

COMMISSION OUVERTE **FAMILLE**

RESPONSABLE : HÉLÈNE POIVEY-LECLERCQ



Jeudi 23 janvier 2014

Régimes matrimoniaux : Aménagements conventionnels permettant d'adapter les modèles de code civil à la situation des parties

Intervenant :

Clémence Bertin-Aynès

et Joséphine Tillaye Duverdier

Avocats à la Cour



Présentes à cette occasion, les éditions Lexbase vous proposent de retrouver un compte-rendu de cette réunion.

Revue

Lexbase Hebdo édition privée n°559 du 20 février 2014

[Régimes matrimoniaux] Événement

Régimes matrimoniaux : aménagements des conventions permettant d'adapter les modèles du Code civil à la situation des parties — Compte-rendu de la réunion de la Commission "Famille" du barreau de Paris du 23 janvier 2014

N° Lexbase : N0811BUL



par *Anne-Lise Lonné-Clément*, Rédactrice en chef de Lexbase Hebdo
— édition privée

La commission "Famille" du barreau de Paris tenait, le 23 janvier 2014, une réunion consacrée aux "régimes matrimoniaux : aménagements des conventions permettant d'adapter les modèles du Code civil à la situation des parties", animée par Clémence Bertin-Aynès et Joséphine Tillaye Duverdier, avocates au barreau de Paris. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver le compte-rendu de cette réunion.

Il n'est pas à exclure que les avocats soient amenés, dans un avenir proche, à participer de plus en plus à la rédaction des contrats de mariage. Si, depuis le décret n° 2002-1556 du 23 décembre 2002 (N° Lexbase : L9442A89), les futurs époux reçoivent une information pré-nuptiale délivrée dans le cadre de l'information sur le droit de la famille, destinée à les éclairer sur les effets du mariage, et notamment du régime matrimonial, force est de constater qu'ils ne saisissent pas toujours la portée de leurs engagements. Or, les conséquences du choix du régime matrimonial sont très lourdes : qualification et régime des parts sociales, sort des dividendes produits par un portefeuille hérité, détermination du gage des créanciers de l'époux entrepreneur, protection du conjoint en cas de décès malgré la présence d'enfants de premier lit...

Il faut savoir qu'il existe de très nombreuses possibilités offertes par le Code civil ou par la pratique notariale.

La liberté contractuelle, rappelée à l'article 1497 du Code civil (N° Lexbase : L1023ABI), est immense : l'on peut tout imaginer au départ et même procéder à des modifications. La liberté des conventions matrimoniales autorise ainsi les époux à insérer dans leur contrat de mariage des clauses non prévues par le Code civil.

Il existe toutefois des limites tenant au respect : de l'ordre public et des bonnes mœurs (cf. C. civ., art. 1387 N° Lexbase : L1512ABM) ; du régime primaire impératif (C. civ., art. 226 N° Lexbase : L2397ABE) ; des règles impératives du statut familial à savoir les droits et devoirs résultant du mariage, les règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle (C. civ., art. 1388 N° Lexbase : L1513ABN) ; ainsi que de l'ordre des successions (C. civ., 1389 N° Lexbase : L1514ABP).

Exemples de clauses qui seraient prohibées parce qu'elles dérogeraient aux dispositions impératives du régime primaire :

- les clauses qui dispenseraient un époux de toute contribution aux charges du mariage, l'article 214 du Code civil (N° Lexbase : L2382ABT) prévoyant un aménagement de la contribution mais non sa suppression ;

- les clauses qui autoriseraient un époux à disposer seul du droit par lequel est assuré le logement de la famille ou des meubles meublant qui le garnissent, de telles clauses étant contraires aux dispositions de l'article 215, alinéa 3, du Code civil (N° Lexbase : L2383ABU) ;

- les clauses qui aménageraient le statut des dettes ménagères selon des modalités contraires aux règles établies par l'article 220 du Code civil (N° Lexbase : L2389AB4) ;

- les clauses qui viendraient restreindre la liberté des époux d'exercer une profession séparée ou qui porteraient atteinte au principe de la libre gestion des gains et salaires prévus par l'article 223 du Code civil (N° Lexbase : L2395ABC) en obligeant par exemple le mari ou la femme à verser, à titre de contribution aux charges du mariage, tous ses revenus, y compris ceux qui proviendraient de son activité professionnelle.

Exemples de clauses prohibées parce qu'elles porteraient atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs (limites posées par 1387 du Code civil) :

- clause de non-divorce comme condition de maintien d'une donation de bien présent ;

- clause d'inaliénabilité qui ne respecterait pas les conditions posées par l'article 900-1 du Code civil (N° Lexbase : L0041HP9), c'est-à-dire être limitées dans le temps et justifiées par un intérêt sérieux et légitime.

Exemples de clauses prohibées parce qu'elles porteraient atteinte au statut fondamental de la famille (limites posées par 1388 du Code civil) :

- clause par laquelle les futurs époux renonceraient par contrat de mariage à leur autorité parentale, en particulier au droit de diriger l'éducation des enfants à naître ; de même il leur est impossible d'aménager cette autorité parentale en prévoyant, par exemple, quels seraient les actes considérés comme usuels pour l'application de l'article 372-2 du Code civil (N° Lexbase : L2902AB4).

En-dehors de ces limites, la liberté des conventions matrimoniales est grande et les aménagements peuvent être prévus par les époux au moment du mariage mais aussi en cours de mariage afin d'adapter le régime matrimonial à la situation personnelle des époux qui a pu évoluer. Les époux doivent alors opérer un changement de régime matrimonial, qu'ils en changent en totalité ou qu'ils fassent simplement des modifications partielles.

Les conditions du changement de régime matrimonial sont prévues par l'article 1397 du Code civil (N° Lexbase : L9251HWK).

Ainsi, tout d'abord, le changement n'est possible qu'après deux années d'application de leur régime matrimonial ; ce délai s'impose également entre deux modifications successives. Ensuite, la convention modificative doit nécessairement prendre la forme d'un acte notarié contenant le changement de régime matrimonial. Il faut savoir, par ailleurs, que la liquidation du régime est parfois "nécessaire" (par exemple quand l'on passe d'un régime communautaire à un régime séparatiste, mais non inversement).

