

---

## LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL JUDICIAIRE

---

**4. Dualité.** Le divorce par consentement mutuel judiciaire peut être prononcé dans le cadre de la liquidation du régime de la communauté légale réduite aux acquêts (Section 1), ou dans le cadre d'un régime conventionnel (Section 2).

---

### SECTION I. DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL D'ÉPOUX COMMUNS EN BIENS

---

---

#### Sous-section préliminaire – ventes et acquisitions de biens en cours d'instance de divorce

---

**5. Point trop n'en faut.** La question de la composition des patrimoines des époux communs en biens est omniprésente dans le cadre de la procédure du divorce par consentement mutuel judiciaire, alors que dans le cas de la séparation de biens pure et simple elle ne revêt aucun véritable particularisme, ni même d'intérêt notable. Pour autant dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel il est fréquent qu'un époux souhaite acquérir un bien immobilier tant et si bien que la pratique notariale a élaboré des clauses adaptées à l'acquisition d'un bien immobilier par un époux en instance de divorce par consentement mutuel judiciaire (§1) parmi lesquelles figure la déclaration de remploi (§2).

---

#### **§I. L'acquisition par un époux d'un bien immobilier en instance de divorce par consentement mutuel judiciaire**

---

**6. Devoir de conseil du notaire.** S'il est admis aujourd'hui que l'acquisition d'un bien immobilier par un époux en instance de divorce par consentement mutuel nécessite l'intervention du conjoint non acquéreur à l'acte d'acquisition (A), la rédaction de la déclaration d'origine des deniers mérite une attention particulière (B).

## A. L'intervention du conjoint non acquéreur à l'acte d'acquisition

**7. Distinction.** Il est toujours fréquent en doctrine de distinguer l'acquisition avec ou sans emprunt par un époux seul pendant l'instance en divorce judiciaire par consentement mutuel<sup>1</sup>. Cette distinction revêt non seulement un grand intérêt pratique au regard de l'intervention du conjoint non acquéreur à l'acte mais aussi à l'égard de la déclaration d'origines des deniers ainsi que du remploi.

### a. Pouvoir entre époux dans le régime de la communauté réduite aux acquêts

**8. Propriété et pouvoir.** Il faut admettre aujourd'hui que l'acquisition d'un bien par un époux seul en cours d'instance en divorce soulève des difficultés liées à la propriété et non pas aux pouvoirs entre époux. En effet, en ce qui concerne les pouvoirs entre époux, la rétroactivité des effets du divorce ne concerne pas les règles de pouvoir, qui restent régies par le régime matrimonial jusqu'au jour où le divorce devient définitif<sup>2</sup>. L'article 1401 du Code civil dispose, en effet, que : « *La communauté se compose activement des acquêts faits par les époux 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* ». Il en résulte qu'au niveau des pouvoirs, un époux peut acquérir seul un bien immobilier durant l'instance de divorce. De plus au regard du passif de communauté, chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres<sup>3</sup>. Cela étant, en pratique l'acquéreur peut solliciter un emprunt bancaire qui nécessite bien souvent la signature des deux époux.

**9. Garanties bancaires.** Relativement aux garanties bancaires, l'article 1424 du Code civil dispose : « *Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité. Ils ne peuvent, sans leur conjoint, percevoir les capitaux provenant de telles opérations. De même, ils ne peuvent, l'un sans l'autre, transférer un bien de la communauté dans un patrimoine fiduciaire* ». Il convient d'être vigilant dans la rédaction de

1. F245-5 – Acquisition sans emprunt par un époux seul pendant l'instance en divorce accepté (C. civ., art. 233 et 234), Formulaire ProActa droit des régimes matrimoniaux, F245-5 – Acquisition sans emprunt par un époux seul pendant l'instance en divorce accepté (C. civ., art. 233 et 234), Formulaire ProActa droit des régimes matrimoniaux).

