

II- LES REGIMES MATRIMONIAUX

§ 1. ANALYSE

I. Le régime primaire impératif

A. *La protection du logement de la famille*

On sait l'importance reconnue au logement dans la société contemporaine. En témoignent, notamment, le droit des incapables majeurs, le droit du divorce ou encore le droit du bail d'habitation.

L'article 215 du Code civil assure une protection efficace du logement de la famille face aux actes de disposition des droits qui l'assurent. En revanche, la jurisprudence (Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 1978 : D. 1979, p. 479, note Chartier ; JCP 1980, II, 19368, note Labbouz ; RTDciv. 1979, p. 585, obs. Nerson) a refusé, hors le cas de fraude, de comprendre ses dispositions comme s'opposant à la saisie du logement familial par les créanciers de l'un des époux (agissant, bien sûr, dans les limites des règles gouvernant le passif sous le régime matrimonial considéré).

La nécessité se fait pourtant sentir de protéger le logement familial à l'égard des créanciers de chacun des époux, puisque, dans la très grande majorité des cas, le logement de la famille est le seul bien, parmi ceux du ménage, présentant une certaine valeur et s'offrant dès lors aux actions des créanciers.

Rendre le bien insaisissable eut cependant été une solution dangereuse pour le crédit de la famille, par la diminution sévère du gage général des créanciers que cette solution engendrerait.

C'est pourquoi une solution plus nuancée a été retenue qui consiste à interdire au créancier personnel d'un époux de saisir le logement familial s'il n'y a eu consentement du conjoint à l'engagement qui est à l'origine de la créance.

B. *L'application exclusive des dispositions composant le régime primaire impératif aux époux.*

Il convient d'énoncer explicitement que les dispositions du chapitre VI relatif aux devoirs et aux droits respectifs des époux sont impérativement réservées au mariage.

Cette précision s'adresserait, d'une part, au juge qui, saisi d'un litige relatif au P.A.C.S. pourrait, le cas échéant, être tenté de s'inspirer de la réglementation du mariage pour compléter le « mini-statut » patrimonial engendré par le pacte civil de solidarité. Une telle extension des devoirs du mariage au P.A.C.S. serait évidemment contraire à la sécurité juridique et à la liberté personnelle de la

plupart de ceux qui ont recours au P.A.C.S. pour échapper justement aux devoirs personnels du mariage.

Elle intéresserait, d'autre part, les particuliers qui souhaiteraient étendre le statut matrimonial au P.A.C.S. Une tel montage est à prohiber en raison du double risque qu'il recèle pour la cohérence du système juridique.

En effet, en premier lieu, il faut éviter qu'entre P.A.C.S. et mariage se multiplient des formes intermédiaires qui conduiront à un pluralisme excessif du couple.

En second lieu, un tel montage, s'il est autorisé, permettra indirectement aux homosexuels de contracter un véritable mariage, ce que le législateur a justement voulu ne pas autoriser en votant le P.A.C.S.

II. Établissement et changement du régime matrimonial

A. Information des futurs époux sur le choix du régime matrimonial

Une information des futurs conjoints sur le choix du régime matrimonial doit être organisée. Elle devra figurer dans le guide juridique dont la remise est prévue lors de l'accomplissement des formalités prénuptiales (sur lequel, v. *supra*).

B. L'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial

La réflexion doit porter tant sur le principe que sur les modalités de l'homologation judiciaire.

B.1. Principe de l'homologation judiciaire

L'homologation judiciaire est actuellement prévue et organisée par l'article 1397 du Code civil. Son utilité, voire sa légitimité sont contestées par différents auteurs et praticiens. La Convention de la Haye du 14 mars 1978 et la loi n° 97-987 du 28 octobre 1997 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux rendent son avenir très incertain.

L'homologation doit être maintenue de l'avis unanime du groupe de travail.

Des raisons de trois ordres seront avancées : raisons d'ordre symbolique, théorique, technique.

