisser l'autre indifférent. On peut facilement en trouver des exemples : que vaut un petit lopin de terre aride, mal exposé et difficile d'accès ? Pas grand chose si on considère la valeur du terrain en lui-même, beaucoup si on s'en tient à l'usage qui peut en être fait. L'acquisition peut permettre à un époux d'envisager une construction ou une exploitation jusque là impossibles. Dans ce cas, la plus-value dépasse largement la valeur du terrain annexé.

C'est en partant de cette constatation qu'il faudra traiter les conséquences de l'attribution préférentielle d'un bien à un époux (b); mais, auparavant, il convient de s'interroger sur les possibilités d'une telle attribution (a).

a - les possibilités d'attribution préférentielle d'un bien à un époux.

Aucun texte ne règlemente le sort des biens indivis entre époux participants; c'est à nous de dégager les moyens d'une telle attribution.

412 - Très longtemps, les facultés offertes par les articles 832 et s. du code civil ont été réservées aux indivisions successorales ou post-

communautaires ( 509) ; la doctrine était formelle sur ce point (510 ). C'est seulement depuis la loi du 11 juillet 1975 que l'attribution préférentielle a été étendue aux indivisions entre époux séparés de biens ( 511 ).

413 - Aucune disposition n'a été prévue pour le régime de participation aux acquêts ; était-ce un oubli ? Etait-ce que dans l'esprit de certains le régime devait disparaître (512 ) ? Toujours est-il que, sur la lancée de la doctrine précédente, on pourrait limiter l'attribution préférentielle aux seuls cas prévus par la loi. Cette analyse très stricte nous semble devoir être condamnée ; cela ne ressort pas clairement des textes, mais un argument de fond suffira à nous convaincre.

On pourrait, bien entendu, s'appuyer sur le renvoi aux règles de la séparation de biens : la masse indivise créée à partir de ces règles, devrait se liquider de la même manière qu'entre époux séparés. Cette analyse donnerait à l'article 1569, une portée qu'il n'a pas. Ce texte se limite lui-même à la durée du mariage. L'indivision est une conséquence de la vie qu'on menée ensemble les époux, mais elle subsiste à une époque où vont s'appliquer des techniques particulières de calcul des droits de participation.

---

( 509) Cass. civ. 1ère, 29 juin 1976 J.C.P. 1979 II 18943 note Salle de la Marnière

( 510) Mazeaud, Leçons de droit civil, T IV vol. 2 n° 1732-2

( 511) Savatier R.T.D.C. 1968 p. 402 évoquait déjà cette loi.

Ce mouvement d'extension (remarqué, Mazeaud op. et loc. cit.) s'est amplifié avec les réformes récentes du droit des sociétés. Il y eut d'abord la loi du 31 décembre 1970 autorisant l'attribution préférentielle pour les associés d'un G.F.A., en ce qui concerne la dévolution des biens fonciers. Bien plus, la loi du 4 janvier 1978 en a fait, par un renvoi aux règles des successions, un principe nouveau du droit des sociétés. Enfin, la loi du 10 juillet 1982 a rajouté à l'article 832 du code civil, une disposition relative à l'attribution de parts sociales voir Colomer, Def. 1982 art. 32954

( 512) C'est un an plus tard que le Sénateur M. Jozeau Marigné devait déposer un projet allant dans le sens de la suppression du régime, Sénat 1ère session ord. 1976-1977 n° 148

414 - Il nous paraît beaucoup plus juste d'asseoir l'extension de l'attribution préférentielle sur un raisonnement analogique. Il est indéniable qu'il y a une identité entre les deux indivisions puisqu'elles reposent sur les mêmes règles de constitution. Mais, au delà de cette constatation, il y a d'autres motifs d'appliquer les mêmes règles dans les deux cas.

On a cherché à faire (notamment avec la loi du 19 décembre 1961) de l'attribution préférentielle, un instrument de politique économique. Si un copartageant a un intérêt économique à recevoir tel ou tel bien, il convient de lui attribuer en priorité. Cette flexibilité des règles du partage repose sur l'équivalence, en valeurs, des parts et sur la diversification des intérêts des indivisaires.

En ce qui concerne les époux séparés de biens, il ne s'agit plus d'un intérêt successoral, mais du souci de permettre à un époux d'annexer à ses biens personnels, les biens indivis qui en sont le complément normal. Ainsi, est-il logique que celui qui est propriétaire d'un fonds reçoive, en nature, les biens qui se sont ajoutés à ce fonds. Cela pourra notamment être le cas lorsque les époux auront exercé une activité commune portant sur une unité économique personnelle à l'un d'eux.

Puisque les époux participants vivront, pendant le mariage, comme s'ils étaient séparés de biens, il paraît évident que les intérêts à une attribution préférentielle seront identiques. Le droit de participation ne concerne que la valeur des biens, il n'a rien à voir avec l'attribution en nature. Il n'ya aucune raison de refuser l'application de l'attribution préférentielle dans la liquidation du régime de participation aux acquêts.

Certains biens indivis pourront donc être attribués à un époux plutôt qu'à l'autre.

b - les conséquences de l'attribution préférentielle d'un bien à un époux

Ces conséquences se mesurent essentiellement à propos de l'estimation d'un bien originaire ($\alpha$), elles jouent un rôle moindre pour un bien acquis pendant le mariage ($\beta$).

$\alpha$- pour l'estimation d'un bien originaire

416- L'attribution d'un bien indivis peut donner une plus-value à un bien originaire. Les exemples sont multiples, il suffit d'imaginer une maison possédée avant le mariage à laquelle on va annexer un parc ou un jardin indivis. Il est indéniable que l'intérêt de l'époux attributaire dépasse largement la valeur du bien qu'il reçoit. L'ensemble parc-maison tire sa valeur de la réunion des deux biens. C'est une troisième valeur qui n'a rien à voir avec la somme mathématique des deux premières.

Il faudra admettre que l'époux réalise un enrichissement dont on doit tenir compte pour la mise en oeuvre des droits de participation. Concrètement, dans le patrimoine originaire on évaluera la maison sans s'occuper du bien rajouté alors que dans le patrimoine final, on retiendra la valeur de l'ensemble. La différence sera considérée comme un acquêt.

Si on ignorait l'ensemble en évaluant les biens de manière séparée, on ne rendrait pas compte de l'enrichissement. La maison serait estimée à la même hauteur dans le patrimoine originaire et dans le patrimoine final et le bien annexé ferait l'objet de participation pour sa seule valeur intrinsèque, c'est à dire sans tenir compte de son affectation. Or cette dernière valeur peut être très inférieure à la plus-value apportée au bien.

Si, en allant encore plus loin, on avait totalement écarté les biens indivis de la liquidation, on se serait privé inexorablement de la possibilité d'appréhender la valeur de l'ensemble, ce qui se serait traduit par une ignorance de la valeur ajoutée à la maison.

C'est pourquoi nous disons que la prise en compte des biens indivis permet une meilleure mesure de l'enrichissement.

Il y a là un élèment de supériorité par rapport au régime légal, dont il ne faut pas se priver. En effet, entre époux communs, s'il est toujours possible de faire jouer la clause d'annexe de bien propre, il ne faut pas oublier que la soulte correspondante ne portera que sur la valeur du bien attribué à l'époux sans que l'on chercher à connaître le véritable bénéfice que celui-ci a pu en tirer.

La même observation s'impose, mais avec moins de force, lorsque le bien indivis sera réuni à un acquêt.

β- pour l'estimation d'un acquêt

417 - Pour un tel bien, la prise en compte des biens indivis n'aura d'effet que sur le montant du patrimoine final; il ne peut être question de souble évaluation. Il reste néanmoins que le liquidateur pourra retenir la valeur de l'ensemble ainsi constitué, valeur qui peut être supérieure à l'addition des valeurs de chaque composante, ce qui se traduira par une augmentation du patrimoine final, et donc par une augmentation du droit de participation du conjoint.

On relèvera de ces observations que l'une des nouveautés du régime de participation aux acquêts est de permettre d'appréhender la valeur formée par un ensemble de biens de statuts différents. Cela est possible dans la mesure où la liquidation ne s'intéresse qu'à la valeur des biens, c'est le résultat de l'aspect comptable du régime; encore une fois, la structure liquidative du régime en accentue le caractère communautaire.

Mais cet aspect comptable ne joue pas seulement dans l'évaluation des biens, il intervient aussi dans l'établissement des droits de chaque époux. Précisément, il faudra fixer les modalités de la concurrence entre le droit de conserver et le droit de participer. Des limites sont prévues afin que l'un des droits n'absorbe pas l'autre, ces limites sont autant d'occasions de montrer les conséquences de la prise en compte des biens indivis.

2 - Des conséquences dans le dégagement des acquêts nets

418 - On a pu croire que les biens indivis étaient indifférents à la liquidation dans la mesure où ils ajoutent une valeur identique, aux patrimoines respectifs des deux époux. Faut-il encore avoir la certitude que cette valeur se retrouvera intégralement; or il suffit que le patrimoine final d'un époux soit déficitaire pour qu'il en aille autrement.

La loi ne le dit pas directement, mais il est sûr que le patrimoine final grevé d'un passif supérieur à l'actif doit être considéré comme nul ; il ne servirait à rien de l'affecter d'un signe négatif.

Cela résulte de la combinaison de deux règles.

1 - Le patrimoine originaire ne peut être inférieur à zéro, (art. 1571 du c.civ)

2 - Lorsque le patrimoine final est inférieur au patrimoine originaire, ce qui sera obligatoirement le cas pour le patrimoine final négatif, le déficit est entièrement supporté par l'époux.

On ne tient pas compte des pertes subies par l'époux ; seuls comptent ses acquêts.

D'un autre côté, il ne faut pas ramener le régime de participation à un simple régime de séparation ; les époux pourront très bien avoir des intérêts communs (encore que rien ne prouve qu'il ne peut pas en être de même pour des époux séparés). Il se peut que les pertes de l'un aient leur origine dans une activité commune aux deux. En refusant d'affecter le patrimoine final d'un chiffre négatif, le législateur a souhaité que chacun supporte seul ses propres dettes; la participation est limitée aux acquêts. Cela ne doit pas conduire pour autant à ne pas tenir compte de ce passif lors du partage de la masse indivise. Concrétement, il ne serait pas opportun qu'un époux profite réellement de la moitié des biens indivis alors que l'autre emploiera l'autre moitié à apurer un passif né d'une activité commune sur l'un de ses biens personnels.

Ajoutons que l'article 1580 permet toujours à l'époux qui craint pour ses intérêts, de demander la liquidation anticipée de la créance de participation. Les choses doivent être ramenées à leur juste mesure ; le désordre des affaires, la mauvaise administration ou l'inconduite ne sont pas des gages de bonne entente entre conjoints et il y a tout lieu de penser d'une part que le régime ne durera pas éternellement, d'autre part que les acquisitions indivises ne seront pas fréquentes.

420 - Au point où nous en sommes, il y a donc lieu de poser en principe que les biens indivis partagés doivent être compris dans la liquidation. Certes, dans la grande majorité des cas, celle-ci n'en ressentira aucun effet, mais, toutes les hypothèses doivent être envisagées. Celles que nous venons de développer apportent la preuve de l'existence de conséquences pratiques.

En d'autres termes, cela signifie que les biens attribués à l'époux devront être compris dans son patrimoine final.

B - L'insertion des biens indivis partagés dans le patrimoine final de l'époux attributaire.

421 - Les conséquences liquidatives attachées aux biens indivis sont telles que ceux-ci doivent nécessairement être compris dans les acquêts; pour cela, ils doivent d'abord être inclus dans le patrimoine final.

Force est donc de dépasser la lettre de l'article 1572. D'ailleurs s'il le fallait, on pourrait toujours faire appel au principe de l'effet déclaratif du partage pour considérer que les biens reçus en partage de la masse indivise, appartenaient à l'époux au jour où le régime matrimonial a été dissous.

422 - Ce qui est alors en jeu, c'est le sort de la présomption d'indivision que l'on a très justement découverte dans le régime de participation aux acquêts (513). A priori, les choses ne sont pas simples : si les biens indivis font partie du patrimoine final, à quoi sert d'établir une présomption d'indivision.?

Dans la logique des règles de preuve, on doit admettre la présomption d'indivision ; elle joue même en premier lieu : tout bien dont aucun époux n'apporterait la preuve qu'il lui appartient sera réputé indivis. La répartition entre biens originaires et acquêts suppose donc que l'on ait au préalable établi la preuve de sa propriété personnelle.

Seulement, il faut reconnaître qu'en régime de participation aux acquêts, la présomption d'indivision n'a pas la portée qu'elle peut avoir ailleurs et notamment, entre époux séparés.

Qu'il s'agisse de la présomption de communauté ou de la présomption d'indivision dans le régime de séparation, l'application qui en est faite joue toujours au détriment de l'époux qui ne peut prouver sa propriété. Cela s'explique parce qu'en dehors des biens indivis et des biens communs, il n'y a

---

(513) Rémy, Thèse précitée

A - Le passif dû aux tiers

425 - Sous l'empire du droit actuel, la détermination du passif dû aux tiers ne soulève aucune difficulté de fond susceptible de nous retenir. On doit récapituler toutes les dettes qui n'ont pas encore été acquittées au jour de la dissolution du régime, à charge pour l'époux débiteur d'apporter la preuve de leur existence.

426 - En revanche, il semble bien que les rédacteurs du projet de loi du 22 mars 1985 aient créé de toutes pièces une nouvelle difficulté de liquidation, offrant par là même, une arme efficace aux adversaires du régime.

Par crainte de la dépréciation monétaire, on propose de modifier la date d'évaluation des biens du patrimoine final (et par conséquent du patrimoine originaire, celui-ci devant venir en déduction de celui-là) ; les biens existants seront estimés d'après leur état à l'époque de la dissolution du régime matrimonial et d'après leur valeur à la liquidation (art. 1574 al. 1 modifié par le projet du 22 mars 1985).

Les biens existants ainsi estimés, on déduira toutes les dettes qui n'ont pas encore été acquittées, y compris les sommes qui pourraient être dues au conjoint.

Le projet se contente de reprendre la solution actuelle sans apporter aucune précision sur la manière dont ce passif sera évalué.

427 - Par son laconisme, cette formule soulève dons une nouvelle question ; à la limite, on pourrait même y découvrir une conséquence surprenante.

428 - A la lettre, on pourrait affirmer qu'il faut prendre en compte les dettes qui existent au moment de la liquidation ce qui engloberait les dettes nées avant la dissolution et celles qui sont nées entre la dissolution et la liquidation.

Cette interprétation doit immédiatement être rejetée ; nous en voyons deux raisons.

Primo, il serait trop facile à un époux de dilapider une partie de son patrimoine dès lors qu'il se sait promis à devoir une somme importante à son conjoint, créancier de participation.

Secundo, il faut éviter de faire jouer le droit de participer pour des valeurs qui ne sont pas le résultat de l'activité de l'époux pendant le mariage; on donnerait à la participation une portée qu'elle n'a pas. D'ailleurs, l'article 1574 vient lui-même au soutien de cette solution puisque, même dans sa future rédaction, il précise que seuls seront estimés dans le patrimoine final, les biens existants, c'est à dire les biens qui figuraient dans le patrimoine de l'époux au jour de la liquidation. (514 )

Si un passif doit être déduit, il ne peut s'agir que de celui qui existait à ce même moment de la dissolution.

---

(514 ) L'article 1574 prévoit aussi l'évaluation des biens fictivement réunis au patrimoine final, ce qui est, pour l'instant, étranger à notre propos.

429 - Mais alors, et c'est la question, comment va-t-on estimer ce passif ? Faut-il s'en tenir à sa valeur au jour de la dissolution ou faut-il le réévaluer dans les mêmes proportions que l'actif ?

Tout dépend, bien entendu, de la durée de la période qui ira de la dissolution à la liquidation. Le législateur a pris des précautions pour éviter qu'elle ne soit trop importante ; il n'empêche que, notamment en cas de liquidation amiable après décès, plusieurs années pourront s'écouler.

Puisque l'évaluation de l'actif est retardée, il faut qu'il en soit de même du passif.

Pour ce faire, une seule technique nous paraît concevable.

Comme nous l'avons proposé pour le patrimoine originaire, il faudra établir une proportion entre actif et passif au moment de la dissolution. Proportion sur un bien déterminé lorsque le passif est attaché à ce bien, proportion sur l'ensemble de l'actif dans le cas contraire. (515)

Certes, cela obligera à une opération supplémentaire mais le choix d'une nouvelle date d'évaluation est à ce prix. Observons tout de même que l'état du patrimoine final doit toujours être dressé dans les neuf mois de la dissolution du régime, sauf prorogation judiciaire. (art. 1572 al. 2)

Dans l'établissement de cette proportion, il faudra inclure tout le passif non acquitté à la dissolution, sans exlure les sommes dues au conjoint.

---

(515) En proposant cette méthode, on résout du même coup, une ultime difficulté contenue dans le projet de loi. Ce dernier n'a, en effet, rien prévu pour le passif acquitté entre la dissolution et la liquidation. Doit-il pour autant échapper à la déduction ? Il est évident que non ; ne plus en tenir compte serait comprendre dans les acquêts de l'époux une valeur qui, en réalité, n'existait pas au moment de la dissolution.

1) L'apparente inutilité des comptes de créances entre époux.

432 - On a déjà tenté de faire la preuve qu'il n'y avait pas double emploi entre créance entre époux et créance de participation, sans peut-être atteindre les raisons qui nous paraissent déterminantes.

Pour M.M. Morin, ce serait une erreur de croire qu'il n'y a plus à se préoccuper des créances dès lors que celles-ci ont été prises en considération dans le calcul de la participation. (517)

Les auteurs justifient cette affirmation à partir d'un exemple.

Epoux A :

- Patrimoine originaire de 20.000
- Patrimoine final de 120 000 (en ce compris une créance de 20.000 contre le conjoint)
- Acquêts nets : 100.000

Epoux B

- Patrimoine originaire de 10.000
- Patrimoine final de 30.000 (déduction faite de la dette de 20.000 due au conjoint)
- Acquêts nets : 20.000

.Comparaison des acquêts nets : excédent de 80.000 dans le patrimoine de l'époux A

.Détermination de la créance de participation : 40.000 dus par l'époux A à B

Sur ce schéma, le commentaire suivant a été proposé :

"C'est ici qu'il faut se souvenir que B doit une somme de 20.000 à A. S'il devait cette somme à un tiers, sa créance de participation aurait été calculée de la même manière et se serait élevée à 40.000 F ; de telle sorte que, créancier envers A d'une somme de 40.000 et débiteur envers un tiers d'une

---

(517 ) G. et M. Morin, op.cit. n° 538 p. 168

Sous l'expression "le patrimoine de B aurait été de 20.000 F.", il faut comprendre que son patrimoine se serait accru de 20.000; nous ne voyons pas quelle autre signification on pourrait lui donner.

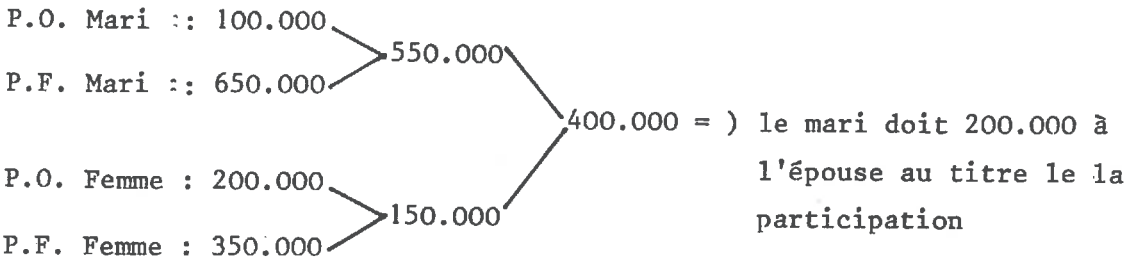
- Tertio, il est normal que le patrimoine de l'époux B soit plus important lorsque la dette est due à l'époux que lorsqu'elle est due à un tiers. En effet, puisque les 20.000 ont été rajoutés au patrimoine final, sans que le patrimoine originaire ait été modifié, il faut en conclure qu'ils représentaient des acquêts. Il est normal que sur ces acquêts, le droit de participer de l'époux B ait des conséquences : sur les 20.000 il a droit à la moitié, 10.000 F.

Lorsque la dette est due à un tiers, la somme sera définitivement perdue pour l'époux débiteur. En revanche, lorsqu'elle est due au conjoint, elle va gonfler son patrimoine final et par conséquent ses acquêts (sauf si les fonds sont originaires) acquêts sur lesquels l'époux débiteur à un droit de participation pour moitié.

C'est cette dernière observation qui pourrait laisser croire que la créance de participation suffit à rendre compte des mouvements de valeur entre les patrimoines des époux.

Si, effectivement, les fonds fournis au conjoint se retrouvent intégralement dans son patrimoine final, il peut y avoir double emploi. Mais, ce n'est là qu'une vision très partielle.

Deuxième cas : si on tient compte de la créance




Il y a deux moyens de démontrer l'équivalence des résultats.

On peut d'abord s'attacher, c'est ce qu'a fait M. Régnier ( ) à la compensation entre créance entre époux et dette de participation. Le mari doit 200.000 au titre de la participation, il recevra 50.000, ce qui ramènera sa dette à 150.000 F.. Finalement la créance de participation sera dans les deux cas de 150.000 F.

On peut aussi, et c'est à notre avis plus démonstratif, rechercher ce que seront les patrimoines de chaque époux après la liquidation.

- Si on ne tient pas compte de la créance, le mari aura 600.000 - 150.000, c'est à dire 450.000, l'épouse aura 400.000 + 150.000 soit 550.000.

- Si on tient compte de la créance, le mari aura 650.000 - 200.000 c'est à dire 450.000, l'épouse aura 350.000 + 200.000 soit 550.000.

Dans les deux cas, les résultats sont identiques.

---

( 518 ) J. Régnier, "Le domaine d'application de la théorie des récompenses" Paris 1976 p. 306 et 307

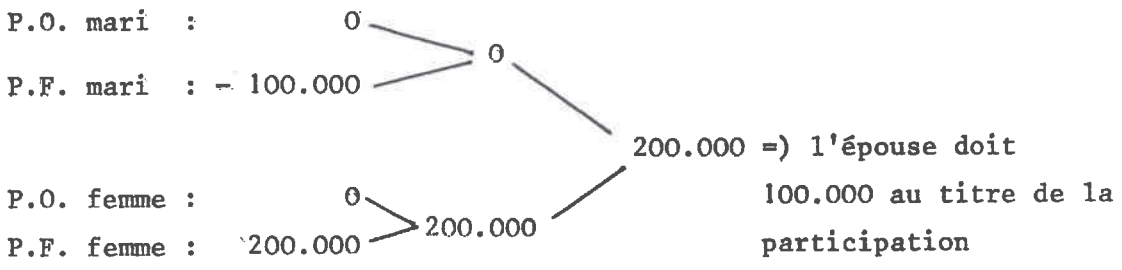
α - lorsque les sommes prêtées proviennent des acquêts.

435 - Dans ce cas, il faut reconnaître que les risques de résultats différents sont assez minces. Il n'en sera ainsi qu'en cas de déséquilibre provoqué par l'apparition d'un passif supérieur à l'actif dans le patrimoine de l'un des époux.

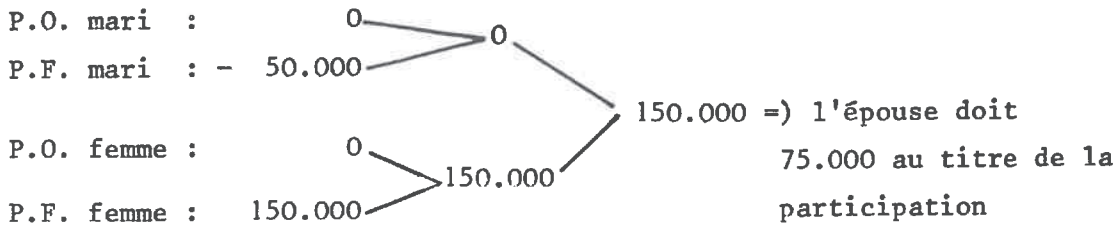
Pour plus de facilité, nous supposerons que ni l'un ni l'autre des époux n'a de valeurs originaires à conserver. Cette compliciation n'apporterait rien à la démonstration ; nous verrons prochainement que lorsque le patrimoine d'un époux est grevé d'un passif supérieur à l'actif, le droit de conserver n'est plus pris en compte.

Premier exemple : l'époux créancier a un patrimoine final négatif.

Premier cas : si on ne tient pas compte de la créance entre époux.



Deuxième cas : on tient compte de la créance entre époux




Dans le premier cas, le patrimoine du mari après la liquidation sera égal à 0 (-100.000 mais il reçoit 100.000) celui de l'épouse sera de 100.000 (200.000 -100.000).

