
Droit patrimonial de la famille - Liberté et modalités de calcul en droit patrimonial de la famille, récompenses et rapports - Etude Étude rédigée par : Sylvain Guillaud-Bataille et Céline Kuhn

Document: La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 49, 4 Décembre 2015, 1228

La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 49, 4 Décembre 2015, 1228

Liberté et modalités de calcul en droit patrimonial de la famille, récompenses et rapports

Etude Étude rédigée par : Sylvain Guillaud-Bataille notaire à Paris

et Céline Kuhn maître de conférences à l'université de La Réunion

DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE

[Accès au sommaire](#)

La liberté des modalités de calcul des récompenses et des rapports constitue un principe de notre droit patrimonial de la famille. En effet, les règles légales sont supplétives, aussi des solutions alternatives peuvent toujours être proposées par le praticien. Il convient d'exploiter cette liberté offerte aux parties par la loi qui relève de la stratégie patrimoniale et qui met en scène deux maîtres mots du droit patrimonial de la famille : anticipation et contractualisation.

1. - Le Code civil fixe des règles de calcul tant des récompenses que des rapports mais ces dispositions sont supplétives et donc laissées à l'appréciation des parties. En effet, les articles 860 et 1469 du Code civil, qui posent les règles du jeu en matière de mathématiques notariales, ne sont pas d'ordre public^{Note 1}. Par conséquent, le choix semble être le principe en la matière. Les parties ont la liberté de choisir le mode de calcul qui leur convient : valeur forfaitaire, valeur à un jour donné (jour de l'acte, jour du décès, ...), valeur indexée, utilisation uniquement du profit subsistant ou de la dépense faite comme référence, etc. En outre, à tout moment, cette liberté de choix pourra s'exprimer selon les formes requises que ce soit dans l'acte qui instaure la situation juridique (contrat de mariage, donation ou plus généralement tout acte d'acquisition), pendant le régime matrimonial (changement de régime matrimonial) ou au moment de la liquidation du régime matrimonial (*C. civ., art. 265-2*) ou de la succession.

2. - Ce travail de réflexion sur l'utilisation des modalités de calcul a pour ambition de démontrer la richesse de ce pan du droit patrimonial de la famille qui ne doit pas être délaissé par les praticiens. Ainsi, la détermination des récompenses dans le cadre d'une liquidation de communauté ou des rapports des libéralités rapportables d'une succession consiste à évaluer des créances et des dettes. Ces opérations de calcul font partie intégrante de la gestion du patrimoine et relèvent de la stratégie patrimoniale. Les sommes en jeu peuvent être considérables et l'anticipation des modalités de détermination de ces montants devrait être la solution préconisée.

3. - La liberté de s'affranchir des modes légaux de détermination du montant des récompenses et des rapports (1) est consacrée en droit français. Cette liberté d'anticiper les modalités de calculs permet de maîtriser totalement une opération juridique (2).

1. Un principe de liberté

4. - Si ce principe de liberté est affirmé, son exercice apparaît plus confidentiel (A). Lorsque les parties s'y risquent, leur liberté est surveillée, l'ordre public n'est jamais bien loin pour leur rappeler qu'on ne badine pas avec le droit patrimonial de la famille (B).

A. - Une liberté peu exercée

5. - La recherche d'une solution stable et sécurisée peut expliquer l'utilisation modérée en pratique de cette liberté et l'attrait pour les règles légales supplétives (1°). Toutefois, ce principe de liberté s'avère plus que nécessaire car les notions clés apparaissent de plus en plus malmenées (2°).

1° Utilisation des règles supplétives

6. - À l'heure d'une judiciarisation galopante, la précaution est souvent de mise. Cette réalité de notre monde contemporain n'incite pas à l'innovation. Comme l'objectif du praticien est de sécuriser l'acte passé et d'en assurer les conséquences afin qu'efficacité et effectivité soient au rendez-vous, l'utilisation des règles légales supplétives peut constituer un réflexe. La référence aux articles du Code civil qui fixent les modalités de calcul des récompenses ou des rapports inscrit l'acte en terrain connu. En effet, la jurisprudence a déjà apporté de nombreuses précisions. La connaissance de ces solutions permet d'éviter le contentieux et peut constituer pour le praticien un gage de sécurité juridique même s'il n'existe pas en droit français de droit acquis à une jurisprudence figée^{Note 2}.

7. - La Cour de cassation a peaufiné les règles en s'intéressant, par exemple, aux modalités de calcul de la récompense en cas de financements partiels dans l'arrêt de sa première chambre civile du 20 juin 2012^{Note 3}. Elle continue d'étoffer sa jurisprudence et les solutions retenues apportent un certain nombre de réponses mais des interrogations demeurent. En outre, le caractère lapidaire des textes peut également expliquer voire justifier l'adoption d'un tel principe de liberté (2°).