Raisons d'ordre symbolique, tout d'abord. Indivisibilité et immutabilité, affirmées en principe, caractérisent l'unité des biens, dans le temps et dans l'espace. Elles renvoient toutes deux, sur le terrain des intérêts matériels, l'image

de l'union pérenne des personnes. Ce lien étroit entre les personnes et les biens imprègne fortement la conscience des juristes français depuis qu'Aubry et Rau ont systématisé la notion de patrimoine en le considérant comme indissolublement lié à la personnalité, comme une émanation de la personnalité. L'unité des biens reflète l'unité du couple qui transcende l'individualité de ses membres, voire la cohésion familiale. Altérer la première pourrait alors être compris comme affaiblir les secondes.

Raisons d'ordre théorique, ensuite. Le régime matrimonial est un système, le droit objectif de la société conjugale, composé de règles nécessairement générales et stables, sinon elles ne sont plus règles. Les principes d'indivisibilité et d'immutabilité font, dans la conception française, le régime matrimonial. L'encadrement des volontés par la procédure d'homologation témoigne de la gravité de la mesure, de sa nature structurelle comme de son caractère exceptionnel. L'admission d'un changement de régime par une simple convention notariée, sans délai imposé, ni contrôle de la cause du changement ni homologation préservera-t-elle encore le principe d'immutabilité ?

Raisons d'ordre technique, enfin. Hébraud a, de longue date, démontré la nature juridictionnelle des décisions rendues en matière gracieuse. La convention notariée, absorbée par la décision d'homologation, profite de la stabilité de cette dernière, échappant ainsi à une remise en cause ultérieure par une action dirigée contre elle. Le contrôle *a priori* épuise le contentieux *a posteriori*¹ et garantit la stabilité de la situation juridique. De plus, le regard du juge sur l'apport privé permet de purger les vices du consentement comme de démanteler d'éventuelles combinaisons frauduleuses. Mieux, la perspective du contrôle peut conduire les époux à renoncer à les monter.

En outre, la libération des volontés individuelles risque de conduire à des règlements de compte extrêmement compliqués lors de la dissolution finale du mariage, le risque étant que les différents changements de régime ne soient pas suivis d'une liquidation effective.

¹ Les époux ou d'éventuels opposants peuvent simplement interjeter appel de la décision, les premiers en cas de refus d'homologation, les seconds au cas contraire. Quant aux créanciers, « *s'il a été fait fraude à leurs droits, ils pourront former tierce opposition contre le jugement d'homologation* », dans les conditions des articles 1303 et 1298 du Nouveau code de procédure civile. On n'omettra pas enfin, les possibilités — limitées — d'action des créanciers contre un partage, consécutif au changement de régime, réalisé sans opposition de leur part : action paulienne, en de rares hypothèses, action oblique en rescision pour lésion. V. J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, coll. U, n° 208.

La Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 14 janvier 1997, *D.* 1997, p. 273, rapport X. Savatier) a certes, ouvert une brèche en déclarant recevable l'action en nullité dirigée contre la convention par le fils naturel de l'un des conjoints dont l'existence avait été dissimulée au juge. Cette jurisprudence, pragmatique, pourrait fort bien demeurer isolée, puisqu'elle n'est que la conséquence d'une lecture trop étroite livrée par la Cour régulatrice de l'article 1527 alinéa 2 du Code civil, la Cour refusant le bénéfice de l'action en retranchement au bénéfice des enfants naturels (Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1982 : *D.* 1983, p. 19, note Beaubrun ; *JCP* 1983, II, 20018, note Henry). La modification de l'article 1527 du Code civil sera ultérieurement proposée.

B.2. Modalités de l'homologation judiciaire

a. L'avis des enfants

Il a semblé au groupe de travail que le juge n'avait pas à prendre l'initiative de recueillir l'avis des enfants.

b. Subordination du changement de régime matrimonial à la liquidation du régime précédent

Afin d'éviter les difficultés lors de la dissolution du mariage, il est nécessaire de subordonner le changement de régime matrimonial à la liquidation du régime précédent. L'article 1397 du Code civil doit prévoir que le changement de régime matrimonial ne peut produire effet qu'après publicité consécutive aux opérations de liquidation et de partage du précédent régime.