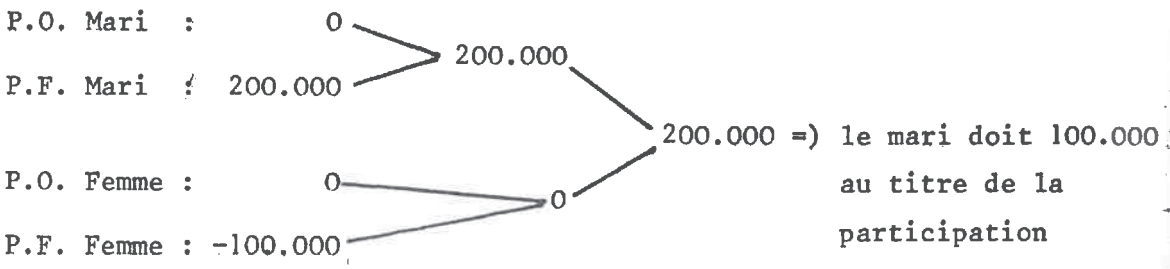
Dans le second cas, le mari va recevoir 50.000 (remboursement de la créance entre époux) + 75.000 (participation aux acquêts du conjoint), soit 125.000, il aura donc un patrimoine de 25.000. ; l'épouse aura un patrimoine de 75.000 (150.000 - 75.000 dus au titre de la participation).

En d'autres termes, si on ne tient pas compte de la créance, l'épouse doit 100.000 (dette de participation), si on en tient compte, elle devra 50.000 (dette entre époux) + 75.000 (dette de participation).

Il n'y a donc plus équivalence des résultats.

Deuxième exemple, l'époux débiteur a un patrimoine final négatif

Premier cas : si on ne tient pas compte de la créance entre époux.



Deuxième cas : si on tient compte de la créance entre époux

P.O. Mari : 0

250.000

P.F. Mari : 250.000

250.000 =) le mari doit 125.000 au titre de la participation.

P.O. Femme : 0

0

P.F. Femme : -150.000

Dans le premier cas, après la liquidation le mari aura un patrimoine de 100.000 (200.000 - 100.000 de dette de participation), l'épouse aura un patrimoine égal à 0, elle avait un passif de 100.000 et elle reçoit 100.000.

Dans le second cas, après la liquidation le mari aura un patrimoine de 125.000, ce qui mérite quelques explications. En stricte arithmétique le calcul devrait s'établir de la manière suivante : il a un patrimoine final de 200.000 auquel on ajoute la somme réglée par le conjoint 50.000,soit 250.000 desquels on retranche les 125.000 dus au titre de la participation. Seulement, comme l'épouse a un passif de 100.000, elle n'est pas en mesure de payer les 50.000 dus à l'époux, il faudra donc, comme le prévoit l'article 1575; retrancher de la dette de participation ce qui est dû par le débiteur, on opèrera ainsi une compensation entre les deux dettes. Finalement, le mari devra 75.000 , il aura bien un patrimoine de 125.000

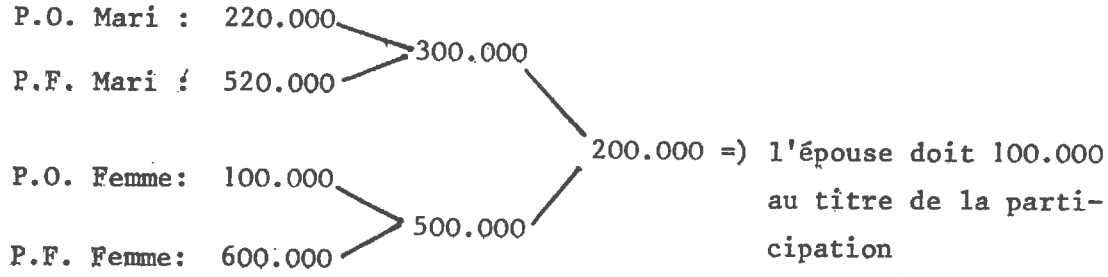
L'épouse, quant à elle, aura un patrimoine de - 100.000 + 75.000 c'est à dire - 25.000. Comme on a tenu compte de sa dette de 50.000 dans la diminution de sa créance de participation, il est normal de ne plus en tenir compte dans la détermination de son patrimoine après la liquidation.

On constate donc que dans ce cas aussi, il n'y a plus équivalence.

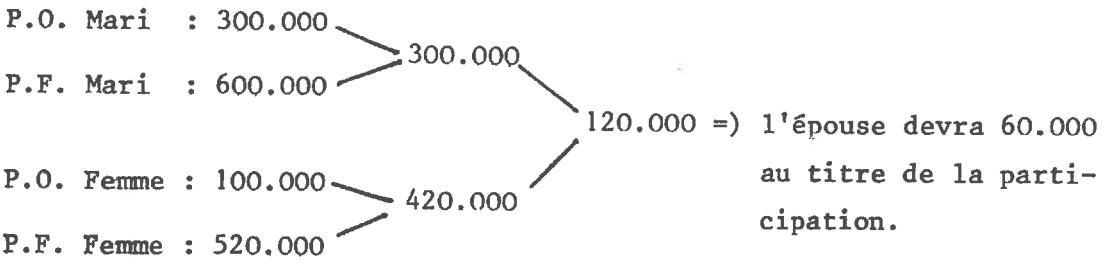
β - Lorsque les sommes prêtées proviennent des biens originaires du créancier

436 - La situation n'a rien d'extravagant ; on peut imaginer un époux qui au jour du mariage possède une maison et un terrain. Pendant la vie commune, il vend le terrain et reçoit ainsi 100.000. Sur cette somme, il conserve 20.000 et fournit 80.000 au conjoint. Quelques mois après, le mariage est dissous .

Premier cas : si on ne tient pas compte de la créance entre époux.




Deuxième cas : si on tient compte de la créance entre époux.




Ces calculs méritent des commentaires.

Premier commentaire : Nous avons inclus la créance de 80.000 dans le patrimoine originaire de l'époux créancier. L'explication est simple : si on réintègre cette valeur dans le patrimoine du mari, il faudra la classer entre les acquêts et les valeurs originaires; un seul critère doit-être examiné : la valeur est-elle le résultat de l'activité de l'époux pendant le mariage? Ici la réponse est négative; l'époux a donc le droit de conserver les 80.000 qu'il faudra inscrire dans son patrimoine originaire.

Deuxième commentaire : Ce n'est pas pour autant que les acquêts du mari vont diminuer. En effet, il ne faut pas oublier de compter également les 80.000 dans le patrimoine final. Rappelons que le patrimoine originaire a pour seule fonction de venir en déduction du patrimoine final. En définitive, on a rajouté une valeur dans le patrimoine du mari, en disant qu'il devait la conserver ; il n'y a donc pas modification du montant de ses acquêts.

Troisième commentaire : En comparant les patrimoines après liquidation, on a constaté que finalement, en tenant compte de la créance, le mari créancier en tirait un avantage de 40.000. N'est-ce pas en contradiction avec ce que nous venons de dire sur le droit de l'époux à conserver ses 80.000 ?

Absolument pas. Il ne faut pas oublier que l'époux, lorsque l'on n'a pas tenu compte de sa créance, en bénéficiait quand même, pour moitié, par l'exercice de son droit de participer aux acquêts figurant dans le patrimoine du conjoint. La différence entre un bien originaire et un acquêt, c'est que le premier est conservé par l'époux pour toute sa valeur, alors que le second est conservé pour la moitié de sa valeur seulement, l'autre moitié bénéficiant au conjoint. Il est donc tout à fait normal que la différence entre les deux types de liquidation ne porte que sur une somme de 40.000

Quatrième commentaire : on pourrait être surpris de ce que la situation serait plus favorable à l'époux débiteur puisque dans le premier cas sa dette de participation est de 100.000 et qu'elle est de 60.000 dans le second. La correction sera rapide; dans le second cas, il ne faut pas oublier qu'il devra ajouter à ces 60.000 les 80.000 dus au conjoint, ce qui amène l'ensemble de sa dette à 140.000

437 - On peut donc tirer un bilan.

Le compte des créances entre époux est-il utile ? La réponse ne peut pas être catégorique.

Dans la plupart des cas, il fera double emploi avec le calcul de la créance de participation, dans d'autres il sera essentiel pour l'équilibre de la liquidation.

Si bien que deux attitudes sont possibles.

On peut poser en principe que les comptes de créances entre époux seront exclus, mais par une clause supplémentaire du contrat de mariage, prévoir qu'ils seront établis en cas de patrimoine final négatif ou lorsque les fonds empruntés l'auront été sur des biens originaires.

On peut aussi prétendre que les créances entre époux devront toujours être prises en compte, même si quelquefois cela n'aura aucune incidence sur la liquidation.

La loi a choisi de ne pas faire de distinction ; les rédacteurs de contrats seront libres de choisir.

## 2 ) La combinaison des créances entre époux et de la créance de participation

438 - L'objectif du législateur a été d'intégrer les créances dans la liquidation. Pour y parvenir, il a établi une double compensation. Il y aura d'abord compensation entre les créances respectives des deux époux (a ) ; il y aura ensuite compensation entre créance de participation et créance entre époux ( b ).

### a - La compensation entre les créances respectives des deux époux.

439 - Au fond, la règle ne surprend pas ; c'est un principe courant du droit des obligations qui trouve ici une application particulière.

Une observation pourtant s'impose : la compensation n'interviendra qu'au moment du règlement ; ce choix, d'ailleurs logique au regard de la théorie générale des obligations, se révèle dans l'article 1575 al. 3, où il est indiqué que l'époux créancier devra déduire ce dont il peut être débiteur envers son conjoint.

La compensation aurait pu jouer dès l'évaluation du patrimoine final ; cela n'aurait rien changé à la liquidation. Il faut pourtant reconnaître qu'on gagne en clarté à recenser toutes les dettes entre époux, notamment lorsque le mouvement de valeur aura été effectué des biens originaires d'un conjoint sur les acquêts de l'autre.

b - La compensation entre créance de participation et créance entre époux.

440 - C'est l'intérêt essentiel de l'article 1575 de préciser que les sommes dont l'époux peut être créancier envers son conjoint, s'ajoutent à la créance de participation.

Entendue strictement, cette formule peut laisser croire que les deux créances ne forment un compte unique que lorsque l'époux créancier est, dans le même temps, celui qui a réalisé le moins de gains. L'époux serait deux fois créancier et, par commodité, on réunirait les deux créances dans un même règlement, sans que pour autant elles perdent leur identité.

Cette interprétation n'est pas celle de la doctrine qui considère qu'il y a une compensation générale entre les créances. La créance de participation est refondue dans un nouveau compte où elle perd son individualité (519 ).

441 - C'est en partant de cette constatation qu'il faut aborder la question de la réévaluation éventuelle des créances entre époux.

---

(519 ) Cornu, op. cit. n° 104

3°) L'inutilité de réévaluer les créances entre époux. (la différence avec les récompenses)

442 - C'est la conséquence essentielle de la combinaison entre les deux types de créances (participation et autres). Alors que dans le régime légal, les créances entre époux ne font pas partie de la liquidation proprement dite (520 ) au moins de lege lata (521 ), leur apparition au passif ou à l'actif du patrimoine final et leur compensation avec la créance de participation, en font un élèment essentiel de la liquidation du régime.

443 - Observons, déjà, que le problème ne se pose que si les fonds prêtés ont servi à acquérir un bien identifiable (soit en nature, soit par un changement d'état) à la dissolution. Si les fonds ont été dépensés, il n'y a forcément aucune plus-value à prendre en compte.

444 - Peu importe le patrimoine où se trouve la plus-value, celle-ci sera toujours acquêt. Elle le sera naturellement lorsqu'elle portera sur un bien déjà acquêt ; elle le sera par référence à l'état initial lorsqu'elle se portera sur un bien originaire.

C'est dire que la plus-value sera toujours l'objet de participation. Il est indifférent qu'elle reste dans le patrimoine de l'époux débiteur ou qu'elle soit rajoutée au montant initial de la créance.

Un exemple en attestera.

- P.O. du mari : 100,000
- P.F. du mari : 600.000 (dont une créance de 100.000 sur le conjoint, non réévaluée)

Détermination des acquêts nets : 500.000

---

(520 ) Cornu, "Les régimes matrimoniaux" 3ème edt. p. 587

(521 ) Le projet de loi du 22 juin 1985, en prévoyant la réévaluation des créances, peut changer cette vue des choses.

- P.O. de la femme : 200.000

- P.F. de la femme : 400.000 ( acquisitions diverses : 300.000
( immeuble acquis avec des
( fonds prêtés par le con-
( joint : 200.000
(
( déduction de la dette due
au mari : 100.000

- Détermination des acquêts nets : 200.000

- Détermination de la créance de participation : il y a un excédent d'acquêt de 300.000 dans le patrimoine du mari qui devra donc 150.000 à son épouse.

- Détermination des patrimoines de chaque époux après règlement de la créance de participation :

  - patrimoine du mari : 450.000
  - patrimoine de l'épouse : 550.000

liquidation avec réévaluation de la créance du mari

- P.O. du mari : 100.000
- P.F. du mari : 700.000 (dont la créance sur l'épouse, évaluée selon le profit subsistant à 200.000)

- Détermination des acquêts nets : 600.000

- P.O. de la femme : 200.000
- P.F. de la femme : 300.000

- Détermination des acquêts nets : 100.000

- Détermination de la créance de participation : il y a un excédent de 00.000 dans le patrimoine du mari qui va devoir 2 0.000 à l'épouse.

- Comparaison des patrimoines après règlement de la créance de participation :

  - patrimoine du mari : 450.000
  - patrimoine de l'épouse : 550.000

445 - Pourtant, l'éventualité d'une réévaluation des créances a été envisagée par Me Corpechot (522) lorsque les fonds prêtés proviennent des biens originaires de l'époux créancier. Rejetant, mais pas définitivement semble-t-il l'idée d'une subrogation sur les biens du conjoint, l'auteur se déclare partisan d'une modification législative allant dans le sens d'une réévaluation des créances entre époux, "a l'instar des récompenses sous le régime de communauté." (523).

446 - C'est justement cette allusion aux récompenses qui nous paraît dominer le problème

---

(522) Corpechot, Rapport au 75ème Congrès des Notaires de France, précité p. 398 n° 263

(523) Corpechot, idem n° 264

les principaux commentateurs de la loi de 1965 ont établi un parallèle entre les créances des époux participants et le compte des récompenses du régime légal (524).

447 - Sur deux points, au moins, ce rapprochement doit être nuancé.

Primo, le compte des récompenses est établi entre la communauté et les biens propres de l'un ou l'autre des conjoints ; il n'y a pas de récompenses lorsque le mouvement de valeur s'effectue entre les biens propres de chaque époux. Le régime de participation aux acquêts excluant toute formation de masse commune, il ne saurait être question d'assimiler totalement les deux techniques.

Il est vrai qu'on a seulement cherché à montrer que les créances jouaient la même fonction que les récompenses (525).

Secundo, même avec cette nuance, le rapprochement reste fragile.

On peut affirmer aujourd'hui que la théorie des récompenses assume une pluralité de fonctions . Profondément modifié sous l'influence de la dépréciation monétaire, le règlement des récompenses réserve un sort particulier aux mouvements de valeur ayant servi à acquérir, conserver ou améliorer un bien qui se retrouve dans le patrimoine débiteur. Dans ce cas, la récompense ne pourra pas être moindre que le profit subsistant (art. 1469 al. 3).

Le patrimoine créancier (propres d'un époux ou communauté) doit recouvrer ce qu'il a pu fournir au patrimoine débiteur ; il doit également profiter de la plus-value qui en est résultée. Si bien que cette règle, imagninée en 1965, assigne à ce type de récompenses, un objectif particulier : remplacer en valeur, ce qui aurait dû figurer en nature dans le patrimoine créancier.

Un tel objectif est totalement étranger au compte des créances entre époux participants ; chacun d'eux reste seul propriétaire de ses biens, qu'ils soient originaires ou acquêts.

---

(524) Cornu, op. cit. n° 104 et s.

(525) Cornu, idem n° 105

448 - In fine, la question essentielle est bien de savoir si l'époux créancier doit être le seul à profiter de la plus-value fortuite qui s'est portée sur le bien acquis avec les valeurs fournies ?

S'il doit y avoir assimilation avec la technique des récompenses il ne peut s'agir que de celles où la communauté est débitrice envers les propres d'un conjoint.

N'est-ce pas alors dénaturer la notion de bien originaire en la soumettant au régime des biens propres ? Nous le craignons.

C'est pourquoi nous rejetons toute idée de réévaluation, même lorsque la valeur fournie a été prise sur les biens originaires du créancier.

Au regard de la structure liquidative du régime, on ne voit pas ce qui pourrait justifier une solution inverse. La plus value qui se constate dans le patrimoine du débiteur sera forcément un acquêt (soit qu'il y aura bien acquis, soit qu'il y aura amélioration d'un bien originaire) ; il n'est pas concevable de faire porter le droit de conserver son patrimoine originaire sur les acquêts du conjoint.

On ne prendra en compte que le nominal de la créance ; en dernier lieu, s'il fallait apporter un autre argument, nous dirions (ce qui vaudrait notamment lorsque les fonds n'ont pas servi à l'acquisition d'un bien durable) que l'époux est censé avoir accepté l'opération en connaissance des conséquences de son régime matrimonial, conventionnel.

Au demeurant, cette réévaluation pourrait augmenter le passif à déduire du patrimoine final de l'époux débiteur ; or, il existe une limite à la déduction du passif.

## §II- Les limites à la prise en compte du passif

449 - "Si le patrimoine final d'un époux est inférieur à son patrimoine originaire, le déficit est supporté entièrement par cet époux".

Cette formule qui ouvre l'article 1575 du code civil n'a pas donné lieu à beaucoup de commentaires ; on a seulement fait remarquer que le régime n'entraînait pas de participation aux pertes ( 526), avec des nuances il est vrai.

Dans sa généralité, cette conclusion est vraie ; il ne nous semble pas pourtant que l'on ait, jusqu'à présent, posé la question de la véritable signification de l'article 1575.

450- Cette question nous semble être la suivante : dans quels cas y aura-t-il supériorité du patrimoine originaire ?

Si l'on retient l'analyse classique qui fait du patrimoine originaire, l'équivalent du patrimoine initial, la réponse apparaît immédiatement : l'époux "est moins riche à la dissolution du régime qu'il ne l'était à son origine".

Si on voit dans le patrimoine originaire, un droit pour l'époux de reprendre une partie des valeurs qui figurent dans son patrimoine, la question peut paraître abstruse.: peut-on imaginer un droit de conserver supérieur au patrimoine de l'époux ? Surtout lorsque l'on a démontré que ce droit de conserver se calculait sur les valeurs actuelles des biens originaires ?

Une première impression laissera le lecteur mal à l'aise.; il serait pourtant bien dommage de s'arrêter à cette gêne dont nous allons démontrer qu'elle n'est qu'apparente.

.....

( 526) Cornu, op. cit. n° 98

La gêne n'est qu'apparente dans la mesure où il y a une raison toute simple à la supériorité du patrimoine originaire ; sans avoir à remettre en cause la conception que nous en avons présentée, il faut seulement préciser que le patrimoine originaire est estimé sans tenir compte du passif qui peut résulter de l'activité de l'époux pendant le mariage.

C'est la prise en compte du passif final qui peut amener à la situation visée par l'article 1575, ab initio. Dans ce cas, le déficit est supporté entièrement par l'époux, ce qui revient à dire qu'on ne tient pas compte du passif excédentaire. Ce qui ne ressort pas, à première vue, de la formule employée.

Pour mieux apprécier l'importance de l'article 1575, il convient donc de rechercher son véritable sens (A), ce qui nous permettra, ensuite, de mesurer sa portée (B).

## A - Le sens de l'article 1575

Ce n'est qu'en recherchant dans quelle hypothèse il peut y avoir supériorité du patrimoine originaire (1) que l'on trouvera le sens de l'article (2).

### 1 ) Dans quel cas y aura-t-il supériorité du patrimoine originaire ?

Ce ne sont pas les règles d'évaluation du patrimoine originaire(a), mais celles du patrimoine final (b) qui peuvent engendrer une telle supériorité.

a - la supériorité ne tient pas aux règles d'évaluation du patrimoine originaire.

451 - Aucune règle d'évaluation du patrimoine originaire ne peut conduire à retenir une valeur supérieure à celles qui apparaissent dans le patrimoine final.

Evalué au moment de la liquidation, le patrimoine originaire comprend trois sortes de valeurs : celles des biens qui existent encore en nature, celle des biens qui ont été aliénés et celles des biens qui ont été acquis avec des fonds provenant de l'aliénation d'un bien originaire.

On reprendra, dans l'ordre, ces trois hypothèses.

α - la valeur des biens qui existent encore en nature.

452 - Il n'y a aucune raison pour que les valeurs retenues soient supérieures lorsqu'on se place dans le patrimoine originaire par rapport au patrimoine final.

Cela ne demande aucun commentaire quand il s'agit d'un bien qui n'a subi aucune modification et qui n'est pas grevé de passif ; en revanche, dans ces deux cas des précisions sont nécessaires.

453 - C'est ici le lieu de rappeler l'une des conclusions de l'étude théorique du renvoi à l'état du bien : seules les plus-values volontaires seront considérées comme des hypothèses de modification d'état. (527). Dans ces conditions, on ne voit pas de quelle manière une valeur une valeur supérieure à la valeur réelle du bien, au jour de la dissolution, pourrait être retenue dans le patrimoine originaire.

---

(527) voir supra p. 252 n° 328 et s.

Au demeurant, cette règle s'appliquera autant à des dégradations matérielles que juridiques : toute charge qui diminuerait la valeur du bien doit être supportée par l'époux seul.

454 - Cette dernière remarque n'est pas inutile pour règler la question du passif né pendant le mariage, sur un bien originaire, et pas encore réglé à la dissolution.

Ce passif n'apparaîtra pas dans le patrimoine originaire (528 ) ; il sera pris en compte dans le patrimoine final. N'y a-t-il pas alors une source de déséquilibre entraînant une supériorité du patrimoine originaire ?

Si la question mérite d'être posée, la réponse ne peut être que négative.

Concrètement, on ne voit pas dans quelle situation un passif, forcément étranger à toute idée de dégradation du bien, pourrait apparaître sans qu'une valeur d'actif s'ajoute au bien concerné. Pour qu'il y ait une dette, il faut qu'il y ait un investissement qui se traduira par une amélioration, amélioration qui apparaîtra obligatoirement dans le patrimoine final.

Même dans la situation extrême où l'investissement n'aurait fait que ramener le bien dans son état initial (toiture neuve au jour du mariage, refaite quelques années avant la dissolution), nous avons démontré qu'il y avait encore modification d'état.

Il n'y a donc aucune raison pour que l'évaluation des biens existants amène à une supériorité de la valeur originaire, il en va de même pour les biens aliénés

---

( 528 ) L'évaluation du patrimoine originaire ne prend en compte que le passif qui existait au jour du mariage ou de l'acquisition.

β -La valeur des biens aliénés

455 - Cette question a déjà été abordée, en partie : la prise en compte de la valeur du bien originaire aliéné n'est possible que si l'époux apporte la preuve que cette valeur figure toujours dans son patrimoine, en totalité ou en partie. ( 529) Il n'est donc pas possible de découvrir là un cas de supériorité du patrimoine originaire : au plus, il y aura seulement identité de valeurs.

δ -la valeur des biens acquis avec des fonds provenant de l'aliénation d'un bien originaire.

456 - L'opération se ramène à l'estimation d'un bien existant en nature dans le patrimoine de l'époux ; on renverra donc à ce qui a été dit à ce propos.

Finalement, l'éventualité d'une supériorité du patrimoine originaire ne tient pas aux règles d'évaluation de celui-ci ; elle est liée à la prise en compte du passif final.

b - la supériorité tient aux règles d'évaluation du patrimoine final.

457 - De l'actif final, il faudra déduire toutes les dettes qui n'ont pas encore été acquittées, sans exclure les sommes dues au conjoint.

Cette règlesest nécessaire pour une juste mesure des acquêts ; il serait faux d'établir un droit de participation sur des valeurs qui, en réalité, sont grevées de passif.

Mais, à vouloir répertorier tout le passif, on peut parfois s'exposer à la situation d'un passif excédentaire : le patrimoine final de l'époux sera négatif.

C'est en partant de cette observation, qu'il convient de relire l'article 1575 du code civil.

---

( 529 ) supra p. 142

2 ) la relecture de l'article 1575

458 - Pour que le patrimoine originaire d'un époux soit supérieur à son patrimoine final, il faut donc que ce dernier soit négatif.

Dès lors, l'article 1575 peut être réécrit de la manière suivante : "Lorsque le patrimoine final d'un époux est négatif, le déficit est supporté entièrement par cet époux".

L'article a maintenant un sens plus précis.

459- Avec l'analyse habituelle du patrimoine originaire, on ne serait jamais arrivé à cette conclusion ; certains auteurs l'ont retenue mais sans apporter de véritable justification ( 530 ). En effet, en faisant du patrimoine originaire, l'équivalent du patrimoine initial, on pouvait facilement y intégrer des valeurs qui n'existent plus à la liquidation (valeurs des biens aliénes lorsque le prix a été dépensé, biens consommés ou devenus obsolètes, biens détruits par cas fortuit...). Dans ce cas, il pouvait très bien y avoir suprématie du patrimoine originaire sans que pour autant le patrimoine final soit négatif.