2° Un principe de liberté nécessaire

8. - Les critiques à adresser au législateur contribuent à fonder la nécessité de ce principe de liberté laissée aux parties. La lecture de l'article 1469 du Code civil peut laisser songeur. Ce texte brille par son manque de précisions puisqu'aucune définition des notions utilisées n'est présentée. En cas de litige, c'est au juge d'apporter de la clarté. Ce travail est essentiel puisque de la qualification de la dépense découlent les modalités de calcul. Afin d'éviter un contentieux relatif à l'application des différents aliénas de l'article 1469 du Code civil, le recours à une clause dans le contrat de mariage qui définirait chacune de ces notions « au sens de la présente convention matrimoniale » pourrait être judicieux.

9. - La jurisprudence de la Cour de cassation a développé une application souple de l'article 1469 du Code civil, n'hésitant pas à combiner plusieurs aliénas. Ainsi, la récompense due lorsque les dépenses d'amélioration, d'acquisition ou de conservation constituent également des dépenses nécessaires, est égale

à la plus forte des deux sommes entre la dépense faite et le profit subsistant. C'est la problématique des dépenses mixtes. Cette application combinée des alinéas 2 et 3 se retrouve notamment dans l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 15 décembre 2010^{Note 4}. La porosité des qualifications peut être une source d'insécurité juridique. L'extension de la catégorie des « dépenses nécessaires^{Note 5} » réalisée par la jurisprudence qui s'est efforcée de distinguer cette catégorie de celle des « dépenses de conservation », a contribué au rapprochement voire à la (con)fusion dans de nombreuses situations entre dépenses nécessaires et dépenses d'amélioration voire d'acquisition... La délimitation précise du champ d'application de notions clés n'est plus véritablement assurée.

10. - La porosité existerait-elle entre les matières juridiques ? C'est la question que l'on peut se poser lorsque le praticien peut être tenté par l'analogie. Les modalités de calcul des récompenses pourraient-elles inspirer celles relatives au rapport ?

11. - La nécessité du principe de liberté des modalités de calcul se justifie d'autant plus quand la loi ne prévoit pas de solution. L'article 860 du Code civil présente les règles légales de détermination du rapport. L'article 860-1 du Code civil s'intéresse précisément aux libéralités rapportables portant sur une somme d'argent. Dans ce cas de figure, en application du nominalisme monétaire, le rapport est égal au montant de la somme donnée. Toutefois, lorsque les fonds ont été employés à l'acquisition d'un bien par le donataire, la subrogation réelle joue et le montant du rapport sera de la valeur du bien acquis au jour du partage, dans son état au jour de l'acquisition. L'article ne vise que l'acquisition, quid de l'utilisation de la somme d'argent à l'amélioration d'un bien du donataire ? L'interprétation faite par la jurisprudence du terme « acquisition » semble restrictive comme en témoigne l'arrêt de la première chambre civile du 14 mai 2014^{Note 6} : « (...) ne constitue pas une acquisition au sens de l'article 860-1 du Code civil le financement, par des fonds donnés, de travaux de construction effectués par le propriétaire du terrain (...) ». Cette interprétation rappelle la jurisprudence en matière de financement par la communauté d'une construction sur terrain propre, les dépenses relatives à la construction n'étant pas qualifiées de dépenses d'acquisition mais d'amélioration^{Note 7}. La pratique pourrait être tentée de retenir comme c'est le cas en matière de récompense, un rapport équivalent au profit subsistant en cas de sommes d'argent employées à l'amélioration d'un bien du donataire et non la règle légale du montant donné et engagé, c'est-à-dire de la dépense faite. La précision devra en être apportée dans l'acte de donation.

12. - Ce principe de liberté permet de compléter le dispositif légal et d'apporter une solution franche. Lorsque les parties décident d'anticiper les choses et de retenir dès l'acte (contrat de mariage ou donation) un mode de calcul déterminé, leur liberté n'est pas absolue (**B**).

B. - Une liberté surveillée

13. - Très classiquement, l'ordre public se dresse en limite à la liberté contractuelle. En droit patrimonial de la famille, la volonté des parties pourrait être confrontée à l'ordre public matrimonial (**1°**) voire à l'ordre public successoral (**2°**).

1° L'ordre public matrimonial

14. - L'ordre public matrimonial ou régime primaire est un ensemble de dispositions impératives qui ne sauraient être modifiées par le contrat de mariage. Ce sont de grands principes directeurs qui sont applicables au couple marié et à leurs biens. Toutefois, la jurisprudence n'est pas si stricte car la Cour de cassation laisse à la volonté des époux une marge de manœuvre appréciable.

15. - L'alinéa 1er de 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* ». Ce texte vise expressément la possibilité d'organiser contractuellement les modalités d'exécution de cette obligation. La formulation retenue semble indiquer que par principe, c'est la volonté des époux qui devrait régir cette question et que ce n'est qu'à défaut d'une telle prévision contractuelle que la solution légale - les époux « *contribuent à proportion de leurs facultés respectives* » - sera appliquée. Le contrat de mariage pourra en exposer les modalités, à savoir : la part de chacun, les moyens de réalisation de cette obligation (contribution financière comme un pourcentage du revenu mensuel, contribution en nature), la périodicité des paiements, la répartition des postes, etc.