2. Hélène Mazon, Examen de sortie des centres de formation professionnelle des notaires Defrénois, 30/09/1998, n° 18, p. 1088, Divorce amiable : le partage des biens communs. Par Anthony Berger, L'acquisition par un époux en instance de divorce, <https://www.lesechos.fr/1>. Jessica Dupouy-Tinomano, L'acquisition par un époux en instance de divorce, *Les Echos* | Le 11/03/2016.

3. Article 1415 Code civil.

la clause afin d'éviter une confusion à l'égard des garanties bancaires<sup>1-2</sup>. On pourrait imaginer la clause suivante :

« Monsieur Durand consent uniquement à l'affectation hypothécaire sur le fondement de l'article 1424 du Code civil ».

**10. Privilège de prêteur de deniers.** Quant à l'inscription du privilège de prêteur de deniers, elle ne nécessitera pas l'intervention du conjoint dans la mesure où il s'agit d'une sûreté légale qui s'inscrit automatiquement, dès lors que les conditions légales sont remplies en vertu de l'article 2103, 2°, du Code civil qui dispose : « *Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont : (...) 2° Même en l'absence de subrogation, ceux qui ont fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble, pourvu qu'il soit authentiquement constaté, par l'acte d'emprunt, que la somme était destinée à cet emploi et, par quittance du vendeur, que ce paiement a été fait des deniers empruntés (...)* ». Il est patent comme le souligne Monsieur MORIN que « *(...) que l'objectif recherché serait plus facilement atteint si le divorce, au lieu de s'engager par la voie contentieuse, était poursuivi sur requête conjointe des époux (cf. art. 230 et suiv. C. civ.). En pareil cas, en effet, les époux fixeraient eux-mêmes, dans la convention définitive réglant tous les effets du divorce, la date de la dissolution de la communauté. Sans doute, ici encore, faudrait-il que cette convention soit homologuée et le divorce prononcé. Mais les probabilités de prononcé du divorce sont plus grandes dans cette procédure que dans celle contentieuse et, surtout, les délais sont infiniment moins longs, pour peu que les époux et leurs conseils s'en donnent la peine<sup>3</sup>* ».

**11. Intervention du conjoint non acquéreur à l'acte de vente.** Relativement à l'intervention à l'acte d'acquisition du conjoint non acquéreur, la pratique notariale souligne que « *L'intervention du conjoint aux termes de l'acte d'achat ne suffit pas à faire sortir le bien acquis de la communauté. S'il ne s'oppose pas à l'acquisition, il est préférable de lui faire régulariser une convention de divorce aux termes de laquelle les parties reporteront librement la date des effets du divorce<sup>4</sup>.* » Il se trouve que l'observation de la pratique notariale consiste à faire stipuler une clause qui permet à l'acquéreur de pouvoir faire sortir le bien acquis de la communauté. Pourquoi alors ne pas imaginer une clause prenant en considération les règles de pouvoir et de propriété issues du régime de la communauté réduite aux acquêts afin d'éviter la présomption de communauté.

1. Hélène Mazon, Examen de sortie des centres de formation professionnelle des notaires Defrénois – 30/09/1998 – n° 18, p. 1088, *op. cit.*

2. Hélène Mazon, Examen de sortie des centres de formation professionnelle des notaires Defrénois – 30/09/1998, n° 18, p. 1088, *op. cit.*

3. Georges Morin, Examen de notaire, 1<sup>re</sup> valeur, Defrénois, 15/10/1991, n° 19, p. 103.

4. Jessica Dupouy-Tinomano, L'acquisition par un époux en instance de divorce, *Les Échos* | Le 11/03/2016).

### Intervention du conjoint non acquéreur

Monsieur X, à ce présent, déclare avoir pris parfaite connaissance de cette acquisition tant par la lecture qui lui en a été faite par le notaire soussigné que par les explications qui lui ont été données par ce dernier ;

ET Y déclarer compte tenu de la procédure de divorce en cours :

- Prendre acte de la volonté de son conjoint d'acquérir à titre personnel le bien immobilier sus-désigné, reconnaître que si le divorce est devenu définitif, ce bien sera exclu du partage de communauté.
- Reconnaître que si son conjoint a souscrit un emprunt pour s'acquitter du prix de cette acquisition, le remboursement de ce prêt sera financé par des fonds qui lui appartiennent personnellement comme provenant des économies par lui réalisées sur ses gains et salaires (et/ou sur les revenus de ses biens propres), et s'engager à ne réclamer aucune indemnité pour le compte de l'indivision du chef de cet achat si le divorce est prononcé<sup>1</sup>.