En proposant une nouvelle conception du patrimoine originaire, on ne fait pas qu'éclairer l'article 1575 ; on lui donne aussi une portée qui nous paraît déterminante pour l'efficacité du régime.

---

( 530 ) Cornu, op. cit. n° 95 fait ainsi référence aux résultats multiples de l'opération. La doctrine, dans son ensemble a affirmé qu'il n'y avait pas de participation aux pertes et il semble bien que c'est l'extravagance de ces résultats qui a fondé sa position, plus que lecture de l'article 1575 qui, malgré tout, ne dit pas expressément qu'il n'y pas de patrimoine final négatif.(On ne trouve pas de formule équivalente à celle employée pour le patrimoine originaire.) Si la régle existe, il faut la chercher dans la suite du texte où il est dit que lorsqu'il y a supériorité du patrimoine final, il y a acquêt ; a contrario, cela signifie que dans le cas contraire, il n'y a pas d'acquêt.

## B - La portée de l'article 1575

Affirmer que le déficit final est supporté par l'époux conduit à deux conséquences (1) qui nous paraissent déterminantes eu égard au crédit de l'époux débiteur de participation (2)

### 1 ) Les conséquences de l'article 1575

Il y a deux conséquences ; l'une intéresse l'époux dont le patrimoine est déficitaire (a), l'autre touche son conjoint.(b)

#### a - pour l'époux dont le patrimoine est déficitaire

460 - Si le patrimoine d'un époux est deficitaire, le passif sera supérieur à l'actif, donc il n'y aura aucun acquêt.

La conséquence est automatique : l'époux ne pourra jamais être débiteur de participation.

En d'autres termes, et il n'est pas inutile de la formuler ainsi, l'existence d'une dette de participation suppose que l'on ait un actif supérieur au passif, d'où le terme légal "d'acquêts nets".

#### b - pour l'autre conjoint.

461 - En refusant d'affecter le patrimoine final d'un terme négatif, on évite que la créance de participation ne soit calculée en tenant compte du passif excédentaire.

Exemple :

Un époux possède une maison qu'il avait acquise avant le mariage. Cette maison se retrouve dans son patrimoine final, elle n'a reçu aucune modification ; elle représente une valeur de 200.000 F.

Pendant le mariage, l'époux s'est livré à une activité commerciale dont il sort criblé de dettes : il a un passif de 100.000 F supérieur à l'actif.

Dans ce cas, son patrimoine final sera inférieur au patrimoine originaire.

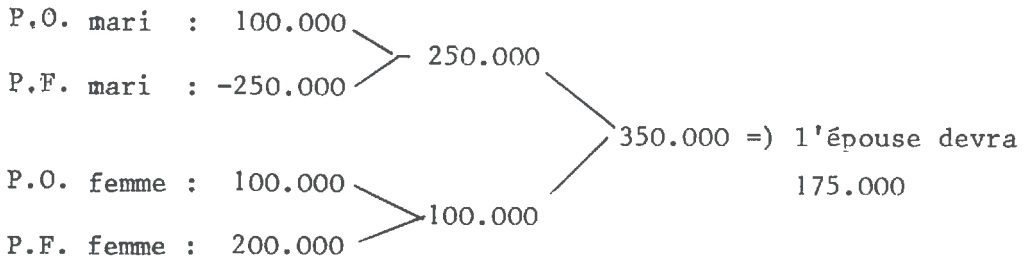
Dans le patrimoine originaire, on inscrira la valeur actuelle de la maison, soit 200.000 ; dans le patrimoine final on trouvera la maison originaire (200.000), certaines valeurs d'actif (100.000), mais il faudra retrancher 200.000 de dettes non encore acquittées, l'ensemble représentera une valeur de 100.000.

Dans cette situation, l'article 1575 ab initio, devra s'appliquer : le déficit sera supporté par l'époux. Le sens du texte apparaît alors, sa portée aussi.

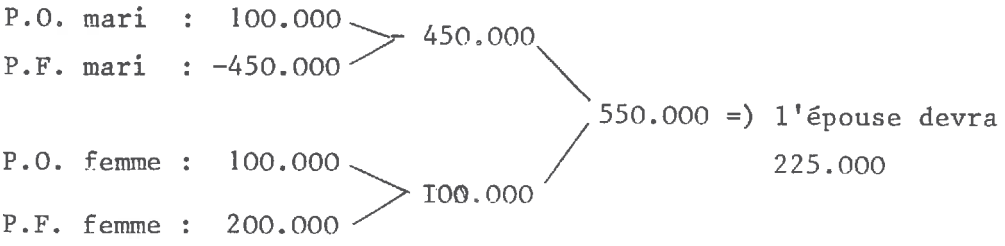
On aurait pu imaginer une autre solution ; sans l'article 1575, l'excédent "à partager" comprendrait les acquêts nets de l'époux plus le déficit constaté dans le patrimoine de son conjoint.

Les retombées auraient pu être désastreuses ; on les mettra en lumière en imaginant une liquidation où le déficit d'un époux serait égal à deux fois, puis à quatre fois, la valeur des acquêts de l'autre.

Ainsi :




Concrètement, l'épouse devra puiser sur ses valeurs originaires pour règler la dette de participation; le droit de conserver sera amputé.




Cette fois, l'épouse n'aura plus qu'à s'endetter aux fins de liquidation du régime matrimonial.

La formulation de ces deux conséquences, et notamment de la première, nous permettent d'aborder avec quiétude, la question du règlement de la créance de participation.

2 ) le crédit de l'époux débiteur de participation

La loi n'a pas donné beaucoup d'indications quant au règlement de la créance de participation ( 531 ) ; on peut penser pourtant qu'elle suffira à protéger les droits des créanciers de l'époux débiteur de participation (a) ainsi que ceux du conjoint créancier (b)

a - la protection des créanciers de l'époux débiteur de participation

462 - Ce n'est pas tant le règlement de la créance de participation qui peut porter préjudice aux créanciers de l'époux débiteur que le risque d'une insolvabilité organisée par les époux.

Si un époux est débiteur de participation, il le sera au maximum, pour la moitié de ses acquêts nets, c'est à dire pour la moitié de ses biens non grevés de passif.

Normalement, il n'y a pas à protéger les créanciers de l'époux puisque dans les comptes, les fonds nécessaires au paiement de leurs droits ont été isolés.

Seulement, on peut craindre que les époux agissent de concert pour organiser une insolvabilité que la liquidation du régime , en elle même, n'est pas susceptible de créer.

Entre la dissolution et la liquidation du régime, il sera facile à l'époux débiteur de dilapider le principal de ses acquêts, tout en se ménageant un moyen de règler en nature la créance de participation.

C'est par la crainte d'un tel scénario que le législateur a posé une règle qui nous paraît essentielle pour le crédit de l'époux débiteur : les créanciers conservent le droit de saisir les biens attribués au conjoint.

---

( 531 ) Les indications portent surtout sur la possibilité pour l'époux débiteur, d'obtenir en justice des délais, qui ne pourront,toutefois, pas éxcéder cinq ans.

Plutôt que de regretter le caractère exorbitant de cette règle eu égard au droit commun de la dation en paiement ( 532 ), il nous semble préférable de relever qu'elle constitue une moyen "de prévenir la collusion frauduleuse des époux" ( 533 ).

A ce titre, et par analogie, on n'aura aucune peine à l'étendre à l'attribution faite aux héritiers du conjoint prédécédé, tout comme les régles de protection du conjoint créancier, d'ailleurs

b - la protection du conjoint créancier de participation

463 - C'est encore le risque de dilapidation de son patrimoine par l'époux débiteur qui a justifié l'existence d'une hypothèque légale au profit du créancier.

Sur ce point encore, il n'est pas inutile de rappeler que la créance de participation est avant tout garantie par l'existence d'un actif net qu'elle amputera, au maximum, pour moitié.

En effet, on a pu douter de l'efficacité de cette hypothèque légale dans la mesure où, même si elle est inscrite pendant le mariage, elle ne prendra rang qu'à la dissolution ( 534 ). Dans la mesure où les immeubles concernés seront forcément libérés de passif, au moins jusqu'à hauteur de la créance de participation, la crainte ne nous semble pas justifiée.

---

(532 ) Flour, Cours de droit civil,4ème année de licence 1966-67 les Cours du droit p. 907 ; Marty et Raynaud op. cit. n° 481 p. 374 ; Ponsard, Aubry et Rau T. VIII n° 385 note 166.

(533 ) P. Rémy, "Observations sur l'article 1476, alinéa 4, du code civil" J.C.P. Not. 1980 Doct. p. 333 spéc n° 23.

Adde : Cornu, op. cit. n° 121

(534 ) Cornu, op. cit. n° 133

La recherche de la structure liquidative du régime éclaire ainsi le règlement de la créance de participation, au point qu'une étude isolée des modalités de ce règlement n'est guère envisageable.

464 - Tant que l'on aura affaire à une situation simple dans laquelle le calcul de la créance de participation se fera à partir de valeurs figurant effectivement dans le patrimoine de l'époux, les conclusions que nous venons de dégager permettent de penser que le règlement de cette créance se fera sans grandes difficultés.

Mais le droit de participer ne se mesure pas seulement sur les acquêts constatés ; il porte éventuellement aussi sur des valeurs réunies. Dans ce cas, la situation de l'époux débiteur de participation devra être réexaminée.

## CHAPITRE DEUXIEME :

## LE DROIT DE PARTICIPER AUX ACQUETS REUNIS FICTIVEMENT

465 - La notion de patrimoine final, comme celle de patrimoine originaire, est une notion comptable ; il n'y aura pas toujours concordance entre patrimoine final et patrimoine réel de l'époux.

Cela est dû à l'emploi d'une technique moderne du droit patrimonial de la famille qui consiste à rajouter au patrimoine, certaines valeurs qui n'auraient pas dû en sortir.

C'est ainsi, qu'en application de l'article 1573 du code civil, il faudra ajouter aux acquêts constatés dans le patrimoine, la valeur des biens qui ont été l'objet d'une donation entre vifs (sauf hypothèse de consentement du conjoint) et celle des biens qui ont été aliénés frauduleusement.

C'est ainsi également, qu'en vertu du prochain al. 3 de l'article 1574, la valeur des améliorations apportées, pendant le mariage, à des biens originaires donnés sans le consentement du conjoint, devra être ajoutée au patrimoine final.

L'étude du domaine de la réunion fictive (Section I) nous permettra d'en préciser les effets (Section II).

## Section I : le domaine de la réunion fictive

466 - Il y a au moins un point où la réforme attendue va dans le bons sens, c'est celui de la restriction du domaine d'application de la réunion fictive aux seules valeurs acquises pendant le mariage et à titre onéreux.

Sans attendre le projet du 22 mars 1985, nous avions déjà conclu dans le même sens ; il nous semble, en effet, conforme à la structure liquidative du régime de limiter la réunion fictive à certaines valeurs ( § I ).

En revanche, le projet n'a apporté aucune modification en ce qui concerne les actes concernés ; il s'agira toujours des aliénations gratuites ou frauduleuses ( § II ).

### § I - Les valeurs réunies.

467 - L'alternative est la suivante : ou bien l'article 1573 vise tous les biens de l'époux, ou bien il ne vise que les acquêts.

La réponse à cette question a déjà été donnée, au moins en partie, à propos de l'estimation des biens originaires donnés ; c'est dire qu'elle est directement liée à la notion de patrimoine originaire.

Analysant le "patrimoine originaire" comme l'expression du droit, pour l'époux, de conserver une partie de son patrimoine final, on chercherait vainement la signification d'une réunion fictive de valeurs originaires. A quoi servirait de réunir des valeurs qui doivent être immédiatement reprises par l'époux ?

La réunion fictive n'a de sens que si elle porte sur des acquêts.

Elle portera toujours sur un acquêt lorsqu'elle concernera une amélioration apportée à un bien originaire. Nous avons déjà énoncé que les plus-values apportées aux biens originaires étaient des acquêts. Le projet de loi ne rompt pas cette logique, bien au contraire, il la conforte.

468 - C'est parce qu'on n'a pas fait cette distinction en doctrine que l'on a été amené à certaines conclusions embarrassantes. Nous en avons relevé au moins trois.

La première a déjà été exposée ; elle tient aux différences entre les modes d'évaluation des biens originaires et des biens réunis fictivement.

Pour les biens donnés sans consentement du conjoint et pour ceux qui ont été aliénés frauduleusement, la différence tenait au choix des dates d'évaluation. En tant que biens originaires, on retenait leur valeur au jour de l'aliénation ; en tant que biens réunis, on s'attachait à la valeur au jour de la dissolution. Tous les auteurs ont dénoncé cette différence.

Pour les biens donnés avec consentement du conjoint, on arrivait à une situation totalement extravagante puisque le bien figurait dans le patrimoine originaire et était ignoré dans le patrimoine final.

En limitant la réunion fictive aux valeurs nées pendant le mariage, par l'activité de l'époux, on supprime de sérieuses difficultés de liquidation.

La seconde difficulté de l'application différenciée de l'article 1573 aurait tenu à exiger parfois le consentement du conjoint pour des actes portant sur des biens acquis avant le mariage ou reçus à titre gratuit. Au moins sur ces biens, cela conduisait à limiter les pouvoirs de l'époux comme dans aucun autre régime.

Enfin, l'appréciation de la fraude ne peut pas se faire de la même manière selon qu'il s'agit de l'aliénation d'un bien originaire ou d'un bien acquis pendant le mariage à titre onéreux.

Nous avons déjà indiqué (535) que la fraude portant sur un bien originaire consistait à déclarer avoir reçu plus que la contrepartie réelle. Lorsqu'il s'agit d'un acte portant sur un acquêt, la notion de fraude est exactement inverse. Il serait donc surprenant que sous l'expression "biens aliénés frauduleusement", le législatuer visât deux situations différentes.

Cette évocation de la notion de fraude nous amène tout naturellement, à l'étude des actes concernés par la réunion fictive.

## § II - Les actes visés.

469 - L'article 1573 peut être étudié pour ce qu'il dit et pour ce qu'il ne dit pas. S'il prévoit que la réunion fictive concernera tous les actes à titre gratuit réalisés sans le consentement du conjoint et tous les actes à caractère frauduleux (A), il n'est pas prévu de limite dans le temps : on prendra en compte tous les actes, quel que soit le moment auquel ils ont été réalisés (B).

---

( 535 ) voir supra p. 143

A - Il doit s'agir d'un acte à titre gratuit ou d'un acte frauduleux.

La réunion fictive intéresse les deux conjoints : l'un agit, et il faut se demander comment il agit (1), l'autre peut donner son consentemnet (2).

1 ) L'action d'un conjoint.

470 - Si on peut aimément définir l'acte à titre gratuit comme celui par lequel l'époux aura avantagé un tiers sans retirer lui-même un quelconque profit de l'opération. La notion de fraude a toujours suscité une cohorte d'interrogations. La récapitulation fictive de la valeur des acquêts aliénés frauduleusement n'échappe pas à cette règle. Pourtant, le législateur a cherché à faciliter les choses en créant, dans certaines hypothèses, une présomption de fraude. Nous distinguerons donc entre la fraude prouvée et la fraude présumée par la loi.

a - La fraude prouvée

471 - La difficulté sera de séparer la mauvaise gestion (non sanctionnée) et la gestion frauduleuse. Sans doute le plus sage serait de s'en remettre au juge en lui demandant d'apprécier chaque cas. On peut pourtant, au moins, en théorie, poser quelques questions.

On s'accordera à reconnaître que la fraude, c'est l'atteinte aux droits du conjoint ; l'article 1574, complétant l'article 1573 emploie cette expression (536). La logique de la liquidation nous conduit à dire que

---

(536) Cornu, op. cit. n° 84

Langlade J.P. "La fraude dans les régimes matrimoniaux" Thèse Paris II 1976 p. 199 et s. ; Chevalier - Dumas, "La fraude dans les régimes matrimoniauxn R.T.D.C. 1979 p. 40

ces droits seront mis en échec chaque fois qu'un acte aura été faussement présenté comme onéreux. Si l'équilibre de l'acte est respecté, un bien sortira du patrimoine, un autre, de valeur comparable, y entrera. Dans ces conditions, l'opération n'aura qu'une influence limitée sur le montant des acquêts nets et donc sur l'importance de la créance de participation. Ce qu'il faut éviter, c'est qu'un bien sorte du patrimoine sans qu'il y ait de contrepartie. C'est le cas de l'acte à titre grauit, c'est également le cas de l'acte à titre onéreux franduleux.

427 - Même après cette précision, on peut discerner différentes hypothèses. Il n'y aura pas de difficultés pour dire que l'acte est frauduleux lorsqu'aucune contrepartie ne sera venu compenser la perte subie dans le patrimoine. Pour une illustration, on peuse au prix de vente fictif ou dérisoire. En revanche, on peut poser la question de savoir si la seule insuffisance de contrepartie peut justifier la fraude .

La fin de l'article 1573 accréditerait une réponse négative et donc, une conception stricte de la notion de fraude. On pourrait faire remarquer que la loi présume le caractère frauduleux de toute aliénation à charge de rente viagère ou à fonds perdu. Cette disposition évoque celle qui est contenue dans l'article 918 du code civil. Or, ce texte a été établi pour lutter contre certaines pratiques qui consistaient à déclarer une rente viagère dont on ne réclamait pas les arrérages (537). On peut se demander si le législateur n'a pas visé, dans l'ensemble de l'article 1573, des cas d'aliénation sans aucuen contrapartie. Au demeurant, une telle restriction aurait l'avantage de la simplicité.

La doctrine ne semble pas s'être engagée dans cette voie ; elle retient aussi bien l'insuffisance que l'absence de contre partie (538).

---

(537) Mazeaud, Droit civil T. IV Vol. 2 n° 919 par De juglart

(538) Morin, op. cit. n° 502 b ; à un degré moindre, Cornu, op. cit. n° 85 lorsque cet auteur distingue la présomption de gratuité de l'article 918 du code civil et l'article 1573.

Au fond, on ne peut qu'être d'accord avec cette position ; l'époux subira un préjudice dans les deux hypothèses. Le seul grief que l'on pourrait faire à la conception extensive de la notion de fraude serait d'entraîner des difficultés de preuve. En réalité, ce grief ne nous paraît pas fondé dans la mesure où on raisonne sur des données connues : le prix de vente et la valeur du bien au jour de l'aliénation. Il appartiendra à l'époux lésé de rapporter la preuve de la différence qui existe entre ces deux valeurs.

Une fois que cette différence sera établie, il restera à se demander si l'on est en présence d'un prix frauduleux ou d'un prix simplement faible. A cet égard nous ferons une remarque pour préconiser une "présomption" de prix frauduleux. En effet, dans certains cas on assistera à une stipulation de prix faible avec paiement dissimulé du véritable prix. De telles pratiques sont à craindre dans la période qui précèdent la liquidation. On imagine quelles seront les difficultés de l'époux qui désirera rapporter la preuve de tels agissements.C'est pourquoi nous pensons qu'il est préférable de demander à l'époux d'établir la sincérité du prix. On nous objectera qu'une telle preuve est quasiment impossible. Ce à quoi on pourra répondre qu'en définitive le choix concerne l'époux à protéger, que dans ces conditions il nous paraît logique de mettre au meilleur rang l'époux qui aura déjà démontré la faiblesse du prix.

Dans son application ce procédé de présomption méritera une précision. Il faut prendre garde de ne pas rendre l'article 1573 trop draconien ; la récapitulation fictive ne portera que sur la partie de prix qui est présumée avoir été dissimulée. On doit faire comme si le bien était encore dans le patrimoine de l'époux. Il ne faut donc pas tomber dans l'excès contraire qui consisterait à réintègrer dans le patrimoine plus que la valeur du bien.

473 - Indubitablement, certains seront tentés de faire glisser la présomption de fraude du cas de prix faible au cas de prix normal lorsque l'acte a été passé peu de temps avant la dissolution. En l'occurence, ils pourraient s'appuyer sur au moins une position doctrinale(539). A l'instar de la période suspecte en matière de procédures collectives, on déterminerait une période pendant laquelle tous les actes passés par un époux seul seraient présumés frauduleux. Sans vouloir anticiper sur cet éventuel débat, nous ferons remarquer qu'à la différence de ce qui se passe en cas de réglement judiciaire ou de liquidation de bien, il ne sera pas possible de fixer un jour précis qui marquera le début de cette période. Il ne saurait en effet, être question ici d'état de cessation des paiements. Sur le fond, il nous paraît dangereux d'admettre une telle extension. Nous nous contenterons du droit commun : ce sera à l'époux qui prétend que le prix a été dissimulé d'en faire la démonstration. Il ne faut pas oublier que, contrairement à l'hypothèse précédente, nous sommes dans un cas où le prix est normal. Autant on peut se montrer exigeant avec l'époux qui a vendu un bien pour un prix inférieur à sa valeur, autant il serait mal venu de suspecter l'époux qui a réclamé un prix normal.

Certes la loi se montre elle même favorable à la technique de la présomption, mais elle se limite à deux cas très précis : l'aliénation à charge de rente viagère et à fonds perdu.

---

(539) Ponsard Aubry et Rau T. V, III n° 372, § 533 note 94

b - la fraude présumée par la loi.

474 - Les aliénations à charge de rente viagère ou à fonds perdu sont présumées être frauduleuses lorsque le conjoint n'a pas donné son consentement à l'acte. Dans son inspiration fondamentale, la disposition n'est pas nouvelle(540 ).

Tous les auteurs considèrent qu'il s'agit là d'une présomption irréfragable.(541) La loi ne le dit pas et on peut se demander s'il n'est pas possible de laisser au moins une chance à l'époux de prouver que l'opération qu'il a réalisée n'était pas faite dans l'intention de porter préjudice aux droits de son conjoint.

L'argument essentiel en faveur du caractère irréfragable se fonde sur la jurisprudence qui a toujours admis qu'il était impossible d'écarter l'application de l'article 918 du code civil par la preuve rapportée du caractère réellement onéreux de l' liénation (542 ).

475 - Il n'est pas certain que cette jurisprudence vaille encore pour l'article 1573 du code civil. Il existe entre les deux textes une différence essentielle : l'article 918 pose une présomption de gratuité alors que l'article 1573 pose une présomption de fraude.(543) Le donataire ne pourra même pas demander qu'il lui soit tenu compte du prix qu'il prétend avoir payé ; la valeur rapportée sera toujours celle des biens aliénés. La présomption de gratuité s'explique par le fait que les deux contractants sont liés par un lien de famille qui fait de l'un le successible de l'autre. Lorsqu'on présume la fraude, rien ne permet de dire qu'un tiers se trouve dans une situation prédestinée à l'entente avec l'époux. Ce qui fonde la présomption de fraude, c'est seulement le caractère aléatoire de l'opération. Il ne nous paraît donc pas impossible d'admettre que la présomption de l'article 1573 in fine du codé civil est une présomption simple.

---

(540) A l'évidence, elle s'inspire de l'article 918 du code civil qui présume que l'aliénation à charge de rente viagère ou à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit, cache une donation de l'auteur à l'un de ses successibles.

(541) Cornu op. cit. n° 85 ; Colomer op. cit. n° 150 ; Morin op. cit. n° 502 b Mazeaud op. cit. n° 565 ; Ponsard sous Aubry et Rau n° 372 § 553 p. 624 et commentaire n° 80

(542) Civ. 24 août 1874 D.P. 1875 I.129 ; 28 déc. 1937 D. 1940 1 41 note Holleaux.

(543) Cornu op. cit. n° 85

2) le consentement de l'autre conjoint

Cette hypothèse de consentement suscite deux interrogations.

a ) Le consentement exclut-il la fraude ?

476 - Il est certain que l'époux qui a donné son consentement à une aliénation à titre gratuit ne pourra plus demander la réunion fictive. Cela ressort très clairement de l'article 1573. En revanche ce texte ne précise pas quelle sera la portée du consentement donné à un acte à titre onéreux. Or, on peut penser que dans la pratique l'auteur de l'acte cherchera à obtenir l'adhésion de son conjoint. En effet, la qualification d'acte frauduleux aura un certain nombre de conséquences. Dans le prolongement de la récapitulation fictive, il faut mentionner l'éventualité de l'action en révocation qui permet de revenir sur l'acte frauduleux en cas de mauvaise foi du tiers. Afin d'éviter que l'acte soit déclaré frauduleux, l'époux va demander l'intervention de son conjoint. Cette intervention sera-t-elle un obstacle définitif à la récapitulation fictive ?

La réponse dépend des motifs invoqués à l'appui de la qualification d'acte frauduleux. De plus certains auteurs proposent d'examiner l'étendue du consentement.