16. - En pratique, ces clauses sont rares. Se rencontrent plus fréquemment des clauses qui stipulent : « Les époux contribueront aux charges du ménage à proportion de leurs revenus et gains respectifs, sans être assujettis à aucun compte entre eux, ni à retirer quittance l'un de l'autre, les charges étant réputées avoir été réglées au jour le jour ». Ainsi, au lieu de déterminer précisément les modalités de la contribution aux charges du mariage, il s'agit d'éviter au contraire tout calcul, tout compte, pour présumer la bonne exécution par chacun des époux de cette obligation de payer.

17. - La Cour de cassation, à plusieurs reprises, s'est positionnée sur la portée de telles clauses. Un arrêt de la première chambre civile du 1er octobre 1996^{Note 8} a précisé que « la présomption instituée par le contrat de mariage, relative à la contribution des époux aux charges du mariage, interdisait de prouver que l'un ou l'autre des conjoints ne s'était pas acquitté de son obligation ». Cette solution a été réaffirmée^{Note 9}, notamment dans une décision récente de la première chambre civile du 1er avril 2015^{Note 10}. Les termes utilisés sont forts : « cette présomption interdisait de prouver... ». La qualification de présomption irréfutable semble alors à retenir. Cette clause règle, une fois pour toutes, la question de la contribution aux charges du mariage qui aurait pu révéler l'existence d'un droit à récompense en régime de communauté conventionnelle : ce point ne sera donc pas à aborder au moment de liquidation. Le notaire rédacteur qui envisage d'insérer une telle clause, doit absolument attirer l'attention des époux sur ses conséquences qui peuvent être radicales. Il est alors conseillé de bien préciser l'intention des parties quant à la portée de cette stipulation.

18. - La liberté de déterminer les modalités de calcul se heurte également à l'ordre public successoral.

2° L'ordre public successoral

19. - Les modalités de calcul du rapport ne sauraient atteindre la substance de la réserve successorale. En effet, les règles de détermination des montants des donations à réunir fictivement à la masse de calcul de la réserve de l'article 922 du Code civil sont impératives. Toutefois, la liberté qu'offre l'article 860 n'est pas remise en cause mais l'existence de l'ordre public successoral a une influence sur la qualification juridique de la donation en question.

20. - L'alinéa 3 de l'article 860 du Code civil autorise la stipulation de toute clause dérogeant aux règles légales du rapport qu'il fixe en ses alinéas 1er et 2. Dans la mesure où il s'agit de déroger à une institution visant à l'égalité entre les héritiers, cette dérogation sera, pour le disposant, un instrument visant à avantager tel héritier donc à désavantager tel autre. Si la stipulation d'une dispense de rapport constitue l'illustration la plus usitée, le disposant pourra aussi modifier les règles légales quant à la date de référence retenue (différente de celle du partage, par exemple la valeur décès ou la valeur donation), quant à l'état du bien à

retenir (état à une époque autre que celle de la donation), quant à la règle de la subrogation (qu'il pourrait s'agir d'éviter). Mais le disposant peut aussi, plus directement, retenir une clause de rapport forfaitaire ou une valeur indexée.

21. - En présence d'héritier(s) réservataire(s), il conviendra de faire application du dernier alinéa de l'article 860 du Code civil lequel prescrit de valoriser l'éventuel avantage indirect ainsi acquis au donataire pour l'imputer sur la quotité disponible et, ainsi, assurer le respect de la réserve. En effet, de telles clauses confèrent à la donation un caractère mixte : rapportable à hauteur du montant stipulé, hors part successorale pour le surplus. Une difficulté particulière existe lorsque la fraction rapportable excède la part de réserve du gratifié, il convient alors d'imputer sur la quotité disponible tant cet « excédent » de fraction rapportable, que la fraction hors part successorale, selon trois méthodes possibles : imputation prioritaire de la fraction rapportable, imputation prioritaire de la fraction hors part successorale ou, enfin, imputation concurrente. Le choix entre ces trois méthodes présente un enjeu important : en cas d'insuffisance du disponible (et seulement en ce cas), la réduction touchera prioritairement la fraction précipitaire, la fraction rapportable ou les deux.

22. - Les règles liquidatives ne permettent pas d'arbitrer en faveur de l'une des trois méthodes ; aussi, la recherche de la volonté du disposant devrait constituer un critère pertinent. Ce dernier, en conférant à la donation une dimension hors part successorale au profit du gratifié, a nécessairement entendu l'avantager : pour cette raison, la méthode d'imputation prioritaire de la fraction précipitaire nous semble devoir être privilégiée, en ce qu'elle garantira, dans la limite de la quotité disponible, l'effectivité de la volonté du disposant.

