



## éditorial

### La liberté des époux

Certaines règles de droit privé sont d'ordre public, c'est-à-dire qu'elles s'imposent aux parties qui ne peuvent les écarter dans leurs conventions. Des dispositions impératives sont souvent nécessaires, soit pour des raisons d'intérêt général, par exemple pour lutter contre l'inflation ou la hausse des prix, soit pour protéger les particuliers qui se trouvent en situation d'infériorité, notamment le consommateur face au professionnel. Dans le droit patrimonial de la famille, il existe des règles d'ordre public. Ainsi, certaines conventions sont prohibées; on ne peut pas faire une donation en se réservant la faculté de reprendre le bien donné. On ne peut déroger aux règles du statut fondamental des régimes matrimoniaux, comme celle qui assure la protection du logement de la famille, ou celle qui impose un devoir de secours entre époux. Il est impossible de libérer un enfant de son obligation alimentaire envers ses père et mère... D'autres interdictions sont moins justifiées aujourd'hui, notamment la prohibition des pactes sur succession future. Les exceptions à ce principe se multiplient, ce qui permet de parler de recul de l'ordre public dans le droit de la famille. La donation-partage en est le meilleur exemple. Elle offre au père et à la mère la possibilité de régler, de leur vivant et en toute sécurité, une partie de leur succession. Une intéressante proposition des notaires pourrait être adoptée par le législateur et rendre la donation-partage encore plus performante en associant les petits-enfants à la répartition des biens. Souhaitons que la réforme du divorce soit interprétée et appliquée dans le même esprit de liberté des conventions\*.

JEAN-FRANÇOIS PILLEBOUT

\* Voir ci-après, p. 8, l'interprétation de l'article 265 nouveau du Code civil après la réforme du divorce.

#### DANS LE PROCHAIN NUMÉRO

#### LE RÉGIME MATRIMONIAL DES ÉTRANGERS



La revue  
**Conseils**  
par des notaires

**Fondateur et conseiller :** Jacques Bernard  
**Directeur de la publication :** Bruno Voisin  
**Rédacteur en chef :** Olivier Goussard  
**Conseiller de la rédaction :** Jean-François Pillebout  
**Secrétaire de rédaction :** Marie de Badereau/Barbara Bénichou

**BULLETIN D'ABONNEMENT EN PAGE 29**

**Comité éditorial :** Jacques Benhamou, Ghislain Declercq, Alain Delfosse, Didier Froger, Michel Giray, Sylviane Plantelin  
*Avec la participation des Cridon (Centres de recherche, d'information et de documentation notariales).*

**Publicité :** au support - Marie-Pierre Adam : 0144 90 30 06/Régie - Michel de Féligonde : 0687 315817

**Rédaction, administration :** 31, rue du Général-Foy - 75383 Paris cedex 08 - Tél. : 01 44 90 31 28

Fax : 01 44 90 30 42 / e-mail : conseils@notaires.fr/www.notaires.fr

**Abonnement (un an : 25 € - étudiants : 15 €) :** voir bulletin page 29. Écrire à : Conseils par des notaires, abonnements.

B 365 - 60732 Sainte-Geneviève Cedex. Tél. : 03 44 62 43 91

**Réalisation :** A CONSEIL Tél. : 01 42 40 23 00 / Illustration de couverture : GETTYIMAGES

Imprimeries ACTIS, VALLÉE ST LAZARE, ZI DU CHEMIN DE LA CAUVÉE, 02430 GAUCHY

Mensuel édité par Publi.not, SAS au capital de 37 000 euros **Siège social :** Les Logissons - 13770 Venelles

**Commission paritaire :** 58914 - ISSN : 0210T86077 **Dépôt légal :** avril 2005

- Reproduction interdite -

**Les époux qui concluent un contrat de mariage tout en choisissant la communauté peuvent adopter diverses clauses avantageant le conjoint après le décès de l'un d'eux.**

**La réforme du divorce du 26 mai 2004 suscite quelques interrogations.**

**F**aire un contrat de mariage avant l'union, ou un changement pendant celle-ci, a généralement pour objectif d'adopter un régime différent de la communauté légale qui est celui des couples n'ayant pas accompli une telle formalité. La réglementation résultant de la loi convient, il est vrai, au plus grand nombre. Tout ce qui est acheté pendant le mariage par l'un ou l'autre des époux avec les économies du ménage dépend de la communauté et appartient donc pour moitié à chacun d'eux. Les dettes sont également communes, ce qui constitue parfois un inconvénient. Les biens possédés par les époux au jour du mariage et ceux qui leur adviennent par succession ou donation leur restent personnels. Il en est de même des dettes existant lors du mariage et de celles qui grèvent les biens propres des époux.

