



RAPPORT DE Mme KERNER-MENAY, CONSEILLÈRE

Arrêt n° 98 du 31 janvier 2024 (D) – Première chambre civile

Pourvoi n° 22-50.023

Décision attaquée : Conseil de l'Ordre des avocats à la Cour de cassation du 07 avril 2022

**M. [P][E]
C/
la société [X], Bendel-Vasseur, Ghnassia**

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [E], né le [Date de naissance 1] 1952, est père de deux enfants qu'il a eus avec Mme [Y]. Les parents n'ont jamais été mariés et ont vécu séparément.

A partir du 21 octobre 2001, M. [E] a vécu en concubinage avec Mme [W] avec laquelle il s'est marié le 29 mai 2004, sous le régime de la communauté universelle selon un contrat de mariage reçu le 26 mars 2004 par M. [G], notaire.

Par requête du 5 avril 2012, M. [E] a saisi le juge aux affaires familiales d'une requête en divorce lequel a été ultérieurement prononcé.

Reprochant au notaire un manquement à son devoir de conseil relativement au régime matrimonial choisi, M. [E] l'a assigné en responsabilité par acte du 23 novembre 2012 devant le tribunal de grande instance d'Albertville.

Par **jugement du 3 avril 2015**, le tribunal a retenu la faute du notaire qu'il a condamné à payer une somme de 1 000 000 d'euros dans l'attente de la liquidation du régime matrimonial.

Le tribunal a retenu :

- que le notaire ne démontre pas avoir effectivement informé M.[E] sur les conséquences du régime de communauté universelle sans clause de reprise des apports lors du divorce, et notamment des effets à l'égard des enfants que celui a eu antérieurement au mariage,
- que la production de la copie de l'agenda électronique du notaire pas plus que les copies de courriers adressés à M.[E] mais dont il n'est pas justifié qu'il les aurait reçus ne constitue cette preuve,
- que le seul élément probant est un courrier du 29 janvier 2004 signé par les futurs époux mais dont il ne résulte pas qu'ils aient été informés des conséquences du régime qu'ils ont finalement choisi, en cas de divorce et pour les enfants antérieurs de M. [E] ; qu'au contraire il fait état de leurs interrogations, notamment sur la clause de reprise des apports, à la suite de la lecture du fascicule remis par le notaire.
- rien n'indique que le notaire leur ait ensuite précisé l'irrévocabilité de l'apport en communauté propres dans le régime de communauté et ses conséquences en cas de divorce et ce alors même que le contexte législatif aurait dû l'inciter à plus de prudence,
- que le notaire a commis une faute
- que cependant dans la mesure où il n'est pas établi que M. [E] n'aurait pas choisi ce régime après avoir été complètement informé par le notaire, son préjudice est constituée par une perte de chance de ne pas choisir ce régime défavorable qu'il évalue au vu du montant du patrimoine propre au moment du mariage (environ 700 000 euros) à la somme de 100 000 euros.

Par un **arrêt du 4 avril 2017**, la cour d'appel (CA) de Chambéry a infirmé ce jugement et statuant à nouveau, rejeté l'ensemble des demandes de M. [E].

La **CA** a retenu en substance :

- que le notaire, qui connaissait parfaitement la situation patrimoniale de M. [E], justifiait de cinq rendez-vous préalables avec le couple , de la transmission , outre d'un fascicule intitulé : « choisir son contrat de mariage» d'une lettre datée du 17 novembre 2003 dans laquelle il avait exposé les avantages et les inconvénients des régimes de communauté universelle et de séparation de biens ; qu'il en résultait que la décision de choisir le régime de la communauté universelle avait été prise en toutes connaissances de cause par les intéressés, après plusieurs mois de discussion, et , alors que le notaire avait été amené, à plusieurs reprises, à donner des avis,
- qu'au regard du contexte législatif, le notaire pouvait légitimement estimer qu'une telle clause était soit superfétatoire soit vouée à l'échec,
- que le notaire avait en tout état de cause bien avisé les futurs époux du caractère irrévocable du choix du régime matrimonial et ses conséquences sur l'attribution du patrimoine à l'un ou à l'autre des époux en cas de prédécès,
- que le notaire s'est acquitté de son devoir de conseil envers M.[E], qu'il avait compris les besoins et la volonté de ce dernier, que le contrat de mariage a été conclu en toute connaissance de cause.

Consulté par M. [E] sur les chances de succès que présenterait le soutien du pourvoi en cassation à l'encontre de cet arrêt, M. [X], avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation exerçant au sein de la SCP [X]-Bendel-Vasseur-Ghnassia (la SCP), a, au terme d'une note de consultation datée du 16 août 2017, conclu que s'il existait des possibilités de critiquer l'arrêt, les chances de succès étaient aléatoires et que la

Cour de cassation pouvait décider de statuer par un arrêt non spécialement motivé au regard de l'article 1014 du code de procédure civile.

Le 20 juin 2017, la SCP a formalisé une déclaration de pourvoi enregistrée sous le numéro 17-20.088, et s'est constituée pour M.[E].

Par lettre du 24 octobre 2017, M. [X] a informé M. [E] et son avocat à la cour d'appel, qu'en raison «d'une erreur imputable à son cabinet», le mémoire ampliatif n'avait été déposé en temps utile et admettant sa faute, l'a informé de ce qu'il lui restituait les honoraires versés.

Suivant une ordonnance du 3 mai 2018, la déchéance du pourvoi a été constatée en raison du non dépôt du mémoire ampliatif dans le délai légal.

Par requête du 27 septembre 2021, M. [E] a saisi le Conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation (le Conseil de l'ordre) d'une demande d'avis, en vue d'engager la responsabilité de la SCP.

Selon lui, la SCP a commis une faute caractérisée par le défaut de dépôt du mémoire ampliatif dans le délai de quatre mois de l'article 978 du code de procédure civile qui lui a fait perdre une chance certaine d'obtenir, d'une part, la cassation de l'arrêt attaqué et, d'autre part, l'indemnisation, par la cour de renvoi, du préjudice subi par la faute du notaire qu'il a évalué son préjudice à la somme de 1 055 997 euros.

Par un **avis du 7 avril 2022**, le Conseil de l'ordre a conclu que la responsabilité de la SCP n'était pas engagée en retenant en substance l'absence de perte de chance d'obtenir la cassation de l'arrêt outre, en tout état de cause, un préjudice allégué éventuel à défaut de production d'élément permettant d'établir que la communauté a été liquidée.

Par requête reçue au greffe le 6 septembre 2022, M. [E] a saisi la Cour de cassation, en application de l'article 13 de l'ordonnance du 10 septembre 1817 modifiée et de l'article R.411-3 du code de l'organisation judiciaire. Il a sollicité la condamnation de la SCP à lui verser une indemnité de 1 055 997 euros au titre de sa perte de chance d'obtenir la cassation de l'arrêt de la cour d'appel outre une indemnité de 10 000 euros en réparation de son préjudice moral.