En présence d'enfants mineurs, l'acte notarié doit faire l'objet d'une homologation judiciaire obligatoire (le juge devant s'assurer que les intérêts des enfants mineurs sont respectés et devant apprécier l'opportunité de la modification eu égard à l'intérêt de la famille). En présence d'enfants majeurs, il suffit de provoquer leur avis en "les informant personnellement de la modification envisagée" ; c'est également le cas pour les personnes qui avaient été parties au contrat modifié, de façon à leur permettre de pouvoir s'y opposer dans les trois mois au changement

projeté (C. civ., art. 1397, alinéa 2) ; les créanciers sont informés par une publication d'un avis dans un journal d'annonces légales ; en cas d'opposition, le changement de régime devient soumis à homologation.

Le changement est opposable aux tiers à l'expiration d'un délai de trois mois après ce changement. Lorsque le changement affecte la propriété des immeubles, une publicité foncière au Bureau de la conservation des hypothèques doit intervenir.

Il apparaît alors intéressant de classer tous les aménagements conventionnels des régimes matrimoniaux classiques selon leur objectif.

I — Aménagements conventionnels visant à protéger le patrimoine des époux vis-à-vis des tiers

Le principal tiers dont les époux pourraient vouloir se protéger est le créancier de l'un ou de l'autre. Le choix du régime matrimonial sera déterminant et pourtant les époux n'ont que peu de marge de manœuvre. La difficulté vient du fait que, dans le régime légal, l'article 1413 du Code civil (N° Lexbase : L1544ABS) prévoit que *"le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs"* (nous soulignons). Or, en vertu de l'article 1402 du même code (N° Lexbase : L1533ABE), tout bien acquis pendant le mariage est présumé commun. Par ailleurs, il résulte de l'article 1401 (N° Lexbase : L1532ABD) que constituent des biens communs les gains et salaires ainsi que les revenus des biens propres. S'ils ne sont pas saisissables par les créanciers du conjoint (C. civ., art. 1414 N° Lexbase : L1545ABT), ils peuvent l'être pour les dettes ménagères, les dettes fiscales ou les dettes d'aliment pesant sur les deux époux. La solution est différente en cas d'ouverture d'une procédure collective car le dessaisissement des époux sur leurs biens communs porte aussi sur les gains et salaires de l'époux *in bonis* (Cass. com., 16 novembre 2010, n° 09-68.459, F-P+B N° Lexbase : A5867GKI). Un autre problème est lié au fait que, dans le régime légal la preuve contraire relative à la propriété d'un bien doit être écrite, ce qui s'avère difficile à rapporter entre époux, sauf à invoquer l'article 1348 du Code civil (N° Lexbase : L1458ABM) et l'impossibilité morale de se procurer un écrit.

Il résulte de tout cela que les créanciers de l'un ou de l'autre des époux pourront se servir sur les biens propres de leur débiteur mais aussi sur les biens communs, et donc sur les revenus de l'autre conjoint.

Les premières solutions auxquelles l'on pourrait songer pour éviter ces difficultés doivent être écartées. En effet, le changement de régime est inopposable aux créanciers antérieurs si le changement est effectué en fraude de leurs droits ; les avantages matrimoniaux sont également inopposables aux créanciers en cas d'ouverture d'une procédure collective (C. com., art. L. 624-8 N° Lexbase : L3518ICB) ; les libéralités entrent sous le coup de la nullité de la période suspecte (C. com., art. L. 621-107 N° Lexbase : L6959AIL et L. 632-1 N° Lexbase : L8851IN7) ; sinon les créanciers peuvent toujours exercer l'action paulienne pour la remettre en cause.

Il faut donc anticiper les problèmes en amont lors du choix du régime.

Les modèles proposés par le Code civil classiques permettent de trouver des solutions, sans forcément avoir besoin d'aménagements conventionnels : régime de séparation des biens, régime de participation aux acquêts. Ces deux régimes permettent parfaitement de protéger le patrimoine familial, à condition toutefois que le conjoint ne se porte pas caution, ce qui aurait pour effet de soumettre son propre patrimoine au droit de gage des créanciers de son conjoint. Mais ces régimes présentent d'autres inconvénients dans les rapports entre les époux eux-mêmes.

En réalité, il apparaît que, pour bien protéger le patrimoine familial des créanciers des époux, il est préférable d'avoir recours à des mécanismes indépendants du droit des régimes matrimoniaux tels que :

- la clause d'insaisissabilité (C. com., art. L. 526-1 N° Lexbase : L9525IYG et s. et R. 526-1 N° Lexbase : L0748IPE et s.) ;
- l'acquisition en tontine ;
- le patrimoine d'affectation (C. com., art. L. 526-6 N° Lexbase : L3386IQH et s. et R. 526-3 N° Lexbase : L9800IRE et s.) ;
- le placement en assurance vie (le droit de racheter un contrat n'est pas appréhendable en cas de procédure collective) ;
- la détention par une personne morale (SCI) ;
- les comptes bancaires joints (les fonds sont présumés communs et la charge de la preuve de la propriété des fonds appartient au créancier) ;

- la *fiducie gestion*.

Protéger le patrimoine familial des tiers ne passe donc pas par l'aménagement du régime matrimonial.

En revanche, ces aménagements peuvent permettre de favoriser la situation d'un époux par rapport à l'autre, de se protéger mutuellement en cas de décès (surtout en présence d'enfants d'un premier lit).

II — Aménagements du contrat de mariage destinés à protéger et à avantager les époux

L'état d'esprit est donc ici la générosité entre époux. L'idée est de protéger le conjoint et, plus précisément, le conjoint survivant ; cela étant, certains aménagements sont mis en place par les époux sachant pertinemment qu'ils prendront effet même en cas de divorce.

Pour beaucoup d'entre eux, ces aménagements conventionnels sont des avantages matrimoniaux. Ainsi, avant d'aborder les aménagements survivant au divorce et ceux n'y survivant pas, il convient de rappeler la notion d'avantage matrimonial.

Rappel sur la notion d'avantage matrimonial

Prévu par l'article 1527, alinéa 1er, du Code civil (N° Lexbase : L0273HPS), l'avantage matrimonial est constitué par l'enrichissement d'un époux grâce au régime matrimonial conventionnellement adopté par rapport à la situation qui aurait été la sienne dans le régime légal. Les avantages matrimoniaux n'existent donc qu'au sein d'un régime communautaire. Le régime de la communauté légale doit être le régime de référence pour apprécier si le contrat procure un avantage matrimonial ou pas. Les avantages matrimoniaux doivent résulter d'un contrat de mariage (initial ou modifié). Ils ne peuvent porter que sur les biens communs.