Les dispositions du N.C.P.C. relatives à l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial doivent également prévoir que la publicité du changement de régime matrimonial est subordonnée à la délivrance d'une attestation notariée de clôture des opérations de liquidation et de partage.

c. Recours des créanciers en cas de changement de régime fait en fraude à leurs droits

On peut déplorer le délai trop bref laissé aux créanciers pour former tierce-opposition contre le jugement d'homologation, alors que, le plus souvent, la fraude ne se matérialisera que dans le partage consécutif au changement. La solution légale encourage, de plus, la jurisprudence à ouvrir plus largement les possibilités de recours contre le partage lui-même, au détriment de l'impérative stabilité qui doit entourer cet acte complexe.

C'est pourquoi il est nécessaire d'assouplir les conditions de la tierce-opposition en autorisant les créanciers à agir pendant un délai de six mois à compter de la découverte de la fraude.

d. Sort des articles 1397-2 à 1397-6 du Code civil

Les articles 1397-2 à 1397-6 du Code civil ont été intégrés dans le Code civil par la loi n° 97-987 du 28 octobre 1997. Transposant et dénaturant la Convention de la Haye, ils reflètent une conception du régime matrimonial à laquelle l'esprit français est hostile.

Rompant avec le principe d'indivisibilité et d'immutabilité du régime matrimonial, la Convention de la Haye elle-même, qui instaure, de plus, un dispositif d'une trop grande complexité, suscite aujourd'hui les critiques de la doctrine et l'inquiétude des praticiens.

C'est pourquoi il est proposé de supprimer les articles 1397-2 à 1397-6 du Code civil et de dénoncer la Convention de la Haye du 14 mars 1978.

e. Les avantages matrimoniaux

C'est tant la protection des enfants naturels que la question de la perte des avantages matrimoniaux par l'un des époux qui imposent de redéfinir les termes de l'article 1527 du Code civil.

C. La protection des enfants naturels

Aux termes de l'article 1527 du Code civil, « Les avantages que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses d'une communauté conventionnelle, ainsi que ceux qui peuvent résulter de la confusion du mobilier ou des dettes, ne sont point regardées comme des donations

Néanmoins, dans le cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage, toute convention qui aurait pour conséquence de donner à l'un des époux au delà de la portion réglée par l'article 1098, au titre des « donations entre vifs et des testaments », sera sans effet pour tout l'excédent ; mais les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants d'un précédent lit. »

L'article 1527, alinéa 2, s'il garantit une efficace protection des enfants d'un précédent mariage, ne bénéficie pas aux enfants naturels de l'un des conjoints, compte tenu d'une jurisprudence refusant de le leur étendre (Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1982 : D. 1983, p. 19, note Beaubrun ; JCP 1983, II, 20018, note Henry). Une telle solution n'est guère satisfaisante.

L'interprétation étroite de l'article 1527, alinéa 2 et le refus d'une extension analogique emporte comme conséquence que la protection des enfants naturels est abandonnée au juge de l'homologation qui peut refuser d'entériner une convention notariée comportant des avantages matrimoniaux en présence d'un enfant naturel. Seulement, les enfants naturels restent sans protection contre un avantage matrimonial figurant dans les conventions matrimoniales initiales. De plus, l'inapplicabilité de l'article 1527, alinéa 2 a obligé la Cour de cassation à accueillir l'action en nullité dirigée par l'enfant naturel contre la convention notariée de changement de régime, lorsque l'existence de l'enfant avait été dissimulée au juge, ce qui affecte la cohérence de la matière gracieuse.

C'est pourquoi il convient d'étendre aux enfants naturels la protection réservée aujourd'hui aux enfants légitimes.

