



HAL
open science

Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple

Anne-Sophie Brun-Wauthier

► **To cite this version:**

Anne-Sophie Brun-Wauthier. Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple. Droit. Université Pierre Mendès France Grenoble 2, 2003. Français. NNT : 2003GRE21017 . tel-02466462

HAL Id: tel-02466462

<https://hal.univ-grenoble-alpes.fr/tel-02466462v1>

Submitted on 4 Feb 2020

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

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

Université Pierre Mendès France - Grenoble II

Faculté de Droit

**Contribution à la découverte
d'un droit commun patrimonial du couple**

Thèse présentée et soutenue publiquement

le 29 avril 2003

pour l'obtention du grade de Docteur en Droit

Groupe des disciplines du CNU : Droit privé-Section 01

par

Anne-Sophie BRUN

Jury :

M. Pierre MURAT,

Professeur de droit privé à l'Université Grenoble II, *Directeur de recherches*

M. Jean HAUSER,

Professeur de droit privé à l'Université Bordeaux IV, *Rapporteur*

Mme Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ,

Professeur de droit privé à l'Université Lille II, *Rapporteur*

M. Bernard BEIGNIER,

Professeur de droit privé à l'Université Toulouse I

Mme Adeline GOUTTENOIRE,

Professeur de droit privé à l'Université Grenoble II

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

INTRODUCTION

« *Toi qui veux te marier et qui te marieras, as-tu jamais médité sur le Code civil ?* »
Honoré DE BALZAC, La comédie humaine, études de mœurs, scènes de la vie privée,
Le contrat de mariage.

1. En ce début de XXI^{ème} siècle, BALZAC écrirait sans doute : « *toi qui veux vivre en couple et qui vivras en couple, as-tu jamais médité sur le Code civil ?* ». La substitution du terme « *couple* » à celui de « *mariage* » résulte de la coexistence de trois formes juridiques de vie en couple en droit positif français – mariage, pacs¹, concubinage – laquelle

¹ Le terme de « pacs » est volontairement utilisé en minuscules. Le Grand Robert de la langue française (Tome 2, 2^{ème} éd., 2001) le définit certes comme le sigle de Pacte civil de solidarité. De même, le Larousse (Larousse en deux volumes, 2001) le définit comme l'acronyme de Pacte civil de solidarité. Toutefois, les deux ouvrages utilisent le mot « pacs » en minuscules dans les développements qu'ils lui consacrent. L'utilisation des minuscules semble également se recommander de l'entrée dans la langue française des mots « pacsé(e) » ou « se pacser ». Enfin, le mot « pacs » en minuscules est employé par d'éminents auteurs. Il en est ainsi de Monsieur CARBONNIER (Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 733).

En l'absence de consensus sur la forme employée au sein de la doctrine – pacs, Pacs, P.A.C.S., PACS – nous conserverons néanmoins, dans les intitulés des articles ou chroniques, la formulation utilisée par l'auteur.

soulève légitimement la question d'une éventuelle concurrence entre elles². Le pluralisme des formes de vie en couple n'exclut cependant pas que l'on en recherche les traits communs ; tout au contraire, il y conduit naturellement.

2. Le terme « *couple* » trouve ses racines étymologiques dans le terme *copula* qui désignait dans le latin classique « *lien, liaison, groupe de deux personnes liées par l'amitié, l'amour* »³. Au féminin, couple désigne un lien pour attacher deux ou plusieurs choses pareilles ou de même espèce⁴. Dans son acception masculine concernant les êtres humains, le couple recouvre des réalités si variées dans le langage courant qu'il peut paraître vain de prétendre en proposer une théorie générale. De fait, si le couple désigne classiquement un homme et une femme, voire deux personnes de même sexe, unis par des relations affectives et physiques, il peut également y avoir couple lorsque deux personnes sont momentanément réunies par un sentiment, par un intérêt commun ou pour une danse⁵.

3. D'un point de vue juridique, la conception française du couple s'est longtemps limitée au mariage. Et il a fallu attendre la loi du 29 juillet 1994 relative à la bioéthique pour que le terme même de « *couple* » apparaisse dans le droit civil⁶. Cette reconnaissance suppose-t-elle alors l'existence d'une notion de couple ? Autrement dit, le couple, sans égard à son habillage particulier – mariage, pacs ou concubinage simple – donne-t-il naissance à des droits et à des obligations qui seraient communs à toutes les unions ? La question a été posée par Monsieur HAUSER : « *un couple par nature destinataire de droits ? Une capacité naturelle du couple à être destinataire de droits ? Une Déclaration*

² « La concurrence des formes juridiques de vie en couple » est le titre d'une intervention de Monsieur HAUSER lors d'un colloque intitulé « Perspectives de réformes en droit de la famille », dont les contributions ont été rassemblées in Dr. Fam. Hors série, décembre 2000 (J. HAUSER, art. précit., p. 20).

³ Le Grand Robert de la langue française, Tome 2, 2^{ème} éd., 2001, V^o *Couple*.

⁴ Le Grand Littré, Dictionnaire de la langue française, Tome 2, 1999, V^o *Couple*.

⁵ Selon le Grand Littré (*op.cit.*, V^o *Couple*), le couple désigne « *le mari et la femme, l'amant et l'amante, ou deux personnes vivant ensemble dans des relations d'amitié ou d'intérêt* ». Selon le Grand Robert de la langue française (*op. cit.*, V^o *Couple*), un couple désigne « *un homme et une femme unis par des relations affectives, physiques* » et, par extension, « *deux personnes du même sexe vivant ensemble et unies par des liens affectifs, physiques* ». Il désigne ensuite « *un homme et une femme réunis provisoirement ; spécialement lorsque des relations sexuelles sont possibles ou envisagées entre eux* » et, enfin, « *deux personnes réunies par un sentiment ou intérêt commun* », et de citer à cet égard l'exemple du couple d'amis.

Selon les sociologues, le couple est « *affaire de sentiment* » ; il désigne « *deux individus dont les trajectoires convergent... à un certain moment, pour un temps plus ou moins long, afin de constituer un « couple »* » ; le couple ne passe donc plus forcément par le mariage et ne se constitue pas autant qu'avant pour procréer (J. COMMAILLE, « La construction du couple par les individus, la société et le politique. Approche sociologique », in La notion juridique de couple, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, Economica, 1998, p. 9).

⁶ Un certain nombre de dispositions concernant l'accès à la procréation médicalement assistée, visant expressément le couple, ont ainsi été intégrées dans le Code civil. Les dispositions faisant expressément référence au couple ont été intégrées dans le Code de la santé publique, aux articles L. 152-2 et suivants.

des droits du couple ? »⁷. La présente étude a ainsi pour objectif d'examiner si l'on aperçoit dans le droit positif des linéaments d'un droit commun du couple et, ainsi, de contribuer à la découverte d'un droit commun du couple.

4. Après avoir souligné l'intérêt du sujet, né de la réflexion sur le pluralisme des couples (1.), il conviendra de délimiter le champ de l'étude, circonscrite à la recherche d'un droit commun du couple fondé sur l'entraide patrimoniale entre ses membres (2.), d'apporter des précisions sur son objet, autrement dit sur la vocation du droit à élaborer un droit commun patrimonial du couple et sur la définition de ce dernier (3.) et, enfin, d'exposer la méthode suivie dans la recherche d'un droit commun patrimonial du couple (4.).

1. L'intérêt du sujet : de la réflexion sur le pluralisme des couples

5. Une longue évolution a conduit le droit positif français à reconnaître plusieurs formes de couple. Du constat désormais avéré du pluralisme des couples est née une réflexion doctrinale intense. Poussée à son terme, cette dernière aboutit à envisager la construction d'une théorie générale du couple.

6. **L'évolution vers le pluralisme juridique des couples** – Le développement quantitatif et qualitatif de la vie en couple hors mariage est remarquable depuis quelques décennies. Il ne permet cependant pas d'oublier qu'en pratique, ont toujours figuré, à côté du mariage, d'autres formes de vie en couple, regroupées sous le vocable générique de concubinage⁸.

⁷ J. HAUSER, « La concurrence des formes juridiques de vie en couple », Perspectives de réformes en droit de la famille, Dr. Fam. Hors série, décembre 2000, p. 20.

⁸ Il y eut ainsi une très forte poussée de l'union libre chez les ouvriers au XIX^{ème} siècle, notamment de 1850 à 1880, en corrélation avec la concentration urbaine et le développement de l'industrie. V. J. CARBONNIER, Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 715. Le phénomène s'est cependant incontestablement accru depuis le milieu du XX^{ème} siècle.

Quantitativement, la vie en couple hors mariage est plus importante puisque, début 2000, le nombre de couples hétérosexuels non mariés dépasse 2 500 000 ; ils n'étaient en 1962 que 300 000. V. P. FESTY, « Pacs : l'impossible bilan », Population et sociétés n°369, juin 2001. En revanche, les données statistiques françaises sont pauvres s'agissant de l'évaluation du nombre de couples homosexuels : on estime à 30 000 le nombre de couples homosexuels masculins, aucune évaluation n'étant disponible s'agissant des couples homosexuels féminins. V. P. FESTY, « La population de la France au seuil des années 2000 », Population et sociétés n°355, mars 2000.

L'augmentation du concubinage est également qualitative, d'une part, du fait de l'inscription dans la durée du couple hors mariage et, d'autre part, du nombre d'enfants auxquels les concubins donnent naissance. En effet, en 1999, les enfants nés de parents non mariés représentaient 41 % des naissances. V. P. FESTY, « Pacs : l'impossible bilan », art. précit. Ainsi, en 1999, sur 2,5 millions de couples hétérosexuels non mariés, 1,1 million ont des enfants. V. P. FESTY, « La population de la France au seuil des années 2000 », art. précit.

A cet égard, le droit français du Code civil s'est longtemps montré étroitement formaliste dans un domaine où l'histoire révèle pourtant des périodes infiniment plus libérales. A partir du Bas-Empire, les Romains admettaient ainsi, à côté du mariage, le concubinat, qui revêtait une certaine stabilité à la différence du *stuprum*, et qui faisait de la concubine la compagne honorable d'un honnête homme⁹. L'influence du christiannisme a cependant conduit à une évolution du mariage. De modèle privilégié, celui-ci est devenu modèle exclusif. Toutefois, dans le droit canonique antérieur au Concile de Trente, le mariage présentait un caractère si consensuel que la distinction entre concubinage et mariage n'avait qu'une portée limitée¹⁰. En outre – et même si les auteurs anciens n'y font nullement référence – l'hypothèse peut être émise, selon laquelle les relations patrimoniales entre les concubins ont été, par l'intermédiaire des communautés taisibles, indirectement appréhendées par le droit¹¹. Dès lors cependant que le mariage est devenu un acte formel – religieux puis laïc – il a revêtu une

L'assertion de MONTESQUIEU au terme de laquelle « *il n'y a que les mariages qui peuplent* » ne s'avère donc plus (C. MONTESQUIEU, Mes pensées, œuvres complètes, Gallimard, 1989-1990, Volume 1, p. 1466).

⁹ Sur le concubinat, V. R. MONIER, Manuel élémentaire de droit romain, Tome 1, Domat Montchrestien, 6^{ème} éd., 1947, p. 307, n°222 et s.

Des études récentes ont également montré l'existence d'un droit du concubinat chez les peuples orientaux, et ce dès le Code d'Hammourabi. Sur l'histoire du concubinage, V. L. BOYER, « Concubinages et concubinats du Code d'Hammourabi à la fin du XIX^{ème} siècle », in Les concubinages. Approche socio-juridique, sous la dir. de J. RUBELLIN-DEVICHI, Ed. du C.N.R.S., 1986, p. 127 et s.

¹⁰ Du VI^{ème} au XI^{ème} siècle, sous les Mérovingiens puis sous les Carolingiens, le mariage ne comporte pas de cérémonie : c'est l'union charnelle qui le constitue. En outre, un système assez complexe fait coexister le mariage légal, des unions inférieures avec des femmes nobles et le concubinage avec des esclaves.

L'Eglise prend peu à peu du pouvoir. L'accent est alors essentiellement mis sur la monogamie, plus que sur la condamnation du concubinage. Le Concile romain de 826 déclare en effet qu'il est interdit d'avoir à la fois une épouse et une concubine. Toutefois, n'est privé de communion que celui qui prend une concubine alors qu'il a déjà une épouse, mais non pas celui qui, n'ayant pas d'épouse, prend une concubine à la place d'une épouse. L'essentiel est bien de se contenter d'une seule femme, épouse ou concubine.

C'est le Concile de Latran IV, réuni en 1215 par le pape Innocent III, qui élabore la législation du mariage, celui-ci étant définitivement placé parmi les sacrements chrétiens par le Concile de Florence en 1439. Le Concile de Trente (1545-1563) insiste sur son indissolubilité et sur la solennité de l'échange des consentements.

Sur les origines et l'histoire de l'institution du mariage, V. G. DUBY, Le chevalier, la femme et le prêtre, Ed. Robert Laffont, 1997 ; J. GAUDEMET, Le mariage en Occident, Ed. du Cerf, 1987. V. également le dossier intitulé « Homme Femme. Amour, sexe et traditions depuis 2000 ans », Revue Historia, mars 2002, p. 46 et s.

¹¹ Sur les communautés taisibles, V. J. GAUDEMET, Les communautés familiales, Petite bibliothèque sociologique internationale, Ed. Marcel Rivière et Cie, 1963, p. 84 et s. Dans les campagnes, chez les serfs, il s'établissait une communauté de fait « autour du même pain et pot ». Plusieurs ménages vivaient ainsi ensemble, sans formulation juridique, de façon silencieuse. La communauté taisible était ainsi tacitement constituée par la vie commune d'un an et un jour. Ces communautés étaient destinées en particulier à pallier le droit de mainmorte ; la confusion des patrimoines rendait en effet impossible l'identification de la part du serf décédé dans les biens de la communauté. La communauté taisible développait cependant d'autres effets : la vie commune entraînait en effet la mise en commun des meubles présents et à venir des membres de la communauté, cette dernière s'enrichissait également souvent des acquisitions immobilières communes. En contrepartie, la communauté supportait les charges et les dettes.

A cet égard, il doit être rendu hommage à Monsieur HAUSER d'avoir mis en lumière le lien entre communautés taisibles et concubinage (« Les communautés taisibles », D. 1997, chr. 255), lien qui sera, ultérieurement, utilement mis à profit.

exclusivité juridique. Plus encore, jusqu'à la Révolution, le concubinage était réprouvé non seulement par le droit canonique mais également par le droit laïc¹².

Le Code Napoléon prit quant à lui le parti d'ignorer les unions hors mariage. Certes, il les sanctionnait chez l'individu marié sous la qualification d'adultère ; il en saisissait également les conséquences à travers le statut d'infériorité assigné à la filiation naturelle. En revanche, il ignorait les relations entre les membres du couple. Les mots célèbres de Napoléon BONAPARTE rappellent crûment la philosophie d'origine du Code civil : « *les concubins se passent de la loi. La loi se désintéresse d'eux* »¹³.

Puisque les unions extraconjugales ont toujours existé, l'on s'interroge naturellement sur les raisons pour lesquelles notre société a ressenti le besoin que le droit reconnaisse et organise, à côté du mariage, d'autres formes de vie en couple. Car, si on le critique souvent, on ne nie plus aujourd'hui que le droit n'ignore pas les unions hors mariage. Les chroniques de jurisprudence, désormais intitulées « Couples », de même que les plans des ouvrages de droit de la famille en témoignent¹⁴.

7. Il a été plaidé que la création du pacs est issue des pressions des groupes homosexuels désireux de voir reconnaître socialement leurs unions, et que l'ouverture de ce contrat à tous les couples, qu'ils soient homosexuels ou hétérosexuels, ne procède que d'une volonté politique d'ouvrir des droits aux couples de même sexe, tout en niant leur spécificité¹⁵. Quant à la définition du concubinage introduite dans le Code civil par la loi sur le pacs, il peut être soutenu qu'elle n'a été instaurée qu'aux fins de briser la jurisprudence de la Cour de cassation qui refusait aux homosexuels la qualité de concubins, en particulier pour le transfert du bail¹⁶.

¹² V. L.-A. BARRIERE, « Penser le(s) concubinage(s). La doctrine française et le concubinage depuis le Code civil », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 144 et s. (et les références citées par l'auteur) ; J.-P. LEVY et A. CASTALDO, Histoire du droit civil, Précis Dalloz, 1^{ère} éd., 2002, p. 140, n°123 et s.

¹³ Cité par F. GRANET, J.-Cl. Civ., art. 515-8, 2000, p. 6, n°5.

¹⁴ Il en est ainsi de la chronique de Monsieur HAUSER dans la Revue trimestrielle de droit civil, ou de celle de Monsieur LEMOULAND dans la Revue Dalloz.

De même, le traité de droit civil de Monsieur HAUSER et Madame HUET-WEILLER étudie la formation du couple, tout d'abord, et la vie du couple, ensuite (Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1993). Pour Monsieur BENABENT, le couple s'oppose à l'enfant et aux effets généraux du lien familial (Droit civil, La famille, Litec, 10^{ème} éd., 2001). Pour Monsieur COLOMBET, « le couple dans l'institution : le mariage » s'oppose au « couple hors de l'institution : l'union libre » (La famille, P.U.F., 6^{ème} éd., 1999).

¹⁵ En ce sens, V. I. THERY, « Le contrat d'union sociale en question », Revue Esprit octobre-décembre 1997, p. 168 et s.

¹⁶ Soc. 11 juillet 1989, J.C.P. 1990, éd. G, II, 21553, note M. MEUNIER ; Civ. 3^{ème} 17 décembre 1997, J.C.P. 1998, éd. G, 10093, note A. DJIGO.

Nul ne peut nier la pertinence de ces arguments. Ils sont pourtant impuissants à rendre compte de l'évolution de l'appréhension par le droit d'autres formes de vie en couple que le mariage.

8. A notre sens, c'est dans le besoin de réglementation de la vie en couple hors mariage que gît la véritable source d'une telle évolution. L'union libre est certes la liberté de se passer du droit. Ainsi, entre les concubins, durant leur existence commune, tout n'est qu'accord, exécution spontanée et bonne volonté. Mais que les crises surviennent et les difficultés apparaissent à la vie juridique « *car le droit est toujours au rendez-vous du malheur, même s'il n'y avait pas été convoqué* »¹⁷. Paradoxalement, plus les concubins ont voulu se passer du droit, plus ils en réclament le secours en cas de difficultés : « *ne s'agit-il donc pas pour eux d'une situation juridique latente, de droit sous-jacent ou d'infra-droit si l'on veut, plutôt que de non droit ?* »¹⁸.

Deux obstacles principaux empêchaient cependant la reconnaissance officielle du besoin de réglementation des concubins. Le premier obstacle était celui du mariage ou, tout du moins, de la conception que s'en faisaient la société et, par conséquent, le droit. Le mariage a en effet longtemps été conçu comme la seule manière de vivre en couple aux yeux de la société. Fondateur de la famille, seul ce type d'union, bien que laïcisé, méritait dès lors l'attention du législateur. Le second obstacle était le dogme de l'autonomie de la volonté : aux termes de cette théorie, ne peuvent être soumises à des obligations que les personnes qui l'ont librement et consciemment voulu¹⁹. C'est ainsi que l'on a longtemps voulu rattacher le mariage à un contrat, afin de légitimer toutes les obligations en découlant.

9. Si le XX^{ème} siècle a connu le déclin de l'autonomie de la volonté, il a également connu celui du mariage. Ces deux déclin doivent cependant être relativisés : il ne s'agit pas de déclin au sens de disparition mais de déclin au sens de perte d'exclusivité.

Ainsi, le concubinage ne se cache plus ; il n'est plus tenu ni pour un comportement déviant, ni pour un comportement marginal. En outre, le concubinage tend à se généraliser à toutes les couches de la société, en n'étant plus ni subi, ni marqué par une discrimination soit

¹⁷ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Propos hétérodoxes sur les familles naturelles », in Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille, Liber amicorum, L.G.D.J., 1994, p. 67.

¹⁸ A. PROTHAIS, « Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux », J.C.P. 1990, éd. G, I, 3440, n°3.

¹⁹ Un troisième obstacle tenait au fait que le phénomène du concubinage était, au XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} siècle, essentiellement présent au sein des couches prolétariennes de la société française, lesquelles avaient peu de facilités pour plaider et créer des jurisprudences. A cet égard, la doctrine civiliste du XIX^{ème} siècle ne connut ces mouvements que par impressions. V. J. CARBONNIER, Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 715.

entre homme et femme, soit entre classes sociales²⁰. Il s'affirme désormais comme un vrai choix d'une autre forme de vie en couple que le mariage.

De même, si l'autonomie de la volonté reste un fondement majeur de notre droit positif, elle n'en constitue plus cependant le fondement exclusif. Il est aujourd'hui admis que le droit a vocation à organiser les rapports sociaux en élaborant des règles justes, conciliant les intérêts individuels, les intérêts collectifs et l'intérêt général, et ce, même si les intéressés n'ont pas choisi de s'y soumettre volontairement.

10. Le déclin de la conception exclusive du mariage, combiné à celui de l'autonomie de la volonté, a conduit le droit, dès la fin du XIX^{ème} siècle, à prendre en considération la situation de fait du concubinage et à y attacher des règles juridiques. La « *juridicisation du concubinage* » a été opérée selon le schéma classique²¹ : rapprochement des situations conjugales et paraconjugales dans des textes de lois spéciales²², éviction de la présomption d'immoralité traditionnellement attachée au concubinage²³ et, enfin, recours à des correctifs judiciaires en équité, par application de solutions de droit commun, le plus souvent à l'occasion de la rupture²⁴. A cet égard, la multiplication des procès est

²⁰ Ces traits sont caractéristiques des concubinages dans les sociétés traditionnelles, V. M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Mariage et concubinage ou les sens et contresens de l'histoire », in La personne, la famille et le droit 1968-1998. Trois décennies de mutation en Occident, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., 1999, p. 17 et s.

²¹ Commun à la plupart des Etats, V. M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Mariage et concubinage ou les sens et contresens de l'histoire », in La personne, la famille et le droit 1968-1998. Trois décennies de mutation en Occident, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., 1999, p. 26 et s.

²² Le législateur est intervenu ponctuellement dans certaines matières pour rapprocher la situation des concubins de celle des époux. Par exemple, en matière de loyers, depuis la loi du 1^{er} septembre 1948 étendant le bénéfice du droit au maintien dans les lieux après décès du locataire à toute personne à charge sous réserve de six mois de vie commune, les différents textes qui se sont succédés ont prévu la continuation du bail en cas de décès ou d'abandon du domicile du locataire, au profit du concubin notoire dans les lieux depuis au moins un an (V. art. 14 de la loi du 6 juillet 1989, modifié en dernier lieu par la loi du 15 novembre 1999). Sur ces différents points, V. F. GRANET, J.-Cl. Civ., art. 515-8, 2000, p. 28, n°76 et s.

²³ La jurisprudence sur les libéralités entre concubins en est un exemple topique. Dans un premier temps, les libéralités entre concubins pouvaient être annulées pour cause illicite ou immorale si elles avaient été contractées en vue de la conclusion ou du maintien des relations hors mariage. Dans la pratique, de nombreuses libéralités étaient sauvées par les magistrats, au motif qu'elles n'étaient que l'exécution d'une obligation naturelle du donateur envers le donataire – obligation naturelle de porter secours ou de rémunérer les services rendus. Depuis l'arrêt de principe de la première chambre civile de la Cour de cassation du 3 février 1999, la validité des libéralités entre concubins est pleinement reconnue : « *n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire* » (D. 1999, 267, rapport de X. SAVATIER ; Dr. Fam. 1999, comm. n°54, note B. BEIGNIER ; J.C.P. 1999, éd. G, II, 10084, note M. BILLIAU ; J.C.P. 1999, éd. G, I, 160, obs. H. BOSSE-PLATIERE ; J.C.P. 1999, éd. N, p. 1430, note F. SAUVAGE ; D. 1999, somm. comm. 307, obs. M. GRIMALDI ; D. 1999, somm. comm. 377, obs. J.-J. LEMOULAND ; Defrénois 1999, art. 37017, p. 814, n°62, obs. G. CHAMPENOIS, art. 36998, p. 680, n°30, obs. J. MASSIP, art. 37008, p. 738, n°37, obs. D. MAZEAUD ; R.T.D. Civ. 1999, p. 817, obs. J. HAUSER).

²⁴ L'étude des décisions de justice sur le concubinage fait en effet apparaître l'effort considérable consacré à construire, par le biais du droit des obligations, une organisation juridique partielle de la vie en concubinage et des conséquences de sa rupture. La théorie de l'apparence pour la solidarité des dettes ménagères, l'octroi de dommages-intérêts lors de la rupture, l'enrichissement sans cause, la société créée de fait, ou l'obligation

remarquable : « *jamais, en effet, Cupidon n'a conduit aussi souvent qu'aujourd'hui à Thémis* »²⁵.

La loi du 15 novembre 1999²⁶ sur le pacte civil de solidarité semble parachever cette évolution. Le législateur consacre en effet l'existence de plusieurs formes légales de vie à deux : le mariage, le concubinage organisé par un pacs et le concubinage simple. Ainsi que le définit le Code civil, le pacs est un contrat dont l'objet est de permettre à deux personnes, quel que soit leur sexe, d'organiser leur vie commune (C. civ., art. 515-1). On doit cependant à l'intervention du Conseil constitutionnel d'avoir définitivement écarté les personnes ne formant pas un couple de l'accès au pacs. Les neuf sages ont en effet estimé que, compte tenu des empêchements édictés par l'article 515-2 du Code civil, « *la notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes* » mais qu'elle « *suppose, outre une résidence commune, une vie de couple* »²⁷. Réservé au couple, le pacs apparaît bel et bien comme une alternative au mariage, à tout le moins s'agissant des couples hétérosexuels.

Il existe désormais deux types d'unions juridiques et sociales de couple auxquelles le droit civil attache un statut : l'union solennelle en mairie – le mariage – et l'union consensuelle constatée par le greffier – le pacs. S'y ajoute une union de fait – le concubinage simple – défini par l'article 515-8 du Code civil issu de la loi du 15 novembre 1999, comme « *une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ». Contrairement au mariage et au pacs, le Code civil n'associe cependant aucun statut au concubinage simple. Encore empreint du dogme de l'autonomie de la volonté, le législateur n'a pas souhaité imposer des règles aux concubins ; il s'est contenté de créer un contrat par lequel ces derniers se soumettent volontairement à un statut destiné à organiser leur vie commune. Toutefois, des règles légales ou jurisprudentielles disséminées témoignent que le droit reconnaît des effets au concubinage simple.

naturelle sont ainsi autant de mécanismes permettant cette organisation. Le mouvement jurisprudentiel en ce sens a été amorcé dès la fin du XIX^{ème} siècle. V. Y. DELBREL, « La reconnaissance jurisprudentielle de l'union libre au XIX^{ème} siècle », R.R.J. 2002-3, p. 1513.

²⁵ R. SAVATIER, Le droit, l'amour et la liberté, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1963 (avertissement écrit pour la première édition de 1937).

²⁶ Cette loi est l'aboutissement d'une longue discussion qui a mobilisé de manière passionnelle les partisans et les adversaires de cette réforme. Sur la chronologie du débat, V. I. THERY, « Le contrat d'union sociale en question », Revue Esprit octobre-décembre 1997, Annexe I, p. 188, par M. SCHULZ.

²⁷ Sur l'importance de la décision du Conseil constitutionnel rendue le 9 novembre 1999 en examen de la loi relative au pacte civil de solidarité, V. N. MOLFESSIS, « La réécriture de la loi par le Conseil constitutionnel », J.C.P. 2000, éd. N, p. 270.

11. Progressivement, le droit a donc admis le besoin de réglementation de la vie en couple. Cependant, après la loi introduisant le pacs, « *le paysage du couple est singulièrement compliqué : mariés, concubins 515-1, concubins 515-8 et peut-être concubins 1134 avec enfin les concubins sans numéro, concubins de simple fait !* »²⁸. Cet éclatement des dispositions destinées à organiser la vie en couple suscite la réflexion sur sa justification et, corrélativement, sur l'état d'achèvement du droit.

12. **La réflexion sur le pluralisme des couples** – Les réflexions doctrinales se concentrent, tout d'abord, sur la pertinence du pacte civil de solidarité, comme réponse à l'évolution de la société. Quatre questions fondamentales se posaient en effet au législateur. En premier lieu, la réflexion devait porter sur une éventuelle réinvention du mariage, eu égard à la relative désaffection qui le frappe²⁹. En deuxième lieu, la question de la reconnaissance sociale du couple homosexuel se posait avec acuité. En troisième lieu, il convenait d'envisager le sort des liens néo-conjugaux de solidarité et, en dernier lieu, celui des liens extra-conjugaux de solidarité³⁰. Si la loi sur le pacs n'a pas modifié les règles du mariage, elle a, à l'origine, paru répondre aux trois dernières questions en même temps. Finalement, la suppression de l'ouverture aux fratries et l'exigence d'une vie de couple excluent la possibilité que le pacs constitue une réponse à la question des liens extra-conjugaux de solidarité. En revanche, le pacs a apporté une solution au problème de la reconnaissance sociale du couple homosexuel, tout en offrant aux liens néo-conjugaux de solidarité une possibilité d'expression contractuelle. Sur le principe du pacte civil de solidarité, la reconnaissance légale d'une union patrimoniale contractuelle sexuée sans effets personnels est alors controversée. Quant à la méthode du pacte civil de solidarité, le texte contient de nombreuses lacunes qui ont conduit le Conseil constitutionnel, par des réserves d'interprétation constructives, à préciser les modalités de mise en œuvre de la loi, sans que

²⁸ J. HAUSER, « PACS. Statut civil des partenaires », J.C.P. 2000, éd. N, p. 411.

²⁹ Le mariage demeure certes majoritaire : 2,5 millions de couples hétérosexuels non mariés face à plus de 12 millions de couples mariés. V. C. BEAUMEL, L. DOISNEAU et M. VATAN, La situation démographique en 2000, I.N.S.E.E., 2002, p. 16. L'augmentation du nombre de mariages depuis quelques années est, en outre, fréquemment relevée. Le nombre de mariages a ainsi atteint en 2001 un niveau presque équivalent à celui de 2000 (303 500 contre 305 000). A l'inverse, seuls 19 809 pacs ont été conclus en 2001 (contre 23 718 en 2000). A la fin du troisième trimestre 2001, on évaluait ainsi à moins de 44 000 le nombre de pacs signés. V. G. PISON, « La population en France en 2001 », *Population et sociétés* n°378, avril 2002.

En dépit des tendances à la hausse, il faut néanmoins constater une désaffection globale pour le mariage par rapport à des périodes plus anciennes. Le taux de nuptialité était ainsi, en 1950, de 7,9 pour 1000 habitants. Après avoir atteint son plus bas niveau en 1993, 1994 et 1995 – 4,4 – il a été, en 2000, de 5,2. V. G. PISON, art. précit., p. 3. V. également P. FESTY, « Le déclin du mariage », *Revue Futuribles* n°235, juillet-août 2000, p. 69.

³⁰ Les liens néo-conjugaux de solidarité désignent les liens de solidarité au sein des nouvelles formes de conjugalité, autrement dit dans les autres formes juridiques de couple que le mariage. Les liens extra-conjugaux de solidarité désignent quant à eux les liens de solidarité entre des personnes qui ne forment pas un couple. L'expression de néo-conjugalité est empruntée à Monsieur ROLAND (R.-M. ROLAND, Le couple et l'artifice. Droit des néo-conjugalités : mariages fictifs, concubinages, pacs, L'Hermès, 2000).

soient résolues toutes les difficultés. La légitimité du pacs doit-elle alors être remise en cause du fait de ses imperfections techniques ou est-ce plutôt la recette – celle de la création d'un contrat spécifique destiné à organiser une vie de couple – qui devrait être repensée ?

Le juriste observateur du pluralisme des couples s'interroge ensuite sur la situation des concubins dits simples, par opposition aux concubins partenaires d'un pacs. La multiplication des effets juridiques attachés au concubinage simple, alors même qu'il est défini comme une union de fait, témoigne en effet du caractère inévitable de la rencontre du fait et du droit sur le chemin de la réglementation des rapports sociaux. L'histoire démontre du reste une tendance générale à la consolidation des situations de fait. Les effets juridiques attachés aux concubinages ne seraient-ils pas alors « *du droit vivant qui se forme sous nos yeux* »³¹ ? Ainsi, alors que la majorité de la doctrine de la première moitié du XX^{ème} siècle dénonçait « *l'avènement du concubinat* » et préconisait une attitude de combat contre l'union libre³², à l'heure actuelle, des auteurs se prennent « *à rêver pour des couples sympathiques d'un statut qui les mettrait une fois pour toutes à égalité entière avec les gens mariés* »³³.

13. La réflexion sur le pluralisme des couples n'est du reste pas propre à la France. De nombreux Etats ont en effet, en l'espace d'une génération, connu des bouleversements profonds dans l'appréhension des diverses formes de conjugalité par le droit. A l'échelle européenne, on observe cependant une assez grande diversité³⁴. Dans certains Etats, il incombe à la jurisprudence, en l'absence de législation spécifique, de trancher les difficultés qu'inévitablement, la vie commune hors mariage engendre. Tel est le cas de la Pologne, de la Grèce, de l'Angleterre ou encore de l'Italie. Des projets sont cependant à l'étude, et il est probable que la plupart de ces pays rejoindront le groupe majoritaire des Etats où des lois spécifiques sont entrées en vigueur.

³¹ H. TEMPLE, *Les sociétés de fait*, L.G.D.J., 1975, p. 64, n°138.

³² L. JOSSERAND, « L'avènement du concubinat », D.H. 1932, chr. 45. Dans le même sens, P. ESMEIN, « Le problème de l'union libre », R.T.D. Civ. 1935, p. 747 ; R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1963, n°58. *Contra*, M. NAST, « Vers l'union libre ou le crépuscule du mariage légal ? », D.H. 1938, chr. 37.

³³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome 2, *La famille, l'enfant, le couple*, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 718. En ce sens, J. HAUSER, « PACS – Statut civil des partenaires », J.C.P. 2000, éd. N, p. 411 ; B. BEIGNIER, « PACS : l'heure du droit. Proposition pour un statut unitaire du concubinage », Dr. Fam. 1999, chr. n°7.

Contra G. CORNU, *Droit civil*, *La famille*, Montchrestien, Domat Coll. Droit privé, 7^{ème} éd., 2001, p. 103.

³⁴ Pour une étude à jour au 20 novembre 2001, V. F. GRANET, « Concubinages, partenariats enregistrés et mariages entre homosexuels en Europe », in *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 375. V. aussi dans le même ouvrage, les nombreuses autres contributions consacrées au droit comparé.

Pour une étude, plus ancienne, de droit comparé à l'échelle mondiale, V. J. RUBELLIN-DEVICHI (sous la dir. de), *Des concubinages dans le monde*, Ed. du C.N.R.S., 1990. Pour une étude récente du *Civil union* de l'Etat du Vermont (Etats-Unis) et du *Domestic Partnership* de la Nouvelle-Ecosse (Canada), V. A. ROY, « Le partenariat civil d'un continent à l'autre », R.I.D.C. 2002-3, p. 759.

De nombreux pays européens ont en effet consacré un statut légal du concubinage, jusque là considéré comme une simple situation de fait. Toutefois, la reconnaissance de ce statut passe le plus souvent par la conclusion d'une nouvelle forme d'union civile qui, selon les pays, prend des appellations diverses et recouvre des effets différents, directement ou indirectement inspirés des droits et obligations associés au statut matrimonial. Dans ce groupe, la distinction proposée par Madame GRANET, qui oppose le modèle scandinave au reste des Etats, et isole le cas particulier des Pays-Bas, peut être reprise. De façon relativement homogène, les Etats scandinaves réservent aux couples de même sexe la possibilité de conclure un partenariat enregistré, dont la réglementation est fortement inspirée de celle du mariage, sous l'importante réserve de la filiation. Les autres Etats européens qui ont élaboré une législation spécifique offrent aux couples non mariés une forme de reconnaissance officielle grâce à la possibilité d'un enregistrement. Tel est le cas de la Belgique, de la France et de certaines communautés espagnoles autonomes. L'inspiration de la réglementation du mariage est alors indéniablement présente, mais à un degré moindre que dans les partenariats enregistrés scandinaves. En outre, l'enregistrement est ouvert à tous les couples non mariés, de même sexe ou de sexe différent. Le modèle néerlandais doit être distingué de ceux des deux groupes précédents tant il se singularise : une loi du 21 décembre 2000 est en effet venue autoriser le mariage entre deux personnes du même sexe. Longtemps isolé, ce modèle semble néanmoins faire des émules : une loi belge du 13 février 2003 a en effet étendu le mariage aux couples homosexuels, sous l'importante réserve de l'adoption. Dans ces deux Etats, les couples, de même sexe ou de sexe différent, ont, depuis lors, le choix entre le concubinage sans aucun enregistrement, le partenariat enregistré ou le mariage.

La multiplicité des modèles offerts au couple invite ainsi la doctrine étrangère – en particulier aux Pays-Bas³⁵ – à s'interroger sur les raisons d'un tel éclatement, sur les éléments communs à tous les couples ainsi que sur leur avenir. La réflexion sur les éléments communs à tous les couples se justifie d'autant plus lorsque le renvoi aux règles du mariage est exprès. En Belgique, cette réflexion a conduit un auteur à formuler l'hypothèse suivante : « *les éléments de convergence entre le mariage et le concubinage l'emportent progressivement sur les éléments de divergence (...) ce n'est même pas le concubinage qui se rapprocherait du mariage, mais davantage le mariage du concubinage* »³⁶. L'exemple belge soulève du reste la question de la spécificité de la réglementation de la cohabitation lorsque

³⁵ V. J. POUSSON-PETIT, « L'attitude du législateur face aux concubinages aux Pays-Bas », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 479 et s.

³⁶ J.-L. RENCHON, « Où vont le mariage et le concubinage ? Etat des lieux en Belgique », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, *op. cit.*, p. 493.

les cohabitants forment un couple. En effet, en Belgique, le statut juridique de la « *cohabitation légale* » est accessible à deux cohabitants liés par un lien de parenté ou d'amitié. Il importe donc peu que la relation entre ces deux personnes implique ou non une vie sexuelle.

14. Ce rapide panorama de droit comparé accentue la nécessité d'une réflexion approfondie sur le pluralisme des couples.

En premier lieu, la diversité des approches des liens néo-conjugaux de solidarité selon les Etats enrichit la réflexion sur le pluralisme des couples en droit français. Elle invite en effet à une remise en cause de positions nationales considérées comme acquises et constitue, dès lors, une source d'inspiration qui ne devrait pas être négligée.

En second lieu, l'altérité dans la prise en considération des différentes formes de conjugalité rend nécessaire, à terme, une réflexion à l'échelle européenne sur le pluralisme des couples. Il n'est en effet pas difficile de présager que les conflits de lois et de juridictions engendrés par un concubinage international – que ce soit à l'occasion de sa formation, de son déroulement ou de sa cessation – risquent d'être plus ardues à résoudre que les conflits de lois et de juridictions suscités par un mariage international. En effet, tandis que le mariage est une institution universelle, fondamentalement identique d'un pays à l'autre, l'appréhension juridique du concubinage se caractérise par la plus grande diversité³⁷. Selon Madame MEULDERS-KLEIN, cette dernière « *pourrait bien n'être que transitoire* »³⁸, du fait de la recherche d'une harmonisation européenne. Le Rapporteur général à la Cinquième Conférence européenne sur le droit de la famille, organisée en 1999 à La Haye par le Conseil de l'Europe sur le thème « Aspects de droit civil des formes émergentes de partenariat enregistré » affirme en effet que le principe d'égalité de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme impliquerait que « *toute distinction entre le partenariat enregistré et le mariage soit justifiée* »³⁹. Madame MEULDERS-KLEIN invoque également « *l'énorme potentiel d'interprétations évolutives que véhiculent des concepts aussi indéterminés que ceux de « vie privée » ou de « vie familiale* ». La présente étude n'a certes pas vocation à traiter de la résolution des conflits en droit international privé ou de

³⁷ V. les contributions consacrées aux concubinages en droit international privé in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002. V. aussi G. KHAIRALIAH, « Les « partenariats organisés » en droit international privé (Propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité) », R.C.D.I.P. 2000, p. 317 ; M. MIGNOT, « Le partenariat enregistré en droit international privé », R.I.D.C. 2001-3, p. 337 ; M. REVILLARD, « Le pacte civil de solidarité en droit international privé », Defrénois 2000, art. 37124, p. 337.

³⁸ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Les concubinages : diversités et symboliques », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, *op. cit.*, p. 607.

³⁹ Cité par M.-T. MEULDERS-KLEIN, art. précit., p. 607.

l'influence des normes européennes présentes et à venir sur la réglementation des liens de couple. Elle en est cependant un préalable nécessaire. En effet, avant d'engager une réflexion à l'échelle européenne sur le pluralisme des couples, une réflexion à l'échelle interne semble primordiale.

15. L'intérêt d'une réflexion approfondie sur le pluralisme des couples se justifie ainsi pleinement. En 1998, Monsieur LECUYER plaidait déjà en faveur de son urgence⁴⁰. Une telle réflexion ne conduit cependant pas seulement à envisager la consécration d'un statut du concubinage, s'ajoutant ou se substituant au pacs⁴¹ : elle requiert la recherche, en amont, des dénominateurs communs à tous les couples, laquelle pourrait conduire à l'élaboration d'une théorie générale du couple. Il est à cet égard topique de remarquer que les colloques dédiés aux concubinages s'achèvent le plus souvent par une réflexion sur le couple⁴².

16. Pluralisme des couples et théorie générale du couple – Au-delà de l'opportunité sociologique d'une théorie qui mettrait en exergue les rapprochements que le bon père de famille opère naturellement entre les différents couples, la construction d'une théorie générale du couple présente, d'un point de vue juridique, deux intérêts.

Un intérêt immédiat consiste à rendre compte des constantes de l'institution naissante de couple. En soulignant la convergence des solutions ou la permanence des fondements, la théorie générale conforte en effet certaines règles qu'elle transforme en applications rassurantes d'un principe plus général. L'élaboration d'une théorie générale du couple invite, en outre, à réfléchir sur le bien-fondé de certaines solutions en mettant en lumière le traitement différencié des matières semblables, à moins qu'elle ne fasse ressortir ainsi les considérations spéciales – telle l'existence ou l'absence d'engagement entre les membres du couple – qui justifient les dérogations de principe. Dégager une théorie générale du couple présenterait ainsi l'intérêt de redonner une cohérence au droit positif, permettant de dominer l'enchevêtrement des règles applicables aux couples et la diversité de leurs sources.

La recherche d'une théorie générale à travers l'analyse comparative des différents couples présente également un intérêt plus spéculatif : « *fondée sur le double mouvement*

⁴⁰ « Rapport introductif », in La notion juridique de couple, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, Economica, 1998, p. 1. V. aussi J.-J. LEMOULAND, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », D. 1997, chr. 133 ; « Le couple en droit civil », Dr. Fam. 2003, chr. n°22 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « A propos du pluralisme des couples et des familles », P.A. 28 avril 1999, n°84, p. 29.

⁴¹ Sur cette proposition, V. B. BEIGNIER, « PACS : l'heure du droit. Proposition pour un statut unitaire du concubinage », Le pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 20 et s.

⁴² V. par exemple l'intervention de Monsieur HAUSER consacrée au couple, rapport de synthèse du colloque sur les concubinages organisé en l'honneur de Madame RUBELLIN-DEVICHI (in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 619 et s.).

d'induction et de déduction caractéristique de la pensée juridique, la dialectique du droit spécial et de la théorie générale constitue l'un des procédés essentiels de la création du droit (...). La théorie générale devient alors droit commun, système juridique de référence dans lequel il sera possible de puiser pour combler les lacunes de telle ou telle branche du droit »⁴³. Une théorie générale du couple pourrait ainsi conduire à l'élaboration d'un droit commun du couple, défini comme l'ensemble des règles applicables à toutes les espèces du genre couple, autrement dit à toutes les formes de vie en couple indépendamment de leur statut⁴⁴. Dégager des normes communes à tous les couples permettrait alors de mettre un terme à la prolifération en tous domaines de règles innombrables. L'unification serait, en outre, source de cohérence et de prévisibilité juridique, que n'offrent pas les interventions sectorielles et ponctuelles actuelles.

En droit civil, l'existence d'un droit commun du couple permettrait, par exemple, d'éviter les conséquences désastreuses de la nullité de l'engagement. Il est vrai que la théorie du mariage putatif et sa réception généreuse en jurisprudence pallie d'ores et déjà un certain nombre d'inconvénients. Cette théorie est cependant subordonnée à la bonne foi de l'un au moins des époux. A défaut, la jurisprudence constate l'existence entre les conjoints d'une société créée de fait, ce qui n'est pas sans poser des difficultés tant du point de vue de la rigueur juridique que du point de vue des conséquences pratiques⁴⁵. L'application de règles communes à tous les couples, indépendamment de l'existence ou de la nullité de l'engagement, serait d'autant plus utile en cas d'annulation d'un pacs qu'aucune atténuation des effets de la nullité comparable au mariage putatif n'est prévue. Les dispositions communes applicables à tous les couples résoudraient, en outre, une partie des problèmes liés à l'existence d'un pacs non enregistré. La controverse est vive en effet s'agissant de la nature solennelle ou consensuelle du contrat de pacs. Or, de la solution adoptée dépend la valeur du pacte non enregistré⁴⁶. S'il existait un droit commun de la vie en couple, certaines

⁴³ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, Coll. Droit Civil, 1985, p. 16, n°14.

⁴⁴ V. G. CORNU (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, P.U.F., 9^{ème} éd., 2002, V° *Commun* : « qui s'applique à toutes les espèces d'un genre, par opposition à spécial ou à particulier ».

Dans une telle perspective normative, un droit commun patrimonial du couple se distinguerait du *jus commune* tel qu'il était enseigné dans toutes les grandes universités d'Europe, du Moyen-Age jusqu'au milieu du XIX^{ème} siècle. Le *jus commune* était en effet conçu comme un droit savant, détaché de toute autorité, législative ou judiciaire ; il ne correspondait pas à un ensemble de règles prédéterminées au contenu intangible, mais au *corpus* hiérarchisé et cohérent dégagé *a posteriori* par la doctrine. Sur les éléments du *jus commune*, V. B. OPPETIT, « Droit commun et droit européen », in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 311.

⁴⁵ Sur les difficultés liées à l'utilisation de la société créée de fait entre les membres d'un couple, V. *infra*, n°491 et s., n°600 et s.

⁴⁶ Pour certains, le pacte civil de solidarité n'est pas un contrat solennel puisqu'à aucun moment un écrit n'est exigé à peine de nullité : l'enregistrement serait une condition d'opposabilité (J.-J. LEMOULAND, « Formation et dissolution du pacte civil de solidarité », J.C.P. 2000, éd. N, p. 406). Les partenaires pourraient, par conséquent, invoquer un pacte consensuel officieux non enregistré, à condition de rapporter la preuve de l'existence du

normes communes pourraient alors régir les rapports des partenaires, indépendamment de l'enregistrement de leur pacte.

17. L'idée d'un droit commun du couple trouve cependant une limite dans le respect de la diversité des couples. Pareille difficulté, inhérente à toute unification, est particulièrement mise en relief dans le débat actuel relatif à l'élaboration d'un « *super jus commune européen* »⁴⁷. Dans la perspective d'un Code civil européen, les voix sont en effet nombreuses à s'élever contre le danger de faire abstraction de ce qui fait la spécificité des différents éléments d'un droit commun⁴⁸. Les perspectives de l'élaboration d'un droit commun français du couple, d'une part, et d'un droit commun européen, d'autre part, ne sont certes pas comparables. Néanmoins, l'objection tirée du respect du pluralisme mérite une attention toute particulière.

18. La tâche sera ainsi délicate de faire coexister au sein de la même notion de couple des situations issues de sources différentes, sans pour autant mettre en péril leur particularité.

Traditionnellement, la doctrine distingue les obligations qui procèdent de la volonté de s'engager – les actes juridiques – de celles qui ne procèdent pas d'une telle volonté – les faits juridiques⁴⁹. Indéniablement, le mariage et le pacs intègrent la première catégorie dans la mesure où les obligations qui en découlent procèdent d'un engagement des membres du

pacte. Un écrit sera généralement nécessaire, en raison des sommes en jeu, qui seront le plus souvent supérieures à 800 euros (C. civ., art. 1341). Mais il ne s'agit que de règles de preuve et non de conditions de validité. Et il n'est pas interdit d'imaginer qu'en l'absence d'acte authentique ou sous seing privé, la preuve puisse être rapportée par de simples témoignages ou présomptions, s'il existe un commencement de preuve par écrit (C. civ., art. 1347) ou une impossibilité de prouver par écrit (C. civ., art. 1348).

D'autres auteurs se prononcent en faveur de la solennité du contrat, la déclaration au greffe s'analysant comme une condition de validité du contrat. V. G. RAYMOND, « PACS et droit des contrats », *Contrats, concurrence, consommation* 2000, chr. n°14 ; B. BEIGNIER, « Pacte civil de solidarité : nécessité du double original (A propos d'une réponse ministérielle) », *Defrénois* 2001, art. 37308, p. 232. Néanmoins, même en admettant le caractère solennel du contrat, le contrat consensuel formellement qualifié sous l'appellation de pacs ne vaudrait-il pas par son unique contenu de nature contractuelle, pour tout ce qui ne dépend pas de l'opposabilité aux tiers, telle l'aide mutuelle et matérielle ? V. J. HAUSER, « Le pacte civil de solidarité est-il un contrat consensuel ou un contrat solennel ? », *Defrénois* 2001, art. 37362, p. 673. V. également cet auteur sur les fondements et les fonctions de la forme exigée *ad validitatem*, telle la protection du consentement des personnes qui s'engagent, cette fonction n'étant absolument pas remplie pour le pacs, le greffier ne disposant d'aucun pouvoir de vérification sur les consentements.

⁴⁷ P. MALAURIE, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », *J.C.P.* 2002, éd. G, I, 143, n°9. En l'espèce, l'expression est utilisée par l'auteur pour désigner un droit commun européen découlant de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁴⁸ V. Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar », *D.* 2002, chr. 2202 ; P. MALINVAUD, « Réponse – hors délai – à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », *D.* 2002, chr. 2542 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un Code civil européen ? », *R.T.D. Civ.* 2002, p. 453.

⁴⁹ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2002, p. 6, n°5.

couple. Il n'en demeure pas moins que la qualification contractuelle est insuffisante pour donner toute sa dimension tant au mariage qu'au pacte civil de solidarité. La nature juridique mixte du mariage, tout à la fois contractuelle et institutionnelle, n'est plus guère contestée aujourd'hui⁵⁰. La qualification juridique du pacs suscite en revanche davantage de controverses. Le pacs apparaît au premier abord comme un contrat (C. civ., art. 515-1), que certains qualifient de synallagmatique et commutatif⁵¹. La qualification contractuelle est cependant imparfaite. Le Conseil constitutionnel lui-même, après avoir affirmé que le pacs est un contrat « spécifique », précise que « la notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes »⁵². Derrière le contrat, il y a donc une communauté affective et sexuelle. En outre, certaines dispositions sont impératives, et forment ainsi un équivalent de régime primaire impératif. Des auteurs ne manquent pas alors de faire le rapprochement entre le pacs et le mariage⁵³. Le parallèle est notamment patent dans la conciliation de règles impératives, d'une part, et contractuelles, d'autre part, pour l'organisation d'une communauté de vie.

Les concubins ont également la possibilité de conclure des contrats. Toutefois, en lui-même, le concubinage ne peut être qualifié d'acte juridique : « solitaire ou plurielle, la volonté n'est en effet susceptible d'engendrer une obligation qu'à la condition de s'être manifestée avec fermeté »⁵⁴. Des auteurs avaient ainsi proposé de classer le concubinage parmi les faits juridiques et, en particulier, au sein de la catégorie des quasi-contrats⁵⁵. Longtemps isolée, l'analyse mérite d'être revisitée à la lumière de deux éléments nouveaux. En premier lieu, l'inscription dans le Code civil d'une définition du concubinage constitue, pour une partie de la doctrine, un argument supplémentaire en faveur de sa qualification

⁵⁰ V. par exemple F. TERRE et D. FENOUILLET, Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 1996, p. 270, n°337.

⁵¹ En ce sens, J.-J. LEMOULAND, « Pacte civil de solidarité. Formation et dissolution du pacte civil de solidarité », J.C.P. 2000, éd. N, p. 408 ; B. BEIGNIER, « Aspects civils », Le Pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 33 ; J.-F. PILLEBOUT, « Pacte civil de solidarité », J.-Cl. Notarial Formulaire, fasc. 10, n°22.

⁵² Cons. constit. 9 novembre 1999, pacs, Le Pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 70 et s., § 28 et 67.

⁵³ En ce sens, R. CABRILLAC, « Libres propos sur le P.A.C.S. », D. 1999, chr. 72, pour qui le pacs est bien un « mariage bis » ; N. MOLFESSIS, « Pacte civil de solidarité. La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel », J.C.P. 2000, éd. G, I, 210, selon lequel « le pacs a vocation à être un mariage bis, un décalque du modèle ».

⁵⁴ D. MAZEAUD, note sous Ch. mixte 6 septembre 2002, D. 2002, 2963.

