Le contrat de mariage et le divorce

Maeva Ferrere

▶ **To cite this version:**

Maeva Ferrere. Le contrat de mariage et le divorce. Droit. 2017. dumas-02176762

HAL Id: dumas-02176762
https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02176762

Submitted on 11 Jul 2019

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

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

UNIVERSITE DE LA REUNION

FACULTE DE DROIT

Année universitaire 2016-2017

LE CONTRAT DE MARIAGE ET LE DIVORCE

Présenté et soutenu par :

Maeva FERRERE

Sous la direction du Professeur Céline KUHN

Maître de conférences à l'Université de la Réunion

Master 2 « Droit du Patrimoine – Droit notarial, Parcours Notarial »

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier le Professeur Kuhn qui a bien voulu accepter de diriger ce mémoire.

SOMMAIRE

INTRODUCTION……..4

PARTIE 1 : LA LIBERTE DES EPOUX DANS LE CADRE DE L'ANTICIPATION DU DIVORCE PAR CONTRAT DE MARIAGE 8

Chapitre 1 : Le contrat de mariage et le divorce, une union possible 8
Section 1 : L'existence d'une réelle liberté au sein du contrat de mariage..... 8
Section 2 : La préservation des intérêts respectifs de chacun et des intérêts communs 15

Chapitre 2 : Le contrat de mariage et le divorce, des effets prévisibles 24
Section 1 : Un contrat de mariage rédigé de façon à fixer les effets du divorce..... 24
Section 2 : la prise en compte effective des conséquences de l'adoption de certains mécanismes. 33

PARTIE 2 : LE CONTRAT DE MARIAGE ET LA DESUNION 43

Chapitre 1 : Les limites et contraintes à la volonté des époux..... 43
Section 1 : Des limites juridiques surmontables à la volonté des époux 43
Section 2 : Les limites factuelles à la volonté des époux..... 52

Chapitre 2 : Les limites posées par le droit interne français 60
Section 1 : Une liberté entravée par le droit interne français..... 61
Section 2 : Une porte ouverte pour les couples internationaux..... 69

Conclusion……... 80

Bibliographie …….. 81

Table des matières……83

INTRODUCTION

La liberté et la contrainte sont deux aspects de la même nécessité.

Tel est le cas du droit positif actuel vis-à-vis des conventions matrimoniales. Si une grande liberté, dans son principe ainsi que dans sa portée, est consacrée en la matière, celle-ci ne saurait être illimitée et est encadrée[1]. Se répand pourtant depuis quelques années, le principe de liberté contractuelle qui affecte de nombreux domaines du droit. Le domaine des régimes matrimoniaux et des conventions matrimoniales n'échappe pas à cette tendance.

La présence de véritables restrictions en matière de convention matrimoniale tend ainsi à s'effacer face au principe de liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté des futurs époux.

Il n'est ainsi que possible de constater qu'au regard des évolutions législatives des dernières années, la faculté attribuée aux époux de faire prévaloir leur propre volonté n'a fait que croitre.

Face à l'épanouissement des règles communes à tous les régimes matrimoniaux, une réelle liberté contractuelle des époux est consacrée. Cette consécration se remarque notamment par la reconnaissance de certains mécanismes, autrefois interdits.

C'est ainsi, par exemple, que la démarche de l'affranchissement des époux a notamment été entreprise par la loi de 1985[2] qui abroge les articles 1595[3] et 1832-1 du code civil. Cette abrogation permettant la légalisation des contrats entre époux.

Les exemples de cette liberté grandissante sont de plus en plus nombreux au fil des années sous la pression des praticiens du droit, de la doctrine et de la volonté des futurs époux.

Un nouveau vent, teinté de liberté, se doit donc de souffler sur les conventions matrimoniales.

Ce principe de liberté s'illustre, en grande partie et en premier lieu, par le choix, laissé aux futurs époux, d'opter pour un régime organisé par le code civil ou pour un régime conventionnel organisé et aménagé par leur propre soin. Le contrat de mariage est donc l'une des marques de la liberté offerte aux époux et il se retrouve en lui-même nécessairement touché de ce principe de liberté de plus en plus conséquent.

---

[1] Art. 1387 : "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."

[2] Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985.

[3] Article limitant la possibilité des contrats de vente entre époux.

Les futurs époux peuvent en effet opter pour un contrat de mariage et l'utiliser comme outil de règlement de leur vie conjugale.

Si ce choix subsiste, il y a pourtant un désintérêt non seulement pour le contrat de mariage, mais également pour le mariage lui même. A croire que la liberté grandissante tend, à masquer le désintérêt des couples pour le moins, et à raviver pour le mieux, l'intérêt du mariage en lui même. Le recul du nombre de mariage est significatif depuis une douzaine d'année : 90 % des français vivant en couple en 1992 étaient mariés contre 75 % en 2010[4]. La tendance est donc relativement à la baisse concernant le nombre de mariages célébrés. A côté de cela, si une personne mariée sur 10 opte pour le contrat de mariage, la préférence penche pour le régime de séparation des biens.

Ainsi, la proportion des couples ayant choisis le régime matrimonial de la séparation des biens est passé de 6,1 % du total des mariés en 1992 à 10 % en 2010, soit une hausse de 64 %.

Les époux s'ils se marient et qu'ils pensent au contrat de mariage penchent donc vers la séparation des biens : ce qui montre leur intérêt de se protéger mutuellement mais également de protéger leur patrimoine.

Il faut donc remarquer, malgré les aspects "libertins" du contrat de mariage, que l'attrait des futurs époux pour ce dispositif reste limité. Effectivement, le constat impose de dire que le contrat de mariage reste attrayant pour les futurs époux disposant déjà, au moment du mariage, d'un patrimoine conséquent et qui souhaitent ainsi se préserver l'un et l'autre.

La communauté légale dans ce cadre n'est plus le choix favori des époux. Il est facilement possible d'attribuer cette baisse de popularité aux effets de la communauté lors de la dissolution du régime, a fortiori en cas de dissolution par divorce. En effet dans un tel cas, la rupture s'avère souvent difficile et compliquée, c'est ce que les couples semblent éviter.

Le désintérêt, tant pour le mariage, illustré par une baisse du taux de nuptialité d'un côté et par une hausse du taux de divorce de l'autre[5], que pour le régime légal de la communauté, démontre bien l'intérêt pour le droit de s'adapter à cette nouvelle configuration

[4] Selon une étude de l'INSEE du 9 janvier 2014, *Economie et statistique*, n° 462-463, N. Frémeaux et M. Leturcq.

[5] Selon une étude de l'INSEE publiée en 2016 (TEF, édition 2016) pour l'année 2013, le taux brut de nuptialité, en France était de 3,6% en France métropolitaine. Le taux brut de divorce étant lui de 1,9%. Alors qu'en 1980, les taux brut étaient respectivement de 6,2% et de 1,5% (pour 1000 habitants). En France, sur l'ensemble de la population le taux brut de divorce n'a fait qu'augmenter depuis 1960 (alors de 0,7%) et a atteint 2% en 2012.

des couples. Cette adaptation est donc passée par une contractualisation des conventions matrimoniales laissant aux époux la liberté de régir selon leur volonté leur union maritale.

C'est ainsi qu'au sein même des contrats de mariage, les époux disposent d'une liberté rédactionnelle leur permettant d'annexer à ce contrat de nombreuses clauses répondant à des objectifs[22] et intérêts plus ou moins divers. Les futurs époux peuvent décider de s'accorder mutuellement sur l'organisation patrimoniale et extrapatrimoniale de leur mariage. Cette autonomie qui structure les conventions matrimoniales s'étend jusque dans la prévoyance de l'éventualité de la rupture du lien matrimonial pour cause de divorce. Le contrat de mariage offre assez de liberté aux époux pour prévoir, dans certaines mesures, l'éventualité d'un divorce. Les enjeux en la matière peuvent être conséquents pour les époux.

Les règles légales s'avérant rarement satisfaisantes en matière de désunion, cela doit conduire à anticiper cette désunion et à prévoir dès le départ les règles applicables à cette période de crise. Le fait d'évoquer un éventuel divorce dès la rédaction du contrat de mariage permettra de renforcer le statut du couple jusque dans la séparation.
Il s'agira d'une démarche contractuelle *ab initio* puisque celle-ci sera faite dès la rédaction du contrat de mariage. La contractualisation de la séparation tend à prendre de plus en plus de place dans le droit positif.

Pour certains auteurs[6] il semble "que l'on s'achemine vers un droit unique de la séparation fondé sur un aménagement contractuel : les partenaires pacsés doivent y avoir recours, les concubins peuvent l'utiliser, les époux y sont plus ou moins soumis selon le type de divorce". C'est une démarche entreprise et qui ne cesse d'évoluer : la dernière évolution en date étant de 2016 relativement à la déjudiciarisation de la procédure de divorce sur consentement mutuel.

Ces évolutions incitent aujourd'hui clairement les époux à s'accorder sur leur volonté respective mais également à contractualiser leur relation conjugale jusque dans sa rupture. Accord pouvant conduire à redonner confiance aux époux en le mariage mais également en la communauté dès lors que les époux auront la possibilité de l'aménager, tant dans ces effets pendant le mariage qu'en cas de divorce.

[6] V. S. Castagné, *Mariage, Pacs, concubinage. Analyse comparative*, JCP N n° 46, 14 nov. 2008, n° 1325.

C’est à ce titre qu’il existe aujourd’hui différents outils permettant d’anticiper, au sein même du contrat de mariage, la désunion du couple unit sous la communauté et ainsi de la gérer au mieux. Les principaux moyens mis à la disposition des futurs conjoints ayant optés pour un régime communautaire seront ci-après cités et explicités dans leurs effets et conséquences.

Pour autant, la libéralisation conduit à se demander si le mariage ne serait pas réduit aujourd’hui à un statut que le “*mutuus dissensus*” est capable de dissoudre. Ainsi dans quelles mesures le contrat de mariage peut-il être utilisé comme un outil de prévision de la liquidation du régime matrimonial de communauté en raison d'un divorce ? S’il semble indéniable que les futurs époux disposent d’une grande liberté dans le cadre de la rédaction leur contrat de mariage, cette liberté ne saurait connaître aucune contrainte ni limites.

La liberté qui se caractérise par la possibilité de régir son divorce, mais également ses effets par son contrat de mariage (partie 1), loin d’être totale, à l’instar de la liberté contractuelle, connaît des limites plus ou moins importantes et empêchera les époux de prévoir certains aspects de l’éventualité d’un divorce (partie 2).

Partie 1 : La liberté des époux dans le cadre de l'anticipation du divorce par contrat de mariage

Le principe de liberté guidant la rédaction des conventions matrimoniales conduit les futurs époux à se questionner sur l'impact des règles légales en cas de divorce et sur l'intérêt d'y déroger. Le contrat de mariage se révèlera alors comme l'outil le plus adéquat à contenir cette volonté de dérogation. Ce contrat sera donc la matérialisation du pacte qui liera les époux, non seulement pendant la vie maritale, mais également à l'heure de la séparation (chapitre 1). Ce pacte sera ainsi le reflet des choix effectués par les époux et leur permettra de prévoir les effets de leur divorce (chapitre 2).

Chapitre 1 : Le contrat de mariage et le divorce, une union possible

Le contrat de mariage est un outil remarquable, de par la liberté qu'il offre aux futurs époux (section 1) de prévoir leur divorce dans son principe (section 1) mais également dans ses effets (section 2).

Section 1 : L'existence d'une réelle liberté au sein du contrat de mariage

Les époux ont la possibilité de prévoir au sein de leur contrat de mariage des règles qui affecteront la liquidation du régime matrimonial à intervenir en cas de divorce (§ 1). Ils doivent pourtant avoir conscience du champ d'application des règles ainsi édictées (§ 2).

§ 1.La possibilité de prévoir son divorce au sein du contrat de mariage

Le principe en matière de convention matrimoniales est la liberté (A), cependant à l'instar de l'ensemble des principes de droit celui-ci souffrent de quelques atténuations (B).

A- Une liberté de principe

Le principe de liberté matrimoniale exposé à l'article 1387 du code civil précise expressément que les règles légales ne s'appliquent qu'à défaut de volonté contraire des époux. L'article vise expressément "l'association conjugale, quant aux biens". Cet article

tend donc à offrir aux futurs époux une réelle liberté quant à la rédaction même de leur contrat de mariage sur ses effets pendant leur union matrimoniale relativement aux biens.

Ainsi la plupart des règles régissant les régimes matrimoniaux au sein du code civil ne sont que des règles supplétives ne s'appliquant à défaut de volonté contraire des époux.

Subsiste donc au sein du contrat de mariage une liberté qui se manifeste irrémédiablement jusque dans la prévoyance de la rupture du lien matrimonial. Laquelle rupture peut bien évidemment avoir pour cause le décès ou encore le divorce. Ces deux causes de dissolution auront des conséquences sensiblement différentes.

C'est le code civil qui prévoit les conséquences et effet de la liquidation d'un régime matrimonial sans distinction de la cause de rupture. Pour autant, les choix initiaux des futurs époux effectués au sein de leur contrat de mariage influencera notablement les effets d'un divorce. C'est donc aux époux de prévoir indirectement les conséquences et effets de tel ou tel mode de rupture du mariage en exerçant leur liberté matrimoniale. La liberté matrimoniale inclut de laisser cette possibilité, voire ce pouvoir, aux époux de prévoir des mécanismes et règles qui ne seront pas sans conséquence lors de la liquidation de leur régime matrimonial.

Cette prévoyance peut être consciente et pleinement réfléchie mais elle peut également être quelque peu "fortuite", ce qui est le cas lorsque les époux choisissent leur régime matrimonial. Consciemment ou inconsciemment les époux régissent leur divorce par le choix même de l'établissement d'un contrat de mariage. Dès lors, la rédaction d'un contrat de mariage est en lui même un mode de prévoyance de la rupture du lien matrimonial pour divorce.

Avant même, le choix de l'établissement d'un contrat de mariage, le premier pas vers l'anticipation du divorce reste le mariage en lui-même. En effet, un divorce, et a fortiori la prévision de ses effets, n'est envisageable qu'après s'être marié. Et c'est parce qu'il subsiste la liberté matrimoniale, que la prévoyance du divorce est possible. Ces deux aspects se retrouvent donc nécessairement liés. Le mariage apporte son lot de conséquence et serait, selon certain, un contrat en soi[7]. Dès lors, qu'importe le choix du régime matrimonial opéré

[7] C'est la position de Jean HAUSER dans son analyse de trois arrêts de la 1ère chambre civile de la cour de Cassation (25 juin 2014, 16 septembre 2014 et 24 septembre 2014) dans laquelle il tend à démontrer l'influence du choix du régime matrimonial de la séparation de bien sur le sort de la prestation compensatoire en cas de divorce. Il finit par conclure en disant que " le mariage est un contrat de plus en plus aléatoire, s'il ne va pas jusqu'au bout" (*Divorce et régime matrimonial : le sens global du mariage,* RTD Civ. 2014, p. 867).

lors de la rédaction du contrat de mariage cela devra être fait en toute connaissance de cause. En effet le régime choisi influera grandement non seulement, la vie patrimoniale, voire extrapatrimoniale ou personnelle des époux, mais également la rupture du lien matrimonial.

De plus le statut particulier dont bénéficie le contrat de mariage lui permet de contenir des dispositions qui ne seraient pas licites dans d'autre acte. Ainsi la validité de certaine stipulation dépendent de leur stipulation au sein du contrat de mariage[8].

Le contrat de mariage se révèle donc comme l'outil à privilégier sur de nombreux domaine, dont la liberté qu'il offre, pour anticiper la rupture du lien matrimonial. Le contrat de mariage n'est toutefois pas dénué de toute contrainte.

B- Les atténuations au principe de liberté

Si les conventions matrimoniales connaissent un principe général de liberté qui peut, et qui se doit d'être exploité par les futurs conjoints, elles connaissent également quelques inconvénients. Se pose alors la question de savoir quels sont ces inconvénients à la prévoyance de certains mécanismes au sein du contrat de mariage ?

Par ailleurs, ces inconvénients doivent-ils être mis en lien avec des risques à prévoir les règles de divorce au sein de son contrat de mariage ? S'il en existe les époux se doivent d'en tenir compte au moment de la rédaction du contrat. Il s'agira alors de pallier à toutes éventualités.

Le contrat de mariage en lui-même pour être valable devra répondre à des conditions de forme et de fonds. Le contrat de mariage sera nécessairement rédigé devant notaire. L'article 1394 du code civil fixe ainsi les conditions de rédactions du contrat et l'article 1395 rappelle que le contrat de mariage doit être rédigé avant la célébration du mariage et qu'il n'aura effet qu'à compter de cette célébration. Une fois le contrat validé en la forme, les époux devront également respecter des conditions de fonds.

De plus, il est possible de stipuler des clauses particulières au sein du contrat de mariage. Ces dernières, si elles sont soumissent à un régime particulier, devront toutefois respecter certaines conditions de droit commun. Elles devront ainsi respecter certains

[8] Art. 943 et 947 du code civil.

principes tels que l'interdiction des clauses potestatives ou encore de résiliation unilatérale.

En effet concernant les donations consenties par contrat de mariage, le code civil prohibe toute conditions qui dépendraient de la seule volonté du donateur[9] ou qui seraient soumise la possibilité d'une résiliation unilatérale[10].

Le divorce va donc provoquer la liquidation du régime matrimonial mis en place par le contrat de mariage. Cette liquidation sera faite suivant les clauses du contrat de mariage.

Les époux doivent donc avoir conscience que leurs choix auront un impact irréversible sur l'issue du mariage en cas de séparation. Effectivement, le contrat de mariage va fixer et figer les règles applicables. C'est ainsi par exemple que les donations faites par contrat de mariage seront irrévocables. Les dispositions prises au sein du contrat de mariage ne seront pas révocable d'un commun accord.

Cela se justifiait par le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Il faut cependant constater le déclin de cette immutabilité. Cette immutabilité était absolue jusqu'à une loi de 1965[11] qui a institué une mutabilité contrôlée laquelle était illustrée par un encadrement judiciaire stricte. Aujourd'hui la procédure de changement de régime matrimonial est réellement simplifiée et n'est plus soumise au contrôle judiciaire que dans certains cas[12].

L'immutabilité du contrat de mariage est donc aujourd'hui fortement remise en cause avec la possibilité, même si elle reste encadrée, de changer de régime matrimonial mais également de modifier toutes les dispositions prises au sein du contrat initial incluant les donations qui y sont irrévocable. L'immutabilité des conventions matrimoniales, même si elle reste le principe, est donc quelque peu remise en question.

Ainsi le déclin du principe de l'immutabilité d'une part, et l'essor de l'autonomie de la volonté d'autre part, conduisent à repenser le contrat de mariage sous bien des angles. Il doit être vu aujourd'hui comme l'outil principal dont les époux doivent usité pour organiser, régir et aménager tant leur vie matrimoniale que leur désunion.

L'autonomie de la volonté dans le cadre de la prévoyance du divorce au sein du contrat de mariage est présente mais son champ d'application reste à déterminer.

[9] Art. 1304-2 du code civil.
[10] Art. 1193 du code civil.
[11] Loi n° 65-570 du 13 juill. 1965.
[12] Art. 1397 du code civil.

§ 2.Le champ d'application de la liberté offerte aux époux

Les futurs époux auraient tort de penser que la liberté dont ils disposent a un champ d'application illimité. Si ces derniers ne pourront pas conditionner la procédure de divorce (A), ils pourront en revanche utiliser leur contrat de mariage comme un véritable outil de prévision à cet égard (B).

A- L'impossibilité apparente de conditionner la procédure de divorce

Si la liberté matrimoniale inclut donc le choix d'adopter des clauses spécifiques ayant un impact considérable en cas de divorce, cela inclut également le choix des règles applicables en cas de divorce.

Une question subsiste néanmoins quant au fait de savoir si les futurs conjoints peuvent prévoir au sein de leur contrat mariage la possibilité même de divorcer. Pourront-ils conditionner un éventuel divorce ? En d'autre terme, pourront-ils prévoir dans le contrat de mariage, qu'un divorce ne pourra être demandé par l'un d'entre eux que dans certains cas ou sous certaines conditions ?

Est-il possible d'envisager l'insertion d'une clause dans le contrat de mariage prévoyant la renonciation à l'action en justice relative à une demande en divorce ? De même, les époux peuvent-ils prévoir que le divorce ne pourra être demandé qu'en cas d'accord mutuel ou encore imposer une certaine procédure ?

La clause visant à une renonciation à l'action en justice pourrait-elle être valable ? Une telle clause illimitée sera forcément nulle. Pour autant, à imaginer qu'elle soit limitée dans le temps et qu'elle soit justifiée, à l'instar des clauses de non concurrence ou d'inaliénabilité[13], la clause de renonciation pourrait-elle être valable et autorisée ?

Si une telle solution est envisageable sous les mêmes conditions que celles prévues pour les clauses d'inaliénabilité, le juge pourrait toujours intervenir afin d'autoriser une action en justice. Pour autant, se poserait alors la question de la justification d'une telle

[13] L'article 900-1 du code civil autorise les clauses d'inaliénabilité sous réserve qu'elles soient temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime.

clause. Qu'est ce qui justifierait légitimement qu'un époux ne puisse entamer une procédure de divorce ?

De plus, cela reste une solution difficilement envisageable puisqu'il semble compliqué de justifier une telle restriction non seulement au droit d'agir en justice, définit par l'article 30 du code de procédure civile[14] comme un droit subjectif, mais également au droit au divorce reconnu depuis peu comme un droit à valeur constitutionnel[15].

En l'espèce, si les parties ont conscience de la portée de leur renonciation, celle-ci ne pourrait être possible que dans le cas d'un droit né et actuel.
Ainsi, si l'action en justice relève d'un droit dont l'époux est libre de disposer, la renonciation anticipée à l'action pour demander le divorce n'est pas un droit né et actuel au jour de la rédaction du contrat de mariage. Ainsi la validité de l'insertion d'une telle clause au sein du contrat de mariage semble loin d'être acquise malgré la volonté grandissante de simplification, voir de déjudiciarisation et de libéralisation, de l'autonomie de la volonté des futurs époux.

Si insérer une clause de renonciation à l'action en justice paraît peu probable, il semble, au contraire, possible d'envisager l'insertion d'une clause imposant une certaine procédure préalablement, comme la conciliation. Cette clause encouragerait ainsi les époux à passer d'abord par la voie amiable.
Cette clause pourrait tout à fait être valable dès lors que la voie judiciaire n'est pas totalement fermée. Le droit de divorcer n'est pas restreint, il s'agit uniquement de favoriser en premier lieu la conciliation et l'entente des époux sur les conséquences et effets du divorce.