Il sera certainement impossible de demander la reconnaissance de la fraude pour prix trop faible. Dans ce cas, l'époux consentant est censé avoir sciemment abandonné les droits qu'il pouvait avoir sur une partie de la valeur du bien. En revanche, si la fraude est constituée par le caractère fictif de l'opération, rien ne s'oppose à ce que le conjoint puisse réclamer la récapitulation de la valeur du bien dans le patrimoine final de l'époux. En effet, son consentement portait sur un acte dans le quel un prix avait été stipulé; il n'était pas en mesure de deviner que ce prix ne serait pas payé. Il lui suffira de prouver cette dissimulation de prix.

477- En ce qui concerne la portée du consentement, deux auteurs prétendent que l'intervention du conjoint peut être limitée à garantir le tiers contre toute poursuite qu'il pourrait exercer contre lui sur le fondement de l'article 1577 (544)

---

(544) Morin op. cit. n° 502 b ; Ponsard comm. n° 180

Peut-on admettre, dans ces conditions, que l'époux intervenant conserve le droit de demander la récapitulation fictive ? Cela ne nous semble pas possible. Il paraît très difficile de considérer l'acte comme frauduleux au sens de l'article 1573 et refuser, dans le même temps, l'application de l'article 1577. Ce cloisonnement du consentement est irréalisable, qu'il s'agisse d'un acte à titre onéreux en général ou d'une aliénation à charge de rente viagère ou à fonds perdu.

En effet, on imagine mal les deux articles séparés l'un de l'autre. Une intervention de l'époux limitée à garantir les tiers ne se conçoit pas pour la simple raison qu'au moment de cette renonciation, l'époux ne peut pas en mesurer la portée. Il n'est pas possible de savoir, à l'avance, si la créance de participation déterminée en tenant compte des valeurs réunies pourra être payée avec les seuls biens existants ; tout dépendra de l'importance de ces derniers. Or, si l'époux créancier s'est privé de tout recours contre les tiers, on risque d'aboutir à une réunion fictive tout à fait inutile.

b) ce consentement peut-il être donné a posteriori ?

478 - L'article 1573 envisage le consentement donné au moment de l'acte, c'est du moins la lecture classique qu'on en fait. Peut-on admettre que ce consentement soit donné au moment de la liquidation. Sans hésitation nous répondrons oui. On peut d'abord observer que rien dans l'article 1573 ne s'oppose à cette solution. On peut ensuite affirmer que l'époux sera placé au moment de la liquidation dans des conditions idéales pour apprécier la portée de son intervention, ce qui justifie un raisonnement a fortiori.

B - Faut-il limiter dans le temps la récapitulation fictive ?

479 - Dans les droits étrangers, la récapitulation fictive n'est possible que pour des actes qui ont été passés dans une période assez proche de la liquidation. Ainsi, en droit suédois, l'action ne pourra être intentée que si l'acte n'a pas plus de cinq ans (545), le délai est porté à dix ans en droit allemand (546) et dans le projet Vermeylen (547).

Les fondements de ces règles sont doubles. On les présente souvent (548) comme une simplicité probatoire, l'écoulement du temps rendant parfois difficile la preuve du caractère frauduleux. Mais on envisage également une renonciation tacite du conjoint à critiquer l'acte (549).

480 - Faut-il transposer ces solutions en droit français ? Nous distinguerons entre les cas de récapitulation.

Il n'y aura aucune difficulté à retrouver les donations entre vifs puisque l'article 932 du code civil impose qu'elles soient faites devant noraire. Il n'est donc pas opportun de limiter la récapitulation

---

(545) Art. 6a du Chapitre VI du code suédois du mariage issu de la loi du 11.06.1920

(546) § 1375 B.G.B. al. 2

(547) Houben (M) op.cot. spéc. p. 506

(548) Soergel-Siebert, Bügerliches Gesetzbuch IV Familienrecht 1963 § 1375 n° 15 p. 115, cité par M. Honben précité

(549) Doc. Parl. du projet Vermeylen, n° 138 p. 19 cité

En revanche, cette prescription peut simplifier les choses dans l'éventualité d'actes frauduleux. Pourtant, nous pensons qu'elle peut se révéler dangereuse pour le fonctionnement du régime. En effet, si on met en place une prescription, il faut donner le moyen à chaque époux d'en écarter les effets sous certaines conditions. On peut difficilement imaginer qu'un époux qui a conscience de la fraude ne puisse rien faire pour lutter contre celle-ci. Il faudrait donc assortir le système d'une clause qui permettrait à la victime de la fraude de faire consigner les agissements de son conjoint pour ensuite faire valoir l'article 1573 du Code civil même en cas de dépassement du délai. Ce serait instaurer un véritable climat de méfiance dans un régime où on recherche l'indépendance. Ce serait en effet, encourager chaque époux à surveiller les activités de l'autre dans l'espoir de se protéger contre la prescription. Nous conclurons donc au rejet d'une telle limite.

481 - La question rebondit si la limite temporelle n'est plus envisagée comme une prescription, mais comme une règle de fond contre laquelle on ne peut rien. Une telle analyse implique que l'on modifie les fondements proposés par la doctrine étrangère. On retrouverait alors une certaine idée de période suspecte selon laquelle l'article 1573 devrait s'appliquer surtout aux actes récents. En considération du rôle qu'est appelée à jouer la réunion fictive, nous ne voyons pas ce qui pourrait justifier une telle limite. Il convient de protéger la réalité de la créance de participation pendant toute la durée du régime, c'est pourquoi nous nous inscrivons contre une importation de cette particularité étrangère.

## Section II - Les effets de la réunion fictive

Même si elle est appelée à jouer au moment de la liquidation (§ II), la réunion ficitve a des effets sur le fonctionnement du régime (§ I).

### § I = La réunion fictive et le fonctionnement du régime de participation aux acquêts.

482 - L'article 1569 du code civil expose un principe très net : "...Chacun d'eux (les époux) conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels, sans distinguer entre ceux qui lui appartenaient au jour du mariage ou qui lui sont advenus depuis par succession ou libéralité et ceux qu'il a acquis pendant le mariage à titre onéreux".

En consacrant l'indépendance qu'on entend assurer aux époux, cette règle apparaît comme une caractéristique essentielle du régime. Dans sa généralité, elle semble s'opposer à toute surveillance de la gestion d'un époux par son conjoint. Faut-il en conclure que les droits de ce dernier seront sacrifiés ? Certainement pas.

La solution contenue dans l'article 1573 crée un habile équilibre entre les intérêts des deux époux. L'époux est libre de gérer seul, mais, si l'acte est susceptible de léser son conjoint, on fera comme s'il n'avait jamais existé, en incorporantla valeur du bien litigieux dans les acquêts de l'époux malveillant.

Curieusement, l'article 1573 du code civil ne doit pas être considéré comme une entrave à l'indépendance des époux ; on s'apercevra, au contraire, qu'il est le complèment normal de l'article 1569 (B). Une étude des précédents projets français et des modèles étrangers montrera que grâce à cette technique de récapitulation fictive, on a pu faire l'économie de certaines limites habituelles au pouvoir de chaque époux (A)

A ) Les précédents historiques et les modèles étrangers

La recherche montrera, dans les deux cas, l'attachement des législateurs à certaines techniques destinées à protéger le droit de participation de chaque époux.

1 - la liberté de gestion dans les projets français antérieurs à 1965.

483 - Un seul de ces projets consacre de manière irréfutable la liberté de gestion ; il s'agit de la proposition Poinso-Chapuis (550 ) Les autres textes s'emploient à limiter les pouvoirs des époux ( a ) ; pourtant une technique de conciliation fondée sur l'idée de récapitulation fictive avait été proposée en doctrine dès 1950 ( b ).

a - les diverses limites aux pouvoirs de gestion.

484 - Tous les projets posent le principe de la cogestion pour les actes à titre gratuit ; les actes à titre onéreux obéissent, eux, à des régimes divers.

α La constante : l'obligation de gestion conjointe pour les actes à titre gratuit.

485- On la rencontre déjà dans le projet Renoult : un époux ne pourra disposer à titre gratuit sans le consentement de son conjoint, sauf pour les cadeaux et présents d'usage. Toutefois, lorsque la donation est faite à un enfant né du mariage ou d'un précédent mariage, le conjoint donateur pourra demander à la justice de pallier l'absence de consentement (art. 1893-15 du projet)

---

(550) Proposition Poinso-Chapuis, séance du 1 02 1951, Doc 1951 A.N. annexe n° 12050, l'article 1581 (b) pose le principe selon lequel chaque époux conserve la propriété, la jouissance, l'administration et la libre disposition de ses biens. Ce principe n'est assorti d'aucune limite. La seule obligation est celle de contribuer aux charges du mariage.

On retrouve une disposition analogue dans la proposition Monnerville (551) et dans l'article 27 al. 1 de l'avant projet de la Sous-commission mise en place par la Commission de réforme du code civil.(552) Enfin, les projets Michelet et Marcilhacy reprennent aux aussi cette solution. (553)

β- les variantes : les différentes limites au pouvoir de disposer à titre onéreux.

Plusieurs règles ont été proposées.

- le projet Renoult et la proposition Monnerville : la possibilité d'opposition

486- L'article 1396.16 du projet Renoult indique que lorsque l'aliénation ou la constitution d'hypothèque sont de nature à compromettre le droit aux acquêts de l'autre conjoint, celui-ci peut faire opposition à l'acte et en demander la nullité, s'il a été passé au mépris de cette opposition avec un tiers qui en avait connaissance. On retrouve la même possibilité d'opposition dans la proposition Monnerville(554). De même, les deux documents laissent au Président du tribunal le soin de lever l'opposition si l'époux donne les garanties suffisantes.

On pourrait ajouter la proposition Calliavet, mais celle-ci n'est qu'une reprise de la proposition Monnerville, elle ne présente donc pas un grand intérêt (555)

---

(551 Proposition Monnerville Doc. 1946 A.N. annexe n° 815 ; 2ème séance du 30 mars 1946

(552) Travaux de réforme du code civil, p. 157

(553) Projet Michelet, Doc. Sénat, 1959 n° 23 ; Projet Marcilhacy, Doc. Sénat 1962-1963 n° 98

(554) art. 1398 XVI de la proposition Mo-nerville

(555) Proposition Calliavet . Doc. A.N. 1950 T. II p. 2232 annexe n° 11675

- le projet adopté par la sous-commission de réforme du Code civil : l'obligation de gestion conjointe sélective

487- Selon l'article 27 al. 2 du projet, le consentement du conjoint ou son acquiescement sont nécessaires pour les actes à titre onéreux portant sur des immeubles, des fonds de commerce ou sur des meubles affectés à la vie courante du ménage ou à l'exercice de la profession.

- les projets Michelet et Marcilhacy : la référence à la liberté contractuelle.

488- Les actes de disposition à titre onéreux ne sont soumis à une obligation de gestion conjointe que si cela a été prévu dans le contrat de mariage. On ne peut que relever l'originalité de cette solution. Il faut sans doute y voir le souci d'un compromis entre la gestion libre et la gestion conjointe: le principe reste celui de la liberté, mais il est rappelé aux parties qu'elles peuvent en décider autrement.

b - l'emploi du système de la réunion fictive, la thèse de M. Deprez.

489- S'inspirant peut-être de ce qui existe dans le régime suédois, M. Deprez prévoit que la valeur des biens aliénés à titre gratuit sans le (556) consentement du conjoint, devra être réunie fictivement à la masse des acquêts. Cette proposition de thèse mérite quelques explications.

D'abord, il faut observer qu'elle se situe dans une perspective de conciliation (déjà) de la liberté de gestion et de la défense des intérêts du conjoint. En effet, l'auteur n'apporte par ailleurs aucune restriction aux pouvoirs des époux.

Ensuite, il faut la replacer dans le système de participation choisi par M. Deprez. Il s'agit d'une participation en nature qui se concrétisera par le partage d'une masse de biens. Celle-ci sera établie à la dissolution

---

(556) Deprez, Thèse op. cit. p. 153, art. 7 de la formule proposée par l'auteur.

et elle comprendra tous les acquêts faits par les époux, ensemble ou séparément. Dès lors, la réunion fictive ne joue pas tout à fait le même rôle qui celui qui est prévu à l'article 1573 du Code civil. Il ne s'agit plus de reconstituer le patrimoine d'un conjoint, mais une masse de biens que l'on peut qualifier de "communs". Pourtant, l'esprit est le même : on cherche à faire disparaître les effets d'un acte sans pour autant l'annuler. On fera comme si le bien était encore dans le patrimoine de l'époux, ce qui permettra au conjoint d'en bénéficier, pour la moitié, en valeur.

On observera que cette réunion fictive n'est possible que pour les biens acquis pendant le mariage. S'il s'agit d'un bien acquis avant ou pendant par succession ou libéralité, l'acte de donation ne débouchera pas sur la récapitulation dans la mesure où le bien n'a pas á entrer dans la masse des acquêts.

490 - On peut se demander pourquoi cette position est restée isolée. Notre sentiment est que la technique de récapitulation fictive était trop neuve pour être adoptée. Souvent, nous avons montré que, historiquement le régime de participation aux acquêts a été considéré comme une simple adaptation du régime de communauté. On se contentait de transposer les règles de ce dernier dans la phase liquidative de la participation. sans imaginer que ce régime pouvait avoir une structure liquidative spécifique.

Ouoi qu'il en soit, le mérite de M. Deprez est d'avoir compris que l'appréhension de la valeur du bien pouvait permettre de concilier la liberté de gestion et la vocation communautaire du régime. C'est ce que fera sept années plus tard, la loi allemande du 18 juin 1957. L'histoire française du régime explique peut-être certaines règles de droit comparé.

2 ) La liberté de gestion en droit comparé

Il est assez intéressant de relever que les législations étrangères ne se satisfont pas du système de rèunion fictive ( a ), qu'elles y ajoutent des restriction aux pouvoirs de gestion.( b )

a- les restrictions aux pouvoirs de gestion.

Il existe deux sortes de restrictions. la première se présente sous la forme d'une directive générale de gestion, alors que la seconde, plus directe, met en place une véritable obligation de gestion commune.

α. Une directive générale de gestion : la référence à l'intérêt commun des époux.

491 - Deux régimes présentent cette caractéristique, encore que le second n'a existé que sous forme de projet.

- Le régime suédois.

L'article 3 du chapitre VI du code du mariage issu de la loi du 11 juin 1920 dispose que : "L'époux devra administrer ses biens matrimoniaux avec soin, afin qu'ils ne soient pas indûment amoindris au détriment de l'autre époux" C'est, pour le régime suédois, la première atteinte au principe de la libre disposition énoncé dès l'article 2 du même code.

Il est vrai que cette formule n'a pas donné lieu à des remarques particulières dans les différentes études du régime ( 557 ).

---

( 557 ) Voyez néanmoins, Turpin de Crisse, mémoire précité p. 49 : Hillert et Hessler in "Lé régime matrimonial légal dans les législations contemporaines" edt. 1974 p. 651 et s. spéc. p. 652

Si l'un des époux peut être accusé d'être à l'origine d'une diminution notable de ses biens, l'autre époux pourra excercer une récompense sur les biens matrimoniaux, voire sur les biens propres, en cas d'insuffisance d'actif (Art. 6 chap. XIII).

- Le projet Vermeylen

492 - L'article 14 § 1 al. 2 assigne une ligne de conduite à la gestion de chaque époux : "Chacun est tenu de gérer ses biens au mieux des intérêts de la famille". On a fait remarquer que la relation qui s'établit ainsi entre le pouvoir de gestion et sa finalité justifiait, non seulement un devoir positif de bien gérer, mais aussi une condamnation de la simple passivité préjudiciable aux intérêts de la famille (558).

Après cette description, on fera simplement remarquer que ces deux régimes mettent en place une participation différente. Dans le premier, il s'agit d'une participation en nature alors que dans le second, il s'agit d'une participation en valeur. Il ne faudrait donc pas penser que cette directive de gestion puisse être liée à un type de participation.

---

(558) M. Houben "La participation aux acquêts" Etude du régime légal organisé par le projet de loi du Ministre Vermeylen Ann. Fac. de Liège 1970 n° 3 p. 461 spéc. p. 483 et note 68

β. la mise en place d'une obligation de gestion conjointe.

Une telle obligation se rencontre dans plusieurs droits : le droit suédois, le droit allemand, dans le projet Vermeylen, dans le droit des pays d'Amérique du Sud et enfin dans le droit québécois.

- Le régime suédois.

493 - L'obligation de gestion conjointe qui est mise en place est très forte ; elle s'apprécie différemment selon qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles.

Le sort des immeubles est régi par l'article 4 du Chap. III du code du mariage ; aucune aliénation ne constitution d'hypothèque ne pourra être réalisée sans le consentement du conjoint lorsque ce dernier a des droits matrimoniaux sur l'immeuble. Le consentement sera exprimé par écrit et certifié par deux témoins. L'acte réalisé au mépris de ces conditions est déclaré nul par le juge sur demande du conjoint. Ce système est seulement tempéré par la brièveté du délai de prescription de l'action en nullité. D'une part, l'action devra être exercée dans les trois mois à dater du moment où l'époux a eu connaissance de l'acte ; d'autre part, elle ne pourra jamais dépasser le délai d'un an à compter de la publicité de l'acte d'aliénation ou de constitution de l'hypothèque.

On admettra facilement qu'une telle règle porte atteinte au principe de liberté de disposition.

La gestion des meubles est plus souple ; elle n'est soumise à l'obligation de cogestion que pour certains biens seulement et, de surcroît, la sanction n'est pas immédiate puisque l'article 5 du chapitre portant

code du mariage impose pour qu'il y ait gestion conjointe que deux conditions soient réunies. Il faut tout d'abord que le meuble soit l'objet d'un droit matrimonial du conjoint (comme pour les immeubles) et il faut, ensuite et surtout, que ce bien fasse partie des biens destinés à l'usage commun des époux ou qu'il constitue un instrument de travail nécessaire au conjoint ou enfin, qu'il soit destiné à l'usage personnel des enfants. L'acte passé sans le consentement du conjoint sera annulé en cas de mauvaise foi de la part du cocontractant. Le délai de prescription est le même que celui qui est mis en place pour les immeubles.

- Le régime allemand

494 - En allemagne la gestion conjointe est organisée par les articles 1365 et 1369 du B.G.B. Ces textes précisent que le consentement du conjoint est requis lorsqu'un époux veut s'obliger à disposer de l'ensemble de son patrimoine ou d'un bien faisant partie du mobilier du ménage.

1ère règle : elle se décompose en deux idées, il y a la règle proprement dite, et la sanction.

"Un époux ne peut s'engager à disposer de l'entiéreté de sa fortune qu'avec le consentement de son conjoint"

495 - Dans son application, cette exigence a conduit à un nombre important de difficultés car, souvent un terrain (ou un autre bien important) va constituer l'élément essentiel de la fortune (559), faut-il appliquer l'article 1365 ?

Dans un premier temps on a respecté la lettre du texte (560).

Mais, on a très vité démontré qu'ainsi interprétée, la prescription légale perdait toute sa portée pratique : le patrimoine dans son entier

---

(559) G. Beitzke, Familienrecht Aufl 22 p. 97

(560) Kommentar zum B.G.B. § 1364 Rdn 1

sera rarement l'objet d'une opération juridique (561 ).

C'est pourquoi doctrine et jurisprudence allemandes se sont assez vite prononcées pour une interprétation extensive de l'article 1365. Celui-ci s'appliquera chaque fois que l'aliénation porte sur un ou plusieurs objets constituant la quasi totalité du patrimoine (562 ).

Cette position a entraîné un phénomène rapporté par plusieurs auteurs, notamment par Beitzke (563 ). En cas de disposition de biens fonciers, l'accord de l'autre époux doit être communiqué sous forme authentique au magistrat chargé de la tenue des livres fonciers, celui-ci demandera l'accord du conjoint lorsqu'il considérera que le bien représente la fortune du disposant. Comme on a assité à une dilution du terme disposition, dans son sens juridique et technique, la plupart des fonctionnaires exigent des preuves pour être certains de ne pas se trouver dans l'hypothèse de l'article 1365, ce qui oblige les notaires à aller chercher cet accord de manière systématique (564 ).

D'autres conséquences ont été relevées en matière de droit des sociétés (565 ) et l'on recommande aux époux, ce qui semble possible, de rejeter la règle par une clause du contrat dès lors qu'ils envisagent une activité commerciale.

---

( 561) Bernstorff, in "Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines" edt. 1974 p. 71 et s. spéc. p. 75

( 562) O.L.G. Hamm, 15 sept. 1959, famRZ 1960 p. 199 ; B.G.H. 28 avril 1971 ; B.G.H.Z. 35.135.143, FamRZ 1961 p. 302 ; 26 février 1965 B.G.H.Z. 42.174 famRZ 1965 p. 258 cités par Rieg, O.L.G. Köln N.J.W. 1971 2312
adde : J.C.L. droit comparé Allemagne 2ème fasc. n°4
Labrusse Riou, Thèse précitée n° 204 p. 220
Dölle, Familenrecht § 52 I p. 752

( 563) G. Beitzke, Familienrecht, Aufl. 22 p. 97

( 564) Hanoteau, Bibliothèque de la Faculté de droit de Louvain VII T.V "Le conjoint survivant en droit allemand p. 374 spé. p. 379, qui est plus nuancé que Beitzke

( 565) Bernstorff, op. cit. et loc. cit. qpéc. p. 77
Hanoteau, op. cit. et loc. cit.
Rittner, Handelsrecht und Zugewinngemeinschaft, Die Bedeutung des § 1365 B.G.B. im Handelsrecht, FamRZ 1961 p. 1 ; Tiedau, Gesellschaftsvertag und neues Guterrecht M.D.R. 1959 p. 253 ; Eiselt, Die Bedeutung des § 1365 für Gesellschaftsvertrage, J.Z. 1960 p. 562 (cités par Mme Labrusse Riou)

L'interprétation extensive gagnant, on a même été jusqu'à appliquer une proportion mathématique en estimant qu'il y avait disposition de tout le patrimoine chaque fois que la valeur aliénée dépassait les 7/10ème (566). Il semble toutefois que cette solution soit restée isolée (567).

Le plus souvent, le § 1365 est appliqué à des actes de disposition portant sur une exploitation agricole, une entreprise commerciale ou artisanale, une maison d'habitation ou un terrain à construire (568).

Une autre hésitation est apparue en ce qui concerne la détermination des actes visés par l'interdiction ; on s'est demandé, notamment, si c'était disposer de son patrimoine in globo que de grever par un gage immobilier un bien qui représente son seul capital. Aujourd'hui, il semble bien que tous les actes sont concernés, excepté la disposition à cause de mort (569).

---

(566) L.G. Berlin 21 déc. 1972, FamRZ 1973 p. 146 (cité par Rieg)

(567) Voir O.L.G. Hamm 28 avril 1970, O.L.G.Z. 1971, 66 qui refuse d'appliquer le 6 1365 à une aliénation d'un montant de 50.000 D.M. alors que le patrimoine avait une valeur totale de 60.000 D.M.

(568) Rieg, "La participation aux acquêts en Allemagne et en France, deux visages d'une même institution" précité, Mélanges Marty spéc. p. 927

(569) ont répondu affirmativement : L.G. Detmold 13 août 1958, N.J.W. 1958 p. 1729 ; L.G. Bielefeld, 25 août 1958 FamRZ 1958 p. 376 ; L.G. Siegen 1er décembre 1958, Fam RZ 1959.64 (cités par Amiod de Dardel et par Mme Labrusse-Riou)
ont répondu négativement : L.G. Kiel 17 décembre 1959, J.Z. 1959.p. 315 ; O.L.G. Hamm, 18 Mars 1960, FamRZ 196P p. 276 ; O.L.G. Frankfurt, 7 juillet 1960 FamRZ 1960. 500

La question n'est plus abordée dans les études plus récentes, voir Rieg précité.

"S'il s'est engagé sans le consentement de son conjoint, il (l'époux) ne peut remplir son engagement que si son conjoint y consent.

496 - C'est la sanction de la règle ; il faut tout de même observer que selon la suite de l'article, le Tribunal des Tutelles peut suppléer au défaut de consentement lorsque l'acte est conforme aux principes d'une gestion normale.

Concrétement, les paragraphes 1366 et 1367 établissent une distinction entre l'acte unilatéral, forcément inefficace, et le contrat qui peut devenir efficace si le conjoint le ratifie. Entre le jour du contrat et celui de la ratification par le conjoint, le tiers cocontractant peut révoquer le contrat, sauf s'il connaissait la situation d'époux ou s'il savait, au moment de la conclusion de l'accord que le conjoint n'avait pas donné son consentement. Le tiers peut aussi mettre en demeure l'époux disposant d'obtenir, dans les deux semaines, l'accord nécessaire.

Lorsqu'elle sont appelées à s'appliquer à un acte de disposition portant sur la totalité du patrimoine, la jurisprudence, afin de protéger le commerce juridique, rejette ces sanctions si on ne rapporte pas la preuve que le tiers contractant avait connaissance du fait que le bien représentait l'essentiel de la fortune de l'époux (570 ).