⁵⁵ En faveur de la qualification de fait juridique, V. BONNECASE, Supplément, VI, n°206 et s., cité par J. CARBONNIER, Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 718. En faveur de la qualification de quasi-contrat, V. E. LASKINE et A. DUBRUJEAUD, L'union libre devant la loi et les tribunaux, Omnes, 1935, n°19 et 63.

V. aussi M.-T. CALAY-AULOY, « Pour un mariage aux effets limités », R.T.D. Civ. 1988, p. 255.

quasi-contractuelle⁵⁶. Qu'une situation de fait reçoive du législateur une définition qui lui est propre la transforme inévitablement en une situation juridique, dont le droit ne saurait tolérer qu'elle engendre des effets qu'il réprouverait. En second lieu, la récente tendance jurisprudentielle à l'extension des quasi-contrats participe, indirectement, à l'alimentation des débats⁵⁷. Au visa de l'article 1371 du Code civil, une chambre mixte, après avoir rappelé que « *les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des parties* », en a déduit que « *l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer* »⁵⁸. Dans cet arrêt, non seulement la Cour de cassation consacre un nouveau quasi-contrat mais, en outre, ce dernier ne réunit pas les éléments traditionnellement attachés à cette catégorie⁵⁹. Si la tendance jurisprudentielle se confirmait, elle devrait incontestablement constituer un élément sérieux en faveur de la qualification quasi-

⁵⁶ En ce sens, H. LECUYER, « Situation de fait, situation de droit ? », Dr. Fam. juin 2001, Repères ; V. GERNEZ, « Pour un statut matrimonial unifié, libre, égal et solidaire pour tous », Droit et patrimoine n°68, février 1999, p. 99 et s.

Dès avant l'insertion dans le Code civil d'une définition du concubinage, une partie de la doctrine opposait le mariage, institution publique, au concubinage, quasi-contrat privé. En ce sens, B. BEIGNIER, Les régimes matrimoniaux, P.U.F., Coll. Que sais-je ?, 1^{ère} éd., 1994, p. 4.

⁵⁷ En ce sens, J. HAUSER, obs. sous Pau, 17 décembre 2001, R.T.D. Civ. 2002, p. 787, n°6 : « *l'article 515-8 du Code civil tel qu'il résulte de la loi de 1999 appelle une normalisation du statut des concubins, parallèle quoique inférieur à celui des pacsés et le cadre d'un quasi-contrat de vie en commun, accompagné d'une application assouplie des sociétés de fait, pourrait bien y répondre* ».

⁵⁸ Ch. mixte 6 septembre 2002, D. 2002, 2963, note D. MAZEAUD ; Contrats, concurrence, consommation 2002, comm. n°151, note G. RAYMOND ; J.C.P. 2002, éd. E, 1687, note G. VINEY.

Le regain de vitalité des quasi-contrats peut également se réclamer d'un autre arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation rendu le 12 avril 2002 (D. 2002, 2433, note C. AUBERT DE VINCELLES). La Cour de cassation déclare en effet que l'action en répétition des sommes indûment versées « *relève du régime spécifique des quasi-contrats* » et ne peut dès lors être soumise à la prescription particulière de l'article 2277 du Code civil. Or, la Cour aurait pu se contenter d'affirmer l'autonomie de l'action en répétition de l'indu. Il est néanmoins difficile de déterminer les raisons qui ont animé les magistrats et les conséquences qu'ils souhaitent faire découler de cette affirmation.

L'article 1371 du Code civil a certes toujours été considéré comme susceptible de développements autres que les deux quasi-contrats traités dans le Code civil : la gestion d'affaires et le paiement de l'indu. On sait que la Cour de cassation, dans un célèbre arrêt de 1892, a admis l'action *de in rem verso* sous certaines conditions, ajoutant ainsi un troisième quasi-contrat à la liste du Code civil (Civ. 15 juin 1892, D.P. 1892, 1, 596). Dans sa majorité, la doctrine ne se montre cependant guère favorable à l'extension de la catégorie des quasi-contrats. V. par exemple H. J. L. MAZEAUD et F. CHABAS, Leçons de droit civil, Tome 2, Obligations. Théorie générale, Volume 1, 9^{ème} éd., 1998, par F. CHABAS, p. 790, n°650. *Contra*, V. J. HONORAT, « Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel », R.T.D. Civ. 1969, p. 653, et, plus récemment, M. DOUCHY, La notion de quasi-contrat en droit positif français, Economica, Coll. Droit civil, 1997. Une conception novatrice des quasi-contrats tend en effet à y intégrer toutes les obligations qui ont pour origine un fait volontaire et dont le régime ressemble peu ou prou à celui des obligations contractuelles. Il en serait ainsi notamment des contrats forcés ou fortuits.

⁵⁹ Nul doute en effet que le fait volontaire de l'entreprise de correspondance n'était pas désintéressé et qu'il n'était pas question de rétablir, au nom de l'équité, un déséquilibre patrimonial intervenu au profit du débiteur. V. D. MAZEAUD, note précit. sous Ch. mixte 6 septembre 2002.

contractuelle du concubinage. Dès lors, en effet, que la catégorie des quasi-contrats n'est plus conçue comme une catégorie homogène, pourquoi n'y rangerait-on pas la situation créée par le concubinage ? Il n'en demeure pas moins que la qualification quasi-contractuelle ne résoud rien, sauf à inventer son régime. La découverte d'un droit commun du couple pourrait alors présenter l'intérêt de participer à l'élaboration du régime de ce nouveau quasi-contrat, en s'efforçant de concilier, à l'instar du mariage et du pacs, réglementation imposée, d'une part, et réglementation négociée, d'autre part.

19. Dans une « *quête d'un couple fondateur* »⁶⁰, de nombreuses études doctrinales récentes s'attachent à mettre en exergue les analogies entre les différents couples, au point de dessiner une notion juridique de couple⁶¹. L'effort doctrinal mérite cependant d'être poursuivi, relativement aux aspects patrimoniaux du couple. L'étude sera ainsi circonscrite à la recherche d'un droit commun patrimonial du couple ordonné autour de l'entraide entre ses membres.

2. Le champ de l'étude : de la recherche d'un droit commun du couple fondé sur l'entraide patrimoniale entre ses membres

20. Deux lignes de convergence entre les différents couples peuvent être soulignées, lesquelles constituent autant de fondements possibles de la notion juridique de couple et d'un droit commun qui lui serait applicable : l'enfant ou l'entraide. La première d'entre elles sera cependant exclue de l'étude.

21. Les écrits doctrinaux relatifs à l'existence d'une notion juridique de couple s'accordent sur l'incroyable force du besoin d'unité dans la filiation face au pluralisme des couples et à la fragilité des unions⁶². Indépendamment du statut des parents et de toute communauté de vie, il est en effet souhaitable que ces derniers soient unis autour de l'entretien et de l'éducation de l'enfant dont ils sont les auteurs. Dans cette perspective, le couple se caractérise par l'existence d'un lien parental entre les époux ou les concubins. Et, en effet, l'enfant a servi de fondement à la construction d'une notion juridique de couple parental inscrit dans l'article L. 152-2 du Code de la santé publique relatif à l'accès aux

⁶⁰ C. BRUNETTI-PONS, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille », *Dr. Fam.* 2003, chr. n°15, n°17 et s.

⁶¹ V. en particulier le premier ouvrage dédié à la recherche d'une notion juridique de couple : La notion juridique de couple, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, Economica, 1998. V. aussi les références citées précédemment.

⁶² En ce sens, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in Mélanges Christian Mouly, Litec, 1998, p. 292.

techniques de procréation médicalement assistée, ainsi que dans les nouvelles règles de l'autorité parentale⁶³, issues de la loi du 4 mars 2002. Ces dernières ne reposent plus désormais sur la famille légitime unie : un droit commun de l'autorité parentale est applicable à tous les enfants nés en mariage ou hors mariage⁶⁴.

L'existence de règles communes à tous les couples de parents, indépendamment des liens qui unissent leurs membres, ne conduit cependant aucunement à nier les spécificités du couple parental uni par les liens du mariage. Ce dernier, en tant qu'il est une structure d'accueil des enfants du couple, connaît des règles propres, au premier rang desquelles figure la présomption de paternité. La notion de couple parental, comme toute notion juridique, n'a alors pour objectif que de souligner les règles communes à tous les couples, l'autorité parentale conjointe en étant le témoin le plus significatif. A cet égard, l'entraide domine l'organisation des relations patrimoniales entre les parents, mais uniquement en ce qu'elles sont relatives à l'enfant. Il en est ainsi de la contribution à l'entretien de l'enfant (C. civ., art. 371-2). Toutefois, réserve faite des devoirs à l'égard de l'enfant, la notion de couple parental exclut toute organisation des relations entre ses membres.

22. Il est remarquable d'observer qu'un droit commun du couple ait été découvert par le prisme de l'enfant, de la même façon que les relations de couple hors mariage ont d'abord été appréhendées par leurs conséquences, c'est-à-dire précisément par l'enfant, à travers le statut de la filiation naturelle⁶⁵. Risquons ainsi l'hypothèse selon laquelle la

⁶³ Sur la promotion du couple parental, V. C. BRUNETTI-PONS, « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », R.T.D. Civ. 1999, p. 27 ; P. MURAT, « Couple, filiation, parenté », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 59 et s.

⁶⁴ H. FULCHIRON, « L'autorité parentale rénovée (Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale) », *Defrénois* 2002, art. 37580, p. 959. Dès les lois du 22 juillet 1987 et du 8 janvier 1993, le législateur avait eu pour objectif de « permettre la survie du couple parental au-delà de la rupture du couple conjugal », d'une part, et de faciliter l'exercice en commun de l'autorité parentale pour les enfants nés hors mariage, d'autre part. La loi du 4 mars 2002 est allée plus loin : elle ne distingue plus selon que l'enfant est né en mariage ou hors mariage. Les règles mises en place sont communes aux différentes hypothèses, sous réserve de quelques adaptations. Plus encore, les termes de filiation « légitime » ou « naturelle » ont disparu des textes. V. aussi A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 », *Dr. Fam.* 2002, chr. n°24.

La réforme du nom de famille peut également être invoquée au soutien d'un droit commun du couple parental dans la mesure où les règles de dévolution du nom ne sont plus articulées autour du clivage famille légitime/famille naturelle. La loi du 4 mars 2002 a en effet fait figurer les règles nouvelles dans le chapitre 1 du titre consacré à la filiation intitulé « Dispositions communes à la filiation légitime et à la filiation naturelle ». V. J. MASSIP, « La loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille », *Defrénois* 2002, art. 37563, p. 795, spéc. p. 796, n°3. L'identité de régime entre filiations légitime et naturelle semble n'être cependant qu'un « faux-semblant » (F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Commentaire de la loi relative au nom de famille », *R.J.P.F.* juillet-août 2002, p. 7 et s.).

⁶⁵ A l'inverse, il est arrivé aux juges de la Cour européenne des droits de l'homme de déduire la vie familiale entre l'enfant et le parent de l'existence d'une vie familiale entre ses parents (Cour E.D.H. 26 mai 1994, *Keegan c/ Irlande*, Série A, n°290 ; 27 octobre 1994, *Kroon c/ Pays-Bas*, série A, n°297-C). V. F. SUDRE *et*

création d'un droit commun du couple par l'enfant constituerait le préalable indispensable à la recherche d'un droit commun des relations entre les membres du couple.

Et, de fait, les liens entre les membres du couple, indépendamment de l'existence d'enfant, doivent à présent faire l'objet d'une réflexion approfondie, laissée à l'écart par une société souvent plus préoccupée du sort de l'enfant que de celui de ses auteurs. L'objet de l'étude ne portera donc pas sur la reconnaissance du couple par ses œuvres⁶⁶, mais sur les rapports entre les membres du couple, indépendamment de l'existence d'un enfant.

23. A côté de l'enfant, la solidarité – autrement dit le lien d'entraide – apparaît, selon une partie de la doctrine, comme l'unique fondement de la construction d'une notion juridique de couple⁶⁷. Le législateur ne s'y serait du reste pas trompé, en nommant le nouveau contrat de couple pacte civil de *solidarité*. Bien que les deux mots soient compris comme des synonymes dans le langage courant⁶⁸, le choix du terme entraide a notre préférence par rapport à celui de solidarité. Tout d'abord, l'entraide met l'accent sur le caractère mutuel de l'aide. Ensuite, la solidarité est parfois définie comme « *une dépendance réciproque* »⁶⁹. Or, si elle existe, la dépendance entre les membres d'un couple n'est pas toujours réciproque ; elle est même fréquemment unilatérale. Enfin, le droit commun des obligations reconnaît un sens juridique précis à la solidarité, entendue comme un mécanisme faisant obstacle à la division des dettes et des créances (C. civ., art. 1197 et 1200), sens auquel notre hypothèse ne se limite nullement. Pour ces différentes raisons, nous utiliserons le plus souvent le terme d'entraide pour qualifier le fondement d'un droit commun du couple.

L'entraide semble en effet constituer le dénominateur commun des dispositions organisant les rapports entre époux ou entre partenaires d'un pacte civil de solidarité, qu'il

alii, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, P.U.F., Coll. Thémis Les grandes décisions de jurisprudence, 1^{ère} éd., 2003, n°42, p. 374.

⁶⁶ J. CARBONNIER, « Le mariage par les œuvres ou la légitimité remontante », in Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 255.

⁶⁷ A. SUPIOT, « Les mésaventures de la solidarité civile (Pacte civil de solidarité et système d'échanges locaux) », Dr. Soc. 1999, p. 68 et s. ; « La fonction anthropologique du droit », Revue Esprit, février 2001, p. 151 et s. ; V. GERNEZ, « Pour un statut matrimonial unifié, libre, égal et solidaire pour tous », Droit et patrimoine n°68, février 1999, p. 95 ; « Couple, famille et société : quel droit pour demain ? », P.A. 27 juin 2000, n°127, p. 8.

Une étude récente parvient cependant à mettre en exergue un autre dénominateur commun de tous les couples : la sincérité dans la formation du couple : C. NOBLOT, « La sincérité dans la formation du couple », Droit et patrimoine n°91, mars 2001, p. 94. Selon l'auteur, la sincérité pourrait constituer « *un point d'ancrage autour duquel peut se concevoir et se fédérer un régime juridique de la formation du lien conjugal commun à tous les couples, qui transcende les situations disparates qui se déclinent dans le mariage, les fiançailles, le concubinage et le pacs* ».

⁶⁸ Le Grand Robert de la langue française, Tome 6, 2^{ème} éd., 2001, V° *Solidarité*.

⁶⁹ Larousse en deux volumes, 2001, V° *Solidarité*.

s'agisse de la participation aux charges de la vie commune ou de l'association de l'un à l'enrichissement de l'autre. De manière certes plus diffuse, du fait de l'éparpillement des règles attachant des conséquences au concubinage simple, l'entraide au sein de l'union libre se révèle également un fondement commun aux dispositions qui lui associent des conséquences juridiques. Il en est ainsi de la règle jurisprudentielle selon laquelle le concubinage du créancier ou du débiteur d'une pension alimentaire ou d'une prestation compensatoire doit être pris en considération. L'aide que s'apportent les concubins est en effet susceptible d'interférer dans l'évaluation des besoins et des ressources des parties. De même, l'entraide entre les concubins justifie que l'un d'entre eux puisse obtenir réparation pour le préjudice subi par lui du fait du décès accidentel de son compagnon. Le législateur lui-même n'hésite pas à présumer l'entraide des concubins pour y attacher des conséquences juridiques. L'article R. 524-1 du Code de la sécurité sociale, qui dispose que la vie maritale met fin à l'allocation de parent isolé, nécessite en effet que l'on envisage le concubinage comme une source d'entraide qui fait cesser l'isolement. Du reste, les auteurs anciens qui qualifiaient le concubinage de fait juridique ou de quasi-contrat, estimaient qu'il pouvait ou devait en être déduit des obligations d'entraide dans les diverses circonstances de la vie⁷⁰.

Ce premier inventaire sommaire fait ainsi apparaître la caractéristique commune des situations évoquées : l'entraide qui unit les membres d'un couple. Dans chacun des cas, on constate en effet qu'il est question des effets de l'entraide, de la mesure de celle-ci, ou encore de son extinction. L'entraide entre les membres du couple peut ainsi être envisagée comme le fondement d'une notion juridique de couple et, corrélativement, de l'élaboration d'un droit commun. Toutefois, l'aide mutuelle peut être appréhendée sous un double aspect, extrapatrimonial ou patrimonial.

24. S'agissant de l'entraide dans les relations personnelles, le droit doit être discret, même s'il ne l'ignore pas et la respecte⁷¹. S'il est de sa mission, en tant que discipline normative destinée à l'édition de règles de conduite et à l'organisation de rapports sociaux, de proposer aux membres d'un couple la possibilité de souscrire un engagement personnel comportant notamment une obligation d'assistance, de telles obligations ne sauraient en revanche être imposées aux autres formes de vie en couple. D'une part, le droit ne peut pas tout. Ainsi, l'entraide d'ordre affectif renvoie plutôt chacun à

⁷⁰ V. *supra*, notes 55 et 56.

⁷¹ « L'absence apparente de la vie affective du couple dans le droit n'est pas ignorance, mais respect » (C. LABRUSSE-RIOU, « Couple et lien affectif », in La notion juridique de couple, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, Economica, 1998, p. 78).

Plus généralement, sur les difficultés de l'appréhension de l'affection par le droit, V. J. et A. POUSSON, L'affection et le droit, Ed. du C.N.R.S., 1990.

sa conscience et à ses sentiments. D'autre part, le droit ne veut pas tout. Le droit propose un engagement personnel : le mariage. Libre aux membres d'un couple d'y souscrire ou non. Libre à eux de conclure des pactes ou des contrats qui resteront dans le non droit et dans lesquels ils fixeront leur manière de voir le couple : fidélité ou non, cohabitation ou non, enfants ou non, durée déterminée ou non.

L'amour et la solidarité extrapatrimoniale que celui-ci entraîne sont ainsi disciplinés par l'engagement⁷². Dès lors, la notion juridique de couple ne saurait avoir pour fondement la solidarité extrapatrimoniale entre ses membres⁷³.

25. L'entraide extrapatrimoniale à laquelle les membres du couple se seront engagés exerce naturellement, à certaines occasions, une influence. Néanmoins, le champ de la présente étude se limitera à la recherche d'un droit commun patrimonial du couple, ordonné autour de l'entraide entre ses membres, dont il conviendra d'étudier les manifestations et les degrés.

Sous l'angle de l'entraide dans les relations patrimoniales, la notion de couple a fait l'objet d'une étude approfondie en droit social⁷⁴. Le couple en droit social se caractérise ainsi par un « *lien économique de proximité* », d'abord réduit à la notion de personne à charge puis élargi à la mise en commun des ressources. Les solutions du droit social ne parviennent cependant pas à résoudre tous les problèmes juridiques nés de la vie en couple. En outre, le critère du « *lien économique de proximité* » ne peut être transposé en tant que tel au droit civil : il existe des situations juridiques pour lesquelles la conception du couple que se fait le droit social se révèle insuffisante.

De manière générale, la plupart des autres branches du droit privé font référence à la notion de couple, ou, à tout le moins, sont concernées par celle-ci⁷⁵. Le cadre d'analyse retenu pour l'étude d'un droit commun patrimonial du couple est cependant restreint au droit

⁷² En ce sens, R. SAVATIER, Le droit. L'amour et la liberté, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1963, p. 11.

⁷³ En ce sens, C. LABRUSSE-RIOU, « Couple et lien affectif », in La notion juridique de couple, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, Economica, 1998, p. 81 : « *le droit du couple ne peut puiser son existence dans le seul lien affectif* ».

⁷⁴ A.-M. GILLES, Le couple en droit social, Economica, 1997.

⁷⁵ Il en est ainsi du droit du travail. La chambre sociale de la Cour de cassation a en effet jugé que le lien de subordination n'était pas nécessaire pour que la législation du droit du travail s'applique au conjoint salarié du chef d'entreprise (C. du trav., art. 784-1, applicable également aux partenaires d'un pacs). V. F. FAVENNECHERY, « Les relations professionnelles entre époux ou le travail sans la subordination. Cass. Soc. 6 novembre 2001, *Bouvard c./ Zanaria* », Dr. Soc. 2002, p. 403. Or, la difficulté soulevée dans le droit du mariage se retrouve dans l'hypothèse de l'union libre : la liberté dans le couple et l'égalité entre ses membres peut-elle véritablement s'accoutumer de la subordination dans les relations professionnelles ?

La notion de couple intéresse également le droit fiscal : V. D. GRILLET-PONTON, « La fiscalité du pacs. Force et faiblesses du nouveau statut », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 271.

civil. L'objet de cette thèse n'est donc pas de comparer les situations réservées au couple dans le droit social, fiscal, pénal ou encore commercial. En revanche, un recours ponctuel à ces différentes matières permet de mettre en évidence des éléments de comparaison. De la même manière, si l'étude ne s'inscrit pas dans le droit comparé, celui-ci offre toutefois des éclairages précieux. La démarche adoptée concerne donc exclusivement la recherche, en droit civil interne, d'un droit commun patrimonial du couple sous l'égide de l'entraide.

3. *L'objet de l'étude : de la vocation du droit à élaborer un droit commun patrimonial du couple sous l'égide de l'entraide et de la définition du couple*

26. La proposition d'élaborer un droit commun patrimonial du couple sous l'égide de l'entraide entre ses membres n'est certes pas nouvelle⁷⁶. Peu de développements d'ensemble lui sont cependant consacrés, sans doute parce que cette proposition se heurte à deux objections de principe qui, aux yeux de beaucoup, paraissent dirimantes.

La recherche d'un droit commun patrimonial du couple placé sous l'égide de l'entraide entre ses membres implique en effet d'admettre que le droit a vocation à intervenir dans la sphère privée des couples pour proposer, voire imposer, des règles dominées par la solidarité.

En outre, la recherche d'un droit commun du couple commande de donner de ce dernier une définition précise, en dépit du fait qu'à l'instar des concubinages qu'il doit englober, le couple apparaît comme un « *phénomène polymorphe* »⁷⁷, rebelle à toute définition uniforme.

27. **La vocation du droit à régir les rapports patrimoniaux entre les membres du couple sous l'égide de l'entraide** – La question est moins ardue s'agissant des deux formes de couple – dites statutaires – que sont le mariage et le pacs. Dans ces deux hypothèses, les membres du couple ont en effet choisi de soumettre à la loi l'organisation de leurs relations patrimoniales. La réflexion existe néanmoins quant aux raisons d'une organisation dominée par la solidarité. S'agissant de la troisième forme de vie en couple, non statutaire – le concubinage simple – il faut se demander si le droit, parce qu'il est une

⁷⁶ V. par exemple B. BEIGNIER, « Pacte civil de solidarité : problème quant à l'acte authentique (A propos du décret n°99-1089 du 21 décembre 1999) », *Defrénois* 2000, art. 37104, p. 211 : « *on dispose déjà de divers contrats particulièrement bien rédigés par des juristes avertis des subtilités du droit patrimonial et qui se sont largement inspirés du régime primaire, lequel devrait, si l'on voulait faire du droit intelligemment, devenir un droit commun de la vie en couple* ». V. aussi les différentes contributions rassemblées in La notion juridique de couple, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, *Economica*, 1998 ; V. GERNEZ, « Pour un statut matrimonial unifié, libre, égal et solidaire pour tous », *Droit et patrimoine* n°68, février 1999, p. 95 ; « Couple, famille et société : quel droit pour demain ? », *P.A.* 27 juin 2000, n°127, p. 8.

⁷⁷ G. CORNU, Droit civil, La famille, Montchrestien, Coll. Domat Droit privé, 7^{ème} éd., 2001, p. 85, n°45.

discipline normative, doit, à ce titre, organiser les rapports patrimoniaux entre les concubins alors même que ces derniers ont choisi de ne pas se soumettre à la loi.

Il est banal de rappeler que tout système de droit, toute institution juridique, toute règle de droit en particulier, repose sur un équilibre entre différents principes politiques – conservatisme, libéralisme, socialisme – et philosophiques – justice, utilité, sécurité et progrès social⁷⁸. La démonstration selon laquelle le droit a vocation à organiser les rapports entre les membres du couple sous l'égide de l'entraide doit dès lors être opérée au regard de l'équilibre à trouver, dans notre société et à notre époque, entre les différents principes et finalités qui inspirent le droit.

28. La vocation du droit à organiser les relations patrimoniales entre les membres du couple peut ainsi être étudiée à l'aune des principes politiques qui inspirent le droit.

Le principe conservateur peut être compris comme militant pour la conservation en l'état du droit positif, en l'espèce pour l'absence de principe de toute réglementation d'ensemble du concubinage simple. En effet, ce principe « *présume la supériorité de ce qui existe, des traditions et des coutumes admises, des règles et institutions reconnues* »⁷⁹. Ce principe peut cependant être mis en échec par les forces réformatrices en action. De fait, la révolte des faits contre le droit trouve aujourd'hui, en droit positif, de multiples traductions, telles les décisions jurisprudentielles frondeuses qui transposent certaines règles du mariage aux relations entre concubins ou le droit social qui prend en considération la réalité des situations.

Le principe libéral, aux termes duquel il vaut mieux laisser les hommes libres plutôt que de les contraindre, milite contre le fait d'imposer des règles aux concubins qui ont choisi de ne pas se soumettre à la loi. Toutefois, les excès et les insuffisances du libéralisme ont été suffisamment démontrés. Il est aujourd'hui inconcevable de laisser les relations sociales à la totale liberté des particuliers tant elle conduit à ignorer les devoirs des hommes, entre eux et envers la société, et donne lieu à des abus tragiques⁸⁰. Du reste, il faut nuancer le lieu commun selon lequel les relations familiales ou quasi-familiales aspireraient à un recul du droit⁸¹. Dans le couple, il faut enfin observer, pour reprendre le mot de LACORDAIRE, que c'est la liberté qui opprime et la réglementation qui libère⁸².

⁷⁸ Sur les principes gouvernant le droit et les finalités de ce dernier, V. J.-L. BERGEL, Théorie générale du droit, Dalloz, 3^{ème} éd., 1999, p. 280 et s.

⁷⁹ C. PERELMAN, Logique juridique – Nouvelle rhétorique, Dalloz, 2^{ème} éd., 1999, p. 124, n°63.

⁸⁰ J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 34, n°27 et s.

⁸¹ I. THERY, Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, Ed. Odile Jacob, 1998, p. 12.

⁸² B. BEIGNIER, Les régimes matrimoniaux, P.U.F., Coll. Que sais-je ?, 1^{ère} éd., 1994.

Le principe socialiste milite, *a priori*, pour la réglementation des relations patrimoniales entre les membres d'un couple, indépendamment du choix de ces derniers de se soumettre à la loi. Néanmoins, la réglementation doit être conçue dans l'intérêt général. Le principe socialiste postule en effet un système destiné à faire prévaloir le bien général sur les intérêts particuliers. Dès lors, déterminer s'il est de l'intérêt général de réglementer les rapports entre les membres du couple implique d'identifier si une telle réglementation répond aux finalités philosophiques essentielles du droit que sont la justice, l'utilité, le progrès social et la sécurité.

29. A cet égard, si elle ne peut être ignorée comme facteur d'évolution du droit, la seule augmentation numérique des couples hors mariage et leur inscription dans la durée⁸³ ne saurait, à elle seule, justifier l'organisation par le droit des relations patrimoniales entre leurs membres. D'un côté, « *si la loi ne peut être la traduction parlementaire des études sociologiques, elle a pourtant vocation à ordonner les comportements et ne peut donc durablement être trop différente de ces derniers* »⁸⁴. Selon Monsieur BEIGNIER, « *ce que la société civile admet, le droit civil ne peut l'ignorer, sauf à ne pas être le droit civil* »⁸⁵. D'un autre côté, le droit n'est pas l'instrument servile des faits. Il ne doit intégrer l'évolution des faits sociaux qu'à la condition que cette intégration soit conforme aux finalités précitées. A l'inverse, le droit a la possibilité d'ignorer les faits sociaux, si cette fiction est conforme à ses idéaux⁸⁶.

Dans le débat sur l'adaptation du droit aux faits, il existe, entre les deux extrêmes, une position intermédiaire : « *elle consiste à admettre que de tels faits puissent parfois être retenus, ceci représentant, non pas la simple réalisation d'une inéluctable adaptation du droit au fait sous la pression duquel il n'y aurait d'autre solution que de céder, mais plutôt la conséquence d'un libre-choix de la part du législateur ou du juge qui auraient pu aussi décider de ne pas tenir compte de ces faits ; dans ce choix entrent aussi bien des considérations liées aux réalités que des données idéales tenant à l'existence de valeurs à promouvoir ou à la recherche du bien commun ou de l'intérêt général* »⁸⁷. Cette position est celle du droit français qui appréhende parfois le concubinage simple comme une situation de

⁸³ V. les statistiques citées *supra*, note 8.

⁸⁴ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « La nécessité d'une réforme », Perspectives de réformes en droit de la famille, Dr. Fam. Hors série, décembre 2000, p. 17.

⁸⁵ « PACS : l'heure du droit. Proposition pour un statut unitaire du concubinage », Le pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 19.

⁸⁶ V. C. ATIAS et D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », D. 1977, chr. 251.

⁸⁷ L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, L.G.D.J., 1990, p. 1, n°1.

fait au sens juridique du terme, autrement dit comme une sorte d'ersatz du mariage⁸⁸. Monsieur LEVENEUR déplore alors la perturbation de l'ordre juridique positif qui résulte de la prise en considération du mariage de fait par le législateur ou par le juge⁸⁹. On peut effectivement adhérer à cette critique dans la mesure où l'absence d'organisation et de systématisation est source d'insécurité et d'injustice. Sans doute cette étape et ses inconvénients étaient-ils toutefois nécessaires à la prise de conscience que le concubinage n'est pas nécessairement un doublet du mariage⁹⁰, la réglementation de l'union libre n'impliquant pas par conséquent la reconnaissance d'un mariage par possession d'état.

La conception de l'union libre comme situation de fait, décalque imparfait de la situation de droit correspondante qu'est le mariage, doit en effet être dépassée pour imaginer une réglementation du fait en lui-même, du couple de concubins en tant que tel.

30. La dialectique entre justice, utilité, progrès social et sécurité peut ainsi conduire à envisager la réglementation des relations patrimoniales entre les membres du couple, indépendamment du statut de celui-ci. Un droit commun patrimonial du couple placé sous l'égide de l'entraide répond en effet à la quadruple finalité du droit et, tout d'abord, à l'idéal de justice.

Il est sans doute délicat de se référer à un droit naturel, à l'existence d'une justice idéale supérieure au droit positif, à laquelle tout système juridique doit tendre, eu égard à son contenu essentiellement variable. Cependant, il est rationnellement possible de constater, en droit positif, un certain nombre d'injustices. Il en est ainsi de la concubine qui, après des années de vie commune consacrées à l'entretien du foyer et à l'éducation des enfants, se trouve abandonnée par son compagnon, sans ressources ni perspective professionnelle. Même SAVATIER, pourtant fortement opposé au concubinage, affirmait que le droit positif se doit de consacrer « *des devoirs d'humanité et de justice* »⁹¹. L'appréciation de telles injustices est certes empreinte de subjectivité, confrontée à la conception que chacun se fait de la morale. Toutefois, ainsi que l'écrivait RIPERT « *un juriste ne doit pas seulement être le technicien habile qui rédige ou explique avec toutes les ressources de l'esprit des textes de loi ; il doit s'efforcer de faire passer dans le droit son idéal moral, et, parce qu'il a une*

⁸⁸ Pour paraphraser la célèbre définition de la situation de fait de HOUIN : « *la situation de fait est une sorte d'ersatz, une sorte de doublet d'une situation juridique bien connue et réglementée par la loi. A cette situation de fait, il manque l'une des conditions légales pour accéder, en principe, à la vie du droit* » (Les situations de fait, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome 11, Dalloz, 1960, p. 322).

⁸⁹ L. LEVENEUR, Situations de fait et droit privé, L.G.D.J., 1990, p. 335, n°279 et s. (le législateur face au mariage de fait) et p. 425, n°345 et s. (le juge face au mariage de fait).

⁹⁰ Monsieur LEVENEUR lui-même reconnaît que la perturbation du droit positif est susceptible d'annoncer le droit de demain (*op. cit.*, p. 474, n°378).

⁹¹ R. SAVATIER, Le droit, l'amour et la liberté, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1963, p. 151

parcelle de la puissance intellectuelle, il doit utiliser cette puissance en luttant pour ses croyances »⁹². Il est en effet une illusion que « *d'espérer que la science du droit soit jamais neutre, ni la science du droit séparée de sa création... Le droit n'est pas un objet pur ; il n'existe pas, on le fait. Et qu'il en ait ou non conscience le juriste défend une cause. Décrire pour lui, c'est choisir* »⁹³.

Il est vrai que la jurisprudence, usant des ressources du droit commun, tente de remédier aux injustices auxquelles elle se trouve confrontée. Dès 1935, ESMEIN suggérait que la jurisprudence donne « *une solution aux problèmes qui se posent avec acuité* » et reconnaisse l'union libre « *comme un lien légal... pour lui faire produire les effets que le sentiment public réclame avec force* »⁹⁴. De fait, la jurisprudence découvre parfois l'existence de sociétés créées de fait entre les membres du couple, à l'unique fin de faire participer la concubine à l'enrichissement de son concubin. Ou bien elle constate l'existence d'une promesse d'exécuter l'obligation naturelle de porter secours à son compagnon, laquelle donne alors naissance à une obligation civile. Deux hypothèses se présentent alors. Tantôt les magistrats se montrent rigoureux s'agissant des conditions d'ouverture et d'application des recours du droit commun ; ces recours sont alors aléatoires et les résultats fréquemment insuffisants. Tantôt la jurisprudence fait preuve de tolérance et admet que le droit commun puisse servir d'ersatz de régime matrimonial aux concubins. Le droit commun est alors « *concubinarisé* »⁹⁵ pour atteindre cet objectif. Quelle que soit l'hypothèse, le droit manque à l'une ou l'autre de ses finalités. Dans la première, le recours au droit commun ne parvient pas à réparer les injustices et le droit manque alors à sa finalité d'établir des règles justes. Dans la seconde hypothèse, la déformation du droit commun ne contribue pas au progrès du droit : destinée à pallier les lacunes du droit, elle conduit à rendre spécifiques des mécanismes et des institutions destinés au plus grand nombre. Il devient ainsi difficile de justifier l'application rigoureuse des conditions d'ouverture de l'action *de in rem verso* lorsqu'elle est exercée en dehors de la sphère familiale ou quasi-familiale.

31. Une réglementation des relations patrimoniales entre les membres d'un couple sous l'égide de l'entraide répond, en outre, à l'objectif d'utilité, sans verser dans l'utilitarisme que caractérise plutôt l'utilisation déformée du droit commun. Une réglementation est, en premier lieu, utile aux membres du couple eux-mêmes. En effet, la vie

⁹² G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1949, p. 29, n°18. Sur les difficultés de la poursuite d'un droit idéal et la subjectivité qui, nécessairement, l'imprègne, V. aussi R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Ed. La Mémoire du Droit, 2001, p. 22 et s.

⁹³ M. VILLEY, *Leçons d'histoire sur la philosophie du droit*, Dalloz, 1962, p. 291.

⁹⁴ P. ESMEIN, « Le problème de l'union libre », R.T.D. Civ. 1935, p. 748.

⁹⁵ V. A. PROTHAIS, « Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux », J.C.P. 1990, éd. G, I, 3440.

en couple crée, inéluctablement, des situations de dépendance entre ses membres. On peut le regretter et préférer qu'une philosophie d'autonomisation imprègne les relations dans le couple, que chaque adulte assume son propre sort et refuse de dépendre économiquement de sa parenté, entendue au sens large⁹⁶. Néanmoins, en l'état actuel des choses, ces situations de dépendance existent et imposent une réglementation de l'entraide. Utile aux membres du couple, cette réglementation l'est également, en second lieu, à la société. La crise de l'Etat providence – dans l'impossibilité de fournir les moyens nécessaires à tous ceux qui en ont besoin – et la crise des solidarités familiales traditionnelles appellent en effet le besoin de solidarités privées, lesquelles se manifestent aujourd'hui davantage dans cet espace clos que constitue le couple que dans la famille entendue largement : « *dans une société très déstructurée, urbanisée, le couple est une réponse, au niveau de l'infiniment petit, à la disparition des structures intermédiaires* »⁹⁷. L'utile rejoint alors le juste dans une belle harmonie, et dément ainsi l'affirmation selon laquelle la société ne trouverait aucun intérêt à un statut légal de l'union libre⁹⁸.

Un dernier argument plaide en faveur de l'utilité d'une réglementation de toutes situations de couple : l'idée de la loi pédagogue⁹⁹. En sanctionnant des comportements déloyaux et en réparant les conséquences injustes qui peuvent en résulter, la loi contribue en effet à imposer un certain nombre de valeurs. Les caractères thérapeutique et pédagogue de la loi s'allient ainsi en faveur d'une réglementation du couple, en dépit du fait que ses membres n'ont pas choisi d'adhérer à un statut légal.

32. L'on attend cependant du droit qu'il garantisse la sécurité, autrement dit que l'on puisse prévoir la solution à des problèmes juridiques et que cette solution puisse être

⁹⁶ Sur cette philosophie d'autonomisation, V. M.-T. MEULDERS-KLEIN, « La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale », in La personne, la famille et le droit 1968-1998. Trois décennies de mutation en Occident, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., 1999, p. 96 et s.

⁹⁷ J. HAUSER, « Du PIC au PACS : expertise génétique d'une loi », Le Pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 15. Sociologiquement, il est observé que le couple est déjà la cellule de base de la solidarité privée : entre les membres du couple eux-mêmes mais également entre leurs familles respectives.

A force de s'endetter, il se pourrait que l'Etat éprouve la tentation du désengagement pour demander à la famille de reprendre son rôle de lieu de solidarité sociale. Tel est l'un des scénari envisagé par Monsieur BERTHET, dans sa thèse intitulée Les obligations alimentaires et les transformations de la famille (L'Harmattan, 2000). Un autre scénario, complémentaire ou alternatif du précédent, peut également être envisagé : le recours aux solidarités de couple aux fins de pallier les insuffisances étatiques. V. aussi L.-H. CHOQUET et I. SAYN (sous la dir. de), Obligation alimentaire et solidarités familiales. Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales, L.G.D.J., 2000.

⁹⁸ En ce sens, P. MALAURIE, « Un statut légal du concubinage ? Cuc, Pic, Pacs et autres avatars du mariage », Defrénois 1998, art. 36838, p. 871.

Sur la grande alternative entre justice et utilité, V. J.-L. BERGEL, Théorie générale du droit, Dalloz, 3^{ème} éd., 1999, p. 29, n°24 et s.

⁹⁹ J. CARBONNIER, Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2001, p. 155 et s.

appliquée, au besoin par la contrainte. L'impératif de sécurité semble par conséquent s'opposer à ce que l'on découvre *a posteriori* des règles applicables aux concubins simples alors que ces derniers n'étaient pas conscients d'y être soumis. Néanmoins, l'imprévisibilité ne découle-t-elle pas actuellement de l'utilisation du droit commun par la jurisprudence dans le contentieux du concubinage, laquelle, alternativement, fait une application rigoureuse des mécanismes du droit commun ou les déforme, les justiciables ne pouvant, dès lors, prévoir l'issue du procès ? L'impératif de sécurité peut, en outre, être battu en brèche par les autres finalités du droit que sont la justice, l'utilité et le progrès.

D'autant qu'il est toujours temps, au stade de la mise en œuvre de la réglementation, de faire une place au respect de la sécurité. Une fois démontré que le droit a vocation à régir les rapports patrimoniaux dans le couple sous l'égide de l'entraide, la question se pose en effet de sa mise en œuvre. La possibilité d'une conceptualisation du couple impose alors de ramener à quelques lignes simples la diversité des espèces, autrement dit de proposer une définition du couple qui fera l'objet de notre recherche.

33. Une définition du couple – A notre sens, *la* définition du couple n'existe pas ; l'accent est donc intentionnellement porté sur le caractère indéfini de l'article. La notion de couple est en effet moins conceptuelle que fonctionnelle : il n'existe pas un critère unique permettant d'en déterminer une fois pour toutes le contenu, car seule sa fonction lui confère sa véritable unité¹⁰⁰. Dès lors, la définition du couple prise comme hypothèse de recherche¹⁰¹ est nécessairement fonction de l'objet et du domaine de l'étude. La recherche d'une notion juridique de couple aux fins de dégager un droit commun patrimonial conduit ainsi à retenir une définition du couple différente de celle qui servirait de fondement à la recherche d'un droit commun du couple parental.

¹⁰⁰ L'hypothèse selon laquelle la notion de couple serait fonctionnelle a été formulée par Monsieur LECUYER (« Rapport introductif », in La notion juridique de couple, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, Economica, 1998, p. 7).

En 1986, Madame RUBELLIN-DEVICHI écrivait, dans son chapitre introductif aux Concubinages, qu'il y a autant de conceptions possibles du concubinage que de règles prenant en considération cette situation et que le concubinage ne requiert ni communauté de vie, ni cohabitation, ni relations sexuelles, ni différence des sexes, ni stabilité et durée des relations, ni notoriété, mais simplement les éléments de preuve requis en fonction de l'effet recherché (« Analyse introductive », in Les concubinages. Approche socio-juridique, sous la dir. de J. RUBELLIN-DEVICHI, Ed. du C.N.R.S., 1986).

¹⁰¹ La définition proposée peut ainsi être qualifiée d'« hypothétique ». La définition hypothétique est « *une proposition de classement inscrite au sein d'une démarche spécifique de connaissance* ». Sa fonction est « *d'engager un raisonnement ou une enquête empirique dont l'objet sera justement de mettre à l'épreuve la validité heuristique du classement proposé* » (I. THERY, « Approche sociologique de la « vie familiale » » : la question des définitions », in Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Cour européenne des droits de l'homme, sous la dir. de F. SUDRE, Bruylant, Coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2002, p. 63).

34. La définition du couple dans la recherche d'un droit commun patrimonial pourrait être fondée sur les critères cumulatifs suivants.

Conformément à sa définition générale¹⁰², le couple rassemblerait deux personnes.

Celles-ci pourraient être de sexe différent ou de même sexe. Le besoin d'organisation patrimoniale et l'entraide adoptée comme principe directeur de sa mise en œuvre ne semblent pas, en effet, tributaires de la différence des sexes¹⁰³. La loi introduisant le pacte civil de solidarité confirme du reste ce point de vue.

La sexualité devrait, en outre, participer de la symbolique du lien unissant ces deux personnes. Le droit n'est pas en effet « *un simple outil de gestion ou de police : il a aussi, peut-être d'abord, une fonction instituante au sens où il contribue à mettre en place, dans le langage de la loi commune, un certain nombre de distinctions anthropologiques majeures* », parmi lesquelles figure celle qui distingue le lien qui autorise la relation sexuelle du lien qui l'exclut, voire l'interdit¹⁰⁴. Il entre ainsi dans la mission du droit de classer des types de liens humains. Dans cette perspective, un couple sans relations sexuelles forme toujours un couple car la sexualité participe de la symbolique de son lien. En revanche, deux amants incestueux ne devraient pas former un couple, la réglementation de leurs relations patrimoniales heurtant la prohibition de l'inceste.

La communauté de vie du couple devrait ainsi s'entendre d'une communauté de lit et de toit. La seule cohabitation, si elle est, selon Madame DEKEUWER-DEFOSSEZ, de l'essence du couple¹⁰⁵, est en effet insuffisante. De fait, la cohabitation comprend des situations qui n'impliquent en aucune façon la communauté de vie de ceux qui partagent la même habitation¹⁰⁶. L'exigence d'une communauté de vie permettrait ainsi de requérir, pudiquement, des relations sexuelles entre les cohabitants, afin que ceux-ci forment un couple. La communauté de résidence est cependant primordiale pour trois raisons. Tout d'abord, elle est le signe extérieur d'une communauté de lit mais également d'une communauté affective et intellectuelle, autrement dit d'une volonté de vivre à deux. La cohabitation est ainsi exigée pour le mariage (C. civ., art. 215, al. 1^{er}). Le législateur ne s'y

¹⁰² V. *supra*, n°2.

¹⁰³ La différence des sexes constitue, en revanche, en droit positif, un élément déterminant de la définition du couple parental.

¹⁰⁴ I. THERY, « Le contrat d'union sociale en question », *Revue Esprit* octobre-décembre 1997, p. 174.

¹⁰⁵ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Couple et cohabitation », in *La notion juridique de couple*, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, Economica, 1998, p. 61. Et l'auteur de citer l'adage classique : « *Ubi tu, Gaius, ibi ego, Gaia* ».

¹⁰⁶ Il en est ainsi de la cohabitation de gens de maison avec leur employeur. V. en dernier lieu C.E. 12 juin 2002, R.J.P.F. décembre 2002, p. 21, obs. F. VAUVILLE : « *la Commission centrale d'aide sociale s'est fondée exclusivement sur ce que deux personnes étaient copropriétaires d'un bien immobilier qu'elles occupaient ensemble depuis 1993, sans rechercher si les intéressés menaient une vie de couple stable et continue, [de sorte] qu'elle a entâché sa décision d'erreur de droit* ».

est pas trompé qui fait de la vie commune un élément de définition du pacs et du concubinage simple (C. civ., resp. art. 515-1 et 515-8)¹⁰⁷. Les contraintes professionnelles peuvent cependant conduire les membres du couple à n'avoir une vie commune qu'à intervalles plus ou moins réguliers. Dans cette hypothèse, l'accent sera mis sur l'élément intentionnel de la communauté de vie, plus encore que sur son élément matériel¹⁰⁸. Ensuite, l'exigence d'une cohabitation est justifiée par le fait qu'elle est le lieu naturel de l'entraide. Enfin, la vie commune permet à l'union sexuelle d'affirmer « *sa durabilité* »¹⁰⁹.

En effet, pour se voir attacher un régime juridique propre, le couple doit revêtir une certaine permanence qui le distingue d'une union passagère ; c'est parce qu'elle est durable que la situation de couple doit être appréhendée par le droit¹¹⁰. Le couple doit donc constituer un ménage – de *manere* demeurer – caractérisé par sa stabilité. Il est vrai que « *dans la relation de couple, l'inscription de l'union dans la durée est avant tout un vœu* »¹¹¹. Ce vœu doit cependant s'inscrire dans des faits matériels pour que le droit l'appréhende. La stabilité laisse en effet « *présumer la continuation [de l'union] dans l'avenir, entraînant une communauté de vie et d'intérêts* »¹¹². En outre, la durée s'inscrit,

¹⁰⁷ La notion de « *vie commune* » employée par les deux textes ne vise ainsi pas seulement la cohabitation, mais la communauté de vie du couple. En ce sens, J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome 2, *La famille, l'enfant, le couple*, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 705 et p. 735.

A cet égard, il convient de rejeter les propositions doctrinales aux termes desquelles les partenaires d'un pacs pourraient vivre séparément. V. par exemple C. DESTAME, « Anticipons ensemble les effets d'une proposition de loi. Formule-cadre », J.C.P. 1998, éd. N, p. 1536. Défini comme un contrat destiné à organiser la vie commune des partenaires (C. civ., art. 515-1), dont le lieu d'enregistrement est fixé à la résidence commune (C. civ., art. 515-3) et qui étend la solidarité des partenaires aux dépenses relatives au logement commun (C. civ., art. 515-4), le pacs implique nécessairement une vie commune. A ces éléments légaux, il faut ajouter la décision du Conseil constitutionnel qui a érigé la vie commune des partenaires en condition (Cons. constit. 9 novembre 1999, Le pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 71). Sur le rejet de l'obligation de communauté de vie entre les partenaires d'un pacs et l'analyse de la vie commune comme la cause ou l'objet du pacs, V. *infra*, n°249.

¹⁰⁸ Pour un exposé très complet de la notion de communauté de vie dans le mariage, V. M. LAMARCHE, *Les degrés du mariage*, Thèse Bordeaux IV, 1997, p. 261 et s. V. aussi M.-C. MANIGNE, « La communauté de vie », J.C.P. 1976, éd. G, I, 2803 ; G. HENAFF, « La communauté de vie du couple en droit français », R.T.D. Civ. 1996, p. 551, et les nombreuses références doctrinales et jurisprudentielles citées.

Il ressort de cet exposé que l'interprétation classique qui cantonne la communauté de vie au seul aspect matériel de la cohabitation ne peut plus être retenue. Selon une interprétation moderne, il faut ajouter à l'aspect matériel de la cohabitation un aspect spirituel, l'union des âmes et des esprits ainsi que le « *vouloir-vivre en commun* », autrement dit l'élément intentionnel de la communauté de vie.

¹⁰⁹ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Couple et cohabitation », in *La notion juridique de couple*, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, Economica, 1998, p. 62.

¹¹⁰ Des conséquences juridiques sont parfois attachées au couple sans considération de la durée de sa communauté de vie. Elles sont cependant essentiellement relatives aux enfants, telles les règles relatives à l'autorité parentale. En d'autres termes, c'est le couple parental que l'on prend en considération indépendamment de toute survie de la relation de couple entre ses membres. Tel n'est cependant pas l'objet de notre recherche.

¹¹¹ C. BRUNETTI-PONS, « Couple et durée », in *La notion juridique de couple*, *op. cit.*, p. 29.

¹¹² Définition du concubinage donnée par le Conseil d'Etat les 8 décembre et 29 janvier 1964, Recueil Lebon, p. 274 et p. 947.

comme la solennité, dans une « *perspective publicitaire* »¹¹³. A cet égard, l'appréhension différente du temps par les couples doit se refléter dans la caractérisation de cet élément. La stabilité découle du seul engagement social des membres du couple, mariage ou pacs. S'agissant des concubins simples, l'analyse et surtout la preuve de la stabilité de la liaison à travers l'élément intentionnel, du vouloir-vivre en commun, manquerait singulièrement d'épaisseur. Le juriste désireux d'appréhender la stabilité de l'union libre, en est donc réduit à raisonner en termes de seuils, en dépit de l'artifice qu'ils revêtent. Il est ainsi proposé que le critère de stabilité ne soit caractérisé qu'après l'expiration d'un délai d'un an et un jour de communauté de vie, à l'issue duquel les concubins formeraient un couple au sens juridique du terme¹¹⁴. Le seuil d'une année et un jour de communauté de vie peut se réclamer d'un précédent historique : le délai d'un an et un jour de vie à même pot et à même feu était en effet celui des communautés taisibles, dont les éléments rappellent étrangement le concubinage¹¹⁵. Sans doute le laps de temps d'un an et un jour était-il appréhendé comme une longue durée à l'époque des communautés taisibles, eu égard à la faible espérance de vie. De nos jours, la durée d'une année et un jour peut néanmoins être prise comme étalon de stabilité compte tenu du renouvellement fréquent des couples. Il l'est du reste déjà ; le délai d'un an de communauté de vie est en effet celui requis du couple marié, afin que le conjoint étranger puisse obtenir la nationalité française (C. civ., art. 21-2, al. 2)¹¹⁶.

¹¹³ A. SERIAUX, « « Concubinage formel et mariage informel », in La notion juridique de couple, *op. cit.*, p. 43.

¹¹⁴ L'écoulement du temps joue ainsi un rôle traditionnel dans la prise en considération des situations de fait. A propos de l'usucapion, Messieurs TERRE et SIMLER affirment ainsi que « *les situations de fait qui sont contraires au droit ne peuvent pas, en général, se prolonger dans le temps ; celles qui durent sont conformes à la loi, si bien que le législateur a pu très équitablement présumer que, dans l'immense majorité des cas, la prescription consacre la légitimité du droit* » (Droit civil, Les biens, Précis Dalloz, 5^{ème} éd., 1998, p. 280, n°443).

¹¹⁵ V. *supra*, note 11.

¹¹⁶ On trouve dans divers textes des dispositions exigeant une certaine durée de communauté de vie aux fins que cette dernière produise des effets juridiques. Celle-ci va de six mois dans la loi du 1^{er} septembre 1948, délai porté à un an dans les lois plus récentes sur les baux d'habitation, trois ans dans la loi du 12 novembre 1955 sur l'allocation de secours aux compagnes des militaires ou civils morts pour la France, jusqu'à dix ans pour certains régimes complémentaires de retraite. Dans la définition juridique du couple inscrite à l'article L. 152-2 du Code de la santé publique, le délai exigé pour preuve de la stabilité du couple non marié désireux d'avoir recours aux techniques de procréation médicalement assistée est de deux ans. Parfois, plutôt que de fixer une durée, les textes font référence à la stabilité, à la continuité du concubinage. La jurisprudence s'attache également souvent à cet élément. V. les références citées G. HENAFF, « La communauté de vie du couple en droit français », R.T.D. Civ. 1996, p. 569 et s.

Les différences entre ces différents seuils ne sont pas pour autant critiquables dans la mesure où les éléments de définition du couple ne sont pas les mêmes selon les effets recherchés. La conception médicalement assistée d'un enfant requiert ainsi sans doute davantage de stabilité du couple d'accueil que le transfert du bail au survivant des membres du couple.

Des exemples étrangers offrent d'autres exemples de seuils. Ainsi, en Nouvelle-Ecosse, ce n'est qu'au bout de deux années de cohabitation que les conjoints de fait, de même sexe ou de sexe différent, sont assujettis à la même obligation alimentaire mutuelle que celle imposée aux conjoints mariés. V. A. ROY, « Le partenariat civil d'un continent à l'autre », R.I.D.C. 2002-3, p. 779.

