

Recueil Dalloz 2006 p. 2066

Droit patrimonial de la famille

Vincent Brémond, Maître de conférences à l'université de Paris X-Nanterre

Marc Nicod, Professeur à l'Université de Toulouse I

Janine **Revel**, Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre

L'essentiel

Le présent panorama couvre une année d'actualité du droit patrimonial de la famille, d'avril 2005 à avril 2006.

En matière de régimes matrimoniaux, deux textes méritent une attention particulière : la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises (n° 1 et 5 b), qui a notamment introduit l'article 1387-1 du code civil, et l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme des sûretés réelles (D. 2006, Lég. p. 1311), à laquelle on doit l'alinéa 2 de l'article 1422 du code civil (n° 4 a). La jurisprudence n'a pas été en reste ; on signalera notamment ses apports en matière de passif commun (n° 4 a et 5 b), de récompenses (n° 5 a) et de détermination du patrimoine originaire dans le régime de la participation aux acquêts (n° 6).

Sur le terrain des successions et des libéralités, la Cour de cassation a bien sûr conforté certaines solutions antérieures, spécialement en matière de formalisme des libéralités (n° 10 et 11). Elle a également poursuivi son oeuvre créatrice en consacrant une notion nouvelle : l'avantage indirect objectif (n° 8) et en affinant - à tort ou à raison - la frontière séparant le pacte sur succession future du pacte *post mortem* (n° 7).

## I - Régimes matrimoniaux

### A - Régime primaire impératif

#### 1 - L'exercice en commun d'une activité professionnelle

La **loi n° 2005-882 du 2 août 2005** (JO 3 août, p. 12639 ; S. Piédelièvre, Le nouvel article 1387-1 du code civil, D. 2005, Point de vue p. 2138 ; J.-C. Grall, J.-M. Meffre et C. Guet, Loi Dutreil du 2 août 2005 en faveur des PME : analyse critique des dispositions relatives au droit des relations industrie-commerce, D. 2005, Chron. p. 2149 ; C. Malecki, La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises et les bons offices de la location d'actions et de parts sociales, D. 2005, Chron. p. 2382 ; J.-P. Chazal et S. Ferré-André, L'incroyable destin de l'article 1387-1 du code civil, D. 2006, Chron. p. 316 ; L. Mauger-Vielpeau, Les enchères inversées, D. 2006, Point de vue p. 642 ) en faveur des petites et moyennes entreprises ouvre aux professions libérales le bénéfice de l'option entre les trois statuts - collaborateur, salarié, associé - dont bénéficiaient déjà les conjoints de commerçants et d'artisans (depuis la loi du 10 juillet 1982). Pour cela, elle a modifié l'article 121-4 du code de commerce et la nouvelle rédaction du texte invite à juger obligatoire l'adoption de l'un de ces statuts par le conjoint du chef d'entreprise travaillant de manière régulière dans l'entreprise familiale.

Néanmoins, l'obligation n'étant pas autrement sanctionnée que par la privation des droits professionnels et sociaux qui résultent de chacun de ces statuts, rien n'empêchera un époux

de collaborer à la profession de l'autre sans mentionner cette activité auprès des organismes habilités à enregistrer l'immatriculation de l'entreprise, et à demeurer « hors statut » ; le contentieux né de cette activité lorsque les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens ne devrait pas se tarir après cette modification législative.

Par ailleurs, la loi nouvelle apporte deux précisions dont on peut douter qu'elles aient été utiles. D'une part, le statut de conjoint collaborateur associé n'est autorisé qu'au conjoint du gérant associé unique ou majoritaire d'une SARL ou d'une SERL ; autrement dit, ce statut ne vaut que si la société est familiale (l'intitulé de la section où est situé l'article L. 121-4 l'indiquait déjà). D'autre part, l'article L. 121-7 complète ce *corpus* pour nous apprendre qu'à l'égard des tiers, les actes accomplis par le conjoint collaborateur pour les besoins de l'entreprise sont « réputés » l'être pour le compte du chef d'entreprise et n'entraîne à sa charge aucune obligation personnelle, ce que l'on savait déjà, ce collaborateur « mentionné » étant présumé mandataire de son époux, chef d'entreprise.

J. R.

## 2 - Le logement familial

Voilà un bien curieux arrêt. Deux époux séparés de biens louaient un bien immobilier aux parents de l'épouse. Ils y avaient élu logement familial. Puis, en 1991, l'épouse décide d'acquérir l'immeuble auprès de ses parents. Cette acquisition est financée par un prêt consenti par le crédit agricole mutuel et garanti par un privilège de prêteur de deniers inscrit sur l'immeuble. Suite à la défaillance de l'épouse emprunteuse, la banque a engagé une procédure de saisie du bien immobilier. Le mari est alors intervenu à l'instance et a déposé, le 29 avril 1998, un dire aux fins de voir prononcer la nullité du prêt et du privilège assorti sur le fondement de l'article 215, al. 3, du code civil imposant la cogestion pour tout acte ayant pour objet de disposer des droits par lesquels est assuré le logement familial.

Les juges du fond rejettent cette demande en raison, d'une part que l'article 215, al. 3, ne saurait concerner l'acquisition d'un bien, même destiné à devenir le logement de la famille, et d'autre part que, quand même l'action en nullité de l'acte litigieux eût été recevable, elle était prescrite puisque le mari avait connaissance depuis plus d'un an de l'existence du prêt et de la garantie. Le mari forme un pourvoi en cassation, aux termes duquel il soutenait, d'abord que le prêt finançant l'acquisition portait bien sur le logement de la famille, puisque les époux y logeaient déjà en tant que locataires, de sorte que le privilège du prêteur de deniers devait s'analyser en une sûreté réelle tombant sous le coup de l'article 215, al. 3, ensuite que l'exception de nullité est perpétuelle, contrairement à l'action en nullité dont il contestait, par ailleurs, que les conditions de sa prescription soient réunies.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 28 février 2006 (**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 févr. 2006, n° 02-19.809**, D. 2006, Pan. p. 1414, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau) rejette le pourvoi au double motif, d'une part, que « la règle selon laquelle l'exception de nullité est perpétuelle ne peut être invoquée par l'époux qui n'a pas la qualité de défendeur » et, d'autre part, que les juges du fond avaient souverainement estimé que le délai annal de l'action en nullité était prescrit. La Cour de cassation en conclut que les juges du fond ont « légalement justifié [leur] décision, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les deux premières branches du moyen ».

Ainsi, comme elle en avait parfaitement le droit, compte tenu de sa réponse, la Cour de cassation ne s'est prononcée que sur les questions de recevabilité de l'action du demandeur, mais aucunement sur les questions de fond relatives au point de savoir si l'acte litigieux tombait ou non sous le coup de l'article 215, al. 3. On peut, certes, regretter qu'elle n'ait pas saisi cette occasion pour éclaircir le domaine de la cogestion de l'article 215, al. 3, mais il faut admettre que l'on n'en sait pas plus sur la conformité à l'article 215, al. 3, de l'acte de prêt, assorti d'un privilège, ayant servi à financer l'achat du logement familial.

Cela ne nous interdit pas de réfléchir à la nature de cet acte au regard de la cogestion de l'article 215, al. 3. Un prêt assorti du privilège de prêteur de deniers inscrit sur le logement de

la famille peut-il être considéré comme un acte ayant pour fin ou/et pour effet de mettre un terme ou d'amoindrir un droit réel ou un droit personnel qui assure le logement familial ? Et s'il l'est, est-ce d'abord en tant que prêt ayant financé l'acquisition du logement familial, ou en tant qu'il a conduit à l'inscription d'un privilège immobilier sur le logement ? Un acte de prêt peut, certainement, porter atteinte aux droits assurant le logement, mais de façon seulement indirecte, en ce que l'emprunteur engage la totalité de son patrimoine, y compris le bien que l'emprunt a permis de financer. Les droits par lesquels est assuré le logement sont à la merci du créancier, via son droit de gage général. C'est naturellement le risque de saisissabilité du logement qui est ici mis au jour. Mais, précisément, bien que cette question ait été débattue en doctrine et en jurisprudence, il est aujourd'hui acquis que l'article 215, al. 3, n'emporte pas l'insaisissabilité du logement familial : « hors le cas de fraude, les dispositions de l'article 215 doivent être considérées comme inopposables aux créanciers, sous peine de frapper les biens d'une insaisissabilité contraire à la loi » (Cass. 1re civ., 1er juill. 1986, Bull. civ. I, n° 191 ; 21 mai 1997, Bull. civ. I, n° 163), y compris en présence de dettes particulièrement dangereuses comme le sont l'emprunt et le cautionnement, bien que certains aient pu le déplorer. Certes, le logement familial constituant, dans le même temps, un bien commun est protégé contre ce type de dettes, par le mécanisme de réduction du gage prévu par l'article 1415, mais dès l'instant où le logement quitte le « bouclier » de la communauté, soit qu'il constitue un bien propre à l'un des époux, soit qu'il constitue un bien personnel à l'un des époux mariés sous la séparation de biens (ce qui était le cas dans l'arrêt présentement commenté), il redevient saisissable comme n'importe quel autre bien. Dès lors, l'acte de prêt, en lui-même, ne peut entrer dans le domaine de l'article 215, al. 3.