La mise en jeu des avantages matrimoniaux est souvent réservée, par le contrat de mariage, au cas de décès d'un conjoint. L'avantage peut être prévu au bénéfice du survivant des époux quel qu'il soit ou au bénéfice de l'un des époux nommément désigné s'il survit.

Se pose la question de savoir quelle est l'incidence du divorce sur les avantages matrimoniaux. Depuis la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 (N° Lexbase : L2150DYB), il résulte de l'article 265 du Code civil (N° Lexbase : L9812HNQ) que le sort des avantages matrimoniaux ne dépend plus des conditions dans lesquelles le divorce est prononcé. Ce qui est déterminant c'est la date à laquelle ils prennent effet. L'article 265 du Code civil opère en effet une distinction selon que l'avantage matrimonial prend effet au cours du mariage, auquel cas il est irrévocable ; ou qu'il ne prend effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux, auquel cas il est révoqué de plein droit en cas de divorce, sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis.

Sur l'application de ces dispositions dans le temps, il faut savoir qu'elles s'appliquent aux instances en divorce introduites après l'entrée en vigueur de la loi (1er janvier 2005) et même, sous certaines exceptions, aux procédures introduites avant (loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, art. 33, II). Mais *quid* si l'avantage matrimonial a été consenti avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004 et le divorce prononcé sous l'empire de la nouvelle loi. Faut-il avoir égard à la loi applicable au moment où l'avantage a été consenti ou à celle applicable au divorce ? La réponse de la doctrine est claire : en cas de divorce, la question du sort des avantages matrimoniaux que se sont consentis les époux avant le 1er janvier 2005, devra être réglée par application des dispositions de l'article 265 du Code civil, telles qu'issues de la loi du 26 mars 2004.

Sur le caractère impératif ou supplétif de volonté de l'article 265 du Code civil, un arrêt de la Cour de cassation en date du 14 mars 2012 (Cass. civ. 1, 14 mars 2012, n° 11-13.791, FS-P+B+R+I N° Lexbase : A8362IEG ; voir les obs. de Claude Brenner, JCP éd. G, 2012, 11 182) est venu préciser que l'article 265, alinéa 1er, revêt un caractère impératif ce qui exclut la possibilité de faire des conventions. A la suite de cet arrêt, la question s'est posée de savoir si le même raisonnement devait être tenu s'agissant des alinéas 2 et 3 de cet article, quant aux clauses prenant effet à la dissolution qui, par principe, sont révoquées de plein droit sauf volonté contraire de l'époux qui les a consenties, volonté qui doit être constatée par le juge au moment du divorce. La volonté exprimée *ab initio* dans le contrat de mariage de maintenir une clause en cas de divorce la rend-elle irrévocable ou cette volonté doit-elle être confirmée au moment du prononcé de divorce ? Avant l'arrêt du 14 mars 2012, la doctrine était plutôt d'avis de penser que, l'article 265, alinéa 2, étant supplétif de volonté, rien n'empêche les époux de prévoir *ab initio* le maintien de l'avantage dans leur contrat de mariage, cette prévision s'inscrivant alors dans le cadre contractuel. Cette analyse était confortée par la réponse ministérielle de Rachida Dati, ancien Garde des Sceaux, le 26 mai 2009. Mais l'arrêt du 14 mars 2012 constituant un coup de frein aux dispositions contractuelles et renforçant l'ordre public, la doctrine considère qu'on pourrait plutôt prétendre que les clauses prévues dans le contrat de mariage n'ont d'effet que si elles sont confirmées au moment du divorce ; si au contraire, elles ne le sont pas, elles seront

révoquées de plein droit. Il n'existe aucune certitude aujourd'hui quant à la réponse à apporter à cette question, les deux thèses pouvant alors se plaider.

L'intérêt des avantages matrimoniaux tient au fait qu'ils ne sont ni rapportables, ni réductibles, quel que soit leur montant. L'époux qui en bénéficie est donc à l'abri des revendications des héritiers de son conjoint. Ils se situent en-dehors du champ successoral : ils peuvent donc se cumuler avec les droits successoraux du conjoint survivant. Par ailleurs, ils ne sont pas imposables.

Il existe toutefois des limites tenant, tout d'abord, à l'action en retranchement d'enfants non communs (C. civ., art. 1527, alinéa 2 N° Lexbase : L0273HPS). Pour apprécier l'excès de l'avantage matrimonial consenti, il convient de comparer les résultats obtenus à ceux d'une communauté légale assortie du maximum autorisé d'une donation entre époux ; sachant qu'ils peuvent renoncer à demander la réduction de l'avantage matrimonial excessif avant le décès de l'époux survivant (C. civ., art. 1527, alinéa 3). Il existe, ensuite, un manque de souplesse dans leur mise en œuvre : exception faite de la clause de préciput et de la clause de prélèvement, les avantages matrimoniaux sont délivrés sans que le conjoint survivant n'ait le choix. Il ne peut ni renoncer, ni n'en prendre qu'une partie, ce qui présente un risque certain en cas de passif.

A noter, enfin, que, dans un divorce, maintenir un avantage matrimonial peut constituer un complément de prestation compensatoire et protéger le conjoint en cas de décès.

A — Clauses qui survivent au divorce

Ces clauses ont pour but d'augmenter la masse commune.

1) Introduction d'une dose communautaire dans un régime séparatiste : l'adjonction d'une société d'acquêts au régime de séparation de biens

Il faut savoir que la société d'acquêts est issue d'une pratique notariale ; elle n'est pas réglementée dans le Code civil. Dans ce régime, coexistent deux catégories de biens : les acquêts et les biens personnels de chaque époux. Les biens personnels sont assujettis au régime de la séparation de biens et les acquêts obéissent aux principes du régime légal. Ils sont gérés comme des biens communs et à la dissolution du régime la société d'acquêts est liquidée et partagée comme la communauté légale. La société d'acquêts offre ainsi une très grande souplesse.

— Souplesse quant aux biens concernés par la société d'acquêts

A défaut de précision dans l'acte notarié, le principe est que tous les biens qui seront acquis, à compter de la date de l'acte, seront communs.