23. - La question de l'imputation aura d'autant plus d'importance si la donation envisagée n'est pas la première réalisée par le disposant. En effet, l'imputation doit se faire de façon chronologique en partant des donations les plus anciennes pour remonter aux donations les plus récentes. Une façon de sécuriser une imputation effective sur la quotité disponible de la donation envisagée serait de faire intervenir les autres copartageants, héritiers réservataires afin qu'ils consentent à une modification de l'ordre des imputations^{Note 11}. De même, l'accord des bénéficiaires de toutes les donations antérieures (donataires non réservataires) est également requis pour des raisons évidentes d'opposabilité mais aussi car ils doivent exprimer leur consentement à un éventuel abandon de propriété (inhérent à la logique de la réduction). Un tel pacte est-il possible ? L'impérativité de la règle posée par l'article 923 du Code civil se fonde sur le caractère irrévocable des donations et semble condamner toute influence de la volonté en la matière. Or, la volonté du donateur peut en cas de donations consenties le même jour apporter une dérogation à la réduction proportionnelle de chacune en instaurant un ordre de préférence entre elles^{Note 12}. Ces développements sur des priorités d'imputation nous amènent finalement à la question de la gestion de la réduction par la volonté. La renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR) pourrait-elle constituer une solution à cette recherche de sécurisation des imputations ? Force est de constater que le résultat d'une RAAR équivaut à assurer le principe d'une absence de réduction et cela sans passer par la modification de l'ordre légal des imputations.

24. - Si, par suite d'une clause de rapport forfaitaire par exemple, le montant du rapport auquel se trouve tenu le gratifié est supérieur à la valeur du bien à l'époque du partage, ladite clause devient un instrument pour désavantager. Afin d'éviter un tel aléa et les risques qui en découlent (notamment la requalification en acte à titre onéreux), il sera prudent *a minima*, de maintenir au gratifié la possibilité d'exécuter son rapport en nature (*C. civ., art. 859*) voire de préciser que la clause de rapport forfaitaire ne peut avoir pour effet d'obliger le gratifié à un rapport supérieur à celui prévu par l'article 860 du Code civil, donnant ainsi une impérativité contractuelle à ce texte.

25. - Enfin, il faut souligner qu'une clause peut minorer l'obligation au rapport dont est tenu le gratifié sans pour autant imposer à la libéralité un caractère mixte : il s'agit de la clause qui limite le rapport à la valeur du bien au décès. La plus-value advenant au bien après le décès, non rapportable, ne profitera en principe qu'au gratifié, sauf si la donation était réductible : dans ce cas les réservataires profiteront tous de l'accroissement de la valeur du bien entre le décès et le partage, par l'accroissement corrélatif de l'indemnité de réduction.

26. - Il convient d'exploiter cette liberté offerte par la loi que peuvent résumer deux maîtres mots du droit patrimonial de la famille : anticipation et contractualisation (**2**).

2. La liberté d'anticiper

27. - Qu'il soit question de la théorie des récompenses, qui tend à organiser les rétablissements financiers rendus nécessaires par les flux patrimoniaux intervenus entre la communauté et le patrimoine propre de chaque époux ou de la technique du rapport, qui vise à préserver l'égalité du partage, la loi accorde une place prédominante au principe du valorisme, considéré comme le meilleur gardien d'un certain réalisme économique. Il est alors nécessaire d'identifier les situations dans lesquelles les règles légales, supplétives de volonté, ne permettent pas d'atteindre dans les meilleures conditions les objectifs recherchés par les clients et/ou la sécurité juridique légitimement attendue. Au fond, chaque fois que la loi ne fournit pas à une situation donnée une solution adaptée, suffisante ou seulement conforme à la volonté des parties, il conviendra de contractualiser une solution alternative.

28. - Nous ne pouvons pas ici répertorier de façon exhaustive toutes les solutions envisageables. Aussi, nous retiendrons, à l'adresse des praticiens, quelques exemples que nous distinguerons selon qu'ils se rapportent aux modalités de calcul *stricto sensu* (**A**) ou aux hypothèses de dispenses de calcul (**B**).

A. - Les modalités de calcul stricto sensu

29. - Les régimes matrimoniaux (**1**^o) comme le droit des successions et des libéralités (**2**^o) offrent la possibilité au praticien d'avoir une approche dynamique des modes de calcul en en déterminant la teneur.

1^o Le calcul des récompenses

30. - L'institution des récompenses, imaginée originellement par la pratique notariale, procède d'un principe d'équité car elle vise à maintenir, en valeur, l'intégrité tant des masses propres que de la masse commune. Dans certains cas, l'équité ainsi traduite notamment par les articles 1433, 1437 et 1469 du Code civil, peut paraître trop rigide ou inadaptée au point qu'il sera nécessaire de corriger ou compléter les principes légaux. Parfois, les époux peuvent ne pas souhaiter la reconstitution des patrimoines ou viser à une reconstitution différente, par exemple dans le but d'avantager l'un d'entre eux.