Le critère de la stabilité fait alors surgir une question : la stabilité n'est-elle pas exclue par l'existence d'une double liaison ? La jurisprudence l'a parfois admis¹¹⁷. Toutefois, le présupposé selon lequel une liaison plurale est nécessairement précaire ne se vérifie pas de façon systématique ; au contraire, l'examen des faits démontre parfois la stabilité de la double liaison en cause. La question se pose alors de savoir si la réglementation par le droit d'une liaison multiple ne heurterait pas trop violemment le principe de monogamie, auquel les Français demeurent très attachés. Sans doute convient-il néanmoins d'isoler l'hypothèse d'un époux séparé de fait de son conjoint ou de son partenaire d'un pacs, qui a refait sa vie avec un concubin. L'absence de dissolution de l'engagement conduit en effet à faire survivre le couple statutaire, en dépit de la cessation de toute communauté de vie. La formation d'un nouveau couple sur mort mariage, ou mort pacs, soulève alors la délicate question d'une concurrence entre les différents compagnons d'une même personne¹¹⁸.

35. Quatre éléments doivent en revanche être exclus de la définition du couple, lorsque celle-ci sert de base à la recherche d'un droit commun patrimonial entre ses membres : le lien économique, l'enfant, le lien affectif et la notoriété.

En premier lieu, le lien économique entre ses membres¹¹⁹ n'est pas un élément de définition, mais une conséquence de la vie en couple, en d'autres termes un élément de son régime.

En deuxième lieu, l'existence d'un enfant commun aux deux membres du couple est indifférente dans la mesure où le droit commun patrimonial vise la réglementation des relations entre les membres du couple.

En troisième lieu, l'existence d'un lien affectif, à la source duquel le couple puise indéniablement, ne devrait pas être considéré comme une condition d'existence du couple en droit civil. Qu'il s'agisse de sa définition ou de la preuve de son existence, il serait en effet bien imprudent de puiser dans un sentiment, fragile par essence, le critère de la notion juridique de couple. En outre, il existe des couples sans amour comme il existe des mariages sans amour, lesquels n'en requièrent pas moins une organisation des relations patrimoniales entre leurs membres.

¹¹⁷ V. par exemple Crim. 8 janvier 1985, J.C.P. 1986, éd. G, II, 20588, note G. ENDREO : la chambre criminelle précise en effet qu'en énonçant qu'un concubin passait la journée chez l'une de ses maîtresses et la nuit chez l'autre, la Cour d'appel a « *implicitement déduit le caractère précaire de la double liaison invoquée* ».

¹¹⁸ Le couple ne serait dès lors pas monogame, un homme ou une femme pouvant avoir simultanément un conjoint ou un partenaire de pacs et un concubin.

¹¹⁹ Un auteur, après avoir démontré l'importance du lien économique dans le couple appréhendé par le droit, proposa d'unifier la notion de couple autour du lien économique qui constituerait un indice minimal et utile de l'existence d'un couple : A.-M. GILLES, « Couple et lien économique », in La notion juridique de couple, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, Economica, 1998, p. 113 et s.

En dernier lieu, il conviendrait d'exclure de la notion de couple sa notoriété. A l'évidence, tout couple présente un minimum de notoriété dès lors que l'on exige de ses membres une cohabitation. Traditionnellement, la notoriété est cependant entendue plus largement de la connaissance de la situation de couple par un cercle élargi de personnes¹²⁰. Elle est incontestablement présente s'agissant des couples statutaires, compte tenu de la publicité qui entoure la conclusion de l'engagement. La question ne se pose dès lors que pour le concubinage simple. La notoriété n'est pas requise par l'article 515-8 du Code civil, qui définit le concubinage ; elle figure en revanche dans un certain nombre de textes législatifs qui subordonnent l'octroi de droits aux concubins à la condition de la notoriété de leur union¹²¹. A notre sens, la notoriété ne devrait pas constituer un élément de définition de la notion juridique de couple car le besoin de réglementation qui répond aux impératifs de justice, d'utilité et de progrès social n'est pas dépendant de la connaissance du couple par les tiers. Le rôle conféré à la notoriété présenterait en effet l'inconvénient de renvoyer en marge du droit les concubins qui n'auraient pas révélé leur situation à une fraction suffisamment large de la société¹²². En revanche, la notoriété du couple revêt inévitablement une fonction probatoire¹²³.

A cet égard, la preuve de l'existence du couple devrait s'opérer différemment selon que le couple a souscrit un engagement ou non. Dans le premier cas, il suffirait de rapporter la preuve de l'engagement, conformément au système de publicité organisé par le droit positif. Dans le second, la preuve du fait juridique pourrait être faite par tous moyens, conformément au droit commun de la preuve. La loi peut en outre faciliter cette preuve : certificat délivré par l'officier d'état civil, acte de notoriété délivré par le notaire, acte de communauté de vie délivré par le J.A.F. (C. civ., art. 311-3). Les certificats de communauté de vie que délivrent certains maires pourraient également servir d'indices¹²⁴.

¹²⁰ V. N. RAYNAUD DE LAGE, « La notoriété », D. 2000, chr. 513.

¹²¹ V. par exemple l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989, relatif à la poursuite du bail d'habitation ou au transfert du contrat de location au profit du concubin « *notoire* » abandonné par le titulaire du droit au bail ou lui survivant. Des contrats d'assurance requièrent également fréquemment la notoriété du concubinage. V. par exemple Paris, 16 janvier 2001, R.T.D. Civ. 2001, p. 336, n°11, obs. J. HAUSER ; D. 2002, somm. comm. 536, obs. J.-J. LEMOULAND.

Sur la définition légale du concubinage, n'ayant vocation à s'appliquer qu'à défaut de définitions particulières plus restrictives, V. *infra*, n°243.

¹²² A cet égard, il convient de noter que l'étude s'éloigne de la proposition émise par Madame THERY, selon laquelle le concubinage se constaterait par « *la possession d'état de couple naturel* » (Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, Ed. Odile Jacob, 1998, p. 150 et s.).

¹²³ Tel était, du reste, à l'origine, le véritable rôle de la notoriété. V. N. RAYNAUD DE LAGE, « La notoriété », D. 2000, chr. 513.

¹²⁴ V. G. HENAFF, « La communauté de vie du couple en droit français », R.T.D. Civ. 1996, p. 574 : la preuve n'est pas fiable car la délivrance des certificats de communauté de vie s'opère suivant des exigences variables selon les communes, et ces décisions ne sont susceptibles d'aucun recours. D'aucuns ont soulevé le problème

36. Pour les besoins de la recherche d'un droit commun patrimonial, le couple peut ainsi être défini comme le lien qui unit deux personnes physiques, de sexe différent ou de même sexe, entre lesquelles les relations sexuelles sont socialement admises, unies par une communauté de vie stable, ce dernier caractère résultant de plein droit de l'engagement social des membres du couple et, à défaut, de l'expiration d'un délai d'un an et un jour de communauté de vie.

A condition que la preuve de ses éléments constitutifs soit rapportée, le couple pourrait accéder à la vie juridique en tant qu'institution. Définie comme un ensemble de règles de droit organisées autour d'une idée centrale pour régir une manifestation de la vie sociale¹²⁵, l'institution juridique de couple rassemblerait les règles articulées autour de l'idée-maîtresse de l'entraide entre ses membres.

L'une des difficultés de la recherche de ces règles formant un droit commun patrimonial du couple tient alors à sa dualité.

4. *La méthode : de la dualité de la recherche*

37. La présente recherche se veut tout à la fois positive et prospective.

Dans une perspective positive de rationalisation du droit des couples, il convient tout d'abord de rendre compte de l'existence de règles communes à tous les couples. Il n'existe certes pas, en droit civil, un droit patrimonial du couple, envisagé comme un corps de règles uniformes régissant les relations pécuniaires de ses membres ainsi que les relations de ces derniers avec les tiers, indépendamment du point de savoir si les intéressés sont mariés, partenaires d'un pacs ou concubins simples. Des mouvements de convergence peuvent toutefois être observés « *comme si (...) tous les chemins menaient à la justice* »¹²⁶. Il convient alors de démontrer que certaines règles dans le couple ont été rendues opportunes, et de faire apparaître leurs modes d'expression. En d'autres termes, il est nécessaire de rechercher dans quelle mesure et par quelles techniques la loi, la jurisprudence, ou les individus traduisent l'aspect solidaire qu'implique le couple, en dehors du cadre juridique fourni par le droit matrimonial. L'étude aboutit alors à un constat de complexité qui suscite un enjeu pratique pour l'étude. Celle-ci doit en effet permettre d'éclaircir, le plus possible, l'état du droit

de l'atteinte à l'intimité de la vie privée. Néanmoins, il est peut-être possible d'aller au-delà des précautions dérisoires actuellement prises par les autorités municipales et d'exiger, au minimum, la production d'une quittance de loyer ou de factures liées à l'habitation pour démontrer la communauté d'habitation.

¹²⁵ G. CORNU (sous la dir. de), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, P.U.F., 9^{ème} éd., 2002, V° *Institution*.

¹²⁶ F. TERRE, Préface, II, Les successions entre époux, par M.-C. CATALA DE ROTON, Economica, 1990.

relativement aux relations patrimoniales dans les couples. Il est nécessaire, en outre, de vérifier si la diversité des règles selon les couples est souhaitable ou si l'absence d'unité est facteur de désordre et d'imprévisibilité. L'institution juridique du couple permet alors de rassembler autour de l'idée directrice et fédératrice de l'entraide, les règles dispersées et parfois disparates relatives aux relations patrimoniales dans le couple. Cette démarche permet de comprendre et d'interpréter les règles du pacs, leur emprunt fréquent aux règles du mariage, de même que leur éloignement parfois. Elle conduit également à identifier les lacunes du droit positif et autorise la suggestion d'améliorations ou de transformations guidées par l'idée directrice de l'entraide. Enfin, elle est le préalable indispensable à l'élaboration d'un droit commun du couple, qui permettrait véritablement d'observer le phénomène social et juridique dans son entier.

Cette démarche positive conduit à inventorier les droits et obligations liés à la notion de couple, en distinguant les éléments juridiques liés à la vie commune, à l'engagement et aux enfants. En effet « *la société a le droit de trier ce qu'elle accorde au seul fait de la vie en commun, jugé comme socialement utile parce que remède à la solitude, et ce qu'elle accorde à l'engagement à finalité sociale : un statut de base de la vie en commun, des régimes différents selon l'utilité sociale du couple considéré* »¹²⁷. Cette recherche positive d'un droit commun patrimonial du couple devrait permettre une tentative de construction d'ensemble.

38. La présente étude se veut également prospective. Sur la base des éléments que la démarche comparative aura permis de dégager et en prenant parfois exemple sur la réglementation du couple dans des droits étrangers¹²⁸, nous proposerons la consécration dans le Code civil d'un droit commun patrimonial du couple.

La démarche est naturellement subjective : il ne s'agit pas de transcrire la réalité mais de construire une réalité juridique en vue de l'amélioration du droit. Le droit commun du couple sera ainsi élaboré « *non seulement en fonction du réel, mais également en fonction d'une valeur* »¹²⁹. Et cette valeur, c'est l'entraide qui unit les membres d'un couple.

La démonstration s'attachera naturellement aux justifications de la recherche d'un droit commun du couple. Elle conduira également à des propositions de mise en œuvre, car les

¹²⁷ J. HAUSER, « Couple et différence de sexe », in La notion juridique de couple, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, Economica, 1998, p. 111.

¹²⁸ L'étude n'est certes pas une thèse de droit comparé. Toutefois, le phénomène d'acculturation juridique doit inévitablement être envisagé dans le contexte d'eupéanisation, voire de mondialisation, qui ne se limite pas au domaine économique, ainsi qu'en témoigne la perspective d'élaboration d'un Code civil européen. En 2002, une commission sur le droit européen de la famille a été créée : V. C. VON BAR, « Vers un code civil européen ? », Les annonces de la Seine, 3 juin 2002, n°33, p. 1. Sur les projets d'élaboration d'un Code civil européen et les critiques qu'ils engendrent, V. *supra*, note 48.

¹²⁹ J. PARAIN-VIAL, « La nature du concept juridique et la logique », in Archives de philosophie du droit, 1966, p. 50.

idées théoriques butent fréquemment sur leur réalisation pratique. La réforme du statut successoral du conjoint survivant en est un exemple topique. Il était en effet admis, depuis les années 1970, que les droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant devaient être augmentés et qu'un minimum successoral devait lui être garanti. Toutefois, la réforme a longtemps achoppé sur des obstacles de mise en œuvre, et ce, jusqu'à la loi du 3 décembre 2001.

Comme dans tout groupement, les difficultés de réglementation s'articulent autour de la conciliation entre intérêts individuels et intérêts collectifs. GAUDEMET disait ainsi des communautés familiales, entendues au sens large, que « *leurs vicissitudes traduisent l'un des aspects de l'incessant conflit entre les prétentions de l'individualisme et les exigences des contraintes collectives. Mais les rapports de l'individu et du groupe ne sont pas seulement d'opposition. Incorporés au groupe, les individus peuvent s'y donner une aide mutuelle. Ils y trouvent protection et assistance. Selon les conditions de vie (...), le besoin de cohésion ou de liberté l'emporte* »¹³⁰. Les règles patrimoniales communes de la vie en couple devront assurer un équilibre des droits et des devoirs dans l'égalité, la liberté et la solidarité, autrement dit conduire à un droit acceptable. Il convient en effet de garder en mémoire les sages conseils de PORTALIS : « *les lois ne doivent jamais être plus parfaites que les hommes à qui elles sont destinées* »¹³¹.

39. Dans cette recherche, il conviendra de ne pas céder à l'utilisation constante et abusive de la notion de discrimination au profit de situations qui ne sont pas objectivement comparables¹³². Il ne s'agit en effet aucunement d'assimiler tous les couples mais de dégager les règles communes de leurs relations patrimoniales¹³³. Dès lors, la recherche d'un droit commun implique nécessairement et corrélativement celle de ses limites. A cet égard, la notion d'engagement et la portée de celui-ci, l'appréhension par les couples du temps ainsi que l'appréhension par le droit du temps dans le couple ne peuvent être ignorées.

L'objectif ne saurait être, par conséquent, de créer un mariage de fait ou par possession d'état, voire une seconde forme de mariage inspirée du mariage *sine manu* du droit

¹³⁰ J. GAUDEMET, Les communautés familiales, Petite bibliothèque sociologique internationale, Ed. Marcel Rivière et Cie, 1963, p. 8.

¹³¹ J.-E.-M. PORTALIS, Discours et rapports sur le Code civil, Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1989, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », p. 28.

¹³² Sur le délicat maniement de la notion de discrimination ? », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 29.

¹³³ De même que le bailleur agricole et le loueur de vidéo-cassettes ont en commun le contrat de bail, sans que cela n'entraîne de confusion entre les deux, les différents couples pourraient avoir en commun certains principes et règles sans pour autant que l'existence d'un droit commun mette en péril la spécificité de chacune de leurs formes.

romain¹³⁴. Le mariage devrait demeurer « *l'acte volontaire de fondation d'une famille* »¹³⁵, justifiant l'application de règles particulières. Dégager un droit commun des relations patrimoniales à l'intérieur du couple devrait même permettre de recentrer la définition du mariage sur ce que cette institution a de plus spécifique et de plus valorisant.

Il n'en demeure pas moins que le mariage servira de guide et de source d'inspiration, flagrant démenti à l'affirmation selon laquelle il serait « *un droit furieux qui passera de mode* »¹³⁶. « *L'avenir du concubinage est dans le mariage* » prédit Monsieur CARBONNIER depuis longtemps¹³⁷. En droit positif, la réalisation de la réglementation des rapports patrimoniaux solidaires entre les membres du couple est caractérisée par sa diversité. Pourtant, l'étude comparative de l'organisation patrimoniale que connaissent les différents couples révèle de nombreux points communs. L'analyse qui peut en être faite est la suivante : les points communs entre les différents couples quant à leur organisation patrimoniale révèlent l'emprunt fait à la réglementation du mariage, qui constitue le modèle de référence, le pôle de raisonnement analogique, de l'organisation solidaire des relations patrimoniales entre les membres d'un couple. Le principe conservateur précédemment cité, qui militerait pour la conservation en l'état du droit positif, plaiderait également pour la transposition des règles du mariage. L'emprunt au mariage illustre bien du reste les caractéristiques de l'évolution du droit : « *en matière juridique, comme dans la vie ou dans la nature, rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme* »¹³⁸. A tout le moins, il paraît logique de s'inspirer de règles que des siècles de réflexion ont contribué à rendre, sinon parfaites, du moins pleinement satisfaisantes¹³⁹. Toute la difficulté consiste alors à distinguer¹⁴⁰, parmi les effets patrimoniaux du mariage, ceux qui participent de l'essence du couple – et qui doivent alors

¹³⁴ V. la proposition faite par S. BORREMANS, « Vers une réapparition du mariage *sine manu* ? », in L'union libre, sous la dir. de P. DE PAGE et R. DE VALKENEEER, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 325 et s. L'auteur propose de créer, à côté du mariage traditionnel, un second type de mariage, « *espèce de mariage sine manu moderne* », que caractériserait, comme son ancêtre, l'absence de formalisme et d'interpénétration des patrimoines, et la facilité de rupture.

¹³⁵ B. BEIGNIER, « Pacs : l'heure du droit. Proposition pour un statut unitaire du concubinage », Dr. Fam. 1999, chr. n°7, p. 9.

¹³⁶ Propos prêtés au Marquis D'ARGENSON (successeur de D'AGUESSEAU), V. L. MICHON, « La famille et le mariage au temps de la Révolution », in Le maintien de la famille par le droit, 1930, p. 47.

¹³⁷ J. CARBONNIER, Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 748.

¹³⁸ J.-L. BERGEL, Théorie générale du droit, Dalloz, 3^{ème} éd., 1999, p. 115, n°103.

¹³⁹ « *On ne s'approche pas d'un trou noir multi-millénaire sans supporter une très forte attraction* » (J. HAUSER, « Du PIC au PACS : expertise génétique d'une loi », Le Pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 15). Sur l'intérêt du raisonnement par analogie dans la construction d'une théorie générale, V. du même auteur, « Vers une théorie générale du droit familial », D. 1991, chr. 56.

A cet égard, on peut noter que dans les Etats européens qui ont déjà légiféré sur la vie commune hors mariage, les solutions sont souvent très proches des règles applicables au mariage, de façon particulièrement prononcée et globale dans les pays scandinaves et aux Pays-Bas. V. F. GRANET, « L'enregistrement des couples non mariés en Europe », Le Pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 58 et s.

¹⁴⁰ L'art juridique est l'art de distinguer pour appliquer les règles pertinentes.

s'appliquer, en tant que de raison, à tout couple – de ceux qui participent de l'essence du mariage – et qui doivent donc être réservés aux époux. Résoudre cette difficulté conduit à l'élaboration d'un droit commun du couple et permet également, de façon occasionnelle, d'opérer une sélection dans le droit du mariage¹⁴¹.

Dans cette perspective, le mariage constituerait l'une des espèces d'un genre plus général : le couple. Les deux autres espèces seraient le pacs et le concubinage, que nous emploierons au singulier par simplicité et pour marquer l'unité de l'espèce autour de ses caractères communs, même s'il est préférable, à l'instar de Madame RUBELLIN-DEVICHI¹⁴², de parler au pluriel « *des concubinages* ».

40. Les démarches positive et prospective ne seront pas traitées isolément. Il nous est en effet apparu intéressant d'observer le mouvement de convergence et d'en proposer ou non l'achèvement possible pour chacun des aspects de l'entraide entre les membres d'un couple.

A cet égard, compte tenu de la diversité, à la fois des sources de réglementation des relations patrimoniales du couple – législateur, juge ou contrat – des techniques – obligation de contribution aux charges de la vie commune, aide mutuelle et matérielle, société, indivision, communauté de biens, libéralités, acquisition en tontine, assurance-vie – et des buts – participation aux charges de la vie commune ou à l'enrichissement de l'autre – une notion permet de fédérer la recherche d'un droit commun patrimonial du couple : l'affectation. Cette notion permet en effet de dégager des pôles de réflexion sur l'entraide, et de procéder à la recherche précédemment décrite pour chacun d'eux. L'affectation des biens dans le couple, traduction de l'entraide entre ses membres, devrait ainsi servir de fil directeur à la recherche d'un droit commun patrimonial du couple.

¹⁴¹ Sans aller jusqu'à instaurer un mariage dépouillé de ses devoirs de fidélité, de secours et d'assistance et à durée déterminée (V. M.-T. CALAIS-AULOY, « Pour un mariage aux effets limités », R.T.D. Civ. 1998, p. 255), sans doute est-il possible de remettre à plat certains des effets du mariage. De fait, « *si le concubinage exerce tant d'attraits, alors qu'il peut se révéler une aventure plus périlleuse que la pratique du saut à l'élastique, le simple bon sens commande de se demander si ce n'est pas le mariage qui manque d'atours* » (B. BEIGNIER, « PACS : l'heure du droit. Proposition pour un statut unitaire du concubinage », Le pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 21).

¹⁴² V. J. RUBELLIN-DEVICHI (sous la dir. de), Les concubinages. Approche socio-juridique, Ed. du C.N.R.S., 1986 ; Des concubinages dans le monde, Ed. du C.N.R.S., 1990.

L'expression de « vie maritale », issue du droit social (V. Y. FAVIER, « Les concubins et leurs droits sociaux », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 241) ne devrait pas être utilisée dans la mesure où elle se limite à l'union de deux personnes de sexe différent et suggère qu'il y a presque mariage, à la solennité près. Pour des raisons identiques, il convient de rejeter les expressions anglosaxonnes du type *informal marriage*. Les termes de concubinage et d'union libre seront en revanche tenus pour synonymes (pour certains auteurs, le second revêtirait un accent plus distingué ; en ce sens, J. CARBONNIER, Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 701). Le premier a notre préférence, ne serait-ce que parce qu'il est défini par la loi.

41. La notion d'affectation est une notion connue du droit public, et tout spécialement du droit administratif des biens¹⁴³. On y apprend que l'affectation paralyse les effets de la propriété ordinaire dans tous les cas où ils seraient incompatibles avec la destination du bien. D'aucuns parlent alors de « *voile de l'affectation sur la propriété* »¹⁴⁴.

En droit privé, depuis que SALEILLES¹⁴⁵ a introduit l'expression en doctrine, la notion a connu un réel essor. Le terme est en effet utilisé – rarement dans les textes¹⁴⁶, plus fréquemment en doctrine¹⁴⁷ – à propos d'institutions juridiques variées. La thèse de Monsieur GUINCHARD a démontré l'existence de la notion d'affectation, ainsi que son influence sur le régime des droits, et ce dans tous les domaines. Au terme de cette étude, l'affectation revêt deux significations. Elle désigne la détermination d'une finalité particulière en vue de laquelle le bien est utilisé¹⁴⁸. Elle correspond également au phénomène juridique selon lequel le régime juridique du bien dépend, non seulement de sa nature, mais également de son utilisation. Affecter consiste ainsi à « *choisir un but et à le réaliser par des techniques appropriées* »¹⁴⁹.

¹⁴³ Elle est en effet tout à la fois un critère permettant de définir le domaine public, et la mesure du régime exorbitant du droit commun auquel les biens constituant le domaine public sont soumis. Sur la notion d'affectation en droit administratif, V. P. GODFRIN, Droit administratif des biens, A. Colin, 6^{ème} éd., 2001 ; A. DE LAUBADERE et Y. GAUDEMET, Traité de droit administratif, Tome 2, Droit administratif des biens, L.G.D.J., 12^{ème} éd., 2002.

¹⁴⁴ A. DE LAUBADERE et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 21, n°20.

¹⁴⁵ R. SALEILLES, De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1910, p. 391 et s.

¹⁴⁶ V. par exemple, C. civ., art. 2114, al. 1^{er}.

¹⁴⁷ Pour SAVATIER, l'affectation d'une partie des revenus des époux au ménage justifierait l'attribution de la personnalité morale au ménage qui deviendrait propriétaire de ces revenus, lesquels seraient administrés par les époux, organes de la personne morale et seraient le gage des seuls créanciers familiaux (R. SAVATIER, « Rapport sur le projet de loi sur la famille personne morale », Bulletin de la Société d'Etudes législatives 1940-46, p. 143, spéc. p. 149 et s.).

Selon Monsieur BOULANGER, le régime matrimonial est, de manière générale, tout entier gouverné par l'affectation (M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, Tome 8, Les régimes matrimoniaux, Première partie, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1957 ; Tome 9, Les régimes matrimoniaux, Seconde partie, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1960, par J. BOULANGER).

Plus généralement, l'affectation des biens sert de guide dans l'étude du droit patrimonial de la famille. V. H. L. J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, Tome 4, Volume 1, Régimes matrimoniaux, Montchrestien, 5^{ème} éd., 1982, par M. DE JUGLART, p. 5, n°3 : « *c'est l'affectation des biens à la famille que réalisent les règles des régimes matrimoniaux, celles des successions ab intestat et, dans une large mesure, celles des libéralités. Voilà pourquoi on peut affirmer que leur ensemble constitue le droit du patrimoine familial, ou – si l'on préfère un langage tout à fait exact – le droit de l'affectation des biens (droits réels et personnels) à la famille* ».

¹⁴⁸ G. CORNU (sous la dir. de), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, P.U.F., 9^{ème} éd., 2002, V° *Affectation*.

Nous tiendrons les mots destination et affectation pour synonymes, même si le terme de destination évoque plus naturellement l'idée de finalité que celle de technique. En ce sens, S. GUINCHARD, L'affectation des biens en droit français, L.G.D.J. 1976, p. 33, n°40 et s. *Contra*, R. GARRON, « L'influence de la destination sur le régime juridique des droits », D. 1965, chr. 191.

¹⁴⁹ S. GUINCHARD, *op. cit.*, p.15, n°15.

42. La thèse de Monsieur GUINCHARD révèle, en particulier, l'importance de la notion d'affectation pour décrire et justifier les droits et les obligations des membres d'un groupement. L'affectation dans le groupement familial permet ainsi de dégager la destination familiale des biens des membres de la famille, d'expliquer qu'il faille des règles pour organiser et protéger cette affectation, et de justifier ainsi les restrictions au droit de propriété des membres du groupement.

De même, l'idée d'affectation permet d'identifier des pôles de réflexion s'agissant de l'entraide dans le groupement formé par le couple, sa mesure, sa durée, sa protection contre les dangers intérieurs ou extérieurs¹⁵⁰. L'affectation permet ainsi d'identifier les différentes finalités de l'entraide et de déterminer les techniques utilisées aux fins de la réaliser. Il apparaît alors que l'entraide connaît des degrés, autour desquels la recherche d'un droit commun patrimonial du couple doit être articulée.

43. **Problématique** – Si l'on a précédemment observé que l'individualisme et la liberté ne sauraient faire obstacle à l'instauration d'une réglementation indépendamment de choix en ce sens des membres du couple et que l'entraide est indiscutablement facteur de progrès social, il convient de prendre garde à ne pas verser dans l'excès inverse, à savoir le collectivisme. Il est en effet des extrêmes qui ne peuvent et ne doivent être atteints : *summum jus, summa injuria*. Dans une société où « la « culture du choisi » remplace peu à peu la « culture de l'imposé » »¹⁵¹, un équilibre doit dès lors être trouvé entre la privatisation du couple¹⁵², qui va de pair avec une conception contractuelle des relations entre les partenaires, et la gestion de la norme, la vocation structurante du droit civil. En d'autres termes, la réalisation de la réglementation solidaire des relations patrimoniales entre les membres du couple doit s'attacher à concilier réglementation imposée et réglementation proposée. La problématique consiste ainsi à identifier, dans le droit commun patrimonial du couple, ce qui relève de l'ordre public et ce qui relève de l'autonomie de la volonté.

¹⁵⁰ Dans la classification de Monsieur GUINCHARD, l'affectation des biens au couple serait une affectation « personnelle », dont la caractéristique est l'utilisation d'un bien dans un but de protection d'une personne ou d'un groupe de personnes.

Elle ne saurait, à l'inverse, être qualifiée de « réelle » dans la mesure où elle n'a pas pour but l'exploitation de leurs biens et que la considération de la personne est un élément primordial.

¹⁵¹ J. COMMAILLE, « Compte-rendu du 95^{ème} Congrès des Notaires de France », Defrénois 1999, Actualités, p. 98.

¹⁵² Sur les principales caractéristiques et origines de cette privatisation, V. J. COMMAILLE, « Les métamorphoses de la gestion politique de l'univers privé des individus. Du « législateur juridique » au juriste consultant », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 20 et s.

La réponse à cette problématique réside dans la distinction des degrés de l'entraide. La justice, l'utilité et le progrès social peuvent en effet légitimer de prescrire aux membres d'un couple de s'appuyer un soutien de base. Ces mêmes considérations peuvent en outre commander que le droit offre aux membres d'un couple les moyens de se porter une aide supplémentaire dans des conditions optimales. Un droit commun patrimonial du couple pourrait ainsi comporter deux volets. Le premier serait légal, incluant dans un fonds commun quelques règles impératives de solidarité. Le second laisserait quant à lui la liberté conventionnelle opérer ; il rassemblerait dans un fonds commun des règles conventionnelles de solidarité. L'étude s'attachera donc, dans un premier temps, à la recherche d'un droit commun du couple imposant une entraide minimale à ses membres (**PARTIE 1.**) et, dans un second temps, à la recherche d'un droit commun du couple favorisant une entraide maximale entre ses membres (**PARTIE 2.**).

PARTIE 1. La recherche d'un droit commun du couple imposant une entraide minimale

PARTIE 2. La recherche d'un droit commun du couple favorisant une entraide maximale

PARTIE 1. LA RECHERCHE D'UN DROIT COMMUN DU COUPLE IMPOSANT UNE ENTRAIDE MINIMALE

44. En droit positif, les règles relatives à l'entraide patrimoniale minimale entre les membres d'un couple sont diverses selon la forme adoptée par ce dernier. Par l'entrée en mariage, les époux s'engagent à se porter secours et assistance. Ce devoir général d'entraide trouve sa traduction technique dans un certain nombre de règles impératives, distinctes selon qu'elles ont vocation à régir l'entraide pendant le mariage ou après sa dissolution. Des dispositions d'inspiration maritale imposent également aux partenaires d'un pacs une entraide minimale pendant la vie en couple. En revanche, contrairement au mariage, aucun devoir d'entraide ne semble peser sur les partenaires après rupture du pacs. Quant aux simples concubins, aucune disposition civile ne leur impose de s'entraider, ni pendant la vie en couple, ni après.

Face au pluralisme des couples, une réflexion s'impose sur la diversité des règles qui leur sont applicables, mais également sur les éléments de rapprochement qui peuvent apparaître tantôt dans la loi, tantôt dans la jurisprudence, voire dans la pratique. Il convient en effet de déterminer si le mouvement de convergence qui peut être observé contient en germe des dispositions communes à tous les couples, imposant une entraide minimale entre leurs membres. Dans l'affirmative, la question se pose de la légitimité de son extension. Autrement dit, il convient de rechercher s'il est aujourd'hui nécessaire de consacrer un droit commun patrimonial du couple imposant à ses membres de s'apporter une entraide minimale.

45. Dans cette recherche, le mariage sert de référence et d'inspiration. Même perfectible, il constitue en effet un modèle de réglementation des rapports patrimoniaux dans le couple, mûri par des siècles de réflexion. Parmi les dispositions impératives auxquelles il est soumis, il convient cependant d'isoler celles qui répondent à la nécessité d'une entraide minimale entre les membres d'un couple de celles qui consacrent une entraide spécifique, fondées sur l'engagement de mariage et qui doivent, par conséquent, lui être réservées. La dialectique sera ainsi constante entre la recherche d'un droit commun du couple, d'une part, et de ses limites, d'autre part.

La logique chronologique du traitement de l'entraide doit également être empruntée au droit du mariage. Au sein de celui-ci, l'entraide entre les époux ne revêt pas en effet le même visage et, par conséquent, les mêmes modalités selon qu'elle est imposée pendant le mariage ou après sa dissolution. Une logique identique doit guider la recherche d'un droit commun patrimonial du couple imposant une entraide minimale.

46. Identifier les dispositions communes à tout couple imposant à ses membres une entraide minimale suppose en effet d'examiner les deux moments successifs d'un couple : sa vie, d'une part, et sa disparition, d'autre part. La vie en couple est rythmée par le règlement des charges de la vie commune. L'entraide s'entend, dès lors, d'une collaboration patrimoniale pour la satisfaction de ces dépenses. La vie commune disparue, l'entraide désigne nécessairement une autre réalité. La disparition du couple révèle fréquemment un déséquilibre économique au détriment de l'un de ses membres. Après apurement des comptes, et si l'inégalité persiste, la question se pose alors de savoir si l'ancien partenaire qui en souffre peut revendiquer une aide de la part de l'autre.

La recherche de l'entraide pendant la vie en couple conduit ainsi à envisager l'existence d'un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple (**TITRE 1.**) ; la recherche de l'entraide après sa disparition, un droit commun impératif de la liquidation de la vie du couple (**TITRE 2.**).

TITRE 1. Un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple

TITRE 2. Un droit commun impératif de la liquidation de la vie du couple

TITRE 1. Un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple

47. En germe dans les différents régimes matrimoniaux jusqu'à la loi du 13 juillet 1965, un droit commun impératif de l'organisation de la vie en mariage¹⁵³ fut consacré dans le Chapitre VI du Titre V du Livre 1^{er} du Code civil, intitulé « Des devoirs et des droits respectifs des époux ». Au sein du régime primaire impératif¹⁵⁴, trois dispositions organisent directement l'entraide entre les époux dans la satisfaction des charges de la vie commune. Toutes trois sont des techniques d'affectation, qui modifient le régime juridique des biens dédiés à la satisfaction des besoins de la vie commune. En premier lieu, l'article 214 du Code civil impose aux époux de contribuer aux charges du mariage, c'est-à-dire d'affecter une partie de leurs biens aux dépenses d'entretien du couple. En deuxième lieu, l'article 220 du même code rend les époux solidaires des dettes ménagères et donc impose à ceux-ci d'affecter leurs biens au crédit du ménage. En dernier lieu, l'article 215, alinéa 3, du Code civil, assure la protection du logement volontairement affecté par l'un des époux à la communauté de vie du couple¹⁵⁵.

¹⁵³ Dès avant la réforme de 1965, les auteurs les plus éminents soulignaient que tous les régimes matrimoniaux contenaient, en germe, un certain nombre de règles communes constituant le statut fondamental applicable à tous les couples mariés, autrement dit le droit commun impératif de l'organisation de la vie du couple marié. En ce sens, R. SAVATIER, « Des inconvénients du régime conventionnel de séparation de biens », D.H. 1929, chr. 21 ; « L'action des créanciers pour dettes de ménage contre les époux séparés de biens », D.H. 1935, chr. 25 ; J. CARBONNIER, Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association, Thèse Bordeaux, 1932.

¹⁵⁴ Si l'expression n'apparaît pas littéralement dans la loi, elle a maintes fois été utilisée : par le Garde des Sceaux dans l'exposé des motifs de la loi, et par la doctrine qui parle tour à tour de régime matrimonial primaire, de régime primaire impératif, de statut fondamental ou encore de statut de base des époux. Sur les controverses relatives à la qualification de cet ensemble et à son étendue, V. les références citées par V. LARRIBAU-TERNEYRE, J.-Cl. Civ., art. 212 à 215, fasc. 10, 1998, p. 4, n°2 et s.

¹⁵⁵ Les autres dispositions du régime primaire impératif participent également, pour la plupart, de ce système, soit qu'elles protègent chacun des membres du couple contre les excès des règles d'affectation, soit qu'elles en garantissent le respect. L'affirmation solennelle de l'indépendance des époux, tant sur le plan professionnel (C. civ., art. 225) que sur le plan de la gestion de leur patrimoine personnel (C. civ., art. 223) peut ainsi sembler superflue. En effet, le droit de pleine propriété sur les biens propres est, d'une part, conforme au droit commun et, d'autre part, affirmé par les articles 1403, alinéa 1^{er}, et 1428 du Code civil pour le régime de communauté, par l'article 1536, alinéa 1^{er}, pour le régime de séparation de biens et par l'article 1569, alinéa 1^{er}, du même code s'agissant du régime de participation aux acquêts. Elle présente pourtant un intérêt non négligeable eu égard aux conséquences de l'entrée dans un groupement tel que le mariage. En effet, « *l'individu qui entre dans un groupement quelconque y abandonne nécessairement une part de ses droits. Fort peu de chose dans un groupement (une association, par exemple) auquel on ne participe que par intermittence, bien davantage dans un groupement qui prétend encadrer continûment la vie quotidienne de ses membres. Ainsi chacun des époux est amené à faire des sacrifices à l'unité du ménage* » (J. CARBONNIER, Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 480). Le législateur a alors estimé nécessaire d'instaurer des limites : l'affectation aux charges de la vie commune ne saurait porter atteinte à

48. Ces trois règles d'affectation minimale des biens du couple marié aux charges de la vie commune sont-elles propres au couple marié ? L'inspiration maritale de certaines dispositions du pacs et de la jurisprudence applicable aux concubins simples permet, entre autres indices¹⁵⁶, d'en douter. Le droit commun du couple n'est cependant pas réalisé pour autant. Il faut alors envisager que les trois piliers de l'organisation de la vie en couple marié – la contribution aux charges du mariage, la solidarité ménagère et la protection du logement familial – puissent transcender le mariage et être communs à tous les couples.

Un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple pourrait ainsi, à l'instar du droit du couple marié, comporter les trois éléments minimum suivants : l'affectation des biens du couple à son entretien (**Chapitre 1.**), l'affectation des biens du couple à son crédit (**Chapitre 2.**) et l'affectation des biens du couple à son logement (**Chapitre 3.**).

Chapitre 1. L'affectation des biens du couple à son entretien

Chapitre 2. L'affectation des biens du couple à son crédit

Chapitre 3. L'affectation des biens du couple à son logement

l'indépendance professionnelle des époux et à leurs droits sur leur patrimoine personnel au-delà des prévisions légales. Proclamer au sein du régime primaire impératif ces deux principes a pour conséquence de les revêtir du caractère d'ordre public.

D'autres dispositions du régime primaire impératif consistent en des mesures de crise que peut solliciter l'un ou l'autre des époux (C. civ., art. 217, 219, 220-1, 220-2, 220-3) : dans certaines hypothèses, elles peuvent servir à assurer le respect de l'affectation des biens des époux aux charges de la vie commune. V. *infra*, n°126.

¹⁵⁶ Le fait que la plupart des partenariats étrangers ont en commun d'imposer ces trois éléments aux partenaires constitue également un indice en ce sens. V. C. DENEUVILLE, « Le partenariat à l'étranger », *Droit et patrimoine* n°81, avril 2000, p. 67. V. en particulier le droit espagnol, F. CADET, « Chronique de droit espagnol », *Dr. Fam.* 2003, chr. n°21.

Chapitre 1. L'affectation des biens du couple à son entretien

49. Lorsque l'on vit à même pot et même feu, la contribution aux charges de la vie commune apparaît logique. Elle ne se traduit cependant pas toujours en une règle de droit¹⁵⁷. La question se pose alors de savoir si le droit doit imposer à deux cohabitants, parce qu'ils forment un couple, de contribuer aux charges de la vie commune et dans quelle mesure.

En fait, les membres d'un couple contribuent spontanément aux charges de la vie commune. En d'autres termes, ils affectent volontairement une partie de leurs revenus ou de leurs biens à la satisfaction des besoins communs. En droit, le couple marié y est obligé par l'article 214 du Code civil. L'affectation à l'entretien du ménage est, dans cette hypothèse, imposée et organisée par la loi. Tel semble également être le cas dans le pacs, l'article 515-1 du Code civil prévoyant que les partenaires s'apportent une aide mutuelle et matérielle. Toutefois, les termes utilisés par la loi font naître des hésitations sur la nature exacte de cette disposition et l'objectif recherché par elle. En revanche, aucune obligation d'affectation à l'entretien du ménage ne semble imposée aux couples de concubins simples. Ce constat est pourtant difficilement conciliable avec la suppression de l'allocation de parent isolé en cas de concubinage notoire de son bénéficiaire (C.S.S., art. R. 524-1). De même, il s'harmonise mal avec la cessation, en cas de concubinage notoire, du versement de la pension alimentaire, expression de la survie du devoir de secours dans le divorce pour rupture de la vie commune (C. civ., art. 283).

50. Prenant appui sur le droit positif, puis le dépassant, l'hypothèse peut être émise, selon laquelle l'affectation des biens du couple à son entretien pourrait se traduire, quelle que soit la forme du couple, par une obligation de ses membres de contribuer proportionnellement à leurs ressources aux charges de la vie commune¹⁵⁸. Cette obligation, commune à tous les couples, constituerait alors le premier jalon d'un droit commun impératif de la vie en couple.

¹⁵⁷ L'exemple de la contribution des néomajeurs témoigne du recours à un système normatif autre que juridique. Il est en effet une habitude ouvrière au terme de laquelle, mineur ou majeur, tant qu'il habite chez ses parents, l'enfant abandonne sa paie aux mains maternelles, sauf ristourne d'un argent de poche. V. J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Répertoire du Notariat Defrénois, 2^{ème} éd., 1995, p. 124.

¹⁵⁸ L'affectation n'est pas seulement entendue dans un sens large. Elle est, au sens strict, une charge imposée à un bien puisque l'on impose à une personne de contribuer, sur ses biens, à une dépense dont elle peut ne pas être à l'origine.

En premier lieu, il apparaît légitime d'imposer aux membres d'un couple, indépendamment de la forme de ce dernier, de contribuer aux charges de la vie commune. A cette fin, l'affectation des biens du couple à son entretien devrait prendre la forme d'une obligation civile de contribuer aux charges de la vie commune. En second lieu, dominé par ce qui pourrait être le fondement du couple – l'entraide entre ses membres¹⁵⁹ – le régime de l'obligation de contribution aux charges de la vie commune devrait viser l'égalisation des niveaux de vie des membres du couple. Statutaire ou non, ce dernier devrait ainsi être le lieu d'une redistribution des revenus à échelle réduite.

Après avoir envisagé le principe d'une obligation civile de contribution aux charges de la vie commune (**Section 1.**), il conviendra de procéder à l'étude de son régime (**Section 2.**).

Section 1. Le principe d'une obligation civile de contribution aux charges de la vie commune

Section 2. Le régime de l'obligation civile de contribution aux charges de la vie commune

¹⁵⁹ V. *supra*, n°23 et s.

Section 1. - Le principe d'une obligation civile de contribution aux charges de la vie commune

51. Il apparaît légitime que les cohabitants adultes¹⁶⁰ contribuent aux charges de la cohabitation. Conçue comme une exigence morale et sociale, la participation aux charges de la vie commune n'est donc pas spécifique à la vie en couple, mais constitue une règle générale aux communautés d'individus vivant sous le même toit¹⁶¹. La particularité de la vie en couple intervient lorsque l'on envisage la nature de ce principe de contribution. En effet, celui-ci ne relève pas seulement des mœurs ou de l'ordre moral ; il revêt également une nature juridique.

En droit positif, cette obligation n'a cependant pas la même nature juridique et, par conséquent, la même force obligatoire selon que les membres du couple ont, ou non, adopté un statut organisant leur vie en commun. Les couples statutaires, unis par un mariage ou un pacs, sont assujettis à une obligation civile de contribuer aux charges de la vie commune, tandis que la jurisprudence ne reconnaît que timidement l'existence d'une obligation naturelle de contribution des concubins simples. D'autres solutions jurisprudentielles, ainsi que des dispositions légales, convergent également pour reconnaître l'existence entre les concubins d'un devoir d'entraide dans la satisfaction des dépenses quotidiennes.

52. Concéder un caractère civil à l'obligation de contribution des partenaires d'un pacs, à l'instar des époux, et un caractère naturel à celle des concubins simples, témoigne d'ores et déjà d'un rapprochement en droit positif entre les différents couples. Dans l'esprit de ce mouvement de convergence, il est possible de dépasser le clivage subsistant, relatif au caractère obligatoire de la contribution, et de généraliser à tous les couples le caractère civil de l'obligation de contribution aux charges de la vie commune, de sorte que le droit futur ne connaisse plus qu'une seule acception du caractère obligatoire de la contribution aux charges de la vie commune.

¹⁶⁰ La cohabitation entre un adulte et un enfant est une situation différente, puisque l'enfant n'a pas, en principe, les moyens de s'assumer.

¹⁶¹ Un auteur soutient que « le profit tiré de la vie commune a pour contrepartie nécessaire la charge de la vie commune » (M. MIGNOT, « Le partenariat enregistré en droit international privé », R.I.D.C. 2001, p. 618). Il est vrai que, dans la mesure où la vie commune fait réaliser à chacun des cohabitants des économies d'échelle, chacun devrait, en contrepartie, fournir une partie de ses ressources de manière à satisfaire les besoins de la vie commune. Néanmoins, indépendamment de toute économie d'échelle, il semble équitable que chacun participe aux charges de la vie commune et supporte sa part du fardeau.

Après la présentation de la double acception du caractère obligatoire de la contribution (§ 1.), la possibilité d'une conception unitaire du caractère obligatoire sera ainsi envisagée (§ 2.).

§ 1. *La double acception du caractère obligatoire de la contribution aux charges de la vie commune*

53. La double acception du caractère obligatoire de la contribution aux charges de la vie commune pointe le clivage entre les couples statutaires, d'une part, et les couples non statutaires, d'autre part. Il n'en demeure pas moins que, derrière ce clivage, un mouvement de convergence entre les différents couples peut d'ores et déjà être observé. En premier lieu, la parité caractérise les couples statutaires, mariés ou unis par un pacs, tous deux étant assujettis à une obligation civile de contribuer aux charges de la vie commune. En second lieu, l'existence d'une obligation naturelle des concubins simples de contribuer aux charges de la vie commune, inspirée de l'obligation des couples mariés ou unis par un pacs, rapproche indéniablement les couples non statutaires des couples statutaires.

Le caractère civil de l'obligation de contribution des époux et des partenaires d'un pacs témoigne ainsi d'une convergence réelle entre les couples statutaires (A.) tandis que le caractère naturel de l'obligation de contribution des simples concubins illustre une convergence naissante entre couples statutaires et couples non statutaires (B.).

A. La convergence réelle entre les couples statutaires : le caractère civil de l'obligation de contribution des époux et des partenaires d'un pacs

54. Au-delà de la portée différente des engagements qui leur donnent naissance¹⁶², mariage et pacs se caractérisent par l'adhésion à un statut organisant la vie commune de leurs membres dans la solidarité. Le minimum est par conséquent que chacun supporte sa part du fardeau et contribue aux charges de la vie commune. Le couple marié est ainsi explicitement soumis à une obligation de contribution aux charges du mariage par l'article 214 du Code civil. L'article 515-4 du même code qui impose aux partenaires d'un pacs de s'apporter une « *aide mutuelle et matérielle* » est en revanche nettement plus flou¹⁶³.

¹⁶² V. *infra*, n°713 et s.

¹⁶³ Grammaticalement, l'expression « *aide mutuelle* » peut s'analyser en un tout. L'adjectif qualificatif « *matérielle* » ne vient alors que préciser ce tout. Dans cette perspective, l'aide mutuelle peut être matérielle, mais elle ne l'est pas exclusivement. Il est alors possible de voir dans l'article 515-4, alinéa 1^{er}, du Code civil l'expression d'un devoir d'entraide, tant personnel que matériel. En ce sens, C. LE FOYER DE COSTIL,

A l'analyse, il apparaît cependant que les caractéristiques de l'obligation d'affectation des biens du couple à son entretien sont identiques, que le couple soit marié ou uni par un pacte civil de solidarité : elle est une obligation d'ordre public (1.) et s'analyse en une obligation de contribution, distincte d'une obligation alimentaire (2.).

1. Une obligation d'ordre public

55. En dépit de la marge de liberté conférée aux époux par la possibilité d'organiser conventionnellement l'obligation de contribution (C. civ., art 214, al. 1^{er}), ces derniers ne sauraient « déroger ni aux devoirs, ni aux droits qui résultent pour eux du mariage » (C. civ., art. 1388). Pour la plupart des auteurs, le caractère d'ordre public attaché à l'obligation de contribuer s'oppose ainsi à ce qu'une convention puisse décharger entièrement l'un des époux de la contribution¹⁶⁴. Il est en effet des dépenses que la vie commune rend indispensables et le législateur estime équitable que chacun des époux en assume une partie. La loi impose donc aux époux « la constitution d'une communauté économique, d'un « pot commun de ressources » destiné précisément à la vie matérielle de la communauté familiale »¹⁶⁵.

56. Si le caractère d'ordre public de l'obligation d'affectation des biens du couple marié à son entretien résulte clairement de la loi, le caractère d'ordre public de l'aide mutuelle matérielle que doivent s'apporter les partenaires d'un pacs a été en revanche affirmé par le Conseil constitutionnel. Celui-ci a en effet précisé dans une réserve d'interprétation que « l'aide mutuelle et matérielle s'analyse (...) comme un devoir entre

« L'avocat face au pacs », *Le Pacs*, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 53 ; P. BLACHER et J.-B. SEUBE, « Le PACS à l'épreuve de la Constitution », R.D.P. 2000, p. 203. L'« aide mutuelle et matérielle », par sa dimension personnelle, se rapprocherait ainsi du devoir d'assistance entre époux (C. civ., art. 212).

Cependant, le qualificatif « matérielle » peut également avoir une signification plus restrictive et réduire l'aide mutuelle à sa seule dimension matérielle. En ce sens, J. RUBELLIN-DEVICHI, « Présentation de la loi adoptée le 13 octobre 1999 relative au Pacs », J.C.P. 1999, éd. G, Aperçu rapide, p. 1909 ; B. BEIGNIER, « Aspects civils », *Le Pacs*, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 35 ; P. CATALA, « Critique de la raison médiatique », *Le Pacs*, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 64 ; F. COURTRAY, « Pacte civil de solidarité : une occasion manquée », R.D. sanit. soc. 2000, p. 10. Au terme de cette analyse, l'« aide mutuelle et matérielle » ne saurait être rapprochée du devoir d'assistance entre époux car l'aide est matérielle tandis que l'entraide conjugale a une dimension personnelle.

Quelle que soit l'analyse grammaticale retenue, il est certain que les partenaires doivent au minimum s'apporter une aide mutuelle matérielle. C'est à cette notion que nous nous attacherons désormais, pour vérifier qu'elle traduit l'obligation civile faite aux partenaires unis par un pacs de contribuer aux dépenses de la vie commune.

¹⁶⁴ En ce sens, F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 50, n°54 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 52, n°63, note 2.

¹⁶⁵ V. V. LARRIBAU-TERNEYRE, J.-Cl. Civ., art. 212 à 215, fasc. 10, 1998, p. 27, n°134.

*partenaires du pacte. Ce devoir est d'ailleurs central puisque les parties peuvent, certes, l'aménager, mais ne peuvent l'é luder ; qu'il en résulte implicitement mais nécessairement que, si la libre volonté des partenaires peut s'exprimer dans la détermination des modalités de cette aide, serait nulle toute clause méconnaissant le caractère obligatoire de ladite aide »*¹⁶⁶. Il faut regretter l'intervention du Conseil, même si elle a confirmé ce que l'interprète pressentait à la lecture de l'article 515-4 du Code civil¹⁶⁷ ; il aurait en effet été préférable que la loi énonce expressément le caractère impératif de l'obligation d'aide mutuelle matérielle¹⁶⁸. Il aurait également été souhaitable que la loi précise que l'aide mutuelle matérielle des partenaires d'un pacs s'entend, à l'instar de l'obligation imposée aux époux par l'article 214 du Code civil, d'une obligation de contribution, distincte d'une obligation alimentaire.

2. Une obligation de contribution distincte d'une obligation alimentaire

57. De l'ensemble des arguments tirés de l'interprétation systématique de la loi du 15 novembre 1999, il faut conclure que l'aide mutuelle matérielle imposée aux partenaires pendant la vie commune ne se résume pas à une obligation alimentaire légale aménageable conventionnellement. Elle est en effet une véritable obligation de contribution aux charges de la vie commune, identique en substance à l'obligation de l'article 214 du Code civil.

58. L'obligation de contribution aux charges du mariage imposée aux époux par l'article 214 du Code civil se distingue d'une obligation alimentaire tant par son objet que par ses modalités. L'objet de la contribution aux charges du mariage est en effet plus vaste que celui d'une obligation alimentaire : la première a pour objectif de faire participer un conjoint au train de vie de l'autre, par opposition à la seconde qui ne vise que la survie du créancier. Les modalités de ces deux obligations sont également profondément différentes ;

¹⁶⁶ Cons. constit. 9 novembre 1999, Pacs, Le Pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 70 et s., § 31.

¹⁶⁷ En effet, puisque seules les modalités de l'aide sont fixées par le pacte, c'est qu'*a contrario*, le principe de l'aide appartient à la loi. En ce sens, J. HAUSER, « Statut civil des partenaires », J.C.P. 2000, éd. N, p. 411.

¹⁶⁸ Sur le grief fait au Conseil constitutionnel de s'ériger en troisième chambre législative, V. G. DRAGO, « La constitution « en réserve » », Le Pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, pp. 50-51.