---

(570) O.L.G. Hamm. 21 mars 1960 , N.J.W. 1960, p. 1466 ; O.L.G. Frankfurt 25 août 1960, N.J.W. 1960, 2002 ; B.G.H. 26 février 1965, B.G.H.Z. 43 174, 176 et s. , Fam RZ 1965, p. 258, B.G.H. 17 janvier 1969 FamRZ 1969 p. 322

Cette question est traitée par Rieg, article précité p. 927

2ème règle :

> elle est fixée par le paragraphe 1369 : "L'un des époux ne peut disposer des objets du ménage qui lui appartiennent et il ne peut s'engager à en disposer que si l'autre époux y consent"

497 - Cette seconde disposition a suscité moins de débats que la première, il a pourtant fallu préciser la notion d'"objets ménagers". Par objets du ménage (Haushaltgegenstände) il faut entendre : les meubles meublants, les appareils domestiques, vaisselle, linge de maison ... c'est à dire toutes les choses mobilières destinées à être utilisées par la famille (571 ).

D'ailleurs, il semble bien que cette idée d'affectation des meubles à l'usage commun des deux époux, soit le véritable fondement du § 1369, plus que le souci de recenser tous les bénéfices réalisés par l'époux (572 ).

---

( 571 ) Sur ce qu'il faut entendre par biens du ménage, Boehmer, Ergänzende Bemerkungen zu der sog. Vinkulierung des Hausrats in par. 1369 B.G.B. FamRZ 1959 p. 81 ; Dölle, op. cit. § 53 IV (cités par Hanotau)

Rieg, précité, p. 927 ;

( 572 ) Labrusse Riou, Thèse précitée, p. 222 n° 207

- Le projet Vermeylen :

498 - Aux termes de l'article 15 du projet, certains actes échappent à la gestion privative de l'époux qui en est propriétaire.

Il en est ainsi tout d'abord, des actes juridiques ayant pour objet d'aliéner, de grever d'un droit réel ou de donner à bail des biens tels que l'immeuble d'habitation, l'immeuble professionnel, le mobilier affecté à la vie courante du ménage ou enfin l'entreprise, qu'elle soit exploitée par un seul époux ou par les deux.

Il en est ainsi ensuite, des actes à titre gratuit dans leur ensemble. La seule réserve concerne les libéralités d'usage ou justifiées par un devoir moral et celles faites en vue de l'établissement d'enfants communs ou d'enfants retenus (par l'un des époux) d'un précédent mariage.

Le souci de protéger la créance de participation apparaît surtout dans le cas de l'aliénation à titre gratuit.

- les législations sud-américaines

499 - Les limites au pouvoir de gestion y sont quasiment ignorées. Aucune restriction ne figure dans les législations du Costa-Rica, du Nicaragua, du Honduras, de Panama et de la Colombie. Seule, la loi uruguayenne échappe à cette règle, semble-t-il.

L'article 5 de la loi du 18 septembre 1946 dispose, en effet, que :"les immeubles acquis pendant le mariage au nom de l'un des époux ou de la communauté ne pourront être aliénés ni grevés de droit réels sans le concours exprès des deux conjoints". La même règle s'applique au fonds de commerce, à l'exploitation agricole ou centre d'élevage et à l'établissement industriel ou manufacture.

Cet article 5 laisse d'ailleurs subsister des restrictions classiques contenues dans deux articles du code civil uruguayen. La première interdit aux époux (avant 1946 on disait le mari) de disposer à titre gratuit des acquêts, sauf pour l'établissement des enfants nés du mariage ou pour des dons modestes à des fins de piété ou de bienfaisance (art. 1792). La seconde indique que l'aliénation à titre onéreux des acquêts ne peut porter préjudice au conjoint ou à ses héritiers lorsqu'elle est faite en fraude des intérêts de ceux-ci ou par contravention à la loi. (art. 1794). Le même souci de protection contre l'intention frauduleuse d'un époux se retrouve dans le système de la récapitulation fictive.

- Le régime québécois

500 - Le principe selon lequel "chaque époux a l'administration la jouissance et la libre disposition de ses biens propres et de ses acquêts" est tempéré par l'obligation d'obtenir le consentement du conjoint pour les aliénations d'acquêts entre vifs à titre gratuit, si ce n'est pour des sommes modiques ou des présents d'usage (573).

Par cette limite on a cherché à assurer un partage réel des biens que les époux ont acquis ensemble. Par une donation entre vifs, l'époux pourrait trop facilement compromettre l'exercice des droits de son conjoint, droits qui naissent dès le jour du mariage et qui entrent en action au jour de la dissolution. Le code n'interdit pas la donation d'acquêts, il exige seulement que l'autre époux donne son accord.

---

573 ) Caparros, "les régimes matrimoniaux au Québec" 1979 p. 106 et s. n°129-130 131, 132.

Cette justification explique que l'on ait assez facilement rejeté les tentatives qui ont été faites pour étendre la restriction aux actes à titre onéreux (574 ).

Le conjoint de celui qui a outreprassé ses droits a la possibilité de demander l'annulation de l'acte litigieux ; il devra tout de même agir rapidement puisque le délai de prescription est de deux ans à partir de la connaissance de l'acte, sans jamais pouvoir être exercé plus de deux ans après la dissolution du régime.

Ces dispositions du code civil québécois soulèvent une difficulté quant à la définition des sommes modiques et des présents d'usage pour lesquels la formalité de gestion conjointe est exclue. Pour sa part, M. Caparros propose de transposer les solutions dégagées par la jurisprudence à propos de l'ancienne prohibition des donations entre époux (575 ). Solutions qui étaient marquées par la recherche de l'importance des présents par rapport à la fortune du donateur.

Cet obstacle à la gestion des acquêts donne un effet remarquable à la présomption d'acquêt : si l'époux ne peut pas prouver que le bien dont il veut disposer est un propre, la présomption s'appliquera et il devra obtenir le consentement du conjoint. On a d'ailleurs relevé qu'il pouvait y avoir un conflit entre cette présomption et celle qui permet à un époux d'agir valablement au regard des tiers de bonne foi lorqqu'il se présente seul pour faire un acte sur un bien qu'il détient individuellement (576 ). On peut déjà réduire la difficulté en étant très strict sur la notion de détention individuelle (577 ) ; lorsque la preuve de cette détention est, malgré tout, rapportée, il semble bien qu'il faille donner la préférence à l'obligation de gestion conjointe (578 ).

---

( 574) Pineau, "La réforme des régimes matrimoniaux, quelques points d'interrogation" Revue du notariat 1973 p. 3 spéc. p. 12 fait observer à l'encontre de ce mouvement, que le régime du Québec s'est écarté des régimes d'union des biens et qu'il faut, à l'exception des actes à titre gratuit portant sur des acquêts, respecter l'autonomie de chacun des époux.

( 575) Caparros

( 576) Pineau, Idem

( 577) Caparros, précité n° 132

( 578) Pineau, Idem

Enfin, et d'une manière plus générale, on peut constater dans ce régime de protection des intérêts du conjoint participant, que le législateur québécois a été contraint d'adopter des solutions rigoureuses qui se concilient mal avec l'impératif d'indépendance des époux qui, pour certains, caractérise la participation aux acquêts. Cela tient essentiellement à l'aspect "communauté différée" du régime canadien. Les droits de participation portent sur des biens définis en nature, et non pas en valeur. Si cette seconde éventualité avait été envisagée, il aurait été possible de recourir à une méthode plus souple : la réunion fictive, dans le patrimoine final, de la valeur des biens donnés. D'autres pays l'ont fait.

b ) le système de la réunion fictive

501 - La réunion fictive est liée à la technique de la participation en valeur. Cela explique qu'on ne la rencontre comme mécanisme essentiel de la liquidation, que dans le régime allemand et le projet Vermeylen. Si la récapitulation fictive apparaît dans le régime suédois, ce n'est qu'à titre subsidiaire.

α) La réunion fictive dans le régime allemand et dans le projet Vermeylen

- le régime allemand

502 - L'article 1375 du B.G.B. contient une disposition analogue à celle qui figure dans l'article 1573 du code civil français ; on doit ajouter au patrimoine final la valeur des biens dont l'époux s'est appauvri au détriment de son conjoint. On vise par là les actes de dispositions à titre gratuit faits sans le consentement du conjoint et en dehors de toute obligation morale ainsi que les actes par lesquels un époux cherche à dilapider son patrimoine ou à désavantager son conjoint. Le champ d'application du procédé de récapitulation apparaît donc comme très voisin de ce qui existe en droit français, la seule réserve pouvant être cette référence à l'obligation morale

Néanmoins, on doit préciser que dans le régime allemand, la récapitulation n'est prévue que pour des actes qui ont été passés dans les dix ans précédant la liquidation. Il faudra s'interroger sur l'opportunité d'insérer une telle limite dans un contrat soumis au droit français.

Même si le droit allemand a établi des cas de gestion conjointe, il apparaît comme très proche du droit français sur cette question du sort réservé aux actes nés d'un intention frauduleuse. La récapitulation fictive, rendue possible par le système de participation en valeur, se montre comme étant la meilleure solution. A côté, les cas de gestion conjointe apparaissent soit comme très particuliers (c'est le cas de l'aliénation de la totalité du patrimoine) soit comme secondaires (c'est le cas de la protection du mobilier du ménage qui n'intéresse pas vraiment la créance de participation). Nous arriverons à une remarque différente en ce qui concerne le projet Vermeylen.

- Le projet Vermeylen

503 - Les rédacteurs du projet n'ont pas craint de multiplier les mesures de protection contre l'intention frauduleuse d'un conjoint ; face à ce qui n'est, malgré tout, qu'une éventualité, ils font appel aussi bien à l'obligation de gestion conjoint qu'au système de la récapitulation fictive.

L'article 15 § 4 du projet décide que l'époux qui passe seul un acte soumis à la gestion conjointe est passible de dommages-intérêts et que le dit acte est en outre inopposable au conjoint.

La violation de l'article 15 apparaît comme une faute ; elle suffit pour engendrer les sanction prévues, sans qu'il soit besoin de se demander si l'époux a agi ou non dans un but frauduleux. La dette de dommages-intérêts ne pose guère de problèmes, en revanche l'inopposabilité peut appararaître plus délicate à mettre en oeuvre.

C'est un devoir de prévenir l'époux lorsque l'on désire passer

un des actes prévus par l'article 15 du projet, la faute est établie dès que l'époux n'a pas respecté cette règle. L'époux demandeur n'aura donc qu'à démontrer qu'il subit, du fait de l'acte, un préjudice.

En décidant que l'acte litigieux est inopposable au conjoint, le projet Vermeylen montre une grande originalité. C'est le seul texte qui qualifie techniquement la récapitulation fictive. Il est sûr que l'inopposabilité va se traduire par l'intégration de la valeur des biens aliénés dans le patrimoine final, on fait comme si l'acte n'avait pas été passé. Cette démarche est intéressante, nous la retrouverons lorsqu'il sera question des effets de la récapitulation fictive dans le régime français. (1)

β. La réunion fictive subsidiaire dans le régime suédois.

504 - Sur ce point, on pourrait employer l'expression de participation en valeur au pays de la participation en nature. Il faut d'abord observer que cette éventualité de récapitulation ne figurait pas dans le texte originaire, celui de la loi du 11 juin 1920; elle fut rajoutée au code suédois du mariage par une loi du 27 mars 1936 créant un nouvel article 6 a dans le chapitre VI du code. La seule lecture de ce texte suffit à montrer la subsidiarité de la récapitulation.

Subsidiarité quant'aux actes visés tout d'abord : ce texte ne vaut que pour les actes à titre gratuit concernant des biens qui n'auraient pas déjà été visés par les articles prévoyant la gestion conjointe et notamment, par l'article 4 du même chapitre VI. qui interdit à un époux de disposer librement des immeubles sur lesquels son conjoint a un droit matrimonial. C'est dire que la récapitulation ne concerne réellement que les meubles aliénés gratuitement, et encore à condition qu'ils ne soient pas destinés à l'usage commercial, professionnel ou personnel des enfants, auxquels cas, ils seraient soumis à l'article 5 sinon il y aura toujours cogestion.

Subsidiarité dans la liquidation ensuite : la réunion fictive n'interviendra que si l'époux n'est pas en mesure de régler la récompense correspondante, due à la masse commune établie après la dissolution.

Cette rapide étude montrera, nous l'espèrons, que le régime de participation aux acquêts n'est pas synonyme d'indépendance des époux. Il conforte l'égalité entre les époux en leur donnant les mêmes droits, mais ces droits ne signifient pas gestion égoïste.

505 - En réalité, il n'y a guère qu'un régime qui concilie la participation et l'indépendance, c'est le régime néérlandais de la partipation légal, introduit à titre de régime conventionnel en 1970. L'article 133 du code civil néérlandais est éloquent "Les époux ne doivent pas se fournir de justifications l'un à l'autre quant à l'administration de leurs biens pendant la durée de la participation, et la mauvaise administration de ces biens n'entraîne pas d'obligation à indemnisation. On relèvera tout de même, d'une part que le régime est un régime conventionnel qui suppose un choix délibéré de la part des époux, d'autre part que l'alinéa 2 de l'article 133 prévoit que tous les ans, ceux-ci peuvent demander un relevé de leurs biens et dettes, possibilité qui trouve son prolongement naturel dans l'article 135 où l'on pose la principe d'une possibilité de résiliation anticipée de la participation.

C'est dire que le mérite du législateur français, qui a cherché à conjuguer la gestion personnelle et la protection des intérêts du conjoint, n'est pas mince.

### B - Liberté de gestion et protection des droits du conjoint dans le régime français.

506 - Le régime français est très proche, sur ce point, du régime allemand ; on l'a déjà précisé mais cela sera encore plus évident lorsque nous aurons indiqué pourquoi le particularisme du régime français doit être nuancé. Il faut comprendre que les deux régimes reposent sur l'idée de participation en valeur ; cela est déterminant pour mesurer toute la portée de la récapitulation fictive. Avec ce système, le régime de participation aux acquêts peut réussir son pari de concilier indépendance et conciliation.

i) le particularisme nuancé du régime français.

507 - Nous avons pu constater que les restrictions à la liberté gestion pouvaient avoir deux sources. Or, seule une de ces sources nous intéresse vraiment. Il existe un certain nombre de dispositions qui s'expliquent non pas par le souci de protéger la créance de participation mais par l'idée de protection du patrimoine familial. C'est le cas dans le régime suédois pour l'obligation de gestion conjointe portant sur les meubles. C'est également le cas dans le projet Vermeylen pour l'interdiction de gestion privative à l'occasion de certains actes à titre onéreux. C'est enfin le cas dans l'article 1369 du B.G.B. qui vise de la même manière certains actes à titre onéreux. Or, cette idée n'est pas étrangère au droit français, elle inpire les règles du régime primaire (article 215 al. 3) et non celles de la participation aux acquêts.

S'il faut chercher un particularisme du régime français, c'est plutôt en ce qui concerne l'obligation de gestion conjointe qu'on le trouvera. Une rapide systhèse sera utile.

Le régime français se démarque du régime suédois pour les actes à titre onéreux portant sur les immeubles. En effet, l'article 4 du chapitre VI du code suédois du mariage ne distingue pas selon qu'il s'agit d'un acte à titre gratuit ou onéreux. Pour aliéner ou grever de droits réels un immeuble entrant dans les droits patrimoniaux, l'époux devra obtenir le consentement écrit de son conjoint.

Pour les actes onéreux, dans le projet Vermeylen, la différence se limite à une idée de conservation des biens dans la famille plus importante dans le second. L'idée s'étend en effet aux biens professionnels (immeuble professionnel, entreprise). En revanche la différence est nette en ce qui concerne les actes à titre gratuit.

Le régime qui s'éloigne le plus du modèle français est le régime uruguayen. L'obligation de gestion conjointe y est générale pour tous les actes portant sur les immeubles ( àtitre gratuit ou onéreux) et elle vaut également pour certains meubles importants (fonds de commerce notamment ) Encore que pour les meubles, on peut penser que le consentement du conjoint est requis plus pour la protection de l'intérêt familial que pour le maintien de la participation.

En revanche, il est manifeste que les régimes français et allemand sont très voisins. La seule différence concerne l'hypothèse d'aliénation de l'intégralité du patrimoine.

### 2) la conciliation entre l'indépendance de gestion et la sauvegarde des droits du conjoint.

508 - Vouloir associer indépendance et communauté, c'est s'exposer aux risques d'une gestion inconsidérée ou frauduleuse de la part d'un conjoint. Aucun législateur n'a ignoré cet écueil. Le mérite du législateur français n'est pas d'avoir compris cela, mais d'y avoir apporté un remède souple et malgrè tout efficace.

Pendant le régime les époux sont libres de faire seuls les actes qu'ils souhaitent Ils n'ont pas à obtenir le consentement de leur conjoint. Seulement, cette liberté de gestion ne doit pas permettre à l'un d'eux d'anticiper frauduleusement sur la comparaison qui sera faite , à la dissolution du régime, entre le patrimoine originaire et son patrimoine final. Ce dernier ne doit pas être affaibli sans contrepartie ; si cela était la comparaison predrait toute signification.

Or, il est évident que la réunion fictive a pour objectif de reconstituer un patrimoine final dont la faiblesse serait volontaire ou frauduleuse. Dans le premier cas, il s'agira d'une faiblesse due à des actes de disposition à titre gratuit portant sur des acquêts. Dans le second, il s'agira du remplacement d'un bien par une valeur très inférieure ou plus facilement dissimulable. Face à ces agissements, le meilleur remède était bien

celui qui consiste à ignorer l'acte au moment de la liquidation. C'est ce que commande de faire l'article 1573 du code civil, sauf dans l'hypothèse du consentement du conjoint qui, en intervenant à l'acte, accepte de voir sa créance de participation diminuer.

L'efficacité de la sanction est liée au système de la participation en valeur mis en place en 1965. Dans le calcul de la créance de participation, on ne considère que la valeur du bien; sa présence physique est totalement indifférente. Le bien va donc en quelque sorte, exister deux fois. Il restera valablement dans le patrimoine du tiers acquéreur mais cela ne l'empêchera pas de figurer, en valeur seulement, dans le patrimoine final de l'époux qui en a disposé. Cette alchimie liquidative n'a rien d'illogique si on précise que le patrimoine final n'est pas établi pour mesurer à une date précise la richesse d'un époux mais, pour savoir de combien il s'est enrichi pendant le mariage. Ce sont là deux choses totalement différentes.

509 - Cette souplesse du régime a parfois été mal interprétée ; on y a vu le moyen de dénoncer l'illusion d'indépendance que met en place le régime de participation aux acquêts(579). Comme s'il n'était pas normal que la phase communautaire qui caractérise la liquidation du régime eût des répercussions sur le fonctionnement de celui-ci. Comme s'il fallait absolument que le régime de participation aux acquêts fût synonyme de séparation de biens alors que le nom lui-même suffit à prouver le contraire.

Nous ne répèterons jamais trop qu'on ne peut pas comprendre le régime de participation si on reste enfermé dans le clivage régime communautaire/régime séparatiste. Ce qui caractérise ce nouveau régime, c'est d'être une forme nouvelle d'organisation des rapports patrimoniaux entre époux, parfois plus communautaire que le régime légal, parfois moins fermé que le régime de séparation de biens. En réalité, il était tout à fait normal pour le législateur de prévoir des règles permettant de déjouer des agissements frauduleux d'un époux.

---

(579) Labrusse Riou op. cit. n° 49 à 51 ; Morin op. cit. n° 502 p. 140

Il est vrai que la critique porte surtout sur les conséquences de la récapitulation fictive en ce qui concerne les tiers. L'article 1573 doit être rapproché de l'article 1577 qui permet de remettre en cause l'efficacité réelle de l'acte d'aliénation à titre gratuit entre vifs ou en fraude des droits du conjoint. On considère que cette éventualité va effrayer les tiers au point qu'ils demanderont à chaque fois le consentement du conjoint. Mais alors ce n'est pas la récapitulation fictive qui est en cause, mais l'article 1577 du code civil, et il n'est pas impossible de démontrer que les deux techniques, mêmes si elles sont liées, peuvent être dissociées. On peut très bien imaginer une récapitulation fictive sans l'article 1577. Il faudra s'interroger sur les conséquences exactes de ce dernier texte pour les tiers, pour l'heure nous maintenons que la récapitulation de l'article 1573 n'est pas en elle même une atteinte aux pouvoirs de gestion de l'époux.

Bien au contraire, c'est le moyen de l'indépendance entre les époux. Sans l'article 1573, le régime serait trop aléatoire, soumis au bon (580) vouloir ou à la bonne foi des époux. Il faut se donner les moyens de sa politique, ce fut sans doute le souci du législateur de 1965 sur ce point. Les époux ont l'indépendance souhaitée mais, à la dissolution, on pourra corriger les excès de cette indépendance.

---

(580) Cornu, op. cit. n° 80

## § II - La réunion fictive et la liquidation du régime.

510 - Concrètement, la réunion fictive de certaines valeurs a pour fonction de reconstituer la masse des acquêts, anormalement amoindrie. Mais cette reconstitution ne servirait à rien si on ne donnait pas des moyens à l'époux créancier de recouvrer sa créance de participation.

C'est dire que la réunion fictive joue à la fois, sur le calcul (A) et le règlement (B) de la créance de participation.

### A - La réunion fictive et le calcul de la créance de participation

511 - Le code civil contient sur ce point des indications précises ; on devra ajouter à la valeur des biens existants dans le patrimoine final celle des biens objets de récapitulation fictive. Cette valeur sera celle du bien à la dissolution selon son état au moment de l'aliénation. Ces précisions laissent subsister deux interrogations. La première porte sur l'étendue de la récapitulation (1), la seconde sur sa nature juridique (2).

#### 1 ) L'étendue de la réunion fictive

512 - Ce point concerne l'estimation des biens réunis dans le patrimoine final. Le problème est le suivant : faut-il s'en tenir à la valeur du bien ou faut-il y ajouter les fruits perçus entre le jour de l'aliénation et celui de la dissolution ?

En posant une question identique à propos de la reconstitution de la masse successorale, M. Catala a montré la voie à suivre. Il ne faut pas rechercher la solution dans le mécanisme de la récapitulation fictive mais dans la volonté législative qui en est à l'origine. Plus que la technique choisie c'est le but recherché qui importe. Ainsi dans l'article 922 du code civil, le législateur cherche à faire disparaître l'acte de donation. Seulement, la donation n'est que du bien, elle n'est pas des fruits ; il ne faudra donc retenir que la valeur du bien (581)

Nous opterons pour une solution identique à propos de l'article 1573. Le but de ce texte est de faire comme s'il n'y avait jamais eu de donation ou d'aliénation frauduleuse. Certes, la généralité de cette formule justifierait que l'on tînt compte du bien mais aussi des fruits qu'il aurait pu normalement procurer. On doit néanmoins s'opposer à cette interprétation.

En visant l'acte litigieux, le législateur cherche à reconstituer avec exactitude l'enrichissement de l'époux. Le bien donné ou aliéné frauduleusement (c'est à dire sans contrepartie suffisante) faisait partie de cet enrichissement, il est donc normal qu'il y revienne. L'article 1574 al. 1 témoigne de cette volonté. Le bien sera estimé selon la valeur qu'il aurait eue s'il avait été conservé, au jour de la dissolution, et selon son état au jour de l'aliénation. La référence à la valeur au jour de la dissolution montre clairement que l'on cherche à faire comme si le bien était encore dans le patrimoine de l'époux. On retrouve ici la fonction essentielle du patrimoine final qui est de faire ressortir l'enrichissement réalisé pendant le mariage.

En revanche, les fruits perçus après l'aliénation constituent un enrichissement à venir. On ne peut donc pas parler de réintégration à leur égard. Il ne faut pas que la réunion fictive se retourne contre l'auteur de l'acte, c'est une mesure de protection du conjoint, ce n'est pas une sanction. Il n'y a aucune raison de compter dans les acquêts des fruits perçus par un tiers Il faut reconstituer tout l'enrichissement, mais seulement l'enrichissement !

---

(581) Catala, La réforme des liquidations successorales, 3e édt. n° 71

De surcroît, une telle extension serait contraire à la nature même des fruits qui ont vocation à être consommés, non à être épargnés.

Chaque époux reste libre de sa gestion, on ne peut pas critiquer celui qui, en donnant un bien, s'est privé des fruits à venir. Certes, l'argument perd un peu de poids lorsqu'il s'agit d'aliénation frauduleuse. On pourrait souhaiter tenir compte de la mauvaise foi. La solution s'inspirerait de ce qui existe à propos de la fraude paulienne quant à l'obligation de restitution du tiers acquéreur ou du principe établi à l'article 549 du code civil pour l'obligation de restitution du possesseur de mauvaise foi. Pourtant, même ce rapprochement ne saurait justifier que l'on tînt compte de la valeur des fruits. On risque de déséquilibrer la liquidation en tenant pour des acquêts des biens qui ne le sont pas. Cela aboutirait à une dénaturation de l'article 1573 du code civil.

2 ) La nature juridique de la récapitulation fictive.