31. - En présence d'un contrat d'assurance-vie dénoué ayant été alimenté par des primes versées au moyen de fonds communs, l'article L. 132-16 du Code des assurances prévoit une dispense de récompense au profit de la communauté si le conjoint survivant est bénéficiaire. Dans le cas contraire, la communauté a droit à une récompense mais celle-ci est limitée aux seules primes versées ce qui peut paraître :

- inéquitable sur le plan économique dans la mesure où la communauté se trouve alors privée tant des primes versées que des produits financiers (alors même qu'il est de principe que les revenus, de propres ou de communs, accroissent la masse commune) ;
- incohérent, sur le plan juridique, comparé au cas du contrat d'assurance-vie non dénoué, lequel sera pris en compte lors de la liquidation de la communauté pour sa valeur de rachat^{Note 13}. La solution proposée par la pratique notariale consistera alors à insérer dans le contrat de mariage une clause prévoyant que pour le cas de souscription par un époux, au moyen de deniers communs, d'un contrat d'assurance-vie au bénéfice d'un tiers, la récompense due par le souscripteur sera de la valeur de rachat et non des primes versées. À défaut de stipulation dans le contrat de mariage (ou dans une convention modificative) un accord intervenant en ce sens lors de la liquidation de la communauté pourrait utilement remédier à cette situation.

32. - Relevons également un cas dont la solution pourrait s'avérer difficile et source de discussions : en présence d'une clause bénéficiaire démembrée désignant le conjoint survivant pour l'usufruit et les enfants pour la nue-propriété, la communauté a droit à récompense à raison de la fraction des primes versées bénéficiant aux enfants ; une dispense totale de récompense (par extension du principe posé par l'article L. 132-16 précité) pourrait, dans certains cas, s'avérer judicieuse. À défaut d'une telle clause simplificatrice, le calcul de la récompense à raison de la fraction des primes bénéficiant aux enfants (par hypothèse titulaires de la nue-propriété) suppose :

- de déterminer, dans un premier temps, le rapport de proportionnalité existant entre la valeur économique^{Note 14} de chacun des droits démembrés et la valeur de rachat du contrat, par application de la méthode financière^{Note 15} tenant compte notamment de l'âge du bénéficiaire de l'usufruit,
- puis d'appliquer la fraction représentative de la nue-propriété au montant des seules primes versées (sauf si le contrat de mariage ou la convention des parties lors de la liquidation déroge à cette méthode pour préférer, comme proposé *supra*, calculer la récompense sur la valeur de rachat).

33. - S'agissant du remboursement d'un emprunt, le traitement liquidatif des échéances de l'emprunt contracté par un époux pour l'acquisition d'un bien propre et prises en charge par la communauté doit, depuis la jurisprudence *Authier*^{Note 16}, être différencié entre capital et intérêts, ces derniers étant à la charge définitive de la communauté (donc sans récompense). La récompense due à la communauté devra donc être calculée en tenant compte du seul capital remboursé et non au regard des échéances versées par la communauté. Une telle méthode de calcul ne serait équitable que si le prêt était à amortissement constant. Or, nous savons que la pratique bancaire est bien différente et retient systématiquement un principe d'échéance comportant un amortissement progressif du capital. Ainsi, les premières échéances se composent d'une fraction très importante d'intérêts, laquelle fraction diminue ensuite au fil du temps. Une correction conventionnelle^{Note 17} est pourtant possible, soit dans le contrat de mariage (ou par une convention modificative dudit contrat dans le cadre d'un changement de régime matrimonial), soit lors de la liquidation.

34. - Le principe de liberté a son mot à dire en matière successorale.

2° Le calcul des rapports

35. - En matière successorale, l'institution du rapport vise à préserver l'égalité du partage. Ainsi, en principe,

le rapport est effectué de la valeur du bien donné au jour du partage selon son état au jour de la donation. L'utilisation de la liberté de fixer les modalités de calcul permet de prévenir ou corriger une inadéquation des dispositions légales à certaines situations.

36. - Le principe de la dette de valeur est consacré depuis la loi du 3 juillet 1971 qui n'était que la suite d'un mouvement légal et jurisprudentiel plus important visant à « protéger les créanciers de restitution contre les conséquences de l'érosion monétaire »^{Note 18}. En matière successorale, la règle selon laquelle le rapport est dû de la valeur du bien donné à l'époque du partage, d'après son état à l'époque de la donation est de portée générale. Elle n'est pas sans poser quelques difficultés pratiques.