Sur les difficultés relatives à l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, V. L. FAVOREU (sous la dir. de), Droit constitutionnel, Précis Dalloz, 5^{ème} éd. 2002, p. 298, °469 et s. ; D. ROUSSEAU, Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, Domat Droit public, 6^{ème} éd., 2001, p. 162 et s. Pour résumer, les juridictions judiciaires sont soumises à l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel. Il n'existe cependant aucune procédure qui permettrait de trancher un conflit de jurisprudence. C'est donc volontairement que la Cour de cassation observe la primauté des décisions du Conseil constitutionnel et donne plein effet aux réserves d'interprétation qu'elles peuvent inclure. Après quelques temps d'incertitudes, la tendance est aujourd'hui à l'application régulière des décisions du Conseil constitutionnel.

la distinction est du reste plus explicite sous l'éclairage de l'affectation. L'obligation alimentaire est en effet une obligation d'affectation unilatérale, du débiteur qui a des ressources au profit du créancier dans le besoin. A l'inverse, la contribution aux charges du mariage est une règle d'affectation bilatérale, une obligation d'exécution conjointe qui s'adresse aux deux époux.

Traditionnellement, la doctrine considère que la dichotomie entre obligation alimentaire et obligation de contribution est inscrite dans le droit du mariage aux articles 212 et 214 du Code civil. Le devoir de secours de l'article 212 du Code civil constituerait ainsi une obligation alimentaire entre les époux, distincte de l'obligation de contribution de l'article 214 du même code¹⁶⁹. Il a cependant été soutenu que le Code civil ne prévoirait pas deux expressions différentes du devoir d'entraide conjugale. Selon cette interprétation, l'article 212 disposerait, de manière générale, que les époux doivent s'entraider, tandis que l'article 214 préciserait le contenu et les limites de cette obligation d'entraide¹⁷⁰. En dépit du caractère séduisant de cette thèse, il n'en demeure pas moins que l'entraide conjugale revêt bel et bien deux formes différentes selon qu'il existe ou non une communauté de vie. Si les époux cohabitent, l'entraide prend la forme d'une obligation bilatérale de contribution aux charges de la vie commune. Si les époux sont séparés de fait ou de droit, l'entraide, même si elle ne se réduit pas à la satisfaction des besoins essentiels du créancier, se rapproche de l'obligation alimentaire par son caractère unilatéral. Dans cette hypothèse, le devoir d'entraide n'est imposé qu'à l'époux qui a des ressources au profit de son conjoint, pour satisfaire les besoins de la vie courante de ce dernier. Cette question sera abordée ultérieurement, à l'occasion de l'étude de la survie du devoir d'entraide après rupture de la communauté de vie¹⁷¹.

¹⁶⁹ V. A. COLOMER, Droit civil, Régimes matrimoniaux, Litec, 11^{ème} éd., 2002, p. 66, n°105 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, J.-Cl. Civ., art. 212 à 215, fasc. 10, 1998, p. 16, n°73. La distinction semble acquise en jurisprudence. En effet, la Cour de cassation a affirmé à de nombreuses reprises que le devoir de secours est l'expression de l'obligation alimentaire entre époux et que la contribution aux charges du mariage s'en distingue, tant par son fondement que par son but : Civ. 1^{ère} 9 mai 1967, Bull. civ. I, n°160 ; Civ. 2^{ème} 5 janvier 1973, Bull. civ. II, n°3 ; Civ. 1^{ère} 27 octobre 1976, Bull. civ. I, n°314 ; Civ. 1^{ère} 31 mai 1988, Bull. civ. I, n°164 ; Civ. 1^{ère} 8 novembre 1989, Bull. civ. I, n°341.

Contra, V. A. BENABENT, Droit civil, La famille, Litec, 10^{ème} éd., 2001, p. 117, n°201. Pour cet auteur, la seule nuance est terminologique : « on préfère parler de contribution quand les époux cohabitent ou sont séparés de fait et de devoir de secours si leur séparation résulte d'une décision de justice » (*op. cit.*, p. 118, n°201). Dans le même sens, J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1993, p. 756, n°1031. V. également J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 55, n°64.

¹⁷⁰ C. PHILIPPE, Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale, L.G.D.J., 1981, p. 53 et s.

¹⁷¹ V. *infra*, n°100.

Pour l'heure, retenons que, durant la communauté de vie, l'obligation d'entraide des époux est distincte d'une obligation alimentaire. Telle est également l'analyse qui doit être faite de l'aide mutuelle matérielle que doivent s'apporter les partenaires d'un pacs.

59. Expression du devoir d'entraide entre les partenaires d'un pacs, la notion d'aide mutuelle matérielle pourrait être analysée comme une obligation alimentaire permettant au partenaire dans le besoin de réclamer à l'autre des subsides¹⁷². Toutefois, l'aide mutuelle matérielle pourrait également désigner le devoir des partenaires de contribuer aux charges de la vie commune.

Le texte de l'article 515-4, alinéa 1^{er}, du Code civil ne permet pas d'opter pour l'une ou l'autre des interprétations envisagées. Si le législateur invite les partenaires à fixer dans la convention les modalités de l'aide mutuelle matérielle, cette disposition n'impose pas d'analyser l'obligation d'entraide comme un devoir de contribution aux charges de la vie commune. Il est en effet admis, en doctrine et en jurisprudence, que les parties à une obligation alimentaire ont la possibilité de conclure des conventions relatives à l'aménagement ou aux modes d'exécution de l'obligation¹⁷³. On pourrait ainsi imaginer que le législateur invite les partenaires à fixer conventionnellement les modalités de l'obligation alimentaire qu'il leur impose.

60. La qualification d'obligation alimentaire doit cependant être rejetée.

En premier lieu, les travaux préparatoires révèlent que la notion d'aide mutuelle matérielle a été conçue comme un devoir de contribution aux charges de la vie commune¹⁷⁴.

En deuxième lieu, cette analyse est conforme à l'objectif de la loi. Si le terme d'organisation a un sens, organiser la vie commune des partenaires (C. civ., art. 515-1) s'entend en effet, au minimum, d'une délimitation de la participation de chacun aux dépenses de la vie commune.

En troisième lieu, l'interprétation de l'aide mutuelle matérielle comme un devoir de contribution aux charges de la vie commune est imposée par le rapprochement de cette

¹⁷² Telle était l'interprétation généralement donnée à la notion d'« obligation mutuelle de secours et d'assistance » (partenariat et C.U.C.) transformée en devoir de « soutien matériel et moral » (C.U.S. et C.U.C.S.). Sur ces différents contrats, V. I. THERY, « Le contrat d'union sociale en question », *Revue Esprit* octobre-décembre 1997, p. 208. Sans doute les rédacteurs des différents projets songeaient-ils que le régime légal de la communauté réduite aux acquêts suffirait à régler la question de la contribution des cocontractants aux charges de la vie commune, omettant l'hypothèse du choix conventionnel d'un autre régime de biens.

¹⁷³ Seules les conventions de renonciation ou de transaction portant sur une obligation alimentaire légale sont nulles. V. H. SINAY, « Les conventions sur les pensions alimentaires », *R.T.D. Civ.* 1954, p. 228 ; G. CORNU, note sous *Civ.* 30 janvier 1958, *D.* 1958, 689 ; J. RUBELLIN-DEVICHI (sous la dir. de), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2001-2002, p. 776, n°2165.

¹⁷⁴ V. par exemple *J.O. A.N.* 7 novembre 1998, p. 1329.

obligation avec d'autres dispositions du pacs. Il en est ainsi de la solidarité légale imposée aux partenaires d'un pacs par l'article 515-4, alinéa 2, du Code civil¹⁷⁵. Comment imaginer, en effet, que le législateur ait pu imposer une solidarité légale aux partenaires, sans envisager la possibilité d'un recours en contribution par celui d'entre eux auquel le créancier a demandé le paiement de la totalité de la dette ? Le caractère inéquitable de l'absence de recours en contribution contre un concubin, exercé par son compagnon condamné solidairement, sur le fondement de l'apparence, à payer une dette dont il peut ne pas être à l'origine, a suffisamment été dénoncé¹⁷⁶ pour que le législateur s'abstienne d'engendrer à son tour de telles injustices. Cette interprétation est en outre confirmée par d'autres dispositions, fiscales ou sociales, qui s'inscrivent dans la même logique¹⁷⁷.

61. Pendant la vie commune, le devoir d'entraide des époux ou des partenaires d'un pacs s'analyse donc de manière identique comme une obligation d'ordre public, de contribution aux charges de la vie commune. Le mouvement de convergence ne se limite cependant pas aux couples statutaires. Entre ces derniers et les couples non statutaires, il est également possible d'observer une convergence naissante, laquelle découle de la

¹⁷⁵ Sur l'étendue de la solidarité imposée aux partenaires d'un pacs, V. *infra*, n°156 et s.

¹⁷⁶ V. A. PROTHAIS, « Dettes ménagères des concubins : solidaires, *in solidum*, indivisibles ou conjointes ? Après Civ. 1^{ère} 11 janvier 1984 », D. 1987, chr. 237 ; « Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux », J.C.P. 1990, éd. G, I, 3440.

¹⁷⁷ L'imposition commune représente un avantage fiscal – par effet d'atténuation de la progressivité du barème de l'impôt sur le revenu – lorsque les partenaires ont des revenus inégaux. S'agissant des époux, c'est la juste contrepartie de l'obligation imposée, par l'article 214 du Code civil, au plus fortuné des époux de faire vivre l'autre sur le même train de vie que lui. En ce sens, L. LEVENEUR, « Les dangers du contrat d'union civile ou sociale », Le Pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 10, n°9 ; M. MARTEAU-PETIT, « Le pacs et le fisc », Dr. Fam. 2001, chr. n°8. Si l'obligation d'aide mutuelle matérielle s'analyse comme un devoir de contribution aux charges de la vie commune, il est logique que les partenaires liés par un pacs bénéficient du même avantage fiscal que celui accordé aux époux. Aucune autre raison n'aurait pu pousser le législateur à adopter une telle disposition. Un auteur suggère cependant que l'instauration du quotient familial, indissociable du foyer fiscal, est « *l'expression de l'attention portée par le législateur à la cellule familiale* ». Le quotient familial participerait donc d'une politique fiscale favorisant la famille (M. MARTEAU-PETIT, art. précit.). Toutefois, si le législateur favorise la famille, c'est en tant qu'elle est le lieu de solidarité entre les personnes par excellence. A partir du moment où le pacs est également un lieu de solidarité, il convient de le reconnaître et de le favoriser, notamment par le truchement de dispositions fiscales.

Reste la difficulté relative au fait que l'imposition commune n'est obligatoire qu'à compter de l'année du troisième anniversaire de l'enregistrement du pacte, alors que l'obligation d'aide mutuelle matérielle s'impose dès la conclusion de ce dernier. Ce délai attesterait – dit-on – du sérieux du pacte, justifierait l'avantage fiscal accordé et éviterait qu'un pacs ne soit fait, défait et refait en fonction de l'évolution des revenus des partenaires. De fait, l'existence de cette condition de délai témoigne de la peur du législateur de la prolifération des pacs de complaisance, contractés pour des motifs exclusivement fiscaux. Eu égard à la facilité de conclusion et de rupture d'un pacs, l'existence d'un délai de probation n'est peut-être pas contestable en elle-même. En revanche, dans la mesure où la bonne foi se présume en droit français et où le pacs n'est pas seulement pourvoyeur d'avantages, le délai de trois années depuis la conclusion du pacs peut apparaître excessif. Il pourrait, par conséquent, être réduit à une année à compter de la conclusion du pacs.

reconnaissance par la jurisprudence d'une obligation naturelle des concubins simples de contribuer aux charges de la vie commune.

B. La convergence naissante entre couples statutaires et non statutaires : le caractère naturel de l'obligation de contribution des concubins simples

62. Les concubins ne peuvent être tenus d'une obligation civile d'affectation à la satisfaction des charges de la vie commune que s'ils l'ont prévue au sein d'une convention¹⁷⁸. Dans tous les autres cas, les concubins ne sont pas tenus d'une obligation civile de contribution aux dépenses de la vie commune. La Cour de cassation réaffirme ainsi périodiquement que la cohabitation n'emporte aucun effet patrimonial, que chaque concubin assume personnellement et définitivement les dépenses de la vie courante qu'il expose ou encore que celui qui a assumé les charges du ménage n'a aucun recours en contribution contre son partenaire¹⁷⁹.

Néanmoins, un mouvement jurisprudentiel se fait jour, favorable à l'assujettissement des concubins simples à une obligation naturelle de contribution (1.). Le fondement moral de cette dernière est, à cet égard, symptomatique d'un retour à la morale et à la solidarité (2.).

1. *Le mouvement jurisprudentiel favorable à l'assujettissement des concubins à une obligation naturelle de contribution*

63. La jurisprudence reconnaît plus fréquemment qu'auparavant, de manière expresse, l'obligation naturelle de contribution des concubins (a.). Il est également possible de déceler dans les décisions de justice une reconnaissance implicite de l'obligation naturelle

¹⁷⁸ A l'instar de certaines techniques utilisées au Québec ou en Ontario, des praticiens ont essayé de développer en France des conventions de concubinage. Ces conventions, destinées à organiser les relations patrimoniales entre les concubins, comportent fréquemment des dispositions relatives à la contribution aux dépenses de la vie commune. La pratique est cependant restée marginale. V. J. CHARLIN, « Le contrat de concubinage. Formule », J.C.P. 1991, éd. N, p. 459 ; M. STORCK, « Les contrats de concubinage », Journal des notaires et des avocats 1988, art. 59366, p. 642.

¹⁷⁹ Civ. 1^{ère} 19 mars 1991, Defrénois 1991, art. 35088, p. 942, n°63, obs. J. MASSIP ; Reims, 27 janvier 1994, J.C.P. 1995, éd. G, IV, 891 ; Civ. 1^{ère} 17 octobre 2000, Dr. Fam. 2000, comm. n°139, note B. BEIGNIER, D. 2001, 497, note R. CABRILLAC.

Quelques unes de ces décisions mettent l'accent sur le risque que les concubins ont pris en ne fixant pas contractuellement leur contribution et en ne se soumettant pas au statut matrimonial, risque qu'ils doivent assumer. V. Toulouse, 13 février 1995, Juris-Data n°043575 : « *des concubins qui n'ont pas pris la précaution de faire établir entre eux un contrat pour régler la question de la contribution aux charges du ménage, ne peuvent se voir appliquer les règles du statut matrimonial qu'ils n'ont pas choisi pour cadre. Ainsi, il faut présumer qu'un équilibre s'est établi entre eux entre les participations financières et les services réciproques rendus, et qu'ils ont accepté le risque lié à la précarité de leur état* ».

de contribution des concubins. Il est en ainsi dans le contentieux de l'enrichissement sans cause (b.).

a). La reconnaissance expresse de l'obligation naturelle de contribution

64. Depuis le début du XX^{ème} siècle, les tribunaux admettent assez largement l'existence d'une obligation naturelle de secours lors de la rupture¹⁸⁰. Des auteurs soutiennent alors que reconnaître l'existence d'une telle obligation après la disparition du couple implique logiquement qu'une obligation naturelle de secours existe pendant la vie en couple¹⁸¹. Réserve faite de quelques décisions plus ou moins explicites¹⁸², l'existence d'une telle obligation pendant la vie en couple des concubins ne fut cependant que rarement admise par la jurisprudence.

65. Ce n'est que depuis quelques années qu'un mouvement jurisprudentiel émanant des juridictions du fond se dessine, favorable à la reconnaissance d'une obligation naturelle des concubins, non seulement de se porter secours mais, plus largement, de contribuer proportionnellement à leurs ressources aux charges de la vie commune. Quelques décisions – rares au demeurant – reconnaissent ainsi expressément et directement l'existence d'une obligation naturelle des concubins de contribuer aux charges de la vie commune. Dès 1987, la Cour d'appel de Paris admettait l'existence d'une telle obligation et en précisait la portée : *« les dépenses d'un concubinage résultant du règlement de remboursements d'emprunts, de frais d'acte notarié et du paiement de matériaux de construction sans qu'il [le concubin] ait tiré un quelconque avantage personnel puisqu'ils étaient afférents à des immeubles personnels de la concubine, sont tout à fait inhabituelles, excédant largement la contribution du concubin aux dépenses de la vie commune et correspondant à des avances d'argent consenties à la concubine, laquelle comme toute débitrice, est tenue à remboursement ; seule la participation aux dépenses de la vie courante et des loisirs est de nature à rentrer dans cette contribution et, à supposer que le concubin ait contracté une obligation naturelle en cohabitant, il s'en est largement acquitté par le paiement de telles*

¹⁸⁰ Sur les premiers arrêts, V. Y. DELBREL, « La reconnaissance jurisprudentielle de l'union libre au XIX^{ème} siècle », R.R.J. 2002-3, p. 1525 et s.

¹⁸¹ En ce sens, M. MULLER, « L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources », D. 1986, chr. 332, n°19 et s.

¹⁸² La Cour d'appel de Lyon (18 décembre 1973, D. 1974, somm. 73) a semblé admettre qu'une obligation naturelle d'assistance existe entre les concubins. Dans le même sens, le tribunal de grande instance d'Alès (9 novembre 1966, D. 1968, 328) affirma que la concubine qui paie les frais engendrés par les obsèques de son compagnon ne fait qu'exécuter une obligation naturelle.

dépenses de vie courante ou de loisirs et par son travail gratuit »¹⁸³. Des décisions plus récentes évoquent une « contribution naturelle aux charges du ménage »¹⁸⁴. D'autres arrêts enfin n'évoquent pas le caractère naturel de l'obligation mais, constatant *a posteriori* l'existence de versements d'un concubin à un autre, les analysent comme l'exécution d'une obligation de contribution aux charges de la vie commune¹⁸⁵ ou, inversement, subordonnent leur remboursement au fait que les sommes versées dépassaient largement la contribution du concubin aux charges du ménage¹⁸⁶.

66. Cette reconnaissance encore timide d'une obligation naturelle des concubins de contribuer aux charges de la vie commune est parfois indirecte dans la jurisprudence. Tel est le cas en droit de la responsabilité civile, s'agissant de l'évaluation du préjudice économique subi par un concubin, consécutivement au décès accidentel de son compagnon. Le concubin survivant doit en effet démontrer que son compagnon subvenait, en partie au moins, aux besoins du ménage et que son décès entraîne pour lui la perte d'une aide ou de ressources. Autrement dit, le concubin doit rapporter la preuve de l'exécution, par le *de cuius*, de son obligation naturelle de contribuer aux charges de la vie commune. Aussi la Chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle cassé la décision de la Cour d'appel qui avait rejeté la demande de dommages-intérêts formée par un concubin du fait du décès de sa compagne au motif que le concubin doté d'un emploi bien rémunéré ne se trouvait pas démuné : « il aurait fallu rechercher si, en fonction notamment de la part de ressources que chacun consacrait à la satisfaction de ses besoins personnels et de celle qui était mise en commun, le demandeur n'avait pas subi un préjudice économique du fait de la diminution de ses revenus »¹⁸⁷. Parfois, les juges du fond indiquent même expressément faire application des principes dictant la détermination du préjudice d'un conjoint survivant¹⁸⁸.

¹⁸³ Paris, 14 janvier 1987, D. 1987, I.R. 36.

¹⁸⁴ Paris, 16 février 1999, Dr. Fam. 1999, comm. n°95, note H. LECUYER. D'autres arrêts évoquent l'idée d'une « équitable participation aux charges de la vie commune ». V. Bordeaux, 17 juin 1998, Dr. Fam. 1999, comm. n°1, note H. LECUYER.

¹⁸⁵ V. par exemple Riom, 4 juillet 2000, Le couple en 200 décisions, Dr. Fam. Hors série, novembre 2001, n°29.

¹⁸⁶ V. par exemple Paris, 15 janvier 1999, Le couple en 200 décisions, Dr. Fam. Hors série, novembre 2001, n°27.

¹⁸⁷ Crim. 10 novembre 1992, R.T.D. Civ. 1993, p. 330, obs. J. HAUSER. V. en dernier lieu, Crim. 29 mai 2000, D. 2002, somm. com. 613, obs. J.-J. LEMOULAND ; Droit et patrimoine n°101, février 2002, p. 106, obs. F. CHABAS. Dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation refuse ainsi de tenir compte de ce qu'une situation de fait peut cesser à tout instant, la seule condition étant que le concubinage soit stable.

¹⁸⁸ V. par exemple T.G.I. Belfort 25 juillet 1995, P.A. 2 mars 1998, n°26, p. 13, note I. CORPART : après le décès de sa concubine homosexuelle, la demanderesse invoquait au soutien de sa demande d'indemnisation le fait que toutes deux affectaient 30 % de leurs revenus respectifs aux charges incompressibles de leur ménage. La demande fut accueillie par les juges du fond.

67. Le plus souvent, la reconnaissance d'une obligation naturelle des concubins de contribuer aux charges de la vie commune n'est cependant qu'implicite. Cette tendance est particulièrement nette dans le contentieux de l'enrichissement sans cause.

b). La reconnaissance implicite de l'obligation naturelle de contribution dans le contentieux de l'enrichissement sans cause

68. Le contentieux de l'enrichissement sans cause entre concubins se caractérise par les efforts faits par les juges pour trouver un moyen permettant de rejeter la demande en indemnité, lorsque la somme dont il est demandé répétition ou le service dont il est sollicité l'indemnisation s'analyse en une participation aux charges de la vie commune. Les fondements juridiques à l'appui du rejet de la demande sont cependant critiquables (*1er*). La reconnaissance expresse de l'obligation naturelle de contribution suffirait à rejeter une telle demande, car elle constitue la cause de l'appauvrissement et de l'enrichissement corrélatifs (*2è*).

1er). La critique des fondements jurisprudentiels destinés à écarter l'enrichissement sans cause

69. La tendance jurisprudentielle qui refuse au demandeur toute indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause lorsque l'acte ayant entraîné corrélativement son appauvrissement et l'enrichissement de son partenaire s'analyse en une participation aux charges de la vie commune mérite d'être approuvée. Il n'est en effet pas souhaitable que l'un des concubins puisse réclamer à son ancien compagnon l'équivalent des années de loyers, correspondant à la période d'hébergement bénévole. Toutefois, le rejet de la demande d'indemnité ne saurait être fondé ni sur la cause-contrepartie, ni sur la présomption d'intention libérale du demandeur, lesquelles s'analysent en réalité comme autant de subterfuges¹⁸⁹.

70. La jurisprudence opte parfois pour une conception matérielle de la cause justifiant tout à la fois l'enrichissement et l'appauvrissement : la cause-contrepartie. Dans cette conception, l'appauvrissement a une cause – et l'action *de in rem verso* doit donc être

¹⁸⁹ Sur l'application particulière des conditions juridiques de l'enrichissement sans cause lorsque les protagonistes sont unis par des liens familiaux ou quasi-familiaux, V. M. MONTEILLET-GEFFROY, Les conditions de l'enrichissement sans cause dans les relations de famille, Doctorat et Notariat, La Mouette, 2001.

rejetée – s'il est contrebalancé par des contreparties. Ainsi, le concubin qui a effectué des travaux d'amélioration de l'immeuble appartenant à sa compagne ne peut prétendre au paiement par celle-ci de la plus-value apportée au bien, si ces travaux apparaissent comme la contrepartie d'avantages matériels dont il a bénéficié, telle la gratuité du logement¹⁹⁰. A *contrario*, si les juges constatent que le demandeur avait participé aux dépenses du foyer, les frais engagés sur un immeuble personnel de sa concubine ne constituent pas une contrepartie et l'action *de in rem verso* doit par conséquent être accueillie¹⁹¹. A ce motif de rejet de l'action *de in rem verso*, l'idée de poursuite par le concubin appauvri de son intérêt personnel est fréquemment associée. L'appauvrissement a alors pour cause la contrepartie recherchée par l'appauvri dans son intérêt personnel¹⁹².

Cette appréhension matérielle de la cause dans les relations pécuniaires entre concubins suscite trois critiques. La première a trait à l'incertitude de la notion de contrepartie. La contrepartie doit-elle en effet nécessairement avoir un équivalent patrimonial pour servir de cause à l'appauvrissement ou peut-elle être purement morale ? Indéniablement, la communauté de vie exerce une influence sur l'appréciation de la réalité de l'enrichissement comme de l'appauvrissement. En effet, l'enrichissement apporté à l'un des partenaires par l'autre bénéficie le plus souvent au couple. En outre, l'appauvrissement est souvent compensé par le niveau de vie offert à l'appauvri par l'enrichi¹⁹³. Certaines décisions laissent toutefois entendre que l'appauvrissement trouve sa contrepartie dans les liens d'affection qui unissaient les concubins¹⁹⁴. Une telle analyse doit être vigoureusement rejetée : les relations d'affection en général, et au sein du couple en particulier, ne sauraient constituer en elles-mêmes une contrepartie à l'enrichissement et à l'appauvrissement corrélatifs.

Les deux autres critiques adressées à l'appréhension matérielle de la cause de l'enrichissement et de l'appauvrissement corrélatifs résident dans l'utilisation dérogatoire au droit commun qui en est faite par la jurisprudence lorsqu'elle l'applique aux concubins. Tout

¹⁹⁰ Angers, 18 mai 1994, Juris-Data n°053197 ; Aix-en-Provence, 7 avril 1994, Juris-Data n°041128 ; Bordeaux, 10 septembre 1997, Juris-Data n°049514.

¹⁹¹ V. par exemple Pau, 17 décembre 2001, Dr. Fam. 2002, comm. n°79, note H. LECUYER.

¹⁹² En ce sens, Civ. 1^{ère} 7 juillet 1987, D. 1987, I.R. 189 : « *le concubin ne s'est pas appauvri sans contrepartie mais dans son propre intérêt pour améliorer ses conditions d'existence et son cadre de vie au sein du ménage qu'il formait alors avec la concubine* ». V. aussi, Paris, 13 mars 1997, Dr. Fam. 1997, comm. n°171, note H. LECUYER. La recherche d'un intérêt personnel est traditionnellement considérée comme une cause subjective de l'appauvrissement. Le danger résiderait cependant en ce que l'intérêt personnel soit trop largement entendu. Il existe en effet toujours un motif à l'appauvrissement, ne serait-ce que la volonté de maintenir un climat harmonieux au sein du couple. Dans cette vision trop large de l'intérêt personnel, l'action *de in rem verso* serait systématiquement fermée au concubin appauvri. C'est sans doute la raison pour laquelle la jurisprudence tend alors à caractériser l'intérêt personnel en relevant l'existence de contreparties, mêlant du même coup cause subjective et cause objective.

¹⁹³ V. A. GOUTTENNOIRE-CORNUT, « Collaboration familiale et enrichissement sans cause », Dr. Fam. 1999, chr. n°19, spéc. n°8 et s.

¹⁹⁴ En ce sens, Riom, 6 janvier 1994, J.C.P. 1995, éd. G, IV, 96.

d'abord, alors que la contrepartie évaluable en argent devrait constituer un facteur de réduction de l'indemnité, en matière de concubinage, les juges déduisent de l'existence d'une contrepartie la privation pure et simple de toute action *de in rem verso*¹⁹⁵. Ensuite, en droit commun, la cause est recherchée dans l'opération même constitutive de l'appauvrissement et de l'enrichissement. Or, lorsque les juges rejettent l'action *de in rem verso* au motif que l'appauvrissement du concubin trouve sa cause dans un certain nombre d'avantages dont il a bénéficié, ces derniers ne sont pas recensés dans l'opération qui a donné lieu à l'enrichissement et à l'appauvrissement, mais dans l'ensemble des relations patrimoniales des concubins tout au long de la vie commune. Ce faisant, « *on fait jouer à l'action de in rem verso une fonction qui n'est pas la sienne. Technique de rééquilibrage ponctuel entre deux patrimoines, elle est ici usitée comme un instrument de règlement global des affaires entre concubins* »¹⁹⁶.

La « *concubinarisation* » du droit commun¹⁹⁷ de l'enrichissement sans cause n'est sans doute pas critiquable si elle conduit à des résultats équitables. Mais trouverait-on satisfaisant de modifier le droit commun, pour une catégorie seulement de justiciables, en fonction des résultats auxquels l'on souhaite parvenir ?

71. Le recours à l'intention libérale du demandeur s'analyse également comme un subterfuge destiné à rejeter son action *de in rem verso*. Selon une analyse doctrinale, l'explication de la jurisprudence relative à l'enrichissement sans cause dans les rapports entre concubins reposerait en effet sur la nature plus ou moins onéreuse de leurs rapports patrimoniaux. La jurisprudence opèrerait ainsi une distinction entre les actes de participation : la présomption d'onérosité frapperait les actes graves, telle la remise de fonds à l'un des concubins pour lui permettre d'éteindre sa dette, tandis que la présomption de gratuité, fermant le recours à l'action *de in rem verso*, viserait les actes de la vie courante, tel l'hébergement gratuit du concubin¹⁹⁸. Cette analyse paraît sans doute donner une cohérence d'ensemble à la jurisprudence relative à l'enrichissement sans cause dans les rapports entre concubins. Elle est cependant critiquable à un double point de vue.

¹⁹⁵ V. F. HENOT, « L'action *de in rem verso* dans le cadre des relations familiales », R.R.J. 1997-3, p. 905, n°36.

¹⁹⁶ H. LECUYER, note sous Toulouse, 28 mars 2000, Dr. Fam. 2001, comm. n°3.

¹⁹⁷ A. PROTHAIS, « Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux », J.C.P. 1990, éd. G, I, 3440.

¹⁹⁸ A. BOLZE, « Les rapports patrimoniaux des couples en dehors de la communauté légale », Dr. Fam. 2001, chr. n°5.

D'une part, le système proposé n'est pas sans faille. Pour un même acte, les magistrats oscillent à l'évidence entre présomption de gratuité et présomption d'onérosité¹⁹⁹. Ainsi, héberger son concubin est une dépense de la vie courante et dès lors, selon cette thèse, un acte à titre gratuit. Certains arrêts trouvent pourtant à l'appauvrissement du concubin, découlant de travaux effectués par lui sur l'immeuble appartenant à sa concubine, une contrepartie dans l'hébergement dont il avait bénéficié pendant dix-huit ans²⁰⁰. Ces arrêts sous-entendent par conséquent la nature patrimoniale de l'hébergement.

D'autre part, observer que les magistrats appliquent distributivement une présomption de gratuité aux actes de la vie courante et une présomption d'onérosité aux autres n'explique pas pourquoi les actes de la vie courante seraient présumés faits gratuitement. En prenant l'exemple de l'hébergement bénévole, il est loin d'être certain que les critères objectifs et subjectifs de l'acte à titre gratuit soient caractérisés²⁰¹. Le critère objectif de l'acte à titre gratuit réside dans la constatation d'un appauvrissement de la part de celui qui dispose et d'un enrichissement de celui qui reçoit. Or il ne semble pas que le concubin qui héberge son compagnon dans un logement lui appartenant en propre s'appauvrisse. En admettant même que puissent être constatés l'enrichissement et l'appauvrissement corrélatifs, encore faut-il caractériser le critère subjectif de l'acte gratuit. En retenant la conception abstraite de l'intention libérale, qui se définit comme la volonté et la conscience de s'appauvrir sans contrepartie, la difficulté tient tout d'abord à la recherche de l'état d'esprit d'une personne et, ensuite, à l'admission éventuelle d'un intérêt moral à titre de contrepartie. A l'évidence, présumer l'intention libérale permet de couper court à ces difficultés²⁰². Toutefois, est-il raisonnable de présumer l'intention libérale entre les concubins, même s'il ne s'agit que des actes de la vie courante, alors qu'une telle présomption est très largement remise en question entre époux²⁰³ ?

¹⁹⁹ V. par exemple Amiens, 2 février 1976, J.C.P. 1978, éd. G, IV, 324 : « les dépenses effectuées par l'un des concubins au bénéfice de l'autre pendant la durée de leur vie commune sont d'autant moins répétibles après la rupture de leurs relations qu'elles doivent être présumées avoir été réalisées dans une intention libérale ». *Contra*, Aix-en-Provence, 1^{er} mars 1994, Juris-Data n°051793 : « cette contribution, même si elle n'est pas obligatoire, ne peut être assimilée à une libéralité ».

²⁰⁰ En ce sens, Civ. 1^{ère} 12 novembre 1998, Dr. Fam. 1999, comm. n°12, note H. LECUYER ; Toulouse, 28 mars 2000, Dr. Fam. 2001, comm. n°3, note H. LECUYER.

²⁰¹ Sur la notion et les critères de l'acte à titre gratuit, V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les successions. Les libéralités, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1997, p. 210 et s. V. également, F. LUCET, Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux, Thèse Paris II, 1987, p. 18, n°12 et s.

²⁰² Elle permet même d'éviter de s'interroger sur la pertinence de la distinction entre gratuité et onérosité s'agissant de l'affectation des biens du couple à son entretien ; la contribution aux charges du mariage ne s'inscrit pas en effet de manière évidente dans un rapport d'équivalence de l'antagonisme des sacrifices. Sur ce critère de la distinction entre gratuité et onérosité, V. H. MEAU-LATOURE, La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation, Thèse Paris II, 1983.

²⁰³ En faveur de la présomption d'intention libérale, M. NAST, obs. sous Aix-en-Provence, 20 décembre 1933, D.P. 1935, 2, 41 ; P. ESMEIN, obs. sous Rouen, 16 juillet 1936, S. 1937, 2, 169 ; V. BREMOND, « Remarques sur l'article 214 du Code civil entre époux séparés de biens », J.C.P. 1998, éd. N, p. 435.

72. La cause-contrepartie et la présomption d'intention libérale s'analysent en réalité comme autant de subterfuges destinés à permettre au juge de rejeter l'action *de in rem verso* dès lors que l'acte s'analyse comme une contribution aux charges de la vie commune. Il serait par conséquent plus que souhaitable que la jurisprudence énonce clairement que l'obligation naturelle des concubins aux charges de la vie commune est la cause de l'appauvrissement et de l'enrichissement corrélatifs.

2e). *L'obligation de contribution aux charges de la vie commune, cause de l'appauvrissement et de l'enrichissement corrélatifs*

73. La notion de cause dans l'action *de in rem verso* doit être entendue de manière formelle : elle est le titre juridique qui explique et légitime le transfert de valeur d'un patrimoine à un autre. Entre concubins, l'enrichissement et l'appauvrissement corrélatifs ont une cause – et l'action *de in rem verso* doit par conséquent être rejetée – dès lors que l'acte à l'origine de l'enrichissement et de l'appauvrissement corrélatifs s'analyse comme l'exécution d'une obligation naturelle. Ce qui a été affecté volontairement à l'entretien du ménage constitue l'exécution volontaire d'une obligation naturelle de participer aux frais de la vie commune, comme telle irrépétible selon l'article 1235, alinéa 2, du Code civil²⁰⁴.

Contra, A. BRETON, note sous Civ. 1^{ère} 2 octobre 1985, D. 1986, 325.

La jurisprudence relative aux donations rémunératoires entre époux milite dans le sens d'une absence d'intention libérale du conjoint collaborateur. En effet, l'absence d'intention libérale de l'époux qui acquiert un bien au nom de son conjoint est présumée lorsque le conjoint a collaboré à son activité professionnelle. Civ. 1^{ère} 24 octobre 1978, J.C.P. 1979, éd. G, II, 19220, obs. J. PATARIN ; 10 juillet 1979 et 26 octobre 1982, J.C.P. 1983, éd. G, II, 19992, note F. TERRE. L'éviction de l'intention libérale est encore plus significative dans un arrêt du 9 novembre 1993 dans lequel la Cour de cassation considère que le mari ne prouvait pas son intention libérale « *puisque'il avait pu vouloir rétribuer, à l'avance, la collaboration à la bonne marche de l'exploitation qu'il escomptait de son épouse, et qui allait être effective pendant toute la durée de la vie commune* » (Civ. 1^{ère} 9 novembre 1993, R.T.D. Civ. 1994, p. 662, obs. J. PATARIN et p. 595, obs. J. MESTRE). L'absence de présomption d'intention libérale dans la jurisprudence sur les donations rémunératoires trouve cependant une justification très pragmatique : éviter la révocation de la donation. V. *infra*, n°517.

En faveur de la présomption d'intention libérale pour tous les actes qui excèdent ce qui est requis pour la contribution aux charges de la vie commune ou pour tout ce qui excède la piété filiale, car « *domaine d'élection de l'affectif, la famille est nécessairement aussi celui du titre gratuit* », V. M. TCHENDJOU, « La patrimonialisation des actes d'entraide familiale », Gaz. Pal. 2002, doct., 1, p. 52.

D'autant que présumer l'intention libérale entre concubins aurait des résultats beaucoup plus graves que de la présumer entre époux. En effet, entre époux, les donations sont révocables (C. civ., art. 1096) : il est dès lors toujours possible à l'époux qui a donné son travail de révoquer cette donation en sollicitant une indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause. En revanche, entre les concubins, les donations sont soumises au droit commun et, par conséquent, irrévocables.

²⁰⁴ En ce sens, A. PROTHAIS, « Dettes ménagères des concubins : solidaires, *in solidum*, indivisibles ou conjointes ? Après Civ. 1^{ère}, 11 janvier 1984 », D. 1987, chr. 237.

L'affectation a pu être faite en argent : soit directement par le règlement des dépenses de la vie courante, soit indirectement par le biais du remboursement d'une dette de l'un des concubins si cet dernier a, de son côté, assumé l'intégralité de l'entretien du couple. S'expliquent alors les arrêts qui se fondent – au moins en partie – sur une contribution conséquente de l'appauvri à l'entretien du ménage pour constater le défaut de cause du remboursement d'une dette de son concubin et accueillir son action²⁰⁵. Interprétées *a contrario*, ces décisions reconnaissent bel et bien, même indirectement, l'existence d'un devoir des concubins de contribuer à l'entretien du ménage²⁰⁶. Dans le même esprit, la Cour d'appel de Grenoble a décidé qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner le remboursement de la part d'emprunt réglée par un concubin pour le compte de sa concubine, car celle-ci avait dépensé l'intégralité du salaire qu'elle percevait pour l'entretien du couple et de l'enfant commun et qu'il est habituel que le remboursement des emprunts soit assuré par l'homme et que le salaire de la femme soit affecté aux besoins de la vie courante²⁰⁷.

L'affectation a également pu être faite en nature : collaboration professionnelle, activité ménagère ou hébergement bénévoles. Dans cette perspective, il paraît possible d'expliquer l'arrêt de la Cour de cassation aux termes duquel l'hébergement d'une personne par son concubin, dans le cadre de leur vie commune, ne donne pas lieu au versement d'une indemnité d'occupation, sauf convention particulière dont la preuve incombe à celui qui sollicite une telle indemnité²⁰⁸. L'hébergement bénévole ne constitue en effet que l'une des formes de l'exécution en nature de l'obligation naturelle de contribution.

74. Le résultat est certes identique à celui obtenu si les actes de participation à l'entretien du ménage sont présumés inspirés par une intention libérale, à savoir l'absence de répétition. Le recours à l'obligation naturelle permet cependant de fonder l'absence de répétition beaucoup plus sûrement que l'intention libérale, compte tenu des difficultés pour

²⁰⁵ Civ. 1^{ère} 4 mars 1997, Dr. Fam. 1997, comm. n°67, note H. LECUYER. En l'espèce, la condition d'absence de cause a été jugée remplie. Les juges du fond s'étaient fondés notamment sur la brièveté de la liaison, sur les sommes données par l'appauvri pour l'entretien du ménage ainsi que sur l'importance exceptionnelle de la somme remise à la concubine. *A contrario*, la cause aurait été caractérisée dans l'hypothèse d'une liaison stable et d'une faible participation ou d'une absence de participation de l'appauvri à l'entretien du ménage.

V. dans le même sens, Paris, 15 janvier 1999, Le couple en 200 décisions, Dr. Fam. Hors série, novembre 2001, n°27, note H. LECUYER. En l'espèce, la Cour justifie l'obligation de remboursement à la charge du concubin, apparemment sur le fondement de la répétition de l'indu, en soulignant que les sommes versées par la concubine au concubin dépassaient très largement la contribution de la concubine aux charges du ménage. *A contrario*, l'action en répétition n'aurait pas été ouverte et le paiement aurait été causé si les sommes s'étaient analysées comme une participation de la concubine aux charges de la vie commune : « *ce faisant, la Cour d'appel [...] considère cette obligation comme une obligation juridique* » (H. LECUYER, note *ibid.*).

²⁰⁶ H. LECUYER, note précit. sous Civ. 1^{ère} 4 mars 1997.

²⁰⁷ Grenoble, 25 juin 2001, Juris-Data n°150561.

²⁰⁸ Civ. 1^{ère} 16 juin 1998, Dr. Fam. 1998, comm. n°114, note H. LECUYER. Dans le même sens, Paris, 2 avril 1999, D. 1999, somm. comm. 379, obs. J.-J. LEMOULAND.

caractériser cette dernière²⁰⁹. Le recours à la notion d'intérêt personnel, dont les difficultés de mise en œuvre ont été observées, est également inutile puisqu'il s'agit d'une obligation faite au concubin. Il serait enfin erroné d'avoir recours à la notion de contrepartie. En effet, le fait qu'un seul des concubins ait exécuté son obligation naturelle d'affectation aux charges de la vie commune n'empêche pas que son versement ait une cause. Sans doute est-ce en cela que l'on peut parler du risque inhérent au concubinage²¹⁰.

75. L'admission plus fréquente qu'auparavant de l'obligation naturelle participe certainement d'un mouvement vers davantage de solidarité, après une période d'individualisme caractérisée par la poursuite de valeurs principalement matérielles. Cette analyse est rendue plus explicite sous l'angle du fondement moral de l'obligation naturelle des concubins de contribuer aux charges de la vie commune.

2. *Le fondement moral de l'obligation naturelle de contribution des concubins*

76. La théorie de l'obligation naturelle issue du droit romain et reprise par les auteurs du XIX^{ème} siècle est impuissante à rendre compte de l'obligation naturelle des concubins de contribuer aux charges de la vie commune. Cette dernière ne constitue pas en effet une obligation civile dégénérée qui supposerait qu'une telle obligation ait préalablement valablement existé. L'obligation naturelle de contribution des concubins ne constitue pas davantage l'obligation civile avortée de l'article 214 du Code civil. Il faudrait

²⁰⁹ Il est communément admis que l'exécution d'une obligation naturelle ne constitue pas une libéralité. V. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 5^{ème} éd., 2000, p. 18, n°16 et n°18. Des auteurs soutiennent cependant que l'acte de celui qui se reconnaît débiteur d'une obligation naturelle peut s'analyser comme un acte à titre gratuit. V. J. GHESTIN et G. GOUBEUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1994, p. 740, n°756 et s. ; J.-J. DUPEYROUX, « Les obligations naturelles, la jurisprudence, le droit. Quelques réflexions en forme de bilan », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tome 2, *Droit comparé, Théorie générale du droit et droit privé*, Dalloz Sirey, 1960, p. 331 ; J. FLOUR, « L'obligation naturelle en droit civil », in *La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil*, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome 7, Ed. E. Doucet, Montréal, 1956, p. 826 et s.

Que l'on comprenne l'intention libérale comme une pure intention de bienveillance ou comme la volonté consciente du disposant de s'appauvrir sans contrepartie, la préexistence d'un devoir nous paraît exclure la notion de libéralité, caractérisée par le fait que rien n'obligeait le disposant à l'accomplir.

A supposer même que l'exécution de l'obligation naturelle d'affectation à l'entretien du ménage puisse s'analyser comme un acte à titre gratuit, les résultats seraient identiques. D'une part, toute répétition serait impossible. D'autre part, les règles de protection des héritiers que sont le rapport et la réduction seraient écartées, que l'on analyse l'acte à titre gratuit comme un don manuel ou comme une donation de fruits et revenus. Sur l'exclusion des règles sur le rapport et la réduction s'agissant du don manuel et de la donation de fruits et revenus, V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les successions. Les libéralités*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1997, p. 711, n°892, p. 805, n°999.

²¹⁰ Sur l'acceptation de la part de risque inhérente à la précarité de l'état de concubinage, V. Civ. 28 mars 1939, Gaz. Pal. 1939, jurispr., 1, p. 879 ; Civ. 3^{ème} 8 février 1972, Bull. civ. III, n°88 ; Civ. 1^{ère} 7 juillet 1987, D. 1987, I.R. 189.

en effet admettre que l'article 214 n'a pu accéder à la vie juridique parce que l'une des conditions du mariage n'était pas remplie. Or, s'agissant du concubinage, ce n'est pas l'une des règles légales de formation du mariage qui n'a pas été respectée mais aucune²¹¹.

Fonder l'obligation naturelle de contribution des concubins sur l'engagement unilatéral de volonté n'est cependant pas davantage satisfaisant (a.). Le mouvement jurisprudentiel favorable à l'obligation naturelle des concubins de contribuer aux charges de la vie commune traduit en effet la montée à la vie juridique d'un devoir de conscience (b.).

a). Le rejet de la théorie de l'engagement unilatéral de volonté

77. Pour justifier l'existence d'une obligation naturelle, certains auteurs s'attachent uniquement à l'exécution de celle-ci ou à la promesse de l'exécuter. Dans cette vision de l'obligation naturelle, l'engagement unilatéral de volonté du concubin de participer aux charges de la vie commune suffit à en expliquer la transformation en obligation civile²¹². Cette théorie peut se réclamer de la formule utilisée par la Cour de cassation dans un arrêt du 10 octobre 1995, aux termes de laquelle la transformation d'une obligation naturelle en obligation civile « repose sur un engagement unilatéral d'exécuter l'obligation naturelle »²¹³.

Allant plus loin encore dans ce raisonnement, une partie de la doctrine estime inutile de se référer à une quelconque obligation naturelle, l'engagement unilatéral produisant plein effet dès lors qu'il a été souscrit librement et consciemment. La seule utilité de l'obligation naturelle réside alors dans sa fonction de cause de l'engagement unilatéral²¹⁴. S'agissant du

²¹¹ Sur la question du seuil à partir duquel il y a inexistence du mariage et non pas nullité, V. la théorie du minimum de célébration, L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, L.G.D.J., 1990, p. 219, n°186. L'obligation civile avortée pourrait cependant recouvrer l'hypothèse du mariage annulé rétroactivement, ou encore de la convention de concubinage annulée rétroactivement. En effet, dans ces deux hypothèses, une obligation civile a existé, légale pour la première, contractuelle pour la seconde.

Sur l'analyse classique de l'obligation naturelle et sur l'approche néoclassique, V. J.-J. DUPEYROUX, « Les obligations naturelles, la jurisprudence, le droit. Quelques réflexions en forme de bilan », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tome 2, *Droit comparé, Théorie générale du droit et droit privé*, Dalloz Sirey, 1960, p. 321. De manière générale, l'analyse classique de l'obligation naturelle ne permet pas de rendre compte de la totalité des obligations naturelles reconnues par les tribunaux parce qu'elle exige la préexistence d'une obligation civile. Elle a donc été abandonnée en tant qu'explication monolithique de l'obligation naturelle tant par la doctrine que par la jurisprudence. V. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1994, n°737 et s.

²¹² M. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Sirey, 1957. Selon cet auteur, des engagements unilatéraux ont pénétré notre droit, sous le nom d'obligations naturelles.

²¹³ Civ. 1^{ère} 10 octobre 1995, D. 1997, 155, note G. PIGNARRE.

²¹⁴ N. MOLFESSIS, « L'obligation naturelle devant la Cour de cassation : remarques sur un arrêt rendu par la première Chambre civile, le 10 octobre 1995 », D. 1997, chr. 85. Selon cet auteur, la Cour de cassation ne s'est ralliée à l'analyse moderne de l'obligation naturelle, selon laquelle une obligation civile préexistante n'est pas nécessaire, uniquement parce que l'obligation civile en question était illicite (délit de réception de paris

concubinage, un auteur soutient ainsi que l'obligation naturelle a été utilisée pour « *masquer ou, à tout le moins, suppléer une cause illicite ou immorale* »²¹⁵. Il est vrai que le revirement de la Cour de cassation validant les libéralités entre concubins même si elles ont été faites en vue de nouer, poursuivre ou reprendre des relations de concubinage adultères²¹⁶ met fin à une possible hypocrisie qui consistait à utiliser l'obligation naturelle pour causer l'acte lorsque les juges souhaitaient le valider. Pour les tenants de la théorie de l'engagement unilatéral de volonté, dès lors que l'illicéité et l'immoralité de la cause ont disparu, le support de l'obligation naturelle n'est plus nécessaire et l'engagement unilatéral de volonté du concubin doit être consacré comme la source autonome de l'obligation, pour un concubin, de contribuer aux charges de la vie commune²¹⁷.

78. Aussi séduisante qu'elle paraisse, et même en faisant abstraction des controverses relatives à la validité en droit français de l'engagement unilatéral de volonté²¹⁸, cette thèse doit être rejetée.

Le premier reproche tient à ce qu'elle occulte la qualification de cet engagement unilatéral. Or il est indispensable de déterminer si l'acte est un acte à titre gratuit. Au-delà du débat aujourd'hui dépassé sur la cause illicite ou immorale, d'autres intérêts s'attachent à cette qualification. Tel est le cas de la réduction des libéralités en cas d'atteinte à la réserve en matière successorale.

En outre, conférer à l'obligation naturelle le simple rôle de subterfuge lorsque les libéralités ne sont pas admises par les mœurs est singulièrement réducteur. Et c'est là le second reproche que l'on peut faire à la théorie qui vise à consacrer l'engagement unilatéral comme source autonome. Cette dernière confond en effet, aux fins d'instrumentalisation, la manifestation extérieure de volonté avec ce qui lui préexiste, l'explique et même la fonde²¹⁹. Si l'obligation naturelle de contribution des concubins accède à la vie juridique et est

clandestins sur les courses de chevaux). De même, l'engagement unilatéral ne pouvait être consacré comme source autonome dans la mesure où il aurait eu pour cause cette obligation civile illicite.

²¹⁵ S. CHASSAGNARD, note sous Civ. 1^{ère} 17 novembre 1999, J.C.P. 2001, éd. G, II, 10458.

²¹⁶ Civ. 1^{ère} 3 février 1999, Dr. Fam. 1999, comm. n°54, note B. BEIGNIER ; J.C.P. 1999, éd. G, II, 10084, note M. BILLIAU ; J.C.P. 1999, éd. G, I, 160, obs. H. BOSSE-PLATIERE ; J.C.P. 1999, éd. N, p. 1430, note F. SAUVAGE ; D. 1999, somm. comm. 307, obs. M. GRIMALDI ; D. 1999, somm. comm. 377, obs. J.-J. LEMOULAND ; Defrénois 1999, art. 37017, p. 814, n°62, obs. G. CHAMPENOIS ; R.T.D. Civ. 1999, p. 817, n°8, obs. J. HAUSER. L. LEVENEUR, « Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ? », J.C.P. 1999, éd. G, I, 152 ; C. LARROUMET, « La libéralité consentie par un concubin adultère », D. 1999, chr. 351,

²¹⁷ S. CHASSAGNARD, note précit. sous Civ. 1^{ère} 17 novembre 1999.

²¹⁸ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations*, Tome 2, *Contrats*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, p. 19, n°56 et s.

²¹⁹ N. MOLFESSIS, « L'obligation naturelle devant la Cour de cassation : remarques sur un arrêt rendu par la première Chambre civile, le 10 octobre 1995 », D. 1997, chr. 85.

irrépétibile, à condition que son débiteur l'exécute volontairement ou s'engage volontairement à l'exécuter, c'est parce qu'elle est l'expression d'un devoir de conscience.

b). L'obligation naturelle, expression d'un devoir de conscience

79. Analyser l'obligation naturelle de contribution des concubins comme un devoir de conscience qui accède à la vie juridique permet de mieux comprendre l'évolution et les divergences de la jurisprudence à son égard.

80. Selon Monsieur CORNU, « *la volonté ne crée pas ici sa loi ex nihilo, mais apporte un tertium quid à une obligation latente* »²²⁰. C'est ainsi que l'analyse dominante, à la suite de RIPERT²²¹, relie l'obligation naturelle à l'existence d'un devoir de conscience : « *quand la règle morale n'arrive pas à prendre figure juridique, nous la voyons parfois errer aux frontières du droit, demander qu'on la considère au moins sous la forme décolorée d'une obligation naturelle* »²²². L'obligation naturelle ne correspond donc pas à l'altération d'une obligation civile mais, tout au contraire, à une montée des règles morales à la vie juridique.

Cependant, tous les devoirs de conscience ne sont pas susceptibles de constituer des obligations naturelles. Deux critères doivent être combinés : d'une part, celui de la conscience individuelle, dégagé par RIPERT²²³, que traduit l'exécution volontaire de l'obligation naturelle et, d'autre part, celui de la conscience sociale. Le devoir de conscience ne sera en effet reconnu et n'intégrera la scène juridique que s'il est ressenti par l'opinion commune comme satisfaisant l'intérêt social : « *au devoir de conscience, interne au sujet, doit s'ajouter une coercition extérieure, née de l'opinion commune. La contrainte, née hors de la sphère du droit, ne trouve une consécration juridique qu'au cas où la conscience individuelle du sujet est en adéquation avec la conscience sociale* »²²⁴. Le concubin peut

²²⁰ G. CORNU, note sous Civ. 30 janvier 1958, D. 1958, 691.