2 - Analyse succincte des demandes

M. [E] soutient que la faute de la SCP lui a fait perdre une chance d'obtenir la cassation de l'arrêt et l'indemnisation de son préjudice, dès lors que la cour d'appel avait :

1°/ privé sa décision de base légale, au regard de l'article 1382, [devenu 1240], du code civil, pour avoir très insuffisamment caractérisé la volonté de M. [E] de désavantager ses deux fils majeurs au profit de sa nouvelle épouse ;

2°/ violé l'article 1382 du code civil en considérant que le notaire n'avait pas méconnu son obligation de déconseiller un acte défavorable à l'une des parties ;

3°/ violé l'article 1382 du code civil pour avoir constaté que le notaire connaissait la situation patrimoniale de M. [E], sans en déduire qu'il avait manqué à son devoir de conseil en s'abstenant de préconiser le régime de séparation de biens ;

4°/ violé l'article 1382 du code civil en considérant que le notaire avait satisfait à son obligation d'information et de conseil, in concreto, dès lors qu'il avait remis à M. [E] le fascicule « choisir son contrat de mariage » ;

5°/ privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil en ne retenant pas que le notaire n'avait pas rapporté la preuve qu'il avait suffisamment averti et conseillé son client, alors qu'aucun des courriers n'attirait l'attention de M. [E] sur le déséquilibre que le régime choisi engendrait;

6°/ privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, à raison d'une insuffisance d'information du notaire sur les conséquences du régime de la communauté universelle sur la situation des enfants ;

7°/ privé sa décision de base légale en ne recherchant pas si les questions de la lettre du 29 janvier 2004 ne révélaient pas une incompréhension des futurs époux quant aux implications du régime matrimonial proposé ;

8°/ privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil en s'abstenant de rechercher si le notaire avait attiré l'attention de son client sur la nécessité d'introduire dans l'acte la clause alsacienne ;

9°/ violé l'article 265, 267 et 1382 du code civil en considérant que le notaire n'avait pas commis de faute nonobstant l'absence d'insertion de la clause alsacienne dans le contrat de mariage ;

10°/ commis une erreur de droit en considérant la clause alsacienne comme un avantage matrimonial ;

11°/ privé sa décision de base légale, le courrier du 17 novembre 2003 ne pouvant être retenu comme établissant que le notaire avait prévenu son client contre les effets de l'absence d'insertion de la clause alsacienne dans le contrat de mariage, ce dernier pouvant au contraire de bonne foi penser que le notaire ne manquerait pas d'insérer une telle clause.

En défense, la SCP conclut au rejet des demandes soutenant l'irrecevabilité de deux des griefs formulés comme n'ayant pas été soulevés devant le Conseil de l'ordre.

3- Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Responsabilité civile professionnelle d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation : perte de chance

4- Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Le cadre légal

■ Il résulte de [l'article 13 alinéa 2 de l'ordonnance du 10 septembre 1817](#), dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 et dont les dispositions sont rappelées à l'article [R. 411-3 du code de l'organisation judiciaire](#), que « Les actions en responsabilité civile professionnelle engagées à l'encontre d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation sont portées, après avis du conseil de l'ordre, devant le Conseil d'Etat, quand les faits ont trait aux fonctions exercées devant le tribunal des conflits et les juridictions de l'ordre administratif, et devant la Cour de cassation dans les autres cas ».

Il s'agit là d'une compétence spéciale exclusive accordée à ces deux juridictions, qui leur confère au surplus un pouvoir de pleine juridiction pour statuer en fait et en droit.

En outre, leurs décisions ne sont pas susceptibles de recours. Il a été jugé que l'absence de recours n'est pas contraire aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, au motif que le double degré de juridiction n'est pas un droit garanti par la Convention (Cass., 25 septembre 2000, pourvoi n° 02-00.011, Bull. n° 2000, Avis, n° 7).

La partie insatisfaite de l'avis du conseil de l'ordre - client ou avocat - saisit la juridiction compétente non pas en formant un pourvoi mais en déposant une requête motivée, qui n'est, contrairement au pourvoi, enfermée dans aucun délai par ces textes.

Il est de jurisprudence constante que la responsabilité d'un avocat aux Conseils ne peut être engagée que s'il a commis une faute ayant causé un préjudice à son client, demandeur au pourvoi. Le droit à indemnisation dépend en conséquence de l'existence d'un ou de moyens sérieux, non soutenus, qui auraient permis d'obtenir la cassation de l'arrêt. Il convient, ainsi, de déterminer s'il existait une chance raisonnable

de succès du recours en reconstituant fictivement, au vu des prétentions des parties et des pièces en débat, la discussion qui aurait pu s'instaurer devant la Cour de cassation (1^{ère} Civ., 16 janvier 2007, pourvoi n° 06-10.120, Bull n° 20 ; 1^{ère} Civ., 6 octobre 2011, pourvoi n° 10-24.554, Bull. 2011, I, n° 157 ; 30 avril 2014, pourvois n° 13-16.380 et 12-22.567).

Il a été jugé que l'omission de déposer le mémoire ampliatif dans le délai légal suffit à constituer la faute imputable à l'avocat aux conseils (1^{ère} Civ., 11 décembre 2019, pourvoi n° 18-50.035 ; 1^{ère} Civ., 20 février 2019, pourvoi n° 17-50.056 ; http://srv-cassation/Rpvjcc/Jurinet/Arret.asp?ID_ARRET=1385954 1^{ère} Civ., 12 mai 2016, pourvoi n° 15-50.097 ; 1^{ère} Civ., 30 novembre 2016, pourvoi n° 16-50.024 ; 1^{ère} Civ., 25 janvier 2017, pourvoi n° 16-50.028 ; 1^{ère} Civ., 17 février 2011, pourvoi n° 10-30.708).

Ainsi, s'agissant d'un pourvoi en cassation, ne commet pas de faute l'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation qui ne forme pas un grief dès lors que celui-ci n'avait aucune chance d'aboutir comme se heurtant au pouvoir souverain des

juges du fond (1^{ère} Civ., 29 mars 2017, pourvoi n° 16-50.041 ; 1^{ère} Civ., 11 décembre 2019, pourvoi n° 18-50.035), ou comme étant irrecevable pour être nouveau et mélangé de fait (1^{ère} Civ., 2 juin 2021, pourvoi n° 20-15.148 ; 1^{ère} Civ., 11 décembre 2019, pourvoi n° 18-50.065), ou comme étant contraire aux écritures d'appel (1^{ère} Civ., 22 mai 2019, pourvoi n° 17-50.057), ou comme étant inopérant (http://srv-cassation/Rpvjcc/Jurinet/Arret.asp?ID_ARRET=1697961slt1 1^{ère} Civ., 20 février 2019, pourvoi n° 17-50.056).

Sur la définition de la perte de chance, il est acquis que seule constitue une perte de chance réparable « la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable » (1^{ère} Civ., 6 septembre 2017, pourvoi n° 16-18.917, 16-17.175 : « Mais attendu qu'une perte de chance, qui implique la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable, peut consister en la possibilité d'éviter un événement malheureux et que toute perte de chance ouvre droit à réparation de l'ensemble des préjudices directs, et non hypothétiques subis, à mesure de la chance perdue, conformément au principe de réparation intégrale sans perte ni profit » (1^{ère} Civ., 22 juin 2017, pourvoi n° 16-21.296 ; 1^{ère} Civ., 11 janvier 2017, pourvoi n° 15-28.428 ; 2^{ème} Civ., 8 décembre 2016, pourvoi n° 15-25.128 ; Com., 22 novembre 2016, pourvoi n° 14-25.092 ; Com., 24 novembre 2015, pourvoi n° 13-25.115 ; Com., 23 septembre 2014, pourvoi n° 13-11.595 ; 2^{ème} Civ., 7 novembre 2013, pourvoi n° 12-27.946 ; 3^{ème} Civ., 8 octobre 2013, pourvoi n° 12-23.751 ; 1^{ère} Civ., 6 février 2013, pourvoi n° 11-20.654) et non pas d'un préjudice certain totalement prévisible (3^{ème} Civ., 19 mai 2015, pourvoi n° 14-15.512, 14-16.093) ou entièrement consommé.

Et toute perte de chance même minime ouvre droit à réparation (1^{ère} Civ., 6 septembre 2017, pourvoi n° 16-17.175 et 16-18.917 ; 1^{ère} Civ., 14 décembre 2016, pourvoi n° 16-12.686 P, 1^{ère} Civ., 12 octobre 2016, pourvoi n° 15-26.147 et 15-23.230).