513 - La doctrine ne s'est pas montrée prolixe en ce qui concerne ce point de l'article 1573 du code civil. Pour M. Ponsard, la présomption de fraude prévue à l'article 1573 in fine opère une annulation partielle de l'acte (582). Cette qualification est très minoritaire ; en général, on préfère parler d'inopposabilité (583), c'est d'ailleurs ce terme que l'on rencontre dans les droits étrangers (584). De ces deux opinions, la seconde nous paraît préférable, mais on peut se demander s'il n'y a pas des motifs de dépasser ce clivage et de faire de lé récapitulation fictive, une notion autonome.

a - La récapitulation fictive : nullité partielle ou inopposabilité ?

514 - La question mérite d'être posée ; nullité et inopposabilité ne sont pas synonymes (585). Il faut reconnaître que l'absence de théorie légale pour chacune de ces notions laisse subsister une certaine zone d'incertitude. La controverse entre les théories classique et moderne des nullités

---

(582) Ponsard op. cit. n° 372 §533 p. 624 note 94 et Comm. loc. cit. n° 180

(583) Cornu, op. cit. n° 78 ; Mazeaud op. cit. n° 564 ; les autres commentateurs ne paraissent pas prendre parti sur cette question.

(584) Nous pensons au projet belge Vermeylen qui prévoit expressemment que l' inoposabilité sera la sanction du non respect de l'obligation de gestion conjointe

(585) Voir cependant Janiot, "Des nullités en matière d'actes juridiques" Th. Dijon 1909 p. 33 qui fait de l'inopposabilité une variété de nullité.

en est la meilleure illustration (586) Dans ces conditions, on comprend que peu d'auteurs se soient essayés à une comparaison entre la nullité et l'inopposabilité (587); c'est encore plus vrai lorsqu 'il ne s'agit que de nullité partielle (588).

Or, dans l'article 1573 du code civil on peut hésiter entre la qualification d'inopposabilité et celle de nullité partielle. La raison d'une confusion possible tient au fait que l'acte litigieux est maintenu, ce qui est une caractéristique des deux techniques(589). Cela ressort clairement de la définition qu'a donnée M. Simler de la nullité partielle ; et cela ne peut pas faire de doute lorsqu'il s'agit d'inopposabilité (590)

515 - Pourtant, nous pensons qu'il est possible de s'engager sans hésiter sur la qualification à retenir. Tout tend à prouver qu'il ne peut pas s'agir de nullité partielle.

On peut déjà relever en ce qui concerne la mise en oeuvre de la récapitulation fictive, que celle ci se rapproche plus de l'inopposabilité que de la nullité. La récapitulation joue le rôle d'une exception et non d'une action ; c'est un moyen de défense que l'époux fera valoir au moment de la liquidation. On retrouve là un des critères proposés par Bastian pour distinguer les deux notions (591)

---

(586) considérée par la doctrine classique comme un état de l'acte (où la nullité absolue pouvait se confondre avec l'inecistence), la nullité a été présentée par Japiot, op. cit. comme le droit de critiquer l'acte.

(587) Le plus souvent cette question se pose de manière indirecte à propos de la nature d'une institution particulière, V° par exemple :Grouber, de l'action paulienne en droit civil français, Thèse Paris 1913. L'étude la plus complète est certainement celle qui est contenue dans la conclusion de la thèse de Bastian, "Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité" Thèse Paris 1929 p. 351 et s.

(588) M. Simler semble bien être le premier à poser cette question, "La nullité partielle des actes juridiques" L.G.D.J. 1969 n° 14 p. 13

(589) op. cit. n° 11 p. 11

(590) l'originalité de l'inopposabilité est justement de faire que l'acte reste valable pour certains.

(591) Bastian op. cit. et loc. cit.

On peut observer ensuite, en ce qui concerne le bénéficiaire de la récapitulation fictive que l'époux est un tiers par rapport à l'acte passé par son conjoint. La jurisprudence a depuis longtemps admis cette qualité à l'époux marié sous le régime de la communauté(592);on ne voit pas ce qui justifierait une solution contraire. Or, c'est un critère reconnu,(593) le propre de l'inopposabilité est d'être invoquée par un ou plusieurs tiers et non par les parties.

Enfin, il faut envisager les effets de la récapitulation fictive. Pour que l'on puisse parler d'annulation partielle, il faudrait que l'acte soit privé de l'un de ses élèments(594) et surtout il faudrait que cette suppression vaille erga omnes. Si l'acte est annulé , il doit l'être pour tout le monde. Dans la récapitulation fictive l'acte est maintenu intégralement entre les parties, il produit tous ses effets. Cela revient à nier définitivement la qualification d'annulation partielle. En revanche, ce maintien inégal de l'acte est une caractéristique de l'inopposabilité. C'est sur ce critère que se fonde M. Simler pour distinguer nullité et inopposabilité(595).

On doit donc conclure au rejet de la qualification d'annulation partielle. Il reste à se demander s'il n'y a pas des raisons de dépasser celle d'inopposabilité.

b ) La réunion fictive : inopposabilité ou technique autonome ?

516 - Puisque la loi préfère employer l'expression de réunion fictive, on peut se demander s'il n'y a pas là une notion nouvelle propre au droit moderne des règlements familiaux.

---

(592) Cass. Req. 31 juillet 1872 D.P. 1873, 1, 340 et Cass. Req. 27 janvier 1930 D.H. 1930 113

(593) Bastian le développe tout au long de sa thèse, op. cit. spéc p 10, 144, 352 ; Planiol et Ripert T. VI n° 280 édt. 1930 par P. Esmein ; Carbonnier T. IV n° 50 p. 163

(594) soit qu'il s'agit d'un élèment accessoire, soit qu'il s'agit du quantum d'un élèment principal V° Simler op. cit. n° 10

(595) op. cit. n° 14

Il y a incontestablement un rapprochement entre l'inopposabilité et la réunion fictive ; après tout, on ne cherche qu'à considérer l'acte comme inexistant à l'égard de certaines personnes.

La réunion fictive nous paraît pourtant relever d'une appréciation plus minutieuse de cette inexistence.

Il faut déjà relever que la récapitulation fictive de l'article 1573 n'est pas isolée et que son domaine d'application déborde le régime de participation aux acquêts. Il suffirait d'évoquer les modalités d'établissement de la quotité disponible et de la masse de calcul de l'usufruit légal du conjoint survivant. Pour la première, l'article 922 du code civil prévoit dans son alinéa 2 qu'on devra ajouter aux biens existant au moment du décès, ceux dont le défunt a disposé par donation entre vifs. Pour la seconde, l'article 767 al. 4 du code civil ordonne d'ajouter aux biens existants ceux dont le de cujus aurait disposé, soit par acte entre vifs, soit par actes testamentaires, au profit de successibles, sans dispense de rapport. Dans les deux cas, la loi commande de tenir compte de la valeur de certains biens, tout comme elle le fait dans l'article 1573 du code civil. Il importerait d'ailleurs peu que les articles 767 et 922 se limitent aux actes à titre gratuit, ce qui importe c'est la similitude de la technique.

Il faut surtout observer que l'on ne cherche pas par ce procédé à priver l'acte de tout effet envers le bénéficiaire de la récapitulation. Le but de la reconstitution fictive est de reconstituer, en valeur, un patrimoine qui s'est trouvé diminué par une libéralité ou par une aliénation frauduleuse.

Par là, elle joue en réalité à deux paliers successifs.

517 - Normalement, la prise en compte des valeurs réunies suffira à atteindre le but poursuivi : l'acte restera valable, la récapitulation ne portera que sur la valeur du bien litigieux.

En principe, qu'il s'agisse de cohéritiers, du conjoint survivant ou de l'époux participant, rien n'interdit de leur opposer l'acte en question dès lors qu'il ne s'agit plus de calculer leurs droits. Aucun d'entre eux ne pourrait mettre un terme à l'utilisation qui est faite par le tiers acquéreur ; mieux, ils seraient en mesure de réclamer que l'on tînt compte de l'opération, par exemple s'ils venaient à passer un contrat avec lui. On peut très bien imaginer un rachat du bien donné.

L'inopposabilité est souvent une affaire de pouvoirs outrepassés (omission de mesures de publicité, défaut de date certaine, non respect des limites à son pouvoir par le gérant d'une société...) ou d'inefficacité de convnetions inconnues des tiers (contre lettre, limites statutaires au pouvoir du gèrant...).

La réunion fictive serait plutôt un moyen de respecter les pouvoirs de celui qui a passé les actes concernés tout en ménageant les droits du bénéficiaire de la récapitulation. Au lieu d'anéantir l'opération, on satisfait les divers intérêts qui se trouvent en jeu. Pour l'époux, tout se passera comme si le bien n'avait jamais quitté le patrimoine de son conjoint ; pour le tiers il n'y aura aucun effet perturbateur. A moins que l'on soit contraint d'atteindre le deuxième palier.

518 - Lorsque la réunion fictive ne parviendra pas à protéger sufisamment les personnes désignées par la loi, il faudra sacrifier les intérêts des tiers acquéreurs.: l'acte sera alors remis en cause. C'est ce que prévoit l'article 1577 pour le régime de participation aux acquêts.

519 - La différence avec l'inopposabilité devient alors plus perceptible. Certes, l'inopposabilité peut parfois conduire à la remise en cause de l'acte passé mais, d'une part cela ne se fera pas obligatoirement au détriment du tiers acquéreur qui conservera une action contre son cocontractant, d'autre part, la remise en cause aura un aspect inéluctable que n'a pas la réunion fictive où on ne s'attaquera aux intérêts du tiers que si l'on a pas pu satisfaire ceux du bénéficiaire.

De surcroît, l'inopposabilité peut concerner n'importe quel tiers, notamment des acquéreurs à titre onéreux tout à fait loyaux ; la réunion fictive ne s'intéresse qu'aux éventuels donataires et acquéreurs de mauvaise foi.

Cette dernière considération est révélatrice de la double finalité de la technique. Jouant comme une espèce d'inopposabilité, elle peut se transformer en action paulienne dès lors que la valeur réunie doit être recherchée en nature dans les mains du tiers. (596)

520 - Le projet de loi du 22 mars 1985 fait un pas en ce sens puisqu'il précise que les actions ouvertes contre les tiers qui auparavant se fondaient sur l'article 1573 découleraient aujourd'hui du droit commun de l'action paulienne. On comprend, dans ces conditions, que la dernière phrase de l'article 1577 subordonnant l'action contre les tiers acquéreurs à la preuve de leur mauvaise foi, soit devenue inutile, on l'a justement supprimée.

---

(596 ) Viendra peut-être le temps d'une thèse sur la notion de réunion fictive ; la technicité de son domaine d'application, l'originalité de ses effets et ses rapprochements avec des techniques classiques (inopposabilité, action paulienne) méritent plus que quelques lignes.

521 - En doctrine, on a presque toujours séparé les articles 1573 et 1577, ces derniers étant rangés dans les garanties de paiement de la créance de participation. (597 )

C'est, à notre sens, une erreur. L'action contre les tiers suppose que le débiteur de participation ait un patrimoine final supérieur à son patrimoine réel, ce qui peut se produire dans une seule hypothèse : celle de la réunion fictive. Dans les autres cas, il est inimaginable que l'époux créancier soit en concours avec des tiers puisque l'objet du droit de participation aura été calculé en tenant compte du passif qui grève l'actif.

La réunion fictive a donc des incidences sur le règlement de la créance de participation.

B - La réunion fictive et le règlement de la créance de participation.

522 - Il doit y avoir un juste équilibre entre les intérêts des époux, qu'ils soient créanciers ou débiteurs de participation.

C'est par souci d'assurer un calcul exact de la créance de participation que l'on a été amené à tenir compte des valeurs sorties, dans certaines conditions du patrimoine de l'époux. Or, si on ne peut avoir aucun scrupule envers le conjoint fraudeur, il serait peut être injuste de sanctionner celui qui a donné l'un de ses acquêts, même si le consentement du conjoint faisait défaut.

La réunion fictive peut parfois entraîner l'époux débiteur à des difficultés financières (1) ; le créancier devra alors procéder à un recouvrement subsidaire de sa créance de participation (2)

---

(597 ) Voir notamment, J.P. Langlade, "La fraude dans les régimes matrimoniaux" Th. Paris II 1976 qui souligne, entre autres, que l'article 1577 suppose toujours la fraude, au contraire de l'article 1573

### 1 ) La réunion fictive et les difficultés financières de l'époux débiteur

523 - L'article 1573 ne comporte aucune limite ; toutes les valeurs anormalement sorties du patrimoine devront y être réunies. Il se peut alors que l'époux débiteur de participation soit amené à règler sa dette avec des valeurs qu'il aurait dû conserver (3) ; il se peut aussi que l'importance de la réunion fictive le rende carrément insolvable (4).

### a) Les effets éventuels de la réunion fictive sur le droit de conserver son patrimoine originaire

524 - Parce qu'il n'y aura plus de concordance entre le patrimoine final (notion comptable) et le patrimoine réel, il est possible que les acquêts dont l'époux est encore en possession, soient inférieurs à la dette de participation. Cette dernière devra alors être réglée, en partie, avec des valeurs originaires.

Un exemple nous semble nécessaire.

P.O. Mari : 100.000
P.F. Mari : 200.000 — 100.000

P.O. Femme : 100.000
P.F. Femme : 500.000 (dont 300.000 de valeurs fictivement réunies) — 400.000

300.000 =) l'épouse devra 150.000

Sur ces chiffres, il est facile de montrer à quelles conséquences peut conduire l'article 1573 : l'épouse devra 150.000 alors qu'elle a des acquêts jusqu'à hauteur de 100.000. Elle sera obligée d'amputer ses valeurs originaires de 50.000.

b) La réunion fictive peut entraîner l'insolvabilité de l'époux débiteur de participation.

525 - Pour qu'il y ait insolvabilité, il faut simplement imaginer que la dette de participation est supérieure à la valeur réunie des biens originaires et des acquêts qui subsistent réellement dans le patrimoine de l'époux.

P.O. Mari : 100.000
P.F. Mari : 150.000 — 50.000

P.O. Femme : 100.000
P.F. Femme : 900.000 — 800.000
(dont 600.000 de valeurs fictivement réunies)

750.000 =) l'épouse devra 375.000

Alors qu'elle possède un patrimoine de 300.000 (100.000 valeurs originaires et 200.000 d'acquêts existants), l'épouse sera débitrice d'une somme de 375.000 ; elle devra s'endetter.

Encore que, dans cet exemple, nous n'avons pas imaginé l'éventualité de dettes postérieures à la dissolution et qui auraient diminué les acquêts constatés dans son patrimoine.

C'est pour remédier à ce genre de résultats que l'article 1577 du code civil oblige l'époux créancier à poursuivre le réglement de sa créance sur les biens fictivement réunis au patrimoine final.

2 ) Le recouvrement subsidiaire de la créance de participation

526 - L'obligation de poursuivre les tiers acquéreurs de biens donnés ou aliénés frauduleusement ne tend pas seulement à protéger l'époux créancier ; elle cherche à sauvegarder les droits des créanciers personnels de l'époux débiteur.

Cela ne ressort pas clairement de l'article 1577 ; pour le montrer, il faut forcer un peu l'interprétation.

En affirmant que l'époux créancier poursuit le recouvrement de sa créance d'abord sur les biens existants, l'article en question n'a pas dsitingué selon que ces biens existants sont grevés ou non de passif. Or, il faut se souvenir des règles d'évaluation du patrimoine final : les biens existants sont estimés d'après leur valeur à la dissolution, déduction faite du passif.

Dans les deux exemples que nous venons d'évoquer, on peut très bien imaginer qu'à côté des acquêts existants figurent d'autres acquêts dont la valeur n'a pas été retenue, pour cause de passif. Il y aurait un grand risque à laisser l'époux créancier se payer sur ces biens.

Il serait souhaitable de revoir la rédaction de l'article 1577 en précisant que le recouvrement de la créance se fera sur les biens existants, jusqu'à concurrence de l'actif établi dans les comptes liquidatifs.

Conclusion deuxième partie :

427 - La nouveauté du régime de participation aux acquêts n'a pas su déjouer la force des habitudes ; petit à petit, on l'a fait glisser vers ce qui ne serait qu'une nouvelle forme de communauté. En somme, le régime de participation serait une espèce de communauté dématérialisée.

En ce sens, les difficultés liquidatives sont le plus souvent réglées par référence aux solutions retenues dans le régime légal (réévaluation des créances entre époux, assimilation de la référence à l'état du bien et de la technique des récompenses...) ; cette conception nous paraît trop restrictive.

En se dégageant du modèle de la communauté légale, nous avons rencontré plusieurs situations dans lesquelles l'aspect communautaire était particulièrement renforcé (appréciation de l'état, prise en compte des biens indivis...) ; c'est le résultat d'une appréhension comptable du droit de participer.

Nous ne rejetons pas l'idée de communauté dématérialisée, mais à condition qu'elle ne soit pas conçue comme un dérivé du régime légal. Il est incontestable que le régime de participation aux acquêts a une vocation communautaire ; mais, celle-ci s'exprimera sans qu'il y ait de masse commune de biens, ne serait-ce qu'une masse en valeur. C'est en cela que le régime fait naître un concept communautaire nouveau dont nous tenterons de montrer l'originalité en conclusion de cette étude.

# C O N C L U S I O N

528 - Finalement, l'apparition de ce "régime du XXème siècle" (598 ) dans le droit français doit être considérée plus comme l'expression d'un nouveau concept communautaire ( B ) que comme un simple moyen de concilier indépendance et communauté ( A ).

## A - L'intérêt du régime de participation aux acquêts n'est pas de concilier indépendance et communauté

529 - Dans les années qui suivirent la réforme de 1965, les critiques s'acharnèrent avec véhémence sur le régime de participation aux acquêts (599 ), parfois même de manière excessive (600 ). Pratiquant la politique du tout ou rien, un bon nombre d'auteurs et surtout de praticiens,ont rapidement abandonné ce régime ne lui laissant pas d'autres possibilités que d'être parfait ou de disparaître ( 601 ).

---

(598 ) Zajtay, "Quelques projets de réforme..." R.I.D.C. 1955 p. 572 et s.

(599 ) Entre autres : "Le régime de participation est un marché de dupes, et le notaire n'a pas à encourager et à cautionner de belles illusions chez ses clients" Réponse donnée lors d'un enquête effectuée par les étudiants du D.E.S. droit notarial de la Faculté de Paris en 1972, sous la direction du Professeur Durry, publiée dans le bulletin d'information "Le scel" n° 6, et reprise dans la revue Ventôse Mai 1976 ; on parla aussi de "régime mort né", d'un régime qui"restera une hypothèse d'école", de régime sans avenir, qui restera dans l'oubli...

(600 ) On a certainement été excessif lorsque l'on a prétendu que le régime obligeait les époux à tenir une comptabilité de tous les actes qu'ils peuvent passer pendant le mariage. Seuls comptent les acquêts qui se présentent à la dissolution, il n'a jamais été imaginé de recenser toutes les acquisitions de chaque époux.

(601 ) C'est bien parce que l'on proposait de créer un régime légal à cinq masses de biens, assurant l'indépendance des époux que l'on a pu penser que le régime de participation aux acquêts devenait inutile; en ce sens proposition Jozeau-Marigné n° 148 déposée au Sénat en décembre 1976.

530 - Au fond, ces critiques n'étaient justifiées que dans la mesure où l'on cherchait à faire de la participation aux acquêts, un moyen technique de conciliation entre l'indépendance des époux et l'aspect communautaire.

C'est souvent ainsi que le régime a été présenté (602 ) ; il ne nous semble pas que ce soit là son véritable intérêt.

Dès lors que l'on admet qu'un régime matrimonial doit avoir une vocation communautaire, il nous paraît impossible d'établir une indépendance absolue des époux. Le régime de participation aux acquêts, pas plus qu'un autre régime, n'y parviendra.

Que l'on oblige un époux à se ménager des preuves lorsqu'il acquiert un bien nouveau avec des deniers provenant de la vente d'un bien originaire ne nous paraît pas suffisant pour crier à l'impuissance du régime. De la même manière, qu'on demande l'intervention du conjoint pour éviter que l'acte soit qualifié de frauduleux peut être une sage précaution (même si le risque suppose que l'acte ait été passé par l'époux débiteur de la créance de participation et que cet époux soit insolvable, ce qui, en soi, sera rare ) mais ce n'est pas un motif pour supprimer la technique de la récapitulation fictive.

En réalité, on a trop demandé au régime de participation aux acquêts; derrière le mot d'indépendance, se cache le souci d'une promotion des droits de l'épouse et non celui des pleins pouvoirs de chaque époux. Parce qu'il met en place une égalité de gestion, ce qui est considérable, on a pensé que cette égalité impliquait indépendance, ce qui était trop. "Il y a contradiction... on milite pour la cogestion dans le régime de communauté, on l'éprouverait ici comme quelque chose de fondamentalement anormal" (603 )

(602 ) Cornu, op. cit. n° 1 ; Morin, op. cit. n° 495 p. 136 ; Corpechot, op. cit. n° 201 p. 369

(603) Voy. Deprez, "Un régime de participation aux acquêts" J.C.P. édt. Not. 1979 form. p. 341 n° 4

On peut toujours jouer sur les mots : à la lettre, il faut reconnaître que la loi est excessive lorsqu'elle mentionne que "pendant la durée du mariage, ce régime fonctionne comme si les époux étaient mariés sous le régime de séparation de biens". Si telle était réellement la volonté du législateur, on peut craindre qu'il se soit trompé de régime ; le régime de participation aux acquêts n'est certainement pas un régime séparatiste; l'étendue de sa vocation communautaire peut en convaincre.

B - L'intérêt du régime de participation aux acquêts est de proposer un concept communautaire nouveau

§ 31- Depuis quelques années, les prises de position en faveur du régime s'accumulent ( 604 ), récemment, M. Maury déclarait que le régime de participation aux acquêts était peut-être le plus simple et le plus juste des régimes (605 ).

Nous croyons essentiel de montrer que cette évolution est due principalement à la découverte des vertus communautaires du régime ; la phrase de M. Maury intervient après que l'auteur ait démontré qu'entre époux participants, il y avait répartition des plus-values des propres sans qu'il y ait forcément dépense faite comme c'est le cas en communauté.

Aujourd'hui donc, il est certain que l'intérêt du régime réside dans le fait qu'il contient une nouvelle vision de l'idéal communautaire, un nouveau concept même de communauté.

---

( 604 ) sur l'atténuation de l'hostilité du notariat, Colomer, "Le statut matrimonial du français" Rapport au 75ème congrès des notaires de France T.I p. 691 ; Pillebout, "Le régime de participation aux acquêts" J.C.P. Not. 1979 Form. p. 193 et s. n° 2 ; P. Rémy "Observations sur l'article 1576 alinée 4, du code civil" J.C.P. édt. not. 1980 doct. p. 335 note 1 qui relève qu'un revirement d'opinion des notaires est peut-être en train de s'effectuer.

(605 ) J. Maury, liquidation comparative de trois régimes matrimoniaux : communauté légale, séparation de biens, participation aux acquêts. Rep. Def. 1984 art. 33282 p. 555 spéc. p. 566 (dernière phrase)

Ce concept communautaire caractérise le régime autant à l'égard des autres modalités de participation aux acquêts (1) qu'à l'égard des autres régimes français.(2).

1 ) le régime français établit une participation aux acquêts originale.

532 - L'originalité du régime français doit être recherchée, non pas à l'égard des régimes de communauté différée (qui devraient plutôt être étudiés avec les régimes communautaires classiques) mais par rapport à ceux de compensation des enrichissements.

533 - En ce sens, la première grande caractéristique de régime tient à la date d'évaluation du patrimoine originaire.

Le choix fait par l'article 1571 du code civil, de la date de dissolution nous a amené à considérer le patrimoine originaire comme le moyen d'une estimation comptable des valeurs qui ne sont pas dues à l'activité de l'époux ; en ce sens n'y entreront que les valeurs qui subsistent, soit du patrimoine initial, soit des acquisitions gratuites.

434 - Par là le régime français se démarque profondément du régime allemand de la ZugewinnGemeinschaft où l'on prévoit des moments d'évaluation différents pour le patrimoine initial et pour le patrimoine final, ce qui amène à deux conséquences : toutes les hausses de valeur doivent être soumises à participation alors que l'époux supporte seul les pertes ou disparitions de ses biens initiaux.

535 - Cette caractéristique du droit allemand doit être appréciée à sa juste mesure : on peut d'abord relever qu'elle résulte d'une volonté délibérée du législateur allemand ; on peut aussi constater, à la lumière de l'évolution doctrinale et jurisprudentielle, qu'elle mérite d'être nuancée en ce qui concerne les plus-values purement monétaires.

On pourrait avoir le sentiment que les solutions allemandes ont été adoptées sans tenir compte des phénomènes d'augmentation de valeur des biens initiaux , tel n'est pas le cas. Un premier projet prévoyait de distinguer entre les plus-values (606 ) ; l'idée fut abandonnée dans le second projet pour une raison de simplicité et parce qu'on a considéré que la distinction ne convenait pas à la nature du mariage, celui-ci étant marqué par une communauté de destin ( 607).