B- L'utilisation du contrat de mariage dans une finalité de prévoyance du divorce

Si cela peut sembler inapproprié, prévoir son divorce au sein même de son contrat de mariage est opportun dans le sens où cela permettra de dénouer des situations qui peuvent s'avérer très conflictuelles au moment où elles se réaliseront.

[14] Article définissant l'action comme le droit, pour l'auteur de la prétention, d'être entendu sur le fond. L'article 31 du code de procédure civile conditionne l'action à l'existence d'un intérêt et de la qualité à agir.
[15] Valeur admise depuis la décision du Conseil Constitutionnel du 29 juillet 2016 (Cons. const., 29 juill. 2016, n° 2016-557 QPC).

La prévoyance du divorce au sein du contrat de mariage permettra ainsi de répondre à deux objectifs principaux des époux. Ces objectifs loin d'être exclusifs l'un de l'autre, seront liés entre eux.

Il s'agira ainsi de protéger alternativement, consécutivement, voire cumulativement, le conjoint ainsi que le patrimoine. La protection du conjoint et la protection du patrimoine sont intimement liées : l'un allant souvent de paire avec l'autre. A contrario, il s'agira parfois non plus de protéger son conjoint ou son patrimoine, mais de protéger son patrimoine de son conjoint.

Au titre de la protection du conjoint, il sera question de le favoriser à raison de ce qu'il aurait normalement eu droit au regard du régime de communauté légale. L'éventualité d'un divorce n'empêche pas aux époux de prévoir une protection de l'un d'entre eux si un tel événement surviendrait. Pour autant dans la pratique, l'ensemble des clauses relatives à la protection du conjoint seront conditionnées à la dissolution du mariage par décès et donc réservées à ce titre au conjoint survivant.

Au titre de la protection du patrimoine, il y aura lieu de favoriser la protection du patrimoine commun du couple ou du patrimoine personnel de l'un d'entre eux. Par patrimoine commun, il convient d'entendre ici le patrimoine commun issu du régime communautaire légal ou conventionnel.
Cette protection sera due, tantôt au patrimoine commun, tantôt au patrimoine personnel. Ainsi il y a deux aspects à prendre en compte au titre de la préservation du patrimoine : une vision strictement communautaire et une vision personnaliste.
Dans le premier cas, ce sera une protection du patrimoine dans le cadre du mariage alors que dans le second cas il s'agira d'une protection du patrimoine par rapport au conjoint au moment de la rupture.

Au delà ce ces aspects spécifiques : il y a un autre aspect essentiel qui est d'anticiper les difficultés qui pourraient émerger lors de la dissolution du régime par divorce au moment où les époux sont dans un climat de sérénité et d'entente extrêmement favorable à la prévoyance.
C'est dans cette optique que certains auteurs et professionnels militent pour la consécration d'un contrat prénuptial en droit français. Ce contrat permettrait ainsi de prévoir entièrement

les effets d'un divorce en fixant les règles à appliquer au regard de la volonté et des souhaits des époux et écartant l'application des règles légales qui peuvent s'avérer défavorables dans certains cas.

Le contrat de mariage, à bien des égards, est à même de remplir cet objectif de prévoyance et d'anticipation d'un divorce lorsqu'il est utilisé à bon escient. Ainsi divers moyens et mécanismes seront à la disposition des époux afin de répondre à leurs objectifs respectifs.

Section 2 : La préservation des intérêts respectifs de chacun et des intérêts communs

Il s'agira ici de voir uniquement certaines illustrations principales des moyens permettant d'anticiper l'issu d'un divorce et non de dresser une liste exhaustive de l'ensemble des techniques existantes.

La protection souhaitée par les futurs conjoints impliquera la préservation de leurs intérêts respectifs. Pour répondre à leur volonté de protection, divers moyens juridiques seront mis à leur disposition. Ainsi, selon qu'ils décident de favoriser à terme la protection du conjoint (§ 1) ou la protection du patrimoine (§ 2), ils pourront opter pour diverses clauses.

§ 1.La promotion de la protection du conjoint

Dans un objectif de protection du conjoint, deux aspect s'offrent aux futurs époux : où ils se protègent mutuellement (A) ou alors il n'y en qu'un qui avantage l'autre (B). Ces deux mécanismes ne sont pas exclusif l'un de l'autre et peuvent au contraire se cumuler.

A- Une réciprocité possible dans la protection

La protection étant entendue ici comme un profit ou un bénéfice accordé par les futurs époux entre eux. Lorsque les époux envisagent de se protéger mutuellement, ils peuvent le faire par le biais de l'adoption d'un régime particulier. Il s'agira ainsi de protéger son conjoint dans le cadre même du mariage. Cette protection bénéficiant alors aux deux conjoints.

La première prévision opérée par les époux, et qui relève par ailleurs de l'essence même du contrat de mariage, est celui du choix du régime matrimonial applicable à l'union. Le régime matrimonial est un ensemble de règles applicables aux époux pendant le mariage et lors de sa dissolution. Le régime va régir les obligations réciproques des époux entre eux et vis-à-vis des tiers ou encore la composition et la gestion du patrimoine.

Dans la grande majorité des cas il s'agira d'un choix pour un régime conventionnel prévu par le code civil. Pour autant il est également possible d'opter : soit pour le régime légal[16] qui sera alors aménagé par le contrat de mariage[17] (le régime légal choisit par contrat de mariage n'aura d'intérêt que s'il est adapté puisque de facto c'est le régime applicable de base lorsqu'aucun choix n'a été fait) ; soit pour un régime non existant à ce jour au sein du code civil et qui sera créé par les époux avec comme base l'un des régimes prévus par le code.
Le choix du régime matrimonial est extrêmement important et doit donc résulter d'une réelle réflexion des époux. Les époux doivent choisir un régime correspondant, tant à leurs attentes qu'à leur vision même du mariage, selon leur situation personnelle. Il s'agira donc d'un choix strictement subjectif.

La protection la plus remarquable en termes d'adoption de régime conventionnel est celle du choix à minima pour le régime de communauté légale aménagé et au mieux pour le régime communautaire conventionnel : le régime de la communauté universelle.

Les régimes communautaires ont cette caractéristique irréfutable de mettre en place un patrimoine commun qui bénéficie aux deux époux. Ce bénéfice est visible tant dans la gestion[18] que dans la propriété qui sont toutes les deux communes.

[16] Le régime légal de la communauté réduite aux acquêts est applicable aux époux mariés sans contrat de mariage depuis le 1er février 1966. Le régime légal applicable aux époux mariés avant cette date est le régime de la communauté de meubles et d'acquêts.
[17] L'article 1497 du code civil énonce la possibilité pour les époux d'aménager le régime légal en précisant que « Les règles de la communauté légale restent applicables en tous les points qui n'ont pas fait l'objet de la convention des parties. ».
[18] Au sein du régime communautaire légal, la notion de gestion concurrente précisée par l'article 1421 du code civil qui dispose que chaque époux a le pouvoir d'agir sur les biens communs sans devoir obtenir au préalable le consentement de l'autre. Cette gestion concurrente concerne l'ensemble des actes à titre onéreux dont les actes conservatoires, d'administration et les actes de disposition relatifs aux meubles. A contrario, les époux ne pourront disposer du logement familial sans le consentement de l'autre, quand bien même il s'agirait d'un bien propre (article 215 du code civil). Certains actes et biens seront soumis au principe de gestion conjointe (posé

Le choix d'un régime matrimonial communautaire peut alors être conçu comme un avantage, profitant aux deux conjoints ou à celui qui perçoit le moins de revenus (ou aucun), ayant alors effet au cours du mariage.
En effet le choix d'un régime communautaire va permettre, dès la célébration, d'avantager chacun des conjoints par la simple mise en place d'une communauté[19] composée d'acquêts.
Les époux profitant tous les deux de cette masse commune créée par leur lien matrimonial.

La communauté universelle, pour sa part est analysée comme le régime le plus communautaire possible. Elle répond ainsi à une vision de certains époux qui souhaitent tout partager ou tout mettre en commun au cours de la vie matrimoniale. La Cour de Cassation a tranché depuis de nombreuses années sur ce régime en précisant que l'adoption d'un tel régime constituait un avantage matrimonial[20] accordé au conjoint.

En quoi le choix d'un régime matrimonial va permettre la protection du conjoint ? Si l'un des époux est le seul à travailler et donc à percevoir des revenus au sein du couple, il peut vouloir protéger son conjoint en choisissant d'opter pour un régime qui lui permettra de partager son enrichissement. Le conjoint sans revenu bénéficiera alors d'un droit sur l'enrichissement de son conjoint par le biais de la création d'une masse commune.
Cette masse commune sera composée des biens acquis pendant le mariage par l'un ou l'autre des époux et elle sera partagée au moment de la dissolution du régime égalitairement entre les époux. Qu'importe la cause de dissolution, le choix du régime et notamment le choix pour un régime communautaire, emportera des conséquences au regard du partage de la masse commune.

Le régime choisit sera au bénéfice, ou au « détriment », de chacun des deux époux puisque le régime s'applique au mariage et donc aux deux époux en régissant l'union matrimoniale. Il n'est donc que possible de constater que le choix du régime matrimonial

---

par l'article 1421 alinéa 3 du code civil) tandis que d'autres seront soumis au principe de gestion exclusive (article 1421 alinéa 2).

[19] La communauté dans le cadre du régime légal est composée des "acquêts fait ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres" (article 1401 du code civil). Dans le cadre de la communauté universelle l'article 1526 dispose que celle-ci peut concerner tant les biens meubles qu'immeubles, présents et à venir. Dans les deux régimes, et défaut de volonté contraire dans le second, certains biens sont propres par nature. Il s'agit des linges et vêtements à usage personnel ou encore tous les droits exclusivement attachés à la personne (article 1404). De même les biens acquis par succession ou donation sont réputés propre à l'époux.

[20] Cass. 1ère Civ., 19 octobre 1983.

applicable au mariage sera la première étape à la prévision de la désunion dès lors que celui-ci impactera directement la vie matrimoniale, la composition des patrimoines et a fortiori la dissolution. Ce n'est pour autant pas le seul mécanisme que les époux pourront utiliser dans un but de protection.

B- L'utilisation des avantages matrimoniaux et libéralités dans un but de protection du conjoint

A défaut de se favoriser mutuellement, les époux pourront également décider lors de la rédaction de leur contrat de mariage de consentir à l'autre un avantage, ou encore une libéralité. Le législateur n'a pas donné de définition précise des avantages matrimoniaux. Toutefois il est possible de déduire de l'article 1527 du code civil que ce sont des "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".
Dès lors, l'avantage matrimonial sera constitué lorsque la clause stipulée par les époux, procure à l'un ou à l'autre un avantage auquel il n'aurait pas pu prétendre ou bénéficier au sein du régime légal. Le régime légal étant alors la référence pour qualifier l'existence ou non d'avantage.

L'avantage matrimonial consenti pourra être un complément du régime matrimonial adopté. Tel est le cas de la clause d'attribution intégrale de la communauté possible dans le cadre de n'importe quel régime communautaire[21].
La question de la validité d'une telle clause a été posée dans le cadre de la communauté universelle puisque cela revenait à contrevenir aux droits successoraux des héritiers réservataires. La validité de cette clause a été reconnue par la Cour de Cassation[22]. L'intérêt fiscal de cette clause n'est pas négligeable. C'est une clause qui n'est pas analysée comme une donation[23]. À ce titre elle n'est pas soumise aux droits de mutations à titre gratuit puisqu'il ne s'agit pas d'une transmission successorale.

Pour autant les époux ne seront pas "coincés" dans ce type de clauses puisque celles-ci seront conditionnées à la dissolution du régime par décès. La cour de cassation a reconnu

[21] Art. 1520 à 1524 du code civil.
[22] V. Cass. 1ère Civ., 14 mai 1996, n° 93-20.703.
[23] Art. 1525 al. 1er du code civil.

la licéité de la stipulation de telles conditions[24]. L'anticipation du divorce se fait ici négativement : dans le sens où la protection du conjoint n'interviendra que si le mariage est dissout par décès.

Les époux auront également la possibilité de stipuler au sein du contrat de mariage trois types de donations[25]. Il s'agira de la donation de biens présents[26], de biens à venir[27] (qui ne sont autorisés que dans le cadre du contrat de mariage) mais également de biens présents à terme. Il s'agit de donner des biens à un conjoint : donc donation de biens propres principalement. On protège son conjoint en lui transférant, lors de la rédaction du contrat de mariage, certains biens en vu du mariage[28].

Cette façon de procéder n'est toutefois pas à prendre à la légère et les époux doivent obtenir une véritable assistance des praticiens du droit dans le cadre de telles libéralités. En effet, si ces libéralités sont possibles et largement reconnues, elles ne sont toutefois pas à conseiller. Effectivement, les donations de biens par contrat de mariage sont soumises à l'irrévocabilité ordinaire des contrats[29]. Ces donations ne sont donc pas révocable ad nutum, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent pas être révoqués par la seule volonté du donateur. Par ailleurs autre fait auquel il faut être extrêmement vigilant : la donation faite par contrat de mariage n'est pas non plus révocable suite à un accord des deux conjoints. Pour autant des causes de révocation légale existent, telles que l'ingratitude notamment.

La donation par contrat de mariage, va tout de même avoir des intérêts non négligeables. Les donations entre époux vont permettre au donateur de prévoir des règles spécifiques qui y seront attaché : tel que des charges particulière ou encore donation avec réserve du droit de disposer[30]. Or l'ensemble de ces dispositions attachées à la donation sont interdites dans les donations ordinaires. Cette spécificité peut être attachée à la situation patrimoniale inédite des futurs qui se constitue ensemble un patrimoine.

[24] V. Cass. Civ. 10 mai 1937 : DH 1937, 361 : en présence d'une clause d'attribution intégrale de la communauté pour le cas seulement de dissolution de celle-ci par décès, la Cour décide : "que la convention du contrat de mariage... était d'ailleurs licite ; qu'en effet, les parties au pacte matrimonial, libres de ne consentir aucun avantage, étaient libres aussi de subordonner à telles ou telles conditions de leur choix les dérogations qu'il leur plaisait d'apporter, dans l'intérêt de l'un ou de l'autre d'entre elles, à la règle générale du partage de la communauté par moitié ; qu'il leur était loisible spécialement de limiter à certaines hypothèses strictement précisées, la création pour le survivant du droit exceptionnel à une part de communauté excédant la moitié".
[25] Ces donations bénéficieront d'un régime de faveur selon l'article 947 du code civil.
[26] Art. 1081 et 1092 du code civil.
[27] Art. 1082 et 1093 du code civil.
[28] Encore appelés des libéralités *propter nuptias.*
[29] Art. 1134 du code civil.
[30] Art. 1086 du code civil.

§ 2.La favorisation de la protection du patrimoine

Lorsque les époux font le choix de protéger leur patrimoine, se présente à eux deux options : soit ils protègent leur patrimoine commun (A), soit ils protègent leurs patrimoines respectifs (B).

A- Le choix de la protection du patrimoine commun

En vu de protéger leur futur patrimoine commun, les époux peuvent décider d'opter pour plusieurs dispositifs.

En cas de divorce le principe veut que le patrimoine commun du couple soit réparti égalitairement entre époux. Chacun récupérant une part égale de communauté qui aura été composée pendant le mariage. Cette communauté sera composée "activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément"[31]. Pour autant, rien n'interdit aux époux d'étendre cette règle légale dans un objectif de favorisation du patrimoine commun. L'objectif de protection du patrimoine commun ira de paire avec la favorisation de ce patrimoine commun. C'est en ce sens que l'article 1497 du code civil prévoit expressément que les futurs époux ont la possibilité de déroger aux règles visant la composition du patrimoine commun.
La communauté pourra donc être avantagée par l'attribution de droits sur certains biens. Droit auxquels la communauté n'aurait pas pu prétendre sans l'adoption de ces clauses spécifiques. Il conviendra dans ce sens d'opter pour des clauses d'extension de communauté.
Ces clauses d'extension de communauté vont permettre dans certains cas de faire entrer certains biens, meubles notamment, en communauté. Elles répondront ainsi à certains souhaits des époux qui voudront, par le mariage, favoriser la constitution et la pérennité de la famille.

A côté de ces clauses d'extension, certaines clauses dérogeant au principe de partage égalitaire[32] permettront parfois de répondre à cet objectif de protection du patrimoine commun. Ces clauses vont permettre à un conjoint de prélever certains biens sur la communauté au moment du divorce tout en préservant le patrimoine commun. Sont ici visées

[31] Art. 1401 du code civil.
[32] Art. 1520 et 1524 du code civil.

les clauses de prélèvement moyennant indemnité. Cette clause ira de pair avec la protection souhaitée d'un des conjoints tout en ne défavorisant pas la communauté. Cela permettra de répondre à certains objectifs précis du couple, qui par exemple pour des raisons professionnelles souhaiteront récupérer certains biens spécifiques sans pour autant léser la communauté. En effet dans ce cas, la valeur du bien prélevé sera due à la communauté par l'époux. Ces clauses ne sont pas à mettre en lien avec les clauses dites commerciales[33]. Dans ce dernier cas, ce sont des biens personnels à un des époux et non des biens communs qui sont prélevés.

A côté de cela, les époux peuvent au contraire souhaiter protéger leur propre patrimoine du patrimoine commun mais également de son propre conjoint.

B- La protection de son patrimoine personnel

La protection du patrimoine personnel d'un époux au sein du régime légal se limite aux biens personnels que sont les vêtements, linges ou encore les droits attachés exclusivement à la personne[34]. Au delà de cela, le régime légal ne va permettre la préservation d'un patrimoine personnel qu'au travers la conservation de la pleine propriété des biens acquis avant le mariage, ou au cours du mariage par succession, donation ou legs[35]. Il appartient donc aux époux qui souhaitent élargir la protection de leur patrimoine personnel respectif de prévoir, lors de la rédaction de leur contrat de mariage, un véritable aménagement des règles légales. En effet l'ensemble de ces règles légales ne s'appliquent à défaut de dispositions contraires; Il semble donc loisible aux époux, et opportun dans le cadre de protection, de déroger à l'ensemble de ces principes.

Ainsi, l'un des premiers aménagements envisageables consistera à limiter les biens pouvant être qualifiés d'acquêts de communauté. Les époux auront alors la possibilité d'adopter certaines clauses venant restreindre la communauté. Tel sera le cas lorsqu'ils choisiront d'insérer au sein de leur contrat de mariage des clauses restrictives de communauté ayant pour objet de ne pas faire entrer en communauté des biens qui auraient été qualifiés juridiquement d'acquêts.

[33] Art. 1390 al. 1er du code civil.
[34] Art. 1404 du code civil.
[35] Art. 1405 du code civil.

Au vu de parvenir à cet objectif, ils pourront notamment déroger à l'une des règles légales prévue par l'article 1403 du code civil, selon laquelle les revenus et fruits des biens propres tombent en communauté[36].

Une telle clause excluant l'entrée en communauté des fruits et revenus de bien propre, aura un double intérêt. Tout d'abord elle empêchera aux revenus et fruits de biens propres d'être qualifié de bien commun, lesquelles conserveront alors leur qualité de bien propre. Cette absence de qualification en bien commun sera extrêmement favorable au conjoint propriétaire en cas de divorce puisqu'il n'aura pas à partager l'ensemble des fruits et revenus issus de ces biens propres.
Cependant son efficacité pleine et entière supposera un suivi rapproché et donc une certaine traçabilité des emplois et remplois de ces fruits et revenus.

La légalité de telles clauses restrictives de communauté a pu induire des questions. En effet même si la liberté des conventions matrimoniales[37] permet de penser a priori que de telles clauses sont licites, ces dernières ne doivent pas conduire à une réduction trop importante de la communauté analysée, pour certains[38], comme relevant l'essence même des régimes communautaires. Ces clauses ne doivent donc pas porter sur des éléments essentiels ayant pour objet de composer la communauté, tels que les gains et salaires[39].

De plus cette protection ne doit pas seulement être appréhendée au cours de la vie matrimoniale, mais elle doit également être perçue comme un outil permettant une protection à l'issue de la vie matrimoniale. C'est-à-dire comme outil permettant de rétablir son patrimoine personnel lors de la dissolution par divorce. Cette approche permet aux époux de ne pas opposer valorisation du patrimoine du couple pendant la vie matrimoniale et préservation de leurs intérêts patrimoniaux respectifs à la dissolution du régime.
C'est à ce titre qu'il va être permis aux conjoints de valoriser le patrimoine commun, notamment par le biais de donation, tout en prévoyant qu'au moment du divorce ils récupéreront ces biens apportés à la communauté. Un conjoint va pouvoir alors protéger son

[36] Il s'agit des fruits perçus et non consommés. L'article vise expressément les fruits consommés sans fraude. Selon l'arrêt de la 1ère chambre civile du 6 juillet 1982 ne doit pas être considéré comme consommés les revenus employés à l'amélioration d'un bien propre, une telle utilisation donnant lieu à récompense au profit de la communauté.
[37] Liberté prévue par l'article 1387 du code civil.
[38] A. Colomer, *Droit civil, Régime matrimoniaux* : Litec, 2004, n° 1076.
[39] L'article 1401 prévoit que la communauté se compose d'acquêts dont font partie notamment les gains et revenus issus de l'industrie personnels des époux.

patrimoine en stipulant une clause de reprise d'apport ou autrement dit une "clause alsacienne".
Cette clause est issue d'une consécration notariale. Elle est aujourd'hui consacrée par le code civil à l'alinéa 3 de l'article 265[40].

L'intérêt de cette clause est remarquable puisqu'elle va assurer à l'époux ayant apporté un bien à la communauté de la possibilité de récupérer ce bien dans le cadre d'un divorce[41].
Après avoir suscité quelques interrogations[42], la validité d'une telle clause est totalement consacrée aujourd'hui.

En pratique cette clause sera rédigée de façon à mettre en place une liquidation alternative[43] selon la cause de dissolution du régime matrimonial. Se révèle alors la nécessité de mettre en place des clauses de liquidation alternative qui ne trouvera alors à s'appliquer qu'en cas de divorce ou en cas de décès. Ainsi en cas de dissolution par décès il sera souvent prévu que la clause n'aura pas à jouer.

Au-delà de l'adoption de toutes ces clauses, il reste au conjoint souhaitant protéger son patrimoine une solution à la marge : celle étant de ne consentir aucune libéralité à son conjoint au sein de son contrat de mariage. Puisqu'en effet ces donations particulières faites au sein du contrat de mariage, si elles bénéficient d'un régime de faveur[44], sont irrévocables.
Dès lors après avoir réfléchi sur les dispositions à prendre au sein de leur contrat de mariage, les époux devront vérifier que les effets de ces dispositions ne soient pas contraires à leurs objectifs initiaux, respectifs et communs.