Dès lors qu'ils échouent à démontrer l'existence d'une perte de chance imputable à l'avocat aux conseils, la demande d'indemnisation d'un préjudice moral ne peut être accueillie (1^{ère} Civ., 11 décembre 2019, pourvoi n° 18-50.035).

Enfin, les juges du fond apprécient souverainement l'existence et l'étendue du préjudice (1^{ère} Civ., 11 janvier 2017, pourvoi n° 15-27.820).

Il est jugé que les griefs formés contre l'avocat qui n'ont pas été soumis à l'avis du conseil de l'ordre sont irrecevables (1^{ère} Civ., 19 juin 2019, pourvoi n° 18-50.034 : “- 1^{ère} Civ., 10 octobre 2018, pourvoi n° 17-50.034 ; 1^{ère} Civ., 30 novembre 2016, pourvoi n° 16-50.005 ; 3^{ème} Civ., 22 septembre 2004, pourvoi n° 03-15.554)

■ *La responsabilité du notaire*

- En vertu d'une formule toujours répétée et adoptée pour la première fois dans sa forme actuelle, par notre chambre, dans un arrêt du 11 octobre 1966, pourvoi n° 465 , « le notaire est tenu d'éclairer les parties et de s'assurer de la validité et de l'efficacité des actes rédigés par lui ».

Le devoir de conseil du notaire recouvre l'obligation, commune à tous les rédacteurs d'actes juridiques, d'éclairer les parties et d'appeler leur attention, de manière

complète et circonstanciée, sur la portée et les effets ainsi que sur les risques des actes auxquels il prête son concours (1^{ère} Civ., 20 mars 2014, pourvoi n° 13-12.190 ; 19 décembre 2006, pourvoi n°04-14.487 Bull.n°556 ; 13 décembre 2005, Bull.,n° 496, 31 janvier 2018, pourvoi n°16-10.961).

Le devoir de conseil obligeant à rédiger des actes valables et efficaces, le notaire doit construire des actes qui réalisent exactement les buts poursuivis par ses clients et dont les conséquences sont pleinement conformes à celles qu'ils se proposaient d'atteindre. Pour cela, il lui faut porter à la connaissance de ses clients tous les événements, toutes les circonstances qui peuvent compromettre cette efficacité (1^{ère} Civ., 22 avril 1980, pourvoi n°78-16.556 ; 1^{ère} Civ., 9 novembre 2004, pourvoi n° 02-18.187).

Il pèse sur le débiteur de l'obligation de conseil la charge de prouver qu'il s'en est acquitté (par exemple : 1^{ère} Civ., 25 février 1997, pourvoi n° 94-19.685 et 1^{ère} Civ.30 avril 2014, pourvoi n°13-10.582 ; 1^{ère} Civ., 9 septembre 2020, pourvoi n° 18-25.015).

S'il ne peut pas être reproché à un notaire de n'avoir pas prévu une évolution ultérieure du droit (1^{ère} Civ. 25 novembre 1997, 95-22.240, Bull.,n°328), l'existence d'une incertitude juridique n'est pas de nature à dispenser le notaire de son devoir de conseil et d'information à cet égard (not. 1^{ère} Civ., 18 février 2003, pourvoi n° 00-16.447, Bull.2003, I, n° 50).

Comme l'explique M. Vincent Vigneau, conseiller rapporteur, à l'occasion du pourvoi n° 1916065 (cité ci-dessous):

«Le notaire qui prête son concours à l'établissement d'un acte est aussi tenu, à l'égard de toutes les parties, quelles que soient leurs compétences personnelles, à une obligation de conseil et, le cas échéant, de mise en garde, en ce qui concerne, notamment, les conséquences et risques des stipulations convenues, sous réserve que celles-ci n'aient pas immuablement été arrêtées ou produit leurs effets antérieurement (par ex. 1^{ère} Civ., 14 novembre 2001, pourvoi n° 98-21.531, Bull. Civ. 2001, I, n° 278, 1^{ère} Civ., 28 mai 2009, pourvoi n° 07-14.644, Bull. 2009, I, n° 109, 1^{ère} Civ., 14 novembre 2012, pourvoi n° 11-24.726, Bull. 2012, I, n° 241, 1^{ère} Civ. , 20 décembre 2017, n° 16-13.073 , Bull. civ. I, n° 251, 1^{ère} Civ., 3 mai 2018, pourvoi n° 16-20.419, Bull. 2018, I, n° 77).

Comme le soulignent MM. J.L. Aubert et R. Crône, « *la fonction du notaire n'est pas celle d'un simple scribe, limitée à la transcription écrite des volontés des parties ; sauf situations exceptionnelles, elle implique une véritable action qui doit trouver une expression dans la formulation de conseils adaptés à cette situation* » (*La responsabilité civile des notaires, Defrénois, 5ème édition, n° 88*). Ces auteurs ajoutent que « *le notaire doit d'abord s'efforcer de préciser les besoins exacts de son client afin de déterminer le ou les actes propres à régler au mieux sa situation* » et qu'« *ensuite, il lui revient, à l'occasion de l'établissement de ces actes, d'informer le client des conséquences qu'ils doivent emporter et, le cas échéant, d'en préciser les limites et les insuffisances* ».

Cette obligation de conseil implique, plus particulièrement, que le notaire donne les explications utiles à assurer la pleine information des parties à l'acte qu'il dresse, sur la portée et les conséquences des engagements qu'elles prennent (1^{ère} Civ., 13 décembre 2012, pourvoi n° 11-19.098, Bull. 2012, I, n° 258, 1^{ère} Civ., 14 octobre 2009, pourvoi n° 08-17.994). Le devoir de vigilance du notaire se trouve en outre renforcé lorsque les engagements souscrits le sont dans des conditions manifestement déséquilibrées (1^{ère} Civ., 11 mars 2014, pourvoi n° 12-26.562). Cette obligation s'apprécie au regard de l'objectif poursuivi par les parties et de leurs exigences particulières lorsque, dans ce dernier cas, le notaire en a été informé (1^{ère} Civ. 12 juin 1990, pourvoi n° 88-15.020, Bull. n° 160 ; 1^{ère} Civ. 21 février 1995, pourvoi n° 93-14.233, Bull. n° 94 ; 13 décembre 2005, pourvoi n° 03-11.443, Bull n° 496) et, à cet égard, cet officier public doit rechercher l'intention des parties et la traduire de manière adéquate (1^{ère} Civ., 17 février 1981, Bull n° 58 n° 79-16.417). Le notaire doit également prendre en considération les mobiles des parties, extérieurs à l'acte, lorsqu'il en a eu précisément connaissance (1^{ère} Civ 13 décembre 2005 Bull n° 496, pourvoi n°03-11.443). Les juges du fond apprécient souverainement la commune intention des parties (1^{ère} Civ., 6 juillet 2016, pourvoi n° 15-20.418 déjà cité).

Nous avons jugé à cet égard, à propos du choix d'un régime matrimonial que « Le notaire chargé de rédiger le contrat choisi par des futurs époux est tenu, non de les informer de façon abstraite des conséquences des différents régimes matrimoniaux, mais de les conseiller concrètement au regard de leur situation, en les éclairant et en appelant leur attention, de manière complète et circonstanciée, sur la portée, les effets et les risques des régimes matrimoniaux pouvant répondre à leurs préoccupations » (1^{ère} Civ., 3 octobre 2018, pourvoi n° 16-19.619).