Serait-ce alors la garantie accordée en garantie du prêt et ayant pour objet le logement qui porte atteinte aux droits assurant le logement ? Certainement, si la garantie est réelle. L'époux propriétaire du logement ne peut souscrire seul une garantie réelle sur ce bien (hypothèque, antichrèse) ou les meubles le garnissant (gage), quelle que soit la nature de la dette garantie, y compris si la dette se rapporte au logement. Si l'on comprend parfaitement le sens d'une telle protection lorsque la dette garantie est celle d'un tiers, il faut avouer qu'il est plus délicat à identifier lorsque la dette garantie est celle de l'époux propriétaire du logement : que la créance du prêteur soit ou non garantie par une sûreté réelle portant sur le logement familial, le prêteur pourra, de toutes façons, saisir le logement ; certes, dans le premier cas, il le pourra en vertu d'un droit réel, alors que dans le second, c'est par le biais d'un droit personnel. L'existence de la garantie réelle vient modifier la situation du créancier bien davantage que celle du débiteur. Sauf à observer que la protection imposée au souscripteur d'une sûreté réelle vise, en réalité, à le protéger contre le risque découlant de l'engagement dont la souscription de la sûreté est *de facto* la condition. Quoi qu'il en soit, bien que nous estimions que la garantie de la dette d'autrui mériterait de faire l'objet d'un traitement autonome dans le droit des régimes matrimoniaux, il faut bien admettre, qu'en l'état actuel, l'hypothèque consentie sur le logement familial par son propriétaire tombe sous le coup de l'article 215, al. 3. Toutefois, une différence importante sépare cette dernière hypothèse de celle de l'espèce : la source de la garantie. Le privilège du prêteur de deniers a évidemment pour source la loi, et son inscription relève de la seule initiative du créancier. Cette distinction selon la source de la garantie paraît cruciale au regard des fondements et des finalités de la cogestion prévue par l'article 215, al. 3. Si cette dernière devait inclure les garanties légales, ce serait alors, potentiellement, toutes les dettes d'une certaine importance souscrites par l'époux propriétaire qui pourraient tomber sous le coup de la cogestion. En effet, tout créancier peut, sous certaines conditions, se faire accorder une hypothèque judiciaire sur les immeubles du débiteur. Le propriétaire du logement qui souscrit une dette dispose-t-il des droits assurant le logement ? De même, le propriétaire qui confie un meuble meublant pour réparation dispose-t-il de ce bien sous prétexte que le créancier peut retenir le bien jusqu'à complet paiement ou bénéficiaire du privilège du conservateur ? Il est possible de le soutenir, mais c'est à la condition d'admettre que l'article 215, al. 3, rend le logement familial et les meubles le garnissant *de facto* insaisissable ! Or, rappelons-le, la jurisprudence s'y est toujours opposée.

Et quand bien même la position du demandeur au pourvoi de soumettre l'acte de prêt assorti du privilège à la cogestion de l'article 215, al. 3, devrait-elle être retenue, elle nous semble largement inefficace. En l'espèce, l'action en nullité visait le prêt, celle-ci devant entraîner par

accessoire la disparition du privilège, et non le seul privilège, faute de pouvoir demander la « nullité » d'un effet légal. Or, quand bien même la nullité du prêt serait-elle prononcée pour violation de la cogestion, que l'époux emprunteur restera tenu d'une dette de restitution des fonds prêtés. Dès lors, de deux choses l'une : soit les époux peuvent rembourser cette dette, et alors on ne voit pas la raison pour laquelle ils n'ont pas empêché la saisie du logement en remboursant le prêteur ; soit les époux sont dans l'incapacité de rembourser la dette, et alors le créancier pourra entreprendre la saisie du logement familial comme n'importe quel créancier ! L'annulation du prêt et la disparition consécutive du privilège n'auront, en définitive, constitué qu'une victoire à la Pyrrhus...

Il faut décidément regretter que la Cour de cassation n'ait pas saisi l'occasion d'exprimer son avis sur la soumission d'un tel acte à la cogestion relative au logement familial.

V. B.

## B - Régime matrimonial légal

### 3 - Les pouvoirs

La boucle est bouclée. Après que le sort des créanciers du conjoint *in bonis* ait été fixé, celui des pouvoirs du conjoint *in bonis* vient de l'être par l'arrêt de la 1<sup>re</sup> Chambre civile du 4 octobre 2005 dans la plus grande cohérence (**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 oct. 2005, n° 04-12.610**, D. 2005, AJ p. 2592, obs. A. Lienhard ; D. 2006, Pan. p. 79, obs. P.-M. Le Corre et F.-X. Lucas, et Pan. p. 1380, obs. A. M. Bourassin, E. Claudel, A. Danis-Fatôme et B. Thullier ; AJ Famille 2005, p. 407, obs. P. Hilt ).

Le sort des premiers était dans la dépendance d'une règle de passif du régime communautaire à celles qui régissent les procédures collectives. Depuis l'arrêt d'Assemblée plénière du 23 décembre 1994 (Bull. civ., n° 7 ; cf. F. Derrida, La situation des créanciers personnels du conjoint du débiteur soumis à une procédure de redressement-liquidation judiciaires : bilan, D. 1997, Chron. p. 117 ), il est entendu qu'ils ne peuvent pas exercer de poursuites sur les biens communs (en dehors des cas où les créanciers de l'époux débiteur peuvent eux-mêmes agir), en raison du dessaisissement de l'époux défaillant. Ils sont soumis à la discipline collective : déclaration de leur créance ; arrêt du cours des inscriptions ; suspension des poursuites. Bien que la dette soit entrée en communauté du chef de l'époux *in bonis* et que le créancier se prévale du lien obligatoire avec ce seul époux, il n'est pas pour autant un créancier personnel. Son gage porte sur les biens communs, et, en tant que tel, il est concurrent de celui de tout créancier commun, au titre desquels figurent ceux qui se prévalent d'un lien obligatoire avec l'époux soumis à la procédure collective. Or, ces biens sont indisponibles et affectés au paiement des créanciers de l'un et de l'autre.

Cette concurrence passive de tous ces créanciers, qui résulte des pouvoirs concurrents des époux d'engager les biens communs est le corollaire de leurs pouvoirs concurrents d'en disposer. Le crédit de chacun est altéré par les dettes de l'autre. Leur indépendance dans le pouvoir de gérer les biens communs est nécessairement paralysée par la saisie collective de ces biens parce que, en raison de leur union patrimoniale, ils ne peuvent pas être tiers l'un par rapport à l'autre.

C'est pourquoi, l'épouse d'un débiteur en liquidation judiciaire ne peut plus exercer les pouvoirs qu'elle tient de l'article 1421 du code civil et le bail précaire (donc exclu du champ d'application des baux commerciaux, et, par voie de conséquence, de l'article 1425 qui les soumet à la cogestion) qu'elle a consenti sur un bien commun est « annulé et déclaré inopposable » à la liquidation judiciaire. C'est au liquidateur seul que sont dévolus les droits et actions du débiteur et cette exclusivité ne peut que bloquer l'exercice de ceux dévolus au conjoint en vertu de l'article 1421.

Cette exclusivité vaut aussi pour les actes soumis à la cogestion des articles 1424 et 1425 (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 nov. 1978, D. 1979, Jur. p. 365, note M. Jeantin). Nullité ou inopposabilité ? Absence de pouvoir du conjoint *in bonis* ou dépassement de pouvoir ? Peu importe, le résultat est le même qui conduit à l'expulsion du locataire. Et il convient de souligner que la

Cour de cassation vise la « combinaison des articles 1413 et L. 622-9 », ce qui autorise à penser qu'une dette qui serait souscrite par l'époux *in bonis* après le prononcé de la liquidation judiciaire, loin de bénéficier de la priorité de l'article L. 621-32 du code de commerce, serait pareillement inopposable.