Cette attitude est à l'origine de solutions originales qui tranchent avec celles que nous avons pu découvrir dans l'article 1571 du code civil français. L'idée essentielle est, qu'en Allemagne, on ne s'occupe pas du destin des biens initiaux : on fixe leur valeur au jour du mariage ou au jour de leur entrée dans le patrimoine de l'époux, et on ne retient que cette valeur. On ne tient compte, ni des plus-values fortuites, ni de la disparition éventuelle du bien.

Cela résulte de la règle du § 1376-I et semble ne susciter aucun désarroi dans la doctrine (608) et dans la pratique allemandes, ainsi qu'en témoignent plusieurs confirmations que nous avons pu recueillir auprès de notaires allemands.

---

( 606 ) Stuby, "Wertveränderungen an Gegenständen des Anfangsvermögens und ihre Auswirkungen auf die Berechnung des Zugewinnausgleichs" Fam. RZ 1967 181 à 189.

( 607 ) Rieg, "La participation aux acquêts en Allemagne et en France, deux visages d'une même institution" Mélanges Marty, p. 921spéc. p. 941
Le regime matrimonial de droit commun, Projets belges de réforme et droit comparé par . Renard p. 218

( 608 ) Eva Marie Von Munch Das neue Ehe und familienrecht von A-Z aufl. 1984. 1985 p. 242

En ce qui concerne les plus-values fortuites, on peut retenir l'exemple suivant : un terrain qui, au jour du mariage, n'est pas encore un terrain à bâtir mais qui a atteint cette condition au jour de la dissolution (ce qui multiplie sa valeur par 20) figurera dans le patrimoine initial pour sa valeur (de terrain non à bâtir) au jour du mariage. L'augmentation de valeur sera comprise dans l'enrichissement alors qu'en droit français, on a constaté l'inverse : la reconnaissance de la qualité de terrain à construire constitue une plus-value fortuite qui n'opère pas changement d'état du bien.(609 )

Les solutions allemandes sont tout autant originales en ce qui concerne le devenir du bien après le mariage ; puisque le patrimoine initial est établi pour déterminer la valeur du patrimoine de l'époux au jour du mariage, on n'a pas à rechercher s'il existe encore à la dissolution: on ne prend en compte que la valeur initiale. Il en va ainsi pour les biens aliénés, même s'ils ont servi à acquérir un autre bien, et pour les biens consommés ou détruits par l'usage.

Reste que cette rigueur n'a pas été sans soulever des difficultés en cas de variations de valeur dues aux seules fluctuations de la monnaie. Fallait-il encore considérer qu'il y avait là un enrichissement, un bénéfice, soumis à la péréquation ? C'est avec cette question que l'on peut rapprocher les droit français et allemand, la dépréciation monétaire s'y faisant également sentir, même si c'est à des degrés différents

La question s'était posée dans les comités consultatifs précédant la loi, sans que l'on puisse se mettre d'accord sur la méthode à employer pour règler le problème (610 ), la confiance de la population dans sa monnaie ne devait pas être détruite. La question se posa à nouveau, une dizaine

---

(609 ) voir supra p. 311 n° 394

(610 ) Stuby, op. cit.

d'années après la réforme (611 ) mais ce n'est qu'en 1973 que la jurisprudence retint la solution selon laquelle la hausse de purement nominale du patrimoine initial due à la baisse du pouvoir d'achat n'est pas un bénéfice au sens du § 1373 du B.G.B. (612 ).

Seulement, cette évolution ne doit pas abuser ; si en pratique elle conduit à des résultats équivalents à ceux du régime français, il reste que, dans sa mise en oeuvre, elle repose sur une démarche totalement différente. En droit allemand, l'idée de base est qu'il ne faut pas comprendre dans le patrimoine final, un bénéfice qui n'est pas réel (613 ). Concrètement, on ne déplace pas la date d'évaluation du bien initial, même si cela a été proposé en doctrine (614 ), on convertit la valeur initiale, notamment à l'aide de l'index des ménages selon la formule suivante : valeur initiale multipliée par l'index des ménages à la fin du régime, divisée par l'index au début du régime (615 ). Cette solution a été préférée à celle qui aurait consisté à demander l'application du § 1381 dont on considère qu'il règle des problèmes différents (616 ).

---

(611) Stuby, op. cit. ; Thierfelder, "Echter und unechter Eugewinn Fam RZ 1959 p. 225

(612) O.L.GL Hamm. 30 nov. 1971, Fam RZ 1973 p. 654 et surtout B.G.H. 14 nov. 1973, B.G.H.Z. 61, 385 et s. Fam. RZ 1974 p. 83, N.J.W. 1974 137.

(613) Rieg, précité spéc. p. 41

(614) Thiele J.Z. 1960, 394, Kholer, N.J.W. 1963, 229, ces références ont été relevées sous B.G.H. 14 novembre 1973, Fam R.Z. 1974 p. 83 spéc. 84

(615) E.M. von Münch "Das neue Ehe und familienrecht von A - Z Aufl. 1.04.1985 (grâcieusement mis à notre disposition par Me. O. de Blay de Gaix, Avocat à Bordeaux.)

(616) Beitzke, p. 101 qui renvoie à M. Olg, München N.J.W. 1968, 798.

§36 - Ainsi, les règles retenues quant à l'évaluation des biens originaires caractérisent la participation qui est mise en place : s'étend-t-elle à tous les enrichissements ou est-elle restreinte aux seules valeurs dues à l'activité de l'époux ?

En adoptant la seconde solution, le régime français présente une originalité qui le rapproche des projets hongrois de 1928 et, dans une certaine mesure du projet autrichien du 2.5.1963. Le premier prévoyait que l'évaluation des biens initiaux se ferait en fonction de leur valeur à la fin du régime ; le second contenait une règle originale par laquelle lorsqu'un bien figurait à la fois dans le patrimoine initial et final, il fallait écarter toute modification de valeur sauf si la chose avait changé (dans son état peut être...) (617 ).

2 ) le régime français de participation aux acquêts établit une "communauté" renforcée.

§37 - Sans en retenir les techniques, le régime de participation se traduira par des résultats liquidatifs souvent différents de ceux qui auraient été atteints avec la communauté légale.

---

(St .uby) op. cit. (617)

Ce trait du régime est fortement lié à la mise en oeuvre d'une participation de nature comptable : ainsi, des valeurs qui seraient restées propres sous le régime légal, seront ici soumises à participation.

538 - La première explication tient au fait que l'on prend en compte, dans le régime de participation, n'importe quelle plus-value qui se porte sur les biens originaires.

Pour un fonds de commerce par exemple, il faudra distinguer entre l'état au jour du mariage et au jour de la dissolution. Or, entre ces deux dates les élèments qui composent ce fonds ont pu évoluer, ce qui peut être le cas de la clientèle notamment. La plus-value liée à l'augmentation de la clientèle sera soumise à participation (il y aura différence d'état entre le fonds originaire et le fonds final) alors qu'elle resterait propre à l'époux commun en biens. Qui plus est, on n'a pas à rechercher l'origine de l'augmentation de la clientèle (sauf si c'est pour démontrer qu'elle n'est pas le fait de l'époux) ; qu'elle soit due au travail de l'époux propriétaire ou de son conjoint importe peu. On mesurera facilement l'importance de cette constatation : le régime de participation aux acquêts nous paraît être le seul régime capable d'aborder cette difficulté essentielle de l'époux travaillant sur le fonds propre de son conjoint, commerçant, industriel ou agriculteur !

539 - Mais ce n'est pas tout ! En régime de communauté on ne se soucie pas de l'intérêt que peut avoir un conjoint de se faire attribuer un bien commun ; en vertu des règles d'attribution préférentielle, il prendra le bien sans qu'on se demande s'il en tire un profit supérieur à sa valeur intrinsèque. En régime de participation aux acquêts, il en va différemment.

On peut multiplier les exemples. Imaginons un couple qui décide de se "lancer dans l'hôtellerie" : l'un des époux possède un vaste immeuble qu'il tient de la succession de son père, cet immeuble jouxte un terrain nu que les époux acquièrent ensemble, dans le but d'y faire un parking.

En régime de communauté,on peut imaginer deux solutions. Soit le terrain est propre par accessoire (art. 1406) et une récompense sera due à la communauté, soit le terrain reste commun et sera attriblué à l'époux propriétaire de l'immeuble (art. 832 c.civ.). Dans les deux cas, on ne tiendra pas compte de la plus-value que le terrain a pu procurer à l'immeuble : la récompense portera sur la valeur du terrain au jour de la dissolution (ou jour de la liquidation, de lege ferenda) ; la soulte sera de la même importance.

En régime de participation aux acquêts en revanche, on établira une différence entre l'état initial de l'immeuble (privé de terrain et par conséquent totalement inadapté à l'hôtellerie) et son état final. Entre les deux, l'écart de valeur peut être considérable, il sera sans aucun doute supérieur à la seule valeur du terrain.

Seule une liquidation comptable est capable d'offrir de tels résultats.

§40 - Il en va de même en matière de subrogation entre un bien nouveau et un bien originaire lorsque le premier connaît des plus-values que n'aurait pas connues le second. En communauté, ces plus-values resteraient propres ; elles donneront lieu ici à participation.

§41- Enfin, certains biens pour lesquels l'aspect personnel est inconciliable avec les techniques de partage (monopole d'exploitation du droit d'auteur, accroissements de valeurs mobilières) seront là soumis à la même liquidation que les autres biens.

§42- La nouveauté du concept communautaire proposé par le régime de participation aux acquêts s'exprime aussi dans la manière de règler la créance de participation. Les facultés de règlement en nature (art. 1576 al. 2 et 1581 al. 3 du c. civ.) permettent des arrangements liquidatifs qui ne sont pas toujours possibles en communauté.

Ainsi, il est possible, au titre de la participation, d'attribuer à l'époux créancier, un bien originaire de l'époux débiteur. En somme, sur ce point du moins, la vocation communautaire du régime s'étend à l'ensemble du patrimoine conjugal. En communauté, seule la clause dite "commerciale" de l'article 1390, devenue licite en 1965, permet d'aboutir à un résultat similaire,mais sous deux conditions : la clause doit avoir été prévue dans le contrat de mariage et elle ne peut jouer qu'en cas de dissolution par décès.

ooOOoo

343 - Jusqu'à maintenant, on s'est trop attardé sur les éventuelles difficultés d'évaluation. Nous reconnaissons volontiers qu'il ne sera pas facile de dire (mais faut-il le dire au centime près ?) quelle serait la valeur d'un bien si tels ou tels travaux n'avaient pas été effectués, que cela se compliquera encore lorsqu'il faudra le faire à propos d'un bien originaire donné dont l'état se serait modifié entre le jour du mariage et celui de la donation (ce que prévoit le projet de loi). Nous ne croyons pourtant pas qu'il y ait là une pierre d'achoppement du régime.

Déjà, on peut affirmer que ce ne sont pas toutes les liquidations qui seront concernées par ce genre d'évaluation , un arbre ne cachera pas à lui seul la forêt.

Ensuite, on ne peut s'empêcher de relever que la question doit être posée aux experts immobiliers plus qu'aux juristes interprètes. Il est vrai que ceux qui auront à liquider des régimes seront amenés à jouer les deux rôles et nous sommes un peu gêné par le confort intellectuel qu'il y a à travailler sur des schémas théoriques proches de l'hypothèse d'école. Pourtant, même avec cette marque d'humilité, l'argument ne nous paraît pas dirimant.

Car enfin, il faut bien admettre que les techniques d'évaluation du régime de participation aux acquêts ne sont pas isolées dans le droit patrimonial de la famille. Nou serions bien plus circonspect si aucune autre matière ne contenait les mêmes règles. Or, c'est tout l'ensemble du droit des successions qui est bâti sur les mêmes principes d'évaluation. Il nous a paru essentiel de montrer que l'article 1571 devait être rapproché de plusieurs autres articles du code civil ou apparaît la même technique d'évaluation selon l'état antérieur. On ne peut pas critiquer ici ce que l'on approuve ailleurs.

Finalement, ces techniques d'évaluation sont peut-être une force du régime en ce qu'elles le placent dans l'évolution générale du droit patrimonial de la famille.

544 - Il faudra bien qu'un jour, les praticiens dans leur ensemble, prennent conscience des belles possibilités qu'offre le régime de participation aux acquêts...

# BIBLIOGRAPHIE

---

I - OUVRAGES GENERAUX, COURS, TRAITES, MANUELS et REPERTOIRES

II - OUVRAGES SPECIAUX, THESES et MONOGRAPHIES

III - ARTICLES, CHRONIQUES

IV - NOTES DE JURISPRUDENCE

V - DROIT COMPARE

## I - OUVRAGES GENERAUX, COURS, TRAITES, MANUELS ET REPERTOIRES

AUBRY et RAU : Droit civil français 4ème édt. t. II 1869
5ème édt. par E.BARTIN t. VIII
6ème édt. par P.ESMEIN t. VIII
7ème édt. par P.ESMEIN et A.PONSARD t.VIII

ATIAS (C) : Droit civil, Les biens, Litec t. 1 1980

BALME : Précis formulaire des liquidations partages fasc. E.4

BARRE (R) : Economie politique, 8ème édt.

BAUDRY - LACANTINERIE (G) : Précis de droit civil t. III Sirey 1906

BAUDRY - LACANTINERIE (G) LE COURTOIS et SURVILLE "Du Contrat de mariage" t.I

BEUDANT (R) Cours de droit civil français 2ème édt.
par R. LENOAN 1937 t. X
par P. RAYNAUD 1949

CARBONNIER (J) : Droit civil t; III 9ème édt. 1978

COLIN (A) et CAPITANT (H) : Cours de droit civil français
t. X 10ème édt. par JULIOT de la MORANDIERE

COMMISSION DE REFORME DU CODE CIVIL : Travaux 1949 - 1950

COLOMER : Encyclopédie juridique Dalloz - Réperoire de droit civil
Vis "Communauté" et "Participation aux acquêts"

CORNU (G) : Les régimes matrimoniaux. 3ème édt. 1981 Thémis
4ème édt. 1984 " "

DEMANTE (A.M.) : Cours analytique de code civil t. II 1853

DEMOLOMBE : Cours de code Napoléon, 31 volomes spéc. t. IX

DENIS : Histoire de la pensée économique

DESBOIS (G) : Encyclopédie juridique Dalloz
Vis Propriété littéraire et artistique
Le droit d'auteur

DURANTON : Cours de droit civil français suivant le Code civil t. IV 1826

FENET (P.A.) : Recueil complet des travaux préparatoires du code civil
Paris 1827 15 volumes

FLOUR (J) : Cours de droit civil, licence 1966 - 1967
Les cours de droit Paris.

GAUDEMET (E) : Thérie générale des obligations Sirey 1937

GENY (F) : Science et technique en droit privé positif t. 1

GIVORD et GIVERDON : Répertoire civil Dalloz
Vis Copropriété des immeubles bâtis.

GUILLOURD : Traité du contrat de mariage 3ème édt. Paris 1894

HUC : Commentaire théorique du code civil 15 volumes 1892 à 1903

JOSSERAND (L) : Cours de droit civil français 3ème édt.1938

JUGLART de (M) et IPPLOLITO (B) : Traité de droit commercial 2ème Vol.
"Les sociétés" 3ème édt.
par E. Du PONTAVICE et J. DUPICHOT
1ère Partie 1980

LABRUSSE (G) : JCL. civ. art. 1581

LAURENT : Principes de droit civil français
Bruxelles 1876 - 1878 33 volumes t. V, XXI et XXII

MALAURIE (P) : Cours de droit
Licence et maîtrise 1983 - 1984
Les Cours du droit - Paris

MARCADE et PONT : Explication théorique et pratique du code civil
7ème édt. 1873 - 1874 t. II Paris

MOURLON : Répétitions écrites sur le droit civil
10ème édt. 1977 Paris

MORIN (G et M) et PATARIN : La réforme des régimes matrimoniaux

2 volumes : Vol. I 3ème édt. par J. PATARIN et G. MORIN "Statut fondamental et régime légal 1974

Vol. II 2ème édt.par G. et M. MORIN Régimes conventionnels et hypothèque légale 1974

PLANIOL (M) et RIPERT (G) : Traité pratique de droit civil français

1ère édt. t. VIII par NAST 1925
t. IX par NASR 1927

2ème édt. t. VIII par BOULANGER (J)
t. IX par BOULANGER (J)

RIPERT et ROBLOT : Traité élémentaire de droit commercial
L.G.D.J. 10ème édt. t. I

RODIERE et PONT : Traité du contrat de mariage 3 volumes

TOULLIER : Le droit civil français suivant l'ordre du code
6ème édt. t. XII

TROPLONG : Le droit civil expliqué
Paris 1854-1864 27 volumes

ZACHARIAE : Le droit civil français t. II 1855

II - OUVRAGES SPECIAUX, THESES et MONOGRAPHIES -

AUDIER (J) : Les droits patrimoniaux à caractère personnel. Thèse Aix-Marseille 1979

AUDINET : Personne morale et personne physique dans les sociétés de commerce. Thèse 1950

BASTIAN : Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité. Thèse Paris 1929

BALESTON : De la protection de l'intérêt moral. Thèse Paris 1906

BECQUART : Les mots à sens multiples en Droit civil français. Contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique. Thèse Lille 1928

BEN DHIA : L'instabilité monétaire et l'évaluation des créances, contrepartie d'un bien. Thèse Toulouse 1971

BERARD (L) : Du caractère personnel de certains droits et notamment du droit d'auteur dans les régimes de communauté. Thèse Paris 1902

BERMOND DE VAULX (Jean Marie de) : Les droits latents des actionnaires sur les réserves dans les sociétés anonymes. Thèse 1965

BERRA : Le principe de la libre disposition des biens en droit civil. Contribution à la notion d'indisponibilité juridique. Thèse Nancy 1969

BLONDEL (P) : La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel. LGDJ Dijon

BOURBOUSSON (E) : Mariage, régimes matrimoniaux et successions dans les cinq parties du monde. 1934

CATALA (P) : Les règlements successoraux depuis les réformes de 1938 et l'instabilité économique. Thèse Montpellier

CATALA : La réforme des liquidations successorales. 3 édition 1982 Préface Jean Carbonnier.

CAMARIE : Pratique des clauses d'indexation dans les actes notariés. Thèse Toulouse 1980

CARBONNIER (J) : Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association. Thèse Bordeaux 1932

COLOMER (A) : L'instabilité monétaire et les régimes satrimoniaux. Le mal et ses remèdes. Thèse Paris 1955

COLOMER : Les régimes matrimoniaux et le droit commercial T. I et II Préface J. Flour. Defrénois 1977

CONS (M. E.) : La réforme du régime matrimonial de droit commun. Le projet Monnerville de 1946 Thèse Paris 1950

CRIONNET (M) : Les droits intellectuels et les régimes matrimoniaux en droit français. Thèse 1975

DABIN (J) : Le droit subjectif 1952

DANAN (A) : Le régime matrimonial en France et dans les pays d'Amérique latine. Thèse Bordeaux 1960

DELHAY : La nature juridique de l'indivision. L.G.D.J. 1968

DESPREZ : Société d'acquêts ou participation aux acquêts sous un régime séparatiste. Thèse lille 1950

DURAND (J. M.) : La dette de valeur en droit français. Thèse Paris II 1972.

FABRE (G) : De l'office ministériel au point de vue des régimes matrimoniaux Thèse Paris 1911

FERRET : Travaux préparatoires du Code Civil T. XI

M. FROMONT et A. RIEG : Introduction au droit allemand. T 1

GASTAUD : Personnalité morale et droit subjectif. Essai sur l'influence du principe de personnalité morale sur la nature et le contenu des droits des membres des groupements personnifiés. L.G.D.J. 1977

GASS KAHN (C) : L'assurance vie et les relations patrimoniales entre époux Thèse Paris II 1979

GROUBER : De l'action paulienne en droit civil français. Thèse Paris 1913

GUIDE de l'évaluation des biens édité par le ministère de l'économie et des finances 1982

GUINCHARD (S) : L'affectation des biens en droit privé français. Thèse Lyon 1976

HAMIAUT : La réforme des régimes matrimoniaux. Dalloz 1965

HENRY (M) : Du legs de la quotité disponible. Thèse Paris 1902

HENRY : De la subrogation réelle, conventionnelle et légale. Thèse Nancy 1913

HERAIL : Le droit patrimonial agricole dans la pratique notariale. Thèse Rennes 1978

JAPIOT : Des nullités en matière d'actes juridiques. Thèse Dijon 1909

JAUBERT (P) : Les propres mobiliers dans la communauté légale. Thèse Bordeaux 1942

JAUFFRET (A) : Du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles Thèse Aix 1926

KERDONCUFF : De la rente viagère et de l'asssurance sur la vie. Thèse Rennes 1923

LACOMBE : Les réserves dans les sociétés par actions. Thèse 1961

LANGLADE (J. P) : La fraude dans les régimes matrimoniaux Thèse Paris II 1976

LAVAUD : Comment mener une analyse financière . Paris 1961

LOCRE : La législation civile et commerciale de la France. T VIII

LYON-CAEN : La femme mariée allemande. Thèse Paris 1903

MARTIN (D) : L'entreprise agricole dans les régimes matrimoniaux. LGDJ Préface Jean Beghin

MATTER : Traité juridique de la monnaie et du change. 1925

MICHOUD : La théorie de la personnalité morale et son application en droit français. Paris 1909

MIRIEU DE LABARRE : Influence des dévaluations monétaires et de la fraude fiscale sur les régimes matrimoniaux. Thèse Bordeaux 1942

NERSON (R) : Les droits extrapatrimoniaux. Lyon 1939

NOCQUET : Critère de dimension dans les sociétés commerciales. Thèse Paris 1967

PAIZANT (G) : Les actions et les parts sociales dans le droit patrimonial de la famille Thèse Poitiers 1978

PEDAMON (M) : Le droit allemand. Collection "que sais-je)

- : Les incidences de la réforme monétaire de 1948 sur le droit interne des obligations en Allemagne occidentale Thèse Poitiers 1956

PERCERON : La personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation. Thèse Paris 1951

PERELMAN : Méthodes du droit, logique juridique.

PERRET : Projet de réforme du régime matrimonial de droit commun. Thèse Lille 1934

PERINET-MARQUET (H) : Le droit de construire. Thèse Poitiers 1979

PICARD : Technique des successions et libéralités.

PIERRE-FRANCOIS (G) : La notion de dette de valeur en droit civil. Thèse Paris II 1972

PIOLET : De la communauté réduite aux acquêts.

RASSAT (D) : Pour une nouvelle approche de la participation aux acquêts. Mémoire D.S.N. Bordeaux 1982

REDAUD (G) : Les parts sociales sous le régime de la communauté. Thèse Paris 1929

REGNIER (J) ; Le domaine d'application de la théorie des récompenses. Paris 1976

REMY (Ph) : Les présomptions légales dans les régimes matrimoniaux. Thèse Poitiers 1971

RENARD : L'institution 1923.

RETAIL : Les titres de sociétés et leur évaluation. Paris 1961

A. RIEG et M. FROMONT : Introduction au droit allemand. T I

ROBINE (C) : Les souvenirs de famille en droit français. Thèse Bordeaux 1944

RODET : De la rente viagère dans ses rapports avec le réglement de la communauté Thèse Lyon 1913

SAVATIER (J) : Etude juridique de la profession libérale. Thèse Poitiers 1947

SAVATIER (R) : Le droit comptable au service de l'homme. D. 1969

SAVATIER : La communauté conjugale nouvelle. Dalloz 1970

SIMMLER (P) : La nullité partielle des actes juridiques. L.G.D.J. 1969

SIMON-COLAS : Les créances et les dettes entre époux Thèse Paris 1972

SPITERI (P) : L'égalité des époux dans le régime matrimonial légal. Thèse Aix en Provence 1962

VERDIER (J.M) : Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits. Thèse Paris 1955

## III - ARTICLES et CHRONIQUES

BOCCARA (B) : Définir l'indexation (en marge des arrêts de 1983 sur le loyer variable et l'actualisation. J.C.P. 1985. Doct 3187

BOULANGER : Usage et abus de la notion d'indivisibilité dans les actes juridiques .R.T.D.C. 1950 p. 1

BUFNOIR : Etude sur les régimes matrimoniaux en Allemagne. Bulletin de la société de législation comparée 1876 p. 163 et s.

CABRILLAC : De quelques incidences des variations monétaires sur la règle de droit privé. Annales de l'université d'aix en Provence

CACHIA (M) : Les droits patrimoniaux à caractère personnel dans le régime de communauté. R.T.D.C. 1950 p. 267

CARBONNIER (J) : De peu, de tout, de rien. Etudes Rodière p. 47

- : Le statut des bijoux dans le droit matrimonial. Rep. Def. 1950 Article 26890 sp p. 329

CASALS-COLLDECARRERA : In Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse 1983 p.255

CATALA (P) : La transformation du patrimoine. R.T.D.C. 1966 p.185

- : Etudes offertes à René Rodière spéc. L'Etat d'un bien donné sous forme sociale. 1981 3ème edt. p. 55

CHARTIER : Commentaire de la loi du 04.01.1978. J.C.P. 1978 doc. n°2917

CHAUVEAU : Les abus de la personnalité morale des sociétés. Rev. Gén. dt com 1939 p. 397. 414

CHEVALIER-DUMAS : R.T.D.C. 1979 p 40 "La fraude dans les régimes matrimoniaux."