Dans la même veine, il a été retenu, en matière de donation entre époux, que le notaire «est tenu de délivrer à l'époux donateur une information complète et circonstanciée sur les incidences patrimoniales des libéralités qu'il consent à un conjoint dont il était depuis peu séparé de biens et qui portaient sur la quasi-intégralité de ses droits dans le partage de communauté, et de le mettre en garde sur les risques découlant, notamment en cas de divorce, de l'irrévocabilité de ces libéralités, consenties le 9 septembre 2008. Dès lors, encourt la cassation l'arrêt qui, pour écarter la responsabilité du notaire instrumentaire, retient que l'épouse donatrice ne peut, sans se contredire, demander la confirmation du jugement qui a retenu que son consentement n'avait été vicié ni par l'erreur ni par le dol, ce dont il résulte qu'elle reconnaît avoir signé cet acte en ayant conscience de son sens et de sa portée, et reprocher au notaire d'avoir manqué à son devoir de conseil en ne l'informant pas sur la teneur et la portée du même acte, de tels motifs étant impropres à démontrer que le notaire s'était effectivement acquitté de son devoir d'information et de conseil envers celle-ci » (1^{ère} Civ., 12 mai 2016, pourvoi n° 14-29.959, Bull. 2016, I, n° 109)».

■ *Avantage matrimonial et clause de reprise d'apports ou clause alsacienne*

A l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité posée sur les dispositions des I et II de l'article 33 de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, à l'occasion d'un pourvoi (1^{ère} Civ., 5 novembre 2020, pourvoi n° 20-11.032) formé contre un arrêt relatif à un litige concernant le devoir de conseil et de mise en garde du notaire à l'occasion d'un changement de régime matrimonial, Eloi Buat-Menard, conseiller référendaire, chargé du rapport, exposait :

« L'avantage matrimonial est constitué par le profit que l'un ou l'autre des époux peut retirer du fonctionnement du régime matrimonial (1^{ère} Civ., 31 janvier 2006, pourvoi n° 02-21.121, Bull. 2006, I, n° 48 ; 1^{ère} Civ., 3 décembre 2008, pourvoi n° 07-19.348, Bull. 2008, I, n° 281 ; 1^{ère} Civ., 18 décembre 2019, pourvoi n° 18-26.337, P). En présence d'une communauté conventionnelle, il se détermine en comparant le résultat de la liquidation de la communauté telle qu'elle a été aménagée à celui auquel aurait abouti la liquidation d'une communauté légale.

Parmi les différents aménagements d'un régime de communauté, dont certains sont expressément envisagés, de manière non exhaustive, par le code civil (cf. art. 1497 et s.), se trouve la clause d'apport en communauté de certains biens, autrefois connue sous le nom de clause d'ameublissement. Souvent stipulée à des fins de protection du conjoint survivant, notamment lorsque la résidence des époux figure au nombre des biens apportés, elle consiste à faire entrer en communauté des biens qui, par application des règles relatives à la détermination de l'actif commun, auraient eu la qualification de biens propres. Dans une telle perspective, elle est souvent associée à une clause de partage inégal (art. 1520 et s. du code civil) ou de préciput (art. 1515 et s. du code civil).

En l'état du droit antérieur à la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, le divorce opérait révocation de plein droit des avantages matrimoniaux, à titre de sanction, à l'encontre de celui aux torts exclusifs duquel il était prononcé ou qui avait pris l'initiative du divorce prononcé en raison de la rupture de la vie commune, sans distinguer selon le moment de la prise d'effet de l'avantage, l'autre époux conservant ceux qui lui avaient été consentis (anc. art. 267¹ et 269² du code civil).

En cas de divorce prononcé aux torts partagés ou sur demande acceptée par l'autre conjoint, chacun des époux pouvait révoquer tout ou partie des avantages qu'il avait consentis à l'autre (anc. art. 267-1 et 268-1³ du code civil).

¹ Article 267 du code civil : «quand le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, celui-ci perd de plein droit toutes les donations et tous les avantages matrimoniaux que son conjoint lui avait consentis, soit lors du mariage, soit après. L'autre conjoint conserve les donations et avantages qui lui avaient été consentis, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu».

² Article 269 du code civil : «quand le divorce est prononcé en raison de la rupture de la vie commune, celui qui a pris l'initiative du divorce perd de plein droit les donations et avantages que son conjoint lui avait consentis».

³ L'article 268-1 du code civil : «Quand le divorce est prononcé sur demande acceptée par l'autre conjoint, chacun des époux peut révoquer tout ou partie des donations et avantages qu'il avait consentis à l'autre».

Quand le divorce était prononcé sur demande conjointe, les époux décidaient eux-mêmes du sort des avantages qu'ils s'étaient consentis. S'ils n'avaient rien décidé à cet égard, ils étaient censés les avoir maintenus (anc. art. 268 du code civil) ».

La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005, a modifié les dispositions de l'article 265 du code civil et prévu 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 divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux et des dispositions à cause de mort, accordés par un époux envers son conjoint par contrat de mariage ou pendant l'union, sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis. Cette volonté est constatée par le juge au moment du prononcé du divorce et rend irrévocables l'avantage ou la disposition maintenus ».

La loi n°2006-728 du 23 juin 2006 , entrée en vigueur 1^{er} janvier 2007 a ajouté un dernier alinéa à l'article 265 du code civil en prévoyant que : «Toutefois, si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté ».

- La «clause de reprise des apports», plus généralement connue sous la dénomination de « clause alsacienne », est une clause associée à une communauté universelle qui permet à chacun des époux de reprendre les biens qu'il a apportés à la communauté, biens présents au jour de l'adoption de la communauté et biens reçus à titre gratuit pendant la communauté, lorsque la dissolution se produit pour une cause autre que le décès. La clause introduit donc une liquidation alternative de la communauté selon la cause de dissolution, les apports étant repris à titre de biens communs, elle est d'ailleurs parfois appelée « clause de liquidation alternative » de la communauté (cf M. Simler)⁴.

Ainsi la loi du 23 juin 2006 a consacré la possibilité pour les époux d'insérer dans leur contrat de mariage une telle clause leur permettant lors de la séparation de reprendre les biens qu'ils ont apporté en communauté.

Sa nature juridique, et par suite son efficacité sous l'empire tant de la loi de 1975 que de celle de 2004, a fait l'objet de nombreuses controverses doctrinales même s'il s'est toujours trouvé des défenseurs de l'efficacité de la clause, et non des moindres (Simler et Malaurie et Aynès), M. Simler expliquant que cette clause constituait le contraire d'un avantage matrimonial puisqu'elle faisait obstacle à la réalisation d'un avantage matrimonial⁵.

⁴ Répertoire de droit civil: communauté conventionnelle Clauses relatives au partage de la communauté – Annie Chamoulaud-Trapiers – Mars 2013 (actualisation : Janvier 2020)n° 361 et svts

⁵ M. Simler, La validité de la clause de liquidation alternative de la communauté universelle menacée par le nouvel article 265 du code civil, JCP 2005. I. 160, n° 9 ; étude également publiée in JCP N 2005. 1264.

Cette position a fini par triompher, la Cour de cassation, dans un arrêt du 17 novembre 2010 (1^{ère} Civ., 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-68.292, Bull., I, n° 235), affirmant que la clause de reprise des apports stipulée au contrat de mariage portant adoption du régime de la communauté universelle ne confère aux époux aucun avantage matrimonial, la mettant à l'abri de la révocation de l'ancien article 267 du code civil autant que de l'article 265 du code civil.

En outre, force est de rappeler que même à considérer que la clause constituait un avantage matrimonial, son inefficacité ne concernait, sous l'empire de l'article 267 du code civil que l'époux fautif et non l'autre et elle restait efficace pour l'époux contre lequel était prononcé un divorce pour rupture de la vie commune.

Sur la question de l'application dans le temps de la loi du 26 mai 2004, la Cour de cassation a retenu, dans un arrêt du 18 mai 2011 (1^{ère} Civ., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-17.943, Bull. 2011, I, n° 90), qu'il résulte de l'article 33 I et II de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, que cette loi est applicable aux procédures introduites par une assignation délivrée après le 1er janvier 2005, date de son entrée en vigueur, en vertu de ces dispositions transitoires, la loi nouvelle a vocation à s'appliquer en toutes ses dispositions concernant les conséquences du divorce pour les époux, y compris celles afférentes au sort des avantages matrimoniaux, peu important la date à laquelle ceux-ci ont été stipulés.