Si les époux souhaitent limiter la société d'acquêts à un ou plusieurs biens, il est important de prévoir un cadre précis comme, par exemple, que la société d'acquêts sera limitée à tel bien immobilier, comme par exemple la résidence principale des époux ; il faut veiller à ne pas être trop restrictif car si l'on souhaite y faire entrer un autre bien, un changement de régime matrimonial sera nécessaire. La société d'acquêts peut aussi être limitée aux biens immobiliers acquis par les époux pendant le mariage, ce qui permet d'y faire entrer tous les biens immobiliers et d'exclure l'ensemble des autres biens comme les liquidités et valeurs mobilières. L'on peut également imaginer de limiter la société d'acquêts à tous les biens immobiliers acquis indivisément par les époux pendant le mariage, à hauteur de 50 % chacun. De même, elle peut se limiter au fonds de commerce que les époux exploitent ensemble ou au contraire tous les biens acquis à titre onéreux pendant le mariage exception faite des biens professionnels de chacun des époux. Il est encore possible de prévoir que les époux incluent dans la société d'acquêts des biens qui, dans le régime de la communauté réduite aux acquêts, ne seraient pas communs mais propres, ce qui illustre la souplesse permise par la société d'acquêts (Cass. civ. 1, 25 novembre 2003, n° 02-12.942, F-P N° Lexbase : A3186DAA).

— Souplesse quant au régime applicable aux biens faisant partie de la société d'acquêts

Les biens faisant partie de la société d'acquêts sont soumis, par principe, aux règles du régime légal. Cela étant, la société d'acquêts permet beaucoup de souplesse aux époux qui peuvent déroger aux règles de la communauté en prévoyant, par exemple, que le bien sera commun quel que soit l'origine des deniers ayant servi à l'acquisition ; ou que la société d'acquêts sera intégralement attribuée au conjoint survivant en cas de prédécès de l'autre. Au stade de la liquidation, les époux peuvent prévoir l'existence de récompenses ou, au contraire, une absence de récompenses ; une solution intermédiaire pourrait être de prévoir qu'aucune récompense ne serait due si le régime matrimonial se dissout par décès et, au contraire, qu'il y aurait lieu à récompense si le régime matrimonial se dissout par divorce...

Les biens qui n'entrent pas dans la société d'acquêts restent entièrement soumis au régime de la séparation de biens.

2) Possibilité de modifier la consistance du patrimoine originaire dans un régime de participation aux acquêts

On peut prévoir une minoration conventionnelle du patrimoine d'origine d'un époux par l'exclusion de certains biens existant au moment du mariage, ces biens se retrouvant dans le patrimoine final de l'époux propriétaire, la créance de participation du conjoint étant ainsi augmentée.

3) Communautés conventionnelles

L'article 1497 du Code civil dresse une énumération non limitative des stipulations dont les époux peuvent user pour modérer leur régime de communauté : cet article est une application particulière aux régimes de communauté du principe général de la liberté des conventions matrimoniales qu'énonce l'article 1387 du Code civil.

L'article 1497 prévoit que "les époux peuvent, notamment, convenir :

- 1° que la communauté comprendra les meubles et les acquêts ;
- 2° qu'il sera dérogé aux règles concernant l'administration ;
- 3° que l'un des époux aura la faculté de prélever certains biens moyennant indemnité ;
- 4° que l'un des époux aura un préciput ;
- 5° que les époux auront des parts inégales ;
- 6° qu'il y aura entre eux communauté universelle.

Les règles de la communauté légale restent applicables en tous les points qui n'ont pas fait l'objet de la convention des parties".

Communauté de meubles et acquêts

Il s'agit du régime légal en vigueur jusqu'au 1er février 1966. La communauté est régie par les articles 1498 (N° Lexbase : L1630ABY) à 1501 du Code civil. En plus des acquêts meubles et immeubles et de l'ensemble des revenus des époux, sont stipulés communs les meubles dont les époux étaient propriétaires avant le mariage et ceux qu'ils reçoivent au cours du mariage par succession ou libéralités.

Ainsi, restent propres :

- les meubles donnés ou légués à l'un des époux si le disposant a pris soin de stipuler dans la libéralité une clause d'exclusion de la communauté ;
- les biens meubles qui auraient formé des propres par leur nature en vertu de l'article 1404 (N° Lexbase : L1535ABH), sous le régime légal, s'ils avaient été acquis pendant la communauté ;
- évidemment, les immeubles acquis avant le mariage ou reçus par donation ou succession pendant le mariage.

L'augmentation active de la masse commune se répercute dans les mêmes proportions sur le passif commun (C. civ., art. 1499 N° Lexbase : L1631ABZ). Une partie des dettes dont les époux étaient déjà débiteurs quand ils se sont mariés, ou dont se trouvent grevées des successions ou libéralités qui leur échoient durant le mariage, entre dans le passif commun. La fraction de ces dettes est proportionnelle à la fraction de l'actif que la communauté recueille, soit dans le patrimoine des époux au jour du mariage, soit dans l'ensemble des biens qui font l'objet de la succession ou libéralité.

Communauté universelle

La communauté universelle est régie par l'article 1526 du Code civil (N° Lexbase : L1025ABL). Il est rarissime qu'elle soit adoptée au moment du mariage ; elle est en général adoptée lors d'un changement de régime matrimonial par des couples âgés qui y voient le moment d'assurer les vieux jours du conjoint survivant.

Ce régime consiste à intégrer dans la masse commune tous les biens, tant meubles qu'immeubles, présents et à venir. Demeurent exclus de la communauté, sauf stipulation contraire du contrat de mariage, les biens propres par

nature.

La communauté supporte définitivement toutes les dettes des époux présentes et futures.

Ce qui est énoncé par le Code civil n'est pas limitatif ; d'autres clauses permettent d'augmenter la masse commune pourvu qu'elles soient licites.

Clause d'entrée en communauté encore dénommée "clause d'ameublissement"

Cette clause a pour objet de faire entrer dans la communauté un bien qui serait propre selon les règles normalement applicables. Cette clause peut porter sur un bien particulier ou une catégorie de biens.

L'entrée en communauté d'un bien peut ou non donner lieu à dédommagement pour l'époux initialement propriétaire du bien.

NB. Clin d'œil sur la clause de tontine (ou clause d'accroissement) qui n'est pas une clause du contrat de mariage

Il s'agit de la clause par laquelle *"les acquéreurs d'un même bien conviennent que l'acquisition sera réputée faite pour le compte du seul survivant d'entre eux, dès le jour de l'acquisition, à l'exclusion des prémourants qui sont rétroactivement censés n'avoir jamais été propriétaires"* (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*).

La clause d'accroissement n'est pas une clause du contrat de mariage ; elle survit donc au divorce. La tontine est issue de la pratique notariale ; il n'existe donc aucun texte, les règles étant fixées par la jurisprudence qui est donc susceptible d'évoluer.