### b. Origine des deniers

**12. Intervention du conjoint non acquéreur à l'acte de vente.** Il est bien connu que l'origine des deniers nécessaires au financement de l'acquisition d'un bien au cours de l'instance de divorce par un seul époux, peut provenir soit à titre de remploi de fonds personnel, soit au moyen de deniers personnels à l'époux acquéreur, soit enfin au moyen de deniers indivis. Relativement à l'acquisition avec des deniers indivis, un auteur constate que « (...) *il est naturellement souhaitable d'obtenir que le conjoint de l'acquéreur intervienne dans l'acte d'acquisition, à l'effet de donner son accord sur l'utilisation des deniers indivis et de reconnaître le caractère personnel du bien acquis; ainsi se trouvera écarté le principe édicté à l'article 815-10, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil* ». En vertu de cette approche, on pourrait formuler une clause comme suit :

### Intervention du conjoint non acquéreur

- Monsieur X, à ce présent, déclare avoir pris parfaite connaissance de cette acquisition tant par la lecture qui lui en a été faite par le notaire soussigné que par les explications qui lui ont été données par ce dernier ;
- ET Y déclarer compte tenu de la procédure de divorce en cours ;

1. Michel Mathieu, L'acquisition par un époux en instance de divorce – Formules, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 39, 27, septembre 1991. Achat d'un bien immobilier sans procédure de divorce amorcée, in <http://forum-juridique.net-iris.fr/>

2. Michel Mathieu, Fasc. 240: Vente d'immeuble. – Acquisition par un époux seul. – Instance de divorce, n° 49, *JurisClasseur Notarial Formulaire – V° Vente d'immeuble*. 2016.

- Prends acte de la volonté de son conjoint d'acquérir le bien immobilier sus-désigné, au moyen de deniers indivis et de reconnaître le caractère personnel du bien immobilier acquis.

### c. Report de la date de dissolution

**13. Report de la date de dissolution et nature du divorce.** Si la clause d'intervention du conjoint de l'acquéreur est nécessaire pour éviter la présomption d'acquêts, pour autant elle ne suffit pas. Il convient également de prévoir le report de la date de dissolution de la communauté<sup>1</sup>. De plus, le report de la date de dissolution de la communauté est fortement impacté par la nature du divorce. En effet, l'article 262-1 du Code civil dispose : « *Le jugement de divorce prend effet dans les rapports entre les époux, en ce qui concerne leurs biens : – lorsqu'il est prononcé par consentement mutuel, à la date de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce, à moins que celle-ci n'en dispose autrement (...)* ». De plus l'article 1442 alinéa 2 du même Code dispose qu'« *Il ne peut y avoir lieu à la continuation de la communauté, malgré toutes conventions contraires. Les époux peuvent, l'un ou l'autre, demander, s'il y a lieu, que, dans leurs rapports mutuels, l'effet de la dissolution soit reporté à la date où ils ont cessé de cohabiter et de collaborer*<sup>2</sup>. » Force est de reconnaître que dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel les époux sont enclins à organiser le report de la date de dissolution de la communauté<sup>3</sup>.