J. R.

#### 4 - Le passif

##### **a - Le cautionnement réel**

L'arrêt du 2 décembre 2005 rendu par une Chambre mixte de la Cour de cassation (Bull. civ., n° 253 ; ) qui a rayé de la liste des sûretés le « cautionnement réel » et banni ce terme de notre vocabulaire a fait l'objet d'études si savantes (V., concl. J. Sainte-Rose, D. 2006, Jur. p. 729 et note L. Aynès ; *ibid.* Jur. p. 733 ; *ibid.* Pan. p. 1414, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *ibid.* AJ, p. 61, obs. V. Avena-Robardet et les nombreuses réf. citées), qu'il n'y est ici fait référence que pour en signaler les suites ; la première Chambre civile a repris mot pour mot le principe qui y était énoncé (**Cass. 1re civ., 28 févr. 2006, n° 02-10.602**, à paraître au Bull. civ.) et **l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006** (JO 24 mars, p. 4475 ; D. 2006, Lég. p. 1311) qui a réécrit le droit des sûretés réelles, a tranché dans le vif pour les époux communs en biens.

La cause était entendue ; l'article 1415 est hors du débat de l'affectation d'un bien commun à la dette d'un tiers, parce que la constitution de ce droit réel n'oblige pas le constituant à payer ce tiers. Le créancier dispose de son droit réel sur le bien, ni plus ni moins.

Dès lors, la sûreté réelle est valable lorsque, consentie par un époux seul, elle porte sur un bien dont il peut disposer seul (art. 1421), et nulle si elle porte sur un bien soumis à la co-gestion (art. 1424) ; la corrélation pouvoir de disposer - pouvoir d'engager est parfaitement respectée.

Les banques savent se prémunir contre les risques financiers. C'est leur métier. Une banque consent une garantie à première demande et obtient, pour se garantir contre ce risque, qu'un époux commun en biens se porte caution solidaire à son profit, et cet engagement personnel est contre-garanti, d'une part, par le nantissement du contrat d'assurance-vie mixte qu'il avait souscrit, et, d'autre part, par une délégation de son droit au rachat, au cas de défaillance de la société débitrice. La banque, tenue de payer ce créancier en exécution de son engagement à première demande, était sûre d'obtenir, non seulement ce que lui offrait l'article 1415 - les propres et les revenus de l'époux caution -, mais aussi le montant du capital d'assurance, qu'elle se fait effectivement remettre.

L'époux caution réclame la restitution de ces fonds en invoquant la nullité du cautionnement. Débouté par la cour d'appel qui juge qu'il avait la libre disposition de son contrat d'assurance (qu'elle qualifie à tort de bien propre), et que, par suite, il pouvait déléguer son droit au rachat, l'époux souscripteur, forme un pourvoi en cassation. Dans une première branche plutôt confuse il fait valoir que son droit au rachat est un droit exclusivement personnel qu'il ne pouvait pas déléguer, et, dans une seconde branche il tente de soutenir, avec l'appui de l'article 1415, qu'il ne pouvait pas engager seul le capital de l'assurance-vie provenant du fonds commun.

L'arrêt de rejet approuve la cour d'appel d'avoir admis la libre disposition de la faculté de rachat du souscripteur, et par une substitution de motif « de pur droit » repris de la Chambre mixte, elle répète que l'article 1415 n'était pas applicable s'agissant d'un nantissement, parce qu'« une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'implique aucun engagement personnel..., n'est pas, dès lors, un cautionnement, lequel ne se présume pas ».

La disposition de la faculté de rachat, comme la souscription du contrat d'assurance-vie relève du pouvoir concurrent (Cass. ass. plén., 12 déc. 1986, D. 1987, Jur. p. 269, note J. Ghestin ; Defrénois 1987, p. 541, note J.-L. Aubert) ; l'époux peut donc déléguer seul ce droit au

rachat. Le capital est, certes, une valeur commune (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 mars 1992, D. 1993, Somm. p. 219, obs. F. Lucet ; RTD civ. 1992, p. 632, obs. F. Lucet et B. Vareille ; Defrénois 1992, p. 1159, obs. G. Champenois), mais l'époux ne l'a pas engagé par un cautionnement mais par un nantissement ; ce nantissement porte sur des fonds (valeur du contrat) dont il a la libre disposition, active et passive (art. 1421 et 1413). Il est donc valable.

Avec le nouvel article 1422, al. 2, issu de l'ordonnance du 23 mars 2006 un tel nantissement, consenti par un époux seul, le sera-t-il encore ? Selon ce texte, les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, affecter un bien commun à la garantie de la dette d'un tiers. Désormais, le sort d'une sûreté réelle sur un bien commun n'est plus fonction du bien sur lequel elle porte (compris dans la liste des art. 1424 et 1425, ou pas,) mais du débiteur de la dette garantie. Si c'est sa propre dette que l'époux garantit seul par l'affectation réelle d'un bien commun qui relève des pouvoirs concurrents, l'acte est valable, s'il garantit la dette d'un tiers, l'acte est nul quelque soit le bien commun grevé.

Ainsi, la garantie de la dette d'un tiers par un cautionnement (le seul, le vrai) est valablement consentie par un époux seul qui n'engage que ses biens propres et ses revenus (art. 1415), si c'est par une affectation réelle d'un bien commun elle ne peut être consentie que par l'accord des deux époux (art. 1422, al. 2).

La nouvelle règle est logiquement écrite à l'article 1422, texte relatif au pouvoir de conclure des actes à titre gratuit. Règle de pouvoir, et non de passif, parce que les constituants n'ont pas de dette, et identification aux actes à titre gratuit parce qu'en l'absence de dette, la garantie de la dette d'un tiers fait courir à la communauté le même risque d'appauvrissement que ces actes-là.

Un bien commun dont un époux peut disposer seul (art. 1421) et engager seul (art. 1413) ne pourra plus être l'objet d'un acte de disposition solitaire pour garantir la dette d'un tiers.

La liste des actes soumis à la co-gestion s'enrichit pendant que le domaine des pouvoirs concurrents se restreint (J. **Revel**, La garantie de la dette d'autrui et le régime matrimonial, D. 2006, Chron. p. 1309 ).

En l'espèce, selon la Cour de cassation, l'époux souscripteur était libre de faire de son contrat d'assurance-vie un instrument de crédit ; il pouvait donc le nantir, et, pour donner efficacité à ce nantissement, déléguer - donc disposer -sa faculté de rachat. Il disposait ainsi d'une valeur commune, le contrat d'assurance étant dénoué par la mise en oeuvre de cette faculté pendant le mariage, disposition validée par l'article 1421.

Désormais, une telle utilisation du contrat d'assurance-vie par l'époux souscripteur devrait tomber sous le coup de l'article 1422, al. 2, dès lors que cet « instrument de crédit » garantit la dette d'un tiers. La délégation n'est certes pas une affectation réelle, mais le nantissement l'est. Or, la délégation était stipulée dans l'acte de nantissement pour permettre à la banque de se faire remettre, par préférence, les fonds, car, à défaut d'une telle délégation, elle ne pouvait pas en obtenir la remise, tant en raison du caractère personnel de la faculté de rachat, que de l'interdiction inscrite à l'article 2078.

Ce « montage » revient donc à disposer d'une valeur commune qui ne pourra plus être un instrument de crédit à la disposition de l'époux souscripteur, pour rendre service à un tiers.

L'esprit du nouveau texte dissipe le doute que peut susciter sa lettre pour ce type de contrat de crédit.

J. R.

5 - Dissolution et liquidation du régime  
**a - Récompenses**

Les pensions alimentaires dues par chacun des époux séparément, et les rentes compensatoires dues par l'époux divorcé à son ex-conjoint, ne sont pas régies par les mêmes règles de contribution au passif. Les pensions alimentaires que chacun doit à ses enfants d'une précédente union, celle que doit l'épouse à son père, relèvent du passif définitif de la communauté (**Cass. 1re civ., 8 nov. 2005, n° 03-14.831**, D. 2005, IR p. 2897 ; AJ Famille 2006, p. 33, obs. P. Hilt ), tandis que la rente compensatoire est une dette personnelle à celui qui en est débiteur, qui donne lieu à récompense en faveur de la communauté (**Cass. 1re civ., 28 mars 2006, n° 03-11.671**, D. 2006, IR p. 1127 ; AJ Famille 2006, p. 207 ), étant précisé que si c'est une pension alimentaire à laquelle l'époux divorcé avait été condamné envers son ex-conjoint aucune récompense n'est due à la communauté qui l'a payée (Cass. 2e civ., 11 juin 1998, Bull. civ. II, n° 182 ; D. 1998, IR p. 175 ; RTD civ. 1999, p. 368, obs. J. Hauser ; 25 janv. 1984, D. 1984, Jur. p. 442, note C. Philippe).