#### Un autre régime matrimonial

La communauté n'est pas bonne pour tous les époux. Ainsi, lorsqu'ils exercent ou doivent exercer une activité professionnelle indépendante et présentant des risques financiers, la séparation de biens est vivement conseillée. Le conjoint n'est pas responsable des dettes de l'époux commerçant, chef d'entreprise, architecte, etc. Toutefois, si l'un des époux n'a pas d'activité professionnelle ou n'a que des revenus modestes, la séparation de biens peut

# Comment avantager le conjoint survivant ?



## PAS DE DROITS DE SUCCESSION

Les clauses du contrat de mariage ou de l'acte de changement de régime augmentant les droits du conjoint survivant ne sont pas considérées comme des donations, notamment sur le plan fiscal. Dans l'exemple extrême de la communauté universelle avec attribution intégrale au survivant, la succession est vide. Il n'est donc pas dû de droits de succession.

être injuste. Il est alors possible de choisir la participation aux acquêts. Pendant le mariage, c'est une séparation de biens qui protège chaque époux à l'égard des créanciers de l'autre. À la dissolution, il y a partage de l'enrichissement des époux comme le permet la communauté. Seule la technique est différente, le résultat est financièrement équivalent.

### > Les clauses avantageant le conjoint

Le régime de la communauté peut être assorti de diverses clauses qui facilitent le règlement de la succession de l'époux décédé et qui confèrent au conjoint survivant des avantages plus ou moins importants.

#### La clause commerciale

C'est une stipulation traditionnelle permettant d'éviter les inconvénients de l'indivision qui peut être désastreuse pour certains

biens, par exemple un fonds de commerce ou les titres d'une société commerciale. C'est d'ailleurs pour ce type de bien que la pratique notariale a mis au point la clause de prélèvement moyennant indemnité que l'on a longtemps appelée la clause commerciale, alors même qu'elle peut porter sur toutes sortes de biens : une maison, des parts de société civile immobilière, une œuvre d'art... Le conjoint devient seul propriétaire du bien dès le décès. Il en doit la valeur à l'indivision post-communautaire ou à la succession si le régime est séparatiste. Il n'en tire donc pas un avantage financier.

#### Le préciput

Sous ce terme quelque peu désuet, on désigne une clause permettant au conjoint survivant de prélever un bien dépendant de la communauté mais, cette fois, sans en devoir

la valeur à l'indivision. Le conjoint conserve le bien et a droit à la moitié du surplus de l'actif de communauté. Supposons que l'ensemble des biens soit égal à 100 000 €, le conjoint aura droit à la valeur du bien prélevé, par exemple 10 000 € plus la moitié du surplus de l'actif, soit  $90\,000/2 = 45\,000$  €. Il recevra au total 55 000 € au lieu de 50 000 € s'il n'y avait pas de clause l'avantageant.

#### Le partage inégal

C'est un autre moyen d'avantager le conjoint survivant de façon adaptée à chaque situation. Il est prévu qu'en cas de décès, la veuve ou le veuf aura droit à deux tiers ou trois quarts de l'actif de communauté, au lieu de



la moitié légale. Naturellement, les droits des héritiers se trouvent réduits d'autant puisque la succession comprend alors seulement un tiers ou un quart de la communauté.

### Seulement en usufruit

Dans certains cas, il est préférable, pour protéger aussi les enfants et ne pas alourdir la facture fiscale lors du décès ultérieur du conjoint survivant, de prévoir un usufruit au profit de ce dernier. Cet usufruit peut porter sur la moitié de la communauté revenant à la succession. Le conjoint conserve tous les biens communs, pour moitié comme propriétaire, pour l'autre moitié comme usufruitier.

### > Une communauté étendue

Le conjoint survivant peut encore trouver avantage à ce que la communauté comprenne des biens qui, normalement, en sont exclus.