**14. Choix de la date de report.** Les époux doivent être parfaitement attentifs à la rédaction de la clause de la date de report de la date de dissolution dans leurs rapports réciproques, en déterminant avec précision la date à laquelle la consistance de la communauté doit être fixée. Cela étant il a été jugé que les biens communs doivent évaluer à la date la plus proche du partage. C'est ainsi que la Cour de cassation a rejeté le pourvoi d'un époux en considérant : « *Mais attendu, d'abord, que sous couvert du grief non fondé de violation de la loi, le moyen en sa première branche remet en cause l'évaluation souveraine du bien litigieux par la cour d'appel ; – Attendu, ensuite, que la composition du patrimoine de la communauté se détermine à la date à laquelle le jugement de divorce prend effet dans les rapports patrimoniaux entre époux ; que la cour d'appel, qui a constaté qu'à la date de l'assignation en divorce les parts de M. Y... dans le cabinet d'expertise comptable étaient de 2/6<sup>e</sup> en pleine propriété et de 1/6<sup>e</sup> en nue-propriété, a fixé exactement à cette date la consistance de la masse partageable sans tenir compte de l'augmentation de la part de M. Y... à la suite du décès de l'un des associés pendant l'indivision post-communautaire ; d'où il suit que le moyen ne peut être accueilli en sa première branche et qu'il n'est pas fondé en sa seconde branche*<sup>4</sup>. » La réforme du 18 novembre 2016 qui a modifié en profondeur la procédure

1. Jessica Dupouy-Tinomano, L'acquisition par un époux en instance de divorce, *Les Echos* | Le 11/03/2016.

2. Michel Mathieu, L'acquisition par un époux en instance de divorce. – Formules, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 39, 27 septembre 1991.

3. S. David, A. Jault, Liquidation des régimes matrimoniaux, Dalloz référence, 2016/2017.

4. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 28 janvier 2003, 00-20.757, N. Levillain, M.-C. Forgeard, Cas pratiques de droit de la famille, Stratégies patrimoniales. Liquidations civiles et fiscales, Lexis Nexis, 2<sup>e</sup> éd., 2015.

du divorce par consentement mutuel nécessite d'adapter la clause de report de la date de dissolution stipulée par la pratique notariale. À la suite de la réforme du 18 novembre 2016 il convient de rédiger la clause de report de la date de dissolution comme suit :

### Clause de report de la date de dissolution

Conformément à l'article 262-1 du Code civil, M. et Mme ..... conviennent de fixer, dans leurs rapports patrimoniaux réciproques, au ....., la date de dissolution de leur communauté.

- à la date à laquelle la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce acquiert force exécutoire, lorsqu'il est constaté par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocat déposé au rang des minutes d'un notaire.
- à la date de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce, lorsqu'il est prononcé par consentement mutuel dans le cas prévu au 1° de l'article 229-2, à la date de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce.

## B. Déclaration de emploi

**15. Formalisme du emploi constitue une règle de fond.** La déclaration de emploi est du tout premier intérêt en droit des régimes matrimoniaux car elle a pour objet notamment de neutraliser la présomption de communauté<sup>1</sup>. Il est admis que le formalisme du emploi constitue une règle de fond depuis un arrêt important de la première chambre civile de la Cour de cassation rendu le 20 septembre 2006<sup>2</sup>. La haute juridiction rejette le pourvoi en estimant « *que c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que l'appartement et le terrain litigieux, acquis pendant le mariage, constituaient des biens communs, dès lors que M. X, qui soutenait qu'il s'agissait de biens propres achetés au moyen de deniers propres, ne justifiait en première instance ni d'une double déclaration d'origine et d'intention dans les actes d'acquisition, ni d'un accord des époux sur un emploi, et qu'il n'apportait pas en appel des éléments susceptibles de remettre en cause l'application de la règle du emploi qui a le caractère d'une règle de fond* ». *A contrario*, si l'article 1434 du Code civil<sup>3</sup> était une règle de preuve, un époux marié sous le régime de la communauté