CHOTEAU : Le rapport mode unique de réduction des libéralités adressées à un successible. Journal des notaires 1949 art 42741 p. 243

COLOMER (A) : Le statut des conjoints d'artisans et de commerçant travaillant dans l'entreprise familiale. Rep Def 1982 art 32965 spéc N°140

CONTAMINE-RAYNAUD (M) : De l'existence de droit moral des artistes mariés sous le régime de la communauté. D 1971 chr. p. 251

CONTIN (R) : Réglements en nature dans les régimes matrimoniaux. R.T.D.C. 1977 p. 435

CORNU (G) La réforme des régimes matrimoniaux
- Le régime de participation aux acquêts J.C.P. 1970 I 2368

CORPECHOT (R) : Rapport au 75 ème congrès des notaires de France p. 407

DAGOT (M) : Réflexions sur l'article1099.1 du code civil. J.C.P. 71 I 2397

: L' état au jour de la donation, d'un office de notaire donné. Rep Def 1974 art. 30627

DANET ET LORVELLEC : Les restitutions après annulation d'un contrat d'intégration soumis à la loi du 6.071964. D 1982. Chronique p.211

DEPREZ : Un régime de participation aux acquêts. J.C.P. 1979 edt. N I p. 341

DESBOIS : Evolution du droit d'auteur en matière de reproduction et déxécution publique. R.T.D.C. 1939 p. 1.

DEVOS : Rapport au 75 ème congrès des notaires. N° 176 p. 109 1978

DURAND : L'évolution de la condition juridique des personnes morales. Etudes Ripert T 1 p. 13 et s.

ESMEIN (P) : Les ménages de pharmaciens propriétaires d'offices. G. P. 1942 I Doct. 23

FLOUR (J) : Pot pourri autour d'un arrêt. Déf 1975 art 30854 p. 184

FREYRIA : Les moyens d'éviter dans les contrats de mariage, les conséquences de la dépréciation de la monnaie. R.T.D.C. 1951 p. 331 341

GARRON (M) : Influence de la destination sur le régime juridique des droits D 1965 Chronique p. 19 spéc n° 5

GOBIN (A) : Le statut des oeuvres d'art dans le régime de communauté légale J.C.P. 1975 I 2731 édt. not.

HEBRAUD : L'instabilité monétaire et les réglements d'intérêts familiaux Mélanges Ripert T 1 p. 499

HONORAT (G) : Les indexations contractuelles et judiciaires. E Flour 1979 p. 251

HOUPIN (C.) : De la constitution des réserves J soc 1905 p. 5 et 1906 p.24

- : Caractères des parts sociales attribuées en représentation des biens propres à l'un des époux. Journ des Soc 1930 p. 401

HUBERT(F.): La théorie jurisprudentielle de l'indivisibilité en matière de donations déguisées. J.C.P. 1944 I 414

JULIEN : Les clientèles civiles, remarques sur l'évolution de leur patrimonialité. R.T.D.C. 1963 p. 2

LAFOND (j) SENECHAL (JP) : La rédaction d'un acte de donation avec proposition de formules. Tx. du CRIDON Bordeaux Toulouse. Janvier 1980 Chapitre 1 Section 1 C p.8

LAMBERT-PIERI : L'avenir de la distinction entre le titre et la finance dans la communauté légale D. 1982 Chr p.65 spéc. N°25

LEUCK : Le statut matrimonial du français Rapport au congrès des notaires de France 1978 p. 1209

LENOAN : De la condition des actions de sociétés propres, nominatives, de la femme sous le régime de la communauté et de l'exercice du droit de préférence. R.T.D.C. 1922 p. 365

LEVY (J.P) : Après l'arrêt du 27 juin 1957. J.C.P. 1957 1 1381

- : Après le tournant financier de 1958. La monnaie, les obligations et les paiements. J.C.P. 1959 I. 1472.

MARTIN (D) : La coopération conjugale dans l'entreprise familiale. D. 1982 p. 293

MAURY (J) : Liquidation comparative de trois régimes matrimoniaux : communauté légale, séparation de biens, participation aux acquêts. Rep Def 1984 art 33282 p. 555.

Plues-values

-apportées aux biens du conjoint 300
-distinction plus-values volontaires et fortuites dans l'évaluation d'un fonds de commerce 370
-fortuites 184
-sur droits sociaux originaires 334
-sur fonds de commerce
.par incorporation de bénéfices 367
.liées au travail de l'époux 368
-volontaires 305
-sans modification matérielle 375

Préjudice
-indemnité de réparation 125

Preuve
-acte authentique 72
-acte sous seing privé 72
-biens originaires 69
-contre l'état descriptif 80
-complémentaire à l'état descriptif
.absence d'état descriptif 84
.état descriptif incomplet 92
-état descriptif 71
-origine des biens 97
-témoignages et présomptions 96

Propriété littéraire et artistique voir droit d'auteur
voir oeuvre d'art

Projet de régime de participation (français)

-Michelet 10 - 486
-Renoult 7 - 485

Proposition de régime de participation (français)
-Marcilhacy 10 - 486
-Monnerville 8 - 486
-Poinso-Chapuis 10 note 18

Rapport des libéralités 169 - 320 - 321 - 374

Récompenses (régime légal) 139 - 172 - 295 - 300

Réduction des libéralités 170

Régimes de participation aux acquêts étrangers

-Allemagne 35 - 38 - 295 - 533 - 494 - 502
-Autriche 13
.projet du 2.5. 1963 44 note 15 - 536
-Belgique
.projet Ciselet 25
.projet Vermeylen 38 note 100 - 492 - 498 - 503
-Danemark 21
-Finlande 22
-Hollande 21
.régime conventionnel de participation 38 note 99
-Hongrois 13 - 536
-Israël 38
-Norvège 21
-Québec 23 - 500
-Tchécoslovaquie 24
-Suisse 26

Règlement en nature de la créance de participation voir créance de participation

Remploi voir biens originaires, subrogation

Réunion fictive

-avant 1965 (Thèse Deprez 489
-domaine 466
-effets 482
-étendue 512
-limite dans le temps 479
-nature juridique 514

Réserves des sociétés et état du bien

-réserves obligatoires et statutaires 361
-réserves facultatives 362

Rente viagère 115 - 128

Subrogation voir biens originaires, subrogation

Témoignages voir preuve

Titre et finance (distinction) 135
-en régime de participation aux acquêts 141

Titres honorifiques 158

Transparence liquidative des droits sociaux
-principe 339
-mise en oeuvre 353

Travaux de la commission de réforme du code civil 9

Valeurs originaires 159
-détermination des valeurs originaires 229

Vêtements et linges personnels 131

# TABLE DES MATIERES

Pages

INTRODUCTION

§ 1 : Le régime français de participation aux acquêts n'est pas un régime de communauté différée. 4

A. Les exemples de communauté différée..... 4

1) Les précédents projets français..... 4
2) Certaines législations étrangères..... 9
a) Le régime de participation aux acquêts en Europe centrale..... 9
b) Le régime de participation aux acquêts en Amérique du Sud..... 12
c) Le régime de participation aux acquêts, régime légal de certaines législations nordiques..... 14
d) Le régime de participation aux acquêts dans la Province du Québec..... 19
e) Le régime de participation aux acquêts dans le Code Civil Tchécoslovaque de 1949..... 20
f) Le régime de participation aux acquêts dans le projet du sénateur belge Ciselet 20
g) Le régime de participation aux acquêts en Suisse..... 21

B. Les particularités des régimes de communauté différée.... 23

- Le compte de récompenses..... 26
- Un partage limité aux acquêts..... 30

§ 2 : Le régime français de participation aux acquêts n'est pas un véritable régime de compensation des enrichissements 32

A. Les exemples de régime de compensation des enrichissements 33

B. Le rejet de la comparaison entre patrimoine initial et final dans le régime français..... 40

1) Le patrimoine originaire est une notion purement liquidative..... 41
a) L'assimilation patrimoine originaire-patrimoine initial est la cause des principales difficultés de liquidation soulevées en doctrine..... 42
- On n'explique pas pourquoi il faut ajouter aux biens possédés avant le mariage, ceux qui ont été reçus à titre gratuit..... 42
- Explication insuffisante des règles d'estimation du patrimoine originaire 43
- Le problème des biens disparus pendant le régime..... 45

b) L'assimilation patrimoine originaire patrimoine initial est une idée fausse.... 49
2) Le patrimoine originaire sert à mesurer le droit qu'a chaque époux de conserver une partie du patrimoine final..... 51

PREMIERE PARTIE : LE DROIT DE CONSERVER SON PATRIMOINE ORIGINAIRE 54

CHAPITRE I : Le recensement de l'actif originaire 55

SECTION I : La détermination des biens originaires 56

§1) Les biens originaires par leur origine 57

A) L'état descriptif, mode de preuve principal de l'origine des biens..... 59

1) La souplesse de l'état descriptif..... 59
a) Le choix entre acte authentique ou sous seing privé..... 59
b) Le moment de la rédaction de l'acte descriptif..... 60
2) La rigueur de l'état descriptif..... 61

B) La subsidiarité des autres modes de preuve..... 63
1) Le rôle des autres modes de preuve..... 63
a) La preuve contre l'état descriptif..... 64
b) La preuve complémentaire à l'état descriptif 67
α En cas d'absence d'état descriptif.... 67
. La discussion sur le terrain de la preuve..... 68
. La discussion au fond..... 71
β En cas d'état descriptif incomplet. 73
2) La détermination des modes de preuve..... 74
a) Impossibilité de la preuve par témoignage ou présomption..... 74
- en fait..... 74
- en droit..... 75
b) La marque de l'origine des biens..... 76

§2) Les biens originaires par leur nature 77

A) L'affectation du bien à la personne, critère normal des biens originaires par nature..... 82
1) Le principe : les biens affectés à la satisfaction d'un intérêt exclusif constituent des biens originaires par nature..... 84
a) Biens affectés à la satisfaction d'un intérêt patrimonial..... 84
α Satisfaction d'un intérêt alimentaire 84
β Satisfaction d'un intérêt dépassant le cadre alimentaire proprement dit 85
b) Biens affectés à la satisfaction d'un intérêt extrapatrimonial..... 90

2) Le tempérament au principe : les biens affestés à la satisfaction d'un intérêt prépondérant ne constituent pas des biens originaires par nature..... 92

B) L'origine personnelle des biens, critère exceptionnel des biens originaires par nature..... 95
1) Le principe : l'origine personnelle est un critère insuffisant pour la reconnaissance du caractère de bien originaire par nature..... 96
a) Inutilité de la distinction entre le titre et la finance dans le régime de participation aux acquêts..... 96
α La place actuelle de la distinction en droit positif..... 97
- La distinction avant 1965..... 97
- La distinction après 1965..... 100
β L'absence d'intérêt de la distinction entre le titre et la finance dans le régime de participation aux acquêts. 102
b) L'originalité des solutions proposées par le régime de participation aux acquêts quant à l'origine personnelle de certains biens..... 105
- Le droit d'auteur..... 106
- L'oeuvre d'art en tant qu'objet corporel..... 112
- L'officine de pharmacie..... 115
2) L'exception au principe : l'origine personnelle peut parfois être un critère des biens originaires par nature..... 117

SECTION II : La détermination des valeurs originaires 118

§ 1) Les biens originaires devenus valeurs originaires 120

A) Le bien originaire qui se retrouve à la dissolution est estimé d'après sa valeur au jour où le régime est dissous 120
1) L'emploi du procédé du retard d'évaluation..... 123
2) Les raisons du recours au retard d'évaluation : la volonté de faire correspondre réglement en valeur et réglement en nature..... 132

B) Le bien originaire aliéné est évalué selon sa valeur au jour de l'aliénation..... 137
1) La justification du choix de la valeur du bien au jour de l'aliénation..... 137
2) Le choix de la valeur objective d'aliénation..... 143

C) Lorsqu'un bien nouveau a été subrogé au bien aliéné, on prend en compte la valeur de ce nouveau bien..... 145
1) Le domaine d'application de la subrogation..... 146
a) La subrogation partielle..... 146
b) La subrogation en cas d'investissements réalisés sur des biens déjà possédés par l'époux 150
2) La preuve de la subrogation..... 151

α - La portée de la subrogation à l'égard des tiers..... 152
β - La portée de la subrogation à l'égard de l'autre époux..... 153
γ - Le but poursuivi..... 154

§2) Les biens originaires qui ne deviennent pas valeurs originaires 157

A) Les biens originaires dont l'époux a disposé entre vifs. 159

B) Les biens consommés..... 165
1) Le problème particulier des fruits dans le régime de participation aux acquêts..... 165
a) La portée des dispositions relatives aux fruits dans le régime de participation aux acquêts..... 166
b) La justification des dispositions relatives aux fruits dans le régime de participation aux acquêts..... 167
- Les fruits des biens originaires ne sont pas des valeurs originaires.... 167
- Les biens originaires qui auraient eu le caractère de fruits ne deviennent pas valeurs originaires..... 168
2) Le cas général des biens consommés ou détruits.... 171

CHAPITRE II : Le retranchement du passif originaire 172

SECTION I : La méthode de déduction du passif 174

§1) La détermination du passif à prendre en compte 174

A) Le passif originaire au regard des sources de paiement.. 174
1) L'absence de déduction du passif réglé avec des fonds originaires..... 177
2) Il importe peu que la dette ait été réglée avec des fonds empruntés..... 179

B) Le passif originaire recouvre des réalités différentes. 180
1) Le passif originaire n'est pas forcément antérieur au mariage..... 180
2) Le passif originaire n'est pas forcément un passif réglé..... 181
3) Le passif originaire s'oppose au passif constitué par l'époux pendant le mariage..... 182

a) Les dettes contractées pendant le mariage au bénéfice des biens originaires doivent-elles être déduites du patrimoine originaire... 183
b) Certaines dettes nées pendant le mariage de manière exceptionnelle, doivent-elles être déduites du patrimoine originaire ? ..... 184

§ 2) Comment prendre en compte le passif ? 186

A) Le passif particulier à un bien : le système de la proportionnalité directe..... 190
1) Le système de la proportionnalité est une méthode connue..... 190
2) Les correctifs nécessaires au système de la proportionnalité..... 192

B) Le passif étranger à un bien originaire précis..... 199
1) Les solutions rejetées..... 200
- L'indexation du passif sur des indices étrangers aux biens originaires..... 200
- La proportion établie artificiellement sur un bien originaire..... 202
2) La solution proposée..... 203

SECTION II : Le problème du passif excédentaire : 205

§ 1) Justification de lege lata de la solution relative au passif originaire 205

A) La véritable justification ne peut pas être trouvée dans l'idée d'une limite à la compensation des acquêts..... 207

B) La véritable justification peut être trouvée dans l'idée d'une juste mesure du droit pour chaque époux de conserver son patrimoine originaire..... 211

§ 2) Justification de lege ferenda 216

Conclusion de la première Partie ..... 218

DEUXIEME PARTIE : LE DROIT DE PARTICIPER AUX ACQUETS REALISES PAR LE CONJOINT 220

CHAPITRE I : Le droit de participer aux acquêts constatés. 225

SECTION I : Le recensement de l'actif 225

Sous-section I : Les plus-values consécutives à une modification de l'état des biens originaires. 227

§1) Etude théorique : le rôle de la référence à l'état initial du bien 227

A) La référence à l'état initial du bien, envisagée comme un dérivé de la technique des récompenses..... 228

1) Les raisons du rapprochement entre la référence à l'état initial et les récompenses..... 228

2) La critique du rapporchement entre la référence à l'état initial du bien et les récompenses..... 230

a) l'inexistence pendant le régime de la distinction acquêt-bien originaire..... 230

b) les causes des récompenses ne sont pas les mêmes que celles du changement d'état..... 232

B) La référence à l'état initial du bien : caractéristique de la dette de valeur..... 234

1) L'état du bien, critère de distinction entre les plus-values fortuites et volontaires..... 237

2) La distinction plus-value fortuite et volontaire, rôle normal de la référence à l'état antérieur du bien dans le procédé de la dette de valeur..... 241

a) La référence à l'état antérieur du bien dans le droit des successions..... 241

α) La référence à l'état antérieur du bien dans le droit des successions de 1804 à 1938..... 242

β) La référence à l'état antérieur du bien dans le droit des successions depuis 1971..... 243

- amélioration du système d'évaluation de la masse successorale..... 243

- harmonisation des règles relatives à la reconstitution de la masse successorale et au rapport des libéralités..... 244

b) La référence à l'état antérieur du bien en dehors du droit des successions..... 247
α) la référence à l'état antérieur du bien et les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat..... 248
- la restitution des biens de consommations..... 248
- le problème de la plus-value apportée au bien restituable..... 250
β) la référence à l'état antérieur du bien et la reprise des apports en nature..... 251
3) Les particularités de la référence à l'état initial du bien dans le régime de participation aux acquêts.... 252

§2) Etude pratique : la mise en oeuvre de la référence à l'état initial du bien. 254

A) Changement d'état et différents types de biens..... 255
1) L'état des droits sociaux..... 255
a) Le principe de la transparence liquidative des droits sociaux..... 257
α) la nécessité pratique de prendre en considération l'état de la société..... 259
- les arguments pratiques exposés par Monsieur Catala..... 259
- les arguments pratiques de Monsieur Catala et le régime de la participation aux acquêts..... 261
β) la justification théorique de la prise en compte de l'état de la société..... 263
- l'évaluation des biens familiaux... 264
- le principe d'évaluation des biens et le concept de la personnalité morale..... 266
b) la mise en oeuvre de la transparence liquidative..... 272
α) Les associés concernés..... 273
β) les biens concernés : l'état de la société 276
- la prise en compte de toutes les caractéristiques de la société..... 276
- une difficulté d'application : les bénéfices mis en réserve sont-ils une composante de l'état de la société..... 279
- les réserves légales et statutaires 279
- les réserves facultatives..... 280
2) Etat et fonds de commerce..... 284
a) les solutions offertes par la référence à l'état initial du bien..... 284
α) les plus-values liées à l'incorporation des bénéfices..... 285
β) les plus-values liées au travail de l'époux 286
b) Les difficultés de fait..... 288

B) Changement d'état et différents types de plus-values..... 291

1) La modification matérielle du bien n'entraine pas forcément modification d'état..... 291
2) Le maintien de l'apparence matérielle d'un bien n'est pas exclusif de changement d'état..... 294
a) Amélioration et retour du bien dans son état initial..... 294
b) Amélioration portant sur l'environnement du bien..... 299
c) Améliorations des caractéristiques juridiques du bien..... 303
α) amélioration du statut juridique d'un bien..... 303
- la question quant à l'état du bien en général..... 305
. la jurisprudence..... 305
. la doctrine..... 309
- la question quant à l'état du bien dans le régime de la participation aux acquêts..... 311
. le principe : on doit distinguer selon que la plus-value est fortuite ou volontaire..... 311
. la difficulté : l'imbrication entre plus-value fortuite et volontaire..... 312
β) l'amélioration des droits portant sur un bien..... 314

Sous-Section II : Les biens acquis par l'époux pendant le mariage. 317

§ 1 ) Les biens acquis par l'époux agissant seul 318

§ 2 ) Les biens acquis en indivision avec le conjoint 322

A) L'influence des biens indivis sur la liquidation..... 323
1) Une meilleure mesure de l'enrichissement de chaque époux..... 323
a) les possibilités d'attribution préférentielle d'un bien à un époux..... 324
b) Les conséquences de l'attribution préférentielle d'un bien à un époux..... 328
α) pour l'estimation d'un bien originaire 328
β) pour l'estimation d'un acquêt..... 329
2) les conséquences dans le dégagement des acquêts nets 330

B) L'insertion des biens indivis partagés dans le patrimoine final de l'époux attributaire..... 334

SECTION II : Le retranchement du passif 336

§ 1 ) La détermination du passif à prendre en compte. 336

A) Le passif dû aux tiers..... 337

B) Le passif dû au conjoint..... 340

1) L'apparente inutilité des comptes de créances entre époux..... 341
a) les hypothèses d'inutilité du compte de créances entre époux..... 344
b) les limites à l'équivalence des résultats.. 345
α) lorsque les sommes prêtées proviennent des acquêts..... 346
β) lorsque que les sommes prêtées proviennent des biens originaires des biens originaires du créancier..... 350
2) La combinaison des créances entre époux et de la créance de participation..... 353
a) la compensation entre les créances respectives des deux époux..... 353
b) la compensation entre créance de participation et créance entre époux..... 354
3) L'inutilité de réévaluer les créances entre époux (la différence avec les récompenses)..... 355

§ 2 ) Les limites à la prise en compte du passif.. 360

A) Le sens de l'art 1575..... 361

1) Dans quel cas y aura-t-il supériorité du patrimoine originaire..... 361
a) la supériorité ne tient pas aux règles d'évaluation du patrimoine originaire.... 362
α) la valeur des biens qui existent encore en nature..... 362
β) la valeur des biens aliénés..... 364
γ) la valeur des biens acquis avec les fonds provenant de l'aliénation d'un bien originaire..... 364
b) la supériorité tient aux règles d'évaluation du patrimoine final..... 364
2) la relecture de l'article 1575..... 365

B) la portée de l'article 1575..... 366

1) Les conséquences de l'article 1575..... 366
a) pour l'époux dont le patrimoine est déficitaire..... 366
b) pour l'autre conjoint..... 366
2) Le crédit de l'époux débiteur de participation.... 369
a) la protection des créanciers de l'époux débiteur de participation..... 369
b) la protection du conjoint créancier de participation..... 370

CHAPITRE II : LE DROIT DE PARTICIPER AUX ACQUETS REUNIS FICTIVEMENT 372

SECTION I : Le domaine de la réunion fictive. 373

§ 1 ) Les valeurs réunies..... 373

§ 2 ) Les actes visés..... 375

A) Il doit s'agir d'un acte à titre gratuit où d'un acte frauduleux..... 376

1) L'action d'un conjoint..... 376
a) la fraude prouvée..... 376
b) la fraude présumée par la loi..... 380

2) Le consentement de l'autre conjoint..... 381
a) Le consentement exclut-il la fraude..... 381
b) ce consentement peut-il être donné à postériori..... 382

B) Faut-il limiter dans le temps la récapitulation fictive.... 383

Section II : Les effets de la réunion fictive. 385

§ 1) La réunion fictive et le fonctionnement du régime de participation aux acquêts..... 385

A) Les précédents historiques et les modèles étrangers 386
1) La liberté de gestion dans les projets français antérieurs à 1965..... 386
a) les diverses limites aux pouvoirs de gestion.... 386
α) La constante..... 386
β) Les variantes..... 387
b) l'emploi du système de la réunion fictive..... 388
2) La liberté de gestion en droit comparé..... 390
a) Les restrictions au pouvoir de gestion..... 390
α) Une directive générale de gestion : la référence à l'intérêt commun des époux 390
β) La mise en place d'une obligation de gestion conjointe..... 392
b) Le système de la réunion fictive..... 401
α) La réunion fictive dans le régime allemand et le projet Vermeulen..... 401
β) La réunion fictive subsidiaire dans le régime suédois..... 403

B) Liberté de gestion et protection des droits du conjoint dans le régime français..... 404
1) Le particularisme nuancé du régime français... 405
2) La conciliation entre l'indépendance de gestion et la sauvegarde des droits du conjoint

§ 2 ) La réunion fictive et la liquidation du régime 409

A) Réunion fictive et le calcul de la créance de participation 409

1) Etendue de la réunion fictive..... 409
2) Nature juridique de la réunion fictive..... 412
a) réunion fictive : nullité partielle ou inopposabilité..... 412
b) réunion fictive : inopposabilité ou technique autonome..... 414

B) La réunion fictive et le règlement de la créance de participation..... 418

1) réunion fictive et les difficultés financières de l'époux débiteur..... 419

a) les effets éventuels de la réunion fictive sur le droit de conserver son patrimoine originaires..... 419

b) la réunion fictive peut entrainer l'insolvabilité de l'époux débiteur de participation 420

2) Le recouvrement subsidiaire de la créance de participation..... 421

Conclusion de la deuxième partie

CONCLUSION :

A) L'intérêt du régime de participation aux acquêts n'est pas de concilier indépendance et communauté ..... 423

B) L'intérêt du régime de participation aux acquêts est de proposer un concept communautaire nouveau..... 425

1) Le régime français établit une participation aux acquêts originale..... 426

2) Le régime français de participation aux acquets établit une communauté renforcée..... 430

BIBLIOGRAPHIE 435

TABLE DES ABREVIATIONS 456

TABLE ALPHABETIQUE 458

TABLE DES MATIERES 466