### Un terrain à bâtir

Supposons que le mari soit propriétaire au jour du mariage d'un terrain constructible. Les époux ont l'intention d'y construire leur maison. Il peut être opportun de stipuler que le terrain sera commun au lieu de rester propre au mari, comme en décide la loi à défaut de disposition contraire. Si l'apport du terrain à la communauté est fait sans contrepartie, c'est-à-dire sans qu'il soit dû de récompense au mari, la femme y trouve un avantage qui se réalisera si elle survit à son mari.

### Les meubles ou les immeubles

Par contrat de mariage ou changement de régime, les époux peuvent convenir que tous les biens meubles ou tous les immeubles dépendront de la communauté quelle qu'en soit l'origine. S'il s'agit des biens meubles, le régime matrimonial n'est autre que l'ancien régime légal de meubles et acquêts qui régit encore les époux mariés avant le 1<sup>er</sup> février 1967. S'il s'agit des immeubles, le régime matrimonial est hors des normes habituelles. La liberté des conventions matrimoniales autorise son adoption.

### La communauté universelle

L'expression est bien connue. Sous ce régime, particulièrement simple, tous les biens des époux dépendent de la communauté. Si le contrat le précise, la communauté comprendra aussi les biens propres par nature, par exemple les effets personnels des époux, une indemnité en réparation de dommage corporel, le capital

## L'ACTION EN RETRANCHEMENT

En principe, les avantages consentis au conjoint survivant dans le contrat de mariage ne sont pas considérés comme des donations. Toutefois, les enfants qui ne sont pas issus des deux époux peuvent exercer une action dite en retranchement qui peut aboutir à la réduction de l'avantage matrimonial si leur réserve héréditaire n'est pas respectée. Fiscalement, des droits de succession sont exigibles sur le montant de ce qui revient aux enfants.

d'une assurance sur la vie. Complétée par une clause d'attribution intégrale au profit du survivant, la communauté universelle permet la transmission de tous les biens au conjoint, hors succession sur le plan fiscal et sur le plan civil. Toutefois, il en est différemment si l'époux laisse des enfants non issus du couple qui exercent l'action en retranchement.

### > La réforme du divorce

La réglementation applicable aux donations entre époux et aux avantages matrimoniaux était complexe et soulevait des difficultés pratiques avant la loi du 26 mai 2004. La réforme du divorce fait table rase du passé et adopte, au moins pour l'avenir, un principe apparemment plus simple. Le divorce n'a pas d'incidence sur les donations de biens présents et les avantages matrimoniaux ayant pris effet pendant le mariage. Les donations à cause de mort, notamment la donation classique entre époux et les avantages matrimoniaux prenant effet à la dissolution ou au décès, sont révoqués de plein droit, sauf convention contraire des époux lors du divorce.

### Une disposition curieuse

On comprend mal ce que le législateur a voulu dire en parlant d'avantage matrimonial ayant pris effet pendant le mariage. On considère généralement que les clauses augmentant le contenu de la communauté, dont l'application extrême est la communauté universelle, seraient visées par la loi. En réalité, un avantage matrimonial n'apparaît concrètement que lors de la dissolution ou lors du décès. Le texte légal n'a donc guère de sens mais il faut bien l'appliquer.

### Interprétation discutable

Paradoxalement, ce texte obscur fait l'objet d'une interprétation extensive par certains auteurs. Généralement, c'est l'inverse qui se produit et il faut espérer qu'une doctrine majoritaire se prononcera autrement. Voilà le débat. L'article 265 nouveau du Code civil qui dispose que le divorce

n'a pas d'incidence sur les avantages matrimoniaux ayant pris effet pendant le mariage serait d'ordre public et interdirait certaines clauses des contrats de mariage en usage depuis longtemps.

### La clause alsacienne

L'exemple le plus parlant est celui de la clause dite alsacienne. En Alsace-Moselle, les époux choisissent souvent, dès le mariage, le régime de la communauté universelle. Toutefois, devant le développement du divorce, les notaires ont mis au point une formule originale. Il est prévu que si le mariage est dissous pour une autre cause que le décès, chaque époux peut reprendre les biens qui lui auraient été propres sous le régime de la communauté légale. Autrement dit, la communauté ne reste universelle que si le mariage se dissout par décès. Se trouvent ainsi conciliés le désir des époux de protéger le conjoint survivant et la volonté de ne pas trop pâtir du divorce.