Cette clause ne peut concerner que des époux séparés de biens (ou des concubins). En effet, elle est inenvisageable dans le cadre d'un régime de communauté car elle viendrait modifier la nature du bien sans passer par un changement de régime matrimonial. Cette clause doit être décidée au moment de l'acquisition (principe posé par la jurisprudence mais très critiqué par la doctrine). Il s'agit d'un contrat onéreux de telle sorte qu'il n'y aura, au moment de la succession, ni rapport, ni réduction ; il n'y aura pas non plus, au moment du divorce, de révocation possible car il ne s'agit pas d'un avantage matrimonial.

Ainsi, la sortie n'est, par principe, pas prévue en cas de divorce.

Les héritiers peuvent vouloir écarter le caractère onéreux et demander à ce que ce soit requalifié en donation indirecte ou déguisée notamment lorsqu'il y avait, au moment où la tontine a été décidée, une très grande différence d'âge entre les époux, ou une très grande différence entre leurs états de santé ou encore en cas d'inégalité des apports.

Pendant la durée de vie de la clause de tontine, s'appliquent les règles de l'indivision en matière d'usage et d'administration du bien. Si le bien doit être vendu, il faut l'accord des deux époux.

Les époux ont toujours la possibilité de renoncer à la clause auquel cas le bien est réputé être indivis entre les époux à hauteur de la moitié chacun.

B — Clauses révoquées de plein droit à l'occasion d'un divorce sauf volonté contraire de l'époux qui les a consenties

Ces clauses prennent effet au moment de la dissolution du régime matrimonial. Elles prendront tous leurs effets si la dissolution a lieu par décès. En revanche, elles sont révoquées de plein droit en cas de dissolution par divorce sauf volonté contraire de l'époux qui les a consenties.

1) Clauses dérogeant à la composition de la masse partageable

— Clause de préciput

Envisagée à l'article 1497 du Code civil, cette clause est régie par les articles 1515 (N° Lexbase : L1639ABC) à 1519 du Code civil. Il s'agit d'un avantage matrimonial qui procure un réel enrichissement à l'époux bénéficiaire. En vertu de cette clause, le survivant des époux, ou l'un d'entre eux nommément désigné s'il survit, prélève sur la communauté, avant tout partage, les biens objet du préciput, sans aucune contrepartie ni diminution de ses droits sur le solde de la communauté qui, en l'absence d'une autre clause particulière, restent de moitié.

Cet aménagement n'est possible que dans le cadre d'un régime de communauté ou en présence d'une société d'acquêts. L'objet de la clause doit être déterminé, c'est-à-dire viser précisément le ou les biens concernés ; il ne

peut concerner que des biens communs ; il peut porter sur la pleine propriété, l'usufruit ou la nu propriété.

La clause peut jouer au profit du survivant des époux ou, au contraire, seulement au profit de l'un des deux, s'il survit ; cela doit être expressément précisé.

Le préciput est un gain de survie et n'a donc vocation à jouer que dans l'hypothèse où la communauté se dissout par le décès de l'un des époux.

Si la communauté se dissout par divorce, par principe révoqué de plein droit, et dans l'hypothèse où le préciput n'aurait pas été révoqué, ce qui est rarissime en pratique, il n'y a pas lieu à délivrance immédiate du préciput qui ne prendra effet que si son bénéficiaire survit à son ex-conjoint.

Contrairement aux autres avantages matrimoniaux, le préciput est une simple faculté pour son bénéficiaire. En l'absence de délai précisé dans le contrat de mariage, le conjoint survivant a 30 ans à compter du décès de son conjoint pour exercer l'option.

La clause de préciput constitue un excellent moyen de renforcer les droits du conjoint survivant sur son cadre de vie (logement et meubles meublants) ou de permettre à l'entrepreneur qui en est bénéficiaire de devenir pleinement propriétaire de son outil de travail. Son caractère facultatif lui donne une souplesse que d'autres avantages matrimoniaux ne présentent pas ; elle peut être utilement stipulé pour éviter une situation d'indivision successorale sur certains biens communs sensibles (parts sociales, fonds de commerce...). Un autre avantage du préciput est la limitation de son objet aux seuls éléments actifs de la masse à partager ; il ne modifie en rien la répartition du passif ; il se distingue des clauses qui dérogent au principe de l'égalité de partage à savoir la stipulation de parts inégales et la clause d'attribution intégrale de la communauté.

En raison de l'absence d'indemnisation de la communauté, le préciput se distingue d'autres clauses comme la clause de prélèvement moyennant indemnité ou la clause commerciale.

— Clause commerciale

Contrairement à la clause de préciput, il ne s'agit pas d'un avantage matrimonial. Mais, de la même manière que le préciput, cette clause permet de prélever un bien, avant tout partage et sur des biens, non pas communs, mais personnels ou propres.

En vertu de l'article 1390, alinéa 1er, du Code civil (N° Lexbase : L0269HPN), le contrat de mariage peut autoriser l'époux survivant à acquérir ou se faire attribuer dans le partage certains biens personnels du prédécédé à charge d'en tenir compte à la succession, d'après la valeur qu'ils ont au jour où cette faculté sera exercée. Cette clause peut être prévue soit dans un régime de séparation de biens concernant les biens personnels soit dans un régime de communauté concernant les biens propres.

Le montant de l'indemnité est estimé d'après la valeur des biens au jour où le conjoint survivant exerce son option. Le bénéficiaire de la clause dispose d'une option : il peut exiger ou non l'attribution du bien concerné.

Elle porte en général sur l'exploitation d'un époux d'où son appellation "clause commerciale" mais elle peut aussi concerner le logement des époux ou tout autre bien.

Soit le conjoint survivant intervient au partage successoral auquel cas l'opération s'analyse comme une attribution préférentielle conventionnelle ; si la valeur du bien excède les droits du conjoint survivant dans la succession, il doit une soulte. Soit le conjoint survivant n'intervient pas à la succession parce qu'il y a renoncé par exemple, auquel cas il s'agit d'une cession à titre onéreux soumise au régime juridique et fiscal des ventes.

Au plan familial, cette clause a pour principal avantage de garantir à l'époux survivant le droit d'acquérir ou de se voir attribuer des biens auxquels il attache une grande importance sans qu'il ait à craindre les aléas du partage et sans que soient pour autant sacrifiés les intérêts des héritiers du prédécédé, ceux-ci ayant droit à une indemnité. Sur le plan économique, elle facilite la transmission des entreprises en permettant au conjoint survivant, acquéreur ou attributaire d'un fonds propre ou personnel de l'époux prédécédé, d'en continuer l'exploitation (intérêt identique que présentent, à propos d'un fonds commun, les clauses de prélèvement moyennant indemnité).