Pourtant toutes ces dettes existaient, par hypothèse, avant le second mariage. Où est la cohérence ?

Dans la première espèce, la cour d'appel qui a jugé que chacun des époux était tenu à récompense en faveur de la communauté qui avait payé les pensions alimentaires, est censurée au visa de l'article 1409 du code civil, relevé d'office. Ce texte décide que la communauté est tenue à titre définitif « des aliments dus par les époux ». Cette rédaction du texte aurait autorisé la distinction entre les dettes dont les époux sont tenus ensemble (enfants communs, parents et alliés des art. 205 et 206) et celles dont ils sont tenus séparément (enfant d'une précédente union, enfant adultérin, ascendants autres que les père et mère, ex-conjoint). Dans le premier cas, ils sont co-débiteurs, la communauté doit être tenue à titre définitif. Dans le second cas, l'époux est seul débiteur, et cela à compter d'une date antérieure à son remariage (sous réserve de l'enfant adultérin) ; sa dette aurait pu être traitée comme une dette présente au sens de l'article 1410 du code civil.

Mais une telle lecture du texte aurait méconnu la particularité du droit alimentaire. Ces dettes sont toujours « provisoires », même fixées par un jugement, parce qu'elles sont toujours révisables, et dans cette mesure l'état de besoin naît à chaque échéance... donc pendant la durée du second mariage. En outre, les aliments sont fonction des « ressources », et prélevés sur les revenus, lesquels sont communs. A quoi l'on peut ajouter deux arguments, l'un d'équité et l'autre de politique juridique. La récompense, si elle devait avoir lieu, risquerait d'être extrêmement lourde pour l'époux débiteur lorsque la pension alimentaire a été acquittée pendant une longue période. La seconde famille n'abolissant pas les solidarités nées de la famille précédente, le conjoint de l'époux débiteur, en épousant celui ou celle qui avait déjà créé une famille, admet que les finances du ménage soient amputées des sommes qui lui sont dues.

Avec cette décision, la première Chambre civile évite la casuistique à laquelle conduirait la distinction selon qu'il s'agit d'enfant commun, ou adultérin, ou né d'une précédente union, des parents, des ascendants autres que les parents, des beaux-parents....

Mais alors, pourquoi isoler de cet ensemble la prestation compensatoire sous forme de rente, dont le caractère en partie alimentaire est régulièrement réaffirmé ?

Dans la seconde espèce, c'est pour avoir refusé le droit à récompense en faveur de la communauté, au motif que la dépense n'avait pas profité au mari, que la cour d'appel est censurée au visa des articles 1412 et 1437 du code civil, parce que la prestation compensatoire est « une dette personnelle dont le seul paiement par la communauté ouvrait un droit à récompense ». La récompense n'est pas subordonnée à l'existence d'un profit pour le patrimoine débiteur (comp., Cass. 1re civ., 8 févr. 2005, D. 2005, Pan. p. 2114, spéc. p. 2116, obs. V. Brémond ; RTD civ. 2005, p. 445, obs. B. Vareille ; AJ Famille 2005, p. 149, obs. P. Hilt ). Dette dont l'époux débiteur était tenu au jour de la célébration du remariage, au sens de l'article 1410, la qualification de dette personnelle est certainement justifiée par son caractère forfaitaire, non révisable, et comme substitut d'un capital.

Techniquement irréprochable la solution se concilie mal, néanmoins, avec celle qui n'accorde

pas de récompense à la communauté qui a payé une pension alimentaire à l'ex-conjoint divorcé, car finalement, la seconde épouse, contribue, ou ne contribue pas, par le biais de la communauté, à maintenir le niveau de vie de la première, selon le type de divorce « choisi » par son conjoint. Ce n'est pas très cohérent.

Peut-être est-ce la ligne de démarcation - pensions alimentaires d'un côté, prestations compensatoires de l'autre - qui n'est pas la bonne. La cohérence s'accommoderait mieux d'une distinction entre la solidarité familiale et l'exigence légale de maintien du niveau de vie obtenu pendant le mariage.

Le lien de famille entendu largement, parenté et alliance, justifie la solidarité familiale ; la rupture de ce lien devrait l'anéantir.

Si la loi impose malgré la rupture de ce lien de famille spécifique, le lien conjugal, la survivance d'une obligation, ce lien obligatoire n'est pas fondé sur la solidarité familiale, il relève d'autres impératifs, idéologique (le mariage est-il vraiment indissoluble ?) mais aussi sociologique et économique.

Aussi, les pensions alimentaires dues au titre de l'entretien de tous les enfants de chacun des époux relèvent des charges du mariage et donc du passif définitif de la communauté, d'ailleurs l'article 1409, al. 1, assimile, à juste titre, les aliments et les dettes de l'article 220.

Si l'enfant, qui n'est pas l'enfant commun, est élevé au sein de la seconde famille, personne ne songerait à reconnaître à la communauté qui l'a entretenu « en nature » un droit à récompense !

Pour la même raison, la pension alimentaire due aux ascendants de l'un et de l'autre époux doit rester à la charge définitive de la communauté.

En revanche, la dette consécutive au divorce, quelle que soit sa nature, et quelles que soient ses modalités de paiement, doit demeurer personnelle en application de l'article 1410.

L'hypothèse à vocation à se raréfier, si ce n'est à disparaître, avec la disparition à l'avenir des rentes compensatoires... sous réserve de la longévité des créancières.

J. R.

## **b - Sort des dettes professionnelles après le prononcé du divorce**

Le crédit de l'entrepreneur individuel marié subit des coups de boutoir au rythme désormais effréné de textes adoptés sans grande réflexion préalable. Hier l'affectation familiale du logement, qui peut être distraite du gage des créanciers par déclaration unilatérale de l'entrepreneur (art. 526-1 s. c. com), aujourd'hui « les bons sentiments » des parlementaires (P. Crocq, Les bons sentiments ne font pas les bons textes, D. 2005, Tribune p. 2025 ; S. Piédelièvre, Le nouvel article 1387-1 du code civil, D. 2005, Point de vue p. 2138 ).

**L'article 1387-1 du code civil**, issu de la **loi du 2 août 2005** (JO 3 août, p. 12639) en faveur des petites et moyennes entreprises, adopté après des débats plutôt inconsistants et teintés de démagogie, de rédaction tellement confuse que chacun des mots recèlent des incertitudes (V. Brémond, Le nouveau régime des dettes professionnelles conjugales en cas de divorce, JCP N 2005, 1497), est de nature à porter atteinte au crédit de l'entrepreneur de manière plus radicale. « Lorsque le divorce est prononcé, si des dettes ou des sûretés ont été consenties par les époux, solidairement ou séparément, dans le cadre de la gestion d'une entreprise, le tribunal de grande instance peut décider d'en faire supporter la charge exclusive au conjoint qui conserve le patrimoine professionnel ou, à défaut, la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise ». La place réservée à ce texte en fait un texte d'application générale ; tous les régimes matrimoniaux ; toutes les activités : agricoles, commerciales, artisanales, libérales ; tous les conjoints, qu'ils aient été, ou non, collaborateurs de leur époux.



Si la règle doit jouer sur le terrain de l'obligation à la dette, c'est-à-dire dans les rapports débiteurs-créancier, la libération du conjoint du chef d'entreprise est une extravagance. Le créancier perd un de ses deux débiteurs... qui est peut-être plus solvable que celui qu'il conserve. Ce nouveau cas de « désendettement judiciaire », qui est une notable exception aux articles 1413, 1482, 1483 et 815-17 du code civil, aurait mérité quelques réflexions supplémentaires. Mais on peut se rassurer en l'estimant n'être applicable que sur le terrain de la contribution à la dette c'est-à-dire dans les seuls rapports des époux (T. Revet, Dr. et patrimoine, nov. 2005, n° 142 ; J.-P. Chazal et S. Ferré-André, L'incroyable destin de l'article 1387-1 du code civil, D. 2006, Point de vue p. 316 ) ; le mal est moins grand... mais cette lecture du texte, certes plus raisonnable, laisse ouvertes quelques questions.

Par exemple, si la sûreté consentie par les époux était une hypothèque sur un immeuble attribué au conjoint du chef d'entreprise, que pourra décider le tribunal ? C'est impraticable. Nos députés n'ont pensé qu'au cautionnement.