### > La liberté des conventions

Il n'est guère possible, dans ces colonnes, de développer une analyse longue et complexe. Bornons-nous à reproduire un article essentiel du Code civil :

“La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent”.

Nous espérons que la doctrine et les tribunaux suivront ce principe et n'empêcheront pas les notaires de répondre aux désirs légitimes de leurs clients. ■

JEAN-FRANÇOIS PILLEBOUT  
Notaire honoraire

# Le régime de la séparation de biens

Le régime matrimonial de la séparation de biens limite au maximum les effets du mariage pour les biens et les dettes des époux. Il convient à certains époux seulement.

Quel que soit leur régime matrimonial, tous les époux sont soumis à certaines règles qui restreignent leur indépendance. Il s'agit du statut fondamental du mariage ou encore du régime primaire. Les règles sont d'ordre public, ce qui a pour conséquence d'interdire toute disposition contraire dans le contrat de mariage. Ainsi, un époux ne peut vendre seul le logement de la famille, chacun est responsable solidairement des dettes contractées par l'autre lorsqu'elles ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants. Mais le régime particulier choisi par les époux a une incidence importante sur le plan patrimonial. Avec la séparation de biens, les époux sont indépendants concernant la propriété des biens et la responsabilité aux dettes autres que ménagères. Pour que cette solution soit opportunément choisie, certaines conditions doivent être remplies.

## > L'avantage de l'indépendance financière

L'atout principal de la séparation de biens réside dans la réglementation applicable aux dettes. Sauf engagement conjoint ou cautionnement, l'époux n'est pas responsable des dettes du conjoint. L'avantage est déterminant lorsque l'activité profession-

nelle des époux ou de l'un d'eux comporte des risques financiers.

## Les risques de la communauté

Pour apprécier l'intérêt de la séparation de biens, il convient d'examiner ce qui se produit lorsque les époux sont soumis au régime de la communauté. Supposons que le mari soit artisan, la femme secrétaire salariée d'une entreprise commerciale. Avec leurs revenus, les époux ont acquis la maison familiale. Le mari fait de mauvaises affaires et il est soumis à la procédure de liquidation des biens. Les créanciers vont pouvoir faire vendre la maison et en toucher le prix alors qu'elle a été achetée en partie avec les salaires de l'épouse. C'est le revers de la communauté : les biens acquis avec les revenus des époux sont communs mais les dettes de l'un ou de l'autre engagent, sauf exceptions, les biens communs.

## > La protection contre les créanciers

La situation décrite ci-dessus ne peut se produire si les époux sont séparés de biens. Chacun est propriétaire de ses biens et responsable de ses dettes.

## Respecter la séparation des biens

La protection à l'égard des créanciers suppose que les époux ont bien



## Les lois de février

L'activité législative est toujours aussi intense. Voici une sélection de textes du mois dernier.

### Les personnes handicapées

La loi du 11 février a pour objectif de tendre à l'égalité des droits et de chances, en améliorant notamment l'organisation du travail dans les établissements spécialisés. Notons aussi un aménagement des dispositions fiscales relatives à la rente-survie et à l'épargne-handicap.

Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 :

Journal officiel du 12 février 2005,

p. 2353.

### Le développement des territoires ruraux

L'État est garant de la solidarité nationale en faveur des territoires ruraux et de montagne. Parmi de nombreuses dispositions, relevons les mesures fiscales nouvelles prises pour les zones de revitalisation rurale. Le texte est impressionnant avec 240 articles.

Loi n° 21005-157 du 23 février 2005 :

Journal officiel du 24 février 2005,

p. 3073.

### Solidarité internationale

Toute association de droit français, agréée dans des conditions déterminées par le texte, ayant pour objet des actions de solidarité internationale, peut conclure un contrat de solidarité internationale avec des personnes majeures volontaires.

Loi n° 2005-159 du 23 février 2005 :

Journal officiel du 24 février 2005, p. 3130.



les petits frères des Pauvres  
*des fleurs avant le pain !*  
au service des personnes âgées

- Les dons ouvrent droit à une réduction d'impôt égale à 60 % du montant des sommes versées, dans la limite de 20 % du revenu imposable.
- Les legs sont exonérés de droits de succession.