[40] Alinéa inséré par la loi du 23 juin 2006, n°2006-728.
[41] La loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, à l'article 43 précise que la clause de reprise d'apport permet de prévoir qu'en cas de dissolution pour une cause autre que le décès, « les époux pourront toujours reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté ».
[42] Notamment après l'entrée en vigueur de la loi de 2004, une distinction avait été établie entre donations ayant prenant effet pendant le mariage et donation prenant effet à la dissolution du mariage. Les premières étaient irrévocables. C'était alors posé la question de la validité de la clause de reprise d'apport qui contrevenait clairement au principe d'irrévocabilité posé pour des donations ayant effet pendant le mariage. La question n'a toutefois plus à être posée aujourd'hui suite à sa consécration légale en 2006.
[43] Ce type de clause est permis par l'article 1520 du code civil qui dispose que *"les époux peuvent déroger au partage égal établi par la loi"*.
[44] Notamment en vu des charges pouvant grever la donation faite entre époux.

Chapitre 2 : Le contrat de mariage et le divorce, des effets prévisibles

Au delà de se questionner sur la simple possibilité d'adopter ou de consentir telles ou telles clauses (section 1), les futurs époux devront être attentifs à l'opportunité de l'adoption desdites clauses au sein de leur contrat de mariage au regard de leurs effets (section 2).

Section 1 : Un contrat de mariage rédigé de façon à fixer les effets du divorce

Ici il y aurait deux démarches, différentes l'une de l'autre, qui ne sont pas exclusives mais qui peuvent être exercées indépendamment. Soit on se place dans une vision "pré-divorce" : et là on cherche à régir les modalités du divorce en quelque sorte (§1) ; soit : on se place dans une vision "post-divorce" : le divorce a donc eu lieu et on cherche à régir ses effets (§2).
Ces deux visions sont à prendre en compte pour les époux. La seconde ayant par ailleurs des conséquences importantes sur l'ensemble des clauses du contrat de mariage selon leur qualification. La première vision inclut forcément la deuxième, a contrario, la seconde vision n'inclut pas forcément la première.

§ 1. Une approche pré-divorce influant directement l'après divorce / Une vision d'anticipation emportant des conséquences indirectes sur le divorce

En plus de prévoir les modalités de l'après divorce (B), les époux vont également prévoir les modalités spécifiques applicables dès l'instance de divorce elle-même (A).

A- Une rupture du lien conjugal "contrôlée"

Les futurs conjoints adoptant un régime communautaire vont avoir la possibilité d'anticiper la rupture de leur union par divorce en aménageant les règles relatives à la liquidation du régime matrimonial et notamment certaines règles de calculs à effectuer au moment de la liquidation.
L'existence d'une masse commune à côté des masses propres de chaque époux, induit inévitablement des transactions entre elles au cours de la vie matrimoniale. Ces transactions entraîneront la création de compte à établir au moment de la dissolution du régime par le divorce. Les règles légales prévoient qu'une récompense sera due à l'époux par la

communauté toutes les fois où cette dernière aura tiré profit des biens propres de cet époux (article 1433 du code civil). De même, récompense sera due à la communauté dès lors qu'un époux aura profité des biens communs pour ses intérêts personnels (article 1437).
Afin d'établir le montant de ces récompenses, une règle de calcul va permettre d'établir ces comptes et de révéler ainsi si des récompenses sont dues par les différentes masses[45].

La jurisprudence a depuis lors, dû affiner les règles légales prévues en matière de récompenses en établissant dans le domaine une pseudo sécurité juridique issue d'une combinaison relativement complexe des alinéas 1, 2 et 3 de l'article 1469. De plus, la jurisprudence a également dû préciser les notions vagues de l'article 1469[46].
Les époux peuvent donc avoir un réel intérêt à modifier et aménager les règles légales relatives aux récompenses. Cet aménagement peut être envisagé de manière positive ou négative. Ainsi les époux peuvent prévoir qu'aucune récompense ne sera due au moment du divorce[47] ou encore supprimer le droit à récompense dans certain cas au contraire prévoir qu'une récompense sera due dans un cas où les principes légaux n'auraient pas aboutis à établir son existence[48].

Les futurs peuvent ainsi parfois se dispenser de certaines récompenses. A titre d'exemple, les époux doivent contribuer aux charges du ménage. A ce titre l'article 214 du code civil dispose que « *si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives*».
Ces charges sont communes et donneront donc lieu à récompenses lorsqu'elles sont payées par un conjoint par le biais de deniers qui lui sont propre. Les époux peuvent user de la faculté offerte par l'article 214 et déroger à cette règle. Ils peuvent ainsi prévoir qu'ils seront

[45] Règle prévue par l'article 1469 du code civil lequel dispose : "*La récompense est, en général, égale à la plus faible des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant.*
Elle ne peut, toutefois, être moindre que la dépense faite quand celle-ci était nécessaire.
Elle ne peut être moindre que le profit subsistant, quand la valeur empruntée a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer un bien qui se retrouve, au jour de la liquidation de la communauté, dans le patrimoine emprunteur. Si le bien acquis, conservé ou amélioré a été aliéné avant la liquidation, le profit est évalué au jour de l'aliénation ; si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, le profit est évalué sur ce nouveau bien".
[46] Notamment il a fallu une jurisprudence abondante pour définir ce qu'était une dépense nécessaire. Ainsi, les travaux ayant pour objet d'assurer l'habitabilité d'un immeuble peuvent être considérés comme nécessaire (Civ. 1ère, 25 janv. 2000). Il en va de même pour les travaux assurant la construction du logement de la famille (Civ. 1ère, 6 mars 2001).
[47] Les futurs époux ont en effet la possibilité d'exclure la création de tout compte de solde à la liquidation du régime matrimonial par divorce. Ainsi aucune récompense ne sera établit à la liquidation du régime, les masses (communes ou propres) ne seront donc ni débitrice, ni créditrice.
[48] Cela pourrait aboutir par exemple à prévoir que la récompense liée à un emprunt ne sera pas due en prenant en compte uniquement le capital mais en tenant également compte des intérêts payés par la communauté.

réputés avoir contribués aux charges du ménage au jour le jour, que dès lors aucun compte ne saurait être établie à la dissolution du régime matrimonial.

Une telle clause a été depuis longtemps validée par la jurisprudence et depuis la cour de Cassation a pu préciser la portée de celle-ci, notamment dans un arrêt de la première chambre civile du 1er avril 2015 où la cour précise qu'une telle clause interdit "de prouver que l'un ou l'autre des conjoints ne s'était pas acquittés de son obligation"[49]. Récemment la Cour d'Appel de Bourges a réitéré la même solution en disant que "la clause contributive du contrat de mariage au titre des charges du mariage interdit à chacun des époux de prouver que l'autre ne s'est pas acquitté de son obligation et de soutenir l'existence d'un compte entre eux à ce titre"[50]. La Cour valide donc les mécanismes prévus par les époux dérogeant au principe supplétif posé par l'article 214 et leur donne une force particulière en interdisant d'apporter une preuve contraire. Selon certains auteurs[51] il s'agirait d'une présomption irréfragable d'absence de récompense au titre des charges du ménage.

Ainsi si les époux souhaitent convenir d'une telle clause, il nécessitera qu'ils soient avertis de des conséquences irrémédiables d'une telle clause.

De même, certaines mesures prises, comme celles faisant entrer ou au contraire exclure certains biens de la communauté, des récompenses devraient normalement être établies afin de compenser la perte pour la masse concernée. Or, les futurs époux peuvent également, afin de compléter et parfaire les mesures prises, prévoir qu'aucune récompense ne sera due dans ces cas précis.

De plus les époux pourront également prévoir un véritable aménagement des modalités même de calcul des récompenses, les règles légales en la matière n'étant pas d'ordre public.

Les récompenses visent à conserver ou à rétablir une certaine équité de valeur entre les masses. Cependant les futurs époux peuvent ne pas avoir la même vision et ne pas souhaiter conserver cette équité. Ils pourront ainsi décider qu'il y aura lieu d'appliquer un calcul forfaitaire dans certains cas ou pour certaines dépenses spécifiques[52].

[49] Cass. 1ère Civ. 1er avril 2015, n° 14-14.349.
[50] CA Bourges, 14 janv. 2016, n°15/00198.
[51] V. S. Guillaud-Bataille et C. Kuhn, *Liberté et modalités de calcul en droit patrimonial de la famille, récompenses et rapports*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 49, 4 déc. 2015, 1228.
[52] Dans le cadre d'un emprunt effectué afin de financer la construction sur un bien propre, il peut être stipulé que dans ce cas précis la récompense devra être calculée annuellement au regard du profit subsistant de l'année en cours.

Enfin les futurs époux pourraient également prévoir les modes de règlements des récompenses dues. A chacune des masses est attribué un compte de récompense et au moment de la liquidation, une balance est faite entre les comptes. Lorsque l'époux doit récompense à la communauté, il doit en rapporter le montant à cette dernière[53]. Dans le cas où la communauté doit récompense à l'un des époux, celui-ci a le choix entre exiger le paiement ou effectuer un prélèvement sur les biens communs à due concurrence[54].

Les futurs époux, peuvent lors de la rédaction de leur contrat de mariage contrevenir à ces règles et prévoir par exemple, qu'en cas de récompense due par un conjoint, il ne devra pas effectuer un rapport en moins prenant mais devra obligatoirement verser effectivement les sommes dues à la communauté.

De même, si c'est la communauté qui doit une récompense, l'époux créancier pourra choisir les biens qui ont sa préférence entre les biens meubles ou immeubles[55]. Or une telle position peut s'avérer problématique, puisqu'il est plus aisé de procéder à un partage de biens meubles qu'immeubles. Ainsi pour pallier à ces difficultés, il pourra être prévu dans le contrat que les époux doivent prélever en priorité les biens immeubles.

Les époux ayant la faculté d'anticiper la rupture de leur lien conjugal, ils ne peuvent se contenter de cela et doivent anticiper les conséquences des mesures prises par eux.

B- Les conséquences de la rupture "préparée" du lien conjugal à prendre en compte

S'il est permis aux époux de déroger à un grand nombre de principes légaux, il faudra que ces derniers soient conscients et avertis des conséquences des dérogations prévues. De plus les futurs époux devront avoir conscience qu'ils ne pourront pas fixer uniquement certaines règles sans en aviser les conséquences.

Les règles prévues par contrat de mariage sont rattachées au principe d'immutabilité du contrat de mariage. Les règles qui y sont fixées sont donc définitives. Les futurs époux

[53] Selon l'article 1470, alinéa 1er du code civil.
[54] Disposition prévue par l'article 1470, alinéa 2 du code civil.
[55] A ce titre l'article 1471 prévoit néanmoins que dans un tel cas, le prélèvement devrait se faire en priorité sur les liquidités, puis sur les meubles et enfin sur les biens immeubles. Dans le cas où les époux souhaitent se faire attribuer les mêmes biens, il devra être procédé par tirage au sort (alinéa 2, art. 1471).

doivent donc être attentifs lors de la rédaction de leur contrat de mariage.
Toutes dispositions qui y seront prises auront des conséquences immuables sauf dans cas précis : lorsque les époux opteront pour un changement de régime matrimonial[56].

Si les époux prévoient au sein de leur contrat des règles spécifiques relatives à la liquidation du régime, ce sont ces règles qui trouveront à s'appliquer. Si des règles spécifiques ont été prévues en matière de calcul de récompense par exemple, ces règles s'appliqueront automatiquement.
Les époux ne pourront plus revenir sur l'application des règles fixées au sein du contrat de mariage quand bien même ils estimeraient que ces règles leurs sont défavorables. Tel pourrait être le cas, si le contrat prévoit une absence totale de récompense, alors que l'un des époux aurait financé totalement, par des fonds propres[57], un bien qui serait qualifié de commun au jour de la liquidation.

A côté de cela, les époux auront également pu lors de la rédaction de leur contrat prévoir les règles de contribution aux dettes attachés à leurs biens. S'il s'agit d'une dette personnelle à l'un des époux elle demeurera à la charge définitive de son patrimoine personnel. Pour autant, si l'un des époux a fait le choix[58] d'apporter un bien personnel à la communauté ou encore dans le cadre d'une communauté étendue, les dettes attachées à ces biens seront supportés définitivement par la communauté.
Ce sont des principes légaux auxquels il est permis aux époux de déroger. Se pose cependant la question de l'intérêt d'une telle dérogation.
Dans le cadre de l'anticipation du divorce, il est intéressant pour l'époux de prévoir, en complément notamment d'une clause alsacienne, que les dettes attachés au bien apporté seront définitivement propre. Ce qui permettrait de simplifier les comptes de récompense dues au moment de la liquidation[59].

[56] Possibilité prévue sous les conditions de l'article 1397 du code civil.
[57] Ce serait le cas de fonds reçus par donation ou succession et qui ont été employés à l'acquisition d'un bien commun. Ou encore un bien propre qui aurait été vendu et dont le prix aurait été remployé à l'acquisition d'un bien commun.
[58] Cf. supra.
[59] En effet une récompense devrait normalement être créée dès lors que la communauté a supporté les dettes liées à un bien qui serait qualifié de propre au moment de la dissolution du régime. Or en l'espèce, l'époux va supporter la charge des dettes pour le bien qu'il a apporté et qu'il pourra récupérer au moment du divorce. La communauté n'aura donc supporté aucune dette attachée à ce bien et aucune récompense ne saurait être due. Attention toutefois, ce mécanisme suppose que le mariage soit dissous par divorce. A contrario, dans le cas d'une dissolution pour décès, l'époux aurait seul, supporté une dette pour un bien commun : il serait donc désavantagé quand bien même il aurait droit à récompense.

De même lorsque les époux choisissent de s'attribuer des biens communs en dérogeant au principe d'égalité, ils devront tenir compte du passif correspondant à l'actif attribué. Ainsi, si les époux modifient les règles d'attribution de la communauté, ils ne pourront le faire qu'en supportant également le passif qui y est attaché. En la matière l'article 1521 du code civil[60] impose en effet une corrélation entre l'actif perçu et le passif qui y est attaché dans le partage de la communauté.

Dès lors, s'il peut paraître opportun pour les époux de déroger dans leur rapport réciproque, au principe de répartition des dettes définitives, ils ne pourront le faire qu'en tenant compte de la restriction prévue par l'article 1521. Si le contrat ne tient pas compte de cette disposition, la clause sera nulle car jugée léonine[61].

Pour autant, pour certains praticiens[62], le principe posé par l'article 1521 ne doit pas être regardé comme ayant un caractère impératif, mais simplement comme "une exception au principe général de liberté des conventions matrimoniales".

Les conventions dérogeant au principe de corrélation entre actif et passif devraient donc être licites, hormis le cas particulier du partage de communauté visé par l'article 1521.

En complément de ces nombreuses règles prévues par les futurs époux directement, applicables à l'instance de divorce et qui vont régir les règles influant la procédure même, le contrat de mariage pourra également contenir les effets suite au divorce.

§ 2.Une approche post divorce

Au delà de certains choix ayant dont les effets seront visible directement pendant le mariage et qui auront pour objet la protection du conjoint ou de son patrimoine, les époux vont également avoir la possibilité de régir les effets du divorce en lui-même. Les futurs conjoints pourront alors dès la rédaction du contrat se mettre d'accord sur les effets du divorce tant sur le plan personnel (A) que patrimonial (B).

---

[60] Art. 1521 : *"Lorsqu'il a été stipulé que l'époux ou ses héritiers n'auront qu'une certaine part dans la communauté, comme le tiers ou le quart, l'époux ainsi réduit ou ses héritiers ne supportent les dettes de la communauté que proportionnellement à la part qu'ils prennent dans l'actif.*
La convention est nulle si elle oblige l'époux ainsi réduit ou ses héritiers à supporter une plus forte part, ou si elle les dispense de supporter une part dans les dettes égales à celles qu'ils prennent dans l'actif".

[61] C'est une clause qui attribue des droits disproportionnés par rapport à ses obligations.

[62] V. les travaux de la 3ème commission du 106e Congrès des notaires de France, *Couple, Patrimoine, les défis de la vie à 2.*

A- La prise en compte des effets personnels

Les effets personnels pouvant être régis par les époux sont peu nombreux. Il y a cependant un aspect personnel du divorce qui mérite une attention particulière des futurs conjoints. Il s'agit des modalités d'exercice de l'autorité parentale.
S'agissant d'un sujet très souvent conflictuel au moment d'une séparation, il peut être très opportun pour les époux de prévoir certaines modalités précises de l'autorité parentale au sein de leur contrat de mariage, évitant ainsi un vrai désordre familial en cas de divorce.
Le code civil permet aux époux de conclure des conventions ayant pour objet d'organiser les modalités d'exercice de l'autorité parentale[63].

Cependant, l'efficacité de ces conventions semble pouvoir être remis en cause, puisque l'article 373-2-1 du code civil attribue au juge le soin de les prendre en considération ainsi que d'autres éléments, tel que la volonté des enfants notamment. Dès lors, c'est un ensemble d'élément qui va conduire le juge à prendre une décision. Il pourrait alors être amené à ne pas tenir compte uniquement de la volonté exprimée relativement aux modalités d'exercice de l'autorité parentale, par les époux au sein du contrat de mariage. De plus l'article 228 du code civil déclare que le juge délégué aux affaires familiale est « le seul compétent pour statuer sur les modalités d'exercices de l'autorité parentale ».
L'efficacité d'une telle convention sera par ailleurs soumise à l'intérêt de l'enfant. C'est également au juge de vérifier que la convention ainsi conclue aura comme finalité l'intérêt de l'enfant[64]. A défaut, le juge sera également libre de ne pas en tenir compte.

Certains auteurs[65] ont soulevé à cet égard une problématique particulière concernant la fixation des modalités de l'exercice de l'autorité parentale par les époux au sein d'une convention notariée. Ils s'étaient alors interroger sur le rôle du notaire lors de la rédaction d'une telle convention et étaient parvenus à la conclusion selon laquelle le notaire se trouverait alors investi d'une mission plus personnelle et moins patrimoniale, qu'ainsi cela pourrait amener à ce qu'à terme les notaires se voient confier tout ou partie de la procédure

[63] Disposition prévue par l'article 373-2-11, 1° du code civil lequel dispose : *"Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération :*
1° La pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure ; [...]".
[64] Art. 371-1 du code civil.
[65] Article de M. Arnaud Cermolacce, *L'anticipation du divorce.*

des divorces par consentement mutuel.
Force est de constater que c'est chose faite. En effet, les notaires et avocats sont investis depuis peu de la mission de régler les divorce par consentement mutuel sans plus aucune intervention judiciaire[66]. Cela renforce donc cette position sur les conventions négociées entre les parties et notamment face à la prévoyance des modalités d'exercice de l'autorité parentale[67].

Il y a un autre aspect personnel, lié cette fois à la personne même des époux. Les futurs époux ont en effet tenté d'insérer, dans un but de protection, au sein des donations consenties par contrat de mariage des conditions particulières de non divorce. Ici, l'objectif d'anticipation du divorce était intimement lié à la protection du donateur. Ce dernier justifiait alors une telle condition, en disant que la donation n'était consentie que pour avantager le conjoint dans le cadre du mariage, qu'ainsi si le mariage était dissous, la donation n'avait aucune raison d'être maintenue.
Des conditions de non-remariage ont également pu être stipulées. Dans ces cas, la donation serait résolue si après la dissolution du mariage, le donataire décidait de se remarier.

Ces clauses de non remariage ont suscité quelques interrogations sur leur validité. A la fin de notre ancien droit, était établit une distinction : "La condition de ne pas se marier absolument est du nombre de celles qui sont regardées comme non écrites, étant contraires à l'intérêt public. Mais celle de ne pas se marier à telle ou telle personne est valable. Celle de ne pas se remarier est aussi valable, suivant la Novelle 22, chapitre 44"[68].
Même si de nombreux auteurs[69] semblent hostiles à la rédaction de telles clauses, une jurisprudence ancienne a pu valider ces clauses et décider que lorsque la clause est justifiée par un motif légitime et non par un motif répréhensible[70], elle était licite[71].

Cependant le doute subsistant et l'insécurité juridique relative à ces types de clauses conduisent à inciter les futurs époux à éviter leur utilisation. Reste aux futurs époux à prévoir

[66] Sauf en présence d'enfants mineurs ou en cas de contestation des époux.
[67] Loi n°2016-1547 du 18 nov. 2016, instituant notamment le nouvel article 229 du code civil lequel dispose en son premier alinéa : « Les époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire. ».
[68] R.-J. Pothier, *Introduction au Titre XVI de la Coutume d'Orléans,* n° 64.
[69] V. notamment : C.-E. Delvincourt, *Cours de droit civil, t. III,* p. 190, note 3.
[70] Serait qualifié de répréhensible un motif ayant pour cause de la jalousie ou de la malveillance.
[71] V. Cass. Civ., 22 déc. 1896 : DP 1898, 1, 537, concl. Desjardins.

les effets patrimoniaux d'un éventuel divorce.

B- La prise en compte des effets patrimoniaux

Au-delà de l'aspect purement personnel du divorce, les futurs époux vont avoir un intérêt particulier à régir les effets patrimoniaux d'un tel évènement. Les effets patrimoniaux s'attacheront principalement au partage des biens.

Ces effets seront également en lien avec la volonté de protection patrimoniale des époux. Ainsi les clauses analysée précédemment, comme celle de reprise d'apport (ou clause alsacienne) ou encore celle applicable lors de l'instance de divorce comme la clause de modification des règles concernant les récompenses, auront des effets patrimoniaux que les époux devront prendre en compte.

Et en plus de la prise en compte des effets patrimoniaux des clauses déjà établies, des clauses spécifiques pourront être adoptés par les époux en vu d'anticiper spécifiquement les effets patrimoniaux d'un divorce. Tel sera le cas lorsque les futurs époux choisiront de prévoir au sein de leur contrat de mariage des clauses de partage inégal ou encore de liquidation alternative. Les époux devront alors combiner l'ensemble de ces clauses avec celles déjà prévues.

Les futurs époux pourront prévoir des clauses qui conserveront le partage égalitaire ou qui au contrat vont rompre cette égalité.

Au titre des clauses conservant le principe d'égalité dans le partage, il y a notamment la clause de prélèvement moyennant indemnité[72] : un époux va avoir la faculté de prélever, au moment du divorce, un bien commun, en rapportant toutefois sa valeur à la communauté. L'égalité du partage, au moins en valeur, est ainsi conservée.

Au titre des clauses de partage inégal : les époux pourront opter notamment pour une clause appelée « préciput »[73]. Laquelle permettra à l'époux bénéficiaire de la clause de

[72] Clause prévue par le code civil aux articles 1511 à 1514 du code civil.