Autre constatation regrettable. Par hypothèse, le tribunal décide ce partage des dettes après que le divorce ait été prononcé ; le JAF a donc déjà homologué le partage, ou, en tout cas, fixé la prestation compensatoire. Ce qu'un juge a fait, l'autre le défait. L'équilibre global des conséquences pécuniaires du divorce voulu par la loi de 2004... est détruit par celle de 2005.

Enfin, à supposer que le conjoint ait dû payer le créancier, le texte lui permet d'exercer son recours contributif pour la totalité de cette dette professionnelle contre son époux qui voit ainsi son passif doubler... cette « charge exclusive » ne devrait pas arranger ses affaires, ni le crédit qu'il offre à ses partenaires professionnels, surtout si son ex-conjoint, bien conseillé, inscrit rapidement son privilège de co-partageant. Le patrimoine du chef d'entreprise n'est pas élastique. Le passif qu'il doit prendre en charge seul, le grève d'autant.

En se mariant sous un régime communautaire, on ne se marie plus pour le meilleur et pour le pire, mais seulement pour le meilleur. Le député, promoteur de ce texte a rencontré une épouse divorcée qui lui a fait part de sa dramatique situation ; il n'a donc pas rencontré de veuve... endettée du fait de l'entreprise de son défunt mari ?

J. R.

## C - Régimes matrimoniaux conventionnels

### 6 - Régime de la participation aux acquêts

Les arrêts en matière de régime de la participation aux acquêts sont rares. Aussi nous a-t-il paru intéressant de rapporter aux lecteurs de cette chronique l'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 28 février 2006 (**Cass. 1re civ., 28 févr. 2006, n° 03-11.767**, D. 2006, IR p. 882 ; RTD civ. 2006, p. 364, obs. B. Vareille ; AJ Famille 2006, p. 293, obs. P. Hilt ). Un litige quant à la liquidation de leur régime matrimonial opposait deux ex-époux ayant été mariés sous le régime de la participation aux acquêts, en particulier sur le sort à donner à l'indemnité reçue par le mari, pendant le mariage, au titre de son incapacité permanente partielle. Les juges du fond avaient estimé que cette indemnité se substituait à un salaire et qu'elle devait donc, à ce titre, figurer dans le patrimoine final du mari dont le montant, diminué de son patrimoine originaire ainsi que des dettes non acquittées, sert de base de calcul de la créance de participation de son conjoint. Critiquant le refus d'insérer cette indemnité dans son patrimoine originaire, le mari forme un pourvoi en cassation. Au double visa des articles 1570 et 1404, la Cour de cassation censure les juges du fond en décidant que l'indemnisation litigieuse, parce qu'elle ne tendait qu'à la réparation d'un préjudice corporel, constituait un bien propre par nature au sens de l'article 1404, devant donc, aux termes de l'article 1570, figurer dans le patrimoine originaire du mari.

Cette solution, qui avait été adoptée sous le régime de la communauté (Cass. 1re civ., 12 mai 1981, Bull. civ. I, n° 156) doit naturellement être approuvée, puisque d'une part, il serait incohérent que la même notion de « propres par nature » soit envisagée distinctement selon que le régime matrimonial est la communauté légale ou la participation aux acquêts, d'autant

que l'article 1570 vise « tous les biens qui, *dans le régime de la communauté légale* [c'est nous qui soulignons], forment des propres par nature sans donner lieu à récompense », et que, d'autre part, il semble de bonne politique que la participation d'un époux à l'enrichissement de son conjoint soit réglée sur des bases - quantitatives - identiques selon que cette participation se réalise en nature (régime de la communauté de biens) ou en valeur (régime de la participation aux acquêts).

Toutefois, cette identité quantitative des résultats obtenus sous les deux régimes ne sera parfaitement exacte que lorsque le bien « propre par nature » se retrouvera en l'état à l'issue du régime : l'époux commun en biens conservera son bien propre, sans rien devoir à la communauté, qui ne s'enrichira donc pas de ce bien propre ; l'époux participant inscrira ce bien propre par nature dans le patrimoine final pour la même valeur que celle inscrite dans le patrimoine originaire, de sorte que cette valeur n'alimentera pas l'éventuelle créance de participation de son conjoint. De même, les résultats obtenus sous les deux régimes sont identiques lorsque le bien « propre par nature » a été remplacé par un autre bien : l'époux commun en biens aura le choix entre, conserver la propriété de ce bien nouveau, par le jeu de la subrogation réelle (formalités du remploi de l'art. 1434), et recueillir une créance de récompense contre la communauté de la valeur du bien acquis au moyen du bien propre. L'époux participant, quant à lui, inscrira dans son patrimoine originaire, non pas la valeur du bien « propre par nature », mais la valeur du bien qui lui a été subrogé (art. 1571).

En revanche, il est une hypothèse, pratiquement répandue, où les résultats divergent. Si le bien propre par nature vient à être confondu avec d'autres biens, c'est-à-dire lorsqu'il est devenu impossible d'identifier le bien litigieux, ce qui sera tout particulièrement le cas de l'argent (comme c'était le cas dans l'espèce commentée), alors l'époux commun en biens et l'époux participant ne sont plus traités pareillement. L'époux commun en biens acquiert, contre la communauté, une récompense du montant de la somme confondue, puisqu'en application de l'article 1433, « sauf preuve contraire, le profit résulte notamment de l'encaissement de deniers propres par la communauté, à défaut d'emploi ou de remploi » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 févr. 2005, D. 2005, Pan. p. 2114, *supra*). L'époux participant va voir, faute d'établir la subrogation réelle, son bien propre par nature se fondre dans une masse de biens, par exemple un compte bancaire alimenté par les revenus des deux conjoints, qui, à défaut d'être identifiée, tombera sous le coup de la présomption d'indivision ; le bien propre par nature est donc devenu un bien indivis qui a pris la forme, soit d'une somme d'argent confondue sur le compte, soit d'un bien (sans que l'on sache lequel en raison de la fongibilité de la monnaie) acquis au moyen de l'argent figurant sur le compte. Dès lors, tandis que le bien propre par nature figurera au patrimoine originaire de l'époux qui l'a recueilli, seule la moitié de la somme confondue ou du bien acquis au moyen de cette somme figurera à son patrimoine final, l'autre moitié étant inscrite au patrimoine final de son conjoint. Quel que soit le cas de figure, la technique comptable utilisée par le régime de la participation aux acquêts va conduire à ce que le conjoint de l'époux propriétaire du bien propre par nature s'enrichisse indûment au dépend de ce dernier. Certes, il ne tient qu'à l'époux propriétaire du bien propre par nature de ne pas le laisser se confondre avec d'autres biens...

V. B.

## II - Successions et libéralités

### A - Prohibition des pactes sur succession future

#### 7 - Notion de pacte prohibé

Qu'est-ce qu'un pacte sur succession future ? Le code civil n'en fournit aucune définition, ni à l'article 1130, al. 2 (texte inchangé depuis 1804), ni au nouvel article 722 (rédaction issue de la loi du 3 déc. 2001). Selon la jurisprudence classique, notamment le célèbre arrêt *Crémieux* (Cass. civ., 11 janv. 1933, DP 1933, 1, p. 10, note H. Capitant ; S. 1933, 1, p. 161, note F. Gény), il s'agit de « toute stipulation ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte ». Cette définition prétorienne montre qu'il n'y a pas lieu de regretter le silence du législateur, car elle reste largement sans influence sur la fréquence

des contentieux, comme sur l'incertitude des critères distinctifs de la notion. Deux récentes décisions de la Cour de cassation méritent, à cet égard, d'être évoquées.

Dans l'une (**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 janv. 2006, n° 02-18.586, inédit**), le pourvoi reprochait aux juges du fond de ne pas avoir sanctionné, sur le fondement de l'article 1130, al. 2, la clause d'une donation-partage par laquelle l'ascendant donateur, qui s'était réservé l'usufruit des biens donnés, mettait à la charge du donataire, à compter du décès de l'ascendant, le versement de fruits civils (la moitié des loyers de l'immeuble donné) au profit d'un copartagé (le frère du donataire). C'était oublier que la nullité ne peut être encourue que dans la mesure où la stipulation litigieuse a un objet successoral, où elle confère « *un droit privatif sur une succession non ouverte* ». D'où le ferme rejet de la demande par la première Chambre civile : « *l'usufruit cessant au décès de l'usufruitier (...), l'ascendant n'imposait pas à son fils une charge qui aurait dépendu de sa succession, alors non ouverte* ».