Contact : Monsieur Dominique GASTON-RAOUL - 64, avenue Parmentier, 75011 PARIS  
Tél. 01 49 23 14 02 - Fax. 01 48 06 67 62 - E.mail : dominique.gastonraoul@petitsfreres.asso.fr

Association reconnue d'utilité publique



appliqué le principe de la séparation. Cela n'est pas toujours aisé car les époux peuvent ne pas avoir suffisamment de disponibilités pour être propriétaires de biens distincts. Ainsi, dans l'exemple que nous avons donné, la maison familiale n'a pu être acquise qu'en mettant en commun les revenus de chacun d'eux. Ainsi, parfois par nécessité, souvent par négligence, les époux séparés de biens reconstituent une sorte de communauté entre eux.

### Le conjoint récupère sa part

Toutefois, l'existence d'une indivision entre époux séparés de biens n'est pas aussi dangereuse que la communauté. En effet, la femme de l'artisan en liquidation de biens risque de voir la maison vendue mais elle aura le droit de récupérer la moitié du prix si les époux sont séparés de biens.

### > L'inconvénient de la séparation de biens

Si la séparation de biens assure la meilleure protection possible à l'égard des créanciers, elle peut aussi présenter certains inconvénients. Supposons que la femme de l'artisan soit séparée de biens et que les circonstances l'amènent à abandonner son activité professionnelle pour aider son mari en tenant la comptabilité, en organi-

sant le travail... Elle n'a plus de revenus personnels et si la marche de l'affaire ne permet pas de lui assurer un salaire, elle aura travaillé sans contrepartie.

### Des ressources comparables

La séparation de biens n'est vraiment adaptée que si chacun des époux a un patrimoine assez important ou si leur activité professionnelle leur assure des revenus comparables. Dans un certain nombre de cas, il n'en est pas ainsi, généralement au détriment de la femme. Celle-ci sacrifie souvent sa carrière professionnelle pour s'occuper de la famille. Elle n'a qu'un emploi peu rémunérateur, tandis que le mari a des revenus importants... qu'il garde pour lui en vertu du contrat de mariage. Dans de telles situations, le régime de la participation aux acquêts est préférable.

## LES EXCEPTIONS À L'ENGAGEMENT DE LA COMMUNAUTÉ

La loi prévoit quelques limites à l'engagement de la communauté par les dettes d'un époux agissant seul. Les gains et salaires du conjoint ne peuvent être saisis par les créanciers de l'un des époux. De plus, un emprunt ou un cautionnement ne peut permettre la saisie des biens communs si le conjoint n'y a pas donné son consentement. Malheureusement, il est rare qu'un créancier important, le plus souvent une banque, accepte de prêter de l'argent à un époux commun en biens sans avoir l'engagement simultané du conjoint.

### > Les difficultés du choix

Le choix du régime matrimonial est particulièrement délicat. Les futurs époux ont généralement des soucis plus immédiats et saisissent mal les conséquences de la décision qu'ils vont prendre avec leur notaire. Par ailleurs, on l'aura compris, le caractère adapté du régime choisi dépend de l'avenir du couple. Lorsqu'il y a incertitude sur le devenir professionnel des futurs époux, le régime de la participation aux acquêts peut être la moins mauvaise solution. Séparatiste pendant le mariage, il protège contre les créanciers. D'esprit communautaire lors de la dissolution, il assure à chaque époux un droit à l'enrichissement de l'autre. ■

JEAN-FRANÇOIS PILLEBOUT

## Les mémos conseils par des notaires

Une collection d'aide-mémoire pour bénéficier en toutes circonstances des conseils des notaires.

Je désire recevoir les Mémos suivants (cocher les cases) :

**Nouvelle édition**

Le divorce, la prestation compensatoire

#### COUPLE ET FAMILLE

- Choisir son contrat de mariage
- Mariages internationaux et régime matrimonial
- Le Pacs et le concubinage
- L'adoption

#### ENTREPRISE

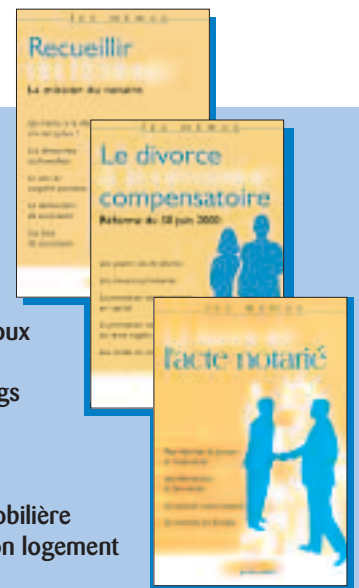
- Faut-il mettre son entreprise en société ?
- La mise en société de l'exploitation agricole
- La transmission de l'entreprise familiale