[73] Clause autorisée par l'article 1515 du code civil, lequel dispose que les époux peuvent convenir entre eux d'une telle clause et que celle-ci n'est pas regardée comme une donation. Cependant l'article 1518 prévoit qu'en cas de dissolution du vivant des époux, le préciput n'a pas vocation à s'appliquer, mais que l'époux bénéficiaire « conserve son droit pour le cas de survie, sous réserve de l'article 265 ».

prélever un bien commun sans versement d'indemnité à la communauté. Dans ce cas l'égalité est en effet rompue puisque la répartition, au moins en valeur, entre les masses ne sera pas respectée.

Si une clause de reprise d'apport a été stipulée, le conjoint va récupérer le bien qu'il avait apporté à la communauté et cela sans verser aucune indemnité. A ce titre cette clause se rapproche du préciput. De plus la clause alsacienne va également rompre l'égalité puisqu'en récupérant son bien, le conjoint le sort de la communauté. Cela revient donc à ce que ce conjoint reçoive une part de communauté plus importante, quand bien même il s'agissait d'un bien initialement propre.

Les clauses de liquidation alternative consisteront à prévoir que certaines règles s'appliqueront en cas de divorce tandis que d'autres s'appliqueront en cas de liquidation par décès par exemple.
Il s'agit donc en clair de distinguer les effets de la dissolution du régime selon la cause de rupture du lien matrimonial. A titre d'exemple, la clause de reprise d'apport est une clause s'apparentant à une clause de liquidation alternative, puisqu'elle ne trouvera à s'appliquer que lorsque le mariage sera dissout par divorce. Si le mariage se dissout par décès, il sera souvent prévu que la clause n'aura pas à s'appliquer.
De même, le préciput est souvent stipulé pour ne s'appliquer qu'en cas de décès. Pour autant les futurs époux auront la possibilité dans ce cas, d'exprimer le souhait de voir ces clauses appliquées quand bien même le mariage serait dissout par divorce.
Ce type de stipulation semble être en accord avec la possibilité offerte aux époux d'exprimer une volonté contraire à une application en cas de divorce. Cette possibilité reste toutefois soumise au jeu de l'article 265 du code civil, lequel régit les conséquences du divorce sur les avantages matrimoniaux et donation stipulés entre époux selon la date d'effet de chacun de ces mécanismes.

Section 2 : la prise en compte effective des conséquences de l'adoption de certains mécanismes.

Dans ce cas il s'agira en partie de prendre en compte l'ensemble des dispositions du contrat de mariage et de prévoir les effets non pas du divorce en lui même mais de ces dispositions particulières.

Si afin de répondre à leur objectif de protection de leur conjoint ou du patrimoine, qu'il soit personnel ou commun, les futurs époux ont pu adopter certaines clauses spécifiques, il semble nécessaire d'aller plus loin dans leur réflexion et ne pas penser uniquement aux bénéfices apportés par ces clauses pour tenir compte des effets de chacune de ces dispositions (§ 1). Une fois les effets assimilés, les futurs époux peuvent se rendre compte de l'inadéquation de ceux-ci vis-à-vis de leur volonté. Ils devront alors envisager de mettre en place des stipulations visant à contrer ces effets (§ 2).

§ 1.L'impact des choix préalablement effectués par les époux au moment du divorce

Le code civil opère une distinction selon le moment où les avantages matrimoniaux et les donations produisent leur effet. Ainsi selon que ces mécanismes juridiques produisent leur effet pendant le mariage ou à la rupture du lien matrimonial, ils seront soumis à un principe d'irrévocabilité ou de révocabilité (A). Ce principe mis en place par le code civil n'est pas toujours opportun à l'égard de la volonté des futurs époux (B).

A- Un principe d'irrévocabilité face à un principe de révocabilité

La réforme de 2004[74] a supprimé le système reposant sur l'idée d'une sanction vis-à-vis de l'époux fautif dans le cadre d'un divorce. Il ne s'agira pas en l'espèce d'analyser les effets avant le 1er janvier 2005, qui eux reposaient en grande partie sur la responsabilité de l'époux fautif, mais uniquement les principes mis en place par la loi nouvelle.

La réforme de 2004 a institué un nouvel article. C'est article 265 du code civil qui prévoit désormais le principe en matière d'effet du divorce sur les avantages matrimoniaux et donations effectués entre époux ou par contrat de mariage. Cet article met en place une dichotomie en distinguant : d'une part les avantages et libéralités produisant effet au cours de l'union matrimoniale et d'autre part, les avantages et libéralités ne produisant des effets qu'au moment de la dissolution. Chacune de ces catégories auront des effets différents lors de la dissolution du régime mis en place par contrat de mariage.

[74] Loi du 26 mai 2004, n°2004-439.

Selon les mécanismes choisis, il va y avoir des conséquences directe sur un éventuel divorce. Ainsi il faut faire la distinction entre les dispositifs dont les effets seront ressentis pendant le mariage et ceux dont les effets ne seront ressentis qu'après le mariage donc au moment du divorce. Le texte prévoit expressément cette distinction. Le premier alinéa dispose que « le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage et sur les donations de biens présents quelle que soit leur forme ».
Le second alinéa prévoit lui que « Le divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial […] et des dispositions à cause de mort, accordés par un époux envers son conjoint par contrat de mariage […] ».

Il en ressort donc pour les futurs époux, un impact non négligeable lors de la rédaction de leur contrat de mariage. En effet, lors de l'adoption d'avantages ou de libéralité, ayant effet pendant le mariage, dans ce cas s'appliquera le principe de l'irrévocabilité. Ainsi toutes les stipulations ayant un objet immédiat ou pendant le mariage seront soumises à un principe général d'irrévocabilité.
Ce principe est un effet direct du choix initial des époux. D'où l'importance de leur information au moment de la rédaction de leur contrat de mariage. Seront ici concernés les donations de biens présents, mais également le choix du régime matrimonial.

Autrement qu'est ce que qui justifie le principe de l'irrévocabilité ? On est dans un souci de sécurité juridique. Il s'agit de ne pas permettre une remise en cause de mécanisme ou d'une disposition ayant déjà produit leur effet à l'égard du bénéficiaire. Il s'agit également de sécuriser le droit des tiers (notamment afin d'éviter les situations telles qu'issues de l'arrêt de la 3ème chambre civile de la Cour de Cassation du 24 septembre 2003 où une hypothèque consentie par l'époux bénéficiaire d'une donation de bien présent avait été annulée suite à la révocation ad nutum de la donation suite au divorce).

Une distinction doit toutefois être établie au regard des donations à terme de biens présents. En effet ces donations si elles sont faites avec un effet immédiat ne se réaliseront qu'au moment de la dissolution du régime. Ce type de donation bénéficie d'un statut particulier et seront elles, soumises au principe de révocabilité[75]. Ces donations seront

[75] Tel sera le cas d'une clause de réversion d'usufruit qui est analysée comme une donation à terme de biens

révocables tant que le terme n'est pas intervenu[76].

Concernant les dispositifs ayant effet après le mariage, donc au moment de la dissolution par divorce notamment : s'applique un principe de révocabilité. Sont concernés les clauses ayant vocation à ne produire des effets qu'à l'issu du mariage et a fortiori au moment du divorce. Donc par exemple les clauses qui ne trouveront à s'appliquer qu'en cas de dissolution du régime matrimonial. Tel sera le cas de toutes les stipulations de reprise d'apport, de préciput, de prélèvement moyennant indemnité, des institutions contractuelles, d'attribution intégrale de communauté…

C'est une révocabilité qui s'applique de plein droit. L'intérêt de cette révocabilité de plein droit est réel puisqu'elle permet d'éviter les situations problématiques qui ont pu se poser sous l'empire de l'ancien droit[77]. En effet, les dispositions relatives aux avantages matrimoniaux et donations restaient maintenues alors que les époux avaient divorcé, ce qui conduisait lors de la succession d'un époux de rechercher s'il y avait eu renonciation tacite ou même d'appliquer parfois ces avantages matrimoniaux alors qu'il était divorcé, voire remarié[78].

Malgré les objectifs louables poursuivis par le nouvel article 265, toutes les problématiques n'ont pas été résolues. Ainsi les futurs époux peuvent avoir de réels intérêts à modifier, voire à ne pas faire jouer, ces principes lesquels peuvent s'avérer dans certains cas assez problématique.

B- L'opportunité de prévoir des dispositions contraires

En plus de ne pas être opportun à l'égard de la volonté des futurs époux, ces principes d'irrévocabilité et de révocabilité peuvent déjouer l'intérêt même des clauses adoptés par les époux. Ce sont des principes rattachés aux caractéristiques propres des différents dispositifs mis en place par les époux. Il s'ensuit que les époux doivent donc être particulièrement

---

présents (Cass. Ch. Mixte, 8 juin 2007, n°05-10.727). Pour de telle donation consentie avant le 1er janvier 2005, il s'agissait d'une révocabilité ad nutum. C'est toujours le cas aujourd'hui. Ne s'appliquera pas la révocabilité automatique et les futurs devront donc être attentifs à insérer une clause de résolutoire en cas de divorce.

[76] Art. 1096 al. 2 du code civil.

[77] Selon les principes applicables avant la loi du 26 mai 2004.

[78] Avant la loi de 2004, le divorce prononcé aux torts exclusifs d'un époux entraînait à son encontre la déchéance de toutes les donations et avantages matrimoniaux que son conjoint avait pu lui consentir. Dans les autres cas de divorce, la révocation n'était pas automatiquement et en l'absence de précisions des époux, ils étaient présumés maintenus.

attentif, au regard de leurs objectifs, à l'adoption de tout type de clauses.

Il paraît donc essentiel et nécessaire pour les futurs époux de tenir compte de ces deux principes lors de l'adoption de certains dispositifs, d'autant plus quand il s'agit de prévoir un événement futur comme leur divorce. En effet la plupart des clauses qui seront adoptées dans un tel but d'anticipation, ne trouveront à s'appliquer et produiront leurs effets qu'au moment de la survenance de l'évènement prévu (étant en l'espèce le divorce).

Or ce types de clauses va être automatiquement révoqué puisque ce sont celles ayant effet à la dissolution du régime. Dès lors, une question se posera nécessairement dans ce cas : quel intérêt pour les époux de prévoir ces clauses si elles sont automatiquement révoquées alors même que leur essence est de régir le partage ou les modalités applicables en cas de divorce ? Si les époux ont prévu des clauses spécifiquement dans le but d'anticiper leur divorce, il semble logique qu'ils souhaitent maintenir ces clauses en cas de divorce.
Il aurait peut être mieux valu que la loi de 2006 face une distinction entre les clauses prévues pour s'appliquer en cas de décès et celle prévues pour s'appliquer en cas de divorce[79].

A contrario, des clauses ayant produit leurs effets pendant le mariage, ont la plupart du temps pour cause l'union elle même. Les avantages ainsi consenties le sont dans l'intérêt du couple et de la famille nouvellement constituée. Dès lors que cette union est dissoute par divorce, les avantages consenties ou donations faites n'ont plus de cause et les époux peuvent alors avoir la volonté de révoquer les avantages consentis. Or ces derniers, ayant produit des effets pendant le mariage, ils sont soumis au principe d'irrévocabilité.

Ainsi il pourrait paraître opportun de prévoir des clauses qui vont contrevenir à ces deux principes.

Les époux peuvent tout à fait, selon l'article 265 du code civil, maintenir les donations et avantages consentis, alors même que celles-ci auraient été révocables de plein droit. Dans l'autre sens en revanche, se pose la question : est-ce que les époux peuvent décider de rendre irrévocable une donation ou avantage qui devraient être révocable ? Et vice-versa, est-ce que les époux peuvent décider d'un commun accord de rendre révocable un avantage qui serait irrévocable ?

[79] Proposition formulée par la 3ème Commission du 106e Congrès des notaires de France.

Malgré une réelle opportunité de déroger à ces règles, se pose inévitablement la question de l'impérativité de celles-ci. En effet, il peut y avoir un vrai décalage entre les souhaits des époux et la nouvelle réforme (incluant la nouvelle dichotomie). Dans ce cas subsiste alors une question pour les futurs époux : est-ce qu'ils ont la possibilité de déroger à ce principe et décider que l'avantage stipulé ne sera pas révoqué de plein droit en cas de divorce ou au contraire ne sera pas irrévocable ?

§ 2. La possibilité laissé aux époux de contrevenir à ces principes généraux par le contrat de mariage

Les possibilités légales et admissibles sont si peu nombreuse (A) au regard de l'importance de la problématique que cela oblige la pratique notariale et les futurs époux à imaginer des mécanismes permettant de déjouer ces règles (B).

A- Les possibilités légales de déroger au principe de révocabilité et d'irrévocabilité

Certains dispositifs ne vont pas être susceptible d'aménagement par les époux tandis que d'autres connaissent des dérogations légales. S'il paraît opportun de déroger au principe de révocabilité et d'irrévocabilité, est-ce que cela est possible par la seule volonté des époux ?

Comme il a été vu précédemment, s'agissant des donations consenties au sein d'un contrat de mariage, celles-ci sont soumises à un statut particulier et sont irrévocables[80]. Les époux ne peuvent donc pas révoquer de telles donations, pas même d'un commun accord. Ainsi, même si cela pourrait se révéler opportun, les futurs époux n'auraient pas la possibilité de déroger au principe de l'irrévocabilité de ces donations.
Cependant, malgré cette impossibilité précise, il y a d'autres cas qui méritent d'être analysés.

Les révocations de la donation de biens présents consenties par contrat de mariage n'est possible que dans les conditions prévues par les articles 953 et 954 du code civil[81]. Or ces articles ne prévoit aucun cas de révocation conventionnelle et soulève alors la question de

[80] Ces donations sont soumises à l'irrévocabilité ordinaire des contrats (art. 1134 du code civil) et non à l'irrévocabilité spéciale des donations (art. 943 à 946 du code civil).
[81] Principalement pour des causes d'inexécution de charge ou d'ingratitude.

la possibilité d'adopter une clause résolutoire au sein des donations de bien présents. Le législateur semble intervenir au cas par cas, et il est à ce même titre intervenu en 2006 afin d'autoriser les clauses de reprise d'apport dont l'existence et l'intérêt était menacé par le nouvel article 265. C'est ainsi que l'alinéa 3 de l'article 265 consacre une exception au titre de la clause alsacienne[82]. L'alinéa vise spécifiquement l'insertion de la clause au sein du contrat de mariage. Cela révèle la possibilité pour les époux de contrevenir à l'irrévocabilité des donations de biens présents uniquement dans ce cas précis. Il s'agit en réalité de la simple reconnaissance de la validité de la clause alsacienne qui avait été remis en cause par l'article 265 du code civil. En effet, au regard du nouvel article, cette clause n'aurait plus eu aucun intérêt si elle était soumise au principe d'irrévocabilité des donations de biens présents et cela aurait pu induire les futurs époux à ne plus consentir de donations de bien propre à la communauté.

A côté de cela, il existe une possibilité de déroger au principe de révocabilité : notamment dans le cadre d'une clause de prélèvement moyennant indemnité. Si les époux ont opté pour une valeur déterminée au sein du contrat de mariage et si cette valeur s'avère favorable au conjoint bénéficiaire cela pourrait être qualifié au moment du divorce comme un avantage matrimonial ayant effet au moment de la dissolution et donc à ce titre révocable de plein droit. Les époux peuvent avoir un intérêt dans ce cas à ne pas souhaiter que la révocation de plein droit joue. Dans ce cas ils peuvent y renoncer. Le juge vérifiera au moment du divorce, la volonté *ab initio* du couple[83].

Il est ainsi possible de constater que le législateur lui-même reconnaît que l'intérêt de certaines clauses dépendent de leur issus lors d'un divorce. Que dès lors le principe de révocabilité et d'irrévocabilité ne peuvent dépendre uniquement de la date d'effet de ces clauses. C'est dans cette même logique, que la pratique tente d'introduire de plus en plus de mécanisme visant à déroger à ces principes.

B- Une pratique visant à déroger aux principes de l'article 265

Afin d'éviter les conséquences, parfois inopportunes, des principes de révocabilité et

[82] Cf. supra.
[83] C'est un procédé qui a été validé au sein d'une réponse ministérielle du Garde des Sceaux en date du 27 mai 2009 : JOAN QR, 2009/05/26, p. 5148.

d'irrévocabilité, la pratique notariale a imaginé mettre en place certaines clauses particulières. A été alors envisagé deux aspects : soit il s'agit de contrevenir au principe de révocabilité : en posant par exemple une clause d'irrévocabilité ou simplement en prévoyant que la révocabilité ne sera pas automatique. Ou soit il s'agit de dire que le dispositif ne sera applicable que dans certains cas, se retrouve alors la question des clauses alternatives et notamment la question des clauses de non-divorce qui suspendent le dispositif à l'absence de divorce. Dans ce dernier cas, cela revient à soumettre une donation ou un avantage (ayant effet pendant le mariage) à une clause de non-divorce et donc de les soustraire au principe d'irrévocabilité.

C'est ainsi par exemple qu'a pu être inséré des clauses de non divorce relativement à des stipulations accordant des avantages particulier à l'un des époux. Tel est le cas de la clause d'attribution intégrale de communauté, où la jurisprudence a décidé depuis un moment qu'il était tout à fait possible pour les futurs époux de conditionner la subsistance d'un tel avantage, à la continuité du lien matrimonial et à sa dissolution pour une cause uniquement : celle du décès[84].

L'insertion de telle clause de non-divorce a été jugée strictement par la cour de Cassation, en reprenant une solution reconnue sous l'empire de l'ancienne loi[85]. En effet si le doute subsistait quant à la validité de ces clauses et notamment quand à l'impérativité des règles de l'article 265, cette dernière a clairement tranché dans un arrêt du 14 mars 2012[86]. Cet arrêt répond à la problématique ciblée et énonce l'impérativité des principes de révocabilité et d'irrévocabilité. Cet arrêt permet par ailleurs d'opérer une distinction claire : les futurs époux ont la possibilité de poser des conditions aux donations de biens à venir, dès lors que ceux sont ci soumis au principe de révocabilité. En revanche, la cour consacre

[84] V. Cass. Civ., 10 mai 1937 : DH 1937, 361 : où la Cour énonce : « que la convention du contrat de mariage... était d'ailleurs licite ; qu'en effet, les parties au pacte matrimonial, libres de ne consentir aucun avantage, étaient libres aussi de subordonner à telles ou telles conditions de leur choix les dérogations qu'il leur plaisait d'apporter, dans l'intérêt de l'un ou de l'autre d'entre elles, à la règle générale du partage de la communauté par moitié ; qu'il leur était loisible spécialement de limiter à certaines hypothèses strictement précisées, la création pour le survivant du droit exceptionnel à une part de communauté excédant la moitié".

[85] Une solution semblable a en effet été retenue pour les donations effectuées sous l'empire de la loi antérieure à 2004. Dans un arrêt du 13 décembre 2005 la Cour a décidé « qu'aucune disposition légale n'interdit à l'époux qui consent une donation à son conjoint pendant le mariage d'assortir celle-ci d'une condition dont l'inexécution entraînera la révocation... La clause par laquelle un époux subordonne la donation faite à son conjoint durant le mariage au cas où celui-ci lui survivrait, à la persistance du lien matrimonial ou à l'absence de toute action entreprise pour y mettre fin, n'est pas en soi illicite et est justifiée, sauf intention de nuire, par la nature même de cette libéralité... » (Cass. 1ère Civ., 13 déc. 2005, n° 02-14-135).

[86] Cass. 1ère Civ., 14 mars 2012, n° 11-13.791.

clairement l'impossibilité de stipuler des conditions (résolutoire ou clause de non-divorce) ou réserves aux donations de biens présents ou avantages ayant effet pendant le mariage.
Est ainsi visiblement réduite l'efficacité des clauses de non-divorce relativement au principe d'irrévocabilité.

Vis-à-vis de la révocabilité, il y a-t-il plus d'ouverture ? Le statut de révocabilité est soumis, hors des cas de donation, à la qualification en avantage matrimonial ou non. C'est ainsi que la qualification même en avantage matrimonial, devient de plus en plus importante.
Les futurs époux pourraient ainsi être tentés de ne pas qualifier une disposition en avantage matrimonial pour déjouer les principes de l'article 265. Quand bien même cette qualification ne dépendrait pas de la volonté des époux, cela obligerait les juges à analyser et à qualifier sans cesse des dispositions mises en place par les époux.

Si l'on s'en tient à la qualification d'avantage matrimonial, toutes les dispositions prévues pour la dissolution du régime vont trouver à s'appliquer pleinement à partir du moment où elles ne sont pas qualifiées comme tel.

Or certaines clauses sont parfois qualifiées d'avantage matrimonial dès lors qu'elles constituent un avantage procuré à un des époux par rapport à ce qu'il aurait perçu dans le régime légal de communauté. En s'attachant à ce critère, il n'est que possible de constater que la majorité des clauses pouvant être adoptés, si ce n'est pas toutes, sont spécifiquement mis en place pour procurer un avantage particulier à l'un, l'autre ou aux deux époux. C'est ainsi que la clause d'attribution intégrale de la communauté a été jugée comme étant un avantage matrimonial. De même tout ce qui est modification de calcul des récompenses a parfois été qualifié d'avantage matrimonial tout comme les clauses de répartition inégale.

Il relèvera alors de la volonté des époux de se manifester s'ils souhaitent maintenir ces avantages, dans le cas où ces derniers seraient effectivement qualifiés d'avantage matrimonial. C'est ainsi que la clause d'attribution intégrale de communauté a été jugée comme étant un avantage matrimonial. Pour autant, en période de divorce, l'accord des époux n'est pas souvent au rendez-vous et il est possible que l'époux ayant consenti à l'avantage refuse de maintenir l'avantage consenti, d'où l'intérêt de prévoir *ab initio* la renonciation à la révocation de plein droit. De nombreux auteurs considéraient qu'une telle révocation anticipée était possible au regard de la liberté contractuelle[87].

[87] J.-Cl., Civil Code, art. 263 à 265-2, n° 33. V. également Rép. Min. à QE n° 18632, JOAN Q, 26 mai 2009.

A ce jour pourtant, et au regard de l'impérativité énoncée de l'article 265 du code civil, une telle affirmation est beaucoup moins sûre. Et il convient d'inviter les futurs époux à être relativement attentifs à la rédaction de telles clauses. Il est cependant possible de constater qu'en la matière une première limite est véritablement posée à la rédaction libre des conventions matrimoniales.

Partie 2 : Le contrat de mariage et la désunion

Si la liberté matrimoniale est le principe en matière de contrat de mariage, ce principe fait face à quelque exception plus ou moins importante.
Ainsi les époux seront parfois limités dans le cadre de l'exercice de leur libre volonté (chapitre 1). D'autre part, ces derniers seront aussi limités au regard de certaines conventions étrangères qui ne sont difficilement reconnues par le droit interne français, malgré la tendance permissive du droit européen (chapitre 2).