²²¹ La règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1949, p. 363 et s. RIPERT écrivait : « *obligés de faire une place aux devoirs de conscience, les jurisconsultes les ont baptisés obligations. Ainsi habillés déceimment, ils ont pu paraître au prétoire* » (*op. cit.*, n°193). V. les références des auteurs qui ont précédé RIPERT dans cette analyse de l'obligation naturelle comme un devoir moral : les canonistes d'abord, POTHIER, DURANTON, RODIERE, DEMOLOMBE, PLANIOL, COLIN et CAPITANT ensuite (G. RIPERT, *op.cit.*, p. 375, n°192).

²²² G. RIPERT, *op. cit.*, p. 7, n°3.

²²³ G. RIPERT, *op.cit.*, p. 376, n°193.

²²⁴ S. CHASSAGNARD, note sous Civ. 1^{ère} 17 novembre 1999, J.C.P. 2001, éd. G, II, 10458. Sur cette question, V. aussi M. GOBERT, Essai sur le rôle de l'obligation naturelle, Sirey, 1957, p. 177 et s.

C'est ainsi que l'engagement d'entretien d'un enfant adultérin a été validé à une époque où l'établissement d'une telle filiation était interdit parce que, malgré cette interdiction, l'opinion considérait qu'il était socialement satisfaisant que le père biologique de l'enfant contribue à son entretien et à son éducation.

ainsi certainement éprouver l'impérieux devoir de conscience de porter secours à son partenaire en détresse, voire de lui communiquer son train de vie. Le premier critère de l'obligation naturelle est, dans cette mesure, assurément rempli. Cependant, la reconnaissance d'une obligation naturelle de secours ou de contribution est également subordonnée au fait que ce devoir de conscience est rentré dans les mœurs, dans la morale sociale. Du reste, une grande partie de la doctrine privilégie le critère de la conscience sociale à celui de la conscience individuelle : « *si devoir de conscience il y a, c'est en réalité essentiellement pour le bon père de famille et, très accessoirement, pour l'individu soumis à l'obligation. Là, et seulement là, réside le rôle de la conscience à l'égard de l'obligation naturelle. Les prétendus devoirs juridiques de conscience ne sont pas ceux imposés par la conscience du sujet de droit soumis à la règle, mais ceux imposés par la « conscience collective », la règle morale* »²²⁵.

81. On comprend mieux dès lors l'évolution de la jurisprudence à qui il incombe de reconnaître les obligations naturelles, le Code civil n'en ayant pas dressé la liste. La jurisprudence peut en effet être analysée comme le reflet de la conscience collective, et donc de l'évolution de la règle morale dans notre société.

L'obligation naturelle de secours du concubin à l'égard de l'autre après rupture a, depuis longtemps, été admise par la conscience collective et, par voie de conséquence, par les juges. En revanche, l'appréhension d'une obligation naturelle de secours pendant le concubinage, voire une obligation de contribuer aux charges de la vie commune a, quant à elle, connu une évolution. Un temps inconcevable, elle semble progressivement pénétrer la morale collective, ce que révèlent les décisions des juridictions du fond qui en reconnaissent directement ou indirectement l'existence et qui vont parfois même jusqu'à qualifier d'abus du droit d'agir en justice l'action du concubin en révocation des avantages qu'il avait librement consentis à sa concubine au cours d'une vie commune longue de dix-sept ans²²⁶.

Cette évolution est certainement liée à la renaissance des valeurs de solidarité – qui imposent notamment que tout cohabitant participe aux charges nées de la cohabitation – et à l'évolution des mœurs et du regard social porté sur la vie en couple hors mariage. Cette évolution découle surtout de l'appréhension juridique du couple hors mariage. Depuis des années déjà, des dispositions ponctuelles ont accordé des droits aux concubins, liés à leur communauté de vie et de ressources²²⁷. Aujourd'hui, la définition donnée par le législateur

²²⁵ D. FENOUILLET, *La conscience*, Thèse Paris II, 1993, p. 112, n°172.

²²⁶ V. Bordeaux, 26 février 2002, J.C.P. 2002, éd. G, IV, 2373.

²²⁷ Le montant du revenu minimum d'insertion est ainsi majoré de 50 % lorsque le foyer se compose de deux personnes à condition que l'une d'elles soit le conjoint ou le concubin de l'intéressé. En jurisprudence, la possibilité de se prévaloir du concubinage à l'encontre des tiers a été essentiellement consacrée par les

du concubinage (C. civ., art. 515-8) conduit à ne plus voir dans celui-ci une situation de fait mais une situation de droit. Le concubinage peut dès lors être analysé comme un fait juridique, c'est-à-dire un fait auquel le droit attache des conséquences qui n'ont pas été nécessairement recherchées par les concubins, auteurs du fait²²⁸. Nombreux sont en effet les effets légaux attachés à l'état de concubinage, dont peuvent se prévaloir les concubins à l'égard des tiers. A l'inverse, le législateur ne s'est pas préoccupé de définir les suites juridiques du concubinage dans les rapports entre concubins. Règle de morale et de justice, la maxime « *pas de droits sans devoirs* » semble tout naturellement devoir pénétrer le champ du concubinage. Comment imposer aux tiers ou à la société de prendre en considération la communauté de vie des concubins pour leur accorder des droits alors que les principaux intéressés ne se voient soumis à aucune obligation contributive ?

Par la reconnaissance d'une obligation naturelle d'affectation aux charges de la vie commune, la jurisprudence contribue ainsi à la détermination des effets juridiques du fait juridique qu'est le concubinage. Lorsque le concubin participe aux charges de la vie commune, voire communique son train de vie à l'autre, il le fait en vertu d'une obligation naturelle reconnue par la conscience sociale, son paiement étant dès lors insusceptible de répétition. En revanche, lorsque le concubin a agi au-delà de ce qu'exige la conscience commune, l'action de *in rem verso* lui est ouverte, permettant ainsi de contenir l'altruisme dans des limites raisonnables²²⁹.

82. En dépit du clivage entre couples statutaires et couples non statutaires, lequel se traduit par une double acception du caractère obligatoire de la contribution, il est possible d'observer en droit positif un mouvement de convergence entre les différents couples. Dans la lignée de ce mouvement, il peut être envisagé, en droit prospectif, une généralisation à tous les couples du caractère civil de l'obligation de contribution, conduisant à une conception unitaire du caractère obligatoire de la contribution aux charges de la vie commune.

décisions qui ont reconnu au concubin survivant le droit de réclamer réparation au responsable du décès accidentel de l'autre. Sur le concubinage invoqué au profit des concubins, V. F. GRANET, J.-Cl. Civ., art. 515-8, 2000, p. 28, n°76 et s.

²²⁸ G. CORNU (sous la dir. de), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, P.U.F., 9^{ème} éd., 2002, V° *Fait juridique*. Sur la qualification du concubinage en fait juridique, V. *supra*, n°18.

²²⁹ Par son refus de revenir sur une solidarité normale et en accordant une indemnité à celui qui a excédé ce devoir de solidarité, la jurisprudence concernant l'enrichissement sans cause ne consacre pas un déclin de la solidarité, mais procède à une mesure de celle-ci. En ce sens, A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « Collaboration familiale et enrichissement sans cause », Dr. Fam. 1999, chr. n°19, n°3.

§ 2. *La possibilité d'une conception unitaire du caractère obligatoire de la contribution*

83. Le préalable nécessaire à l'adoption d'une conception unitaire du caractère obligatoire de la contribution aux charges de la vie commune est le rejet du caractère naturel de l'obligation des concubins (A.). La généralisation du caractère civil de l'obligation suppose, ensuite, de surmonter les obstacles liés à l'absence d'adhésion des concubins à un statut source d'obligations (B.).

A. Le rejet de l'obligation naturelle pour les couples non statutaires

84. La thèse du caractère naturel de l'obligation des concubins de contribuer aux charges de la vie commune exerce une indéniable séduction (1.). Les insuffisances de l'obligation naturelle l'emportent néanmoins et conduisent à son rejet en droit prospectif (2.).

1. *La séduction de l'obligation naturelle*

85. L'attrait de l'obligation naturelle se manifeste à un double point de vue. D'un point de vue théorique, le caractère naturel de l'obligation de contribution des concubins présente l'immense avantage de cristalliser les différences entre les couples au regard du paramètre temps. L'une des grandes différences entre les couples, s'agissant des relations patrimoniales entre leurs membres, est en effet le temps, que l'on subit dans le concubinage et que l'on intègre dans le mariage ou le pacs : « on dit « oui » à son mariage, on dit « on verra » à son concubinage »²³⁰. Les couples mariés ou unis par un pacte civil de solidarité s'engagent en effet dès le départ à organiser leur vie commune. Le caractère civil de leur obligation de contribution manifeste dès lors leur volonté d'organiser l'avenir. A l'inverse, les concubins simples, le plus souvent, ne prévoient pas l'avenir. Malgré les encouragements du notariat et d'une partie de la doctrine, rares sont en effet les conventions de concubinage prévoyant la participation aux charges du ménage. C'est donc logiquement que les magistrats se limitent, par la reconnaissance d'une obligation naturelle de contribuer aux charges de la vie commune, à revenir sur le temps, à tirer les conséquences juridiques et sociales d'un comportement qui paraissait aux intéressés purement privé. Les juges découvrent alors *a posteriori* que l'obligation naturelle a été exécutée, ce qui leur permet de refuser la répétition des sommes ainsi versées.

²³⁰ J. HAUSER, obs. sous Versailles, 28 avril 1994, R.T.D. Civ. 1995, p. 331.

86. D'un point de vue pratique, la généralisation de la reconnaissance d'une obligation naturelle des concubins de contribuer aux charges de la vie commune permettrait de conférer une certaine cohérence au droit positif.

Sans qu'il soit besoin d'une quelconque intervention législative, la reconnaissance jurisprudentielle de l'obligation de contribution pourrait constituer l'une des clefs de l'apurement des comptes rendu nécessaire par la vie en couple. La jurisprudence relative à l'enrichissement sans cause dans les rapports entre concubins a, en effet, fait apparaître que seul l'acte ayant excédé l'obligation naturelle de contribuer aux charges de la vie commune peut donner lieu à une indemnité²³¹. Il pourrait être objecté que, paradoxalement, le droit sanctionne le concubin coupable d'avoir exécuté un devoir de conscience, tandis que son compagnon bénéficie en toute impunité de l'enrichissement procuré par son concubin. Cependant, il serait tout aussi immoral qu'une personne ayant exécuté un devoir de conscience puisse revenir dessus. Tel est du reste le sens de la règle posée par l'article 1235, alinéa 2, du Code civil.

L'obligation naturelle permettrait également de rétablir une certaine cohérence s'agissant des dispositions législatives qui prennent en considération la communauté de ressources des concubins, à leur avantage ou à leur détriment. Les différences dans la prise en considération de la communauté de ressources sont en effet souvent mal vécues par les intéressés, essentiellement lorsqu'une même situation entraîne une perte de droits mais ne peut être invoquée à leur avantage. Il en est ainsi lorsque le concubinage provoque la perte d'allocations liées à l'isolement, sans pour autant conférer au couple des avantages fiscaux en raison du fait que l'un assume la charge de l'autre²³². En droit fiscal, les concubins devraient ainsi pouvoir se prévaloir de l'exécution volontaire de l'obligation naturelle de contribution pour obtenir l'imposition commune de leurs revenus. L'avantage serait alors subordonné à la preuve que l'un et l'autre ont, durant l'année écoulée, exécuté volontairement leur obligation naturelle d'affectation à l'entretien du ménage. Concrètement, les concubins n'accompliront cette démarche que si l'un d'eux a subvenu pour l'essentiel aux besoins de l'autre, l'imposition commune pouvant alors donner lieu à une substantielle économie. Personne ne contestera pourtant la légitimité de l'avantage accordé par la collectivité tant il est justifié par l'utilité sociale qu'est l'entraide entre deux personnes. De même, en droit social, il est envisageable que les concubins établissent une déclaration de communauté de ressources pour bénéficier d'un plus grand nombre de prestations sociales actuellement réservées au couple marié ou uni par un pacs²³³. En contrepartie, il serait

²³¹ V. *supra*, n°73 et s.

²³² V. R.M. n°54974, J.C.P. 2001, éd. N, p. 1823. « Pour l'administration fiscale, il n'y a pas de couple, pour la C.A.F., il en existe un ! » s'indigne Monsieur FUSCHS, auteur de la question.

²³³ V. A.-M. GILLES, Le couple en droit social, Economica, Coll. Droit civil, série Etudes et recherches, 1997.

possible d'exiger des concubins un minimum de pièces justificatives témoignant de l'existence de la participation aux charges du ménage, qu'elle soit financière – compte joint, procuration, quittance de loyer aux deux noms – ou matérielle, telle la participation non rémunérée de l'un à l'activité professionnelle de l'autre²³⁴.

Néanmoins, si la communauté de ressources est créatrice de droits, il est nécessaire d'aller jusqu'au bout du raisonnement et, réciproquement, d'autoriser les tiers qui portent assistance à l'un des partenaires à se prévaloir de l'exécution de l'obligation naturelle de contribution. Dans ces hypothèses cependant, l'obligation naturelle révèle toutes ses insuffisances.

2. Les insuffisances de l'obligation naturelle

87. La théorie de l'obligation naturelle renferme en elle-même ses faiblesses : à défaut d'exécution volontaire ou de promesse d'exécution, elle n'accède pas à la vie juridique (a.). En l'absence d'exécution volontaire, le droit commun apparaît alors comme un maigre palliatif, impuissant à répartir de manière équitable les charges de la vie commune (b.).

Le mot « *concubinage* » étant désormais défini légalement, il devrait logiquement remplacer, dans toutes les dispositions l'employant encore, l'expression « *vie maritale* », trop empreinte d'hétérosexualité. A défaut, le membre d'un couple de concubins homosexuels n'ayant pas conclu un pacs pourrait continuer à percevoir des prestations liées à l'isolement alors même que l'obligation de contribution est identique, que le couple soit de sexe différent ou de même sexe. Sur cette question, V. A. BENOIT, « Aspects sociaux », *Le Pacs*, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 42.

²³⁴ En principe, la personne qui réclame le bénéfice d'une prestation doit prouver qu'elle en remplit les conditions. Cependant, en l'absence de textes fixant un minimum de pièces justificatives, les caisses d'allocations familiales se satisfont d'une déclaration sur l'honneur.

De manière générale, les fraudes consistant à se prévaloir de faux concubinages ou, au contraire, à dissimuler son concubinage, sont importantes. Sur les prestations liées à une condition de ressources, le rapport COURSON sur les fraudes et pratiques abusives évalue ainsi le montant de la fraude et des abus à 10 % pour l'allocation de parent isolé, 7 % pour le R.M.I. et 2,3 % pour les prestations logement (Rapport en date de mai 1996, cité par A. BENOIT, « Protection sociale et concubinage », *Dr. Fam.* 1997, chr. n°8). Un auteur suggère alors de donner aux caisses d'allocations familiales les moyens de contrôler la situation des allocataires, *via* des recoupements informatiques. V. A.-M. GILLES, « Couple et lien économique », *in La notion juridique de couple*, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, *Economica*, 1998, p. 127. Si le respect de la vie privée est susceptible de s'opposer à des recoupements généralisés, à tout le moins pourrait-il être vérifié que les personnes ne se sont pas prévaluées, devant une autre autorité, de leur communauté de ressources pour obtenir des avantages à leur profit, sociaux ou fiscaux.

Les C.A.F. ont déjà la possibilité de demander aux administrations publiques toutes les informations nécessaires aux fins de vérification de la déclaration (C.S.S., art. L. 583-3). Toutefois, plusieurs dispositions protègent la vie privée des allocataires. Ainsi, les informations demandées aux allocataires et aux administrations doivent être limitées aux données strictement nécessaires à l'attribution des prestations. De plus, les personnels des caisses sont tenus au secret quant aux informations qui leur sont communiquées (V. A. BENOIT, art. précit.).

a). Les insuffisances inhérentes à l'obligation naturelle

88. L'obligation naturelle a pour effet majeur de valider un paiement (C. civ., art. 1235, al. 2). Cependant, cet effet pourrait paraître limité en matière de contribution aux charges de la vie commune. La parade consiste donc à découvrir chez le concubin l'existence d'une promesse de contribution qui transforme l'obligation naturelle en obligation civile, valable pour l'avenir. Toutefois, les difficultés de preuve de la transformation de l'obligation naturelle en obligation civile expliquent qu'elle n'est que rarement admise. Soumise au droit commun de la preuve des actes juridiques, la promesse d'exécuter une obligation naturelle doit, au-delà de 800 euros, être prouvée par un écrit (C. civ., art. 1341). La transformation peut ainsi découler d'une convention de concubinage fixant la contribution de chacune des parties aux charges de la vie commune. Elle peut également résulter de l'engagement unilatéral de volonté du débiteur²³⁵, libre, suffisamment précis et dépourvu d'équivoque. Néanmoins, en concubinage, l'écrit est rare car « *l'intimité des cœurs ne s'accommode, ni ne s'embarrasse de formalités de preuve, elle conduit tout naturellement, elle oblige même à faire confiance* »²³⁶. Si la jurisprudence admet l'impossibilité morale de se procurer un écrit²³⁷, le concubin peut rapporter par tous moyens la preuve de la transformation de l'obligation naturelle. Selon un auteur, il n'y aurait alors pas de meilleure présomption que l'exécution spontanée, en connaissance de cause, de l'obligation naturelle²³⁸. Il semble néanmoins très excessif de déduire de la seule exécution, pendant un temps, de l'obligation naturelle, l'existence d'un engagement pour l'avenir. Faire quelque chose aujourd'hui ne signifie pas s'engager à continuer à le faire demain²³⁹. La preuve de la transformation de l'obligation naturelle de contribution en obligation civile n'est donc que rarement rapportée.

²³⁵ Civ. 1^{ère} 10 octobre 1995, D. 1997, 155, note G. PIGNARRE.

²³⁶ P. MALINVAUD, « L'impossibilité de la preuve écrite », J.C.P. 1972, éd. G, I, 2468, n°20.

²³⁷ La jurisprudence est constante : le simple fait de concubinage ne constitue pas l'impossibilité morale de se procurer un écrit. En conséquence, les juges du fond doivent vérifier dans chaque cas si les rapports sont empreints de cette affection d'où naît la confiance. Or, les magistrats se montrent parfois rigoureux dans l'appréciation de ces liens d'affection. V. par exemple Toulouse, 14 février 2001, Dr. Fam. 2001, comm. n°84, note B. BEIGNIER.

Une autre tendance jurisprudentielle témoigne de davantage de souplesse. En ce sens, Paris, 11 juin 1998, Dr. Fam. 1998, comm. n°166, note H. LECUYER ; J.C.P. 1999, éd. G, I, 101, n°1, obs. H. BOSSE-PLATIERE. A propos d'une obligation naturelle de secours après rupture, la Cour d'appel de Paris affirme ainsi que le concubin est civilement tenu parce qu'il a commencé à exécuter.

²³⁸ M. MULLER, « L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources », D. 1986, chr. 332, n°22. A l'époque où la reconnaissance d'un enfant adultérin était impossible, les versements réguliers faits par le père à son enfant valaient de sa part engagement d'exécuter. V. Paris, 9 avril 1957, D. 1957, 455.

²³⁹ En ce sens, J. FLOUR, « L'obligation naturelle en droit civil », in La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome 7, Ed. E. Doucet, Montréal, 1956, p. 826.

89. Dans ce contexte, certaines décisions de justice et dispositions légales qui prennent en considération l'entraide entre des concubins contribuent à démontrer les insuffisances de l'obligation naturelle de contribution des concubins. Les interpréter à la lumière de l'obligation naturelle relève en effet davantage de l'art divinatoire que d'un véritable raisonnement juridique. Deux exemples en témoignent.

S'agissant de la prestation compensatoire, les magistrats ont tendance à prendre en considération le concubinage du créancier et du débiteur afin d'évaluer la disparité dans leurs conditions de vie respectives²⁴⁰. A supposer même que les magistrats vérifient la réalité de l'exécution de l'obligation naturelle par le concubin du demandeur, en l'absence de toute transformation de l'obligation naturelle en obligation civile, s'essayer à deviner si l'exécution volontaire va se poursuivre dans un avenir prévisible afin de calculer le montant de la prestation compensatoire relève de la prophétie.

Dans le même ordre d'idées, l'article 283 du Code civil, qui prévoit que la pension alimentaire attribuée au défendeur d'un divorce pour rupture de la vie commune cesse en cas de concubinage notoire de ce défendeur, paraît critiquable. En effet, dans la mesure où le droit positif ne consacre pas une obligation civile des concubins de contribuer aux charges de la vie commune, le concubinage notoire ne devrait entraîner cessation de la pension alimentaire qu'à la condition qu'il soit prouvé que le concubin du créancier exécute son obligation naturelle de contribuer aux charges de la vie commune. Tel n'était pas le cas dans l'arrêt suivant : « *lorsqu'il est justifié que, à des périodes différentes et successives, une femme se rend, de manière régulière, de son lieu de travail au domicile d'un ami pour y*

²⁴⁰ V. Civ. 2^{ème} 23 avril 1980, Bull. civ. II, n°79 ; Angers, 20 mars 1995, Juris-Data n°045741 ; Civ. 2^{ème} 8 novembre 1989, D. 1989, somm. 118 ; Civ. 2^{ème} 2 juillet 1997, Defrénois 1998, art. 36815, p. 713, n°52, obs. J. MASSIP et, en dernier lieu, Civ. 2^{ème} 21 février 2002, D. 2002, I.R. 939.

Naturellement, cette appréciation ne se limite plus aux seuls couples hétérosexuels depuis l'entrée du concubinage homosexuel dans le Code civil. La Cour d'appel de Nîmes retient ainsi, au titre des éléments destinés à fixer le montant d'une prestation compensatoire, le concubinage du mari « *avec un homme qui a lui-même des ressources* » (Juris-Data n°156960).

Que le concubinage du créancier d'une prestation compensatoire ou d'une pension alimentaire ne soit pris en considération que dans la mesure où il diminue ses besoins se justifie aisément par le fait que l'aide fournie par l'ancien conjoint ne saurait contribuer à la prospérité du nouveau ménage. S'agissant du concubinage du débiteur, la tendance jurisprudentielle consista longtemps à ne le prendre en considération que dans la mesure où il procurait des revenus supplémentaires au débiteur, possible application de l'idée doctrinale selon laquelle il existerait une hiérarchie entre créanciers civils et créanciers naturels : que le concubin débiteur d'une obligation naturelle de contribuer aux charges de la vie commune l'exécute est louable ; il ne doit cependant pas le faire au détriment de ses créanciers envers lesquels il est lié par une obligation civile, surtout si cette obligation est, en tout ou en partie, alimentaire. V. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, Traité de droit civil, Introduction générale, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 1990, p. 665, n°687. Désormais, la Cour de cassation prend soin de laisser entendre que le concubinage peut faire varier à la hausse comme à la baisse l'état des ressources du concubin débiteur. V. Civ. 2^{ème} 21 février 2002, D. 2002, I.R. 939.

Le concubinage du débiteur d'une pension alimentaire dans le cadre du divorce pour rupture de la vie commune est également pris en considération pour son évaluation. V. en dernier lieu, Civ. 2^{ème} 21 février 2002, Dr. Fam. 2002, comm. n°100, note H. LECUYER.

passer la nuit et repartir le lendemain habillée différemment, y disposant d'une garde-robe, ces éléments établissent la réalité d'une vie maritale, laquelle n'implique pas nécessairement l'existence d'un domicile commun »²⁴¹. Sans doute la charge de la preuve pourrait-elle être renversée, afin d'éviter que le demandeur ne se heurte à des obstacles de preuve insurmontables, faute de pouvoir pénétrer la vie privée de son ancien conjoint. La jurisprudence pourrait ainsi poser en principe que la cohabitation fait présumer l'exécution de l'obligation naturelle de contribution, cette présomption simple pouvant être renversée par la preuve contraire. L'article 283 du Code civil n'autorise cependant pas une telle interprétation. Il peut, à la limite, être interprété comme consacrant – implicitement, voire inconsciemment – une sorte de présomption légale irréfragable d'exécution de l'obligation naturelle, ajoutée à une présomption irréfragable de poursuite de l'exécution dans l'avenir. Ce faisant, en essayant de pallier les insuffisances de l'obligation naturelle, la jurisprudence et la loi réduiraient celle-ci à un subterfuge gonflé d'artifice destiné à résoudre l'injustice qu'il y aurait à grever une personne d'une pension alimentaire, alors même que son créancier forme un nouveau couple et vit de ce fait dans l'opulence.

90. Il faut se résoudre à accepter l'inconvénient majeur de l'obligation naturelle. Parce qu'elle n'accède à la vie juridique qu'à la condition que son auteur l'exécute ou promette de l'exécuter volontairement, elle est un mécanisme « *inopérant pour les ingrats : pas de promesse, pas d'exécution volontaire ; l'obligation naturelle restera dans le cœur des autres ! Celui qui, dépourvu précisément de toute morale, n'a même pas envisagé un instant de se considérer débiteur peut ainsi vivre à l'ombre du droit tout simplement parce qu'il s'épanouit à l'ombre de la morale. Le devoir de conscience oblige ceux qui en sont pourvus un instant* »²⁴². Ainsi, à défaut d'exécution volontaire, ou de promesse d'exécution par l'un des concubins de son obligation naturelle de contribution, son compagnon, condamné solidairement sur le fondement de l'apparence²⁴³ à payer l'intégralité d'une dette destinée à satisfaire les besoins du ménage, ne dispose plus alors que des recours du droit commun,

²⁴¹ Versailles, 7 mai 1998, Gaz. Pal. 4-5 novembre 1998, somm. de jurispr., p. 15.

S'agissant de l'application de l'article 283 du Code civil, il semble que les juridictions du fond tendent cependant à n'accepter que restrictivement l'existence du concubinage notoire. V. les références citées par J. ROVINSKI, « Réflexions sur les articles 283 et 285 du Code civil dans le divorce pour rupture de la vie commune », Gaz. Pal. 2000, doctr., 1, p. 579.

²⁴² N. MOLFESSIS, « L'obligation naturelle devant la Cour de cassation : remarques sur un arrêt rendu par la première Chambre civile, le 10 octobre 1995 », D. 1997, chr. 85, n°24. V. aussi H. SINAY, « Les conventions sur les pensions alimentaires », R.T.D. Civ. 1954, p. 228, n°56. Selon l'auteur, l'obligation naturelle transformée en obligation civile est inférieure à l'obligation légale car elle procède de deux facteurs subalternes : l'obligation naturelle qui est imparfaite et une convention qui ne crée pas d'obligation mais qui se borne à assurer la perfection d'une obligation préexistante.

²⁴³ V. *infra*, n°155.

dont l'étude révèle, comme l'obligation naturelle, l'impuissance à répartir de manière équitable les charges de la vie commune.

b). L'impuissance du droit commun en l'absence d'exécution volontaire de l'obligation naturelle

91. De manière générale, les mécanismes du droit commun sont limités, tant par les conditions de leur ouverture que par les effets minimaux qu'ils entraînent²⁴⁴. Contrairement à l'affirmation de certains auteurs²⁴⁵, le droit commun ne permet donc pas de répartir de manière équitable entre les concubins la contribution aux charges de la vie commune.

92. L'exemple de l'enrichissement sans cause est à cet égard révélateur. Une première difficulté tient à ce que l'indemnité allouée sur le fondement de l'enrichissement sans cause est égale à la plus faible des deux sommes que représentent, d'une part, l'appauvrissement et, d'autre part, l'enrichissement, constatés au jour où l'action est intentée²⁴⁶. Dès lors, l'absence d'enrichissement du défendeur conduit à une indemnité nulle.

S'agissant de l'absence de cause, si la jurisprudence se montre rigoureuse, elle recherche la cause dans la seule opération constitutive de l'appauvrissement et de l'enrichissement, laissant ainsi de côté toutes les autres opérations relatives à ces dépenses de la vie commune. Parfois, les magistrats se montrent cependant plus tolérants, et adoptent une conception matérielle de la cause de l'enrichissement et de l'appauvrissement corrélatifs²⁴⁷ qui leur permet de rejeter l'action *de in rem verso* au motif que l'appauvrissement du concubin trouve sa cause dans un certain nombre d'avantages dont il a bénéficié, avantages recensés dans l'ensemble des relations patrimoniales des concubins tout au long de la vie commune. Dans cette hypothèse, le résultat est effectivement un règlement des comptes entre concubins, au prix cependant d'un « forçage », d'une « concubinarisation » du droit commun²⁴⁸.

²⁴⁴ A. PROTHAIS, « Dettes ménagères des concubins : solidaires, *in solidum*, indivisibles ou conjointes ? (après l'arrêt Civ. 1^{ère}, 11 janvier 1984) », D. 1987, chr. 237.

²⁴⁵ V. par exemple F. TERRE (sous la dir. de), Le droit de la famille, Rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques, P.U.F., Cahier des sciences morales et politiques, 1^{ère} éd., 2002, p. 56.

²⁴⁶ Req. 23 novembre 1908, D.P. 1912, I, 217, note G. RIPERT.

²⁴⁷ Sur l'appréhension matérielle de la cause, V. *supra*, n°70.

²⁴⁸ A. PROTHAIS, « Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux », J.C.P. 1990, éd. G, I, 3440.

93. La gestion d'affaires ne permet pas davantage une répartition équitable des charges de la vie commune. Même si une intention partiellement altruiste suffit, il est douteux qu'elle aboutisse à un apurement global du contentieux relatif à la contribution aux charges de la vie commune. Du reste, il existe très peu de jurisprudence sur la gestion d'affaires dans les rapports entre concubins, et les espèces démontrent que celle-ci ne vise pas à répartir *a posteriori* de manière équitable la contribution aux charges de la vie commune²⁴⁹.

Pour ne prendre qu'un dernier exemple, celui de la société créée de fait²⁵⁰, lorsque certains arrêts, qualifiés de laxistes, en admettent l'existence entre les concubins, ce n'est qu'au prix d'une soumission de ses règles aux préoccupations des concubins. Cette casuistique jurisprudentielle qui, alternativement, fait du droit commun le lit de Procuste des concubins, et du concubinage le lit de Procuste du droit commun, ne contribue certainement pas au progrès de notre ordre juridique. En revanche, tout comme la fréquence des cassations pour violation de la loi des décisions qui tentent d'étendre aux concubins l'obligation de contribuer aux charges du ménage²⁵¹, elle traduit le malaise des juges face à l'injustice que l'absence de réglementation peut entraîner.

94. Les insuffisances de l'obligation naturelle des concubins de contribuer aux charges de la vie commune conduisent à terme à son rejet. Toutefois, sa reconnaissance constituait sans doute une étape indispensable dans le processus de découverte d'un droit commun impératif de la vie en couple. Outre les solutions concrètes qu'elle apporte, la reconnaissance de l'obligation naturelle présente fréquemment cette vertu de préfigurer le droit nouveau : « *en corrigeant certaines insuffisances du droit contraignant, à une époque donnée, les obligations naturelles sont souvent en avance d'une étape sur le chemin du progrès de l'ordre juridique* »²⁵². Il est alors possible de rejoindre les auteurs qui voient dans l'obligation naturelle un moyen de subversion par les juges de l'ordre juridique positif, et donc la possibilité de violer la loi²⁵³. Toutefois, si cette violation de la loi est faite dans le

²⁴⁹ V. en dernier lieu, Paris, 14 octobre 1997, Le couple en 200 décisions, Dr. Fam. Hors série, novembre 2001, n°26, note H. LECUYER.

²⁵⁰ Sur les sociétés créées de fait, V. *infra*, n°491.

²⁵¹ V. en dernier lieu, Civ. 1^{ère} 17 octobre 2000, D. 2002, somm. comm. 611, obs. J.-J. LEMOULAND.

²⁵² En ce sens, J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, Traité de droit civil, Introduction générale, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 1990, p. 671, n°691 : « *en dépit de leurs obscurités, à moins que ce ne soit grâce à elles, les obligations naturelles sont un facteur actif de l'évolution du droit. Leur admission en jurisprudence a plusieurs fois préparé le terrain à des réformes de la législation civile* ». Ainsi, avant une loi du 16 novembre 1912 élargissant le domaine de l'action en recherche de paternité, l'obligation naturelle d'entretien du père au profit de son enfant non reconnu était présentée comme un correctif à la prohibition de leur reconnaissance.

²⁵³ V. l'exposé de ces thèses par J.-J. DUPEYROUX, « Les obligations naturelles, la jurisprudence, le droit. Quelques réflexions en forme de bilan », in Mélanges offerts à Jacques Maury, Tome 2, Droit comparé, Théorie générale du droit et droit privé, Dalloz Sirey, 1960, p. 325.

dessein d'une meilleure justice, elle n'est pas critiquable. La règle de justice va d'abord s'incarner dans l'obligation naturelle, puis se préciser par l'élaboration technique de la règle civile. L'obligation naturelle des concubins de contribuer aux charges de la vie commune serait alors le signe avant-coureur jurisprudentiel de la reconnaissance législative du caractère civil de l'obligation de contribution dans le couple, indépendamment de son statut.

B. L'adoption d'une obligation civile indépendamment du statut du couple

95. Il est envisageable d'imposer à tout couple une obligation civile de contribution aux charges de la vie commune et ce, indépendamment de l'adhésion de ses membres à un statut destiné à organiser leur vie commune. Rendue nécessaire par la vie en couple, l'existence de l'obligation civile de contribution aux charges de la vie commune serait ainsi indifférente à l'existence d'un engagement de couple (1.). Ce dernier ne saurait cependant être ignoré ; il conduit nécessairement à tracer les limites d'un droit commun impératif de la contribution aux charges de la vie commune. L'influence de l'engagement des membres du couple devrait ainsi se manifester s'agissant de la survie du devoir d'entraide après la rupture de la communauté de vie (2.).

1. L'indifférence de l'engagement au regard de l'existence de l'obligation civile de contribution

96. Des auteurs ont proposé que le concubinage, tel qu'il est défini par la loi (C. civ., art. 515-8), soit qualifié de quasi-contrat et donne ainsi naissance à des droits et des devoirs²⁵⁴, au sein desquels pourrait figurer une obligation civile d'affectation à l'entretien du couple. Il est indéniablement très délicat – on ne peut qu'en avoir conscience – d'imposer une obligation civile de contribution aux concubins alors que ces derniers n'ont souscrit aucun engagement juridique l'un envers l'autre. Il est pourtant indispensable d'envisager cette atteinte à la liberté. Les développements précédents ont témoigné à la fois du besoin de réglementation de la contribution aux charges de la vie commune entre concubins, des injustices que son absence suscite et des insuffisances du droit commun pour remédier à ces dernières. Il est par conséquent de l'intérêt de la société de trouver un remède à cette

²⁵⁴ V. *supra*, n°18. Madame GANANCIA (« Droits et obligations résultant du concubinage », Gaz. Pal. 1981, doctr., 1, p. 16) envisageait ainsi la création d'une obligation de secours : les tribunaux pourraient considérer que s'est formé un « quasi-contrat ou un contrat tacite d'aide et d'assistance mutuelle qui les obligerait tant pendant qu'après l'union à subvenir aux besoins éventuels du partenaire ». V. aussi V. GERNEZ, « Pour un statut matrimonial unifié, libre, égal et solidaire pour tous », Droit et patrimoine n°68, février 1999, p. 99 et s.

situation. En outre, il est apparu que les insuffisances du droit commun pour régler ces difficultés conduisent les magistrats à le déformer afin de le soumettre aux préoccupations des concubins. C'est dire qu'il est de l'intérêt du droit lui-même d'imposer aux concubins de contribuer aux charges de la vie commune.

A cet égard, il ne peut pas être reproché à la Cour de cassation de rejeter l'existence d'une telle obligation dans le cas du concubinage simple. D'une part, la jurisprudence ne saurait se substituer à la loi. D'autre part, compte tenu de l'intervention récente du législateur qui n'a pas voulu d'une telle obligation, la marge de manœuvre jurisprudentielle est singulièrement étroite²⁵⁵. Il incombe par conséquent au législateur d'achever l'œuvre entreprise par la jurisprudence lorsqu'elle admet l'existence d'une obligation naturelle de contribution des concubins, et d'imposer à tous les couples une obligation civile de contribuer aux charges de la vie commune.

97. Néanmoins, la proposition d'imposer à tous les couples une obligation civile de contribuer aux charges du ménage ne saurait conduire à nier les différences entre les couples, tenant notamment à leur appréhension du facteur temps. La remarque selon laquelle les couples qui ont pris un engagement pour l'avenir ne sauraient être assimilés à ceux qui se laissent porter par le temps nous avait logiquement mené vers le caractère naturel de l'obligation de contribution de ces derniers²⁵⁶. Seule la définition du couple adoptée comme hypothèse de recherche dès l'introduction permet d'échapper à cet écueil. Pour constituer une institution juridique et, par conséquent, être soumis à des droits et à des devoirs, le couple doit revêtir une certaine stabilité dans le temps. Cette stabilité découle *ipso facto* d'un engagement juridique pour l'avenir, que cet engagement vise l'organisation patrimoniale de la vie en couple – tel le pacs – ou qu'il soit assorti d'un engagement personnel – tel le mariage. En l'absence d'engagement, cette stabilité ne peut résulter que de l'écoulement du temps. Et nous avons ainsi proposé que le délai à l'issue duquel le couple de concubins simples accède à la vie juridique soit de un an et un jour²⁵⁷. L'obligation civile des concubins de contribuer aux charges de la vie commune ne naîtrait ainsi qu'au terme d'un an et un jour de communauté de vie. Avant l'écoulement de ce délai, l'obligation de contribution à l'entretien ne revêtirait qu'un caractère naturel.

98. Dans la perspective de l'élaboration d'un droit commun impératif de la vie en couple, les principes seraient les suivants. L'obligation civile de contribution aux charges de

²⁵⁵ En ce sens, J.-J. LEMOULAND, obs. sous Civ. 1^{ère} 17 octobre 2000, D. 2002, somm. comm. 611.

²⁵⁶ V. *supra*, n°85 et s.

²⁵⁷ V. *supra*, n°34.

la vie commune naîtrait dès qu'un couple, au sens juridique, serait formé : soit concomitamment à l'engagement, s'il existe, soit, à défaut, à compter de un an et un jour de communauté de vie. C'est un système comparable qu'a adopté le législateur catalan, dans une loi sur les « couples stables ». Le couple non marié est en effet soumis à cette loi, et notamment à l'obligation de contribuer proportionnellement à ses facultés aux charges de la vie commune, ou bien après que ses membres ont vécu ensemble pendant une période ininterrompue de deux ans (ou sans délai s'ils ont un enfant commun), ou bien après avoir déclaré devant notaire qu'ils souhaitent que leur union soit gouvernée par ces dispositions²⁵⁸.

Le fait que les membres du couple aient conclu un engagement ne serait donc pas indifférent s'agissant de la date de naissance du couple et, par conséquent, de la date de naissance de l'obligation civile de contribution. L'engagement ne serait cependant pas indispensable dans la mesure où la vie en couple est la véritable source du caractère civil de l'obligation.

99. Technique d'organisation de la vie en couple, rendue nécessaire par la communauté de vie de couple, l'obligation de contribution aux charges de la vie commune devrait logiquement disparaître avec la cessation de cette dernière. Après la rupture de la communauté de vie, un concubin ne devrait donc plus pouvoir réclamer à l'autre l'exécution de son obligation de contribution. L'obligation civile de contribution des concubins ne devrait donc que rarement faire l'objet d'une exécution forcée pour l'avenir²⁵⁹. La situation est différente lorsque l'engagement entre les membres d'un couple s'ajoute à la communauté de vie comme fondement de l'obligation civile de contribution. L'engagement non rompu de mariage ou de pacs place en effet ses titulaires dans une situation particulière, inconnue du couple non engagé : la séparation de fait²⁶⁰, dont le traitement devrait constituer une limite au droit commun de la contribution aux charges de la vie commune au sein du couple. En

²⁵⁸ V. C. DENEUVILLE, « Le partenariat à l'étranger », *Droit et patrimoine* n°81, avril 2000, p. 67. L'application de cette loi entraîne également solidarité pour les dettes ménagères et protection de la résidence de la famille.

²⁵⁹ Les conflits allant jusqu'à l'action en justice se traduisent en effet le plus souvent par la rupture de la communauté de vie. Or, après cet événement, le couple de concubins n'existe plus et, avec lui, l'obligation civile de contribution aux charges de la vie commune.

²⁶⁰ Qu'il s'agisse du mariage ou du pacs, les cas de dissolution limitativement énumérés par la loi ne faisant pas état de la rupture de la communauté de vie (C. civ., resp., art. 227 et 515-7), il faut en déduire que la seule rupture de la communauté de vie n'emporte pas dissolution de l'engagement. « *Nombreux seront sans doute les PACS en sommeil, enveloppes demeurant sans vécu, mais enveloppes demeurant tout de même, avec des conséquences qui peuvent être lourdes (indivision et solidarité)* » (H. LECUYER, « Le pacs (désormais) sous toutes ses coutures », *Dr. Fam.* 2000, chr. n°1, p. 7).

Contra, F. MONEGER, « Pacte civil de solidarité. Aspects sociaux », *J.C.P.* 2000, éd. N, p. 456 : « *la définition retenue pour le pacs lors des débats et dans la décision du Conseil constitutionnel conduit à dire que la vie commune est de l'essence de ce pacs, que sans vie commune, le pacs n'existe plus et ne produit plus d'effet* ». Dans le même sens, V. M. GRIMALDI, « Réflexions sur le pacte civil de solidarité du droit français », *Defrénois* 203, art. 37763, n°4.

effet, la survie de l'engagement de mariage ou de pacs implique celle du devoir d'entraide après rupture de la communauté de vie.

2. *L'influence de l'engagement sur la survie du devoir d'entraide après rupture de la communauté de vie*

100. Parce qu'il est de l'essence de l'engagement de mariage et de pacs, le devoir d'entraide doit en principe survivre après la rupture de la communauté de vie, jusqu'à la dissolution de l'engagement.

Il n'en demeure pas moins que la rupture de la communauté de vie entraîne nécessairement une transformation des modalités du devoir d'entraide, lequel ne peut plus se traduire techniquement par une obligation de contribution aux charges de la vie commune.

101. Par le mariage, et pour toute la durée de celui-ci, les époux s'engagent à se porter secours et assistance (C. civ., art. 212). L'essence du mariage, de « *la société d'un homme et d'une femme qui s'unissent pour (...) s'apporter des secours mutuels* »²⁶¹, réside ainsi dans l'entraide que doivent s'apporter les époux. En tant qu'elle est au cœur du mariage, cette obligation d'entraide doit survivre jusqu'à la dissolution de ce dernier.

L'essence du pacs réside également dans l'entraide que doivent s'apporter les partenaires. Si le contrat de pacs a légalement pour but l'organisation de la vie commune des partenaires (C. civ., art. 515-1), cette organisation est en effet dominée par la solidarité, inscrite dans l'article 515-4 aux termes duquel les partenaires « *s'apportent une aide mutuelle et matérielle* » et dans la dénomination même du contrat qui n'est pas seulement un pacte civil mais un pacte civil *de solidarité*. A l'instar du mariage, en tant que cette obligation d'entraide est une clef de voûte du pacs, le principe devrait être celui de sa survie jusqu'à dissolution de l'engagement²⁶², en dépit de la cessation de la communauté de vie.

²⁶¹ J.-E.-M. PORTALIS, cité par P.-A. FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome 9, 1822, p. 140.

²⁶² Par conséquent, le tiers responsable du décès d'un époux ou d'un partenaire d'un pacs ne pourra se prévaloir de la cessation de la vie commune pour refuser de réparer le préjudice économique du survivant, même si cette séparation sera prise en compte par les juges du fond pour apprécier le montant du préjudice subi. La Cour de cassation a ainsi censuré les juges du fond qui avaient rejeté l'action en réparation du préjudice économique d'une épouse, faute pour elle d'avoir prouvé que, vivant séparée de fait, elle avait perdu une partie de ses ressources ou que son niveau de vie avait baissé. La Cour a reproché aux juges du fond de ne pas avoir recherché si le préjudice de l'épouse ne résultait pas de la perte du droit à obtenir une contribution aux charges du mariage : Civ. 2^{ème} 4 octobre 1989, Bull. civ. II, n°156.

102. Littéralement, il ne s'agit plus cependant de contribution aux charges de la vie commune. Il n'y a plus « *contribution* » dans la mesure où ce terme est empreint d'un caractère bilatéral. Or, en cas de rupture de la communauté de vie, cette affectation bilatérale est remplacée par une affectation unilatérale : une charge pèse sur les biens du seul membre le plus fortuné du couple. En outre, l'objet même de l'obligation d'affectation est modifié. Il n'y a plus affectation aux charges de la vie commune puisque il n'y a plus de vie commune. La formule jurisprudentielle aux termes de laquelle le maintien des liens du mariage permet à chaque époux d'exiger de l'autre qu'il contribue aux charges du mariage, indépendamment de la séparation de fait, est ainsi contestable. Sans doute est-ce la raison pour laquelle le législateur, en matière de séparation de corps²⁶³, la doctrine et la jurisprudence, en cas de séparation de fait²⁶⁴, préfèrent utiliser l'expression de devoir de secours qui, en cas de rupture de la communauté de vie, prendrait le relais de l'obligation de contribution. Même si l'on conteste l'idée selon laquelle le devoir de secours et le devoir de contribution sont deux expressions différentes du devoir d'entraide conjugale²⁶⁵, il faut reconnaître que l'entraide ne revêt pas les mêmes modalités après rupture de la communauté de vie, et se rapproche alors, par son caractère unilatéral, d'une obligation alimentaire.

S'agissant des partenaires d'un pacs, en l'absence d'une disposition comparable à l'article 212 du Code civil, les juges pourraient considérer que l'expression d'aide mutuelle matérielle désigne, pendant la communauté de vie, l'obligation civile de contribuer aux charges de la vie commune et, après rupture de la communauté de vie, un devoir d'entraide unilatéral. Une autre possibilité consisterait à inscrire expressément dans la loi les deux modalités d'entraide auxquelles s'engagent les partenaires d'un pacs.

103. Un tempérament pourrait cependant être apporté au principe de la survie de l'obligation d'entraide durant la séparation de fait, destiné, dans une exigence de justice, à prendre en considération les torts de chacun dans la séparation du couple.

En droit positif, le devoir d'entraide conjugale qui prend le relais de l'obligation de contribution diffère de l'obligation alimentaire. D'une part, il n'est pas nécessaire que son bénéficiaire soit dans le besoin. D'autre part, il vise, comme l'obligation de contribution,

²⁶³ C. civ., art. 303, al. 1^{er}.

²⁶⁴ En ce sens, Civ. 1^{ère} 30 juin 1998, Alinéa n°3, p. 16, note J. CASEY ; R.T.D. Civ. 1998, p. 887, n°10, obs. J. HAUSER ; P.A. 19 mai 1999, n°99, p. 13, note J. MASSIP ; Defrénois 1999, art. 36936, p. 180, note D. BIGNON. Dans cet arrêt, la Cour de cassation semble rattacher à nouveau la pension alimentaire accordée pendant l'instance en divorce au devoir de secours, et non à la contribution. Arrêt confirmé par Civ. 1^{ère} 5 mai 1999, J.C.P. 2000, éd. G, I, 245, n°23, obs. A. TISSERAND.

²⁶⁵ C. PHILIPPE, Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale, L.G.D.J., 1981, p. 53 et s.

l'égalisation des niveaux de vie des membres du couple²⁶⁶. La jurisprudence est par conséquent paradoxale qui déchoit l'époux coupable de la séparation de son droit à la contribution²⁶⁷, tout en refusant qu'il perde son droit à des secours²⁶⁸. En effet, l'époux déchu de son droit à se prévaloir de l'article 214 du Code civil, peut, en tout état de cause, obtenir une pension alimentaire sur le fondement de l'article 212 du même code, sensiblement identique dans son montant à celle qu'il aurait pu obtenir sur le fondement de l'obligation de contribution. Au terme de cette jurisprudence, il n'est finalement tenu aucun compte des torts dans la séparation.

Afin de combiner survie du devoir d'entraide et prise en considération des torts dans la séparation, le système pourrait consister non pas à déchoir l'époux ou le partenaire responsable de son droit à l'entraide, mais à limiter l'étendue de cette dernière. L'époux ou le partenaire principalement responsable de la séparation serait déchu de son droit à l'entraide, mais seulement en ce qu'il vise à ce que son conjoint ou compagnon plus fortuné

²⁶⁶ Sur le régime de l'obligation civile de contribution aux charges de la vie commune, V. *infra*, n°105 et s. L'obligation d'entraide prendra ainsi souvent la forme d'une pension alimentaire, dont le montant sera fixé selon les mêmes règles que la contribution aux charges de la vie commune. Elle pourra également être exécutée en nature. Il faut ainsi présumer que la mise à disposition d'un bien correspond à l'exécution de l'obligation d'entraide. Par conséquent, l'occupation par l'un des membres du couple du logement indivis ne doit être présumée être faite ni à titre gratuit, ni à titre onéreux, mais être l'exécution du devoir d'entraide. Présomption simple, il appartiendra au conjoint ou au partenaire du bénéficiaire d'en rapporter la preuve contraire. En ce sens, P. MALAURIE, note sous Civ. 2^{ème} 11 février 1998, Defrénois 1999, art. 36920, p. 16 ; H. LECUYER, note sous Civ. 2^{ème} 11 février 1998 et 27 mai 1998, Dr. Fam. 1998, comm. n°154 ; A. BATTEUR, « L'indemnité d'occupation et la jouissance exclusive d'un bien indivis par un époux pendant la procédure de divorce », Dr. Fam. 2001, chr. n°14. V. également J. HAUSER, obs. sous Civ. 2^{ème} 11 février 1998, R.T.D. Civ. 1999, p. 68 ; J. MASSIP, obs. sous Civ. 1^{ère} 26 juin 2001 ; 11 décembre 2001 ; 12 juillet 2001 ; 19 mars 2002, Defrénois 2002, art. 37600, p. 1155, n°55. L'obligation de contribution qui perdure ainsi pendant toute l'instance en divorce ne disparaît qu'à la date à laquelle la décision qui prononce le divorce acquiert force de chose jugée.

La jurisprudence, en dépit de quelques incertitudes, adopte la position inverse. Pour une synthèse des solutions jurisprudentielles, V. J. VASSAUX, « L'indemnité d'occupation réclamée à l'époux divorçant... ou le mythe de Sisyphe ? », Droit et patrimoine n°112, février 2003, p. 24.

²⁶⁷ La Cour de cassation invite les juges du fond à prendre en compte toutes les circonstances de la cause. V. par exemple, Civ. 1^{ère} 16 octobre 1984, Defrénois 1985, art. 33477, p. 322, n°2, obs. J. MASSIP.

Les seuls griefs justifiant la cessation de la vie commune, appréciés souverainement par les juges du fond, sont les faits rendant la cohabitation physiquement ou moralement impossible. V. par exemple, Civ. 2^{ème} 14 octobre 1987, Lamyline n°86-15.094.

²⁶⁸ Les magistrats ont, en effet, fait une application restrictive de l'article 207, alinéa 2, du Code civil, aux termes duquel lorsque « le créancier [a] lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur, le juge [peut] décharger celui-ci de tout ou partie de la dette alimentaire », en limitant ce texte aux seules obligations alimentaires. V. Civ. 1^{ère} 17 janvier 1995, J.C.P. 1995, éd. G, II, 22407, note A. BENABENT ; J.C.P. 1995, éd. N, p. 1087, note F. MONEGER ; J.C.P. 1996, éd. N, p. 179, note J.-F. PILLEBOUT ; Defrénois 1995, art. 36145, p. 1022, n°93, obs. J. MASSIP ; R.T.D. Civ. 1995, p. 348, obs. J. HAUSER. Les juridictions du fond ne sont toutefois pas aussi nettes sur le problème. La Cour d'appel de Riom refusa ainsi l'application de l'article 207, alinéa 2, mais sur des motifs qui en limiteraient considérablement la portée. C'est en effet uniquement parce que « chacun des époux paraissant, en l'état, avoir contribué à l'échec de leur couple » que la Cour refusa de faire application de l'article précité (Riom, 12 décembre 2000, R.T.D. Civ. 2002, p. 76, n°9, obs. J. HAUSER).

lui communique son train de vie. En revanche, et jusqu'à la dissolution du mariage, l'époux principalement responsable de la séparation, s'il est dans le besoin, pourrait toujours solliciter de son conjoint l'exécution du devoir de secours selon les modalités d'une obligation alimentaire.

Cette solution n'est cependant admissible qu'à la condition que les membres du couple se soient engagés à une communauté de vie et que l'un d'entre eux ait, sans raison valable, rompu cet engagement. Deux interrogations naissent alors. En premier lieu, si la faute disparaît tant du prononcé du divorce que de ses conséquences, la question se pose de savoir si le droit positif devrait, malgré tout, conserver une place aux torts dans la rupture de la communauté de vie. Il pourrait, en effet, sembler difficile de reprocher à un époux encore marié ce que l'on renonce à lui reprocher en matière de divorce²⁶⁹. En second lieu, il n'est pas évident que la solution proposée soit applicable au pacs. La liberté de rupture d'un pacs, qui interdit de considérer comme fautive la cessation de la cohabitation²⁷⁰, semble en effet s'y opposer. On rejoint ainsi le problème du divorce d'où disparaît toute notion de faute. La question fondamentale que le législateur devrait avoir à cœur de résoudre rapidement est, dès lors, la suivante : consacrer un droit à la rupture exclut-il nécessairement la prise en considération des torts pendant la durée de l'engagement ?