37. - Tout d'abord, il faut préciser ce que signifie « l'état du bien à l'époque de la donation » et en anticiper, autant que possible, les difficultés d'application. Ainsi, il ne fait aucun doute qu'il convient de prendre pour référence l'état du bien abstraction faite seulement de la gestion et de l'activité du donataire mais, en revanche, en tenant compte de ce qui aurait pu l'affecter même si le bien n'était pas sorti du patrimoine du donateur. Si la difficulté de qualification que pose la distinction ainsi faite (entre le fait du gratifié et la cause étrangère) n'est pas insurmontable en raison notamment des nombreuses analyses doctrinales et jurisprudentielles dont nous disposons aujourd'hui, la réalité des faits sera souvent difficile à établir avec une précision suffisante. À cet égard, le notaire doit inciter les parties à établir dans l'acte de donation une description précise de l'état matériel et juridique du bien donné. Si l'objet de la donation est une entreprise (individuelle ou exploitée sous forme sociétaire), sa situation économique, comptable et financière au jour de la donation devra être conservée le plus précisément possible.

38. - Ensuite, l'application des règles du rapport à une donation ayant pour objet un droit démembré met en lumière plusieurs difficultés. Ainsi, lorsque la donation n'a porté que sur la nue-propriété, l'usufruit étant constitué sur la tête du donateur, le donataire sera tenu au rapport de la pleine propriété, c'est-à-dire le rapport auquel il aurait été tenu s'il avait reçu la pleine propriété. Corrélativement, le donataire d'un usufruit éteint au jour du partage (soit par le décès du donateur sur la tête duquel il avait été constitué, soit par l'expiration du temps fixe pour lequel il avait été constitué) ne sera tenu d'aucun rapport. Ces deux exemples illustrent l'inadéquation des règles classiques du rapport aux libéralités portant sur des droits démembrés. Pour cette raison, en présence d'une donation d'usufruit, il convient d'éviter de systématiser une dispense de rapport (ce qui permet de contourner le problème sans le résoudre) pour préférer, si cela correspond à la volonté des clients, insérer dans l'acte une clause détaillant la méthode d'évaluation du rapport (la méthode financière, évoquée ci-dessus, nous semblerait alors adaptée).

39. - La possibilité de déterminer les modalités de calcul des rapports assure aux parties d'avoir le résultat mathématique escompté. Cette liberté apporte des solutions alternatives et permet de trouver des parades aux prises de positions jurisprudentielles. Par deux arrêts des 6 mars et 20 novembre 2013^{Note 19}, la Cour de cassation a condamné la pratique trop répandue des donations-partages ayant pour objet des biens indivis. Si la stabilité inhérente à la donation-partage ne saurait être égalée par une donation simple, la clause de rapport forfaitaire à la valeur des biens au jour de l'acte pourrait être une solution de secours sous réserve du risque de réduction qui dépendra de l'amplitude des fluctuations de valeurs entre la donation et le décès.

40. - Fixer des modes de calcul est une chose, prévoir qu'aucun calcul ne sera à réaliser en est une autre (B).

B. - Les dispenses de calcul

41. - La dispense de tout calcul de rapport fait partie prenante du droit des successions et des libéralités qui l'a intégrée et en affirme expressément la réalité juridique. Plus originale est la dispense de récompense en droit des régimes matrimoniaux. Si certaines situations appellent cette solution (**1°**), d'autres, au contraire, mériteraient qu'elle soit exclue (**2°**).

1° Promouvoir la dispense

42. - En présence d'une donation portant sur un bien commun, il convient de distinguer si elle a été consentie par l'un ou les deux époux. Lorsque la donation a été accordée par l'un des époux, l'autre n'intervenant que pour en assurer la validité (*C. civ., art. 1422*), celui des époux ayant la qualité de donateur a, pour gratifier personnellement le donataire, emprunté à la communauté et lui doit donc récompense^{Note 20}. Quand la donation de bien commun est consentie par les deux époux, deux hypothèses peuvent se présenter :

- s'il s'agit d'une constitution de dot au profit d'un enfant issu du mariage, l'article 1439 du Code civil indique qu'elle relève du passif définitif de communauté ;
- à défaut, la solution est controversée : certains auteurs retiennent qu'elle oblige chaque époux à dédommager la communauté pour moitié^{Note 21} ; d'autres considèrent que la communauté doit en supporter définitivement la charge sans récompense^{Note 22}. En telle circonstance, il nous semble qu'il sera le plus souvent opportun d'exclure tout droit à récompense^{Note 23}.

43. - La dispense de récompense est à manier avec précaution et la liberté offerte aux époux permettrait de lutter contre les hypothèses de dispense d'origine jurisprudentielle.

2° Lutter contre la dispense

44. - L'industrie personnelle d'un époux déployée à l'amélioration d'un bien propre ne saurait, selon une jurisprudence constante, être source de récompense en raison de l'absence de mouvement de fonds. Et pourtant, la Cour de cassation admet l'existence d'une créance entre époux séparés de biens au profit de celui des époux qui a consacré son travail à l'amélioration d'un bien personnel de son conjoint. Par un arrêt du 10 juin 2015, la Cour de cassation^{Note 24} a, derechef, affirmé que la plus-value procurée par l'activité d'un époux ne donne pas lieu à récompense. Ainsi que l'ont proposé certains praticiens^{Note 25}, il est envisageable de prévoir en ce cas, dans le contrat de mariage, un droit à récompense au profit de communauté, calculée selon le profit subsistant^{Note 26}.