Chapitre 1 : Les limites et contraintes à la volonté des époux

Les limites existantes à la libre volonté des futurs époux seront de deux types. Les futurs époux seront ainsi confrontés à des limites purement juridiques (section 1) mais également à des limites factuelles (section 2).

Section 1 : Des limites juridiques surmontables à la volonté des époux

A l'instar de la liberté contractuelle, les futurs époux ne disposent pas d'une liberté totale dans le cadre de l'anticipation de leur divorce. Les règles légales impérative conduisent à des limites juridiques, qui si elles sont bien présentes ne paraissent pas toujours insurmontables. Ces limites juridiques forment l'ordre public impératif qui est constitué par deux branches distinctes : le régime primaire (§ 1) et l'ordre public matrimonial (§ 2).

§ 1.Le noyau dur du régime primaire

Le régime primaire forme un corpus de règle s'imposant à l'ensemble des régimes matrimoniaux. Les époux ne peuvent donc pas y déroger par un contrat de mariage. Ce sont des règles impératives (A). Pour autant, le législateur a prévu certain cas où les époux peuvent aménager les règles issues de ce corpus impératif. De même, la jurisprudence tend parfois à élargir les cas où le régime primaire ne serait plus aussi impératif qu'à l'origine (B).

A- Une application obligatoirement à tous les régimes matrimoniaux

Les règles du régime primaire sont prévues par le code civil aux articles 212 à 226. Ces articles ont été réformés par la loi du 13 juillet 1965 et mettent en place "un statut matrimonial de base". Ce statut a un caractère impératif et est applicable "par le seul effet du mariage"[88].

Le régime primaire s'applique à partir de la célébration du mariage et ce jusqu'à la dissolution de l'union matrimoniale.
De plus s'agissant de son application territoriale, la cour de Cassation a pu décider qu'en tant que statut impératif de base son application "se justifiait au titre d'une loi de police, et que les dispositions étaient d'application territoriale"[89].
Le champ d'application, tant temporel que territorial, du régime primaire est donc le plus large possible puisqu'il tend à s'appliquer à l'ensemble des régimes matrimoniaux pouvant être adoptés par des français, que ce régime soit conventionnel ou légal.

Le régime primaire est donc un élément qui va venir restreindre le principe de liberté des conventions matrimoniales. Il énonce en effet des droits et devoirs des époux auxquels ces derniers ne pourront pas déroger par voie conventionnelle.

Ces articles imposent aux époux le respect de certains droits et obligations respectifs. Il s'agit pour certains de droits personnels (article 212, 213 et 215 al. 1er) et pour d'autres des dispositions d'ordre pécuniaires (article 216 à 226). Ce statut tend à mettre en place un certain nombre de règle élémentaire à un mariage stable juridiquement dans un but de protection de l'intérêt de la famille. Cela inclut un principe d'égalité entre les époux notamment en matière de pouvoir. C'est ainsi par exemple que la clause d'unicité d'administration[90] ne saurait être admise au sein d'un contrat de mariage car elle contreviendrait au principe d'indépendance reconnu à chaque époux dans le cadre de la gestion de ses biens propres. Pour certains couple le régime primaire suffit à organiser leur quotidien dès lors qu'il permet de mettre en place des règles de base concernant leurs

[88] Art. 226 du code civil.
[89] Cass. 1ère Civ., 20 oct. 1987, *Cressot* : Rev. Crit. DI. 1988, p. 540, note Y Lequette.
[90] Clause selon laquelle les époux peuvent convenir que le mari détiendrait l'administration des biens de la femme. Cette clause était prévue par l'ancien article 1505 qui a été abrogé par la loi du 23 décembre 1985, n°85-1372. .

revenus, leur logement ou encore leurs charges. En effet, selon certains auteurs, "en un sens, le “régime primaire” est celui sous lequel on vit. Le régime proprement dit est celui sous lequel on meurt"[91]. Pour autant ces règles semblent loin de suffire pour régir dans son ensemble la complexité d’un régime matrimonial. C’est ce qui pourrait justifier le principe de liberté accordé aux époux afin de compléter les règles du régime primaire.

Ainsi dans le cadre de la prévoyance de leur divorce, les futur époux seront automatiquement limités dans le cadre de leur liberté matrimoniale, par les dispositions énoncées par le régime primaire.

Pour exemple, l’article 215 du code civil énonce l’impossibilité pour l’un des époux de disposer seul du logement de la famille. Cette règle vaut même si le logement de la famille est situé au sein d’un bien propre à cet époux. Dès lors qu’il s'agisse d’un bien propre ou d’un commun, l’accord des deux conjoints sera nécessaire. Aucune dérogation ou disposition contraire ne saurait être permise par contrat de mariage.

Il semble donc impossible d’imposer à un époux, au sein du contrat de mariage un devoir ou une obligation contraire à ces principes de base. Pour autant, le législateur lui même a prévu des cas dans lesquels la liberté des époux serait ré-instituée et les époux eux même tentent à de nombreuses reprises, parfois fructueuses, parfois infructueuses, de déroger à ces principes.

B- Des dérogations permises aux règles du régime primaire

Quand bien même les règles du régime primaire sont impérative et d’ordre public, certaine de ces dispositions peuvent être aménagées par les époux.

C’est le cas de l’article 214 du code civil qui règlement uniquement à défaut de volonté contraire des époux, leur contribution aux charges du ménage proportionnellement à leur facultés respectives.

Ainsi même si cette disposition fait partie du corps du régime primaire, il est permis expressément aux futurs époux d’y déroger par convention matrimoniale. Pour autant cette dérogation ne saurait constituer, selon l’avis unanime de la doctrine, une exemption totale de contribuer pour l’un des époux. Ainsi, en accord avec cette dispense législative, la jurisprudence a pu valider la portée de la clause stipulant que chacun époux aura contribué au

[91] V. J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux* : Armand Colin, 2e éd. 2001, n° 55, p. 46.

jour le jour à sa part et qu'aucun compte ne devra être fait à l'issu du mariage[92]. Ce qui permet de tempérer les effets de l'un des articles du régime primaire (art. 214 du code civil). La portée de ce tempérament est toutefois limitée en l'espèce puisque c'est le législateur lui-même qui a énoncé cette possibilité. Cela reste pourtant une possibilité très intéressante pour les époux en vue d'anticiper leur divorce.

De même l'article 215 oblige les époux à une communauté de vie. Ce serait donc une règle impérative. Or l'article 108 du même code autorise les époux à avoir un domicile distinct sans pour autant porter atteinte à la communauté de vie. Ici, c'est également le législateur qui permet de contrevenir aux obligations prévues par le régime primaire.
Ainsi, certains des devoirs du mariage semblent pouvoir eux mêmes être conventionnellement aménagés.

Il y a cependant en la matière d'autre piste, émise cette fois par la jurisprudence et issue de la volonté grandissant des époux de déjouer les règles impératives du régime primaire les jugeant parfois désuètes. En effet, les règles du régime primaire sont liées pour partie aux mœurs de la société. Et c'est à ce titre que l'article 1387 énonce l'obligation de respecter les bonnes mœurs au sein des conventions matrimoniales. Les bonnes mœurs font parties d'un vaste champ tendant à évoluer en même temps que la société. Il semble donc opportun de penser que les bonnes mœurs de 1804 ne sont plus les mêmes qu'aujourd'hui. C'est ainsi que certaine notions ne semblent plus avoir la même force à la lumière des normes sociétales du XXIème siècle.

Tel est le cas de l'obligation de fidélité qui est largement atténuée de nos jours. L'adultère n'étant plus une cause de divorce, l'obligation de fidélité, même si elle reste proclamée au titre des règles du régime primaire, se trouve "affaibli".
L'affaiblissement de cette obligation est remarquable jusque dans certaines décisions qui ont pu admettre que n'était pas contraire aux bonnes mœurs la donation faite à une concubine adultère en vue du maintien de cette relation[93]. La jurisprudence a également admis la possibilité de "prévoir au sein des conventions de divorce sur requête conjointe une dispense mutuelle de fidélité"[94].

[92] *Cf. Infra* ; V. Arrêt Civ. 1ère, 3 mars 2010 ; V. Arrêt du 25 sept. 2013, n°12.21-892.
[93] V. Cass. ass. plén., 29 oct. 2009, n°03-11.238.
[94] V. TGI Lille, 2- nov. 1999, D. 2000. 254, note Labbée.

Force est de constater, même si ces décisions ne concerne pas directement le contrat de mariage et l'éventualité d'une disposition contraire à l'obligation de fidélité, que cette dernière est grandement malmené depuis un certains temps. Cette évolution conduit la doctrine à "ne plus voir dans l'obligation de fidélité qu'un élément relevant des relations privées susceptible d'aménagements contractuels"[95].
Ainsi au delà du cadre de la prévoyance de leur divorce voir de ses effets et à l'instar de l'évolution de mœurs, les époux peuvent être tentés d'introduire au sein de leur contrat de mariage une dispense de fidélité. Celle-ci aurait alors pour conséquence d'éviter qu'un divorce pour faute puisse être engagé pour raison d'infidélité.

A terme, l'ensemble des ces jurisprudences pourraient conduire à l'admission d'une dispense de fidélité ou tout du moins un aménagement de cette obligation au sein même du contrat de mariage. Si une telle disposition est valable au sein des conventions de divorce, celle-ci pourrait l'être au sein d'un contrat de mariage. Cependant une telle admission, reviendrait à une libéralisation extrême du mariage et contreviendrait certainement à l'institution elle même qu'est encore aujourd'hui l'union matrimoniale. Ce statut d'institution tend pourtant aujourd'hui à s'effacer au profit d'un simple statut de contrat.
A contrario, d'autre décision ont elles renforcé le statut de l'obligation de fidélité en l'imposant même pendant la procédure de divorce[96].

A ce jour, et au regard des jurisprudences fluctuantes en la matière, il semblerait imprudent d'inciter les époux à inclure au sein de leur contrat de mariage de telles dispositions contrevenant aux obligations et devoirs énoncés par le régime primaire (hors les cas expressément permis par le législateur). Les règles du statut de base impératif ne sont pas les seules dont les époux doivent tenir compte, ils doivent aussi prendre en compte l'ordre public matrimonial.

[95] Philippe, *Quel avenir pour la fidélité ?*, Dr. Fam. 2003. Chron. 16.
[96] V. Bordeaux, 7 nov. 2000, RTD civ. 2002. 78, obs. Hauser ; V. CA Paris, pôle 3, ch. 3, 17 nov. 2016, n°14/14482.

§ 2.Le respect de l'ordre public

L'ordre public tout comme le régime primaire s'impose aux époux lors de la rédaction de leur contrat de mariage (A). Les époux se retrouvent dans ce cadre confrontés à deux pans de l'ordre public : l'ordre public général mais également l'ordre public spécial des régimes matrimoniaux. Il convient alors d'articuler ces deux pans de l'ordre public entre eux et cela conduit inévitablement à constater des discordances induisant une certaine atténuation de l'ordre public général (B).

A- Un principe d'impérativité

Les conventions matrimoniales, et donc le contrat de mariage, ont l'obligation de respecter l'ordre public, tant l'ordre public général prévu par l'article 6 du code civil[97] que l'ordre public spéciale aux régimes matrimoniaux prévus notamment les articles 1387 et suivants du même code. Certaines clauses vont alors pouvoir être considérées comme contraire à l'ordre public général ou à l'ordre public spécial applicable aux régimes matrimoniaux et être interdites à ce titre.

Certains articles du code civil étant d'ordre public vont donc s'imposer aux futurs époux. Tel est le cas de l'article 1443, al. 2. Au titre de cet article, les pactes de séparations conclus d'un commun accord entre les époux sont nuls[98].

Certaines dispositions d'autres codes, jugées d'ordre public vont également s'imposer aux époux. C'est ainsi par exemple, que le statut du fermage étant un statut impératif va s'imposer aux futurs époux qui ne pourront pas prévoir au sein de leur contrat de mariage des dispositions qui pourraient contrevenir à ce statut impératif[99]. C'est en ce sens que Bernard

[97] Art. 6 : "On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.".
[98] V. Civ., 14 juin 1882, DP 1883. 1. 248. ; Civ. 2 janv. 1907, DP 1907. 1. 137. ; Civ. 2e, 22 avr. 1977, D. 1977. IR 359.
[99] V. B. Vareille, *Régimes conventionnels : limites de la liberté des conventions matrimoniales, règles d'ordre public*, RTD Civ. 2006. 819 : relatif au statut d'ordre public du statut du fermage ; V. Arrêt du 28 juin 2006. ""Les exigences qui président à l'attribution du droit de continuer l'exploitation en qualité de fermier ne sauraient être contournées par la clause contraire d'un contrat de mariage. Entre une disposition légale et une clause contractuelle obéissant en réalité toutes deux à 'la même finalité, la première prend nécessairement le pas sur la seconde, par la prééminence ordinaire de l'ordre public sur les conventions particulières. Les considérations d'intérêt général prévalent sur les choix affectifs du défunt.".

Vareille a pu commenter un arrêt du 28 juin 2006 en énonçant la "prééminence ordinaire de l'ordre public sur les conventions particulières".
Il faut en déduire que les clauses insérées au sein du contrat de mariage et dérogeant aux principes jugés d'ordre public général ne sauraient être valables. Ainsi, par exemple, les époux ne pourraient décider au sein de leur contrat qu'ils se sépareront suite à un accord mutuel.

S'agissant de l'ordre public spécial, son principe de base est énoncé à l'article 1387 du code civil lequel dispose que "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". L'article 1388 poursuit en énonçant pour sa part l'impossibilité pour les époux "de déroger aux devoirs et droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle".

Le principe de liberté matrimoniale énoncer dans un premier temps semble donc relativement restreint au regard de ces dispositions.
Il en résulte que la possibilité même de choisir son régime peut être relative dans cas particulier pouvant contrevenir à l'ordre public, notamment à l'ordre public successoral. C'est ainsi qu'en cas de changement de régime matrimonial, s'il existe des enfants d'un premier lit, l'adoption du régime de communauté conventionnelle, de surplus associé à une clause d'attribution intégrale, sera systématiquement refusé par le juge en cas de présence d'enfant mineur[100]. Cette position est confortée par une décision du 10 mars 1907 selon laquelle l'accord donné par des enfants à l'adoption d'un tel régime ne vaut pas renonciation à leur action en retranchement.
Ainsi même dans le cadre d'un choix *ab initio* pour le régime conventionnel, quand bien même le juge n'est pas sollicité, il relève du rôle du notaire de prévenir et d'avertir les futurs époux, de l'action dont dispose les enfants non commun dans le cadre du respect de leur réserve héréditaire[101] et des risques existant alors sur l'adoption d'un tel régime, lequel se trouverait alors privé d'effet pour partie en cas d'action des héritiers.

[100] Dans le cadre de la procédure du changement de régime matrimonial, en présence d'enfant mineur le juge sera systématiquement sollicité afin d'homologuer la convention de changement de régime matrimonial. Si ce changement lèse les droits de l'héritier réservataire, qui sont jugés d'ordre public, le juge peut refuser l'homologation (V. CA Paris, 12 mai 1992, D. 1993, p. 217).
[101] En effet les enfants non commun peuvent faire jouer leur action en retranchement afin de réduire les

Encore un aspect visible de l'ordre public matrimonial spécial est celui de l'interdiction d'aménager les règles de l'autorité parentale. De plus, l'article 1389 poursuit en disposant l'interdiction des "stipulations ayant pour effet de modifier l'ordre légal des successions par [...] contrat de mariage". Ces principes fondamentaux étant énoncés, il faut cependant constater la possibilité d'aménager certains aspects liés à ces règles malgré leur statut d'ordre public.
Enfin, l'ordre public matrimonial interdit toute liquidation anticipée du régime matrimonial[102].

Le contrat de mariage est donc soumis à un ordre public spécifique : l'ordre public matrimonial. Il bénéficie donc d'un statut particulier vis-à-vis de l'ordre public. Lequel, malgré ces contraintes, permet certaines stipulations qui ne seraient pas jugées licites en droit commun.

B- Les possibilités d'atténuation de l'ordre public matrimonial entrainant un déclin des règles d'ordre public

Certains auteurs s'interrogent sur l'existence même d'un ordre public matrimonial en constatant le déclin de la solidité du mariage. Les manquements aux devoirs réciproques des époux sont de moins en moins jugés et le divorce pour faute tend pour sa part à disparaître (actuellement le divorce ne semble plus pouvoir être perçu comme une sanction puisque même le fautif peut exiger une prestation compensatoire). L'adultère semble banalisé et ne serait plus que "l'expression de la liberté sexuelle".
De plus la déjudiciarisation partielle du divorce induit inéluctablement que les comportements peuvent ne plus être jugés. Selon X. Labbé, le mariage ne serait alors plus que "l'union de deux individualités jalouses de liberté" duquel il faudrait déduire que "l'ordre public serait essentiellement individuel". Il ne s'agit plus de défendre l'ordre public matrimonial mais simplement individuel. Quoi qu'il en soit l'ordre public matrimonial semble atténué sur de nombreux points.

---

avantages matrimoniaux, excédant la quotité disponible spéciale entre époux, consenties dans le cadre du contrat de mariage (art. 1527 al. 2).
[102] Art. 265-2 du code civil.

Une question primordiale se pose à ce stade : quel intérêt pour les époux, au regard de la prévoyance de leur divorce de contrevenir à l'ordre public ? Il peut avoir un réel enjeu, au regard de certaines dispositions particulières. Tel est le cas notamment des règles d'autorité parentale. Si cela peut parfois sembler opportun, le statut d'impérativité devrait couper court à tout tentative de contrevenir à ces règles. Il faut pourtant constater que certain principe impératif et d'ordre public en droit commun ne s'appliquent pas aux régimes matrimoniaux et a fortiori au contrat de mariage. C'est ainsi que certains principes jugés d'ordre public sont parfois confrontés à des dispositions législatives pouvant être interprété comme permettant de déroger au principe au moins pour partie.

Les époux ont la possibilité expressément prévue par le code civil de rédiger au sein de leur contrat de mariage, des stipulations ayant pour objet d'organiser les règles relatives aux modalités de l'exercice de l'autorité parentale. Cela est possible alors même qu'il est prévu que les époux ne peuvent déroger aux règles relatives à l'autorité parentale. Cette discordance pourrait se justifier par un champ d'application différent. En effet les conventions pouvant être rédigées par les époux ne vont pouvoir prévoir que les modalités d'exercice de l'autorité parentale. De plus, les modalités ainsi prévues par les futurs époux seront un indicatif permettant au juge de statuer sur l'exercice de l'autorité parentale. La convention sera prise en compte par le juge, mais c'est uniquement lui qui aura le dernier mot.

L'ordre public matrimonial permet également les donations de biens à venir encore appelés "institutions contractuelles", lesquels ressemblent fortement au pacte sur succession futurs qui sont eux interdit en droit commun. En effet, ces institutions contractuelles vont permettre aux époux de se mettre d'accord sur une transmission ou une attribution de propriété à la dissolution du régime concernant des biens qui n'existe peut être pas encore aujourd'hui. Concrètement cela se rapproche clairement d'un pacte sur succession futur. Par ailleurs certaines des clauses d'attribution de biens telles que celles permettant l'attribution d'un bien personnel du prémourant moyennant indemnisation (ou encore dite « clause commerciale » a pu être considéré comme un pacte sur succession futur.
Les clauses de prélèvement moyennant indemnisation ou encore les clauses de préciput peuvent être considéré au même titre comme des pactes sur succession futur.

De même les donations faites entre époux par contrat de mariage bénéficient d'un régime de faveur comme vu auparavant et sont soumise à un ordre public particulier. Il serait même possible de parler d'ordre public aménagé. Le futur époux donateur peut ainsi prévoir de grever la donation de certaines charges particulières qui ne seraient pas possible en matière de donation simple. Les donations entre époux sont en effet spécifiquement dispensées des limites prévues aux articles 943 à 946 du code civil.

Ce sont autant de dispositions particulières au contrat de mariage et dérogeant à l'ordre public général que les époux pourront prévoir au sein de leur contrat de mariage et leur permettant d'anticiper leur divorce. Il est donc possible de dire que l'ordre public matrimonial bénéficie d'un statut particulier distinct des règles communes dans de nombreuses matières. C'est ce statut particulier qui va permettre aux futurs époux d'opter pour des dispositions leur permettant d'anticiper un éventuel divorce et qui aurait pu être jugées illicites dans un simple contrat.

Section 2 : Les limites factuelles à la volonté des époux

Dans le cadre de leur envie de prévoyance, les époux peuvent, en plus des règles d'ordre public, se retrouver confrontés à des limites purement factuelles. C'est ainsi que le contrat de mariage va se devoir se confronter à d'autres outils (§2) dès lors que la survenance de certains faits sont parfois imprévisibles (§ 1).

§ 1.Des faits imprévisibles

Les faits qui ne sont pas prévisibles par les époux se rattachent essentiellement soit à leurs situations personnelles (A) soit à leurs situations patrimoniales (B).

A- Les limites liées à la situation personnelle des futurs époux

D'un premier abord, il semble difficile pour les époux de trouver un accord dès la conclusion du contrat de mariage. Ils sont à ce stade au balbutiement de l'organisation juridique d'une relation conjugale.

En effet à ce stade les futurs époux peuvent se questionner sur la convenance de prévoir une séparation au sein même de l'acte censé concrétiser leur union. Les futurs conjoints peuvent mettre alors une limite morale à une telle anticipation. Ils peuvent estimer que la rédaction de leur contrat de mariage n'a pas à régir leur divorce en occultant l'opportunité de la prévoyance.

De plus, il est fort à parier qu'un accord trouvé à ce stade ne sera pas forcément le même quelques années plus tard. Souvent leur volonté aura inévitablement évoluée au cours du mariage et au fil des années. Cela pour une raison principale : leur situation personnelle et familiale peut avoir changées de configuration. Il y a peut être eu des évènements professionnels ou des reconversions pouvant entraîner des conséquences notables sur leur patrimoine et influant sur leur objectif. Ce sont un ensemble de faits que les futurs conjoints ne peuvent pas prévoir, et cela peut être un premier frein pour fixer des règles durables au sein d'un contrat de mariage, relativement à une situation qui risque inévitablement d'évoluer. Cela se rattache au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Aujourd'hui cette immutabilité est relative, puisque le changement de régime matrimonial permet sous une certaine procédure[103] de pouvoir changer de régime matrimonial ou les règles y afférant. Cela pourrait donc être une réponse à la crainte des futurs époux.