D. La perte des avantages matrimoniaux

L'avantage matrimonial n'étant pas constitutif d'une libéralité, nulle disposition ne vient priver l'époux indigne de son bénéficiaire. Il semble pourtant que l'époux qui aurait été condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort à son conjoint devrait perdre de plein droit ses avantages matrimoniaux. Une telle perte de plein droit doit être expressément posée dans l'article 1527 du Code civil.

a. Le régime légal

Le régime légal, tel qu'organisé par la loi, donne aujourd'hui, globalement, satisfaction. La seule réserve concerne la question du passif de la communauté, certaines dispositions relatives au droit à récompense ainsi qu'à l'obligation et la contribution au passif après la dissolution.

E. Sur la composition passive de la communauté

Le passif commun est défini de manière trop large. En raison de ce danger, les époux dont l'un exerce une activité professionnelle à risque recourent au régime de la séparation de biens, régime qui risque pourtant, soit d'être inique pour l'époux qui n'exerce pas d'activité professionnelle, soit d'être inefficace si les époux pallient ce risque d'iniquité en associant celui qui ne travaille pas à l'enrichissement de l'autre au moyen d'une indivision. Ou encore, les époux recourent au droit des sociétés qu'ils instrumentalisent dangereusement.

Les conditions de saisie d'un bien commun doivent donc être revues afin de protéger le conjoint du débiteur, et plus généralement, la famille de ce dernier.

L'idée la plus simple a été de protéger la communauté contre le passif professionnel d'un époux. A cette fin, ont été imaginés des bénéfices de discussion et de spécialité. Actuellement, l'article 1413 prévoit, en effet, que la communauté répond des dettes dont chaque époux est tenu. En s'inspirant du droit du cautionnement et du bénéfice d'émolument, le dispositif envisagé consiste à ajouter aux dispositions de l'article 1413 un alinéa 2 (descendu à l'article 1414) relatif aux dettes professionnelles, qui constituent une exception au principe de poursuite sur les biens communs du paiement des dettes dont chaque époux pourrait être tenu. Le paiement des dettes professionnelles d'un époux n'engagerait que la moitié de la communauté, à moins que l'engagement qui l'a fait naître n'ait été contracté avec le consentement exprès de l'autre conjoint, ce consentement n'ayant pas pour conséquence de l'obliger personnellement.

Afin de sanctionner efficacement cette règle, un bénéfice de spécialité serait offert au conjoint du débiteur qui n'aurait pas consenti à la dette et lui permettrait de s'opposer à une saisie de biens communs excédant la moitié de la valeur de la communauté.

Ces bénéfices de discussion et de spécialité n'entraînent pas dissolution du régime matrimonial, si bien que les dispositions de l'article 1441 du Code civil n'ont pas à être modifiées.

Ce nouveau dispositif, combiné à la protection accrue du logement familial, garantie par le régime primaire impératif, et renforcé par les dispositions du Code de la consommation, rend inutile le maintien de l'article 1415 du Code civil qui constitue un excès de protection.

F. Sur le droit à récompense au profit du patrimoine propre

Aux termes d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation, et malgré les dispositions de l'article 1433 du Code civil, il ne suffit pas, pour établir le droit à récompense du patrimoine propre, de prouver que la communauté a encaissé des deniers propres ou provenant de la vente d'un bien propre (voir notamment, Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 1995 : Bull. civ. I, n° 444).

Cette solution, qui aboutit à une véritable « spoliation » des patrimoines propres, pour reprendre l'expression d'un auteur, doit être abandonnée. Ceci justifie une réécriture de l'article 1433 indiquant expressément que le seul fait que la communauté ait encaissé des deniers propres ou provenant d'un propre sans qu'il en ait été fait emploi ou remploi suffit à établir le droit à récompense au profit du patrimoine appauvri.

G. Sur l'obligation et la contribution au passif après la dissolution

Il convient ici de tirer les conséquences des modifications apportées aux dispositions détaillant la composition passive de la communauté en cours de régime.

Quant à l'obligation à la dette, il convient de modifier l'article 1483 du Code civil pour faire échapper le conjoint du débiteur aux poursuites des créanciers professionnels et ce, dès la dissolution.

Quant à la contribution à la dette, il convient de modifier l'article 1485 afin que le conjoint qui s'est professionnellement endetté sans le consentement exprès de son conjoint supporte seul, définitivement, le poids de la dette.