45. - De même, il n'existe aucun droit à récompense en cas de remboursement d'un emprunt par une assurance : un époux contracte à la veille du mariage un emprunt pour l'acquisition d'un bien propre, ce prêt est subordonné à la souscription d'une assurance décès-invalidité dont les cotisations sont supportées par la communauté (comme les échéances de remboursement). Lorsque le risque assuré se réalise et que le solde du capital est remboursé, la jurisprudence^{Note 27} considère que la communauté n'a droit à récompense ni à raison du capital ainsi pris en charge indirectement (les fonds n'ont jamais transité par la communauté), ni à raison des primes versées. Certains praticiens^{Note 28} ont critiqué cette solution au motif que la communauté « joue mais ne peut jamais gagner » : il est vrai qu'elle supporte définitivement le coût d'une opération de prévoyance sans pouvoir prétendre à récompense en cas de survenance du risque. Une telle critique ne nous semble pas décisive dès lors que la communauté a vocation à percevoir les revenus du bien propre, il ne nous semble pas inéquitable qu'elle supporte la charge définitive d'une telle opération de prévoyance. Si

toutefois les époux souhaitaient déroger à cette solution prétorienne, une clause de leur contrat de mariage en ce sens sera parfaitement efficace.

46. - Ce principe de liberté apporte souplesse et nuance dans des matières où la volonté individuelle est insuffisamment exploitée. L'objectif de la présente étude est de permettre aux praticiens de mieux les appréhender, pour mieux faire connaître à leurs clients, les solutions alternatives aux prévisions légales en matière de récompense et de rapport. D'une part, car cet aspect du droit de la famille relève de la stratégie patrimoniale et mérite d'être mis en avant. Mais plus encore parce que les notaires ont, au-delà de leur traditionnel devoir de conseil et d'efficacité, un devoir d'audace qui impose au technicien de devenir stratège.

Note 1 L'article 860 du Code civil le précise expressément à son alinéa 3 que les règles légales énoncées sont applicables « *sauf stipulation contraire dans l'acte de donation* ». Quant aux modalités de calcul de l'article 1469 du Code civil, la jurisprudence a, à plusieurs reprises, précisé qu'elles pouvaient être remplacées par d'autres : « les dispositions [de l'article 1469 du Code civil] qui fixent le mode de calcul des récompenses, s'imposent, lorsqu'elles n'ont pas été écartées par le contrat de mariage ou par une convention passée pendant l'instance en divorce ou postérieurement à la dissolution de la communauté (...) » : Cass. 1^{re} civ., 28 juin 1983, n° 82-12.926 : Bull. civ. 1983, I, n° 190 ; JCP N 1984, II, p. 185, note J.-Fr. Pillebout ; D. 1984, 254, note G. Morin.

Note 2 Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.564 : JurisData n° 2001-011237 ; Bull. civ. 2001, I, n° 249 ; JCP G 2002, II, 10045, comm. O. Cachard.

Note 3 Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2012, n° 11-18.504 : JurisData n° 2012-013441 ; JCP N 2012, n° 26, act. 676 ; RTD civ. 2012, p. 559, obs. B. Vareille.

Note 4 Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 2010, n° 09-17.217 : JurisData n° 2010-023851 ; Bull. civ. 2010, I, n° 267 ; JCP N 2010, n° 51-52, act. 919.

Note 5 Nécessités familiales (Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001, n° 98-17.723 : JurisData n° 2001-013863 ; JCP N 2002, n° 51-52, 1719, obs. A. Tisserand), nécessités professionnelles (Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2007, n° 05-18.570 : JurisData n° 2007-041364 ; JCP N 2007, n° 48, act. 776).

Note 6 Cass. 1^{re} civ., 14 mai 2014, n° 12-25.735 : JurisData n° 2014-009720 ; Dr. famille 2014, n° 9, comm. 133, note M. Nicod ; AJF 2014, p. 384, obs. N. Levillain.

Note 7 Cass. 1^{re} civ., 6 juin 1990, n° 88-10.532 : JurisData n° 1990-701830 ; Bull. civ. 1990, I, n° 134 ; JCP N 1991, II, p. 29, obs. J.-Fr. Pillebout.

Note 8 Cass. 1^{re} civ., 1^{er} oct. 1996, n° 94-19.625 : JurisData n° 1996-003596 ; Bull. civ. 1996, I, n° 336 ; JCP N 1997, n° 43, p. 1326.

Note 9 Cass. 1^{re} civ., 25 sept. 2013, n° 12-21.892 : JurisData n° 2013-020492 ; Bull. civ. 2013, I, n° 189 ; Dr. famille 2014, comm. 38, note B. Beignier.