Pour autant lors de l'institution de la "mutabilité contrôlée du régime matrimoniale", une question a divisée la doctrine et la jurisprudence. Cette interrogation concernait l'éventualité d'une révocation ou modification des donations qui auraient pu être réalisées par le contrat de mariage. La cour de Cassation a répondu, à deux reprises, que « l'adoption d'un nouveau régime matrimonial n'entraîne pas de plein droit la caducité des donations que s'étaient consenties les époux par un premier contrat de mariage »[104]. Ces arrêts ont été analysés comme accordant, implicitement, aux époux la liberté de maintenir ou de révoquer les donations qui auraient pu être insérées au sein de leur premier contrat de mariage[105]. Cette position a été admises tant pour les donations entres époux effectuées au cours de mariage que celles entres époux par contrat de mariage.

[103] Procédure prévue par l'article 1397 du code civil.
[104] V. Cass. 1ère Civ., 29 oct. 1974 et Cass. 1ère Civ., 14 mai 1975.
[105] F. Terré et P. Simler, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux* : Précis Dalloz, 7e éd. 2015, n° 248.

Par ailleurs, dans certains cas la question ne se poserait même pas puisque les futurs époux ont la possibilité de stipuler une clause de révocation des donations et avantages matrimoniaux en cas de changement de régime matrimonial.

Si les époux ne peuvent pas prévoir le futur, ils ne peuvent également pas effacer un passé. Ainsi, dans le cadre d'un remariage il faudra nécessairement tenir compte de la précédente union et de l'existence d'enfant d'un autre lit. C'est ainsi qu'un futur conjoint peut se retrouver tiraillé entre son souhait de protéger son nouveau futur conjoint et les droits de ses enfants, héritiers réservataires.

La jurisprudence a admis que le choix pour une protection favorisée du futur conjoint, notamment par l'adoption d'une communauté universelle (a fortiori lorsque celle-ci est accompagnée d'une clause d'attribution intégrale), était possible même en cas de présence d'enfant d'un précédent lit[106]. Ces derniers étant eux mêmes protégés par l'action en retranchement.

Une problématique pourrait également se présenter dans le cadre d'enfant puîné en cas de survenance d'un divorce. En effet dans le cadre d'une donation entre époux par contrat de mariage, l'article 960 prévoit que la survenance d'enfant n'est pas de nature à remettre en cause les donations consenties, dès lors que ce n'est pas une cause de révocation ces donations[107]. Cette position se trouvait justifiait dans le cadre du mariage puisqu'il importait peu que les enfants retrouve les biens données dans la succession de l'un ou de l'autre des parents. Pour autant, si un remariage survient, cela s'avère plus problématique. A l'égard du remariage du donateur, l'enfant né de cette seconde union, ne sera pas héritier de l'ex-conjoint donataire. Cela était auparavant déjoué par la mise en place de clause de liquidation alternative et notamment par la mise en place de clause de non-divorce. Or la validité de telle clause ont été récemment remis en cause. Ainsi à défaut de pouvoir faire jouer son action en retranchement ou en réduction, l'enfant puîné, héritier réservataire, se trouverait privé d'une partie de sa part héréditaire. Les considérations patrimoniales ne doivent donc pas être totalement détachées des considérations personnelles.

[106] V. Cass. 1ère Civ., 28 févr. 2006, n°03-19-206 : "[…] la présence d'enfants issus d'une précédente union de l'un des futurs conjoints ne peut constituer un obstacle au libre choix des époux […] le droit au respect de la réserve héréditaire est, alors, assuré par l'action en retranchement prévue par l'article 1527 du code civil et non par l'annulation du contrat de mariage litigieux".

[107] Renforcé par ailleurs par l'irrévocabilité des donations ayant effet pendant le mariage en cas de divorce (art. 265 du code civil).

B- Les limites patrimoniales

Les intérêts patrimoniaux sont ceux qui sont le plus souvent pris en compte par les futurs époux. Or, en plus des limites juridiques à l'optimisation des intérêts patrimoniaux, se rajoute des limites factuelles.

La première d'entre elles est la composition du patrimoine. Les futurs époux limitent parfois, souvent à tort, leur actif au patrimoine immobilier. A imaginer que les époux ne se marient pas à un âge avancé : ils ont encore des années afin de construire un patrimoine, qu'il soit propre ou commun.
Ainsi à la célébration du mariage ils n'ont peut-être rien à partager et ne trouveront donc pas de réel intérêt à avantager l'autre conjoint à ce moment précis, ni même à prévoir des règles particulière relatives à une éventuelle répartition des biens si un divorce surviendrait. Laissant alors de côté, ou repoussant, cette question lorsqu'ils auront développé un certain patrimoine et notamment immobilier.

Les époux n'étant pas devins, ils ne peuvent pas non plus prévoir les évolutions législatives à intervenir, même si se dessine une tendance générale. Ainsi, la loi du 23 juin 2006 a eu des conséquences importantes. Avant cette loi, le sort des donations entre époux ou avantages matrimoniaux consentis au sein du contrat de mariage, ou pendant le mariage, étaient soumis à la procédure de divorce engagée et à l'attribution des torts entre les époux. Depuis cette loi il y a une distinction à faire. Les donations de biens présents entre époux consenties par contrat de mariage sont toujours eux soumis à une irrévocabilité particulière. Pour autant, les époux, lorsqu'ils consentent une donation ou avantage le font généralement définitivement. Avant cette loi, ils avaient une échappatoire de protection lorsque le divorce n'était pas de leur fait.
Aujourd'hui l'irrévocabilité générale peut être vue comme un frein considérable à la prévoyance des époux s'agissant des donations de biens présents. Cette irrévocabilité demeure même en cas de divorce. A contrario les donations de biens à venir ou les donations de biens présents à terme sont eux révocables.

Un autre fait, et non des moindres, est imprévisible : la prestation financière dite prestation compensatoire due par un des conjoints du fait du divorce dans un but de

compensation du préjudicie pouvant résulter de la rupture du lien conjugal[108]. L'époux peut-il chiffrer avant même d'envisager la séparation le coût de celle-ci ? En droit français cela n'est pas possible.

Il est interdit aux époux de se prononcer sur cette prestation compensatoire au sein de leur contrat de mariage, tant sur son principe que sur ses modalités. Les futurs époux ne peuvent y renoncer, ni au contraire s'engager à verser une telle prestation. Cela est justifié pour une raison principale : l'appréciation faite de l'éventuel préjudice pouvant résulter de la rupture ne peut se faire qu'aux regards des ressources et besoins des époux au moment où le juge statue. Les époux sont dans l'impossibilité matérielle de prévoir leur situation personnelle, professionnelle ou patrimoniale à une période ultérieure. De plus, la nature de la prestation compensatoire est de compenser le préjudice du fait du divorce. Or un tel préjudice n'existe pas au moment de la rédaction du contrat.

Par ailleurs, le juge, lorsqu'il appréciera la disparité que la rupture cause, ne le fera pas au regard de la vie commune antérieure des époux[109].

Cette position est contrebalancée par la possibilité offerte aux époux, sous certaines conditions, de convenir de telles mesures au sein d'une convention régissant la liquidation et le partage de leur régime matrimonial.

§ 2.Le contrat de mariage, un outil de prévision entravé au profit des conventions de divorce

Le code civil énonce l'interdiction pour les époux d'anticiper toute liquidation du régime matrimonial[110]. Pourtant, certains points et effets précis d'un divorce peuvent faire l'objet d'une convention particulière entre époux. C'est vis-à-vis de cet aspect que ces conventions peuvent se révéler, en partie, comme un outil entravant l'anticipation au sein du contrat de mariage (A). D'un autre point de vue, c'est un outil complémentaire à la volonté de préparation ou d'anticipation des époux (B).

[108] La prestation compensatoire est réglementée par les articles 270 à 281 du code civil. L'article 270 en son deuxième alinéa en donne une définition comme étant une somme forfaitaire « destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives ».

[109] V. Cass. 1ère Civ., 1er juil. 2009, AJ Fam. 2009, p. 491, note S. DAVID.

[110] Art. 265-2 du code civil.

A- La préférence du droit français pour une convention post-mariage et pré-divorce

L'outil qu'est le contrat de mariage se retrouve relégué à un second rôle sur certains point précis quant à l'anticipation d'un éventuel divorce. Le législateur ne permettant une "anticipation" qui n'en est plus vraiment une, uniquement lorsque la période de crise survient. C'est ainsi que certaines dispositions interdites au sein du contrat de mariage, pourront être prises au sein de la convention de divorce.

Depuis la réforme sur le divorce du 2004[111], a été mis en place un mode de prévision conventionnel des prestations compensatoires sous des conditions restrictives. Sont ainsi seules autorisées, les conventions pour le partage et la liquidation du régime matrimonial pendant l'instance de divorce[112].
Cette possibilité reconnue par le code civil se limite expressément au cadre de l'instance de divorce. Cette convention vise le partage et la liquidation du régime. Ainsi au sein de cette convention les époux pourront, d'un commun accord, décider de l'ensemble des conséquences et effets de la dissolution de leur régime matrimonial.
Parmi ces conséquences et effets, il faut inclure la fameuse prestation compensatoire dont il est interdit de disposer avant cette période particulière.

C'est une position admise par la jurisprudence qui précise régulièrement que les « époux ne peuvent valablement transiger sur leur droit futur à une prestation compensatoire » dès lors « que aucune instance en divorce n'était engagée à la date de l'accord »[113]. Cette interdiction concerne les dispositions qui seraient prises dans un contrat de mariage mais également celle qui pourrait être prise pendant le mariage.
En soit rien ne semble interdire les époux de stipuler de telles dispositions relatives à prestation compensatoire mais celles-ci seraient privées de tout effet, à moins qu'elles ne soient réitérées au sein de la convention de divorce pour les divorces sur consentement mutuel et dans un accord conclu après la saisine du juge dans le cadre d'un divorce contentieux.

[111] Loi du 26 mai 2004, n° 2004-439.
[112] Possibilité prévue par l'article 265-2 alinéa 1 du code civil.
[113] V. Cass. 2ème Civ., 21 mars 1988, n° 86-16.598 ; Cass. 2ème Civ., 10 mai 1991, n° 90-11.008 ; Cass. 1ère Civ., 3 févr. 2004, n° 01-17.094.

Le juge estime que l'indisponibilité de la prestation compensatoire justifie cette position et il a eu l'occasion de rappeler fermement son monopole en matière de fixation de la prestation compensatoire[114].
Cette position de la Cour, même rendu sous le couvert de l'ancienne loi, a été analysée par la doctrine[115], comme marquant la réticence de la Cour à l'égard d'un établissement conventionnel des prestations compensatoires.

Entre autre, les avantages matrimoniaux consenties par contrat de mariage ne sont pas librement révocables à tout moment. Les époux devront, lorsque de tels avantages ont été inclus au contrat de mariage, attendre la procédure de divorce pour pouvoir les révoquer[116].

Sur ces deux aspects notamment, il n'est que possible de constater que l'outil mis en avant pour effectuer la mission prévisionnelle n'est pas le contrat de mariage, mais une convention établit à l'aube du divorce.

Il est dès lors possible de constater l'inadéquation du rôle des régimes matrimoniaux en défaveur d'un point : celui de la convention en cour de liquidation. Si le rôle du régime matrimonial est recalé au second plan, celui de la volonté des époux lui, est toujours mis en avant.

B- La prise en compte tardive de la volonté des époux

Le droit français interdit toute liquidation anticipée du régime matrimonial. Cette interdiction s'efface pourtant, dans le cadre de l'instance de divorce, face à la volonté commune des époux.

---

[114] V. Cass. 1ère Civ., 14 déc. 2004, n° 02-20.334 : « Sauf lorsque le divorce est prononcé sur demande conjointe, la prestation compensatoire ne peut être fixée que par le juge si bien qu'aucune convention fût-elle notariée relative à l'attribution à l'un d'eux d'une prestation compensatoire ne peut être conclue par les époux ».
V. Cass. 1ère Civ., 25 avr. 2006, n°04-15.347 : « Aux termes de l'article 271 dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 mai 2004, la prestation compensatoire ne peut être fixée que par le juge et ne peut l'être par voie conventionnelle que dans le cadre du divorce sur requête conjointe, ces règles présentant un caractère d'ordre public à l'effet de garantir la liberté du consentement des époux et de préserver leurs droits ».
[115] V. comm. de Larribau-Terneyre ss Cass. 1ère Civ., 14 déc. 2004.
[116] Une éventualité reste toutefois permise : celle de la modification des avantages consentis au même moment que le changement de régime matrimonial. Un tel changement permettrait donc de révoquer ou réviser les avantages matrimoniaux consentis au sein du contrat de mariage initial.

La volonté des époux, sur l'ensemble des effets du divorce (et financier notamment) sera donc prise en compte pendant l'instance de divorce et non avant. Ainsi les époux pourront organiser eux-mêmes, à l'aide d'un notaire, la liquidation de leur régime matrimonial.
Or une telle position sous-entend forcément que ces derniers soient d'accord sur les effets du divorce, voire sur le principe même de divorcer.
Ainsi, même si une telle convention est possible dans les divorces[117] contentieux et même si la législation encourage le retour à une procédure amiable même lorsqu'une procédure contentieuse a été engagée, cette convention ne sera principalement utilisée que dans le cas d'un divorce par consentement mutuel.

En effet le principe même du divorce sur consentement mutuel est que les époux veulent s'éviter une procédure longue, fastidieuse, conflictuelle, voire couteuse. Ils souhaitent généralement que le partage des biens et que la liquidation du régime se fasse assez rapidement et auront donc tout intérêt à se mettre d'accord sur l'ensemble des effets du divorce. La convention devra être conforme aux intérêts respectifs des époux et des enfants.

L'adoption d'une telle convention devra cependant être murement réfléchie par les époux[118]. En effet, si elle leur accorde une grande flexibilité et une grande marge de manœuvre, celle-ci aura des conséquences quasi irrémédiables. Effectivement lorsque le juge aura homologué la convention et prononcé le divorce, les époux ne pourront pas revenir sur cette convention. Celle-ci sera donc définitive. Les époux peuvent ainsi dans cette convention s'accorder sur les effets du divorce, et notamment sur les effets financiers. Ils peuvent également renoncer à toute prestation compensatoire au sein de cette convention[119].
Les époux pourront en revanche établir d'un commun accord une nouvelle convention qui sera soumise à nouveau à l'homologation du juge.

Pour autant le principe de la convention de divorce a pris un nouveau tournant depuis la loi du 18 novembre 2016[120]. Cette loi met en place de toutes nouvelles mesures en ce qui concerne le divorce sur consentement mutuel en consacrant la déjudiciarisation de la

[117] Sur les différents types de divorce voir l'article 229 du code civil.
[118] C'est en ce sens que l'article 229-1 impose désormais à chacun des époux d'avoir son propre avocat.
[119] La convention de divorce fait office de jugement et elle ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation sous les 15 jours suivants l'homologation.
[120] Loi n° 2016-1547 dite de modernisation de la justice du XXIe siècle du 18 novembre 2016.

procédure. Désormais, l'homologation de la convention de divorce ne sera plus soumise au contrôle du juge[121]. La convention soustraite au contrôle du juge sera simplement réceptionnée par le notaire[122]. Rien ne semble indiquer en l'état actuel du droit que le notaire devra effectuer un quelconque contrôle de la convention, si ce n'est un contrôle de la forme[123]. Ce qui favorise encore une fois l'autonomie de la volonté des époux.

Cette approche consistant à un empêchement d'anticipation avant l'instance de divorce crée quelques risques. En effet, le divorce est souvent une période de crise, il est donc certainement plus difficile de prévoir et de se mettre d'accord à ce moment. Donne la possibilité aux époux de prévoir ces règles avant la survenance d'un tel évènement aurait permis d'éviter une énième confrontation des époux. Ce qui aurait également, par ailleurs obligé les époux à se rendre compte et prendre conscience des effets de l'ensemble des stipulations adoptées au sein du contrat de mariage.
Il existe donc clairement des empêchements de prévoir certaines dispositions particulières au sein du contrat de mariage en faveur de la convention de divorce. Or le droit français est aujourd'hui sollicité en la matière par les praticiens du droit, afin de mettre en place un "contrat prénuptial" qui, à l'instar du "prenuptial agreement" reconnu en droit des pays de Common Law, offre une liberté plus large aux époux dans le cadre de la prévoyance d'une rupture par divorce.

Chapitre 2 : Les limites posées par le droit interne français

A coté de l'ordre public matrimonial interne, le droit international français peut limiter également la libre volonté des époux à prévoir leur divorce au sein de leur contrat de mariage. En droit français n'est en effet pas reconnu de droit à un "contrat prénuptial" (section 1), toutefois l'interdiction n'est pas totale au regard de certains couples (section 2).

Ici il y a un critère préalable à prendre nécessairement en compte pour se trouver dans ce cas : il faut un élément d'extranéité. Sans quoi, les époux ne peuvent prétendre à un quelconque statut international et restent alors strictement limités aux règles prévues par le droit interne français.

[121] Sauf en présence d'enfant mineur ou lorsque l'un des conjoints est un majeur protégé.
[122] Art. 229 du code civil.
[123] Art. 229-1, alinéa 2 du code civil.

Section 1 : Une liberté entravée par le droit interne français

Si le "prenuptial agreement" est aujourd'hui reconnu, dans de nombreux pays, européen notamment, ce n'est pas le cas de la France (§ 2). Cette convention se démarque du contrat de mariage français de par son contenu particulier (§ 1) mais également de par la position qu'a choisi d'adopter le juge français à son égard.

§ 1.Le prenuptial agreement : outil de prévision ultime

Le prenuptial agreement (appelé aussi le contrat prénuptial) répond à une définition, si ce n'est plus large, plus spécifique que le contrat de mariage de droit français tant sur l'aspect patrimonial (A) que sur l'aspect alimentaire (B).

A- Une différence notable avec le contrat de mariage

Dans les pays de droit de Common Law[124], les époux ont la possibilité d'adopter ce qui est appelé communément un "prenuptial agreement" (ou contrat prénuptial) afin de régir leur régime matrimonial.

La notion de "contrat prénuptial" se rapproche du contrat de mariage sur certains points, sans toutefois avoir le même intérêt. Ces deux conventions seront rédigées avant la célébration du mariage. Outre cette ressemblance, le contrat de mariage et le contrat prénuptial n'ont pas le même objet. Le contrat prénuptial n'est pas l'équivalent d'un contrat de mariage en droit de Common Law.
Tandis que contrat de mariage tend à définir le régime matrimonial[125] des époux et aura un champ d'application relativement large, incluant la gestion et l'attribution des biens des époux, la succession ou la protection du conjoint à côté de l'anticipation d'un divorce ; le

[124] Le pays principalement dans le cadre de l'étude sera l'Angleterre. Mais le "prenuptial agreement" est également reconnu dans d'autres pays sous d'autres appellations (tel est le cas en Allemagne où un contrat similaire est prévu dans le code civil allemand).
[125] Pouvant se définir comme "l'ensemble des règles relatives aux rapports patrimoniaux des époux entre eux et à l'égard des tiers" (définition retenue par l'article 3 de la proposition européenne de règlement sur les régimes matrimoniaux du 24 juin 2016).

contrat prénuptial lui, pourra régir les conséquences du mariage mais se limitera souvent à fixer les conséquences et effet d'un divorce[126].
En d'autre terme, ces deux conventions auront une finalité relativement différente l'une de l'autre.

L'objet du prenuptial agreement se réduit à prévoir la répartition qui sera faite du patrimoine entre les époux en cas de divorce uniquement. Contrairement au contrat de mariage du droit français qui lui permet réellement la mise en place, voire le montage, d'un régime matrimonial complet et qu'il y aura lieu d'appliquer tant pendant la vie maritale qu'à son issu, qu'importe la cause de dissolution du régime.
En droit de Common Law, cet aspect n'est pas envisagé puisque ces pays ne reconnaissent pas la notion de régimes matrimoniaux.

L'avantage du prenuptial agreement résulte indubitablement de sa flexibilité. Les futurs époux peuvent y prévoir quasiment tout ce qu'ils souhaitent. Toutefois, cela est contrebalancé par un inconvénient de taille : il en résulte une certaine incertitude. En effet, la position du juge anglais face à ces conventions est incertaine dès lors que celui-ci ne s'estime pas contraint par la convention signée par les parties. En effet la notion de régime matrimonial n'existe pas en droit anglais[127].
C'est à ce titre que le juge anglais dispose d'un large pouvoir discrétionnaire quant à l'efficacité des "prenuptial agreement", tandis que le juge français est souvent lié par le contrat de mariage. Le juge anglais est attaché au caractère d'équité dans le cadre d'un divorce. En effet, lorsqu'elle sera face à un « prenuptial agreement », la juridiction anglaise recherchera si la convention est es équitable pour chacune des parties et si celle-ci répond aux « basics needs » de chacun des époux[128].

[126] Il s'agit toutefois de la conception européenne de cet outil puisqu'en droit américain notamment, le prenuptial agreement est largement assimilé à un contrat de mariage. En effet, en droit américain, il n'existe pas à proprement parler le régime matrimonial. Les époux doivent prévoir les règles patrimoniales et extrapatrimoniales applicables à leur union. Ces règles sont donc édictées dans ce qui s'appelle également : "prénups" ou "prenuptial agreement".
[127] V. Arrêt Radmacher v. Granatino (2009) EWCA Civ 649 (2010) UKSC 42, § 107 : « ... il est évident que la distribution faite en application de l'Acte de 1973 [section 25 du Matrimonial Causes Act 1973] n'a rien à voir avec un régime matrimonial...» à propos de la qualification de la distribution équitable des biens matrimoniaux.
[128] Au sein d'un arrêt *White V. White* du 26 oct. 2000, la juridiction anglaise a imposé la notion de partage égalitaire entre les époux au moment du divorce. Avant cet arrêt, les juridictions anglaises se rattachait aux « basics needs » : c'est-à-dire aux besoins raisonnable de chacun des époux.

A cet égard, la jurisprudence anglaise a quelque peu évoluée puisqu'elle tient compte désormais des circonstances dans lesquelles le contrat a été signé ainsi que de celles existantes au moment de la dissolution du mariage pour juger de l'équité[129].

Dès lors la reconnaissance d'un contrat prénuptial en droit français obligerait très certainement à réattribuer au juge un réel pouvoir d'appréciation des conventions conclues entre époux. Or, une toute autre démarche a été entreprise aujourd'hui en droit français avec la déjudiciarisation de certaines procédures (notamment de divorce sur consentement mutuel). Ainsi, la reconnaissance des contrats prénuptiaux à ce jour en France, reviendrait à une vision ultra-libéraliste de la liberté matrimoniale pour certains auteurs, cela pourrait simplement se révéler comme la suite logique de la démarche entamée. Ainsi, en termes de sécurité juridique et surtout vis-à-vis de certains époux qui pourraient s'avérer vulnérable ou plus faible, une telle situation pourrait être problématique dès lors que le contrôle juridique serait de moins en moins important.