104. Conclusion de la Section 1 – En droit positif, le clivage est marqué entre les couples statutaires et les couples non statutaires. Tandis que les premiers sont assujettis à une obligation civile de contribution aux charges de la vie commune, les seconds n'obéissent qu'à une obligation naturelle. Cette double acception de la force obligatoire de l'affectation des biens du couple à son entretien est de prime abord séduisante, en tant qu'elle respecte l'existence ou l'absence d'engagement des membres du couple l'un envers l'autre.

²⁶⁹ La proposition de loi dite COLCOMBET, adoptée en première lecture le 10 octobre 2001 par l'Assemblée nationale, comportait ainsi une modification de l'article 262-1 du Code civil, relatif au report de la date de dissolution du régime matrimonial au jour de la cessation de la cohabitation et de la collaboration. Il était ainsi proposé que n'importe quel époux puisse solliciter ce report, indépendamment des torts dans la cessation de la cohabitation. Le projet de loi relatif au divorce déposé au Sénat le 9 juillet 2003 ne reprend pas cette proposition.

Sur la proposition de réforme du divorce dite COLCOMBET, V. J. RUBELLIN-DEVICHI, « Après la réforme de la prestation compensatoire : le début de la réforme du divorce », J.C.P. 2001, éd. G, Aperçu rapide, p. 2077 ; H. LECUYER, « Brèves observations sur la proposition de loi « portant réforme du divorce » », Dr. Fam. 2001, chr. n°26 ; D. GANANCIA, « Enfin un divorce du XXI^{ème} siècle », Gaz. Pal. 2001, doct., 2, p. 1808 ; J. HAUSER, obs. sous Civ. 2^{ème} 15 mars 2001 et 26 octobre 2000, R.T.D. Civ. 2001, p. 566, n°7 ; M. BRAZIER, « Le nouveau divorce : l'échec conjugal sans faute », Gaz. Pal. 2002, doct., 1, p. 300 ; F. BOULANGER, « Au sujet de la réforme française du divorce : la notion de rupture dans les droits européens et la survie des éléments subjectifs », D. 2002, chr. 590 ; F. COLCOMBET, « La réforme du divorce », D. 2001, Interview, 2901 ; J. VILLACEQUE, « Réflexions sceptiques d'un praticien sur la réforme du divorce », D. 2001, Point de vue 3355. La proposition de loi figure dans son intégralité à la suite de l'article de Monsieur LECUYER, art. précit.

²⁷⁰ V. *infra*, n°299.

Toutefois, les injustices auxquelles elle peut conduire, que ne résolvent ni l'obligation naturelle, ni les mécanismes du droit commun, conduisent à imposer à tout couple, indépendamment de son statut, une obligation civile de contribution aux charges de la vie commune.

Légitime dans l'organisation de toute vie commune, l'obligation de contribution aux charges de la vie commune dans le couple manifeste sa spécificité dans son principe par son caractère civil. Sa spécificité est plus marquée encore dans son régime.

Section 2. - Le régime de l'obligation civile de contribution aux charges de la vie commune

105. Si l'on admet que le fondement de l'institution juridique du couple envisagé dans sa dimension patrimoniale est l'entraide²⁷¹, la mise en œuvre de l'obligation civile de contribution aux charges de la vie commune, si elle était consacrée par le législateur, devrait en être le reflet. La solidarité qui unit les membres d'un couple devrait ainsi conduire à rejeter une égalité purement mathématique dans la contribution, de sorte que l'obligation de contribution aux charges de la vie commune devrait viser l'égalisation des niveaux de vie des membres du couple. Dans cette optique, l'article 214 du Code civil servirait utilement de modèle puisqu'il impose d'ores et déjà à l'époux le plus fortuné de communiquer son train de vie à son conjoint.

Une fois l'unité dans la mise en œuvre de l'obligation réalisée, il conviendra de s'interroger sur le sort des biens de consommation acquis par les membres du couple durant la vie commune, à l'aide des fonds affectés à l'entretien du couple. Afin de parer par avance les difficultés de preuve de la propriété de ces biens et de transcrire juridiquement le sentiment communément admis de leur propriété conjointe, il sera proposé de prolonger l'obligation de contribution par la création d'une masse de biens commune aux membres du couple, indépendamment de la forme de ce dernier.

106. L'obligation civile de contribution aux charges de la vie commune connaîtrait ainsi un régime juridique unitaire à la fois dans sa mise en œuvre, dominée par l'objectif de l'égalisation des niveaux de vie dans le couple (§ 1.) et dans son résultat, par la création d'une masse ménagère indivise dans le couple (§ 2.).

§ 1. L'unité dans la mise en œuvre : l'égalisation des niveaux de vie dans le couple

107. L'article 214 du Code civil requiert de l'époux le plus fortuné de communiquer son train de vie à son conjoint. La loi relative au pacs est en revanche muette sur l'objectif et, par conséquent, sur les modalités de l'aide mutuelle matérielle, réserve faite du renvoi à la convention des parties²⁷². A défaut de convention, l'article 4 du Code civil

²⁷¹ V. *supra*, n°23.

²⁷² Il est vrai que les professionnels, tels les notaires – à condition qu'ils soient sollicités pour la rédaction du pacte – auront à cœur d'inciter les parties à préciser les modalités de l'aide mutuelle matérielle qu'elles

impose au juge de suppléer la volonté des parties. Si le juge retient que l'objectif de la disposition est d'égaliser les niveaux de vie des partenaires, il devrait fixer les modalités de la contribution proportionnellement aux facultés respectives de chacun. Si une telle solution était adoptée, l'article 1134 du Code civil obligerait-il néanmoins le juge à respecter et à faire appliquer une convention alors même que les modalités fixées lui paraîtraient inéquitables ? Des questions identiques, relatives à l'objectif et à l'étendue de la contribution aux charges de la vie commune, se poseront au législateur s'il décide d'imposer au couple de concubins, ainsi que nous l'avons suggéré, une obligation civile de contribuer aux charges de la vie commune.

Le raisonnement par analogie devrait conduire à appliquer aux partenaires liés par un pacs, mais également aux concubins simples, l'objectif et la technique de l'article 214 du Code civil. Ce dernier devrait ainsi constituer le modèle d'un droit commun de la contribution aux charges de la vie commune au sein du couple. La justification de l'extension de l'objectif de l'article 214 à tous les couples (A.) précèdera donc logiquement l'extension de sa technique (B.).

A. L'extension de l'objectif de l'article 214 du Code civil aux autres couples

108. Le système de l'extension par analogie n'est légitime que dans la mesure où, « *ayant découvert la raison intime et décisive de la disposition légale, on en transporte l'effet et la sanction aux cas non prévus, dans lesquels se rencontrent des éléments identiques à ceux qui conditionnent la décision même du texte* »²⁷³. Par conséquent, l'extension analogique de l'objectif de l'article 214 du Code civil à l'obligation de contribution des autres couples suppose, en premier lieu, d'identifier l'objectif de la contribution aux charges du mariage (1.) puis, en second lieu, de justifier son extension à la contribution aux charges de la vie commune dans le couple (2.).

1. L'objectif de la contribution aux charges du mariage

109. L'objectif de l'égalisation des niveaux de vie des époux n'est pas expressément inscrit dans l'article 214 du Code civil, qui semble n'imposer une contribution

s'apporteront : soit à proportion de leurs facultés respectives, soit en fixant le pourcentage pour chacune des charges préalablement déterminées.

²⁷³ F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Tome 1, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1919, p. 34, °16. Sur le raisonnement par analogie, V. aussi G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec, 1993, p. 129.

des époux proportionnelle à leurs facultés respectives qu'en l'absence de convention contraire. La jurisprudence relative aux conventions d'organisation de la contribution aux charges du mariage témoigne cependant du fait qu'une telle convention n'est valable qu'autant qu'elle respecte l'objectif d'égalisation des niveaux de vie. La jurisprudence en admet en effet la révision judiciaire²⁷⁴, nonobstant l'article 1134 du Code civil, et alors même qu'insérée dans le contrat de mariage, sa modification devrait être soumise à la procédure de changement de régime matrimonial imposée par l'article 1397 du même code²⁷⁵.

110. Selon un auteur, la révision judiciaire est rendue possible par l'alinéa 2 de l'article 214 du Code civil, lequel dispose qu'un époux qui ne remplit pas ses obligations peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au Nouveau code de procédure civile²⁷⁶. Il semble cependant que l'époux qui exécute son obligation dans l'exacte mesure prévue dans la convention « *remplit ses obligations* » au sens de l'article 214, alinéa 2, sauf à admettre que cette dernière expression vise l'obligation à la charge de chaque époux de faire vivre son conjoint selon le même niveau social que le sien²⁷⁷.

²⁷⁴ Civ. 1^{ère} 3 février 1987, D. 1987, I.R. 37.

²⁷⁵ En faveur de l'application de l'article 1397 du Code civil, V. P. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, Famille, par P. MALAURIE, Cujas, 6^{ème} éd., 1998-1999, p. 518, n°913 ; M. GRIMALDI (sous la dir. de), Droit patrimonial de la famille, Dalloz Action, 2001-2002, p. 24, n°92.

Deux cas de figure sont alors envisageables. Ou bien les deux époux sont d'accord pour modifier leur convention matrimoniale, ou bien un seul d'entre eux le souhaite. Dans la première hypothèse, l'accord – le plus souvent informel – entre les époux, portant modification de la répartition de la contribution, serait nul ; les époux devraient rédiger une nouvelle convention en la forme notariée et la soumettre à l'homologation du juge. Il est vrai que le juge ne refusera certainement pas d'homologuer la convention modificative s'il constate le changement dans la situation respective des parties. Il est en effet conforme à l'intérêt de la famille que la répartition de la contribution soit en adéquation avec les possibilités des époux. Cependant, cette modification suppose de la part des époux la mise en œuvre d'une procédure longue et coûteuse, certainement inadaptée aux fluctuations de la vie quotidienne. La seconde hypothèse – celle du défaut d'accord des époux – rend impossible le recours à la procédure de l'article 1397 du Code civil. Toute convention notariée étant inenvisageable, l'époux désireux de modifier la convention se trouverait dans l'impasse.

²⁷⁶ J. MAURY (sous la dir. de), Les régimes matrimoniaux, Lamy, 1^{ère} éd., 1995, p. 32, n°1 à 19.

L'article 1069-6 du Nouveau code de procédure civile précise que « *La fixation de la contribution peut faire l'objet d'une nouvelle instance à la demande de l'un des époux, en cas de changement de la situation de l'un ou de l'autre* ». On ne saurait déduire de ce texte la possibilité d'une révision judiciaire de la convention des époux : si ce texte fait référence à une nouvelle instance, c'est uniquement dans l'hypothèse d'une contribution fixée par le juge dans une précédente instance. En ce sens, V. LARRIBAU-TERNEYRE, J.-Cl. Civ., art. 212 à 215, fasc. 10, 1998, p. 34, n°166.

²⁷⁷ Telle était la solution légale avant la loi du 11 juillet 1975 puisque l'alinéa 2 de l'article 214 du Code civil obligeait le mari à fournir à sa femme « *tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état* ». Ainsi, « *ce qui était demandé au mari, ce n'était pas de faire vivre une épouse dans le dénuement, c'était de la faire monter à son propre rang, de lui faire partager sa condition sociale* » (J. CARBONNIER, Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 508). La loi du 11 juillet 1975 a supprimé l'argument avec l'alinéa. Est-ce à dire pour autant que le remaniement de l'article 214 suffit à écarter toute considération du niveau social ? Rien n'est moins sûr à l'étude de la jurisprudence qui fait entrer les dépenses d'agrément dans les charges du mariage à la condition qu'elles soient conformes au

Sur cette obligation légale préexistante, une convention destinée à en fixer les modalités d'exécution peut cependant venir se greffer. La règle de l'autonomie de la volonté s'efface alors car il ne s'agit pas d'une véritable obligation contractuelle. C'est la raison pour laquelle la convention sera toujours révisable, par les membres du couple ou par le juge, afin qu'elle soit conforme à l'objectif d'égalisation des niveaux de vie. Cette théorie a été développée à propos des conventions relatives à l'obligation alimentaire²⁷⁸ et c'est sans doute la raison pour laquelle un certain nombre d'auteurs font prévaloir, comme fondement juridique de la révision judiciaire de la convention, le caractère alimentaire de la contribution aux charges du mariage²⁷⁹. Il semble pourtant préférable de fonder le caractère révisable de la convention sur l'objectif de l'égalisation des niveaux de vie des époux, en particulier pour éviter toute confusion entre obligation de contribution aux charges du mariage et obligation alimentaire²⁸⁰.

Par analogie, l'objectif de la contribution aux charges du mariage devrait être étendu à la contribution aux charges de la vie commune du couple non marié, uni ou non par un pacs.

2. *L'objectif de la contribution aux charges du mariage, modèle de l'obligation de contribution aux charges de la vie commune dans le couple*

111. Le silence de la loi sur l'objectif et les modalités de l'aide mutuelle matérielle entre partenaires d'un pacs est problématique. Il existe certes des indices qui conduisent à faire pencher l'interprète pour la parenté entre l'aide mutuelle matérielle et l'obligation de contribution aux charges du mariage, en d'autres termes une contribution destinée à égaliser les niveaux de vie des partenaires. Il en est ainsi du rapprochement de l'article 515-4, alinéa 1^{er}, du Code civil avec l'article 6-1 du Code général des impôts, relatif à l'imposition commune des partenaires. L'avantage fiscal résultant de l'imposition commune ne se justifie en effet que si le partenaire le plus fortuné a l'obligation de faire vivre l'autre sur le même

train de vie du ménage (V. *supra*, n°117). Pour un certain nombre d'auteurs, l'article 214 représente toujours l'obligation, pour le plus fortuné des époux, d'assurer à un conjoint un niveau de vie égal au sien. En ce sens, H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, Tome 1, 3^{ème} vol., *La famille*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 1995, par L. LEVENEUR, p. 505, n°1086 ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1993, p. 756, n°1031. Un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux parle de l'« obligation faite à chaque époux de tenir son rang social » (Bordeaux, 14 juin 2000, Dr. Fam. 2001, comm. n°1, note H. LECUYER).

²⁷⁸ G. CORNU, note sous Civ. 30 janvier 1958, D. 1958, 689, spéc. 691 ; H. SINAY, « Les conventions sur les pensions alimentaires », R.T.D. Civ. 1954, p. 228.

²⁷⁹ V. J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome 2, *La famille, l'enfant, le couple*, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 497 ; G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 9^{ème} éd., 1997, n°10, p. 86 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 52, n°63, note 2.

²⁸⁰ V. *supra*, n°57 et s.

train de vie que lui. Socialement utile, cette forme de solidarité privée est encouragée par la loi, par le truchement de l'imposition commune sur les revenus. La décision du Conseil constitutionnel selon laquelle, « *dans le silence du pacte, il appartiendra au juge du contrat, en cas de litige, de définir les modalités de cette aide en fonction de la situation respective des partenaires* »²⁸¹ constitue également un indice en faveur de l'égalisation des niveaux de vie des partenaires. En effet, la prise en considération de la situation respective des parties évoque irrésistiblement l'idée de contribution proportionnelle aux facultés respectives de chacun. S'il n'était que ces indices, l'extension de l'objectif de l'article 214 du Code civil à l'article 515-4 du même code ne serait cependant pas incontestable.

Seule « *l'identité de substance juridique* »²⁸² entre le couple marié et le couple uni par un pacte civil de solidarité permet d'appliquer par analogie à l'obligation de contribution des partenaires d'un pacs l'objectif de la contribution aux charges du mariage. Or, les éléments qui ont présidé à l'élaboration de l'article 214 du Code civil, relatif à la contribution aux charges du mariage, sont les mêmes que ceux qui ont conduit le législateur à imposer aux partenaires liés par un pacs une aide mutuelle matérielle. Il s'est agi d'organiser la solidarité au quotidien entre deux personnes formant un couple, en imposant à chacun de ses membres d'affecter une partie de ses biens, proportionnellement à ses ressources, au règlement des dépenses communes. Dans un premier temps, cette solidarité n'a été envisagée qu'au sein du couple marié. Dans un second temps, des considérations politiques, économiques, sociologiques et morales ont conduit à concevoir l'entraide au sein d'un couple non uni par les liens du mariage mais ayant choisi de se soumettre à un statut d'organisation de la vie commune, précisément baptisé pacte civil de *solidarité*.

Dès lors, si la jurisprudence n'adopte pas ce raisonnement par analogie et refuse de se laisser guider, dans la mise en œuvre de l'aide mutuelle et matérielle, par l'objectif d'égalisation des niveaux de vie contenu dans l'article 214 du Code civil, « *c'est seulement le fantôme de la solidarité qui présidera aux relations entre les partenaires. Non seulement les modalités de l'« aide mutuelle et matérielle » sont abandonnées à l'autonomie de la volonté, ce qui permettra de la réduire à presque rien, mais encore chaque partie est libre de s'en dédire à tout moment. (...) On peut ainsi s'engager pour le meilleur et se dégager quand vient le pire. Pas trace ici de solidarité, c'est-à-dire d'une obligation non négociable de secours mutuel* »²⁸³. La raison d'être des articles 214 et 515-4 du Code civil étant la même, l'extension de l'objectif d'égalisation des niveaux de vie de l'article 214 à l'article 515-4

²⁸¹ Cons. constit. 9 novembre 1999, Pacs, Le pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 70 et s., § 31.

²⁸² F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Tome 1, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1919, p. 34, °16.

²⁸³ A. SUPIOT, « Les mésaventures de la solidarité civile (Pacte civil de solidarité et système d'échanges locaux) », Dr. Soc. janvier 1999, p. 69.

paraît légitime. L'analogie entre le couple marié et le couple de concubins conduit à une conclusion identique.

112. En droit positif, il se dégage des décisions ayant admis l'obligation naturelle des concubins de contribuer aux charges de la vie commune, et de la portée qu'elles lui attribuent, une surprenante ressemblance avec l'article 214 du Code civil. Quant à l'objectif de l'obligation naturelle de contribution, il ressort de la jurisprudence que les sommes versées par le concubin ne sauraient excéder une contribution proportionnelle à ses ressources²⁸⁴. D'ores et déjà, l'obligation naturelle des concubins de contribuer aux charges de la vie commune a donc le même objectif que l'obligation civile des époux de contribuer aux charges du mariage.

La question se pose alors de savoir si, en droit prospectif, l'obligation de contribution des concubins devrait emprunter au couple marié non seulement sa force obligatoire mais, au surplus, sa finalité. A l'instar de l'aide mutuelle matérielle, on pressent que l'application de la règle a la même raison d'être dans les trois hypothèses de couple. Il s'agit d'organiser l'entraide au quotidien entre deux personnes formant un couple. Or, l'entraide ne se limite pas à une contribution strictement égalitaire. Elle consiste en effet à imposer au plus fortuné des deux de communiquer son train de vie à l'autre. Certes, les époux et les partenaires liés par un pacs ont pris un engagement, ce qui différencie profondément leur situation de celle des concubins. Toutefois, l'analogie ne postule pas une identité de nature. En effet, « *l'extension analogique d'une règle n'en est pas l'application directe* »²⁸⁵. Il ne s'agit donc pas d'appliquer aux concubins l'obligation civile faite aux époux de contribuer aux charges du mariage, mais seulement d'en retenir l'objectif. C'est dire que l'analogie est partielle, l'emprunt fragmentaire²⁸⁶.

²⁸⁴ La solution a déjà été admise par les juridictions du fond sans pour autant qu'elles lui aient donné comme fondement l'obligation naturelle. V. Bordeaux, 17 juin 1998, Dr. Fam. 1999, comm. n°1, note H. LECUYER : « *le premier juge a exactement apprécié par une motivation adaptée que leur montant (...) n'excédait pas une équitable participation aux charges de la vie commune (...) ces sommes correspondaient de façon manifeste aux possibilités financières et au train de vie habituel de l'appelant* ». Dans le même sens, à propos de la répétition de l'indu, Paris, 15 janvier 1999, Dr. Fam. 1999, comm. n°111, note H. LECUYER : la Cour, bien que demeurant très floue sur le fondement du droit à remboursement de la concubine, justifiait ce dernier en soulignant que les sommes versées dépassaient très largement la contribution de la concubine aux charges du ménage.

²⁸⁵ G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec, 1993, p. 132.

²⁸⁶ G. CORNU, art. précit., p. 139, note 34. L'auteur se montre ainsi favorable à l'extension au ménage de fait des règles de l'obligation et de la contribution aux charges du mariage : « *il ne s'agirait pas d'admettre l'application directe à l'union libre des articles 214 et 220 du Code civil, mais, à découvert, le recours ostensible à l'extension analogique, sur la force autonome et suffisante de l'analogie, qui, s'agissant de relations stables et continues (point à vérifier in casu), réunit ici tous les éléments de sa légitimité : le principe commun (sécurité des tiers, équité entre intéressés) et la similitude des cas (ménage réel et patent)* » (art. précit., p. 140).

113. Il convient à cet égard d'insister sur le fait qu'il n'est pas question de créer un mariage par possession d'état, mais de dégager les règles formant un droit commun impératif de la vie en couple. En d'autres termes, il s'agit d'isoler les règles rendues nécessaires par la vie en couple, indépendamment de l'existence d'un engagement personnel ou patrimonial. Du reste, la raison qui légitime l'analogie repose le plus souvent sur la seule similitude des situations²⁸⁷. En l'espèce, la situation des époux, des partenaires unis par un pacs et des concubins simples est semblable en ce qu'ils forment un couple dont le fondement souhaitable est l'entraide. Ce dénominateur commun a d'abord conduit à leur imposer une obligation civile de contribution aux charges de la vie commune. Il induit ensuite une réalisation fondée sur la solidarité. Dès lors qu'il s'agit de mettre en œuvre cette obligation similaire de contribution aux charges de la vie commune dominée par l'idée de solidarité, on en vient alors logiquement et naturellement à appliquer par analogie la disposition qui constitue le modèle de mise en œuvre d'une telle obligation, à savoir l'article 214 du Code civil.

Telle est du reste la solution adoptée par certaines législations étrangères qui ont emprunté à la législation du mariage l'objectif et la technique de la contribution aux charges de la vie commune. Ainsi, d'après l'article 1477, alinéa 3, du Code civil belge, « *les cohabitants légaux contribuent aux charges de la vie commune en proportion de leurs facultés* ». De même, les articles 3-2 et 22-2 de la loi du 15 juillet 1998 de la Généralité de Catalogne édictent l'obligation pour les membres du couple stable de contribuer aux charges communes à proportion de leurs ressources ou des revenus de leurs biens²⁸⁸.

114. L'extension par analogie de la technique de l'article 214 du Code civil, complémentaire de l'extension par analogie de son objectif, ne consiste pas davantage à imposer aux couples non mariés l'obligation de contribution aux charges du mariage de l'article 214 du Code civil, mais à en emprunter la technique, achevée s'il en est.

B. L'extension de la technique de l'article 214 du Code civil

115. Sans être parfaite, la technique mise en place par l'article 214 du Code civil aux fins d'égaliser les niveaux de vie des époux est l'aboutissement d'années de réflexion. Elle est par conséquent susceptible de constituer le modèle de la réalisation de l'obligation de contribution aux charges de la vie commune du couple, sans qu'il soit utile de créer de

²⁸⁷ G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec, 1993, p. 139.

²⁸⁸ Sur la notion de couple stable, V. *supra*, n°34.

toutes pièces des règles différentes. Sous réserve de quelques adaptations, la mesure de l'affectation des biens du couple marié aux charges du mariage (1.) ainsi que son assiette (2.) pourraient donc être transposées à l'obligation d'affectation des biens du couple non marié aux charges de la vie commune.

1. La mesure de l'affectation

116. Pour la réalisation de l'objectif d'égalisation des niveaux de vie, l'obligation d'affectation des membres du couple non marié pourrait emprunter à celle du couple marié, en tant qu'ils sont compatibles avec l'absence de mariage, la définition de sa hauteur (a.) ainsi que les critères de sa répartition (b.).

a). La hauteur de l'affectation

117. La notion de charges de la vie commune pourrait emprunter à la notion de charges du mariage la plupart de ses éléments de définition, à condition qu'ils soient compatibles avec toutes les formes de couple.

Comme les charges du mariage, les charges de la vie commune ne devraient pas se limiter aux dépenses indispensables, telles les dépenses de logement, de nourriture, de vêtements, de transport ou de santé. Elles pourraient inclure des dépenses de prévoyance²⁸⁹ ou d'agrément²⁹⁰, à la condition toutefois qu'elles soient conformes au train de vie du ménage. Les dépenses engagées conformément au train de vie déterminé d'un commun accord, même si celui-ci excède les capacités financières du couple, devraient ainsi être

²⁸⁹ V. Civ. 1^{ère} 1^{er} mars 1972, D. 1973, 57, note A. BESSON ; J.C.P. 1973, éd. G, II, 17311, note J. P. ; Defrénois 1973, art. 30378, p. 815, obs. J.-L. AUBERT. La Cour de cassation qualifie la souscription par le mari d'une assurance individuelle contre les accidents à son profit personnel d'« acte de prévoyance familiale », les primes d'une telle assurance devant par conséquent « être regardées comme une charge résultant du mariage ».

²⁹⁰ V. Civ. 1^{ère} 22 avril 1981, Bull. civ. I, n°127, Gaz. Pal. 1981, jurispr., 2, p. 583, note D. DE LA MARNIERRE, pour des frais de vacances. Un auteur parle de dépenses « affectées au bien-être du ménage » (E. ABITBOL, « La contribution aux charges du mariage et son contentieux différé », in Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz Sirey, 1985, p. 1, n°1).

La notion de « charges du mariage » est par conséquent plus large que celle de « dépenses destinées à l'entretien du ménage et à l'éducation des enfants » visée par l'article 220 du Code civil. Ainsi, l'affectation des biens du couple à son entretien est plus large que l'affectation des biens du couple à son crédit (V. *supra*, n°117 et s.). Les travaux préparatoires de la loi de 1965 l'attestent : au Sénat, un amendement tendant à substituer à l'expression « charges du mariage » celle de « charges relatives à l'entretien du ménage et à l'éducation des enfants » fut repoussé, motifs pris de ce que la première expression couvre traditionnellement plus de dépenses (A. COLOMER, Droit civil, Régimes matrimoniaux, Litec, 11^{ème} éd., 2002, p. 67, n°106).

supportées par ses deux membres. A défaut d'accord, il appartiendrait au juge de déterminer le train de vie du ménage en fonction de ses ressources globales²⁹¹.

La jurisprudence qui reconnaît l'existence d'une obligation naturelle de contribution entre les concubins se prononce déjà en ce sens. D'une part, la contribution couvre les dépenses « ordinaires »²⁹², celles qui relèvent de la contribution « normale » aux charges du ménage²⁹³, telles les dépenses médicales ou relatives à l'amélioration du cadre de vie du couple²⁹⁴. D'autre part, le montant de cette contribution naturelle est déterminé en fonction des revenus de chacun des membres du couple et de leur train de vie²⁹⁵.

118. Même si elles ne se limitent pas aux dépenses vitales, les charges de la vie commune, comme les charges du mariage, ne sauraient inclure des dépenses en capital, telle une acquisition immobilière, même promise au logement du couple. Telle est déjà la position de la jurisprudence lorsqu'elle reconnaît l'obligation naturelle des concubins de contribuer aux charges de la vie commune. Cette dernière ne saurait justifier l'ensemble des transferts : « au ménage les assurances, les impôts locaux, l'amélioration des logements communs et l'achat de mobilier, à chacun les apports de sommes pour les acquisitions d'immeubles »²⁹⁶. L'affectation à l'entretien du couple qui passe par la technique de l'obligation de contribution est, en effet, une affectation minimale destinée à intégrer un droit commun impératif du couple. Si les membres du couple souhaitent une affectation plus large aux charges de la vie commune, marquant leur volonté d'entraide maximale, il leur appartient d'adopter un régime de communauté²⁹⁷.

²⁹¹ R. CABRILLAC, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Montchrestien, Domat Coll. Droit privé, 4^{ème} éd., 2002, p. 32, n°33.

²⁹² Nîmes, 15 juin 2000, Dr. Fam. 2001, comm. n°54, note H. LECUYER.

²⁹³ V. Paris, 27 avril 1987, D. 1987, I.R. 123 : la concubine n'est pas fondée à demander aux héritiers le remboursement de dépenses de participation à l'entretien du domicile commun « s'il n'apparaît pas que ces dépenses ont excédé la contribution normale aux charges du ménage ».

²⁹⁴ Paris, 2 avril 1999, D. 1999, I.R. 121.

²⁹⁵ Paris, 16 février 1999, Dr. Fam. 1999, comm. n°95, note H. LECUYER ; Bordeaux, 17 juin 1998, Dr. Fam. 1999, comm. n°1, note H. LECUYER.

²⁹⁶ J. HAUSER, obs. sous Versailles, 28 avril 1994, R.T.D. Civ. 1995, p. 331. V. aussi Paris, 2 avril 1999, D. 1999, I.R. 121 : il n'y a pas lieu à remboursement pour le logement gracieux, les soins ou l'amélioration du cadre de vie, *a contrario* des travaux de ravalement effectués par le concubin sur un immeuble appartenant à la concubine sont considérés comme n'apportant aucune amélioration aux locaux, d'où l'obligation pour la concubine de rembourser les frais liés à ces travaux.

²⁹⁷ Sur le régime de communauté, technique d'affectation maximale aux charges de la vie commune, V. *infra*, n°496

En faveur de la qualification de charge du mariage d'une acquisition immobilière si elle représente le seul moyen d'assurer le logement de la famille, J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd. 2001, p. 52, n°62 ; J. PATARIN et G. MORIN, La réforme des régimes matrimoniaux, Tome 1, Répertoire du Notariat Defrénois, 4^{ème} éd., 1977, p. 23, n°12. Ces auteurs s'appuient sur l'arrêt de la première chambre civile du 20 mai 1981 (Bull. civ. I, n°176) dont le sommaire énonce que « la contribution aux charges du mariage est distincte, par son fondement et par son but, de l'obligation alimentaire, et peut inclure des

L'interprétation jurisprudentielle de l'article 214 du Code civil selon laquelle l'impôt sur le revenu ne constitue pas une charge du mariage va dans le même sens²⁹⁸ ; le législateur n'a pas souhaité imposer aux époux, comme il n'est pas souhaitable de l'imposer aux autres couples, de contribuer à toutes les dépenses nées pendant la vie de couple.

119. Proches sur bien des points des charges du mariage, les charges de la vie commune s'en distingueraient cependant s'agissant des enfants. En effet, les charges du mariage incluent traditionnellement les dépenses destinées aux enfants, révélant en cela l'une des spécificités du mariage, structure d'accueil des enfants du couple. Dans la mesure où le concubinage et le pacs ne répondent pas à cette fonction²⁹⁹, les charges de la vie commune auxquelles les membres du couple devraient contribuer se limiteraient aux dépenses destinées au couple *stricto sensu*.

De manière générale, la contribution à l'entretien des enfants relève d'un droit commun du couple parental – marié ou non, uni ou désuni – consacré par la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (C. civ., art. 371-2) et non d'un droit commun de l'organisation de la vie en couple. Quant à la contribution aux dépenses destinées aux enfants non communs, elle fait partie d'une réflexion plus vaste sur les familles recomposées et sur le statut des beaux-parents ou assimilés que ne saurait résoudre, sans réflexion préalable, la seule acception large de la notion de charges de la vie commune dans un droit commun impératif de la vie en couple.

120. Dans la limite des dépenses incluses dans les charges de la vie commune, le législateur pourrait imposer au couple non marié les mêmes critères de répartition de l'affectation que l'article 214 du Code civil impose au couple marié, destinés à réaliser l'égalisation des niveaux de vie.

dépenses d'agrément, telle l'acquisition d'une résidence secondaire ». L'argument est cependant critiquable. En effet, si la Cour de cassation rejette le pourvoi fondé sur la violation de l'article 214 du Code civil, elle se contente d'affirmer que la contribution aux charges du mariage se distingue de l'obligation alimentaire, et peut inclure des dépenses d'agrément sans reprendre l'affirmation de la Cour d'appel relative à l'achat d'immeubles.

²⁹⁸ V. en dernier lieu, Civ. 1^{ère} 19 mars 2002, D. 2002, somm. comm. 2240, obs. V. BREMOND.

Sur la controverse, V. G. CHAMPENOIS, obs. sous Civ. 1^{ère} 22 février 1978, Defrénois 1979, art. 32162, p. 1167, n°100 et D. MARTIN, note sous Civ. 1^{ère} 22 février 1978, D. 1978, 603.

²⁹⁹ Au mutisme de la loi sur le sujet, il faut ajouter la décision du Conseil constitutionnel, lequel s'est clairement prononcé en ce sens : « la loi est sans incidence sur les autres titres du Livre 1^{er} du Code civil, notamment ceux relatifs aux actes d'état civil, à la filiation, à la filiation adoptive et à l'autorité parentale, ensemble de dispositions dont les conditions d'application ne sont pas modifiées par la loi déferée (...) la loi n'a pas davantage d'effet sur la mise en œuvre des dispositions législatives relatives à l'assistance médicale à la procréation, lesquelles demeurent en vigueur et ne sont applicables qu'aux couples formés d'un homme et d'une femme » (Cons. constit. 9 novembre 1999, pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, Considérant n°4, p. 72).

b). La répartition de l'affectation

121. La répartition de l'affectation des biens du couple à son entretien pourrait être conventionnelle. Toutefois, à l'instar des époux, la liberté des parties serait subordonnée au respect de l'objectif légal d'égalisation des niveaux de vie des membres du couple.

122. Les articles 214, alinéa 1^{er}, et 515-4, alinéa 1^{er}, du Code civil invitent les membres du couple à aménager conventionnellement les modalités de leur contribution aux charges de la vie commune. De même, certains praticiens suggèrent aux concubins de fixer conventionnellement la mesure de leur contribution aux charges de la vie commune³⁰⁰. Si le législateur décide, comme nous le préconiserons, d'ouvrir au couple, indépendamment de l'existence d'un engagement de mariage, les régimes de biens originellement réservés au couple marié³⁰¹, les membres d'un couple non marié auront, comme les époux, le choix d'aménager les modalités de leur contribution aux charges de la vie commune au sein du contrat relatif à leur régime de biens ou dans une convention extérieure.

Les membres d'un couple pourraient ainsi répartir les différentes dépenses communes, ou encore fixer des modalités d'exécution de la contribution en nature. La contribution peut en effet se traduire par la mise à disposition d'un bien. Tel est le cas, par exemple, de la mise à disposition par l'un des partenaires d'un immeuble personnel au logement principal du couple. Les membres du couple peuvent également stipuler que l'un d'entre eux affectera son travail, professionnel ou domestique, au titre de sa participation aux charges de la vie commune, ainsi que le prévoyait de façon expresse pour le couple marié l'article 214, alinéa 3, du Code civil tel qu'il résultait de la loi du 13 juillet 1965. En dépit de l'abrogation de ce texte pour des raisons évidentes de promotion de la participation égalitaire et proportionnelle du mari et de la femme aux charges du mariage, le principe demeure et vaut aujourd'hui pour les deux époux, et plus généralement pour les deux membres du couple³⁰². L'activité au foyer de l'un, ou sa collaboration bénévole à la profession de l'autre, constitueraient donc des modes d'exécution de l'obligation de contribution. La question de savoir si le partenaire qui n'affecte que son travail contribue suffisamment et de manière équitable aux charges de la vie commune est plus délicate. Pour Messieurs FLOUR et CHAMPENOIS, il convient de se référer au salaire qui devrait être versé à un employé accomplissant la même tâche ; « *mais*

³⁰⁰ V. J. CHARLIN, « Le contrat de concubinage. Formule », J.C.P. 1991, éd. N, p. 459.

³⁰¹ V. *infra*, n°617 et s.

³⁰² V. en ce sens J. PATARIN, note sous Civ. 1^{ère} 24 octobre 1978, J.C.P. 1979, éd. G, II, 19220. Pour Messieurs FLOUR et CHAMPENOIS, l'abrogation de l'ancien alinéa 3 de l'article 214 du Code civil signifie simplement qu'il ne saurait s'agir d'une modalité spécifique de la contribution féminine (Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 56, n°66).

ce n'est qu'un élément d'appréciation qu'il convient de situer dans un contexte familial déterminé. Aussi, dans un ménage aisé, il peut être admis que la femme, par exemple, fournit une contribution suffisante par son travail au foyer, sans avoir à prélever sur les revenus de ses biens propres »³⁰³. Tant que l'accord règne entre les membres du couple, le partenaire au foyer, même s'il a du capital, pourrait se contenter de contribuer en nature aux charges de la vie commune. A tout moment, le juge pourrait cependant être saisi pour sanctionner le non respect de l'affectation par l'un des membres du couple, proportionnelle à ses ressources.

123. La liberté laissée au couple ne doit pas, en effet, faire illusion.

En premier lieu, cette liberté n'existe qu'autant qu'est respectée l'obligation civile de contribuer aux charges de la vie commune. La convention ne saurait, dès lors, dispenser l'un des membres du couple de toute contribution³⁰⁴. En second lieu, la répartition conventionnelle de l'affectation ne subsiste qu'en ce qu'elle est conforme à l'objectif légal d'égalisation des niveaux de vie qui se traduit, techniquement, par une répartition proportionnelle aux facultés respectives. A cet égard, l'interprétation jurisprudentielle des « *facultés respectives* » des membres du couple serait identique, que le couple soit marié ou non.

Cette notion impose de mettre en balance les charges et les ressources pécuniaires des membres du couple. Entre époux, le principe de l'affectation des gains et salaires résulte expressément de l'article 223 du Code civil. Point n'est besoin toutefois de transposer cette disposition au couple non marié, les facultés de ses membres englobant nécessairement leurs gains et salaires³⁰⁵. Sont également prises en considération les pensions de retraite ou d'invalidité³⁰⁶ et les revenus des capitaux. Si une partie de la doctrine n'exclut pas la possibilité de fixer l'étendue du montant de la contribution en fonction des ressources en

³⁰³ J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 57, n°66, note 1.

En ce sens, J. PATARIN et G. MORIN, La réforme des régimes matrimoniaux, Tome 1, Répertoire du Notariat Defrénois, 4^{ème} éd., 1977, p. 24, n°14. Néanmoins, pour ces auteurs, il ne saurait être question d'assimiler l'activité de la femme à une activité salariée quelconque ; le tribunal pourrait ainsi, selon les convenances familiales et sociales, retenir une évaluation supérieure ou inférieure au salaire normal (*op. cit.*, p. 26, n°17).

³⁰⁴ V. *supra*, n°121 et s.

³⁰⁵ V. cependant *infra*, n°683, l'utilité d'inscrire le principe pour chacun des membres du couple de percevoir et de disposer librement de ses gains et salaires si le législateur décidait d'ouvrir au couple non marié l'accès aux régimes matrimoniaux.

³⁰⁶ Civ. 1^{ère} 5 février 1991, Defrénois 1991, art. 35047, p. 667, n°33, obs. J. MASSIP. La Cour de cassation affirme que les pensions de retraite et d'invalidité, malgré leur insaisissabilité, doivent être prises en considération pour évaluer les ressources d'un débiteur d'aliments. *A fortiori*, la solution doit être la même s'agissant de la fixation du montant de la contribution dont l'objet excède la simple notion d'aliments. V. aussi sur ce point et, plus généralement, sur l'appréciation des ressources respectives pour fixer la contribution, J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, R.T.D. Civ. 1991, p. 709 et s.

capital des époux³⁰⁷, la Cour de cassation quant à elle n'exige pas que soit prise en considération la valeur du capital du débiteur, ni que celui qui possède un capital substantiel soit contraint de l'aliéner³⁰⁸. Les époux ne semblent donc exposés qu'à la mise en œuvre de leur responsabilité en cas de mauvaise gestion, voire à une obligation de gestion utile³⁰⁹. Il faut approuver cette interprétation qui limite l'atteinte au libre exercice de la propriété, car seule une entraide minimale est susceptible d'être imposée, à titre impératif, au couple marié. Libre aux époux d'opter pour une entraide maximale, en choisissant de se soumettre à un régime de biens communautaire. La démonstration vaut *a fortiori* pour le couple non marié. Dégager les règles d'un droit commun impératif de la vie en couple, rendu nécessaire par la communauté de vie et la conception solidaire du couple, ne devrait en aucun cas conduire à imposer une solidarité maximale à ses membres. Ainsi, l'obligation de contribution aux charges de la vie commune ne devrait pas aboutir à la vente forcée, par l'un des membres du couple, de tout ou partie de son capital.

La détermination des sanctions du non respect de l'affectation à l'entretien du couple témoigne également de ce souci du respect de l'indépendance de chacun des partenaires.

2. Les sanctions du non respect de l'affectation

124. Durant toute la durée du mariage, les époux peuvent saisir le juge, pour que celui-ci ordonne les mesures nécessaires au respect de l'affectation. Se pose alors la question, pour chacune de ces mesures, pour l'heure réservées au mariage, de la légitimité de leur transposition au couple non marié³¹⁰.

125. Le respect de l'affectation est, en premier lieu, assuré par l'exécution forcée de l'obligation de contribution aux charges du mariage (C. civ., art. 214, al. 2). Pour obtenir l'exécution du jugement de condamnation, plusieurs procédures particulières sont alors

³⁰⁷ V. J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome 2, *La famille, l'enfant, le couple*, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 497. Pour Monsieur PATARIN (note sous Civ. 1^{ère} 7 juin 1974, J.C.P. 1975, éd. G, II, 17974), « l'intérêt du ménage, qui est d'abord l'intérêt commun des deux époux, prime l'intérêt égoïste de l'époux qui possède des capitaux suffisants », mais uniquement dans des circonstances particulières, dans l'hypothèse où les époux auraient à faire face à une dépense importante, à laquelle ils sont tenus de contribuer en vertu de leur obligation aux charges du mariage.

³⁰⁸ V. Civ. 1^{ère} 27 octobre 1992, D. 1993, 422, note C. PHILIPPE, R.T.D. Civ. 1993, p. 181, obs. F. LUCET et B. VAREILLE et, en dernier lieu, Douai, 6 juillet 2000, J.C.P. 2001, éd. G, IV, 2541 : « possédant un bien immobilier inoccupé mais susceptible de produire des revenus, il [l'époux] est présumé avoir des ressources supérieures à la pension d'invalidité de 5500 F retenue par les premiers juges ».

³⁰⁹ C. PHILIPPE, note précit. sous Civ. 1^{ère} 27 octobre 1992.

³¹⁰ Seules seront cependant évoquées, pour l'heure, les sanctions intervenant pendant la vie en couple, celles intervenant après sa rupture étant étudiées dans le cadre de la liquidation de la vie du couple. V. *infra*, n°289 et s.

proposées à l'époux créancier, qui toutes dérogent au droit commun dans le but de favoriser l'exécution de la contribution aux charges du mariage³¹¹. Elles font partie de ces techniques « favorisant les affectations jugées socialement ou économiquement utiles »³¹². Dans la mesure où l'affectation du couple non marié à son entretien est tout aussi socialement et économiquement utile que celle qui prévaut dans le couple marié, ces procédures pourraient lui être transposées. Toutefois, celles-ci révèlent essentiellement leur utilité après rupture de la communauté de vie, symptôme le plus fréquent de la crise entre les membres d'un couple. Or, dans la mesure où la cessation de la communauté de vie entraîne la disparition du couple de concubins et, corrélativement, de l'obligation de contribution de ses membres, ces procédures ne dévoileront toute leur utilité que pour les couples engagés, unis par le mariage ou par un pacs, lesquels voient le devoir d'entraide survivre après rupture de la communauté de vie³¹³.

Il pourrait également être étendu au couple non marié la sanction pénale de l'abandon de famille (C. pén., art. 227-3)³¹⁴.

126. En second lieu, l'intervention judiciaire destinée à assurer le respect de l'affectation des biens des époux aux charges du mariage peut se réclamer des articles 217, 219 et 220-1 du Code civil.

Sur le fondement de l'article 217 du Code civil, l'époux qui ne pouvait se passer du consentement ou du concours de l'autre peut être autorisé à agir seul, dans l'hypothèse où son conjoint est hors d'état de manifester sa volonté ou lorsque son refus n'est pas justifié

³¹¹ La procédure du paiement direct des pensions alimentaires (N.C.P.C., art. 1069-5), la procédure de recouvrement public des pensions alimentaires en cas d'échec des voies d'exécution de droit privé, la procédure par laquelle le créancier peut demander à l'organisme débiteur des prestations familiales une aide au recouvrement pour d'autres créances de nature voisine et notamment pour la contribution aux charges du mariage (C.S.S., art. L. 543-5-1, III, al. 3).

³¹² S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit français*, L.G.D.J., 1976, p. 345, n°400 et s.

³¹³ V. *supra*, n°100.

³¹⁴ Pour être constitué, le délit d'abandon de famille suppose une pension, contribution ou prestation de toute nature, due en raison d'une obligation familiale prévue aux Titres V, VI, VII ou VIII du Livre 1^{er} du Code civil. Or, le pacs est réglementé dans le Titre XII de ce livre. La dette n'étant pas visée par le Code pénal, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale exclut que le non versement de la dette puisse faire l'objet de poursuites pour abandon de famille contre le débiteur. En faveur d'une modification de l'article 227-3 du Code pénal, en ajoutant au titre des dettes visées le Titre XII du Livre 1^{er} du Code civil, A. BOURRAT-GUEGUEN, « Les incidences du pacs en droit pénal », in *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 215 : « le législateur a entendu, dans le cadre du délit d'abandon de famille, protéger efficacement et de manière très large tous les débiteurs d'aliments : on ne voit donc pas pourquoi il conviendrait d'exclure le pacsé. La jurisprudence semble d'ailleurs s'orienter vers l'admission d'une condamnation pour abandon de famille en l'absence d'une des obligations familiales visées par le texte ».

En revanche, selon Madame BOURRAT-GUEGUEN (*ibid.*), il est possible de poursuivre le débiteur pour organisation frauduleuse de son insolvabilité car l'article 314-7 du Code pénal ne fait pas expressément référence aux dispositions du Code civil.

par l'intérêt de la famille. Il doit cependant s'agir d'« *un acte pour lequel le concours ou le consentement du conjoint* » du requérant « *serait nécessaire* » (C. civ., art. 217, al. 1^{er}). Ainsi, le requérant ne peut invoquer l'article 217 qu'à condition qu'il ait « *un titre d'intervention* », un pouvoir sur le bien sur lequel l'acte est envisagé. Ce pouvoir peut résulter de la propriété exclusive ou partagée du bien mais il pourrait également, en théorie, résulter de son affectation. Cependant, l'affectation des biens des époux aux charges du mariage ne devrait pas pouvoir être considérée comme suffisante pour fonder un pouvoir du requérant sur les biens que son conjoint a affectés aux charges de la vie commune et sur lesquels il ne dispose d'aucun autre pouvoir.

En revanche, si l'un des époux est hors d'état de manifester sa volonté, son conjoint peut le représenter en vertu de l'article 219 du Code civil et, partant, gérer seul l'affectation des biens du couple au paiement des charges du mariage.

Au surplus, dans l'hypothèse où l'un des conjoints, par un manquement grave à ses devoirs d'époux – que caractérise certainement le non-respect de l'affectation au paiement des charges du mariage³¹⁵ – met en péril l'intérêt de la famille, l'article 220-1 du Code civil permet au juge de prescrire un certain nombre de mesures urgentes. Le juge peut ainsi, sur le fondement de l'article 220-1, rendre indisponibles pour l'époux non-respectueux de son obligation de contribution les sommes portées sur un compte joint destiné à payer les dépenses communes.

Ces procédures devraient pouvoir être transposées aux couples non mariés afin d'assurer le respect de l'affectation aux charges de la vie commune. L'extension au couple non marié de l'article 219 du Code civil satisferait en outre la légitime aspiration des concubins d'avoir la possibilité de représenter leur compagnon de vie, en particulier lorsque ce dernier est soumis à un régime d'assistance ou de représentation³¹⁶.

127. Sur le modèle du droit du mariage, la protection de l'affectation des biens des membres du couple aux charges de la vie commune ne devrait se traduire ni par l'indisponibilité ni par un quelconque transfert de propriété des biens ou des sommes

³¹⁵ La contribution aux charges du mariage pesant sur tout époux indépendamment de son régime matrimonial, « *il paraît nécessaire de pouvoir sanctionner en amont toute faute qui, commise dans le régime matrimonial quel qu'il soit, mettrait obstacle à l'accomplissement de cette contribution* » (P. DUBOIS, J.-Cl. Civ., art. 216 à 226, fasc. 40, 1989, p. 9, n°39). C'est ce qui expliquerait qu'une décision remarquée ait présenté l'intempérance d'un époux comme un manquement à un devoir conjugal : T.G.I. Saint-Brieuc 1^{er} juin 1967, D.S. 1967, somm. 89. D'aucuns ont pu qualifier ce devoir de « *virtuel* » (P. DUBOIS, J.-Cl. précit., p. 9, n°40). Ne serait-il pas l'expression d'un devoir de bonne gestion pour une meilleure affectation ?

³¹⁶ Le juge aurait naturellement la liberté d'apprécier la légitimité de la représentation de l'incapable par son compagnon de vie, tant au regard de ses capacités de gestion que de l'entente avec la famille de l'incapable.

affectés³¹⁷. Les sanctions ne devraient intervenir qu'*a posteriori*, en cas de non respect ou de « *détournement* »³¹⁸ de l'affectation. Le maximum d'indépendance serait ainsi assuré à chacun des membres du couple, lequel conserverait en principe la libre disposition et la libre administration de ses biens.

128. Dominée par l'objectif de l'égalisation des niveaux de vie des membres du couple, la mise en œuvre de l'affectation des biens du couple à son entretien aurait pour modèle de réglementation l'article 214 du Code civil. Le régime unitaire de l'obligation de contribution aux charges de la vie commune pourrait, en outre, trouver un prolongement dans la création d'une masse ménagère indivise dans le couple.

§ 2. *L'unité du résultat : la création d'une masse ménagère indivise dans le couple*

129. Les conséquences civiles, fiscales et sociales de l'égalisation des niveaux de vie imposée au couple marié par l'obligation de contribution aux charges du mariage sont largement connues. Si le législateur choisit de consacrer un droit commun impératif de la vie en couple, dont l'élément premier serait l'obligation civile faite aux membres du couple de contribuer proportionnellement à leurs ressources aux charges de la vie commune, les conséquences de la communauté de ressources entre les membres du couple seraient identiques, indépendamment de l'existence d'un engagement de mariage entre ses membres. En droit prospectif, l'unité de résultat ne ferait pas de doute³¹⁹.

³¹⁷ Un auteur doute ainsi de « *l'intérêt de la théorie traditionnelle de l'affectation prioritaire des revenus communs aux charges du mariage, faute de moyens techniques permettant de la réaliser* » (E. ABITBOL, « La contribution aux charges du mariage et son contentieux différé », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz Sirey, 1985, p. 9, n°10). La valeur de l'article 223 du Code civil peut, en effet, apparaître plus pédagogique que juridique.

Sur l'indisponibilité du logement familial, technique de protection de l'affectation du bien à la communauté de vie du couple marié, V. *infra*, n°232.

³¹⁸ S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, L.G.D.J., 1976, p. 246, n°288.

³¹⁹ Dans les rapports entre le couple et les tiers, la prise en considération de la communauté de ressources qui découle de l'affectation des biens du couple à son entretien devrait être systématisée. Nous n'en donnerons que quelques exemples : prise en considération pour la fixation de la prestation compensatoire ou pour la cessation de la pension alimentaire en droit civil, imposition commune en droit fiscal ou encore prise en considération pour les prestations soumises à condition de ressources en droit social.

La communauté de ressources dans le couple devrait également donner lieu à une réforme du droit du surendettement. Les créanciers d'un débiteur surendetté devraient en effet pouvoir exiger, de la commission ou du juge, que soit attrait dans la procédure le conjoint, le partenaire ou le concubin du demandeur afin que les capacités financières de ce dernier ne soient pas appréciées uniquement en fonction de ses ressources, mais que l'aide fournie par son compagnon soit également prise en compte. C'est en effet seulement à partir de ces éléments que peuvent être évalués l'état de surendettement du demandeur ainsi que ses capacités de remboursement. De manière générale, c'est tout le droit du surendettement qui pourrait être réformé, de manière à ce que ses dispositions ne soient plus conçues en termes d'individualités « *d'où la difficulté qu'il peut y avoir à appliquer le texte à ces oubliés que constituent les couples, mariés ou non* » (G. PAISANT, « Le

En sus, l'obligation de contribution pourrait trouver un prolongement naturel dans la création d'une masse ménagère indivise entre les membres du couple, indépendamment de la forme de ce dernier. La proposition participerait de l'idée d'une loi inhérente à toute communauté d'individus d'après laquelle « *la vie commune suppose des biens communs* »³²⁰. Elle répondrait, de surcroît, au sentiment communément partagé selon lequel les biens de consommation acquis ou créés durant la vie commune, dont le financement est le produit de la contribution proportionnelle des membres du couple aux charges de la vie commune, leur appartiennent collectivement. L'étude préalable de l'étendue de la masse ménagère (A.) conditionnera le choix de sa structure (B.).

A. L'étendue de la masse ménagère

130. La masse ménagère devrait être limitée dans son étendue et ne constituer que le strict prolongement de l'obligation de contribution. La détermination de l'assiette de la masse ménagère (1.) permet ainsi d'en dégager l'intérêt (2.).