La question se pose de savoir si la clause commerciale doit être exclusivement stipulée pour le cas de dissolution du mariage par décès ou quelle que soit la cause de dissolution ? La doctrine se prononce en faveur d'une interprétation stricte de l'article 1390 où figurent les termes de "*dissolution du mariage par la mort*" ; c'est aussi la solution que retient la pratique notariale. *A priori*, cette clause serait caduque en cas de divorce.

2. Clauses dérogeant au principe du partage par moitié

Les clauses de partage inégal sont régies par les articles 1520 (N° Lexbase : L1643ABH) à 1525 du Code civil : les époux peuvent décider d'écarter le principe d'égalité du partage établi par la loi, de manière extrême, ou de manière moins radicale.

— Clause d'attribution intégrale de la communauté au survivant

Cette clause est prévue à l'article 1524 du Code civil (N° Lexbase : L1645ABK). Dans un régime de participation aux acquêts, les époux peuvent de la même manière convenir d'une clause d'attribution de la totalité des acquêts à l'époux survivant.

La condition de survie est impérative : la communauté ne peut être intégralement attribuée à un époux que lors du décès de son conjoint. Dans l'hypothèse d'une dissolution par divorce et en l'absence de révocation, cette clause ne prendra effet en tout état de cause qu'au décès.

— Stipulation de parts inégales

Quelle que soit la cause de dissolution du régime, les époux peuvent convenir d'une stipulation de parts inégales suivant la proportion de leur choix (C. civ., art. 1521 N° Lexbase : L1644ABI). Dans un régime de participation aux acquêts, les époux peuvent de la même manière convenir d'une clause de partage inégal encore appelée "clause de participation inégale".

Il faut préciser que l'inégalité active se prolonge passivement suivant les mêmes proportions ; toute clause contraire à cette corrélation actif/passif serait nulle.

Le bénéfice du partage inégal peut se trouver limité par la mise en œuvre, par les héritiers, de leur droit de reprise (C. civ., art. 1525, alinéa 2 N° Lexbase : L1646ABL).

— Limite : le droit de reprise des héritiers

Les héritiers ont le droit de faire la reprise des apports et capitaux entrés en communauté du chef de leur auteur. Les biens concernés sont ceux qui sont entrés en communauté du chef de l'époux prédécédé alors qu'ils auraient été propres dans le régime légal (biens apportés au mariage ou acquis au cours de l'union à titre gratuit).

Une reprise des apports ne se conçoit donc que dans le cadre d'une communauté conventionnelle élargie : il importe peu que celle-ci soit de meubles et acquêts ou universelle.

La reprise des apports a pour effet de limiter l'inégalité du partage voulu par les époux aux seuls acquêts et confère la qualité de copartageant à l'héritier qui en bénéficie.

Cette reprise peut néanmoins être écartée par le contrat de mariage, ce qui est souvent le cas en pratique ; en effet, elle n'est pas d'ordre public.

III — Aménagements du contrat de mariage pour anticiper les éventuelles difficultés pendant le mariage ou au moment de la dissolution

A — Clauses régissant les rapports entre époux pendant le mariage

1) Clauses relatives à la gestion des biens

Pour les époux vraiment inquiets, qui veulent éviter tout problème lors de la séparation, et même pendant le mariage, il existe une possibilité dans le contrat de mariage, d'insérer une clause pour modifier les règles légales relatives aux pouvoirs de gestion des époux.

La liberté contractuelle des époux est loin d'être pleine et entière. Ils sont limités par le principe d'égalité des époux, qui a conduit à l'abrogation de nombreuses clauses qui existaient auparavant (clause de représentation mutuelle par ex.).

L'article 1503 du Code civil (N° Lexbase : L1024ABK) prévoit la possibilité d'insérer une clause d'administration conjointe. Il s'agit d'une généralisation de la cogestion exceptionnelle des articles 1422 (N° Lexbase : L1370HIL), 1424 (N° Lexbase : L2300IBS) et 1425 (N° Lexbase : L1554AB8) du Code civil. Cette clause a pour conséquence, très concrètement, d'exiger l'intervention conjointe des deux époux pour tous les actes, quelle que soit leur nature,

portant sur des biens communs. Seuls les actes conservatoires, justifiés par une situation d'urgence, sont valables.

Les époux étant associés dans la gestion active de la communauté, ils sont, en contrepartie, solidairement tenus de toutes les dettes contractées ensemble (et non plus seulement des dettes ménagères).

C'est donc une clause très contraignante, et qui manifeste une défiance très forte entre conjoint, ce qui explique qu'elle soit retenue.

2) Clause sur la contribution aux charges du mariage

Les époux mariés sous le régime de la séparation des biens prévoient souvent une clause relative à la contribution aux charges du ménage. La liberté des conventions matrimoniales ne peut tout de même pas aller jusqu'à exonérer un époux de son obligation de contribuer aux charges du ménage.

Cette clause qui était destinée à éviter les conflits, en évitant les comptes d'apothicaires lors de la liquidation des intérêts patrimoniaux a finalement été à l'origine d'un contentieux important, source d'une grande insécurité juridique. Elle est souvent rédigée ainsi : *"les époux contribueront aux charges du ménage en proportion de leurs revenus et gains respectifs, sans être assujettis à aucun compte entre eux, ni à retirer des quittances l'un de l'autre"*.

La principale source de contentieux a été la question de la portée de cette clause lorsque le financement d'un bien indivis (souvent le domicile conjugal) était exclusivement réalisé par l'un des époux. L'époux qui a financé seul peut-il rapporter la preuve contraire ? Sur qui pèse la charge de la preuve ? Concrètement, l'époux qui a financé peut-il réclamer une créance lors de la dissolution ?

La jurisprudence a connu une grande évolution au cours de ces dernières années, qui s'est conclue par un arrêt du 25 septembre 2013 (Cass. civ. 1, 25 septembre 2013, n° 12-21.892, F-P+B N° [Lexbase : A9497KLC](#)).