Le second arrêt est, à première vue, plus troublant (**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 oct. 2005, n° 02-13.395**, Bull. civ. I, n° 361 ; D. 2005, IR p. 2772 ; I. Najjar, Pacte successoral et discrimination entre les héritiers..., D. 2006, Tribune p. 993 ; AJ Famille 2006, p. 77, obs. F. Bicheron ). Il s'écarte une jurisprudence maintenant bien établie. Depuis plus de vingt ans (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 mai 1985, Bull. civ. I, n° 173 ; D. 1986, Jur. p. 65, note I. Najjar ; 5 mai 1986, Bull. civ. I, n° 114 ; Rapport 1986, p. 138 ; JCP 1987, II, 20851, note O. Barret), la Cour régulatrice distingue avec netteté le pacte *post mortem* (valide) du pacte successoral prohibé : alors que le premier concerne un droit déjà né, dont seule l'exécution est différée au décès ; le second a pour objet un droit éventuel, incertain puisque dépendant d'une succession future. Sur cette base, la première Chambre civile a reconnu la validité d'une reconnaissance de dette payable au décès, aux motifs que « *ne constitue pas un pacte sur succession future prohibé, la convention qui fait naître au profit de son bénéficiaire un droit actuel de créance qui s'exercera contre la succession du débiteur* » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 avr. 2002, Bull. civ. I, n° 106 ; D. 2002, Jur. p. 2753, note I. Najjar ; RTD civ. 2003, p. 131, obs. J. Patarin ; AJ Famille 2002, p. 188 ; Defrénois 2002, p. 1244, obs. R. Libchaber). Dans l'arrêt du 4 octobre 2005, la reconnaissance de dette remboursable *post mortem* est, au contraire, qualifiée de pacte prohibé. Pour expliquer cette décision insolite (qui n'est nullement un revirement de jurisprudence), il faut dire que le débiteur avait stipulé que la somme due serait prélevée à son décès sur la part de ses enfants du premier lit, tandis que la part des enfants du second lit resterait entière. La Haute juridiction estime, par voie de conséquence, que la clause « *portait atteinte à la liberté de tester et constituait en fait un partage sur des bases différentes de celles du partage légal* ».

La solution est peut-être contestable sur le terrain technique, puisqu'elle brouille les critères de distinction entre pacte *post mortem* et pacte successoral (V. l'analyse critique de I. Najjar, Pacte successoral et discrimination entre héritiers, *supra*). Cependant, nous sommes personnellement enclin à l'approuver. L'article 1130, al. 2, du code civil donne aux tribunaux le pouvoir de sanctionner, quand le besoin s'en fait sentir, des actes socialement atypiques, des actes qui ont une finalité contraire aux règles légales de dévolution (comp. l'art. 1389 c. civ. qui, à propos du contrat de mariage, interdit « *de changer l'ordre légal des successions* »). En vérité, la prohibition (ou ce qu'il en subsiste) joue le rôle d'un garde-fou ; elle permet au juge d'exercer une police des contrats successoraux. En l'espèce, on voit clairement que le défunt souhaitait avantager certains de ses héritiers au détriment des autres. Cette volonté aurait pu, sans susciter la moindre critique, emprunter la voie d'une libéralité (donation de biens présents ou legs). Le choix d'un autre mécanisme translatif, un acte unilatéral modifiant la répartition normale du passif successoral, ne pouvait être approuvé. Il n'y a pas de place en droit français pour les legs déguisés (V. notre thèse, *Le formalisme en droit des libéralités*, La mouette, 2000, n° 381).

M. N.

B - Délimitation de la catégorie « libéralité »

8 - Donation entre vifs et avantage indirect

L'avantage indirect rapportable est une notion prétorienne, tirée d'une lecture *a contrario* de

l'article 853 du code civil. Ce texte enseigne que ne doivent pas être soumis au rapport successoral les « *profits que l'héritier a pu retirer de conventions passées avec le défunt, si ces conventions ne présentaient aucun avantage indirect, lorsqu'elles ont été faites* ». Par contraste, on peut en déduire que lorsque le bénéficiaire que le successible a retiré du contrat est le résultat d'une situation privilégiée que le défunt lui a faite, il en doit le rapport à ses cohéritiers. Dans l'esprit de la législation, il ne devrait s'agir que d'une application particulière du principe de l'article 843 du code qui impose le rapport de tout ce que l'héritier a reçu du défunt « *par donations entre vifs, directement ou indirectement* ». En d'autres termes, c'est la donation indirecte (ou donation tacite) résultant du contrat qui seule devrait justifier l'obligation au rapport. Mais dans la seconde moitié du XXe siècle, la jurisprudence a fait de l'avantage indirect rapportable une notion autonome, distincte de la notion de libéralité (V. not., R. Savatier, Rôle constructif de la jurisprudence en matière de rapport dans les partages - application au rapport du droit au bail ou d'occupation sur un immeuble, JCP N 1969, I, 2214). Un arrêt de la Cour de cassation du 8 novembre 2005 vient d'ailleurs, pour la première fois, d'en affirmer le caractère objectif (**Cass. 1re civ., 8 nov. 2005, n° 03-13.890**, Bull. civ. I, n° 409).

Des héritiers s'opposaient sur le rapport à la succession des loyers économisés par l'un d'entre eux, qui avait bénéficié pendant de longues années de la jouissance gratuite d'un immeuble d'habitation appartenant au défunt. Dans le droit fil de l'arrêt *Knoll* de 1997 (Cass. 1re civ., 14 janv. 1997, Bull. civ. I, n° 22 ; D. 1997, Jur. p. 607, note V. Barabé-Bouchard ; I. Najjar, La donation en possession, D. 1999, Chron. p. 155 ; Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 11e éd., Dalloz, 2000, p. 516GACIV1120000091 ; RTD civ. 1997, p. 480, obs. J. Patarin, et 1998, p. 414, obs. F. Zenati ; Defrénois 1997, art. 36650, note P. Malaurie), qui a rappelé à juste titre que les donations de fruits sont, sauf volonté contraire du donateur, rapportables, la Cour d'appel de Versailles accepta de faire droit à la demande. Elle n'hésita pas, conformément aux solutions antérieures (en particulier, Cass. 1re civ., 11 févr. 1997, Dr. famille 1997, n° 114, note B. Beignier), à qualifier l'occupation de l'immeuble sans contrepartie de « *libéralité* ». Le pourvoi fit alors valoir qu'il appartient à « *l'héritier qui demande le rapport d'une donation faite à un cohéritier d'établir l'intention libérale du de cujus* ». Opérant un glissement conceptuel inattendu, la première Chambre civile répond « *que même en l'absence d'intention libérale établie, le bénéficiaire d'un avantage indirect en doit compte à ses cohéritiers* ».

Cette proposition (directement inspirée des travaux du Doyen Savatier, art. préc., spéc. n° 5 *in fine*) n'est pas, en l'espèce, à l'abri des critiques (déjà, V. Barabé-Bouchard, Occupation gratuite d'un logement par un héritier - De la dispense systématique de rapport au rapport systématique ?, JCP N 2006, n° 24, art. 1220, spéc. n° 15). D'abord, elle nie la qualification juridique qui s'imposait : la mise à disposition gratuite d'un logement est constitutive d'une libéralité, plus précisément d'une donation indirecte réalisée par renonciation à la perception des loyers (Cass. 1re civ., 11 févr. 1997, préc.). Ensuite, et plus gravement, elle élargit de manière déraisonnable le domaine du rapport, en offrant une alternative à la qualification de libéralité rapportable. L'héritier réclamant le retour à la masse d'une valeur patrimoniale et ne parvenant pas à établir l'intention libérale (ce qui, jusqu'à présent, justifiait le rejet de sa demande (par ex., Cass. 1re civ., 17 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 41 ; D. 1995, Jur. p. 585, note S. Aubert, et obs. B. Vareille, Somm. p. 334) ) aura désormais beau jeu de se placer sur le terrain de l'avantage indirect rapportable. Enfin, l'objectivité de l'avantage indirect témoigne d'une étrange conception de l'égalité successorale : une égalité abstraite, purement arithmétique, où l'on ne voit guère quelle place pourrait être réservée à la volonté contraire du défunt.