1. L'assiette de la masse ménagère

131. Seules les acquisitions dont le financement a pour origine l'exécution par les deux compagnons de leur obligation de contribution, deviendraient leur propriété collective.

En premier lieu, il ne peut s'agir que de biens de consommation, tels les appareils électroménagers ou les meubles meublants et non de biens d'investissement, tel l'immeuble servant au logement. En effet, les charges de la vie commune, même si elles ne se limitent pas aux dépenses strictement nécessaires à l'entretien du ménage, n'englobent pas les dépenses d'investissement³²¹.

redressement judiciaire civil à l'essai (Questions sur l'application de la loi surendettement du 31 décembre 1989) », J.C.P. 1991, éd. G, I, 3510, n°12). V. aussi V. LAFOREST-TACCHINI, « La procédure de surendettement à l'épreuve du pacte civil de solidarité », Dr. Fam. 2003, chr. n°3 ; M. LE LIVEC-TOURNEUX, « Surendettement des particuliers et régimes matrimoniaux », J.C.P. 1993, éd. G, I, 1, n°3 ; J.-J. TAISNE, « La loi Neiertz face au droit patrimonial de la famille », Droit et patrimoine n°90, février 2001, p. 30. La globalisation des ressources du ménage pourrait ainsi s'accompagner d'une globalisation des dettes dont les membres du couple peuvent être tenus conjointement ou solidairement. Cette double globalisation permettrait en effet une meilleure évaluation de l'état de surendettement, faciliterait l'élaboration d'un plan de redressement et améliorerait son exécution.

³²⁰ J. GAUDEMET, Les communautés familiales, Petite bibliothèque sociologique internationale, Ed. Marcel Rivière et Cie, 1963, p. 102.

³²¹ V. *supra*, n°118.

En deuxième lieu, ces biens peuvent avoir été acquis à titre onéreux, grâce aux ressources affectées, ou pourront avoir été créés, c'est-à-dire provenir de l'industrie de l'un des membres du couple.

En troisième lieu, ces biens de consommation doivent être affectés directement à l'entretien du ménage. Tel n'est pas le cas d'une chaîne HI-FI affectée à la salle d'attente d'un médecin. Tel n'est pas non plus le cas de parts sociales, d'un fonds de commerce ou d'un fonds libéral, même si l'exercice d'une profession entraîne la création de revenus affectés à l'entretien du ménage.

En dernier lieu, l'étendue quantitative et qualitative de la masse commune ménagère dépendra du train de vie du ménage : celui que le couple se sera fixé ou, en cas de conflit, celui déterminé eu égard aux facultés respectives de ses membres.

132. La proposition de création d'une masse commune ne vise pas, dès lors, à créer un nouveau mode d'affectation aux charges de la vie commune, lequel consisterait à isoler, en amont, au sein du patrimoine de chacun des membres du couple, une masse de biens destinée au règlement des dépenses communes. La technique d'affectation demeurerait donc l'obligation de contribution aux charges de la vie commune. Et l'assiette de la masse ménagère serait réduite aux biens créés ou acquis, en aval, conformément à cette obligation de contribution.

Une raison essentiellement pratique prescrit cette solution : l'impossibilité concrète d'isoler *a priori* avec précision la part de ressources affectée à la satisfaction des charges de la vie commune. Evolutives, les ressources affectées ne sont en effet identifiables qu'*a posteriori*. Il est vrai que les membres d'un couple ont la possibilité de conclure une convention dans laquelle ils fixent les modalités de leur contribution. Toutefois, les développements précédents ont fait apparaître que cette convention ne subsistait qu'autant qu'elle était conforme à l'objectif d'égalisation des niveaux de vie³²².

Une raison théorique milite également contre le fait d'imposer la création d'une masse commune qui pourrait englober l'ensemble des patrimoines des ménages à revenus modestes : la sauvegarde de l'indépendance des membres du couple. En tant que cette masse commune ménagère est destinée à être imposée aux membres du couple, pour une organisation minimale de sa communauté de vie, il est indispensable que ce minimum ne devienne pas un maximum. Libre aux membres du couple de choisir un régime supplétif consacrant une affectation maximale de leurs biens aux charges de leur vie commune. Dans cette hypothèse, la technique d'affectation consiste en effet en la création d'une masse

³²² V. *supra*, n°109.

commune destinée à répondre des dettes ménagères, voire de l'ensemble des dettes du ménage. Dans la mesure où cette affectation maximale porte nécessairement atteinte à l'indépendance des partenaires dans la gestion de leur patrimoine personnel ou professionnel, il conviendrait néanmoins qu'elle ne soit pas imposée au couple mais, au contraire, que celui-ci, s'il l'adopte, le fasse en toute connaissance de cause³²³.

133. La limitation de l'assiette de la masse ménagère aux biens acquis ou créés par les membres du couple conformément à leur obligation de contribution conduit à en dégager l'intérêt.

2. L'intérêt de la masse ménagère

134. Intégrer les biens visés dans une masse commune peut, de prime abord, apparaître d'un intérêt limité. En effet, les biens visés font d'ores et déjà souvent l'objet d'une propriété commune aux membres du couple.

Acquis à titre onéreux après la conclusion du pacs, ils sont dans la plupart des cas soumis à une présomption d'indivision. Les meubles meublants sont, en effet, obligatoirement soumis à la présomption d'indivision, à moins que les parties ne l'aient écartée dans leur convention initiale (C. civ., art. 515-5, al. 1^{er})³²⁴. Quant aux biens autres que les meubles meublants, ils sont soumis à la présomption d'indivision sauf si l'acquéreur l'a écartée dans l'acte d'acquisition (C. civ., art. 515-5, al. 2). Compte tenu de la nature des biens visés – mobiliers et de consommation – il est à prévoir que les partenaires négligeront souvent d'écartier la présomption dans l'acte d'acquisition, à supposer qu'il en existe un.

Entre époux séparés de biens ou entre concubins simples, ces biens sont également souvent indivis. Tantôt l'indivision est volontaire : elle résulte de l'achat en commun du bien. Tantôt elle est subie : le bien est indivis à défaut de preuve de la propriété exclusive³²⁵.

³²³ V. *infra*, n°612 et s.

³²⁴ A en croire les statistiques relatives à l'enregistrement des pacs, peu de partenaires songent à exclure cette présomption. Ainsi, à Toulouse, en mars 2000, sur les 250 pactes enregistrés au greffe du tribunal d'instance, 98 % se résument à une ligne. V. B. BEIGNIER, J. COMBRET, A. FOUQUET, « Pacte civil de solidarité : formule de convention », *Defrénois* 2000, art. 37176, p. 630. De même, une étude réalisée par Monsieur FOSSIER à Lyon et Bastia révèle que l'écrit est réduit, dans l'écrasante majorité des cas, à sa plus simple expression telle que : « Nous déclarons contracter un pacte civil de solidarité dans les conditions de la loi ». V. T. FOSSIER, « Le pacte civil de solidarité et le tribunal », *in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 114.

³²⁵ A cet égard, l'article 2279 du Code civil est bien souvent inopérant dans les rapports entre les membres d'un couple. En effet, la possession ne peut jouer sa fonction acquisitive puisqu'il n'est pas question de protéger l'un des membres du couple, acquéreur *a non domino*, contre la revendication du véritable propriétaire. L'article 2279 ne peut davantage exercer sa fonction probatoire, qui permet au possesseur d'un bien meuble d'opposer une présomption simple de titre régulier d'acquisition. La possession est ainsi, le plus souvent, réduite au rôle

Enfin, si le couple est soumis à un régime de communauté, les biens de consommation visés sont incontestablement intégrés dans l'actif commun (C. civ., art. 1401). Il apparaît donc inutile, voire perturbateur, de combiner une masse ménagère commune avec la communauté.

135. En revanche, dans toutes les autres hypothèses que celle de la communauté, imposer une masse ménagère indivise présente deux intérêts.

En premier lieu, la création d'une masse commune matérialiserait l'idée communément admise selon laquelle la vie en couple entraîne une mise en commun minimale. Elle serait également conforme à l'idée que les membres du couple se font du régime juridique de ces biens. Quel que soit l'acquéreur, ces biens destinés à leur usage quotidien commun et payés à l'aide des fonds qu'ils affectent aux dépenses d'entretien leur semblent naturellement leur appartenir collectivement.

Ce sentiment paraît en outre juridiquement fondé. Quels que soient le propriétaire du bien et les modalités de contribution, la totalité des charges de la vie commune représente le produit de la contribution des deux membres du couple. Il apparaît dès lors injuste qu'après la rupture du couple, un seul de ses membres puisse tirer tous les bénéfices des biens acquis pour être affectés au ménage parce que, par chance ou par calcul, il en est le propriétaire en titre. Le partage de ces biens apparaît ainsi équitable. A cet égard, l'existence d'une masse ménagère commune éviterait que les juges du fond soient tentés, comme ils le sont souvent, de déduire de la mise en commun par les concubins de leurs ressources pendant la vie commune le caractère indivis des biens meubles acquis par l'un ou l'autre d'entre eux à cette époque³²⁶. La masse ménagère commune devrait également mettre un terme à des innovations parfois surprenantes des juges du fond – communauté de fait, société créée de fait imitant la communauté, confusion des patrimoines³²⁷ – destinées à créer sur ces biens

d'indice dont la force probante, souvent peu concluante, est laissée à l'appréciation du juge. Telle est la raison qui permet à Monsieur CHAMPENOIS de comprendre l'affirmation de la Cour de cassation selon laquelle « *les règles de preuve de la propriété entre époux séparés de biens excluent l'application de l'article 2279 du Code civil* » (obs. sous Civ. 1^{ère} 27 novembre 2001, Defrénois 2002, art. 37584, p. 1019, n°53). Sur le rôle de la possession en matière de propriété mobilière, et l'invocation fréquente du vice d'équivoque en cas de cohabitation, V. Lyon, 15 février 2001, Dr. Fam. 2001, comm. n°92, note H. LECUYER.

³²⁶ Les juges du fond déduisent en effet fréquemment de l'origine des deniers le caractère indivis de biens acquis par un concubin, dérogeant par là même du droit commun de la vente auquel les concubins sont soumis. V. par exemple, Lyon, 20 décembre 2001, Dr. Fam. 2002, comm. n°125, note H. LECUYER.

³²⁷ Les juridictions du fond usent parfois d'originalité pour reconnaître la propriété commune de tels biens et, corrélativement, pour en faire supporter la charge aux deux membres du couple. Une Cour d'appel s'était ainsi fondée sur le paiement par un seul des loyers, des charges et de l'achat de mobilier, et sur le fait que ces dépenses avaient profité aux deux membres du couple, pour en déduire l'existence d'une communauté de fait et la répartition des dépenses entre les deux concubins. De telles innovations sont systématiquement censurées par la Cour de cassation, comme ce fut le cas en l'espèce (Civ. 1^{ère} 17 octobre 2000, J.C.P. 2001, éd. G, II, 10568, note T. GARE).

une propriété collective pour en répartir la charge définitive sur les deux membres du couple, les partager entre eux ou résoudre les difficultés de preuve.

136. En second lieu, la propriété collective faciliterait la résolution des multiples conflits liés à la preuve de la propriété de ces biens, qui naissent soit lorsque le créancier de l'un des partenaires entend les saisir aux fins de se faire payer, soit à l'occasion de la rupture du couple lorsque chacun de ses membres doit reprendre ses biens personnels. La liberté dont les membres du couple disposent pour organiser les modalités de leur contribution est en effet telle qu'elle aboutit souvent à l'impossibilité pratique de désigner le propriétaire du bien. Il est ainsi fréquent que les membres du couple recourent à un compte joint alimenté par leurs deux revenus et destiné au paiement des dépenses quotidiennes, parmi lesquelles figurent l'achat des biens de consommation³²⁸. Les partenaires peuvent encore avoir convenu d'une répartition des dépenses entre eux, l'un achetant le réfrigérateur, l'autre la cuisinière. Même la production d'une facture – à supposer qu'elle ait été conservée – n'est pas toujours significative dans la mesure où elle peut, pour une raison ou pour une autre, être mise au nom du compagnon ou conjoint de la personne qui a financé l'acquisition. Dans toutes ces hypothèses, il paraît en pratique impossible de désigner l'un des membres du couple comme propriétaire. Si l'indivision dans le pacs et les présomptions d'indivision en l'absence de preuve de la propriété exclusive aboutissent fréquemment à une propriété collective, l'existence systématique d'une masse ménagère commune faciliterait grandement les choses. Il serait, d'une part, plus aisé de déterminer l'étendue du gage des créanciers du couple. D'autre part, à la rupture du couple, l'avocat ou le notaire chargés de procéder à la liquidation de la communauté d'intérêts, ou le magistrat en cas de conflit, définiraient plus commodément l'assiette de cette masse commune, laquelle leur permettrait de constituer des lots. Le partage s'en trouverait dès lors facilité.

137. Intégrée dans un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple, la masse ménagère pourrait être imposée au couple indépendamment de sa forme, de l'existence d'un engagement de mariage entre ses membres ou du régime de biens de ces

Malgré un récent infléchissement, la Cour de cassation adopte une politique rigoureuse quant à la reconnaissance de l'existence, entre deux concubins, d'une société créée de fait dont le but est d'organiser la vie quotidienne du couple. Sur les obstacles à la reconnaissance d'une telle société, V. *infra*, n°600 et s. La reconnaissance d'une masse commune ménagère supprimerait, au moins en partie, le recours à une telle institution.

³²⁸ La solution du compte joint est du reste fréquemment recommandée aux membres du couple pour organiser leur vie quotidienne et, en particulier, l'affectation aux charges de la vie commune. V. par exemple B. BEIGNIER, J. COMBRET et A. FOUQUET, « Pacte civil de solidarité : formule de convention », Defrénois 2000, art. 37176, p. 631.

derniers. Une seule exception serait toutefois posée à ce principe : la masse ménagère devrait être exclue si les membres du couple sont soumis à un régime de communauté.

Des éléments précédemment dégagés, relatifs à la composition et à l'intérêt d'une masse commune ménagère, découle la structure de cette dernière.

B. La structure de la masse ménagère

138. Le droit français offre plusieurs structures juridiques destinées à accueillir une propriété collective, entendue au sens large : la communauté conjugale³²⁹, l'indivision et la société, dotée ou non de la personnalité morale. Toute la difficulté consiste alors à déterminer ce qui est de l'essence de la masse ménagère, de façon à choisir, parmi ces différentes structures, celle qui paraît la plus adaptée (1.). Il conviendra ensuite d'élaborer, conformément à la structure choisie, le régime juridique de la masse ménagère (2.).

1. Le choix de la structure de la masse ménagère

139. Dans la mesure où la masse ménagère n'est pas destinée à répondre des dépenses de la vie commune³³⁰, les techniques dont l'objectif est d'offrir aux biens la composant une autonomie patrimoniale – société ou toute structure dotée de la personnalité morale – doivent être rejetées. D'où la nécessité de se tourner vers les structures accueillant une propriété collective au sens strict.

140. En dépit de l'attrait de la gestion souple des biens communs qu'offre le régime de communauté³³¹, cette structure doit être rejetée. La masse ménagère ne saurait être

³²⁹ Le régime matrimonial de communauté est la seule communauté connue du droit français.

Des auteurs proposèrent cependant de traiter une société nulle pour illicéité de son objet non pas comme une société de fait mais comme une communauté de fait, le juge ayant alors le pouvoir d'en liquider et d'en partager l'actif et le passif de manière équitable (sur l'exposé de cette théorie et les critiques qu'elle suscite, V. L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, L.G.D.J., 1990, p. 237, n°200). Compte tenu de la faiblesse du régime juridique de cette communauté de fait, nous ne retiendrons que le modèle du droit positif, celui du droit des régimes matrimoniaux.

³³⁰ V. *supra*, n°132.

³³¹ Pour les actes conservatoires, les articles 1421, alinéa 1^{er}, et 815-2 du Code civil posent le même principe de liberté de gestion. En revanche, pour les autres actes, communauté et indivision reposent sur des règles contraaires. En effet, l'article 815-3 du Code civil requiert le consentement de tous les indivisaires pour les actes d'administration et de disposition. C'est donc le principe de la cogestion généralisée qui prévaut alors que l'article 1421, alinéa 1^{er}, du Code civil affirme au contraire le principe de la gestion concurrente des biens communs. Il est vrai que les exceptions prévues aux articles 1422 à 1425 du Code civil réintroduisent la cogestion, ce qui limite en général l'opposition entre indivision et communauté. Compte tenu de leur nature de biens de consommation, les biens compris dans la masse commune ne seraient certainement pas de ceux visés

qualifiée de communauté car sa définition et sa fonction ne correspondent pas à celles de la communauté conjugale telle qu'elle est conçue en droit positif³³². En effet, la communauté ne se résume pas à l'existence d'une masse commune. Au sein des techniques d'organisation de la vie en couple, elle est également un mode d'affectation maximale des biens du couple aux charges du ménage. La masse commune est destinée à répondre de l'ensemble des dettes contractées dans l'intérêt du ménage, sans limitation aux biens de consommation ou au train de vie du ménage ; plus encore, la masse commune est la banque des époux. C'est dire qu'elle est également un mode d'affectation maximale des biens des époux au crédit du ménage³³³. Or la masse commune ménagère ne serait affectée ni au règlement des dépenses communes, ni à l'élargissement du crédit du couple. User de la communauté simplement comme technique de gestion active de biens communs serait alors singulièrement réducteur.

141. Restent les deux modes de propriété collective de biens que sont la société et l'indivision. La distinction entre ces deux techniques dont l'objet est comparable – la gestion des biens dans l'intérêt commun – fait encore l'objet de nombreuses controverses³³⁴. La question est ainsi particulièrement délicate lorsque, comme en l'espèce, le choix doit s'opérer entre indivision et société non personnifiée – en participation ou créée de fait – dont les biens sociaux peuvent être indivis. L'option entre les deux qualifications n'est pas neutre tant du point de vue de la rigueur théorique que de celui de l'incidence sur le régime juridique des biens indivis³³⁵.

Compte tenu des rapprochements intervenus entre société non personnifiée et indivision, les critères objectifs ne permettent plus d'asseoir clairement la distinction entre elles³³⁶. Dès

par l'article 1424. Ils seraient, en revanche, certainement soumis à l'article 1422 du Code civil qui impose la cogestion pour les actes à titre gratuit portant sur les biens communs.

³³² Est visé le régime légal de la communauté réduite aux acquêts, mais également ses variantes que sont les régimes de communauté conventionnels, ainsi que la société d'acquêts dans la mesure où s'appliquent les règles de la communauté (V. F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 642).

³³³ Conjuguée au futur du couple, la communauté est également un mode d'affectation à l'enrichissement du partenaire le moins fortuné. V. *infra*, n°504 et s.

³³⁴ V. F. DEBOISSY et G. WICKER, « La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux », R.T.D. Civ. 2000, p. 225 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, J.-Cl. Civ., art. 815 à 815-18, fasc. VI, 1983, « L'indivision dans les sociétés en participation », J.C.P. 1980, éd. G, I, 2970 ; F. CAPORALE, « Société et indivision », Revue des sociétés 1979, p. 265 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil », R.T.D. Civ. 1979, p. 645.

³³⁵ Si les biens sont indivis en tant que biens sociaux, les règles de l'indivision devront alors être combinées avec celles du droit des sociétés. V. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, art. précit.

En règle générale, c'est en matière fiscale que se concentre l'essentiel du contentieux de la qualification. V. F. DEBOISSY et G. WICKER, art. précit., p. 226, n°2.

³³⁶ Le premier élément que sont les apports se retrouve dans chacune des deux institutions : mise en commun de biens avec attribution de droits en contrepartie. La participation aux bénéfices et aux pertes, règle de définition du contrat de société, est également une règle du régime de l'indivision. Enfin se retrouvent dans les deux institutions les éléments objectifs de l'*affectio societatis* que sont l'égalité des membres, leur collaboration, leur

lors, la doctrine majoritaire fonde aujourd'hui la distinction de l'indivision et de la société sur une conception subjective de l'*affectio societatis*. Dans la société, l'intention des parties doit toujours être d'exploiter à des fins économiques un bien ou un ensemble de biens. Ces derniers sont ainsi affectés par la volonté des parties à l'œuvre lucrative commune³³⁷. L'indivision, quant à elle, peut se limiter à organiser la jouissance des biens communs au mieux des intérêts des indivisaires³³⁸.

Compte tenu de l'objectif de la masse ménagère, dépourvu de tout esprit de lucre, la structure de l'indivision semble préférable. Le fait que les partenaires réalisent des économies d'échelle parce qu'ils achètent pour deux ce qui serait nécessaire pour un, n'apparaît pas déterminant. En effet, la réalisation d'économies n'est pas incompatible avec la nature de l'indivision qui peut revêtir un caractère intéressé. De même, le fait que le partage de la masse commune procure à l'un des membres du couple un bénéfice n'est pas de nature à modifier l'esprit de cette masse commune. Du reste, la technique de l'indivision s'accorde mieux avec le fait que la masse commune ménagère serait imposée par le législateur aux membres du couple, indépendamment de toute manifestation de volonté de leur part en ce sens. Mais c'est là déjà aborder la question du régime juridique de la masse ménagère indivise.

2. *Le régime juridique de la masse ménagère indivise*

142. L'étude de l'existence de la masse ménagère indivise (a) précèdera celle de son fonctionnement (b).

a). L'existence de la masse ménagère indivise

143. La masse ménagère indivise constituerait le pendant de l'obligation d'affectation des biens du couple à son entretien, puisque le financement des biens la composant serait le produit de la contribution des membres du couple aux charges de la vie commune. Son existence serait, par conséquent, étroitement liée à l'état du droit relativement à cette obligation.

soumission à l'intérêt commun et leur participation à la direction et au contrôle de l'entreprise. Sur la dévaluation des critères traditionnels, V. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, J.-Cl. Civ., art. 815 à 815-18, fasc. VI, 1983, n°7 et s.

³³⁷ En ce sens, C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil », R.T.D. Civ. 1979, p. 679, n°47 et s. ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, J.-Cl. précit., n°21 et s.

³³⁸ F. CAPORALE, « Société et indivision », Revue des sociétés 1979, p. 274, n°22 et s.

144. En l'état actuel du droit positif, la masse ménagère indivise pourrait être imposée aux couples mariés ou unis par un pacs, dont les membres sont tenus d'une même obligation civile de contribuer proportionnellement à leurs ressources aux charges de la vie commune. La masse ménagère indivise naîtrait ainsi dès la conclusion de leur engagement, vide mais avec la vocation d'être alimentée. En revanche, les concubins simples n'étant actuellement tenus que d'une obligation naturelle de contribution, leur imposer la constitution d'une masse ménagère indivise soulèverait davantage de difficultés. Dans l'hypothèse où les deux concubins s'engagent conventionnellement à contribuer aux charges de la vie commune, l'obligation naturelle se transformant alors en obligation civile, la masse ménagère indivise pourrait leur être imposée. Elle naîtrait alors au jour de la conclusion de la convention de concubinage. Le plus souvent cependant, l'obligation naturelle est exécutée sporadiquement, soit par les deux, soit par un seul des concubins. Son exécution volontaire permet alors seulement de s'opposer à une action en restitution des sommes versées, mais ne la transforme pas en obligation civile valable pour l'avenir. Ainsi, si l'un des concubins achète des meubles meublants destinés à la vie quotidienne du couple, il exécute par là même son obligation naturelle de contribution aux charges du ménage. En conséquence, il ne saurait réclamer à son concubin une indemnité pour la jouissance de ces biens. Toutefois, il pourrait paraître excessif de lui imposer de partager la propriété de ces biens avec son concubin, si ce dernier ne contribue pas, de son côté, aux charges de la vie commune.

En revanche, si le législateur crée un droit commun impératif de la vie en couple indépendamment de l'engagement de ses membres, au sein duquel figurerait l'obligation civile de contribuer aux charges de la vie commune, la masse ménagère indivise en serait le pendant, commun à tout couple. A l'instar de l'obligation de contribution, la masse ménagère indivise naîtrait alors en même temps que le couple, défini par sa stabilité : dès l'engagement, ou après écoulement d'une communauté de vie de un an et un jour.

145. Technique d'organisation de la vie en couple, la masse ménagère indivise serait, par essence, intimement liée à la communauté de vie. Elle devrait par conséquent disparaître avec elle. Plus aucun intérêt ne justifierait, en effet, son maintien au-delà de la rupture de la communauté de vie, y compris au sein des couples engagés qui voient survivre leur devoir d'entraide jusqu'à la dissolution de leur engagement. Du fait de la cessation de la vie commune, la preuve de la propriété des biens suscite moins de difficultés. En outre, aucun sentiment de propriété collective n'unit désormais les membres du couple³³⁹.

³³⁹ Sur la survie du devoir d'entraide entre les membres d'un couple engagé, V. *supra*, n°100. Il aurait été envisageable de maintenir la masse ménagère entre les membres d'un couple engagé pendant leur séparation de fait et jusqu'à la dissolution de l'engagement, en leur offrant la possibilité de faire reporter, dans leurs rapports mutuels, la date de la dissolution de leur engagement, quant à l'alimentation de la masse ménagère indivise, au

146. S'agissant du fonctionnement de la masse ménagère, la créativité est moindre. Il présente, en effet, l'immense avantage d'emprunter la majorité de ses traits au régime connu de l'indivision.

b). Le fonctionnement de la masse ménagère indivise

147. Les biens composant la masse ménagère seraient, pour l'essentiel, soumis au régime de l'indivision légale³⁴⁰. L'application de ce régime présente un certain nombre d'avantages, dont nous ne relèverons que les plus significatifs.

En premier lieu, s'applique l'article 815, alinéa 1^{er}, du Code civil aux termes duquel « *Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut être toujours provoqué* ». La disposition permettrait alors aux membres du couple, s'ils le souhaitent, de clarifier leur situation à tout moment. Tel peut être le cas lors d'une rupture³⁴¹. Le partage aura alors lieu pour le passé. En revanche, pour l'avenir, la masse ménagère aura vocation à être alimentée à nouveau.

En second lieu, comme toute indivision, la masse ménagère indivise serait représentée par des parts abstraites. A cet égard, le régime légal de l'indivision présente deux avantages, notamment par rapport au régime de communauté. Tout d'abord, les créanciers personnels d'un indivisaire ne peuvent saisir ni la part indivise abstraite de leur débiteur, ni les biens compris dans l'indivision. Ils ont seulement le droit de provoquer le partage de l'indivision de manière à pouvoir, ensuite, obtenir paiement sur les biens mis dans le lot de leur débiteur ou, si un partage en nature se révèle impossible, provoquer la vente sur licitation et se payer

jour de la cessation de la cohabitation et de la collaboration. La cessation de la collaboration serait caractérisée par la preuve, rapportée par le demandeur, de l'absence de toute entraide entre les époux, en espèces ou en nature. Cette disposition s'inspirerait ainsi largement des articles 1442, alinéa 2, et 262-1 du Code civil. Selon un auteur, l'article 1442, alinéa 2, constituerait en effet une directive légale, à transposer « *de la société très élaborée du régime légal à la société rudimentaire du régime primaire* » (P. REMY, note sous Civ. 1^{ère} 14 mars 1973, D. 1974, 453). S'agissant de la masse ménagère indivise, qui a essentiellement pour but de résoudre des problèmes pratiques, l'imputabilité de la séparation ne devrait pas jouer de rôle. Dès lors, n'importe lequel des époux ou des partenaires pourrait solliciter le report de la date de dissolution au jour de la cessation effective de l'entraide.

Toutefois, le maintien de l'alimentation de la masse ménagère apparaît trop artificiel, en particulier lorsque la séparation de fait dure.

³⁴⁰ Sur le régime légal de l'indivision, V. F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2002, p. 423, n°563 et s.

³⁴¹ Si un seul des membres du couple sollicite le partage, l'autre pourra toujours demander au tribunal de surseoir pendant une durée de deux ans au maximum au partage de tout ou partie des biens indivis « *si sa réalisation immédiate risque de porter atteinte à la valeur des biens indivis* » (C. civ., art. 815, al. 2). La preuve d'un tel risque ne sera certainement que rarement rapportée compte tenu de la nature de biens de consommation de la masse commune ménagère, souvent de faible valeur. Elle est cependant envisageable pour des meubles meublants ou d'ornementation de valeur, dans l'hypothèse, par exemple, d'un effondrement du marché de l'art.

sur la part du prix revenant à leur débiteur (C. civ., art. 815-17). L'avantage est considérable par rapport au régime de communauté dans lequel les créanciers personnels de l'un des époux peuvent, en vertu de l'article 1413 du Code civil, saisir les biens communs sans limitation à la part qui reviendra à leur débiteur³⁴². Ensuite, l'avantage par rapport à la communauté est relatif à la détermination des parts de chacun des indivisaires. La communauté doit, en principe, être partagée par moitié, et ce, même si l'acquisition des biens communs a été intégralement financée par l'un des époux³⁴³. S'agissant de la masse ménagère indivise, pour des raisons évidentes de simplification, il doit être présumé que chacun des membres du couple contribue proportionnellement à ses ressources et doit, par conséquent, bénéficier de parts indivises égales. Cette présomption pourrait néanmoins céder devant la preuve – qui incombe à celui qui entend la renverser – de ce que les acquéreurs ont, en réalité, eu l'intention de devenir copropriétaires dans une proportion différente. En outre, si la preuve est rapportée d'une contribution très insuffisante par l'un des membres du couple, ce dernier sera débiteur de son compagnon. Ainsi, le déséquilibre provenant d'une suraffectation de l'un et d'une sousaffectation de l'autre dans la contribution aux charges de la vie commune pourrait être compensé, au moins partiellement.

148. La seule dérogation que le législateur devrait apporter au régime légal de l'indivision est relative à la gestion des biens composant l'indivision. Certes, le principe d'unanimité posé par l'article 815-3, alinéa 1^{er}, du Code civil apparaît séduisant en ce qu'il protège un membre du couple contre les agissements égoïstes de l'autre. L'avantage de la protection est cependant contrebalancé par trop d'inconvénients pour que le principe de cogestion soit retenu. Le premier inconvénient est le caractère pesant de la décision à prendre à deux. Le deuxième est l'insécurité qui se développerait au détriment des tiers³⁴⁴. Le troisième est le risque de conflits qu'un tel système de pouvoirs pourrait entraîner à la rupture du couple.

Compte tenu de ces inconvénients, le législateur pourrait préciser que les membres du couple sont tous deux gérants de l'indivision, dotés des mêmes pouvoirs d'administration que ceux attribués aux époux sur les biens communs. L'institution de l'indivision n'en serait pas dénaturée pour autant. Il résulte en effet de la possibilité que le législateur offre aux indivisaires de désigner conventionnellement l'un d'eux gérant de l'indivision, ainsi que des

³⁴² Sur le fonctionnement et les dangers de l'article 1413 du Code civil, V. *infra*, n°478 et s.

³⁴³ V. *infra*, n°506 et s.

³⁴⁴ Sur la gestion de l'indivision légale et les menaces que la règle d'unanimité fait peser sur la sécurité des tiers, en dépit des correctifs que constituent le mandat, ou la gestion d'affaires, V. F. TERRE et P. SIMLER, Droit civil, Les biens, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2002, p. 435, n°579 et s.

pouvoirs d'administration de ce gérant, que l'unanimité n'est pas de l'essence de l'indivision (C. civ., art. 1873-5 et 1873-6).

149. Conclusion de la Section 2 – Le raisonnement par analogie permet opportunément d'étendre l'objectif d'égalisation des niveaux de vie et la technique de sa mise en œuvre prévus par l'article 214 du Code civil à l'obligation civile des concubins, partenaires d'un pacs ou non, de contribuer aux charges de la vie commune. A cet égard, l'article 214 du Code civil fait figure de modèle de mise en œuvre d'un droit commun impératif de la vie en couple, du moins dans son premier volet : celui de la contribution des membres du couple aux charges de la vie commune.

De l'unité dans la mise en œuvre de cette obligation découle l'unité de résultat. Outre les conséquences civiles, fiscales et sociales de la communauté de ressources entre les membres d'un couple, lesquelles seraient calquées sur le droit du mariage, l'obligation de contribution pourrait utilement trouver un prolongement dans la création d'une masse ménagère indivise entre les membres du couple, composée des biens de consommation dont le financement a pour origine l'exécution par les deux compagnons de leur obligation de contribution.

150. Conclusion du Chapitre 1 – S'agissant de l'affectation des biens du couple à son entretien, l'opposition en droit positif entre l'obligation civile des époux et des partenaires d'un pacs de contribuer aux charges de la vie commune et l'obligation naturelle des concubins simples apparaît incontestablement séduisante. Toutefois, l'incapacité de l'obligation naturelle, et du droit commun en général, de pallier les injustices liées à l'absence de réglementation de la contribution entre concubins, non partenaires d'un pacs, conduit à envisager, en droit prospectif, d'imposer à ces derniers une obligation civile de contribution aux charges de la vie commune dont le fondement serait la communauté de vie et dont l'objectif serait l'égalisation des niveaux de vie. Ces propositions conduisent ainsi à dégager le premier élément d'un droit commun impératif de la vie en couple : l'obligation civile de ses membres de contribuer, proportionnellement à leurs facultés respectives, aux charges de la vie commune. L'existence d'un engagement entre les membres d'un couple – mariage ou pacs – n'est toutefois pas indifférente ; elle a ainsi conduit à tracer les limites d'un droit commun impératif de la vie en couple.

151. Le législateur pourrait dès lors se référer, par analogie, à l'article 214 du Code civil tant dans le titre consacré au pacs que dans le titre consacré au concubinage. Cette solution, fréquemment usitée, présente certes l'incontestable avantage de l'économie de

droit³⁴⁵. Néanmoins, elle ne ferait pas apparaître l'idée d'un droit commun patrimonial du couple. Privilégiant cet objectif, le législateur pourrait alors, dans un Titre X du Code civil intitulé « Du couple », au sein d'une Section 1^{ère} intitulée « Dispositions communes impératives » et dans un Paragraphe 1^{er} relatif à l'organisation de la vie en couple, disposer que :

« Les membres du couple contribuent proportionnellement à leurs facultés respectives aux charges de la vie commune. Ils ont la possibilité d'organiser conventionnellement les modalités d'une telle obligation. Si l'un des membres ne remplit pas son obligation, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au Nouveau Code de procédure civile.

Les biens qui sont le produit de la contribution proportionnelle des membres du couple aux charges de la vie constituent une masse indivise entre les membres du couple, soumise au régime de l'indivision légale. Les deux membres du couple sont l'un et l'autre gérants de la masse indivise, dans les conditions de l'article 1873-6 du Code civil ».

152. L'organisation minimale de l'affectation aux charges de la vie commune au sein du groupement patrimonial formé par le couple serait cependant incomplète si elle se limitait aux rapports entre ses membres et ne se prolongeait pas dans les rapports entre le groupement et les tiers. Parce que le couple a besoin de crédit pour assurer son entretien, les biens de ses membres doivent être affectés au paiement des créanciers. L'affectation des biens du couple à son crédit pourrait ainsi constituer le second jalon d'un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple.

³⁴⁵ Sur les qualités et les défauts du renvoi d'un texte à un autre, V. G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », *in Mélanges offerts à André COLOMER*, Litec, 1993, p. 129 ; N. MOLFESSIS, « Le renvoi d'un texte à un autre », *in Les mots de la loi*, sous la dir. de N. MOLFESSIS, Economica, 1999, p. 55.

Chapitre 2. L'affectation des biens du couple à son crédit

153. Ainsi que le souligne un auteur, « *dans notre société de consommation, l'un des actifs les plus importants d'un individu ou d'un groupe est son crédit* »³⁴⁶. L'affectation des biens du couple à son crédit peut assurément être réalisée par la solidarité passive de ses membres. Lorsqu'elle résulte de la convention des parties, la solidarité passive apparaît alors comme une technique volontaire d'organisation de l'affectation des biens des codébiteurs à leur crédit et ne revêt aucune particularité dans son application aux couples³⁴⁷. Exceptionnellement imposée par la loi aux couples engagés pour des dettes déterminées, la solidarité passive mérite en revanche l'attention afin de déterminer si elle a vocation à figurer dans un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple ou, au contraire, si l'engagement de mariage ou de pacs justifie qu'elle soit réservée à ces seuls couples, marquant ainsi les limites d'un droit commun impératif du couple.

154. Lorsqu'elle est légale, la solidarité a pour objectif « *d'assurer ou de consolider la situation de créanciers jugés particulièrement dignes d'intérêts* »³⁴⁸. La loi impose ainsi au couple marié, d'une part, et au couple ayant conclu un pacs, d'autre part, la solidarité de leurs membres pour un certain nombre de dettes fiscales ainsi que pour les dépenses dites ménagères. S'agissant des premières, l'Etat, *via* son administration fiscale, est incontestablement un créancier digne d'intérêt. Dans la mesure où certaines dettes fiscales devraient, si le législateur consacrait l'obligation civile des concubins de contribuer proportionnellement à leurs ressources aux charges de la vie commune, peser dorénavant sur les deux concubins, à l'instar des époux ou des partenaires d'un pacs, la solidarité légale

³⁴⁶ E. CAPARROS, Les lignes de force de l'évolution des régimes matrimoniaux en droits comparé et québécois, Les presses de l'Université de Montréal, 1975, p. 160, n°156.

³⁴⁷ Les statistiques bancaires témoignent du recours fréquent à cette technique d'affectation. Librement choisie par les partenaires – encore que le créancier est souvent en mesure de dicter sa loi – elle doit être rapprochée du cautionnement par l'un de la dette de l'autre. Le crédit est augmenté dans la mesure où deux patrimoines sont susceptibles de permettre l'exécution de la dette.

Il n'en demeure pas moins que le droit des sûretés constitue « *un puissant instrument d'égalisation de la situation des couples quel que soit leur statut juridique : pour ces créanciers institutionnels que sont les établissements bancaires, on sait que l'octroi d'un prêt, d'un crédit, est systématiquement subordonné à l'engagement du partenaire de l'emprunteur, conjoint, concubin ou pacsé, devenant coemprunteur ou caution solidaire* » (M.-C. RIVIER, « La solidarité entre les concubins », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 100.

³⁴⁸ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2002, p. 1156, n°1247.

pour le paiement de ces dettes devrait logiquement leur être étendue. Il devrait notamment en être ainsi de l'imposition commune des revenus³⁴⁹.

Reste la question de la solidarité légale ménagère. La règle de la solidarité des dettes destinées à satisfaire la vie commune apparaît historiquement comme une constante au sein des communautés de personnes qu'unissent une communauté de vie. L'Ancien droit admettait ainsi que les membres des communautés taisibles vivant à même pot et même feu étaient solidairement tenus des dettes contractées par le maître de la communauté³⁵⁰. En droit positif, la solidarité ménagère n'est cependant imposée qu'aux couples engagés, suivant des modalités différentes selon que leurs membres sont unis par un mariage ou un pacs³⁵¹. En revanche, les simples concubins et, plus généralement, tous autres cohabitants, y échappent, réserve faite de l'application de la théorie de l'apparence. Cette diversité suscite une réflexion sur sa justification et sur le devenir de la solidarité ménagère en droit prospectif, si ce n'est dans toutes les communautés de vie³⁵², du moins au sein des couples.

155. La diversité, regrettable à maints égards, entre couple marié et couple uni par un pacs, conduit à dresser un bilan des objectifs de la solidarité ménagère légale afin de déterminer s'il est envisageable d'imposer à tous les couples une solidarité ménagère, soumise à un régime unique, destinée, par conséquent, à intégrer un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple. Les enseignements tirés de l'absence d'unité de la solidarité ménagère (**Section 1.**) permettent ainsi de considérer cette dernière sous l'angle de l'unité (**Section 2.**).

Section 1. L'absence d'unité de la solidarité ménagère

Section 2. L'unité possible de la solidarité ménagère

³⁴⁹ Sur l'imposition commune souhaitable des revenus des concubins, V. *supra*, n°86.

³⁵⁰ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, Histoire du droit privé, Les obligations, Tome 1, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 1969, p. 306, n°279.

³⁵¹ C. civ., resp. art. 220, al. 1^{er}, et 515-4, al. 2.

³⁵² Dès le début du siècle, un auteur se demandait « *s'il ne conviendrait pas de déclarer solidaires ceux qui vivent en commun, pour les fournitures qui leur sont faites* » (G. APPERT, « Commission de révision du Code civil et sous-commissions réunies. Rapport sur les obligations solidaires », Bulletin de la Société d'Etudes législatives, Librairie Arthur Rousseau, 1910, p. 150).

Section 1. - L'absence d'unité de la solidarité ménagère

156. A l'origine, c'est au seul couple marié que la loi a imposé une solidarité ménagère pour « *les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants* » à l'exception, d'une part, « *des dépenses manifestement excessives eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant* » et, d'autre part, « *s'ils n'ont été conclus du consentement des deux époux, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante* » (C. civ., art. 220)³⁵³.

Visiblement inspiré de la solidarité ménagère des époux, l'article 514-4, alinéa 2, du Code civil prévoit que les partenaires d'un pacs « *sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun* »³⁵⁴. La seule lecture de cette disposition laisse pressentir le contentieux relatif à son interprétation et la diversité de résultats par rapport à la solidarité des époux.

157. Cette observation conduit à rechercher les différences entre la solidarité ménagère des époux et celle des partenaires d'un pacs et, parmi elles, à distinguer celles qui se justifient de celles qui ne se justifient pas. Le caractère regrettable de la diversité est alors manifeste car les inconvénients de la diversité (§ 1.) ne sont pas contrebalancés par des justifications suffisamment probantes (§ 2.).

³⁵³ L'article 220 du Code civil dans son alinéa 1^{er} pose, en outre, le principe du pouvoir autonome de chaque époux de contracter pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants. L'affirmation de ce pouvoir apparaît pour le moins inutile tant il est aujourd'hui évident qu'un époux, comme toute autre personne capable, a le pouvoir de conclure seul des contrats, même hors du domaine défini par l'article 220. L'octroi d'un pouvoir propre à l'un et l'autre époux – et surtout à l'épouse – était novateur dans le contexte de la réforme du 13 juillet 1965. Il traduisait notamment l'abandon de la technique du mandat domestique et l'extension de pouvoirs à la femme mariée (V. F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 68, n°78). L'originalité de cette disposition est bien moindre depuis la réforme du 23 décembre 1985 qui a consacré l'égalité absolue entre le mari et la femme. Cette proposition a seulement pour objet d'introduire la seconde proposition : « *toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement* ». Tout au plus souligne-t-elle ainsi que le pouvoir d'engager solidairement son conjoint n'est pas dépendant d'un engagement conjoint des époux.

³⁵⁴ Les précédentes propositions de partenariat reprenaient de même le principe de l'engagement du cocontractant pour les dettes contractées par l'autre pour les « *besoins communs* » (C.U.C.) ou « *dans le cadre de la vie courante* » (C.U.S. et C.U.C.S.). La proposition de C.U.C. allait même encore plus loin, par un article prolongeant la solidarité postérieurement au décès du cocontractant, dont l'effet était de substituer le survivant au défunt. Cette disposition n'a pas été reprise dans les propositions ultérieures.

§ 1. *Les inconvénients de la diversité*

158. Les inconvénients de la diversité de l'affectation des biens du couple à son crédit ménager selon que ses membres sont mariés ou unis par un pacs sont doubles. La diversité est, d'une part, source de contentieux (A.) et, d'autre part, source de dangers (B.).

A. La diversité, source de contentieux

159. Vraisemblablement, le contentieux devrait se concentrer autour de deux pôles majeurs : en premier lieu, la finalité de la dette solidaire (1.), en second lieu, sa nature (2.).

1. *Le contentieux relatif à la finalité de la dette solidaire*

160. Le premier point de divergence entre les articles 220 et 515-4, alinéa 2, du Code civil tient au statut des dépenses relatives aux enfants. L'article 220 du Code civil, en son alinéa premier, inclut en effet expressément dans les dettes solidaires les dépenses qui ont pour finalité l'éducation des enfants. L'article 515-4, alinéa 2, du même code est quant à lui silencieux sur ce point.

Même si le pacs ne constitue pas, à l'instar du mariage, une cellule destinée en droit à l'accueil d'enfants³⁵⁵, dans les faits, les couples hétérosexuels ayant conclu un pacs donnent naissance à des enfants. La jurisprudence a dès lors le choix entre deux attitudes. Appliquant strictement l'article 515-4, alinéa 2, du Code civil, les juges pourraient décider que la dépense ayant pour objet l'éducation des enfants contractée par un seul n'engage pas solidairement son partenaire. Au contraire, on peut imaginer que les juges prennent appui sur le besoin de crédit que tend à satisfaire la solidarité ménagère légale – besoin qui se fait sentir tant pour les dépenses strictement destinées au couple que pour celles relatives aux enfants³⁵⁶ – et rattachent une telle dépense aux « *besoins de la vie courante* », entraînant par conséquent la solidarité passive des partenaires³⁵⁷. Les dépenses affectées aux enfants

³⁵⁵ V. *supra*, n°119.

³⁵⁶ Cette justification a du reste déjà permis d'étendre la solidarité de l'article 220, alinéa 1^{er}, aux dépenses d'éducation des enfants à charge du couple marié même s'ils ne sont pas communs au couple. V. les références citées par F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 70, n°80.

³⁵⁷ V. S. PIERRE, « La solidarité passive des partenaires du pacs », *Dr. Fam.* 2000, chr. n°16, spéc. n°10. En faveur de l'inclusion dans les besoins de la vie courante, A. SOULEAU-TRAVERS, « Solidarité légale entre époux et entre partenaires d'un « P.A.C.S. » (Aspects comparatifs) », *Defrénois* 2002, art. 37533, p. 571.

seraient alors, peut-être artificiellement, englobées dans le statut des dépenses affectées au couple.

161. Raisonnons à présent seulement sur les dépenses destinées au couple. Le second point de divergence entre la solidarité des époux et celle des partenaires d'un pacs tient à l'emploi des locutions suivantes : « *entretien du ménage* », d'une part, « *besoins de la vie courante et dépenses relatives au logement commun* », d'autre part.

La jurisprudence et la doctrine majoritaire³⁵⁸ s'accordent aujourd'hui sur la définition du terme « *entretien* » et sur sa fonction de limitation de l'étendue de la solidarité des époux ; ce terme vise les dépenses de « *consommation* »³⁵⁹, autrement dit les dépenses courantes et périodiques tels les frais de nourriture, d'habillement, d'habitation, de maladie et les dépenses d'agrément, sous réserve de leur excès. Corrélativement, le terme d'entretien exclut du champ d'application de l'article 220, alinéa 1^{er}, du Code civil les dépenses d'investissement. Il en est ainsi de l'acquisition d'un logement même si cette dépense a une finalité familiale, dans la mesure où elle a pour but d'assurer le logement de la famille ou de procurer à cette dernière une résidence secondaire³⁶⁰. Enfin, la dépense devant être affectée à l'entretien du ménage, la solidarité du conjoint est exclue lorsqu'elle est affectée à l'intérêt exclusif de l'un des époux³⁶¹.

³⁵⁸ V. les références citées par A. COLOMER, Droit civil, Régimes matrimoniaux, Litec, 11^{ème} éd., 2002, p. 59, n°93. L'unanimité se fait notamment sur le fait que le terme d'entretien répond davantage à des préoccupations économiques qu'à une définition juridique rigoureuse et laisse ainsi une large part à l'intuitif. V. F. LUCET, obs. sous Civ. 1^{ère} 9 octobre 1990 et Bordeaux, 18 septembre 1989, R.T.D. Civ. 1990, p. 584.

³⁵⁹ En ce sens G. CORNU, Les régimes matrimoniaux, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 9^{ème} éd., 1997, n°15, p. 106.

Sur la notion de « *dette de consommation familiale* », V. D. LEFEBVRE, J.-Cl. Civ., art. 216 à 226, fasc. 20, 1997, p. 7, n°32.

³⁶⁰ Dans l'hypothèse d'une dépense destinée tout à la fois à l'entretien de la famille et à l'amélioration ou à l'augmentation du patrimoine de l'acquéreur, il conviendra d'établir une sorte de hiérarchie entre les deux affectations. Si l'affectation à l'épargne ou à l'investissement l'emporte sur l'affectation à l'entretien de la famille, l'article 220, alinéa 1^{er}, du Code civil ne jouera pas. S'agissant d'investissement immobilier, la jurisprudence est ainsi constante qui refuse la solidarité. V. Paris, 9 février 1988, D. 1988, I.R. 69. Récemment, il a été considéré que la réalisation d'un mur de clôture d'une maison indivise n'était pas une dette destinée à l'entretien du ménage : Versailles, 16 février 2001, Dr. Fam. 2001, comm. n°111, note B. BEIGNIER.

La Cour de cassation a cependant admis la solidarité dans une affaire de location-attribution. V. Civ. 1^{ère} 9 octobre 1990, R.T.D. Civ. 1990, p. 586, obs. F. LUCET et B. VAREILLE ; Defrénois 1991, art. 35119, p. 1126, n°86, obs. G. CHAMPENOIS. Certains arrêts ont également admis la solidarité au cas d'amélioration ou d'agrandissement de l'immeuble servant de résidence principale. Sans doute les juges ont-ils implicitement procédé à ce balancier des affectations et considéré que l'affectation familiale supplantait l'affectation d'investissement lorsque le montant des sommes apparaît plutôt modeste au regard de l'enrichissement du patrimoine. V. Paris, 28 novembre 1984, Juris-Data, n°043201 ; Paris, 20 mai 1985, Juris-Data, n°026281 ; Mulhouse, 9 novembre 1978, J.C.P. 1981, éd. N, II, p. 144 ; Bordeaux, 18 septembre 1989, J.C.P. 1991, éd. N, II, 5^{ème} esp., p. 57, note P. SIMLER.

³⁶¹ Dans un arrêt du 16 avril 1996, la première chambre civile de la Cour de cassation a décidé que dès lors que les cotisations versées par le mari à la société mutuelle de retraite avaient pour objet la constitution d'une rente personnelle dont l'épouse ne bénéficierait pas par réversion, la Cour d'appel a souverainement estimé que le

162. Par opposition à la notion d'entretien du ménage dont la signification est acquise, la controverse est vive sur l'étendue des dépenses comprises dans les besoins de la vie courante.

Le concept n'est certes pas ignoré du droit positif. La notion est, en effet, consacrée par le troisième alinéa de l'article 220 du Code civil : la solidarité n'a pas lieu pour les emprunts souscrits par un époux « *à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante* ». Le fait qu'elle constitue l'exception au principe selon lequel l'emprunt contracté par un seul époux n'entraîne pas la solidarité de son conjoint peut donner à penser que la notion est plus étroite que celle d'entretien. C'est oublier cependant que lorsqu'elle est utilisée par l'article 220, alinéa 3, la notion de besoins de la vie courante est couplée avec la notion de sommes modestes³⁶².

Les auteurs sont ainsi partagés sur l'étendue des dépenses destinées aux besoins de la vie courante. Selon certains, les dépenses relatives aux besoins de la vie courante englobent quantitativement davantage d'actes que celles destinées à l'entretien du ménage, l'adjectif « *courant* » ne permettant pas d'isoler la finalité commune de la dette³⁶³. D'autres auteurs envisagent, en revanche, le terme de « *besoin* » dans son acception restrictive, comme « *ce qui manque et ce qui est nécessaire* », la dépense revêtant ainsi un caractère vital, d'urgence³⁶⁴. Une partie de la doctrine soutient ainsi que les magistrats s'inspireront probablement de l'interprétation restrictive que la jurisprudence a donné à la notion de « *besoins de la vie courante* » telle qu'elle est employée par l'article 220, alinéa 3, du Code civil. Si tel était le cas, la solidarité des partenaires d'un pacs serait plus restreinte que celle des époux, « *somme toute un service minimum de la solidarité, une solidarité au petit pied pour une petite vie et un petit ménage* »³⁶⁵.

versement de ces cotisations ne constituait pas une dette ménagère (J.C.P. 1996, éd. G, I, 3962, n°3, obs. G. WIEDERKEHR ; R.T.D. Civ. 1996, p. 584, obs. J. HAUSER).

³⁶² V. cependant Civ. 1^{ère} 27 novembre 2001, Dr. Fam. 2002, comm. n°17, note H. LECUYER : cassation pour défaut de base légale de l'arrêt qui avait retenu la solidarité des époux pour un emprunt modeste eu égard aux revenus du ménage, reproche étant fait aux juges du fond de ne pas avoir caractérisé en quoi l'acquisition litigieuse était nécessaire aux besoins de la vie courante du ménage. Il est possible d'interpréter cet arrêt classiquement comme exigeant le caractère ménager de la dette. Toutefois, il est également possible de comprendre qu'il érige en condition autonome la nécessité aux besoins de la vie courante (en ce sens, H. LECUYER, note précit.). Au terme de cette interprétation, la notion de besoins de la vie courante serait plus restreinte que la notion de dette destinée à l'entretien du ménage.

³⁶³ En ce sens, C. ALLEAUME, « « Solidarité contre solidarité » Etude comparative des avantages respectifs du mariage et du pacs au regard du droit du crédit », D. 2000, chr. 450. Selon cet auteur, une dépense peut être courante sans être une dépense d'entretien du ménage, telle la dépense courante qui consiste pour un homme à déboursier chaque semaine 3 000 F pour ses loisirs personnels. V. également B. SAINT-ALARY, « Régimes matrimoniaux et gestion du recueil du consentement du conjoint », Droit et patrimoine n°92, avril 2001, p. 84.