Dans un premier temps, la Cour a décidé que la présomption qui ressortait de ces clauses était une présomption simple, permettant ainsi aux époux de rapporter la preuve contraire (Cass. civ. 1, 3 mars 2010, n° 09-11.005, F-P+B N° [Lexbase : A6550ESE](#)). La clause figurant dans le contrat de mariage emportait donc présomption à l'égard du mari de sa contribution et opérait un renversement de la charge de la preuve qui incombait à l'épouse, qui devait démontrer que le règlement, pour son compte, des échéances de prêt rentrait dans la contribution de son mari aux charges du ménage. Dans un arrêt du 18 mai 2011 (Cass. civ. 1, 18 mai 2011, n° 10-11.990, F-D N° [Lexbase : A2636HSG](#)), la Cour de cassation va plus loin car elle considère que la présomption profite à celui qui a financé et que la preuve contraire est impossible. On passe d'une présomption simple à une présomption irréfragable.

Finalement, dans deux arrêts du 15 mai 2013 (Cass. civ. 1, 15 mai 2013, n° 11-24.322, FS-D N° [Lexbase : A5155KDB](#)) puis du 25 septembre 2013 (précité), la Cour retient le caractère irréfragable de la présomption posée par ces clauses insérées dans les contrats de séparation des biens, mais considère que le financement du logement de la famille entre dans le cadre de la contribution des époux aux charges du ménage, y compris le financement de la part de l'autre. La preuve contraire semble désormais impossible et l'époux qui a financé ne pourra pas demander d'indemnité ou revendiquer de créance.

La solution peut paraître bonne car elle évite les discussions mais elle peut aussi avoir des effets pervers. Puisque les époux sont présumés contribuer aux charges du ménage, et que cette présomption est irréfragable, que faire si un époux, pendant le mariage, ne contribue pas ?

Il semble que la meilleure solution soit de préciser la clause en indiquant : les modalités que peuvent prendre la contribution de chacun des époux (contribution en nature pour celui qui ne travaille pas : activité au foyer, ou prélèvement sur les ressources dont elle aura l'administration et la jouissance) ; la portée de la présomption (simple, irréfragable, charge de la preuve) ; le contenu de l'obligation (ce qui rentre ou non dans les charges du ménage : domicile conjugal, résidence secondaire, prêt, travaux...).

B - Clauses qui ont prennent effet au moment de la constitution du régime matrimonial

Peut-on envisager de réduire, par convention, la masse commune ? Le Code civil ne prévoit pas expressément de clause permettant d'exclure certains biens de la communauté. Mais les notaires et la doctrine n'y sont pas opposés, à condition toutefois de ne pas vider de sa substance la communauté (exclure les gains et salaires paraît difficile).

1) Exclusion d'un bien particulier de la communauté

Cette clause a pour finalité d'exclure des régimes communautaires conventionnels des biens meubles ou une catégorie de biens meubles que possèdent les époux au jour du mariage ou qu'ils recueilleront ensuite par donation

ou succession.

Elle peut aussi s'appliquer sur un bien déterminé dont les époux prévoient l'acquisition à titre onéreux.

Exemple de clause : *"les futurs époux déclarent exclure de la communauté la totalité des biens de nature mobilière issus d'un portefeuille de valeurs mobilières que le futur époux pourra recueillir pendant le mariage par donation ou succession.*

Ils déclarent expressément que les biens et droits immobiliers que Monsieur X envisage d'acquérir à titre onéreux n'aura pas vocation à enrichir la communauté mais constituera un bien propre de ce dernier.

En contrepartie, la communauté sera déchargée de toute contribution aux dettes afférentes à ces mêmes biens. Cette exclusion de la communauté aura lieu sans récompense au profit de cette dernière".

Cette clause peut permettre de protéger n'importe quel type de biens. On pense surtout à l'outil de travail, qui est source de beaucoup de difficultés en cas de séparation. Très souvent, l'outil de travail est un bien commun et sa valeur est telle que le conjoint qui le possède est contraint de le vendre pour disposer des liquidités nécessaires à la liquidation du régime.

2) Clauses précisant le sort des fruits et revenus des propres, et le moment auquel ils entrent en communauté

Une telle clause donnerait une pleine portée à la jouissance exclusive des biens propres prévue à l'article 1428 du Code civil (N° Lexbase : L1557ABB). Elle aurait pour but d'éviter des situations souvent perçues comme injustes lorsqu'un bien propre a été acquis et que les loyers permettent de rembourser les échéances de prêt. A la dissolution de la communauté, il y a lieu à récompense au profit de la communauté qui s'est appauvrie des loyers.

Cette exclusion des revenus des biens propres de la masse commune permettrait à l'époux bénéficiaire de réinvestir les économies réalisées dans une nouvelle acquisition ou la rénovation ou l'agrandissement d'un bien déjà propre, sans avoir à devoir une récompense à la communauté le jour de la dissolution du régime.

Exemple de clause : *"Par dérogation aux dispositions de l'article 1401 du Code civil, les fruits et revenus dont pourront être productifs les biens propres de toute nature que les futurs époux seront appelés à acquérir ou recueillir pendant le mariage, de quelque manière que ce soit, constitueront des biens propres de l'époux concerné ". Toutefois, les fruits et revenus de propres encaissés et qui n'auraient pas été consommés dans les années de leur encaissement perdront leur caractère de propre et tomberont en communauté. La preuve de la non consommation pourra être apportée dans les conditions prévues à l'article 1402, alinéa 2 du Code civil".*

On peut aussi faire une différence entre les revenus des biens propres existant déjà au jour du mariage et les futurs biens propres.

3) La situation inverse de celle d'exclusion d'un bien de la communauté : un régime séparatiste avec société d'acquêts étendue à l'ensemble des biens, à l'exception d'un bien en particulier

La société d'acquêts peut concerner un bien particulier, une catégorie de biens, tous les biens sauf un bien, tous les biens sauf une catégorie de biens....

La liberté dans la composition de la société d'acquêts a été rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt du 25 novembre 2003 (Cass. civ. 1, 25 novembre 2003, n° 02-12.942, F-P N° Lexbase : A3186DAA).

La société d'acquêts élargie (tous les biens sauf...) permet de conserver l'indépendance dans la gestion et l'organisation de leurs patrimoines respectifs.

La clause d'exclusion des biens professionnels est possible et devra prévoir très précisément quels sont les biens concernés. Il faudra, pour éviter toute difficulté, préciser aussi quel sera le sort du prix de vente du bien professionnel.

4) Dans un régime de participation aux acquêts : clauses jouant sur la composition du patrimoine originaire

L'idée serait d'insérer une clause permettant de prévoir que le conjoint ait un droit à l'enrichissement sur tous les biens à l'exclusion des biens professionnels.