#### TRANSMISSION

- La donation entre époux
- Les donations
- Le testament et les legs
- La donation-partage
- Recueillir un héritage

#### PATRIMOINE

- La société civile immobilière
- Acheter ou vendre son logement
- La vente en viager
- La force de l'acte notarié



Total : **3,50 €** x ... (nombre de Mémos) = ..... € Je joins mon règlement par chèque à l'ordre de Publi.not

Nom ..... Prénom .....

Adresse .....

Code postal ..... Ville .....

Règlement par chèque à l'ordre de Publi.not - À retourner à Conseils par des notaires - 31, rue du Général Foy - 75383 Paris CEDEX 08



**Votre  
notaire  
répond**

# Le changement de régime matrimonial

## 1 Quelles sont les raisons d'un changement?

Neuf couples mariés sur dix n'ont pas fait de contrat de mariage. Ils sont mariés sous le régime légal de la communauté d'acquêts; elle comprend les biens acquis pendant le mariage et les biens communs répondent des dettes de chacun des époux. Ceux qui ont fait un contrat ont pu choisir un régime différent, séparation de biens ou participation aux acquêts qui est assez proche de la communauté sur le plan des droits des époux à l'enrichissement. Mais le régime matrimonial peut parfois être inadapté aux époux ou le devenir si leur situation a changé.

## 2 Que faut-il faire pour changer de régime matrimonial?

Le contrat de mariage est signé avant le mariage, ce qui est simple et peu onéreux. Au contraire, le changement de régime matrimonial est compliqué et coûteux (entre 1 000 et 6 000 €). Il faut faire un acte notarié par lequel les époux adoptent un nouveau régime ou modifie celui qui existe. L'acte est ensuite soumis au contrôle du tribunal par l'intermédiaire d'un avocat. Le tribunal doit vérifier que le changement est conforme à l'intérêt de la famille et n'est pas fait en fraude des droits des créanciers ou des enfants.

## 3 Que deviennent les créanciers?

Les droits des créanciers peuvent être compromis lorsque les époux, mariés sous le régime de la communauté, adoptent celui de la séparation de biens, puis attribuent l'essentiel de l'actif à l'époux qui n'a pas de dettes. Les créanciers peuvent faire tierce opposition au changement de régime ou opposition au partage pour en vérifier la régularité. Si le partage est frauduleux, les tribunaux admettent qu'ils peuvent en obtenir la nullité ou que le partage ne leur soit pas opposable. Les époux doivent donc changer de régime avant d'être en situation délicate.

## 4 Faut-il tenir compte des intérêts des enfants?

Les enfants peuvent pâtir du changement de régime lorsque les époux veulent par ce biais augmenter les droits du conjoint survivant. Dans le cas de la communauté universelle avec attribution intégrale au conjoint, les enfants ne reçoivent rien lors du premier décès. Mais la loi protège les enfants qui ne sont pas issus des deux époux. Lors du décès, les enfants du défunt, issus d'un précédent mariage ou naturels, peuvent demander que l'avantage résultant du régime matrimonial soit réduit comme s'il s'agissait d'une donation. Ils reçoivent alors le montant de leur réserve héréditaire.

**ADÉNA**  
DIAGNOSTICS IMMOBILIERS

## LES EXPERTS NOUVEAUX PARTENAIRES DU MONDE DE L'IMMOBILIER

AMIANTE  
MESURAGE  
PLOMB  
TERMITES  
GAZ

ÉTAT DES LIEUX LOCATIFS  
DIAGNOSTIC TECHNIQUE AMC  
CONFORMITÉS AUX NORMES  
DE SURFACE ET D'HABITABILITÉ

Des  
Experts  
d'Expérience

2 5 A G E N C E S E N F R A N C E

**SIÈGE SOCIAL :** Résidence l'Espérou - Bât. 51B - 136, av. de Louisville  
34080 Montpellier - **Tél. : 04 67 41 90 12** - Fax : 04 67 41 95 63  
E-mail : [aadenafrance@free.fr](mailto:aadenafrance@free.fr)