■ Très récemment, à l'occasion du pourvoi précité, un client reprochait au notaire, qui avait reçu l'acte de changement de régime matrimonial d'époux séparés de biens pour adopter celui de la communauté universelle, de ne pas l'avoir informé de la possibilité d'insérer une clause de reprise des apports en cas de divorce dite « clause alsacienne ». Notre chambre a retenu (1^{ère} Civ., 3 mars 2021, pourvoi n° 19-16.065) :

« 5. Le notaire est tenu d'informer et d'éclairer les parties sur la portée et les effets ainsi que sur les risques de l'acte auquel il prête son concours, et, le cas échéant, de le leur déconseiller. Cette obligation doit prendre en considération les mobiles des parties, extérieurs à l'acte, lorsque le notaire en a eu précisément connaissance.

6. L'arrêt relève que, lors de l'établissement de l'acte de changement de régime matrimonial, chacun des époux a déclaré apporter à la communauté la moitié indivise d'une maison acquise ensemble en 1999 et un emplacement de stationnement appartenant en propre à Mme A..., à l'exclusion de tout autre bien. Il retient, par motifs propres et adoptés, qu'il résulte des termes de l'acte que les époux ont reçu une information du notaire relative à la notion de communauté, à son ampleur ainsi qu'aux conséquences de l'inclusion ou de l'exclusion des biens de celle-ci et que M. R... a manifestement eu l'intention d'équilibrer les droits patrimoniaux des deux époux.

7. En l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu en déduire que le notaire n'était pas tenu d'informer les époux de la possibilité d'insérer une clause de reprise des apports en cas de divorce dès lors qu'au regard de l'équilibre des éléments d'actif que, selon leurs propres déclarations, ceux-ci apportaient à la communauté, une telle clause ne présentait pas d'intérêt.

8. Le moyen n'est donc pas fondé»⁶.

⁶ S. Dubost, « devoir de conseil : la clause alsacienne, une question d'équilibre », Revue Lamy Droit civil, n°191, 1er avril 2021),

A l'occasion de ce même pourvoi, M. Vigneau, conseiller rapporteur, sur la clause de reprise d'apports en cas de divorce a encore indiqué : « Une telle clause a pour but d'éviter que le divorce ait pour effet de spolier l'époux le plus fortuné de ses biens originellement propres, au profit de l'autre, permettant ainsi de corriger les effets du régime universel qui, « se conçoit dans une perspective successorale (et encore, en excluant expressément la reprise d'apports), et pas du tout dans une perspective de divorce » (J. Casey, Gaz. Pal 5 février 2011, n° 56 p. 16), ce qui explique pourquoi, aujourd'hui, « il est de pratique courante de prévoir, dans le contrat de mariage, notamment de communauté universelle, une clause dite "clause de reprise d'apport" ou "clause alsacienne" » (Mémento Patrimoine, éd. Francis Lefèbvre 2019-2020, § 40345).

L'ouvrage collectif Droit et pratique du divorce (Daloz Référence 2018-2019,) expose: « 231.102 La règle selon laquelle le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui ne sont pas subordonnés au prédécès de l'un des époux peut entraîner ou encourager des situations peu souhaitables, telles que la transmission des biens d'une famille à une autre.

Bien plus, cette disposition peut contrevenir à la volonté des parties. Aujourd'hui, où la perspective d'un divorce est une donnée du mariage, il est concevable et même souhaitable que cette éventualité soit envisagée, soit lors de l'union, soit lors d'un changement de régime matrimonial, en prévoyant une clause de reprise des apports, communément appelée la « clause alsacienne », ou plus techniquement dénommée la « clause de liquidation alternative ». Il s'agit pour les époux de stipuler, dans un contrat de mariage de communauté universelle, qu'en cas de dissolution du régime autrement que par le décès, chaque époux reprendra les biens qui constituent des propres sous le régime légal.

La question de la validité d'une telle clause avait été discutée au lendemain de la loi du 26 mai 2004. Le législateur du 23 juin 2006 a tranché en faveur de la validité, en ajoutant un alinéa 2 à l'article 265 du Code civil, aux termes duquel « toutefois si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu'ils ont apportés à la communauté ». Il en résulte qu'en cas de dissolution du régime autre que par décès, chaque époux peut reprendre les biens qui sont tombés en communauté, ce qui revient à régler le régime matrimonial comme si les époux étaient mariés sous le régime légal.

Il nous semble que l'opportunité d'insérer une telle clause dans un contrat de communauté universelle est accrue depuis la loi du 26 mai 2004, dans la mesure où le sort des avantages matrimoniaux étant désormais indépendant de l'attitude des époux, l'adoption d'un tel régime est susceptible de bénéficier à l'époux exclusivement fautif ».

Un autre auteur estime fait qu'« il y a fort à parier que cette clause de reprise d'apport deviendra une clause incontournable des communautés conventionnelles » (O. Cros, Gaz. Pal. 18 novembre 2014 n° 322 p. 22). Commentant un arrêt rendu le 27 février 2012 par la cour d'appel de Toulouse ayant retenu la faute du notaire n'ayant pas informé un époux de la possibilité de prévoir une telle clause (Toulouse, 27 février 2012 RG n 11/00291) un notaire écrit : « L'espèce n'indique pas si tel était le souhait des parties, mais le notaire en cause a commis l'erreur de ne pas consigner par écrit les conséquences du défaut d'inclusion d'une reprise d'apport. En effet, l'acte efficace, c'est l'acte qui remplit les objectifs que se sont fixés les parties. Si le souhait des époux était de ne pas inclure de clause de reprise d'apport afin de rééquilibrer leurs patrimoines, ce que soutenait l'épouse, le notaire ne s'est pas ménagé la preuve de ses diligences. La cour d'appel relève à cet égard que le notaire ne justifie pas, alors que la charge de la preuve pèse sur lui, avoir avisé l'époux apporteur de la possibilité d'inclure une clause de reprise d'apport. Dès lors, sa responsabilité est engagée (...) Le devoir de conseil conduira donc à informer les époux par courrier, préalablement à la signature de l'acte, des possibilités que leur offre » (M. Iwanenko, Faute du notaire qui n'a pas informé un époux de la possibilité de prévoir une clause alsacienne, Solution Notaires 2/13 n 54).

A propos d'un arrêt rendu par notre Cour en matière de préjudice résultant du défaut d'information du notaire sur la faculté d'insérer une clause de reprise du rapport (1^{ère} Civ., 30 avril 2014, pourvoi n° 13-16.380, Bull. 2014, I, n° 76), le commentaire rapide paru à la revue Defrénois écrit qu'il est rappelé « aux praticiens l'importance de l'exactitude des conseils donnés à l'occasion de la signature d'un acte,

même lorsque, comme en l'espèce, un quart de siècle s'est écoulé. Omettre d'indiquer, lors de la signature d'un contrat de mariage portant adoption de la communauté universelle, que, sans clause de reprise des apports, les biens communs seront partagés par moitié, en cas de divorce, malgré le déséquilibre manifeste des apports de chaque époux, peut donner lieu à une action judiciaire » (Flash Defrénois 13 mai 2014 n 18 p. 1) ».

■ ***Dans le cas qui nous est soumis :***

La SCP ne conteste pas qu'elle a commis une faute en ne déposant le mémoire ampliatif dans le délai légal aboutissant à la déchéance du pourvoi.

Le requérant développe plusieurs griefs susceptibles selon lui de démontrer que le pourvoi avait une chance de succès.