1. P. Simler, G. Wiederkehr, M. Storck et A. Tisserand-Martin, « Régimes matrimoniaux », JCP N 2011, n° 1, p. 1001. Torricelli-Chrifi S., « Récompense : preuve en l'absence de déclaration de emploi », Dr. famille 2016, n° 10, comm. 209. « Un époux peut faire la preuve par tous moyens que ses fonds propres ont financé l'acquisition d'un bien commun, ... », Dr. & patr. hebdo, n° 1060. P.-L. Niel, Absence de déclaration de emploi de biens propres au cours du régime de la communauté réduite aux acquêts, LPA 29/11/2016, n° 238, p. 11.
2. Prévu à l'article 1434 du Code civil, le formalisme du emploi constitue une règle de fond de la qualification propre des biens acquis, *Actualités juridiques*, Defrénois, 712, Droit de la famille, 4 déc. 2006, www.defrenois.fr.
3. C. civ., art. 1434 : « L'emploi ou le emploi est censé fait à l'égard d'un époux toutes les fois que, lors d'une acquisition, il a déclaré qu'elle était faite de deniers propres ou provenus de l'aliénation d'un propre, et pour lui tenir lieu d'emploi ou de emploi. À défaut de cette déclaration dans l'acte, l'emploi ou le emploi n'a lieu que par l'accord des époux, et il ne produit ses effets que dans leurs rapports réciproques ».

réduite aux acquêts pourrait établir, même à défaut de la double déclaration d'origine des deniers et d'intention, que tel bien a été acquis avec des deniers propres et qu'il entend en faire un bien propre, même si son conjoint ne donne pas son accord<sup>1</sup>. Il est acquis pour la doctrine de la nécessité impérieuse de stipuler une clause de remploi lors de l'acquisition d'un bien par un époux en instance de divorce. Ainsi pour Michel MATHIEU « *Lorsque l'époux qui souhaite procéder à une acquisition à titre personnel dispose d'un montant suffisant de deniers qui, au sens des articles 1405 et 1406 du Code civil, mériteraient la qualification de propres*<sup>2</sup>.

### DÉCLARATION DE REMPLOI

M. ...., ACQUÉREUR aux présentes, déclare effectuer la présente acquisition pour lui tenir de remploi de fonds propres conformément à l'article 1434 du Code civil,

M. ...., ACQUÉREUR aux présentes, déclare en outre, que la somme de ..... euros qu'il vient de verser en la comptabilité du notaire soussigné, le ..., moyennant le prix de .....euros, payé comptant, lui provient de la vente d'un immeuble qui lui appartenait en propre pour l'avoir recueilli dans la succession de... ainsi qu'il résulte de l'origine de propriété sus-énoncée, et que par suite l'immeuble acquis, aux termes des présentes, lui demeure propre par l'effet de la subrogation réelle conformément aux dispositions édictées à l'article 1406 du Code civil.

## §II. Vente du bien immobilier avant le divorce par consentement mutuel judiciaire

**16. Le problème du partage verbal dans le divorce par consentement mutuel.** On peut se demander *hic et nunc* s'il n'existe pas d'autres événements susceptibles d'entraîner des difficultés liquidatives lors de la dissolution de la communauté<sup>3</sup>. La vente d'un bien immobilier avant le divorce par consentement mutuel judiciaire est une pratique courante pour permettre aux époux d'éviter le droit de partage. À une question d'un honorable parlementaire sur le partage d'un bien immobilier avant le divorce, le ministre de l'Économie et des Finances a répondu en apportant des réponses circonstanciées. En effet, Mme Clotilde Valter attire l'attention de M. le ministre de l'Économie et des Finances sur l'assujettissement aux droits de partage des personnes qui, souhaitant divorcer par consentement mutuel, procèdent par anticipation à la vente d'un immeuble

1. « Les règles du remploi sont des règles de fond », RJPJ 2006/12.
2. V. JCl. Notarial Formulaire, V° Communauté entre époux, fasc. 30, par M. Mathieu. Michel Mathieu, Fasc. 240: Vente d'immeuble. – Acquisition par un époux seul. – Instance de divorce, n° 6 et ss, 2016. JurisClasseur Notarial Formulaire – V° Vente d'immeuble).
3. Vendre son bien immobilier avant un divorce par consentement mutuel pour éviter un droit de partage: une pratique courante mais risquée. Par Alexandra Kahn.) (Éloi Buat-Ménard, Jacques Combret, Droit de partage et partage verbal, Defrénois – 30/09/2013, n° 18.