Le prenuptial agreement se distingue ainsi du contrat de mariage par ses caractéristiques distinctives et remarquables lesquelles résident dans la prévision patrimoniale mais aussi alimentaire et donc financière d'un divorce.

B- Outil de prévision financier et patrimonial

La notion de "contrat prénuptial" englobe en effet une vision plus large que le contrat de mariage de droit français et notamment sur le plan alimentaire. L'avantage indéniable du "prenuptial agreement" est de pouvoir, si ce n'est chiffrer, s'accorder à minima sur un mode de calcul de la prestation compensatoire.

En plus d'appréhender les effets patrimoniaux du divorce, le contrat prénuptial régira les effets alimentaires du divorce, en fixant une compensation financière notamment. En pratique, sera souvent prévu par les parties, dans leur contrat, un capital qui sera reversé sous forme de pension alimentaire. Cela pourrait s'apparenter à la prestation compensatoire du droit français. En d'autre terme, les futurs époux auront la possibilité de s'accorder, avant

[129] V. Arrêt Radmacher v. Granatino, § 75 : «le tribunal donnera son plein effet à une convention à laquelle chacune des parties a consenti si ce consentement a été donné de manière éclairée quant aux droits et devoirs résultant de ladite convention, à moins que, compte tenu des circonstances dans lesquelles le contrat a été signé, il ne soit pas juste de laisser les parties tenues par leur accord ».

même le mariage, sur les aspects financiers de la rupture de l'union matrimoniale et c'est ce qui distingue clairement le "prenuptial agreement" du contrat de mariage français. En droit français une telle entente n'est possible qu'au stade de la procédure d'instance de divorce et pas avant, surtout pas au sein du contrat de mariage.

Cette vision particulière n'est pourtant pas issue du droit anglais, puisque même celui-ci n'a reconnu que tardivement les "prenuptial agreement" au sein d'un arrêt de principe rendu par la Cour Suprême pour le Royaume-Uni et le Pays de Galles dans l'affaire *Radmacher v. Granatino* du 20 octobre 2010. Avant cet arrêt les accords visant à régir les conséquences patrimoniales, financières et alimentaires d'un divorce par anticipation étaient déclarés nuls ou ayant des effets limités car ils étaient vus comme encourageant le divorce.
Cette solution était justifiée par l'absence de loi en la matière et notamment par le fait que les pays de droit de Common Law ne connaissent pas la notion de régime matrimonial.
En effet le droit anglais est un droit plus attaché à la protection du conjoint qu'à la mise en place de convention consacrant un accord contractuel. Le droit anglais voyait d'un mauvais œil ce type d'accord, autant les "prenuptial agreement" que les contrats de mariage français et les a ainsi longtemps vus comme contraire à l'ordre public anglais[130].

Or l'arrêt *Radmacher v. Granatino* a opéré un véritable revirement jurisprudentiel en la matière[131]. Les juges ont ainsi énoncés : « Nous adoptons volontiers la conclusion [...] que la vieille règle selon laquelle – les accords anticipant un futur divorce sont contraires à l'ordre public – est obsolète et devrait être balayée »[132]. L'intérêt essentiel des contrats prénuptiaux peut alors se révéler : il s'agit clairement de fixer les conséquences financières de la rupture du mariage et d'exclure ainsi le pouvoir discrétionnaire du juge en la matière.

Ce revirement pousse les juges anglais à voir d'un nouvel œil les contrats prénuptiaux, y compris les contrats de mariage français qui devraient recevoir un accueil plus

[130] Concernant la vision du juge anglais du contrat de mariage français : le droit anglais nie "l'impartialité du notaire français" et doute "de la possibilité d'un consentement libre et éclairé de deux personnes aux fortunes diverses et sur le point de se marier". On se retrouve alors face à un juge anglais "tout puissant" refusant d'être guidé par autre chose que l'équité (V. L. Perreau-Saussine et R. Canalès, *Les prenuptial agreement et le notaire français*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 49, 4 déc. 2015, 1225).
[131] Une réforme législative a été entamée par la Law Commission, suite à la reconnaissance des prenuptial agreement visant à la consécration de ces accords en droit anglais.
[132] V. Arrêt Radmacher v. Granatino (2009) EWCA Civ 649 (2010) UKSC 42, § 52.

favorable. De leurs côtés, les juges français demeurent tout aussi réticent à reconnaître les contrats prénuptiaux dans les relations franco-françaises.

§ 2.La position du juge français face aux prenuptial agreement

Dans son analyse des contrats prénuptiaux, le juge français s'attache encore l'ordre public international français (A). Cependant sous la pression des praticiens et des couples, la position des juges tend à s'assouplir (B).

A- L'ordre public international français s'opposant à la validité des prenuptial agreement

Le contrat prénuptial va donc permettre de régir les effets financiers du divorce alors que le contrat de mariage interdit, au nom de l'ordre public international français, la prise en compte des effets financiers du divorce. Ces effets financiers se limitant souvent à la prestation compensatoire laquelle est considérée comme indisponible.
En droit français, il est donc strictement interdit de stipuler au sein du contrat de mariage des dispositions relatives à la prévision du montant de la prestation compensatoire, ni même prévoir les modalités selon lesquelles cette prestation sera déterminée.
Concrètement, les juges français refusent jusqu'à présent de reconnaître une quelconque effectivité aux conventions avant mariage décidant des règles qui vont régir les effets financiers du divorce dans le cas où il interviendrait.

Des futurs époux français, résidant en France et a fortiori divorçant en France, ne sauraient donc faire reconnaître la validité d'un quelconque accord s'apparentant à un contrat prénuptial et ayant pour objet de régir notamment les effets financiers d'un divorce. Cette convention serait déclarée nulle par les juges français, quelque soit sa forme, car contraire à l'ordre public international français[133].
Il en ressort donc que les "prenuptial agreement" ne sauraient être valables et valides sous le droit français.

[133] V. notamment CA Aix-en-Provence, 6e Ch. A, 26 mars 2015, n° 13/23605 ; Cass. 1ère Civ., 8 juill. 2015, n° 14-17.880, *Mme El Ktia c/ M. Weber* : deux arrêts dans lesquels le prenuptial agreement conclu entre les parties avaient été jugés contraire à l'ordre public international français.

La position du juge français se justifie notamment par le fait que l'objet du contrat de mariage et du contrat prénuptial est sensiblement différent. Cette vision du juge français se rattache à la vision qu'il a encore du mariage : il s'agit d'une institution. Quand bien même cette institution semble depuis plusieurs années ébranlée par les réformes favorisant l'autonomie de la volonté et l'évolution des mœurs, le droit français reste attaché à l'aspect institutionnel du mariage. Qu'ainsi, les futurs époux ne semblent pas aptes à décider à eux seuls, préalablement même à l'union, l'ensemble des aspects liquidatifs de leur rupture qui pourrait potentiellement intervenir. C'est ainsi que les juges considèrent que la prestation compensatoire et son principe doivent rester sous un certain contrôle judiciaire dans un souci de protection des époux eux-mêmes.

Pour autant, au vu des nouvelles réformes et notamment celle concernant le divorce sur consentement mutuel, la déjudiciarisation du divorce est réellement en marche et la position du juge a de forte chance de s'en retrouver modifiée. En effet vis-à-vis de cette procédure particulière de divorce, il n'y plus aucun contrôle judiciaire. Subsiste tout de même un contrôle : celui de l'officier public qu'est le notaire. Cette expansion du principe même de liberté régissant les conventions matrimoniales pourrait laisser penser, a priori, que l'essence même du contrat de mariage est de pouvoir régir un ensemble de situations pouvant se révéler problématiques si elles surviendraient et conduire ainsi progressivement à une reconnaissance des "prenuptial agreement" en droit français.
De plus la vision retenue à ce jour par les juridictions française est un peu particulière au vu de la position de la doctrine des pays de Common Law, qui considère le contrat de mariage à la française comme un véritable aboutissement du "prenuptial agreement".
De son côté, la position du juge anglais vis-à-vis des contrats de mariage était tout aussi hostile jusqu'à l'affaire *Radmacher v. Granatino.* Depuis, il semblerait, sans véritable confirmation, que l'accueil des contrats de mariage français serait plus favorable que antérieurement[134].

Reste qu'à l'état actuel du droit, le juge français reste réticent à la reconnaissance des contrats prénuptiaux en droit français. Cette position est valable dans toutes les relations de couples franco-françaises. Cependant dans le cadre de relation comprenant un élément d'extranéité les juges sont dans l'obligation de le prendre en compte.

134 La jurisprudence anglaise actuelle applique sans plus aucune réticence les contrats de mariage rédigés récemment dès lors qu'il est avéré que les époux ont reçu au moment de la rédaction du contrat des "conseils suffisants et indépendants".

B- L'assouplissement de la position du juge français

La position française est sensiblement différente dans le cas des couples internationaux. Dès lors que le juge français se retrouve en présence d'un élément d'extranéité, sa position face au "prenuptial agreement" n'est plus la même.
Est donc reconnu, en raison de l'ordre public atténué, la validité des "prenuptial agreement" dès lors qu'ils ont été établis sous un droit étranger permissif.
Un juge français peut donc être tenu de reconnaître la validité d'un "prenuptial agreement" dès lors que celui-ci a été établi à l'étranger valablement.

En accord avec cet ordre public atténué, la position de la doctrine face au "prenuptial agreement" est différente de celle du juge français et elle estime qu'un tel accord, s'il ne peut être totalement admis, pourrait servir de base à la suite des réformes en matière de droit au divorce.
Une telle proposition de transposition des "prenuptial agreement" en droit français avait été émise lors des travaux préparatoires de la réforme du divorce de 2004. Or cette proposition avait été mise de côté. Patrice Gélard a en effet estimé dans son rapport pour la commission que les contrats prénuptiaux constituaient une "*suggestion, quoiqu'intéressante"* mais "*qui ne paraît pas adaptée à l'état actuel de la société"*.

Pour autant, la doctrine et les praticiens luttent aujourd'hui pour une planification anticipée des effets patrimoniaux mais également financier du divorce. Ils estiment à ce jour que même si les "prenuptial agreement" ne sont pas reconnus, ils devraient, lorsqu'ils sont établis, servir de base au juge afin de déterminer les intentions des parties.
Ils devraient, selon les praticiens, être permis au futur couple de déterminer au moins au sein d'une convention, si ce n'est un accord sur un montant précis et chiffré, un "guide" pour les juges. Guide qui viserait à fixer, au-delà de la simple prestation compensatoire, les éléments déterminants à prendre en compte pour établir l'existence d'une disparité ou encore les moyens qui devront être mis en place pour corriger cette disparité. C'est en ce sens que le professeur Murat propose que soit autorisé une convention dans laquelle "les époux pourront fixer des directives aidant le juge dans le calcul ultérieur d'une prestation compensatoire"[135].

[135] V. en ce sens P. Murat, *Les régimes matrimoniaux et les régimes « pacsimoniaux » à l'épreuve de la rupture*

Tout cela dans un but d'anticipation mais également de renforcement de sécurité juridique. En effet, un tel guide permettrait de soustraire les époux du caractère aléatoire des analyses des juges. Au fil d'une construction jurisprudentielle, plusieurs formules de calculs ont été établies, mais les résultats qui y sont issus sont plus ou moins différents. Ainsi ce caractère aléatoire peut sembler parfois relever de la divination[136].

Une possibilité à la marge s'offre aux époux afin de se soustraire en partie des restrictions françaises, liées à l'ordre public international français, en désignant la loi applicable à leur régime matrimonial. Cette possibilité est reconnue par l'article 1397-2 du code civil[137]. Si tant est que le régime matrimonial prévu par la loi désignée est plus permissive que la loi française, ce choix pourrait s'avérer judicieux.

Les époux ont ainsi la possibilité de soustraire leur régime matrimonial à la loi française et choisir donc un régime matrimonial prévu par une autre loi. Ce régime peut être le régime légal de la loi choisie ou un régime conventionnel. Cette possibilité de désignation de loi n'est pas illimitée. Les époux auront un choix à faire entre : "la loi de la nationalité de l'un des époux, la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation, la loi du premier Etat sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage"[138].

Pour les immeubles les futurs époux pourront désigner la loi de leur lieu de situation (la *lex rei sitae*).

Pour autant une telle possibilité nécessite préalablement l'existence d'un élément d'extranéité. En effet un couple franco-français résidant en France et dont le centre d'intérêt est situé sur le territoire national français n'aura pas la possibilité de choisir une autre loi que la loi française. Dès lors que les époux décident de faire jouer ce choix de loi applicable, ils

---

des couples, spéc. n° 13.

[136] La fixation de la prestation compensatoire relèverait de "l'exercice divinatoire" selon D.Piwnica, *Évaluation de la prestation compensatoire : un exercice divinatoire*, AJF 2013, p. 12.

[137] Lequel dispose : "Lorsque les époux désignent la loi applicable à leur régime matrimonial en vertu de la convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, faite à La Haye le 14 mars 1978, il est fait application des dispositions des articles 1397-3 et 1397-4."

[138] Dispositions prévues par l'article 3 de la Convention de la Haye du 14 mars 1978. Un nouveau règlement a été adopté le 24 juin 2016 (Cons. UE, règl. (UE) n° 2016/1103). Ce nouveau règlement entrera en vigueur à compter du 29 janvier 2019 et il remplacera les dispositions de la Convention de la Haye de 1978. En son article 22, le règlement prévoit une disposition différente de celle d'aujourd'hui : le choix des époux sera réduit : à la loi de l'état dans lequel un des futurs époux à sa résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention ou à la loi de l'état dans lequel l'un des futurs époux à la nationalité au moment de la conclusion de la convention. Le nouveau règlement interdit le dépeçage contrairement à la Convention de la Haye et supprime expressément la possibilité d'opter pour la "lex rei sitae" en faveur des immeubles.

pourraient choisir, notamment le droit anglais (en respect des conditions de la convention de la Haye : donc par exemple l'un des futurs époux aurait la nationalité anglaise) et pouvoir ainsi soumettre leur régime matrimonial à la loi anglaise.

Il faut cependant constater qu'un tel choix ne concerne ici que la loi applicable au régime matrimonial des époux. En soit le choix pour la loi anglaise, s'il est possible, ne sera intéressant qu'en matière de choix de loi applicable au divorce et aux obligations alimentaires.

Ainsi, à l'instar de cette possibilité admise de choisir la loi applicable au régime matrimonial, les futurs époux devront pouvoir désigner les juridictions et la loi applicable à leur divorce et ses effets. Ces possibilités de désignation sont toutes reconnues par le droit de l'Union Européenne.

Section 2 : Une porte ouverte pour les couples internationaux

Le droit européen pour sa part milite et incite clairement les Etats membres pour une harmonisation des règles en matière matrimoniale (§ 1). Une telle harmonisation conduirait, au-delà de la simple désignation de la loi applicable aux régimes matrimoniaux, non seulement à une reconnaissance des conventions matrimoniales quelles qu'elles soient au sein de l'ensemble des Etats membres, mais y compris la validité des "prenuptial agreement" en droit français (§ 2).

§ 1.L'influence positive du droit européen

En matière de droit européen, plusieurs principes ont été mis en place consacrant une certaine autonomie de la volonté des futurs époux en accord avec la liberté de circulation instituée par les règles européennes (A). Cependant, la multiplicité des principes mis en place entraîne des difficultés d'application et de transposition en droit interne (B).

A- La reconnaissance de l'autonomie de la volonté des futurs époux en droit européen

Au niveau européen, a été entrepris tout un processus, touchant à la matière du divorce, visant à harmoniser les règles applicables au sein des Etats membres. Ainsi alors que les droits internes influencent la plupart du temps les directives communautaires, c'est

maintenant le droit communautaire qui influe, directement, le droit interne français en matière de loi alimentaire et de loi applicable au divorce.

Sous-entendu que les futurs époux se trouvent dans un cadre international, en raison d'éléments d'extranéité les concernant personnellement (il peut notamment s'agir de couple mixte de nationalité différente) ou concernant leur patrimoine (les époux souhaitent s'installer à l'étranger ou ils sont propriétaires d'immeubles à l'étranger), ils vont pouvoir agir, afin de prendre en compte ces éléments, sur trois domaines principaux.

Le droit européen favorise la circulation des personnes et incite notamment à une harmonisation, non pas des régimes matrimoniaux, mais de leur reconnaissance qu'importe le pays où les époux se trouvent. Il s'agit d'une question d'effectivité des régimes matrimoniaux choisis par les époux. C'est pour favoriser cette pleine et entière effectivité que la convention de La Haye de 1978 a admis le choix de la loi applicable aux régimes matrimoniaux et a imposé la reconnaissance de ce choix effectué[139].

Autre choix que les futurs époux peuvent effectuer : celui de la loi applicable au divorce. Les époux peuvent choisir la loi applicable à leur divorce selon le règlement Rome III[140]. Ce choix sera limité à "la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention; ou la loi de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention; ou la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention; ou la loi du for"[141]. En revanche les époux n'auront pas la possibilité de choisir la juridiction compétente pour connaître du divorce. La juridiction compétente sera désignée par application du règlement Bruxelles II bis de 2003[142].
En droit français, le divorce était régit par la loi française dans les hypothèses prévues par l'article 309 du code civil[143]. Toutefois cet article n'est applicable que pour les instances

[139] Cf. supra.
[140] Règlement n° 1259/2010 du 20 déc. 2010.
[141] Art. 5 du règlement Rome III.
[142] Règlement n° 2201/2003 du 27 nov. 2003, Art. 3.
[143] Art. 309 du code civil : "Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :
- lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;
- lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ;
- lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps."

intentées en France avant le 21 juin 2012. A compter de cette date, c'est le règlement Rome III qui s'applique.

Les futurs époux ont également la possibilité, depuis le protocole de La Haye de 2007[144] et le règlement CE n° 4/2009[145], de choisir la loi applicable en matière d'obligations alimentaires. Ce choix leur permettra ainsi de se soumettre volontairement à une loi qui reconnaît l'entière efficacité et effectivité des contrats prénuptiaux ou des accords relatifs à la fixation d'une compensation financière en cas de rupture. Il faut cependant préciser que le règlement et le protocole ne s'appliquent uniquement que pour les conventions conclues après le 18 juin 2011 (date d'entrée en vigueur du règlement CE n° 4/2009)[146].
La faculté des époux de désigner la loi applicable est limitée, selon l'article 8 du protocole à quatre lois[147]. Outre cette faculté, les époux pourront également désigner, en application du règlement de 2008, la juridiction compétente pour connaître des obligations alimentaires[148].

L'ensemble de ces textes communautaires visent à établir une certaine sécurité juridique des conventions établies par les futurs époux.
En pratique les époux pourront ainsi désigner : la loi applicable au régime matrimonial ; la loi applicable au divorce ; la juridiction compétente pour se prononcer sur le principe des conséquences alimentaires ; et la loi applicable aux conséquences alimentaires.
Les époux peuvent ainsi effectuer un véritable dépeçage en matière de loi relative au divorce. Un dépeçage des règles applicables peut s'avérer favorable à la volonté d'anticipation des époux par rapport à leur divorce. Dans le cas où les futurs époux opteront pour les lois qu'ils

[144] Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.
[145] Règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.
[146] V. Cass. 1ère Civ., 5 déc. 2012, n° 11-25.822 (AJ Famille, 2013, page 135) : en l'espèce il s'agissait d'un contrat conclu sous le droit allemand, lequel contrat prévoyait une prestation financière pour l'épouse en cas de divorce. Cependant, c'est le juge français qui a été saisi par le mari. Le juge français, s'étant reconnu compétent, a fait application de la loi française (selon l'article 8 de la convention de La Haye du 2 oct. 1973 relative à la loi applicable aux obligations alimentaires). La clause de la convention conclue entre les parties relative à la prestation financière n'a pas été reconnue par le juge français. Cette position a été justifiée par le fait que la convention a été conclue avant le 18 juin 2011, les juges ayant précisé que la possibilité nouvellement offerte de désigner la loi applicable n'était applicable qu'à compter de l'entrée en vigueur du règlement et du protocole.
[147] Ces quatre lois sont : "(1) loi de la nationalité d'une des parties; (2) loi de la résidence habituelle d'une des parties ; (3) loi désignée par les parties pour régir leurs relations patrimoniales ; (4) loi désignée par les parties pour régir leur divorce".
[148] Les futurs époux auront le choix, selon l'article 4 du règlement de 2009 entre un tribunal ou les tribunaux de : "(1) l'État membre de la résidence habituelle d'une des parties ; (2) l'État membre de la nationalité d'une des parties ; (3) la juridiction compétente pour connaître du différend des époux en matière matrimoniale ; (4) l'État membre dans laquelle les époux ont eu leur dernière résidence habituelle pendant au moins un an".

estiment plus adéquates vis-à-vis de leurs objectifs juridique, ces choix ne pourront pas être totalement et uniquement bénéfiques.
C'est cette possibilité de dépeçage qui peut causer de véritables difficultés au sein des droits internes et notamment du droit interne français.

B- Les risques liés à l'incertitude des effets des principes reconnus

Si des principes sont reconnus cela n'en suscite pas moins des difficultés en droit interne. Il en résulte en effet une véritable problématique de prise en compte du droit étranger en plus de celle de l'articulation des droits applicables.

Du fait de la multiplicité des droits applicables, des conflits de lois peuvent apparaître. Notamment face aux règles applicables aux obligations alimentaires et celles applicables au régime matrimonial, les juges peuvent se retrouver ennuyés. En effet, ces deux corps sont soumis à des règlements différents. Il en ressort une frontière entre l'alimentaire et le matrimonial assez floue.
Les juges doivent en effet opérer une distinction dans les rapports pécuniaires entre ce qui relève d'une question de régime matrimonial et ce qui relève des obligations alimentaires entre époux.
La Cour de Justice de l'Union Européenne a eu l'occasion de se prononcer sur la question et a donné des indications précieuses aux juges nationaux. C'est dans l'affaire *Van Den Boogaard* du 27 février 1997 que la Cour a posé un certain nombre de principe[149]. La Cour a distingué selon l'objet de la prestation financière concernée.
Ainsi, sera considérée comme ayant un caractère alimentaire "la somme d'argent tendant à assurer l'entretien d'un des époux dans le besoin". Aura également un caractère alimentaire la décision du juge tenant compte des ressources et besoins de chacun.
A contrario, aura un caractère matrimonial, la prestation visant à la répartition des biens entre époux.
Enfin dans le cas où les deux fonctions sont exécutées (répartition des biens et prise en compte des ressources et besoins), il appartiendra au juge de distinguer les aspects alimentaire et matrimoniaux.

[149] V. CJCE 27 févr. 1997, aff. C-220/95.