1° défaut de base légale, au regard de l'article 1382 ancien du code civil (1240 nouveau), pour avoir « très insuffisamment caractérisé la volonté de M. [E] de désavantager ses deux fils majeurs au profit de sa nouvelle épouse » ;

Le **requérant** soutient que cette recherche était primordiale en présence d'une grande disparité du patrimoine des époux, la présence d'enfants d'un premier lit et l'absence d'intérêt pour l'époux d'un tel régime matrimonial sauf à vouloir favoriser son épouse, volonté que la cour d'appel a insuffisamment caractérisée. Il ajoute que tel était le sens de la consultation faite auprès de M. [X].

La **SCP** soutient que ce moyen aurait été inopérant comme dirigé contre des motifs surabondants de l'arrêt, la cour d'appel ayant par ailleurs relevé que le notaire avait apporté à M. [E] une information précise et détaillée sur le régime de la communauté universelle et que M. [E] avait ainsi décidé de son régime matrimonial en toute connaissance de cause. Elle ajoute qu'il aurait été mal fondé, la recherche de la volonté des parties relevant du pouvoir souverain des juges du fond.

Le **Conseil de l'ordre** a retenu que : « la cour d'appel a relevé (page 4 de l'arrêt attaqué), que le notaire, qui connaissait la situation familiale de M. [E], lui avait apporté une information précise et détaillée sur le régime de la communauté universelle et les conséquences qui s'y attachaient, et que M. [E] avait ainsi décidé de son régime matrimonial en toute connaissance de cause. Ces motifs suffisaient à motiver sa décision de débouter M. [E] de son action en responsabilité contre le notaire, qui avait bien rempli son devoir de conseil. La cour n'était pas tenue de caractériser en outre une quelconque volonté de M. [E] de désavantager ses enfants, le régime de la communauté universelle pouvant être choisi sans que les parties aient la volonté de désavantager les enfants d'une première union. En tout état de cause l'arrêt était suffisamment motivé sur l'adaptation du conseil du notaire relatif à la cohérence du régime de la communauté universelle au regard de la volonté de M. [E] d'avantager sa future épouse, la cour ayant relevé (arrêt, p. 3) l'absence de vie commune avec la mère de ses enfants, une condamnation pénale pour non-paiement de la contribution à l'éducation et à l'entretien des enfants, la circonstance que les époux avaient vécu en concubinage plus de deux ans avant de se marier. De plus, l'appréciation, par la cour, de la volonté d'une partie procède de son pouvoir souverain ».

2° violation de l'article 1382 ancien du code civil en considérant que le notaire n'avait pas méconnu son obligation de déconseiller un acte défavorable à l'une des parties

Le **requérant** soutient qu'au vu de la grande disparité des patrimoines existant entre les époux, le notaire qui a l'obligation de délivrer un conseil personnalisé, devait déconseiller l'adoption du régime de la communauté universelle et devait apporter la preuve qu'il avait bien délivré le conseil correspondant. Il soutient que le grief n'était pas nouveau au regard de ses conclusions pages 5, 15 et 16.

La **SCP** soutient que ce moyen aurait été déclaré irrecevable, comme nouveau, mélangé de fait et de droit puisque dans ses conclusions devant la cour d'appel de Chambéry, M. [E] n'avait pas soutenu que le notaire avait un devoir de déconseiller l'acte. Elle ajoute que le moyen manque en fait, les constatations de l'arrêt n'établissant pas que le contrat de mariage était défavorable à M. [E] lors de la conclusion du contrat de mariage outre que le notaire n'avait pas à déconseiller le régime de communauté universelle qui correspondait à la volonté apparente des futurs époux au moment des faits litigieux. Elle ajoute qu'au regard des circonstances de l'espèce, souverainement constatées par la cour d'appel, le notaire avait seulement pour devoir de délivrer une information complète, y compris sur les risques que présentait le régime de communauté universelle.

Le **Conseil de l'ordre** indique que : « le moyen aurait d'abord été irrecevable devant la Cour de cassation, comme étant nouveau et mélangé de fait et de droit, M. [E] n'ayant pas soutenu que le notaire avait un devoir de déconseiller l'acte auquel il aurait manqué et celui-ci impliquant de rechercher si l'acte était concrètement défavorable. Il ajoute qu'il aurait été rejeté la mesure où le devoir de conseil du notaire doit s'effectuer en considération des mobiles des parties lorsque le notaire en a eu connaissance, le notaire n'avait pas à déconseiller le régime de communauté universelle qui correspondait à la volonté des futurs époux au moment des faits litigieux. Il ajoute qu'au regard des circonstances de l'espèce, souverainement constatées par la cour d'appel, le notaire avait seulement pour devoir de délivrer une information complète, y compris sur les risques que présentait le régime de communauté universelle. Cette information sur les risques avait bien été délivrée. »

3°/ violation de l'article 1382 du code civil pour avoir constaté que le notaire connaissait la situation patrimoniale de M. [E], sans en déduire qu'il avait manqué à son devoir de conseil en s'abstenant de préconiser le régime de séparation de biens.

Le **requérant** soutient qu'il s'agissait du seul régime adapté à la situation patrimoniale des époux.

La **SCP** soutient que le moyen aurait été infondé, le notaire ayant connaissance de la volonté de M. [E] d'avantager son époux n'avait pas à leur proposer le régime de la séparation des biens non en adéquation avec le mobile des parties. Le moyen aurait manqué en fait la cour d'appel ayant constaté que le notaire avait remis un fascicule sur le contrat de mariage dont les époux avaient pris connaissance comme mentionné dans la lettre du 29 janvier 2004 outre que le notaire avait exposé dans une lettre du 17 novembre 2003; les avantages et inconvénients (...) de la séparation de biens. Elle ajoute que ce grief se heurte au pouvoir souverain des juges du fond.

Le **Conseil de l'ordre** retient que : « dans la mesure où le devoir de conseil du notaire doit s'effectuer en considération des mobiles des parties lorsque le notaire en a eu connaissance, le notaire qui connaissait la volonté de M. [E] d'avantager son épouse n'avait pas à lui proposer le régime de séparation de biens qui n'apparaissait pas en adéquation avec les mobiles des parties. Par

suite le moyen de cassation envisagé tiré de ce que le notaire aurait dû préconiser un régime de séparation de biens aurait été infondé. De même que le notaire n'avait pas à déconseiller le régime de communauté universelle qui correspondait à la volonté des futurs époux au moment des faits litigieux, de même n'avait-il pas à proposer le régime de la séparation de biens si ce régime n'apparaissait pas en adéquation avec les mobiles des parties ».

4°/ violation de l'article 1382 du code civil en considérant que le notaire avait satisfait à son obligation d'information et de conseil, in concreto, dès lors qu'il avait remis à M. [E] le fascicule « choisir son contrat de mariage ».

Le requérant cite à l'appui de sa démonstration : 1^{ère} Civ., 3 octobre 2018, pourvoi n° 16-19.619 P : « Le notaire chargé de rédiger le contrat choisi par des futurs époux est tenu, non de les informer de façon abstraite des conséquences des différents régimes matrimoniaux, mais de les conseiller concrètement au regard de leur situation, en les éclairant et en appelant leur attention, de manière complète et circonstanciée, sur la portée, les effets et les risques des régimes matrimoniaux pouvant répondre à leurs préoccupations (sommaire)». Il précise que ce fascicule ne suffisait pas à démontrer que le notaire avait rempli in concreto son devoir d'information et de conseil.

La SCP soutient qu'un tel moyen aurait cependant été inopérant, puisque la cour d'appel avait par ailleurs motivé sa décision par un ensemble d'autres motifs. De plus, le moyen aurait été mal fondé, puisque le notaire peut légitimement, en plus du conseil personnalisé, transmettre un fascicule d'informations générales, pour donner un ensemble de conseils à ses clients. Le devoir de conseil est rempli au regard de l'ensemble des informations communiquées.