Note 10 Cass. 1^{re} civ., 1^{er} avr. 2015, n° 14-14.349 : JurisData n° 2015-006961 ; JCP N 2015, n° 16, act. 513.

Note 11 V. également Cass. 1^{re} civ., 24 nov. 1993, n° 91-21.724 : JurisData n° 1993-002640 ; Bull. civ. 1993, I, n° 343 ; JCP N 1994, n° 11, II, p. 108 ; RTD civ. 1994, p. 150, obs. J. Patarin ; Defrénois 1994, 445, obs. G. Champenois ; D. 1995, somm. p. 48, obs. M. Grimaldi : « (...) s'il est loisible aux gratifiés de convenir entre eux d'une répartition de la charge de la réduction, un tel accord n'est pas opposable au réservataire qui est en droit d'exiger l'application des dispositions impératives de l'article 923, la cour d'appel a violé ce texte (...) ».

Note 12 Cass. civ., 20 avr. 1915 : DP 1920, 1, 154.

Note 13 Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1992, n° 90-16.343, Prasilicka : JurisData n° 1992-000854 ; Bull. civ. 1992, I, n° 95 ; JCP N 1992, II, p. 376, obs. Ph. Simler.

Note 14 Le barème fiscal de l'article 669 du Code général des impôts ne saurait être retenu.

Note 15 Sur cette méthode, V. not. : P. Julien Saint-Amand, in *Mémento Francis Lefebvre Patrimoine 2015-2016*, n° 3021.

Note 16 Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1992 : JurisData n° 1992-000856 ; JCP N 1993, II, p. 21, obs. A. Tisserand ; JCP G 1993, II, 22003, note J.-Fr. Pillebout ; Defrénois 1992, art. 35358, obs. G. Champenois.

Note 17 Les solutions proposées peuvent sembler contreproductives tant leur mise en œuvre apparaît plus que délicate. Pour un exemple de stipulation contractuelle précisant le mode de calcul permettant de déterminer le profit subsistant dans ce cas : le profit subsistant « sera déterminé en comparant le montant de chacune des échéances avec la valeur du bien en cause à l'époque de leur règlement, puis en opérant une moyenne des proportions ainsi obtenues et en l'appliquant à la valeur du même bien à l'époque de son aliénation ou de la liquidation de la communauté. » : O. Gazeau, H. Lemaire et F. Vancleemput, *Aménagement du régime des récompenses* : *Defrénois* 2010, p. 1350.

Note 18 M. Grimaldi, *Successions : Litec*, 6e éd., 2001, n° 687.

Note 19 Cass. 1re civ., 6 mars 2013, n° 11-21.892 : *JurisData* n° 2013-003727 ; *Bull. civ.* 2013, I, n° 34 ; *JCP N* 2013, n° 23, 1162, obs. J.-P. Garçon. - Cass. 1re civ., 20 nov. 2013, n° 12-25.681 : *JurisData* n° 2013-026113 ; *Bull. civ.* 2013, I, n° 223 ; *JCP N* 2014, n° 1-2, 1002, note J.-P. Garçon.

Note 20 Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les régimes matrimoniaux* : *Defrénois* 2004, 5e éd., n° 612.

Note 21 Fr. Terré et Ph. Simler, *Les régimes matrimoniaux* : *Dalloz*, coll. *Précis*, 5e éd., 2008, n° 658.

Note 22 G. Marty et P. Raynaud, *Les régimes matrimoniaux* : *Sirey* 1985, 2e éd., n° 239.

Note 23 D'autres situations peuvent être visées comme lorsque la communauté a réglé les frais d'une acquisition à titre gratuit en cours de régime matrimonial : les époux pourraient dans leur contrat de mariage l'anticiper et stipuler l'exclusion de tout droit à récompense pour cette hypothèse bien précise. Une liste de dépenses exclues du mécanisme des récompenses apparaît tout à fait envisageable ; V. O. Gazeau, H. Lemaire et F. Vancleemput, *op. cit.* note (18), spéc. p. 1350..

Note 24 Cass. 1re civ. 10 juin 2015, n° 14-19.829 : *JurisData* n° 2015-013922.

Note 25 110e Congrès des notaires de France. Marseille, 15-18 juin 2014. *Vie professionnelle et famille, place au contrat § : rapport*, p. 1026.

Note 26 En ce sens 111e Congrès des notaires de France. Strasbourg, 10-13 mai 2015. *La sécurité juridique, un défi authentique : rapport*, n° 2371.

Note 27 V. not. : Cass. 1re civ., 12 avr. 2012, n° 11-14.653 : *JurisData* n° 2012-006920 ; *Bull. civ.* 2012, I, n° 94 ; *JCP N* 2012, n° 30-34, 1308, obs. V. Barabé-Bouchard ; *RTD civ.* 2012, p. 363, obs. B. Vareille.

Note 28 111e Congrès des notaires de France, préc. note (27) : rapport, n° 2382.

© LexisNexis SA