commun et effectuent un « partage verbal » du prix de la vente sans rédaction d'un acte le constatant, la convention réglant les conséquences du divorce ensuite soumise à l'homologation du juge ne mentionnant pas la vente intervenue ni le partage de son prix. Cette manière de faire, qui correspond à une pratique ayant apparemment tendance à se répandre et visant à soustraire la valeur attachée à un bien immobilier de la communauté du partage de celle-ci, et à échapper dans cette mesure à l'application des droits de partage, est-elle, du point de vue de l'Administration, régulière au regard de la législation fiscale ? Le ministre estime que : « *L'article 835 du Code civil dispose, s'agissant d'un partage amiable, que "si tous les indivisaires sont présents et capables, le partage peut intervenir dans la forme et selon les modalités choisies par les parties". Ainsi, le partage se forme par le seul échange de consentements et il peut être fait verbalement. Il n'existe à ce principe qu'une seule exception : lorsque l'indivision porte sur des biens soumis à la publicité foncière, auquel cas l'acte de partage est passé par acte notarié. Sur le plan fiscal, le 7° du §1 de l'article 635 du Code général des impôts prévoit que doivent être enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date, les actes constatant un partage de biens à quelque titre que ce soit. Par ailleurs, l'article 746 du même code [dispose] que les partages de biens meubles ou immeubles sont soumis à un droit d'enregistrement ou à une taxe de publicité foncière de 2,50 %, communément dénommés "droit de partage". Il résulte de ces dispositions fiscales quatre conditions cumulatives à l'exigibilité du droit de partage : l'existence d'un acte, l'existence d'une indivision entre les copartageants, la justification de l'indivision et l'existence d'une véritable opération de partage, c'est-à-dire transformant le droit abstrait et général de chaque copartageant sur la masse commune en un droit de propriété exclusif sur les biens mis dans son lot. Par conséquent, en l'absence d'acte, un partage verbal n'est pas soumis au droit de partage<sup>1</sup>.* » Cette pratique en vogue consistant à vendre le bien immobilier avant d'introduire une demande en divorce par consentement mutuel judiciaire n'est pas à l'abri des risques fiscaux<sup>2</sup>. La différence d'approche est nette entre d'une part, entre ceux qui estiment que la liberté des époux implique que si ces derniers peuvent s'ils le souhaitent ne rien liquider et que nul ne peut les forcer à liquider ce qui n'existe plus<sup>3</sup> » et d'autre part, ceux qui considèrent que le risque fiscal impose une certaine sagesse en la matière car la requalification pour abus de droit n'est pas à écarter<sup>4</sup>. » Dans la même veine, la Cour de cassation a jugé récemment que : « (...) *qu'aux termes de l'article 265-2 du Code civil, les époux peuvent, pendant l'instance en divorce, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial ; qu'il s'en déduit qu'une convention comportant, ne serait-ce que pour partie, des stipulations relatives à la liquidation et au partage du régime matrimonial, ne peut être conclue avant l'assignation ou la requête conjointe en divorce ; Et attendu qu'ayant relevé que la convention conclue entre les parties, avant l'introduction de l'instance, portait tant sur la prestation compensatoire*

1. Rép. min. n° 9548, 22 janv. 2013, Valter : JO AN Q 22 janv. 2013, p. 825). Éloi Buat-Ménard, Jacques Combret, Droit de partage et partage verbal, Defrénois – 30/09/2013 – n° 18 ; *op. cit.*).
2. Pascal Pineau, Civil et fiscal en partage, Dr. & patr., n° 227, 1<sup>er</sup> juillet 2013).
3. Jérôme Casey, Le partage verbal dans le divorce par consentement mutuel, AJ Famille 2014 p. 547).
4. Jérôme Casey, Le partage verbal dans le divorce par consentement mutuel, AJ Famille 2014 p. 547, *ibid.*