Le Conseil de l'ordre indique : « Le moyen aurait été rejeté comme inopérant pour critiquer des motifs surabondants de l'arrêt : la cour d'appel avait relevé que dans sa lettre du 17 novembre 2003, le notaire avait « exposé les avantages et inconvénients des régimes de communauté universelle et de la séparation de biens, avec dans cette hypothèse, la stipulation de mise en communauté de la résidence principale de Bozel et éventuellement d'autres biens » (arrêt page 4, § 3). Ces motifs suffisent à caractériser le respect par le notaire de son obligation de conseil, d'information et de mise en garde.

La cour d'appel n'a ainsi pas considéré que le notaire avait satisfait à son obligation d'information et de conseil pour la seule raison qu'il aurait remis à Monsieur [E] le fascicule « choisir son contrat de mariage ».

5°/ privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil en ne retenant pas que le notaire n'avait pas rapporté la preuve qu'il avait suffisamment averti et conseillé son client, alors qu'aucun des courriers n'attirait l'attention de M. [E] sur le déséquilibre que le régime choisi engendrait et l'absence d'intérêt que le mariage présentait pour un homme de 54 ans.

Le Conseil de l'ordre a retenu que cette critique se heurtait à l'appréciation souveraine des juges du fond.

6°/ privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, à raison d'une insuffisance d'information du notaire sur les conséquences du régime de la communauté universelle sur la situation des enfants ;

Le **requérant** relève que la simple mention dans le courrier du notaire du 17 novembre 2003, du caractère définitif du choix du régime matrimonial n'était pas suffisante et que la mention de l'existence de la protection légale dont bénéficier les enfants étant insuffisante.

La **SCP** soutient que ce moyen, non soumis à l'avis du Conseil de l'ordre est irrecevable et qu'il aurait été infondé car les juges du fond ne sont pas tenus d'effectuer des recherches inopérantes. Or, ajoute t-elle, la cour d'appel a constaté souverainement que la volonté de M. [E] au moment du mariage était d'avantager sa future épouse par rapport à ses enfants. En outre, il aurait manqué en fait, la cour d'appel ayant constaté, au demeurant, souverainement, en substance, que le notaire avait délivré un conseil en tenant compte de la situation familiale de M. [E].

7°/ privé sa décision de base légale en ne recherchant pas si les questions de la lettre du 29 janvier 2004 ne révélaient pas une incompréhension des futurs époux quant aux implications du régime matrimonial proposé ;

La **SCP** soutient que ce moyen, non soumis à l'avis du Conseil de l'ordre est irrecevable. Elle ajoute qu'au demeurant, la cour d'appel n'était pas tenue de procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée et que le moyen aurait manqué en fait au regard des motifs de l'arrêt de la cour d'appel desquels il résultait que le choix du régime matrimonial avait été réalisé après de long mois de discussion et en toute connaissance de cause et à la suite de plusieurs rendez-vous ayant ensuite donné lieu à des échanges de courriers explicatifs.

La requête formule ensuite des critiques relatives aux motifs ou à l'absence de motifs de l'arrêt concernant la clause alsacienne, M. [E] estimant que les griefs suivant auraient pu être soulevés, dès lors que la CA a :

8°/ privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil en s'abstenant de rechercher si le notaire avait attiré l'attention de son client sur la nécessité d'introduire dans l'acte la clause alsacienne ;

9°/ violé les articles 265, 267 et 1382 du code civil, en considérant que le notaire n'avait pas commis de faute nonobstant l'absence de clause alsacienne dans le contrat de mariage ;

10°/ commis une erreur de droit en considérant la clause alsacienne comme un avantage matrimonial ;

11°/ privé sa décision de base légale, le courrier du 17 novembre 2003 ne pouvant être retenu comme établissant que le notaire avait prévenu son client contre les effets de l'absence d'insertion de la clause alsacienne dans le contrat de mariage, ce dernier pouvant au contraire de bonne foi penser que le notaire ne manquerait pas d'insérer une telle clause.

• Le **requérant** soutient respectivement sur chacune de ces branches :

8°/ que la cour d'appel n'a pas fait la recherche alors que dans le courrier du 17 novembre 2003, il était mentionné l'existence d'une clause d'attribution intégrale « qui ne s'applique donc pas dans les autres cas (divorce principalement), ce qui avait pu donner à penser à M. [E] que la clause de reprise des apports ou « clause alsacienne » figurait dans l'acte. Il ajoute que le Conseil de l'ordre n'a pas répondu à ce point, se bornant à discuter la validité de la clause alsacienne au regard de l'intervention de la loi du 26 mai 2004.

9°/ que le fait que le notaire considère la clause de reprise litigieuse comme superfétatoire ou comme vouée à l'échec ne l'empêchait pas de l'insérer quand même dans le contrat de mariage, à titre de précaution et précisément parce que le contexte législatif était quelque peu incertain. Ensuite, au moment de la signature du contrat de mariage, en mars 2004, la clause alsacienne, au rebours de ce que la cour d'appel a constaté, était parfaitement connue et reconnue comme valable, la loi du 23 juin 2006 s'étant bornée à consacrer ce que la pratique avait déjà créé. Il ajoute que rien n'empêchait ainsi le notaire de l'insérer dans le contrat ; qu'en outre la cour d'appel avait violé l'article 267 du code civil qui, contrairement à ce que la CA avait retenu, ne permettait pas la révocation des avantages matrimoniaux dans tous les cas de divorce mais seulement dans l'hypothèse d'un divorce prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux.

10°/ commis une erreur de droit dans la mesure où une telle clause ne constitue pas un avantage matrimonial, ce qu'on savait dès avant l'arrêt de 2010, cette clause ayant pour effet d'entraîner la liquidation de la communauté universelle comme une communauté légale.

11°/ que le courrier du 17 novembre 2003 ne permettait pas de considérer que le notaire avait prévenu M. [E] des conséquences de l'absence d'insertion de la clause, alsacienne, le client ayant pu penser de bonne foi que le notaire l'insérerait, le divorce étant un aléa prévisible et possible.

- La **SCP** soutient que les branches relatives à la clause alsacienne qui portent sur des motifs surabondants de l'arrêt sont inopérantes.

Au surplus, elle précise qu'avant la loi du 26 mai 2004, et en application de l'article 267 du code civil, la communauté universelle étant considérée comme un avantage matrimonial, le divorce aux torts exclusifs impliquait reprise des apports au détriment du conjoint fautif, sans qu'une clause soit nécessaire (Civ. 1ère 28 octobre 2003, n°01-03.412). Elle précise que la clause alsacienne consistait à aller au-delà de ces dispositions, en prévoyant une reprise des apports quel que soit le motif du divorce. Elle ajoute que la loi du 26 mai 2004 a modifié les dispositions applicables au divorce et en particulier, l'article 265 du code civil et que ce changement législatif a eu pour conséquence de mettre fin à la règle de la perte des avantages matrimoniaux en cas de divorce aux torts exclusifs, mais également de remettre en question la licéité de la clause alsacienne qui consiste précisément à révoquer un avantage matrimonial. Elle indique que la Cour de cassation a été amenée à juger que les dispositions nouvelles s'appliquaient aux instances en divorce dont l'assignation avait été délivrée à compter du 1^{er} janvier 2005, y compris pour les avantages matrimoniaux stipulés antérieurement. En conséquence, en application

des dispositions nouvelles de l'article 265 du code civil, le divorce aux torts exclusifs de l'un des époux n'entraînait plus la perte pour lui des avantages matrimoniaux, notamment du régime de la communauté universelle, même si ce dernier avait été stipulé avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004. Selon la SCP, la question restait donc à savoir si malgré ce changement législatif, la clause alsacienne restait licite. Elle relève que la Cour de cassation a retenu que les dispositions de l'article 265, alinéa 1^{er}, du code civil étaient impératives (Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n°11-13.791, Bulletin 2012, I, n° 56) de sorte que, dans l'état du droit issu de la loi du 26 mai 2004, survenue avant la célébration du mariage de M. [E], la clause de reprise des apports en cas de divorce aurait été inapplicable, comme contraire aux dispositions impératives de l'article 265, alinéa 1^{er}, du code civil.