Pour cela, on exclut du patrimoine final l'outil de travail par exemple. Le patrimoine originaire du futur chef d'entreprise est élargi en y ajoutant son futur outil professionnel et en prévoyant que l'évaluation sera faite selon son état au jour de la liquidation par dérogation aux dispositions de l'article 1571 du Code civil (N° Lexbase : L1657ABY).

Cela étant, l'efficacité de ces clauses est discutée par la doctrine, qui considère pour partie que la clause pourrait être annulée car créant trop d'injustices (hypothèse du conjoint propriétaire du bien professionnel qui se retrouverait créancier d'une créance de participation puisqu'on ne tient pas compte du bien qui a la plus grande valeur).

D'autres ajustements sont possibles, qui prendront effet au moment de la dissolution du régime puisqu'il s'agit de jouer sur la créance de participation.

C — Clauses qui produisent effet sur au jour de la dissolution du régime

1) *Clauses relatives aux modalités de preuves*

Le Code civil prévoit pour chaque régime classique les modalités de preuve de la propriété des biens de chacun des époux.

Dans le cadre du régime légal, le principe est la preuve par écrit. Pour tous les autres régimes, la preuve est libre. Dans la séparation de biens, l'article 1538 du Code civil (N° Lexbase : L1649ABP) envisage les clauses de présomption de propriété.

Pour faciliter tout cela, on pourrait insérer des clauses de présomption conventionnelles de propriété dans le contrat de mariage d'origine (par exemple : meubles meublants appartenant à l'époux propriétaire du bien qu'ils garnissent ; titres au porteur et objets déposés dans un coffre en banque appartenant à l'époux titulaire de la location ; véhicules appartenant au titulaire de la carte grise...).

Il faut également savoir que dans le régime de la participation aux acquêts le contrat de mariage peut contenir une description du patrimoine originaire de chacun des époux. Cela évite les contestations sur la composition des patrimoines lors de la dissolution du régime.

2) *Clauses sur les récompenses et créances entre époux (droit, évaluation et règlement)*

Le contrat de mariage peut prévoir d'aménager les règles relatives au principe des créances/récompenses, à leurs modalités de calcul, ainsi qu'à leur règlement. Tous les articles relatifs à ces différents points ne sont pas d'ordre public (C. civ., art. 1433 N° Lexbase : L1561ABG, 1437 N° Lexbase : L1565ABL, et 1469 N° Lexbase : L1606AB4...).

La question qui se pose est celle de savoir si ces clauses constituent des avantages matrimoniaux susceptibles de révocation lors du divorce. Ces clauses sont destinées à anticiper une séparation. Elles n'ont d'intérêt qu'en cas de divorce. Elles peuvent aussi anticiper un décès (pour éviter les conflits entre le conjoint survivant et d'autres héritiers), mais principalement elles concernent l'hypothèse d'une séparation par divorce. Elles n'ont donc de sens que si elles peuvent être maintenues lors du divorce.

Or, ainsi qu'on l'a vu, les avantages matrimoniaux ne prenant effet qu'à la dissolution du régime sont révoquées de plein droit, mais l'époux qui les a consentis peut décider de les maintenir. Evidemment, en pleine crise, il ne faut pas compter sur la bonne volonté du conjoint qui avait consenti cet avantage.

On en revient donc à la question de savoir si on peut renoncer, par anticipation, à cette révocation de plein droit dès le contrat de mariage. Il semble que oui, selon Clémence Bertin-Aynès.

3) *Clauses modifiant les modalités de calcul de la créance de participation*

La minoration du taux de participation aux acquêts permet de limiter la créance de participation.

On peut par exemple prévoir le plafonnement du montant de la créance de participation à la moitié des acquêts nets non professionnels de l'époux professionnel.

4) *Clause de reprise d'apport*

Il s'agit ici de la clause autrement appelée "Clause alsacienne". Elle permet à l'époux qui a procédé à l'apport d'un bien propre à la communauté d'en exercer la reprise en cas de divorce.

Cette clause a été menacée par la loi du 26 mai 2004, mais la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 (N° Lexbase : L0807HK4) a restauré son efficacité puisqu'il existe désormais un texte. L'article 265, alinéa 4, dispose que : "*toutefois si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté*".

La clause prévoit les deux issus possibles du mariage : le divorce ou le décès.

Certains préconisent même de prévoir l'hypothèse dans laquelle l'époux apporteur décèderait en cours de procédure de divorce afin que les biens apportés ne se trouvent pas à l'actif de sa succession.

5) Clauses d'attribution préférentielle conventionnelle

La clause de prélèvement de biens communs moyennant indemnité, régie par les articles 1511 (N° Lexbase : [L1634AB7](#)) à 1514 du Code civil et permettant à l'un des époux de prélever certains biens communs lors de la dissolution de la communauté, à charge pour lui d'indemniser la communauté.

L'égalité en valeur du partage est donc préservée. Il s'agit donc d'un avantage en nature. De par son économie, la clause de prélèvement est une attribution préférentielle conventionnelle.

Le plus souvent, il est prévu que la clause ne jouera qu'en cas de décès, mais il est tout à fait possible de la prévoir en cas de divorce puisque l'article 1511 vise d'ailleurs expressément cette hypothèse.

On perçoit tout de suite son avantage : aller au-delà de l'attribution préférentielle de droit commun prévue aux articles 831 (N° Lexbase : [L9963HNC](#)) et suivants du Code civil. L'époux qui a accepté que son outil de travail soit commun pourra le prélever. L'autre conjoint ne sera pas lésé, mais le bien sera protégé de l'aléa du partage et de l'indivision. La clause n'offre qu'une simple faculté à son bénéficiaire, qui peut y renoncer.

Le prélèvement est une opération de partage. Les biens prélevés s'imputent sur la part dans la communauté de l'époux bénéficiaire. Le versement d'une soulte intervient en complément lorsque la valeur des biens prélevés excède celle de sa part dans la communauté.

L'avantage de la clause de prélèvement moyennant indemnité résulte moins d'un enrichissement du conjoint que de la garantie d'obtenir la propriété d'un bien lors de la dissolution du régime sans l'intervention du juge. Il y a véritablement avantage matrimonial lorsque les modalités conventionnelles d'indemnisation sont favorables au conjoint survivant.

Plutôt que le prélèvement d'un bien, on peut également imaginer le prélèvement d'un droit, comme le droit au bail par exemple (par exemple, clause d'attribution du droit au bail permettant à l'époux qui exerce son activité dans le logement de se faire attribuer le bail).