M. N.

#### 9 - Donation entre époux et avantage matrimonial

Ainsi que l'exprime l'article 1527, al. 1er, du code civil, l'avantage matrimonial est une opération qui, par sa nature, ne peut être regardée comme une donation entre vifs. Son régime juridique est, de même, étranger au droit des libéralités (par exemple, l'avantage matrimonial n'est pas sujet à la révocation pour ingratitude : Cass. 1re civ., 7 avr. 1998, Bull.

civ. I, n° 146 ; D. 1998, Jur. p. 529, note J. Thierry ; RTD civ. 1998, p. 457, obs. B. Vareille , et obs. J. Hauser, p. 882 ; Defrénois 1998, art. 36828, n° 86, obs. G. Champenois). Toutefois, par exception, la loi matrimoniale a recours à une technique libérale afin d'assurer la protection des enfants qui ne sont pas issus des deux époux : à l'instar de l'action en réduction, l'alinéa 2 de l'article 1527 leur permet d'exercer une action en retranchement sur les avantages portant atteinte à leur réserve héréditaire. Cet emprunt a longtemps alimenté, tant en doctrine qu'en jurisprudence, un certain flottement catégorique ; mais aujourd'hui l'hésitation n'est plus de mise... Dans l'arrêt rapporté (**Cass. 1re civ., 31 janv. 2006, n° 02-21.121**, Bull. civ. I, n° 48 ; D. 2006, IR p. 466 ; AJ Famille 2006, p. 209, obs. P. Hilt ), la Haute juridiction est amenée à sanctionner un usage abusif de la qualification d'avantage matrimonial.

A la suite d'un divorce prononcé (sous l'empire de la loi de 1975) aux torts exclusifs du mari, un litige est né entre les ex-époux sur le sort de plusieurs clauses de réversibilité d'usufruit consenties au cours du mariage. Le mari faisait valoir qu'il s'agissait de donations d'usufruit au profit de son ex-femme (techniquement des donations de biens présents à terme) qu'il entendait révoquer sur la base de l'article 1096 (ancien) du code civil. Pour échapper à cette révocation volontaire - juridiquement incontestable au regard du droit alors applicable (Cass. 1re civ., 29 mai 1979, Bull. civ. I, n° 154) -, la Cour d'appel d'Amiens (11 juin 2002) eut l'idée d'une disqualification : elle affirma « *qu'une telle clause n'a pas pour effet de réaliser une donation entre époux soumise aux dispositions de l'article 1096 du code civil, mais constitue un simple avantage matrimonial au profit du survivant des époux* ». Or, comme chacun sait, l'avantage matrimonial n'a jamais été librement révocable, du moins par volonté unilatérale. Ce véritable tour de passe-passe a, sans surprise, été condamné par la Cour régulatrice. Pour la première Chambre civile, « *les donations d'usufruit consenties entre les époux, qui sont indépendantes du fonctionnement du régime matrimonial, ne peuvent être assimilées à des avantages matrimoniaux* ». On ne saurait mieux dire la distance qui sépare le libéral (fût-il conjugal) du matrimonial. Chaque registre a sa cohérence et ses règles propres. Il convient, dès lors, d'éviter toute confusion des genres.

On notera, pour finir, que le législateur de 2006 (loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités) vient de décider que les donations de biens présents entre époux « *qui ne prennent pas effet au cours du mariage* », telles les réversibilités d'usufruit et autres donations à terme, échappent à l'irrévocabilité prescrite par l'actuel article 1096, al. 2, du code civil (rédaction de la loi de 2004). Voilà une innovation (art. 25-2°-b de la loi), dotée de surcroît d'un effet rétroactif (art. 46 de la loi.), qui, à n'en pas douter, est à même de répondre aux attentes des notaires et de leurs clients.

M. N.

## C - Formalisme des libéralités

### 10 - Authenticité de la donation-partage cumulative

La donation-partage n'a pas de formalisme propre ; l'article 1075, al. 2, du code civil renvoie aux formalités des donations entre vifs. Une nouvelle fois, au début de l'année 2006, la Cour de cassation a censuré une décision de cour d'appel qui avait admis l'efficacité d'une donation-partage cumulative passée par acte sous seing privé (**Cass. 1re civ., 3 janv. 2006, n° 02-17.656**, Bull. civ. I, n° 3). Cette jurisprudence est certes peu fréquente, mais répétitive. Les pactes de famille, malencontreusement rédigés par écriture privée, constituent l'une des terres d'élection de la nullité absolue édictée par l'article 931 du code civil. Ainsi en est-il en particulier des actes de répartition qui, à partir d'une masse unique, allotissent indifféremment des biens du défunt et de ceux du conjoint survivant (Cass. 1re civ., 6 déc. 1978, Bull. civ. I, n° 379 ; JCP 1980, II, 19263, obs. M. Dagot ; 11 mars 1986, Bull. civ. I, n° 61 ; 1er déc. 1999, Bull. civ. I, n° 327 ; D. 2000, IR p. 5 ; RTD civ. 2000, p. 884, obs. J. Patarin ; JCP N 2000, 1844, note M. Dagot ; Dr. famille 2000, n° 44, note B. Beignier).

L'arrêt de 2006 se singularise par l'insistance avec laquelle la Haute juridiction fait de l'acte notarié la forme exclusive de la donation-partage. Après avoir repris le principe général, introduit en 1999, selon lequel « *la donation-partage doit être passée devant notaire à peine*

*de nullité* », elle motive sa cassation en expliquant « *que la donation-partage ne pouvait être réalisée que par un acte notarié* ». Le propos est sans doute excessif (car difficilement compatible avec l'interprétation donnée à l'article 931), il est néanmoins salubre.

1) Contrairement à ce que dit l'arrêt, il est théoriquement possible de réaliser une donation-partage non notariée. Si l'article 931 interdit de consentir une donation ostensible par écrit sous seing privé, il s'accommode de certains procédés de contournement : dons manuels et donations tacites (déguisées ou indirectes). On trouve dans la jurisprudence de la Cour de cassation relative au partage d'ascendant quelques illustrations de ces voies détournées. Il s'agit, à l'ordinaire, d'une série de ventes fictives faites à des enfants qui, envisagées globalement, sont postérieurement requalifiées par le juge de « donation-partage déguisée » (en dernier lieu, Cass. 1re civ., 9 nov. 1976, Bull. civ. I, n° 341 ; Defrénois 1977, art. 31467, n° 70, obs. G. Champenois). Mais l'hypothèse d'une pluralité de dons manuels, faits à titre de partage d'ascendant, a également été évoquée par la Cour régulatrice (Cass. 1re civ., 10 juin 1970, D. 1970, Jur. p. 772 ; JCP 1971, II, 16656, note M. D.).

2) La donation-partage non notariée n'est pourtant pas à conseiller ; elle est, en toute hypothèse, périlleuse. En fait, le danger est double : au risque d'une annulation pour violation de l'article 931 s'ajoute celui de ne pas être reconnue comme partage d'ascendant. Il faut un savoir-faire consommé pour arriver à concilier la dissimulation de la donation et la reconnaissance d'un partage anticipé. On peut naturellement songer à une pluralité de dons manuels, suivie d'un pacte adjoint écrit (rédigé au passé) attestant que ces donations ont été faites à titre de partage d'ascendant. Mais la situation est déjà beaucoup plus délicate en matière de donation indirecte, où la validité du pacte adjoint écrit n'est pas assurée. En résumé, il y a incontestablement plus d'inconvénients que d'avantages à s'écarter du formalisme légal, c'est-à-dire de la forme authentique. Aussi, la sagesse est probablement de laisser croire, comme le fait ici la Cour de cassation, qu'il n'y a point de salut hors de l'acte notarié.

M. N.

#### 11 - Rédaction et signature du testament par acte public

Les solennités du testament notarié sont, on le sait, contraignantes, pour ne pas dire dissuasives. Les héritiers évincés, soucieux d'obtenir la nullité des dispositions qui leur sont contraires, tentent néanmoins de forcer la main des juges afin qu'ils en renforcent encore la sévérité. Heureusement, la Cour de cassation veille à ce qu'un formalisme déjà excessif ne dégénère pas en vétilles. Ainsi en 2002, la première Chambre civile a été obligée d'expliquer que si l'article 972 du code civil exige bien la mention expresse de la lecture du testament authentique, il n'impose nullement qu'il soit indiqué dans l'acte que cette lecture ait été donnée par le notaire (Cass. 1re civ., 5 févr. 2002, Bull. civ. I, n° 45 ; AJ Famille 2002, p. 148 ; Defrénois 2003, art. 37712, n° 33, obs. G. Champenois). Dans le même esprit, un arrêt du 28 février 2006 vient utilement rappeler qu'on ne saurait reprocher à l'officier public de s'en tenir à l'exécution de sa mission légale (**Cass. 1re civ., 28 févr. 2006, n° 03-19.075**, à paraître au Bull. civ. ; Gaz. Pal., 26-30 mai 2006, Pan. p.28).