Le nouveau règlement de 2016 pour sa part, a fourni également une réponse supplémentaire en proposant une définition des régimes matrimoniaux comme “l'ensemble des règles relatives aux rapports patrimoniaux des époux entre eux et à l’égard des tiers”[150]. Cette définition devrait aider les juges dans leur qualification de ce qui relève du régime matrimonial et ce qui relève des obligations alimentaires.

L’enjeu est important dans le cas où les époux ont choisi, à raison de la loi applicable aux conséquences des obligations alimentaires, une loi qui reconnaît les contrats prénuptiaux fixant un montant chiffré d’une compensation financière. Or, la loi du régime matrimonial applicable peut ne pas reconnaître la validité d’une telle convention. Dès lors l’enjeu est important pour les parties qui auront tout intérêt à ce que la convention conclue soit bien estimée comme ayant un caractère alimentaire et qu’elle ne relève pas du régime matrimonial.

Il faudrait recommander aux futurs de déterminer clairement au sein de leur contrat ce qui relève de l'alimentaire et ce qui relève du régime matrimonial. Cela afin d’éviter un travail fastidieux du juge qui pourrait par ailleurs se révéler contradictoire avec leur intention initiales.

Autre point auquel, les futurs époux devront être particulièrement attentifs concerne les clauses d’attribution de compétence.

Selon les juridictions saisis, certaine ne vont absolument pas reconnaître ces clauses d’attribution de compétence et leur priver ainsi de tout effet. Tel sera le cas des juridictions anglaises : le juge anglais saisit se déclare toujours compétent et ne tient pas du tout compte des éventuels clauses d'attribution de compétence

A contrario, en droit français, la jurisprudence ne semble pas s’être penchée sur la question et il existe un quasi-vide jurisprudentiel en la matière. Le juge français pourrait, semble t-il, être dessaisi des questions alimentaires en application d’une clause d'attribution de compétence établit par les futurs époux au sein de leur contrat de mariage.

Cela reste une supposition et c’est parce que les effets de telles clauses ne sont pas prévisibles qu’elles sont à déconseiller. Les effets de tels clauses pourraient par ailleurs se révéler très compliqué d’application : un juge pourrait être désigné comme compétent en matière alimentaire dans un pays alors que le juge compétent pour statuer sur le divorce serait dans un

[150] Art. 3 du règlement Cons. UE, n° 2016/1104 du 24 juin 2016.

autre pays. A moins d'être soumis à deux procédures parallèles, la situation risque d'être assez compliqué, pour les époux et pour les juges. Le danger étant que les clauses prévues au sein du contrat soient déclarées nulles car contraire au principe de la loi de l'état désigné.
L'ensemble de ces difficultés sont également applicables pour les époux français souhaitant s'expatrier ou étranger résidant en France.
Malgré ces difficultés, l'ensemble des règlements européens, protocole et Conventions exercent une pression positive et conduisent à une reconnaissance de plus en plus effective des conventions matrimoniales au sein des Etats membres. Cela est également remarquable en droit français.

§ 2.Vers la reconnaissance en droit français du prenuptial agreement ?

La position du juge a déjà été analysée à l'égard des contrats prénuptiaux. Ces derniers discutent volontiers de la validité des conventions en présence d'un élément d'extranéité. Mais en droit français une telle convention pourrait-elle voir le jour ? Au vu de la position récalcitrante du juge français (A), si une telle possibilité serait reconnue, son intérêt pourrait être limité au vu du droit positif français (B).

A- La reconnaissance limitée des prenuptial agreement en droit français

Quelle position est retenue par les juges français à l'égard des étrangers qui auraient établit un prenuptial agreement à l'étranger et qui viendrait s'installer en France ? Ou encore quelle position face aux français qui projettent de s'installer à l'étranger et qui voudraient conclure une convention reconnue dans les deux droits ?

La reconnaissance des contrats prénuptiaux en droit français en présence d'élément d'extranéité n'est plus à remettre en cause. Il a été admis par la jurisprudence qu'un tribunal français est tenu d'accepter des clauses étrangères incluant une prestation compensatoire en application du règlement du Conseil de l'Union Européenne[151].

La possibilité admise en droit français de désigner les lois applicables en matière de divorce peuvent conduire, comme il a été dit précédemment, à un vrai dépeçage. Dans ce cas,

[151]Cons. UE, Règl. (CE) n° 4/2009, 18 déc. 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

les futurs époux peuvent-ils utiliser dans un but d'optimisation de l'anticipation de leur divorce, la possibilité laissée par le droit européen, de choisir les lois qui conviennent le mieux à leurs attentes ? En d'autre terme est-il possible aux futur conjoints d'exploiter la faculté offerte par le droit européen, cela dans le but de conclure une convention qui ne serait initialement pas valable en droit français ? Ainsi par exemple les futurs époux, peuvent-ils utiliser ces principes afin de s'affranchir des règles du régime primaire français ?
Les règles du régime primaire sont considérées comme une loi de police[152]. Pour les époux mariés après 1992[153], on ne sait pas si la loi désignée inclut ou non le régime primaire. Le nouveau règlement de 2016 précise le champ d'application et dit que le régime primaire est régit par la loi désignée pour le régime matrimonial. Ainsi ce nouveau règlement permettra aux futurs époux en France (toujours sous la condition de l'existence d'un lien d'extranéité) de désigner une loi qui leur permettrait de ne pas se voir appliquer le régime primaire français. Et peut-être stipuler des clauses de fidélité par exemple.
Pour autant que de telles clauses puissent trouver leurs effets, il ne faudrait pas que le juge français puisse les déclarer contraire à l'ordre public international français.

Afin de déjouer cette problématique, les futurs époux seront peut être tentés d'inclure dans leur contrat une clause d'attribution de compétence. Malgré le jeu d'une telle clause, le juge français peut se trouver saisi pour statuer sur un prenuptial agreement de même qu'un juge étranger peut se trouver saisi pour statuer sur la validité d'un contrat de mariage français.

Se pose alors la question de savoir quel intérêt pour les époux français de penser à adopter un "prenuptial agreement" ? Cela sera intéressant uniquement s'il envisage leurs relations à moyen ou long terme sur un plan international. C'est-à-dire qu'il envisage soit de déménager à l'étranger (et notamment en Angleterre), soit d'acquérir des biens à l'étranger ou encore l'un des futurs époux a tout simplement la nationalité anglaise. Ils devront alors se questionner sur la validité du contrat de mariage français dans les pays de droit de Common Law. Ce contrat sera t-il reconnu en Angleterre ?
De même s'il rédige en plus du contrat de mariage, un contrat prénuptial, et qu'ils divorcent finalement en France ou que c'est le juge français qui est saisi, quelles en seront les conséquences ?

[152] Cf. Position retenue par *l'arrêt Cressot*.
[153] C'est-à-dire après l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978.

En droit français le morcellement n'est pas applicable. Ainsi la faculté laissée aux époux de choisir différente lois applicables se limitera à celles applicables aux immeubles (la *lex rei sitae*). Ainsi les époux ne pourront pas désigner une loi applicable au contrat de mariage et une autre applicable au contrat prénuptial.
De même se pose la problématique de l'articulation des deux conventions. Notamment si les dispositions de l'une contredit celles de l'autre. Quelle convention faire prévaloir ?
Il faudra plutôt que de rédiger deux conventions en rédiger une qui serait reconnu dans les deux pays.

Le juge anglais pour sa part admet plus facilement les contrats de mariage si et seulement si celui-ci respecte un certain formalisme. Le juge anglais insiste donc sur le critère d'efficacité des conventions rédigées par les futurs époux. Ils vérifieront donc que les futurs époux ont notamment bénéficié de "conseils indépendants, d'un "délai de réflexion de trois semaines au minimum", qu'un "équilibre est assuré entre les parties", ou encore qu'à bien été dressé un inventaire exhaustif des patrimoines respectifs des futurs époux.

Le juge français a dû se positionner face au "prenuptial agreement" et malgré la démarche incitative du droit européen qui pousse vers une plus grande liberté des époux et encourage ces derniers à conclure de tel accord[154], le juge français a refusé récemment de valider un contrat prénuptial en faisant jouer l'ordre public international[155]. Cette position ne saurait être maintenue plus longtemps au regard des évolutions réglementaire européenne.
Ce sont un ensemble de question auxquels le droit français devrait apporter des réponses concrètes avant d'envisager la transposition d'un contrat prénuptial.

L'ensemble de ces positions suppose que les époux aient un intérêt à l'étranger pour pouvoir appliquer l'ensemble de ces conflits de lois. Le couple franco-français n'aura aucun intérêt et par ailleurs aucune possibilité de souhaiter qu'une autre loi s'applique à son divorce. Cela ne ferait que compliquer le règlement de ce divorce qui pourrait par ailleurs se retrouver confronté à deux procédures parallèles devant des juridictions différentes sur des points divers. Ce qui conduit à une véritable insécurité juridique pour les époux : le but est de leur assurer que le contrat établit par leur soin sera valable qu'importe le juge saisit. Or malgré l'avancée du droit européen, cela reste un ensemble de fait difficile à prévoir

[154] Dans le respect des exigences d'équité imposées par le règlement.
[155] V. Cass. 1ère Civ., 8 juill. 2015.

Il faut rappeler que tout ceci nécessite toujours un élément d'extranéité dans la relation : cela pour pouvoir désigner la loi étrangère. Dans les relations franco-françaises la position semble beaucoup plus stricte. Toutefois à force de questionnement sur la reconnaissance des "prenuptial agreement" étrangers, encouragé par les déplacements géographiques de nos jours, cela ne devrait-il pas inciter le juge français reconnaître un tel contrat. Si une telle reconnaissance avait lieu en droit français, cela aurait-il un impact aussi important que cela ?

B- L'absence de nécessité absolue d'introduire le contrat prénuptial en droit français n'efface son utilité

De façon quasi systématique, le juge français devrait admettre le "prenuptial agreement" signé par les parties. Le juge considérant que cette convention reflète l'accord commun des époux mis en avant par la liberté des conventions matrimoniales. Le juge vérifiera toutefois que ce choix ne soit pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.
Les futurs époux restent donc toujours soumis au spectre de l'ordre public et aux bonnes mœurs[156], alors que la notion même de régime matrimonial n'est pas connue en droit anglais[157].

Il pourrait pourtant résulter de la reconnaissance des principes du "prenuptial agreement" en droit français de véritables avantages vis-à-vis de l'anticipation d'un éventuel divorce. Ce contrat prénuptial serait alors un complément au contrat de mariage visant à régir spécifiquement les conséquences d'un éventuel divorce.

Tout d'abord cela permettrait aux époux de faire jouer leur volonté en matière de prévoyance de leur divorce et leur offrirait par ailleurs, à cet égard, une grande flexibilité. Ce contrat pourrait être une convention annexée au contrat de mariage qui n'aurait de vocation à s'appliquer que dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial en cas de divorce, s'apparentant ainsi aux clauses de liquidation alternative.
De plus cela permettrait aux époux d'anticiper réellement l'ensemble des conséquences de la liquidation de leur régime matrimonial, tant sur un plan patrimonial et personnel (visant à

[156] V. Cass. 1ère Civ., 8 juill. 2015, n° 14-17880 : la renonciation à la prestation compensatoire inclut valablement au sein d'un contrat prénuptial a été considérée comme contraire à l'ordre public français.
[157] Conv. La Haye, 14 mars 1978, sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages, sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

régir la répartition des biens notamment) que financier. D'un autre côté, cela limiterait le climat de tension souvent engendrée en cas de désaccord au moment du divorce et notamment sur le principe et le montant de la prestation compensatoire.

Enfin un accord préalable entre les époux pourrait réduire considérablement les contentieux en la matière et cela n'enfermerait pas, par ailleurs, les époux dans cette convention puisqu'ils auraient toujours la possibilité de demander au juge d'apprécier les termes de la convention.

Or c'est certainement à ce niveau que le bas blesse. En droit français le juge se retrouve souvent lié par le contrat de mariage. Les dispositions ainsi prises par les époux, pourraient donc s'avérer définitive (hormis le cas de dispositions contraire à l'ordre public).

Les époux devraient donc avoir une totale conscience des conséquences des dispositions prises par eux. C'est certainement sur ce point que le juge français refuse encore de reconnaître les principes d'une anticipation financière de la rupture du lien matrimonial sous le seul accord des époux.

Le contrat prénuptial a un inconvénient : son champ limité. Ce qu'il fait qu'il ne pourrait être qu'un complément du contrat de mariage. Sur ce point, le contrat prénuptial pose une ultime question : son application sera-t-elle limitée à la procédure de divorce amiable ? Ou au contraire sera-t-elle accueillie sous toutes les procédures (contentieuses et amiables) ?

En effet il serait possible de considérer ne serait applicable qu'en cas de procédure amiable. Une telle position réduirait considérablement l'efficacité de la convention. Ou alors, qu'à l'instar de la convention de divorce, le contrat prénuptial sera valable sous toutes les formes de divorce.

A imaginer que le contrat prénuptial ait un champ d'application similaire à celui du contrat de mariage, celui-ci serait applicable à tous les types de divorce, ce qui constituerait alors un apport considérable. Les futurs époux ne seraient ainsi plus limités à fixer les conséquences financières de leur divorce qu'au moment où celui-ci interviendrait et que s'ils sont d'accord sur le principe du divorce. Cela permettrait d'éviter ces situations conflictuelles et incertaines pour chacun d'eux.

A y regarder de plus près, il faut constater que l'objet de ce contrat prénuptial se rapproche fortement de la convention de divorce. Il y a un juste un décalage temporel : la convention ne serait possible qu'au cours de l'instance de divorce alors que le contrat prénuptial, comme son nom l'indique, est conclu avant la célébration du mariage. Aujourd'hui la position du

juge français pourrait être en accord avec l'intérêt relatif qu'aurait le contrat prénuptial en droit français, puisqu'en soit la possibilité offerte par le contrat prénuptial est déjà consacrée par la convention de divorce.
Ce qui pourrait donc encourager à légitimer une telle convention puisque le principe de la convention est déjà reconnu au sein des conventions de divorce, ce ne serait donc pas une si grande révolution sur le principe. En revanche la mise en application d'une telle convention et sa portée seraient une évolution du droit de la famille français général en ce qu'elles basculeraient un peu plus vers la contractualisation des relations de couples.

C'est une démarche certes, à encadrer, mais qui s'avère nécessaire aujourd'hui au regard de la mondialisation encourageant les déplacements de plus en plus fréquents et poussant ainsi à prendre en compte, tant la formation des couples mixtes que la constitution de leur famille et de leur patrimoine sur des territoires divers.

En conclusion, il faut admettre que le but du contrat de mariage n'est certainement pas de prévoir un divorce. Pour autant la liberté laissé au époux quant à la rédaction de leur contrat et quand à son contenu devrait pousser les époux à envisager cette possibilité, non pas pour prévoir leur divorce, mais pour faciliter leur relation si un tel événement devrait survenir.

Le contrat de mariage est aujourd'hui délaissé et les volontés individuelles des époux ne sont rarement prises en compte par les praticiens que pour leur proposer un régime déjà établie par le code civil.

Les grands principes de libertés accordés en la matière ne sont pas réellement exploités. Est ce dû à l'absence d'intérêt pour le contrat de mariage lui même ou à la difficulté de monter de toute pièce un régime matrimonial ?
En effet la prévoyance d'un aménagement de l'ensemble des principes légaux peut conduire à une véritable complexification de la liquidation du régime. Mais qu'importe la complexification si cela conduit à satisfaire pleinement les intérêts respectifs des époux au moment de la dissolution de leur régime.

Dans tous les cas, il sera fortement conseillé aux époux d'adopter une vision pragmatique, et de tenter de régir au mieux et surtout en amont les possibles litiges qui pourraient naître de leur union.
Au vu des récentes évolutions législatives, il est possible de dire que le droit incite et donne aux futurs époux la faculté de s'accorder entre eux sur l'organisation de leur vie conjugale mais également sur celui de leur divorce. Le droit positif français aboutira peut être, à force de réforme, à une pacification et déjudiciarisation totale du divorce, enlevant ainsi au mariage son caractère institutionnel qu'il possède encore aujourd'hui.

BIBLIOGRAPHIE

Documents officiels :

- Convention de la Haye du 14 mars 1978.
- Règlement *Bruxelles II bis*, n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 (Art. 3).
- Règlement n° 4/2009 du 18 décembre 2008.
- Règlement *Rome III*, n° 1259/2010 du 20 décembre 2010.
- Règlement n° 2016/1104 du 24 juin 2016.
- Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985.
- Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004.
- Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016.

Articles :

- Hauser (J.) et Delmas Saint-Hilaire (P.), « Effets du divorce - Conséquences du divorce pour les époux. Effets d'ordre patrimonial. Sort des avantages matrimoniaux. - Sort des libéralités entre époux », *JurisClasseur Civil Code*, 10 avril 2011.
- Healing (W.), « Droit comparé franco-anglais - Aspects pratiques des contrats de mariage internationaux - L'expérience Anglais », *Revue Droit de la famille*, n° 6, Juin 2015, dossier 3.
- Perreau-Saussine (L.) « Les prenuptial agreement et les contrats de mariage : perspective franco-anglaise », Revue Droit de la famille n° 6, Juin 2015, dossier 29.
- Cermolacce (A.), « L'anticipation du divorce », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 49, 7 Décembre 2012, p. 1387
- Binet (J.R.), « Clause de non divorce et libéralités conjugales : un heureux mariage », *Recueil Dalloz 2006*, p. 1923.
- Chalas (C.), « Contrats de mariage et nuptial agreements : vers une acculturation réciproque ? », *Journal du Droit international*, n° 3, juillet 2016.
- Lesbats (C.), « La nullité de la clause de non-divorce dans les donations de biens présents », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 21, 24 Mai 2013, p. 1146.
- Fenouillet *(D.) et De* Vareilles-Sommières (P.), « La contractualisation de la famille », *Economica 2001*, Divorce et contrat, p. 67 s

Base de données :

- LexisNexis
- Dalloz

Ouvrage :

- Travaux du 106e Congrès des Notaires de France, « Couples, Patrimoine : les défis de la vie à 2 ».
- Montanier (J.C.), « Les régimes matrimoniaux », *5ème édition, Édition PUG.*
- Debove (F.), Salomon (R.) et Janville (T.), « Droit de la famille », *Édition Vuibert,* Aout 2012

TABLE DES MATIERES

Sommaire……..3

INTRODUCTION……4

PARTIE 1 : LA LIBERTE DES EPOUX DANS LE CADRE DE L'ANTICIPATION DU DIVORCE PAR CONTRAT DE MARIAGE 8

Chapitre 1 : Le contrat de mariage et le divorce, une union possible 8
Section 1 : L'existence d'une réelle liberté au sein du contrat de mariage 8
§ 1. La possibilité de prévoir son divorce au sein du contrat de mariage 8
A- Une liberté de principe 8
B- Les atténuations au principe de liberté 10
§ 2. Le champ d'application de la liberté offerte aux époux 12
A- L'impossibilité apparente de conditionner la procédure de divorce 12
B- L'utilisation du contrat de mariage dans une finalité de prévoyance du divorce 13
Section 2 : La préservation des intérêts respectifs de chacun et des intérêts communs 15
§ 1. La promotion de la protection du conjoint 15
A- Une réciprocité possible dans la protection 15
B- L'utilisation des avantages matrimoniaux et libéralités dans un but de protection du conjoint 18
§ 2. La favorisation de la protection du patrimoine 20
A- Le choix de la protection du patrimoine commun 20
B- La protection de son patrimoine personnel 21

Chapitre 2 : Le contrat de mariage et le divorce, des effets prévisibles 24
Section 1 : Un contrat de mariage rédigé de façon à fixer les effets du divorce 24
§ 1. Une approche pré-divorce influant directement l'après divorce / Une vision d'anticipation emportant des conséquences indirectes sur le divorce 24
A- Une rupture du lien conjugal "contrôlée" 24
B- Les conséquences de la rupture "préparée" du lien conjugal à prendre en compte 27
§ 2. Une approche post divorce 29
A- La prise en compte des effets personnels 30
B- La prise en compte des effets patrimoniaux 32
Section 2 : la prise en compte effective des conséquences de l'adoption de certains mécanismes. 33
§ 1. L'impact des choix préalablement effectués par les époux au moment du divorce 34
A- Un principe d'irrévocabilité face à un principe de révocabilité 34
B- L'opportunité de prévoir des dispositions contraires 36
§ 2. La possibilité laissé aux époux de contrevenir à ces principes généraux par le contrat de mariage 38
A- Les possibilités légales de déroger au principe de révocabilité et d'irrévocabilité 38
B- Une pratique visant à déroger aux principes de l'article 265 39

PARTIE 2 : LE CONTRAT DE MARIAGE ET LA DESUNION 43

Chapitre 1 : Les limites et contraintes à la volonté des époux 43
Section 1 : Des limites juridiques surmontables à la volonté des époux 43
§ 1. Le noyau dur du régime primaire 43
A- Une application obligatoirement à tous les régimes matrimoniaux 44
B- Des dérogations permises aux règles du régime primaire 45
§ 2. Le respect de l'ordre public 48

A- Un principe d'impérativité 48
B- Les possibilités d'atténuation de l'ordre public matrimonial entrainant un déclin des règles d'ordre public 50
Section 2 : Les limites factuelles à la volonté des époux 52
§ 1. Des faits imprévisibles 52
A- Les limites liées à la situation personnelle des futurs époux 52
B- Les limites patrimoniales 55
§ 2. Le contrat de mariage, un outil de prévision entravé au profit des conventions de divorce 56
A- La préférence du droit français pour une convention post-mariage et pré-divorce 57
B- La prise en compte tardive de la volonté des époux 58

Chapitre 2 : Les limites posées par le droit interne français 60
Section 1 : Une liberté entravée par le droit interne français 61
§ 1. Le prenuptial agreement : outil de prévision ultime 61
A- Une différence notable avec le contrat de mariage 61
B- Outil de prévision financier et patrimonial 63
§ 2. La position du juge français face aux prenuptial agreement 65
A- L'ordre public international français s'opposant à la validité des prenuptial agreement 65
B- L'assouplissement de la position du juge français 67
Section 2 : Une porte ouverte pour les couples internationaux 69
§ 1. L'influence positive du droit européen 69
A- La reconnaissance de l'autonomie de la volonté des futurs époux en droit européen 69
B- Les risques liés à l'incertitude des effets des principes reconnus 72
§ 2. Vers la reconnaissance en droit français du prenuptial agreement ? 74
A- La reconnaissance limitée des prenuptial agreement en droit français 74
B- L'absence de nécessité absolue d'introduire le contrat prénuptial en droit français n'efface son utilité 77

Conclusion……...80

Bibliographie……81

Table des matières……83