Elle ajoute que si la loi du 23 juin 2006, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, a explicitement prévu la possibilité de prévoir dans le contrat de mariage des clauses de reprise des biens en cas de divorce, cette loi est survenue plus de deux ans après le mariage, de sorte que le notaire ne pouvait nullement l'anticiper au moment des faits litigieux.

● La **SCP** conclut encore respectivement pour chacune des branches :

9°/ que le moyen aurait manqué en droit, un professionnel du droit raisonnablement diligent ne peut conseiller à son client de stipuler une clause dont la licéité est douteuse et que tout au plus, le notaire n'avait qu'un devoir de conseil, la décision d'inclure la clause relevant des parties ; qu'il aurait été infondé, la CA ayant bien constaté que la volonté de M. [E] était d'avantager sa future épouse de sorte qu'il ne pouvait être reproché au notaire l'absence de clause alsacienne. Elle ajoute sur la violation de l'article 267, que le grief aurait manqué en fait, la CA ayant correctement reproduit les dispositions de cet article qui indique que les avantages matrimoniaux pouvaient être révoqués en cas de divorce aux torts exclusifs.

10°/ que ce moyen aurait manqué en fait, la CA n'ayant pas retenu que la clause était un avantage matrimonial, c'est le régime de la communauté universelle qui était présenté exactement comme tel par la CA.

11°/ que le moyen aurait manqué en fait, M. [E] ayant nécessairement pris connaissance des termes du contrat de mariage et l'ayant signé de sorte qu'il ne pouvait pas prétendre que, de bonne foi, il n'était pas au courant de l'absence d'une telle clause ; qu'en outre la CA avait bien précisé que le notaire avait dans le courrier du 17 novembre 2003 donné cette information (« en cas de séparation, les biens propres provenant initialement de chacun des époux seront partagés par moitié entre eux, puisque dépendant de la communauté ») ; qu'il aurait manqué en droit, le notaire ne pouvant se voir reprocher de ne pas avoir inséré la clause mais seulement de ne pas avoir conseillé les parties en ce sens.

● Le **Conseil de l'ordre** a retenu : « Le contrat de mariage établi le 26 mars 2004, n'a pris effet qu'à la date de célébration du mariage de M. [E] et Mme [W], le 29 mai 2004. La loi n°2004-439 du 26 mai 2004 a modifié les dispositions applicables au divorce, en particulier l'article 265 du code civil.

Avant la loi du 26 mai 2004, l'article 265 du code civil énonçait : « Le divorce est réputé prononcé contre un époux s'il a eu lieu à ses torts exclusifs. Il est aussi réputé prononcé contre l'époux qui a pris l'initiative du divorce lorsqu'il a été obtenu en raison de la rupture de la vie commune. L'époux

contre lequel le divorce est prononcé perd les droits que la loi ou des conventions passées avec des tiers attribuent au conjoint divorcé. Ces droits ne sont pas perdus en cas de partage des torts ou de divorce par consentement mutuel. »

Dans la rédaction issue de cette loi, l'article 265 du code civil énonçait désormais : « 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 divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux et des dispositions à cause de mort, accordés par un époux envers son conjoint par contrat de mariage ou pendant l'union, sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis. Cette volonté est constatée par le juge au moment du prononcé du divorce et rend irrévocables l'avantage ou la disposition maintenus. »

Ce changement législatif avait pour conséquence de remettre en question la licéité de la clause alsacienne, puisque celle-ci consiste précisément à révoquer un avantage matrimonial en cas de divorce. La loi du 26 mai 2004 est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005. La Cour de cassation a jugé que les dispositions nouvelles s'appliquaient aux instances en divorce dont l'assignation avait été délivrée à compter du 1^{er} janvier 2005, y compris pour les avantages matrimoniaux stipulés antérieurement : (1^{ère} Civ., 18 mai 2011, n°10-17.943, B). Dès lors, en l'état du droit issu de la loi du 26 mai 2004, survenue avant la célébration du mariage de M. [E], le notaire pouvait légitimement considérer que la clause de reprise des apports en cas de divorce aurait été inefficace. La loi du 23 juin 2006, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, a certes ensuite modifié ces dispositions, en ajoutant explicitement au dernier alinéa de l'article 265 du code civil que le contrat de mariage pouvait désormais comporter des clauses de reprise des biens en cas de divorce ; mais elle est survenue plus de deux ans après le mariage, de sorte que le notaire ne pouvait nullement l'anticiper au moment des faits litigieux. La cour d'appel n'a donc pas outrepassé les articles 265, 267 et 1382 du code civil, en considérant que le notaire n'avait pas commis de faute en ne prévoyant pas de clause alsacienne dans le contrat de mariage. M. [E] soutient que la cour d'appel aurait privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil en s'abstenant de rechercher si le notaire avait attiré l'attention de son client sur la nécessité d'introduire dans l'acte la clause alsacienne. Mais la cour d'appel s'est expressément prononcée sur la clause de reprise des apports en cas de divorce, en soulignant le contexte législatif incertain de l'époque et en concluant que « le notaire pouvait légitimement estimer qu'une telle clause était superflue, soit vouée à l'échec. La cour d'appel n'avait donc pas à rechercher si le notaire aurait dû conseiller ou insérer cette clause, une telle recherche étant inopérante puisqu'il ne peut être exigé du notaire de conseiller une clause inefficace ».

Il ajoute que la CA n'a pas indiqué que la clause alsacienne était un avantage matrimonial de sorte que le moyen manque en fait.

■ Sur les préjudices

Le requérant soutient que la perte de chance d'obtenir la cassation de l'arrêt s'élève à 90% et la chance d'obtenir une décision favorable de la cour d'appel de renvoi proche de 85%.

Il précise que selon le rapport d'expertise établi le 9 novembre 2013, l'actif net de la communauté s'élève à la somme de 2 760 775 euros. Il souligne que Mme [W] ne disposait d'aucun patrimoine avant le mariage et qu'elle a soustrait ses revenus professionnels à la communauté pendant les 8 années du mariage. Il conclut que le rapport d'expertise permet de chiffrer son préjudice.

Il demande en outre la réparation d'un préjudice moral résultant de la mise à néant de l'espérance d'obtenir la cassation de l'arrêt litigieux, des années écoulées alors

qu'il espère obtenir justice et du déficit d'information et de conseil dont il a été victime de la part de son conseil, outre la déception causée par la prise de conscience que les sentiments de son épouse étaient fondés sur un principe d'enrichissement et de détournement.

Le Conseil de l'ordre a retenu, qu'en tout état de cause, M. [E] ne justifiait pas de son préjudice, les seuls documents produits étant l'ordonnance de non-conciliation du 16 novembre 2012 et le rapport d'expertise du 9 novembre 2013, à l'exception d'autres éléments plus récents permettant notamment de savoir si la communauté a été liquidée.

La SCP fait les mêmes observations et ajoute subsidiairement qu'à supposer que la perte de chance puisse être évaluée, il conviendrait de réduire le montant de l'actif sur lequel se base M. [E] qui a reconnu qu'il existe par ailleurs des avoirs personnels de Mme [W], sur lesquels M. [E] a droit à la moitié, ce qui se compense avec la part de l'actif provenant du patrimoine personnel de M. [E]. Elle ajoute que le préjudice moral n'est pas établi, observant que le délai écoulé lui est imputable puisque qu'il a attendu quatre années pour agir. Subsidiairement, elle sollicite sa réduction.