Dans cette affaire, les demandeurs au pourvoi contestaient la validité d'un testament mentionnant, conformément aux prévisions de l'article 973 du code civil, que la testatrice avait déclaré ne pas pouvoir signer en raison de son état de faiblesse. Ils prétendaient qu'en réalité la testatrice avait « *un tel ressentiment envers le légataire qu'elle aurait simulé chez le notaire un état de faiblesse afin de ne pas confirmer sa volonté de tester en sa faveur* ». Par suite, ils faisaient grief au notaire de ne pas avoir relaté la cause de l'impossibilité de signer « *de telle façon qu'il en ressorte indiscutablement que l'on n'est pas en présence d'un refus de signer ou d'une altération des facultés mentales empêchant de signer* ». Autrement dit, ils souhaitaient ajouter au texte, qui requiert uniquement la mention expresse de la déclaration du testateur et de la cause du défaut de signature. La Cour régulatrice refuse sagement de les suivre sur ce terrain et d'alourdir la tâche de l'officier public (comp., dans le même sens, Cass. 1re civ., 23 mai 1995, Bull. civ. I, n° 215 ; RTD civ. 1995, p. 669, obs. J. Patarin ). Elle approuve les juges du fond d'avoir estimé « *que, faute de preuve contraire, l'acte authentique*

*répondait ainsi aux seules exigences légales ».*

Bien que la question n'ait pas été débattue devant la Cour de cassation, il faut signaler que la confection du testament litigieux présentait, en outre, une indéniable originalité : la dictée par la testatrice et la lecture par le notaire avaient été faites en langue tahitienne. Aucun texte du droit testamentaire n'interdit l'emploi d'une langue étrangère ; les formalités de l'article 972 sont donc régulièrement accomplies pourvu que les deux langues (le testament étant lui-même rédigé en français) soient comprises du notaire et des témoins. En matière testamentaire, la jurisprudence prohibe à raison tout recours à un interprète (récemment, CA Paris, 29 mai 2001, D. 2001, Somm. p. 2937, obs. M. Nicod ; Defrénois 2002, art. 37475, note M. Revillard).

M. N.

D - Donations entre époux et divorce  
*V. également supra n° 9*

12 - Sort des donations après le prononcé du divorce

La Cour de cassation va au-delà des vœux de ceux qui jugent déraisonnable et impraticable le maintien de la libre révocation pour des donations consenties entre époux avant le 1er janvier 2005, date d'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004, qui a supprimé cette libre révocation, sans prévoir de mesures de disposition transitoire (B. Beignier et M. Nicod, Donations entre époux : d'un droit à l'autre, Defrénois 2005, art. 38104, p. 265).

Dans deux décisions, rendues le 28 février 2006, la Cour de cassation statue « à la lumière » de la loi nouvelle, qui n'était pas applicable, dans des espèces où le divorce sur requête conjointe était prononcé l'un, en 1999 (pourvoi n° 03-10.245, D. 2006, Jur. p. 1426, concl. J. Sainte-Rose ; AJ Famille 2006, p. 203, obs. S. David ; RTD civ. 2006, p. 291, obs. J. Hauser ), l'autre, en 1994 (pourvoi n° 03-20.150, D. 2006, IR p. 810 ; AJ Famille 2006, p. 203, obs. S. David ).

Ces affaires ont été jugées en application des textes issus de la loi de 1975, laquelle fixait le sort des donations que s'étaient consentis les époux pendant le mariage, selon le type de divorce. L'ancien article 268 du code civil laissait aux époux qui divorçaient sur demande conjointe la liberté de décider eux-mêmes, et à défaut d'avoir exercé cette liberté ils étaient « censés les avoir maintenus », mais la jurisprudence n'était pas fixée sur le caractère révocable, ou irrévocable, de ces donations implicitement maintenues.

La loi du 26 mai 2004 ne distingue plus selon le type de divorce, mais selon que la donation est de biens présents ou de biens à venir. Dans le premier cas, le divorce est « sans incidence », dans le second cas elle sont révoquées de plein droit, sauf volonté contraire du donateur, et cette volonté, « constatée » par le juge du divorce, rend irrévocable la donation de biens à venir (art. 265 c. civ.). La modification législative est certainement la bien venue (*Contra*, C. Brenner, Brèves observations sur la révocation des donations entre époux, Defrénois 2005, p. 93).

D'abord, en fixant définitivement le sort des donations au moment du divorce, les droits acquis par le donataire participent du règlement global des conséquences pécuniaires du divorce. Ensuite, la suppression du droit de révocation *ad nutum* fait entrer les donations de biens présents entre époux dans le droit commun des donations et sécurise l'avenir du donataire qui ne risque plus de subir la perfidie de son ex-époux qui attend de voir réglées les conséquences du divorce tenant compte de ce transfert de droits pour révoquer (ou demander la nullité pour déguisement, mais cette voie est également fermée par l'abrogation de l'art. 1099, al. 2) ; sécurité assurée aussi par l'éviction du rôle du silence. Imprévisibilité et incertitude sont évacuées de l'après-divorce.

Avec une donation de biens à venir, rien n'est acquis pour le donataire et la liberté de disposer

à cause de mort du donateur n'est pas entravée par sa générosité envers son conjoint pendant le mariage. Son intention libérale était tendue vers le souci d'assurer les « vieux jours » d'un conjoint qui lui survit, si le divorce déjoue cette prévoyance, la condition n'est plus remplie. La loi réserve la clause contraire, manifestation supplémentaire de l'entrée du contractuel dans le droit du divorce (P. Delmas Saint-Hilaire et J. Hauser, Defrénois 2005, p. 361), mais c'est la constatation par le juge de cette volonté qui rend la donation irrévocable. Autorité de la chose jugée, équilibre patrimonial et sécurité juridique y trouvent leur compte.

Bien que la loi de 2004 ait été, pour les libéralités entre époux, une loi de rupture avec la méfiance qui les affectait, la Cour de cassation a rendu deux décisions qui s'inscrivent dans l'esprit du nouveau texte, et l'occasion était à ne pas manquer, ces deux affaires illustraient les deux hypothèses des deux alinéas du nouvel article 265.

Dans la première espèce (n° 03-10.245), la convention définitive révoquait expressément l'institution contractuelle, mais ne faisait pas mention d'autres donations que les époux avaient pu se consentir. Contre l'arrêt qui l'a débouté de sa demande de révocation de dons manuels faits à son épouse pendant le mariage, le mari fait valoir à la fois que ces donations ont conservé leur caractère révocable et que son silence à leur sujet dans la convention définitive est équivoque et, donc, insuffisant à valoir révocation tacite. La réponse, bien que de rejet, est écrite en forme de principe. Le don manuel est une donation de biens présents qui est irrévocable pour avoir été prise en compte dans la convention définitive homologuée par le JAF ; l'autorité de la chose jugée justifie la suppression du droit de révocation, désormais inscrite dans la loi. Elle participe du règlement global des effets du divorce, ce qui exclut toute insécurité. La clause contraire est réservée, respect du texte qu'elle applique (ancien art. 268), mais la réserve n'avait, en l'espèce, aucune incidence puisque une telle clause n'y était pas stipulée, et cette liberté a vocation à disparaître, puisque le nouveau texte ne l'autorise pas.

Dans la seconde espèce (n° 03-20.150), c'était une donation de biens à venir qui avait été consentie, et la convention définitive de divorce n'en faisait pas état. Seulement après son remariage, le mari consent la même donation à sa seconde épouse, et à son décès, les deux familles s'affrontent pour conserver le bénéfice de cette libéralité. Pour la cour d'appel, la seconde donation de biens à venir a révoqué la première. Contre un tel motif, la première épouse avait deux arguments ; l'un de texte (ancien art. 268), dans le silence de la convention les époux sont censés avoir maintenu la donation, et l'autre d'opportunité, la révocation affecte l'équilibre de la convention homologuée.

La réponse aurait pu être la même en application du nouvel article 265.

La Cour de cassation reprend la constatation de la cour d'appel selon laquelle la convention de divorce était restée silencieuse relativement à la donation ; le silence ne joue donc pas le même rôle selon que la donation est de biens présents (1<sup>re</sup> espèce) ou de biens à venir. Grâce au silence des époux, il n'y a pas atteinte à l'autorité de la chose jugée, attachée à l'homologation. Mais, et c'était décisif, la seconde donation est un acte non équivoque de révocation de la première, dès lors qu'aucune clause d'irrévocabilité n'a été stipulée. Le maintien du droit de révocation *ad nutum* tient à la nature hybride de la donation de biens à venir et à la volonté des parties.

C'est désormais la loi qui attache au divorce ce même effet révocatoire.

J. R.

**Mots clés :**

COMMUNAUTE ENTRE EPOUX \* Panorama 2005-2006  
SUCCESSION \* Panorama 2005-2006