³⁶⁴ V. A. SOULEAU-TRAVERS, « Solidarité légale entre époux et entre partenaires d'un « P.A.C.S. » (Aspects comparatifs) », Defrénois 2002, art. 37533, p. 576.

³⁶⁵ J. HAUSER, « Pacte civil de solidarité. Statut civil des partenaires », J.C.P. 2000, éd. N, p. 411. Dans le même sens, S. PIERRE, « La solidarité passive des partenaires du pacs », Dr. Fam. 2000, chr. n°16.

Une circulaire du 11 novembre 2000, apportant quelques précisions sur la solidarité de l'article 515-4, alinéa 2, du Code civil, tranche en faveur de cette dernière solution³⁶⁶. En effet, selon le ministère de la justice, la notion de contrat conclu pour les besoins de la vie courante doit être appréciée par référence à la jurisprudence issue de l'application de l'alinéa 3 de l'article 220 du Code civil. La circulaire fournit également une liste indicative des contrats conclus pour les besoins de la vie courante : contrats d'abonnement (eau, gaz, électricité et téléphone), frais médicaux et chirurgicaux courants, emprunts domestiques qui ont pour objet des dépenses de nature ménagère (équipement électro-ménager, télévision, etc.) et dépenses d'entretien courant d'un véhicule. Eu égard à l'autorité réduite d'une circulaire³⁶⁷, rien n'impose cependant aux tribunaux de trancher dans le même sens.

163. A l'inverse de la notion de besoins de la vie courante, celle de « dépenses relatives au logement » semble limpide. La doctrine est ainsi unanime sur sa signification et les dangers qu'elle recèle³⁶⁸. L'adjectif « relatives » est en effet si large que toutes les dettes qui peuvent être rattachées de près ou de loin au logement des partenaires semblent devoir entraîner la solidarité : dépenses d'entretien, mais également dépenses d'amélioration, ainsi que celles qui auraient pour objet le remboursement du prix d'acquisition du logement ou de l'emprunt qui l'a financé. Certaines dettes exclues de la solidarité dans le cadre de l'article 220 du Code civil – en particulier les dépenses d'investissement – seraient donc solidaires aux termes de l'article 515-4 du même code.

En dépit de la clarté du texte de la loi, un contentieux devrait pourtant naître. La circulaire précitée du 11 octobre 2000³⁶⁹ fournit en effet une liste indicative des dépenses relatives au logement, visiblement inspirée de la jurisprudence qui a précisé le domaine de la solidarité ménagère de l'article 220 du Code civil appliquée au logement des époux. Les dépenses relatives au logement comporteraient les créances de loyers, les charges récupérables sur le locataire, les mensualités en cas de location-attribution, l'indemnité d'occupation après résiliation du bail, les dommages-intérêts en cas de dégradations constatées en fin de bail, les primes de l'assurance souscrite pour le logement, la taxe d'habitation, toutes dépenses qui correspondent à la jouissance du logement des partenaires.

³⁶⁶ Sur cette circulaire, V. F. SAUVAGE, « PACS, mode d'emploi n°2 (à propos de la circulaire du 11 novembre 2000) », J.C.P. 2001, éd. N, p. 959.

³⁶⁷ Malgré l'importance qu'une circulaire peut revêtir en pratique, l'attitude du juge judiciaire est constante : simple mesure interne à l'administration, elle ne lie ni les magistrats, ni les particuliers. V. les références citées par F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 5^{ème} éd., 2000, p. 271, n°246, note 2.

³⁶⁸ V. par exemple C. ALLEAUME, « « Solidarité contre solidarité » Etude comparative des avantages respectifs du mariage et du pacs au regard du droit du crédit », D. 2000, chr. 450 ; J. HAUSER, « Pacte civil de solidarité. Statut civil des partenaires », J.C.P. 2000, éd. N, p. 411.

³⁶⁹ V. *supra*, note 366.

Faut-il en déduire pour autant – la liste étant indicative – que les dépenses liées à la propriété du logement, tel un emprunt immobilier, ne relèvent pas de la solidarité légale des partenaires ? Quelle que soit l'interprétation donnée à la circulaire, son autorité réduite ne permet pas de trancher.

164. Un point ne devrait pas en revanche susciter de discussion, du moins en principe : le critère de l'affectation directe de la dépense à la finalité légalement définie. La logique impose en effet que les dettes faites par un membre du couple à des fins professionnelles soient exclues du jeu de l'article 515-4, alinéa 2, comme elles le sont de l'article 220, alinéa 1^{er}, du Code civil³⁷⁰. Il serait anormal, et particulièrement dangereux, de rendre un époux ou un partenaire responsable solidairement de toutes les dettes qui présentent, de près ou de loin, un rapport avec l'entretien du ménage. Il faut conserver à l'esprit que l'affectation des biens du couple à son crédit doit s'entendre d'une affectation minimale, parce qu'elle lui est imposée à titre impératif. L'affectation imposée devrait ainsi se limiter au crédit ménager. Libre aux membres du couple d'adopter un régime de biens réalisant une affectation maximale au crédit des membres du couple, ménager, personnel ou professionnel³⁷¹ ou encore de s'engager solidairement pour toute dette autre que ménagère.

165. Une dernière difficulté demeure, relative au caractère immédiat de l'affectation de la dépense à la finalité ménagère. Dans les rapports entre époux, la nécessité d'un lien direct et immédiat entre la dépense et l'entretien du ménage s'est posée s'agissant de dépenses dont l'objet est de satisfaire l'entretien futur du ménage, telles les cotisations ou primes dont est tenu l'un des époux en vertu d'un régime de retraite ou d'un contrat d'assurance, permettant de pallier les difficultés financières pouvant résulter d'un décès, d'une maladie ou d'un accident. Si ces dépenses sont initialement affectées à la sécurité du ménage, il se peut qu'au moment où l'avantage se réalise, le mariage ait été dissous par décès ou par divorce, ou encore que la situation financière du ménage exclue leur affectation à son entretien. Malgré ces hésitations, la Cour de cassation a admis que la cotisation d'assurance-vieillesse, ayant pour objet de permettre au titulaire de la pension d'assurer après la cessation de son activité professionnelle l'entretien du ménage et, en cas de décès, l'entretien de son conjoint par réversion de l'avantage, constitue une dette ménagère, l'article 220 du Code civil n'opérant aucune distinction entre l'entretien actuel et futur du ménage³⁷².

³⁷⁰ V. en dernier lieu, Poitiers, 22 janvier 2002, J.C.P. 2003, éd. G, I, 111, n°5, obs. G. WIEDERKEHR.

³⁷¹ V. *infra*, n°471 et s.

³⁷² Civ. 1^{ère} 9 octobre 1991, J.C.P. 1992, éd. N, II, p. 201, obs. G. WIEDERKEHR ; R.T.D. Civ. 1992, p. 169, obs. F. LUCET et B. VAREILLE ; Defrénois 1992, art. 35212, p. 299, n°1, obs. J. MASSIP. En dernier lieu, V. Soc. 4 octobre 2001, Dr. Fam. 2001, comm. n°118, note B. BEIGNIER.

De même, ont été qualifiées de dettes ménagères engageant les époux solidairement les dettes représentatives de cotisations obligatoires d'assurance maladie-accident et les arriérés de cotisations à un régime légal d'assurances maladie et maternité³⁷³. C'est dire que la solidarité des époux s'inscrit dans une perspective à court, moyen et long terme : solidaires pour les dettes destinées à satisfaire les besoins actuels du ménage, les époux le sont également pour les dettes issues d'actes de prévoyance.

La question de la transposition de cette jurisprudence aux partenaires sera alors certainement posée aux magistrats³⁷⁴. Un contentieux devrait alors en résulter, de même qu'un contentieux devrait naître, relatif à la nature de la dette solidaire.

2. *Le contentieux relatif à la nature de la dette solidaire*

166. Les textes du Code civil relatifs à la solidarité ménagère dans les couples statutaires convergent en faveur de la nature contractuelle de la dette entraînant solidarité. La nécessité d'un contrat est imposée par la lettre de l'article 220, alinéa 1^{er}, du Code civil qui, à deux reprises, emploie ce terme, s'agissant tant du pouvoir de les conclure que de celui d'engager solidairement son conjoint³⁷⁵. L'article 515-4, alinéa 2, du Code civil ne vise également que les « *dettes contractées* ». L'origine contractuelle de la dette devrait donc constituer une limite à l'affectation des biens des époux et des partenaires d'un pacs au crédit ménager³⁷⁶. Telle n'est pas cependant la position de la première chambre civile de la Cour de cassation qui affirme que l'article 220 a vocation à s'appliquer à toute dette même non contractuelle, ayant pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants³⁷⁷. Dans cette perspective, l'article 220 du Code civil s'analyse aujourd'hui moins comme un texte de

³⁷³ V. Dijon, 25 juin 1991 et Civ. 1^{ère} 18 février 1992, D. 1993, somm. comm. 217, obs. F. LUCET.

³⁷⁴ Il est à noter que le partenaire survivant d'un pacs ne bénéficie en aucun cas de la pension de réversion ; les versements ont donc nécessairement pour objet la constitution d'une rente propre à celui qui les verse. A l'instar de la solution jurisprudentielle applicable entre époux, aux termes de laquelle la solidarité est exclue pour les cotisations de retraite si le conjoint ne bénéficie pas de la réversion (V. D. LEFEBVRE, J.-Cl. Civ. art. 216 à 226, fasc. 20, 1997, p. 13, n°64), les versements de cotisations de retraite d'un partenaire n'entraîneront pas solidarité.

³⁷⁵ L'ancien article 220 conférait à la « *femme le pouvoir de représenter le mari* ». Ce mandat domestique, comme tout mandat, ne pouvait être conféré qu'en vue de conclure des contrats.

³⁷⁶ La doctrine est cependant partagée. V. D. LEFEBVRE, J.-Cl. précit., p. 10, n°45 et les références citées.

³⁷⁷ Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 9 octobre 1991 mit fin à la controverse jurisprudentielle sur cette question : Civ. 1^{ère} 9 octobre 1991, J.C.P. 1992, éd. N, II, p. 201, obs. G. WIEDERKEHR ; R.T.D. Civ. 1992, p. 169, obs. F. LUCET et B. VAREILLE ; Defrénois 1992, art. 35212, p. 299, n°1, obs. J. MASSIP. Sur la controverse antérieure, V. les références citées par D. LEFEBVRE, J.-Cl. précit., p. 11, n°47 et s.

V. en dernier lieu, à propos de l'assurance maladie et maternité, Toulouse, 30 avril 1998, Dr. Fam. 1998, comm. n°12, note B. BEIGNIER.

crédit. Désormais, « *plus que l'origine, c'est la destination de la dette qui lui imprime son nom et son régime* »³⁷⁸.

167. Indépendamment de l'appréciation que l'on peut porter sur cette solution jurisprudentielle extensive et sur le changement d'analyse de l'article 220 du Code civil qu'elle entraîne³⁷⁹, la diversité est incontestablement source de contentieux. On peut en effet s'interroger sur la raison pour laquelle le législateur a restreint la solidarité légale des partenaires d'un pacs aux dettes contractuelles. Deux analyses sont possibles. Le législateur de 1999 a pu vouloir prendre le contre-pied de la jurisprudence de la Cour de cassation allant dans le sens d'un élargissement des dépenses entraînant solidarité des époux. Une circulaire émanant du ministère de la justice semble confirmer cette interprétation. Selon cette circulaire en effet, les dettes extra-contractuelles nées pour les besoins de la vie courante – délictuelles, quasi-délictuelles et légales – ne relèvent pas de la solidarité ménagère entre partenaires³⁸⁰. A l'inverse, la rédaction de l'article 515-4, alinéa 2, pourrait procéder d'une maladresse du législateur, lequel se serait implicitement référé aux acquis de la jurisprudence sur la solidarité des époux. Il appartiendra à nouveau aux magistrats de s'interroger sur les objectifs poursuivis par l'article 515-4, alinéa 2, du Code civil et, par conséquent, de déterminer si, à l'instar de l'article 220 du même code, la finalité ménagère de la dépense doit primer sur sa nature contractuelle.

168. Les différents éléments de diversité relevés entre la solidarité légale des époux et celle des partenaires d'un pacs ne devraient pas manquer d'avoir des incidences sur

³⁷⁸ G. CORNU, Les régimes matrimoniaux, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 9^{ème} éd., 1997, n°15, p. 108. Dans le même sens, J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 62, n°73. Il faut également conclure de cette jurisprudence l'abandon de la représentation comme fondement du pouvoir d'un époux d'engager solidairement son conjoint. En faveur du pouvoir de représentation mutuelle des époux, F. TERRE et P. SIMLER, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 71, n°81 ; D. LEFEBVRE, J.-Cl. Civ., art. 216 à 226, fasc. 20, 1997, p. 12, n°53. *Contra*, A. COLOMER, Droit civil, Régimes matrimoniaux, Litec, 11^{ème} éd., 2002, p. 57, n°90, note 10 ; G. CORNU, *op. cit.*, n°10, p. 86 et 15, p. 104. Pour ces auteurs, le pouvoir domestique a son fondement unique dans la loi et si chacun des époux, en même temps qu'il s'oblige personnellement, engage l'autre solidairement, c'est uniquement en vertu d'une disposition expresse de solidarité.

³⁷⁹ Il est vrai que des dettes d'origine légale peuvent avoir pour objet l'entretien de la famille et qu'il serait étrange, s'agissant notamment des cotisations destinées à assurer des revenus à la famille au cas de cessation de l'activité professionnelle de l'un, que les cotisations légales excluent la solidarité tandis que les cotisations conventionnelles ayant le même objet entraînent la solidarité. Cependant, la solution de la Cour de cassation heurte l'esprit du texte qui est d'assurer du crédit au ménage, lequel ne se conçoit qu'au seul cas de contrat, et sa lettre. Cette dernière atteinte est d'autant plus grave que l'article 220 est un texte d'exception qui doit par conséquent être interprété de façon stricte. L'article 220 constitue en effet une double exception : au principe du caractère interpersonnel de la solidarité, d'une part ; au principe de l'autonomie de chacun des époux et à leur droit de disposer librement de leurs biens, d'autre part.

³⁸⁰ V. la circulaire du ministère de la justice n°00/2 du 11 octobre 2000 qui apporte des précisions sur la solidarité de l'article 515-4, alinéa 2, du Code civil.

l'invocation, par les créanciers d'un concubin, de la théorie de l'apparence. En effet, si la Cour de cassation réaffirme périodiquement que l'article 220 du Code civil n'est pas applicable aux concubins³⁸¹, elle admet depuis longtemps que les créanciers de l'un d'entre eux puissent se prévaloir du concubinage pour élargir l'assiette de leur gage lorsque, trompés par l'apparence, ils ont pris les concubins pour des époux³⁸². Lorsque c'est sur le fondement de l'apparence de mariage que les concubins sont engagés solidairement, l'article 220 du Code civil s'applique dans sa plénitude. La solidarité ne peut ainsi jouer que pour le recouvrement des dépenses destinées à l'entretien du ménage ou à l'éducation des enfants. A l'avenir, il faut prévoir que la théorie de l'apparence sera admise par la jurisprudence au bénéfice d'un créancier qui aura légitimement pu croire que son débiteur était partenaire d'un pacs. Cette extension de la solidarité prévue pour le pacs se révélera particulièrement utile s'agissant d'un couple de concubins homosexuels pour lequel il était pour le moins difficile d'imaginer que le créancier ait légitimement pu croire à l'apparence d'un couple

³⁸¹ Civ. 1^{ère} 11 janvier 1984, Defrénois 1984, art. 33368, p. 1003, obs. J. MASSIP et p. 933, obs. G. CHAMPENOIS, R.T.D. Civ. 1987, p. 171 obs. J. MESTRE ; Civ. 1^{ère} 17 octobre 2000, Dr. Fam. 2000, comm. n°139, note B. BEIGNIER ; Civ. 1^{ère} 2 mai 2001, J.C.P. 2002, éd. G, II, 10009, note R. CABRILLAC.

Il semble également que la solidarité pour les dettes ménagères puisse être prévue conventionnellement par les concubins au sein de leur convention, en particulier au profit du bailleur. V. M. STORCK, « Les contrats de concubinage », Journal des notaires et des avocats 1988, p. 649 : le bailleur pourra poursuivre l'un ou l'autre des concubins, alors même que le contrat de bail n'a été signé que par l'un d'eux, s'il est établi que la convention de concubinage stipule que les concubins sont solidairement tenus au paiement des loyers car « cette clause de solidarité est une stipulation pour autrui au profit du bailleur qui peut en revendiquer le bénéfice ». Est-il cependant bien fréquent que les concubins s'imposent eux-mêmes cette charge ?

³⁸² V. par exemple Soc. 1^{er} juillet 1981, Bull. civ. V, n°631.

Certaines décisions considéraient que le concubin était tenu en tant que responsable des conséquences dommageables de la faute qu'il avait commise en laissant croire aux tiers que la concubine était sa femme (Paris, 21 novembre 1923, Gaz. Pal. 1924, jurispr., 1, p. 187 ; Paris, 23 juillet 1932, Gaz. Pal. 1932, jurispr., 2, p. 423) ; d'autres que le concubin était engagé comme l'eut été un mari sur le fondement du mandat domestique (Trib. Paix Lagny 4 juin 1954, D. 1955, somm. 24). Sur l'état du droit positif antérieur, V. A. PROTHAIS, « Dettes ménagères des concubins : solidaires, *in solidum*, indivisibles ou conjointes ? Après Civ. 1^{ère} 11 janvier 1984 », D. 1987, chr. 237.

Lorsque le bénéfice de l'apparence est accordé aux tiers créanciers, ce n'est « qu'au prix d'une erreur légitime sévèrement appréciée » (J. HAUSER, obs. sous Nancy, 20 septembre 1990, R.T.D. Civ. 1992, p. 68). Sur la condition de l'erreur légitime, V. A.P. 13 décembre 1962, D. 1963, 277, note J. CALAIS-AULOY ; Civ. 1^{ère} 29 avril 1969, D. 1970, 23, note M.-T. CALAY-AULOY.

La théorie de l'apparence trouve également à s'appliquer dans l'hypothèse fréquente où des concubins participent ensemble à l'exploitation d'une entreprise qui appartient à l'un d'eux et fait l'objet d'une procédure de liquidation collective. Néanmoins, l'exploitation en commun suffit à conférer à chaque exploitant la qualité de commerçant et à justifier leur condamnation solidaire (V. F. GRANET, J.-Cl. Civ., art. 515-8, 2000, p. 24, n°64). La notion de coexploitation n'est cependant pas spécifique au couple et, surtout, ne permet pas aux créanciers ménagers d'élargir l'assiette de leur gage, de sorte que ce point ne fait pas partie de l'affectation au crédit ménager du couple.

La gestion d'affaires peut également être invoquée par le créancier, ce dernier soutenant que l'un des concubins avait géré en partie l'affaire de l'autre, que l'acte était nécessaire et, même partiellement, altruiste. Toutefois, ce quasi-contrat ne peut aboutir qu'à faire peser une partie de la dépense sur le géré : en aucun cas, il n'entraîne solidarité du géré et du gérant d'affaires. Sur les voies incertaines du droit commun, V. L. PERROUIN, note sous Civ. 1^{ère} 2 mai 2001, Dr. Fam. 2001, comm. n°79.

marié. Si une telle solution était admise par la jurisprudence, il conviendrait d'appliquer l'article 515-4, alinéa 2, du Code civil.

Dans l'hypothèse de concubins hétérosexuels, il faut alors imaginer que les résultats différeront, selon que les créanciers se prévaudront de l'apparence de mariage ou de pacs, les plus habiles choisissant évidemment de se prévaloir de l'institution comportant le régime de solidarité qui leur est le plus favorable. Si les dépenses sont destinées aux enfants du couple, les créanciers auront tout intérêt à se prévaloir de l'apparence de mariage. Il en sera de même si la dette n'est pas contractuelle. En revanche, le prêteur des fonds destinés à l'acquisition du logement des concubins serait bien inspiré de plaider l'apparence de pacte civil de solidarité. Tout un contentieux relatif à l'apparence de mariage ou de pacte civil de solidarité devrait ainsi se développer, lequel ne serait pas sans risques pour les concubins. Source de contentieux, la diversité est donc également une source de dangers.

B. La diversité, source de dangers

169. Deux dangers découlent directement du contentieux que la diversité ne devrait pas manquer d'engendrer. Tout d'abord, l'incertitude sur l'étendue de la solidarité légale des partenaires d'un pacs devrait planer longtemps avant que des solutions constantes ne soient admises par la jurisprudence. En effet, s'il est probable que de nombreux tribunaux s'inspireront de la circulaire pour interpréter la notion de « *besoins de la vie courante* » et de « *dépenses relatives au logement* », l'autorité réduite de ce texte ne saurait cependant l'imposer inéluctablement.

Le danger provient ensuite de l'emploi utilitariste des articles 220 et 515-4, alinéa 2, du Code civil par les créanciers de concubins non unis par un pacs, qui devraient invoquer alternativement l'apparence d'un mariage et celle d'un pacte civil de solidarité selon leur intérêt. Il est du reste à craindre que l'apparence de pacs soit la plus fréquemment invoquée car l'absence de limites à la solidarité légale des partenaires confère un avantage substantiel à leurs créanciers par rapport aux créanciers des époux.

A cet égard, l'opposition entre le caractère illimité de la solidarité des partenaires d'un pacs – et les risques qu'elle engendre – et le caractère limité de la solidarité ménagère des époux est à la source du troisième danger. Celui-ci a trait aux moyens utilisés par les partenaires ou le juge pour tenter de pallier les menaces que l'article 515-4, alinéa 2, du Code civil fait peser sur les partenaires.

170. Par comparaison avec le mariage, la solidarité ménagère des partenaires d'un pacs semble en effet incroyablement large et, par conséquent, infiniment dangereuse.

Contrairement aux époux, les partenaires d'un pacs devraient en effet, *stricto sensu*, être tenus solidairement du remboursement de l'emprunt destiné à l'acquisition de leur

logement³⁸³. En l'espèce, le danger résulte d'une définition trop large de la finalité de la dette emportant solidarité.

Un autre danger provient de l'absence totale d'exceptions à l'engagement solidaire des partenaires. Aucune disposition ne prévoit en effet, à l'instar de l'alinéa 2 de l'article 220, que le partenaire qui fait une dépense ménagère « *manifestement excessive eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant* » est seul engagé³⁸⁴. Pour certains auteurs, la notion de « *besoins de la vie courante* » joue à la fois le rôle de condition de solidarité ménagère et celui de garde-fou de cette dernière : « *rationnellement, une dépense excessive ne peut correspondre à un besoin de la vie courante puisque le caractère excessif sous-entend l'inutilité de l'achat. Or, un achat inutile n'est assurément pas motivé par un besoin* »³⁸⁵. Cette assertion est contestable dans la mesure où le caractère excessif n'est pas apprécié uniquement en fonction de l'utilité ou de l'inutilité de l'achat mais également en fonction du train de vie du couple. Ainsi, prendre à bail un logement correspond certainement à un besoin de la vie courante qui est de se loger. En revanche, payer un loyer représentant les deux tiers de la somme des deux salaires est très certainement excessif. Les besoins de la vie courante peuvent ainsi être satisfaits de manière excessive, notamment eu égard au train de vie du ménage.

En outre, les dispositions relatives à la solidarité des partenaires ignorent les exceptions à la solidarité ménagère des époux relatives à la nature de l'acte générateur de la dette. Sont en effet exclus du champ d'application de la solidarité des époux les achats à tempérament et les emprunts s'ils n'ont été conclus du consentement des deux époux (C. civ., art. 220, al. 3)³⁸⁶. La solidarité ne réapparaît pour les emprunts qu'à la condition qu'ils portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante³⁸⁷.

³⁸³ V. *supra*, n°163.

³⁸⁴ L'emploi de l'adverbe « *manifestement* » signifie tout d'abord que la dépense doit dépasser de beaucoup le montant qu'aurait accepté un époux normalement diligent et économe. Il signifie également que l'excès doit être perceptible aux yeux des tiers. Il appartient alors au juge du fond d'apprécier souverainement l'excès en fonction des indications de la loi. A cet égard, le critère du train de vie du ménage, de même que celui de l'utilité ou de l'inutilité de l'opération, font l'appréciation du mode de vie du ménage. En ce sens, M. GRIMALDI (sous la dir. de), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2001-2002, p. 19, n°68 : « *si l'on excepte certaines dépenses qui sont évidemment et dans l'absolu déraisonnables, le caractère utile ou futile de l'engagement est fonction, en cas de doute, sinon du train de vie, du moins du mode de vie du ménage ; et l'on n'imagine pas vraiment que l'appréciation s'en fasse purement in abstracto. Une opération inconsidérée sera plus aisément reconnue inutile si les habitudes de vie des conjoints sont parcimonieuses, voire simplement prudentes* ». Il convient cependant de réserver l'hypothèse d'une dépense excédant le train de vie du ménage mais qui revêt un caractère indispensable et urgent, voire vital, pour l'un des époux. En ce sens, Reims, 13 décembre 1984, Juris-Data n°043111.

³⁸⁵ S. PIERRE, « La solidarité passive des partenaires du pacs », Dr. Fam. 2001, chr. n°16, n°22.

³⁸⁶ Si les achats à tempérament et les emprunts conclus du consentement d'un seul époux excluent, sans discussion aucune, la solidarité, la doctrine est partagée sur les effets du consentement donné par les deux époux à ces contrats. Aux termes mêmes de la loi, le consentement des deux époux à ces contrats que sont les achats à tempérament et les emprunts semble bien faire renaître la solidarité légale, et ce, quand bien même

171. Nul doute que les parties au contrat de pacs, leurs conseils et le juge auront à cœur de remédier à ces dangers. Or, les techniques palliatives envisageables sont elles-mêmes périlleuses. Une partie de la doctrine suggère ainsi que le juge transpose à la solidarité des partenaires d'un pacs, par analogie, les limites prévues par l'article 220, alinéas 2 et 3, du Code civil³⁸⁸. La proposition est cependant délicate pour la définition de la mission du juge, compte tenu du fait que la solidarité dans le pacs ne connaît aucune limite textuelle. En effet, « *demander au juge de créer ex nihilo des exceptions serait lui demander de jouer le rôle du législateur ! Cela serait critiquable mais passerait peut-être sur un point accessoire. S'agissant de l'étendue de la solidarité d'un contrat dénommé pacte civil de solidarité, ce serait aller beaucoup trop loin. La solidarité n'est pas « au » cœur de la loi du 15 novembre 1999 ; elle en est « le » cœur* »³⁸⁹. Faute de pouvoir exclure la solidarité pour les dettes manifestement excessives, la solution ne trouve alors, en droit positif, qu'un « *lourd correctif de droit commun* »³⁹⁰ : le droit de la responsabilité civile, ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel³⁹¹. Le recours à la responsabilité civile est cependant ambigu « *car il laisse à penser que celui ou celle qui acceptera d'être partie à un pacs pourrait reprocher à son partenaire d'avoir sollicité la solidarité... Mais n'est-ce pas pour cela qu'ils ont contracté ?* »³⁹².

aucune solidarité n'aurait été stipulée. En ce sens, M. GRIMALDI (sous la dir. de), *op. cit.*, p. 20, n°75 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome 2, *La famille, l'enfant, le couple*, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 499 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 66, n°76. *Contra*, G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 9^{ème} éd., 1997, n°15, p. 109.

Sur la qualification de l'ouverture de crédit accessoire à un contrat de vente, V. N. RZEPECKI, « Les opérations de crédit et la solidarité ménagère de l'article 220 du Code civil », J.C.P. 1999, éd. G, I, 148. Sur la qualification des dépenses faites à l'aide d'une carte de crédit type « Kangourou », V. C. ALLEAUME, « Achats à crédit et solidarité des époux », *Dr. Fam.* 1999, chr. n°5.

³⁸⁷ Avant que les emprunts conclus par un seul ne soient exclus formellement du jeu de la solidarité par la loi du 23 décembre 1985, la jurisprudence et la plupart des auteurs les excluait au motif qu'un emprunt monétaire ne porte pas en lui-même son affectation aux fins de consommation familiale, l'emprunteur demeurant libre d'affecter le montant emprunté à des dépenses variées. C'est dire que la dette n'avait pas le caractère direct requis. V. les références citées par D. LEFEBVRE, *J.-Cl. Civ.*, art. 216 à 226, fasc. 20, 1997, p. 9, n°40. En dernier lieu, la Cour de cassation a admis le jeu de la solidarité à la condition que les emprunts soient « *modestes et répétés* » et aient « *pour objet de faire face, au jour le jour, aux besoins les plus pressants du ménage* » (Civ. 1^{ère} 24 mars 1971, D. 1972, 360, note E. ABITBOL). La solution jurisprudentielle fut reprise par la loi du 23 décembre 1985 dans l'alinéa 3 de l'article 220. La modification de l'alinéa 3 de l'article 220 fut rendue nécessaire par la nouvelle rédaction de l'article 1415 qui eut interdit, en raison de la généralité de ses termes, toute extension de la solidarité à des emprunts, quelles que fussent leur importance et leur affectation, dès lors que les époux auraient été mariés sous un régime de communauté.

³⁸⁸ J.-J. LEMOULAND, « Présentation de la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité », *D.* 1999, chr. 483 ; J.-E. SCHOETTL, note sous *Cons. constit.* 9 novembre 1999, P.A. 1^{er} décembre 1999, n°239, p. 6.

³⁸⁹ C. ALLEAUME, « « Solidarité contre solidarité ». Etude comparative des avantages respectifs du mariage et du pacs au regard du droit du crédit », *D.* 2000, chr. 450.

³⁹⁰ B. BEIGNIER, « Aspects civils », *Le Pacs*, *Dr. Fam.* Hors série, décembre 1999, p. 35.

³⁹¹ *Cons. constit.* 9 novembre 1999, P.A. 1^{er} décembre 1999, n°239, p. 6.

³⁹² C. ALLEAUME, art. précit., p. 454.

Les parties ne devraient pas non plus disposer de la possibilité de transformer en limites conventionnelles les limites légales de l'article 220. Cette solution préconisée par certains notaires heurte, en effet, la sécurité des tiers. Les limites conventionnelles ne devraient être opposables au créancier qu'à la condition qu'il ait eu connaissance de la convention et qu'il en ait accepté les conditions³⁹³.

172. Source de contentieux et d'infinis dangers³⁹⁴, la diversité entre la solidarité ménagère des époux et celle des partenaires d'un pacs n'est, en outre, contrebalancée que par des justifications de faible envergure.

§ 2. *La faiblesse des justifications*

173. La diversité entre la solidarité ménagère légale des époux et celle des partenaires d'un pacs ne procède pas seulement, même s'il en existe, de maladresses ou d'oublis du législateur. Elle correspond à une démarche politique volontaire de ce dernier qui a souhaité, d'une part, employer un vocabulaire différent de celui du mariage afin de marquer sa volonté de ne pas l'imiter et, d'autre part, consacrer une solidarité des partenaires étendue pour rassurer les créanciers et faire admettre la nouvelle institution. En apparence probantes, les justifications de la diversité se révèlent bien faibles à l'analyse. Le parti pris politique de ne pas imiter le mariage se révèle, en effet, irréaliste (A.). Au surplus, la volonté du législateur de rassurer les créanciers ne traduit qu'une vision à court terme (B.).

La notion d'abus de droit pourrait également être mise en œuvre. L'abus de droit résulte en effet de ce que le partenaire a un comportement licite – il engage seul des dettes solidaires – mais il abuse de cette liberté en souscrivant de manière excessive de tels engagements. La bonne foi se présument, il appartient cependant au partenaire du cocontractant de prouver que ce dernier a utilisé ses prérogatives à mauvais escient. Or, cette preuve paraît bien délicate à rapporter. En outre, la sanction de l'abus de droit consiste en l'obligation, pour l'auteur de celui-ci, de réparer le préjudice. Maigre consolation si le partenaire condamné à verser des dommages-intérêts est insolvable. La réparation en nature qui consisterait à supprimer les effets de la solidarité est en effet inenvisageable si le tiers est de bonne foi.

Le partenaire obligé d'acquitter la dette pourrait également engager la responsabilité civile du créancier sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, la faute résultant pour ce dernier d'avoir accepté un engagement qu'il savait disproportionné par rapport aux facultés de son débiteur. On pourrait, à cet égard, se référer à la jurisprudence relative à la proportionnalité du cautionnement. Encore faudrait-il cependant que le tiers connaisse l'existence du pacs et qu'il ait eu conscience du préjudice causé au partenaire. V. F. GRANET et H. LECUYER, *J.-Cl. Civ.*, art. 515-5 à 515-7, fasc. 10, 2001, p. 26, n°176.

³⁹³ B. BEIGNIER, J. COMBRET, A. FOUQUET, « Pacte civil de solidarité : formule de convention », *Defrénois* 2000, art. 37176, p. 632, note 5.

³⁹⁴ Dans l'esprit des rédacteurs, sans doute la notion de besoins de la vie courante a-t-elle semblé plus réduite que celle de dettes pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants, les limites légales à la solidarité ménagère prévues pour les époux n'étant dès lors plus justifiées. En ce sens, B. BEIGNIER, J. COMBRET, A. FOUQUET, art. précit., p. 632, note 5. L'esprit de la circulaire venant préciser l'article 515-4, alinéa 2, du Code civil confirme cette interprétation.

A. L'irréalisme du parti pris politique de ne pas imiter le mariage

174. L'intention du législateur, dans la rédaction de l'article 220 comme dans celle de l'article 515-4, alinéa 2, du Code civil, a été de renforcer le crédit ménager du couple en imposant une solidarité légale à ses membres. Pour autant, les termes utilisés ne sont pas identiques. La différence de vocabulaire a été voulue ; elle procède de la volonté consciente du législateur de ne pas imiter le mariage. Le souhait de créer une institution destinée à organiser la vie commune d'un couple différente du mariage n'est sans doute pas critiquable en elle-même. Tous nos développements conduisent cependant à démontrer que cette démarche était irréaliste car les techniques et les institutions destinées à organiser la vie en couple ne sont pas infinies, que le mariage les connaît toutes ou presque et que, par conséquent, il sert nécessairement de modèle.

La démonstration en a été faite pour l'affectation des biens du couple à son entretien. Si l'on ne veut imposer aux membres d'un couple qu'une affectation minimale, la seule technique envisageable est l'obligation de contribution aux charges de la vie commune. Si l'on veut qu'elle manifeste l'entraide dans le couple, il faut envisager une contribution proportionnelle aux facultés respectives des membres du couple. Il ne servait ainsi à rien de consacrer un devoir inconnu – le devoir « *d'aide mutuelle et matérielle* » – pour désigner une réalité identique³⁹⁵.

Il en est de même s'agissant de l'affectation des biens du couple à son crédit. En effet, l'objectif recherché et la technique destinée à sa mise en œuvre sont semblables : renforcer le crédit ménager en imposant aux membres du couple une solidarité ménagère passive. Qui le législateur a-t-il dès lors cru convaincre que la solidarité légale du pacs n'était pas empruntée au mariage, simplement en utilisant des termes différents ? Il ne s'agit pas seulement d'économie de droit, mais de choisir le vocabulaire et les modalités adaptés. Or, à cet égard, certaines dispositions du droit du mariage, mûries par des siècles de réflexion, font figure de modèle.

Du reste, transposer une technique d'une institution à une autre ne conduit pas à confondre les institutions. Ainsi, transposer la solidarité légale des époux en l'adaptant éventuellement dans le pacs ne signifie pas que le pacs devient un mariage, tant ce dernier n'est pas réductible à cette seule technique d'organisation. Une telle transposition témoigne en revanche du fait que certaines techniques ou institutions, jusqu'alors réservées au mariage, ne sont pas seulement justifiées par l'engagement de mariage mais sont rendues nécessaires par l'organisation de la vie en couple. Telle est la démarche qui nous conduit,

³⁹⁵ Sur l'analyse du devoir d'aide mutuelle et matérielle comme une obligation de contribution aux charges de la vie commune, proportionnelle aux ressources des partenaires, V. *supra*, n°54 et s., n°111.

progressivement, à dégager un droit commun de l'organisation de la vie en couple. A cet égard, il aurait été possible de transposer les termes de l'article 220 dans l'article 515-4, alinéa 2, du Code civil sous réserve de quelques adaptations.

175. Il aurait ainsi été souhaitable d'emprunter au droit du mariage la définition de la finalité de la dette entraînant solidarité : l'entretien du ménage. Les inévitables discussions sur la distinction entre les dépenses visant l'entretien du ménage et celles visant les besoins de la vie courante et le logement auraient ainsi été évitées. D'autant que la controverse sur la signification et la distinction des termes « *besoins* » et « *entretien* » avait déjà été vive lorsque la notion d'« *entretien* » de l'actuel article 220 du Code civil avait remplacé celle de « *besoins* » de l'ancien article 220. Pour certains, la notion d'entretien allait au-delà de la satisfaction des besoins du ménage qui, aux termes de l'ancien article 220, entraînait dans le mandat domestique de la femme mariée. Pour d'autres, par la substitution de l'expression « *entretien du ménage* » à celle de « *besoins du ménage* », le législateur avait voulu définir plus restrictivement les dettes ménagères solidaires³⁹⁶. Compte tenu de ce précédent, il est regrettable que le débat ait aujourd'hui lieu à peu près dans les mêmes termes. On ne saurait affirmer pour autant que la notion d'entretien du ménage est idoine ; le terme d'entretien a lui-même fait l'objet de controverses dans les premiers temps d'application de la loi. Néanmoins, sa signification est aujourd'hui acquise. Il semble par conséquent préférable d'utiliser le vocabulaire dont on connaît la signification plutôt que des termes nouveaux, au surplus destinés à désigner la même réalité.

L'irréalisme du législateur était tel que le ministère de la justice abandonne aujourd'hui cette volonté de ne pas faire référence au droit du mariage. En témoigne la circulaire précédemment citée qui renvoie, pour l'interprétation de l'article 515-4, alinéa 2, du Code civil à l'article 220 du même code ainsi qu'à son interprétation jurisprudentielle³⁹⁷.

176. Reste cependant l'épineuse question des dépenses destinées aux enfants. A cet égard, la volonté du législateur de ne pas employer les mêmes termes que dans le droit du mariage est davantage compréhensible. Dans la mesure où le mariage est une structure d'accueil des enfants du couple, la solidarité ménagère des époux se devait de comprendre les dépenses destinées aux enfants. Corrélativement, le silence de l'article 515-4, alinéa 2, du Code civil sur les dépenses relatives aux enfants s'explique aisément. En l'état du droit positif, le pacs ne constitue pas une structure d'accueil des enfants des partenaires. Le

³⁹⁶ En ce sens, M. GRIMALDI (sous la dir. de), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2001-2002, p. 12, n°35 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 62, n°72.

³⁹⁷ V. *supra*, n°162.

Conseil constitutionnel n'a ainsi eu de cesse de répéter que la loi portant adoption du pacs était sans incidence notamment sur la filiation³⁹⁸. En outre, les couples homosexuels se voient refuser la voie de l'adoption et de la procréation médicalement assistée. Dès lors, inscrire comme acte générateur de solidarité des partenaires d'un pacs les dépenses relatives aux enfants aurait pu raviver leurs espoirs et leur combat pour un droit à l'enfant. L'autre solution aurait consisté pour le législateur à créer une différence de régime entre partenaires homosexuels et partenaires hétérosexuels³⁹⁹. Telle n'était cependant pas son intention⁴⁰⁰.

Si le silence de l'article 515-4, alinéa 2, du Code civil sur le sort des dépenses d'éducation des enfants s'explique aisément, le caractère irréaliste de la volonté du législateur de ne pas imiter le mariage est malgré tout présent. Il était en effet utopique, non de ne pas viser les enfants, mais de croire qu'en n'imitant pas le mariage, on ferait l'économie d'une réflexion sur la question de l'enfant dans les couples homosexuels. A tout le moins, le législateur devait penser que la question serait repoussée à des temps ultérieurs. Dans cette disposition, comme dans tant d'autres, le législateur du pacs a ainsi manifesté une vision à court terme fort regrettable. La même critique entâche, du reste, la volonté du législateur de rassurer les créanciers.

B. Le manque de prospective dans la volonté de rassurer les créanciers

177. La solidarité mise en place pour les partenaires d'un pacs est incontestablement plus étendue que celle applicable aux époux. En l'absence d'exceptions liées au caractère excessif de la dépense ou à la dangerosité de l'acte à l'origine de la dépense, la solidarité légale des partenaires apparaît illimitée. De nombreux commentateurs s'accordent alors sur la volonté du législateur de rassurer les créanciers d'un partenaire d'un pacs : « *cette disposition est psychologique, en ce que l'union civile étant une nouvelle institution, il est nécessaire à l'égard des tiers, de la rendre rassurante et sécurisante* »⁴⁰¹. Sans doute, des dispositions transitoires peuvent-elles se révéler utiles pour faire accepter une nouvelle institution. En l'espèce, la volonté du législateur de rassurer les créanciers des partenaires en leur conférant une solidarité étendue est cependant doublement critiquable.

³⁹⁸ V. Cons. constit. 9 novembre 1999, Le Pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 70, spéc. p. 72, n°29.

³⁹⁹ V. L. LEVENEUR, « Les dangers du contrat d'union civile ou sociale », J.C.P. 1997, éd. G, I, 4069, spéc. n°2.

⁴⁰⁰ Par la seule institution du pacs, ouverte à tous les concubins homosexuels ou hétérosexuels, le législateur avait l'ambition de régler tout à la fois la question de la reconnaissance des couples homosexuels et celle des liens néo-conjugaux de solidarité. V. *supra*, n°12.

⁴⁰¹ J.-M. FLORAND et K. ACHAOUÏ, « Vers un nouveau modèle d'organisation familiale : le contrat d'union civile », P.A. 9 avril 1993, n°43, p. 14.

178. En premier lieu, la politique législative est incohérente. Sous le prétexte du respect de la vie privée des partenaires⁴⁰², les possibilités offertes au créancier pour obtenir communication de l'état civil du partenaire – préalable nécessaire et indispensable à la reconnaissance de sa responsabilité solidaire – conduisent en effet à qualifier la démarche du créancier de « *parcours du combattant* »⁴⁰³. La volonté de rassurer les créanciers en est ressortie parfaitement anéantie.

En second lieu, le danger pour les partenaires est disproportionné par rapport à l'objectif recherché. D'autant qu'une fois l'institution du pacs bien installée dans notre ordre et dans nos mœurs juridiques, l'argument qui consiste à accorder aux créanciers une solidarité élargie pour les inciter à contracter avec les partenaires d'un pacs cède. Qu'est susceptible de devenir, à terme, la solidarité des partenaires : un piège pour les ignorants et, pour les concubins informés, un instrument destiné à les dissuader de contracter un pacs ?

179. Conclusion de la Section 1 – Il faut regretter la diversité des modalités de l'affectation des biens du couple à son crédit ménager selon que ses membres sont mariés ou unis par un pacs car elle est une source de contentieux et de dangers que ne parviennent pas à contrebalancer les justifications avancées. La consécration de la solidarité ménagère dans le pacs a cependant mis en lumière un élément majeur : sur le principe, l'affectation des biens du couple à son crédit *via* la solidarité ménagère passive ne dépend plus désormais uniquement de l'engagement de mariage.

A partir de ces deux éléments – unité du principe et diversité des modalités – une réflexion doit donc être engagée sur le devenir de l'affectation des biens des couples à leur crédit ménager à l'aune d'une unité possible de la solidarité ménagère en droit prospectif.

⁴⁰² Le Conseil constitutionnel a ainsi précisé que « *l'enregistrement n'a pas pour objet de révéler les préférences sexuelles des personnes liées par le pacte* » et a imposé que les conditions d'information des tiers soient fixées par un décret en Conseil d'état pris après avis de la C.N.I.L. V. Cons. constit. 9 novembre 1999, Le Pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 75.

⁴⁰³ L. BELLEIL, « Le parcours du combattant du créancier de l'article 514-4, alinéa 2 du Code civil », J.C.P. 2000, éd. E, p. 1074.

L'une des nombreuses faiblesses du pacs est relative à l'organisation de sa publicité. L'article 5-II du décret n°99-1090 du 21 décembre 1999 organise en effet un droit de communication restreint des informations concernant les partenaires d'un pacs pour « *les titulaires d'un droit de créance, né d'un contrat conclu pour les besoins de la vie courante ou pour les dépenses relatives au logement, aux fins de sauvegarde ou de recouvrement de leur créance* ». Ce droit de communication est restreint puisqu'il ne prévoit pas la communication des nom, prénom, date et lieu de naissance du partenaire de la personne au nom de laquelle la demande a été faite. En clair, cela signifie que le créancier, titulaire d'un droit de créance de la nature de celui prévu par l'article 515-4, alinéa 2, du Code civil, ne peut pas obtenir l'état civil du partenaire de celui qui a signé le contrat, sauf à exercer une action en justice. Sur l'accès aux informations nominatives portées sur les registres, V. F. GRANET et H. LECUYER, J.-Cl. Civ., art. 515-1 à 515-7, fasc. 10, 2001, p. 24, n°157 et s.

Section 2. - L'unité possible de la solidarité ménagère

180. Peu d'auteurs remettent en cause le principe de la solidarité ménagère des époux⁴⁰⁴. De même, si la solidarité légale entre partenaires d'un pacs est critiquée, c'est essentiellement en ce qu'elle est techniquement mal rédigée. Au-delà de ce reproche, son principe n'est pas remis en cause par la doctrine. Une solidarité légale comparable est du reste imposée dans tous les partenariats étrangers⁴⁰⁵. La quasi-unanimité se réalise ainsi autour de la nécessité d'une affectation des biens du couple marié ou uni par un pacs à son crédit ménager et à propos de sa traduction technique par le biais d'une solidarité passive légale.

181. Cette observation commande, tout d'abord, d'identifier le fondement de l'affectation des biens du couple à son crédit – puisqu'il n'est plus seulement l'engagement de mariage – afin de déterminer si, sur le principe, la solidarité ménagère a vocation à être imposée aux seuls couples engagés ou à tous les couples. Il convient, ensuite, d'évaluer les particularités de chacun des couples concernés afin d'établir si des modalités communes de l'affectation des biens des couples à leur crédit peuvent être proposées. Ces réflexions permettront d'envisager l'affectation des biens du couple à son crédit ménager comme le second jalon d'un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple. En droit prospectif, l'unité de la solidarité ménagère peut en effet être envisagée tant dans ses objectifs (§ 1.) que dans son régime (§ 2.).

§ 1. L'unité dans les objectifs

182. L'interprétation jurisprudentielle de l'article 220 du Code civil conduit à dégager les objectifs visés par l'affectation des biens du couple marié à son crédit ménager. Dans le contexte actuel et futur de rapprochement entre les différentes formes de couples, la question est de savoir si ces objectifs sont spécifiques aux couples statutaires ou s'ils peuvent également régir la situation des concubins simples, lesquels devraient alors se voir imposer la solidarité ménagère.

⁴⁰⁴ V. cependant, V. GERNEZ, « Pour un statut matrimonial unifié, libre, égal et solidaire pour tous », *Droit et patrimoine* n°68, février 1999, p. 95.

⁴⁰⁵ V. C. DENEUVILLE, « Le partenariat à l'étranger », *Droit et patrimoine* n°81, avril 2000, p. 67.

Entre époux, la solidarité ménagère satisfait deux desseins. Le plus évident est l'objectif de crédit (A.). Au fil des années et de l'évolution de l'interprétation jurisprudentielle de l'article 220 du Code civil, un second objectif est cependant apparu : celui de l'extériorisation de l'affectation des biens du couple à son entretien (B.).

A. L'objectif de crédit

183. Si la situation des créanciers ménagers est digne d'intérêt et légitime la solidarité des membres du couple, c'est parce que ces créanciers, en octroyant du crédit au ménage, lui permettent de vivre, voire de survivre. L'idée de renforcement du crédit du couple pour tout ce qui relève de sa vie quotidienne justifie ainsi que le législateur impose aux couples mariés ou unis par un pacs une solidarité légale pour les dettes ménagères⁴⁰⁶. L'octroi de cette garantie permet en particulier d'assurer du crédit à celui des membres du couple dont le gage est réduit : « *la confiance des tiers est le miroir de l'indépendance domestique* »⁴⁰⁷.

184. Longtemps, le besoin de crédit fut spécifique au couple marié, ce qui explique, en partie, que la solidarité ménagère lui fut réservée. La situation particulière de la femme mariée imposait en effet qu'une technique lui permette d'engager les biens de son mari. La distribution traditionnelle des tâches conférait à l'épouse le soin de contracter pour les besoins du ménage alors même que, du fait du mariage, elle était le plus souvent dépourvue de tout crédit. Sans la garantie de l'engagement de son mari, les créanciers eussent refusé de contracter avec elle. A l'époque de l'incapacité de la femme mariée, la jurisprudence, puis la loi, eurent ainsi recours au mandat domestique afin d'autoriser l'épouse à contracter, mais également pour lui permettre d'obtenir du crédit⁴⁰⁸. Même à l'époque plus récente de la réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 13 juillet 1965, l'octroi à la femme mariée d'un pouvoir propre de passer seule les contrats ayant pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants eut été bien illusoire si l'article 220 du Code civil n'avait été instauré pour lui permettre de bénéficier du crédit de son mari. Sans cette disposition, les tiers auraient en effet hésité à contracter avec une femme mariée compte tenu du caractère réduit de son gage. La femme mariée n'avait en effet pas le pouvoir d'engager les biens communs en régime de communauté et ne disposait que de peu

⁴⁰⁶ C'est ainsi que la quasi-totalité des ouvrages consacrés aux régimes matrimoniaux justifient l'existence de la solidarité ménagère des époux.

⁴⁰⁷ F. LUCET, obs. sous Civ. 1^{ère} 9 octobre 1990 et Bordeaux, 18 septembre 1989, R.T.D. Civ. 1990, p. 584.

⁴⁰⁸ V. F. TERRE et P. SIMLER, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 67, n°77.

de ressources personnelles, n'exerçant souvent pas de profession rémunérée. La situation particulière de la femme en mariage justifiait ainsi l'existence d'un texte de crédit, spécifique au couple marié.

L'évolution sociale et juridique a cependant fait céder la digue de spécificité de la solidarité des époux : l'évolution sociale tout d'abord, en ce que la majorité des femmes exerce aujourd'hui une profession rémunérée, l'évolution juridique ensuite, puisque depuis la loi du 23 décembre 1985, les époux ont le même pouvoir d'engager les biens communs par les dettes souscrites par l'un d'eux depuis l'adoption du régime de communauté (C. civ., art. 1413). L'article 220 du Code civil n'est donc plus seulement destiné, aujourd'hui, à asseoir le crédit de la femme mariée.

185. Désormais, le besoin de crédit auquel répond l'article 220 du Code civil est celui du couple. En offrant au créancier la garantie que la dette sera exécutoire sur deux patrimoines au lieu d'un seul, l'article 220 du Code civil permet en effet à l'un quelconque des époux d'obtenir le crédit nécessaire à l'entretien du ménage. On voit mal alors en quoi ce besoin de crédit et la manière de le satisfaire seraient spécifiques au couple marié.

La loi portant adoption du pacs démontre bien qu'il n'en est rien puisqu'elle impose à un autre couple que le couple marié une solidarité légale également inspirée du souci de renforcement du crédit. Cette extension exceptionnelle de garantie qu'est la solidarité est justifiée, que le couple soit marié ou non, par le caractère ménager de la dépense dont la réalisation ne devrait pas être contrariée par l'insuffisance du crédit personnel du membre du couple qui entend la souscrire.

Il pourrait alors être soutenu qu'il suffit au créancier de solliciter des concubins simples un engagement solidaire, alors expressément stipulé. Cette proposition présente cependant l'inconvénient de rester très théorique. Les impératifs de rapidité et de simplicité du commerce excluent en effet la rédaction d'un contrat stipulant expressément la solidarité, ne serait-ce que parce qu'il suppose la présence du compagnon de l'acheteur. Autant ces formalités sont concevables, et fréquentes en pratique, s'agissant d'achats de biens substantiels, autant la lourdeur qu'elles impliquent les exclut lorsque l'achat porte sur des biens de consommation, de plus faible valeur. La solidarité légale a ainsi des vertus infiniment simplificatrices.

186. Dans sa fonction de renforcement du crédit ménager, la solidarité légale ménagère ne devrait donc pas être spécifique aux couples engagés. Il est vrai cependant que, dans une société où la précarité des unions impose à chacun d'avoir les moyens de son autonomie, cette fonction de la solidarité ménagère est moins prédominante. Sans doute ne pourrait-elle ainsi, à elle seule, justifier la consécration d'une solidarité légale des concubins pour les dettes ménagères et l'atteinte profonde à la liberté de ces derniers qu'elle suppose.

L'objectif de crédit est cependant aujourd'hui largement concurrencé par une autre fonction, celle de l'extériorisation de l'affectation des biens du couple à son entretien.

B. L'extériorisation de l'affectation des biens du couple à son entretien

187. Il ressort de l'interprétation jurisprudentielle de l'article 220 du Code civil que le critère prédominant de la solidarité des époux est celui de la destination de la dette, affectée à l'entretien du ménage et à l'éducation des enfants. Il importe peu, dès lors, que la dépense soit contractuelle ou que l'entretien soit actuel. Il faut en conclure que l'article 220 du Code civil, qui s'inscrivait au départ dans une perspective de renforcement du crédit du couple, et en particulier du crédit de la femme mariée, a changé de portée et de sens. Texte de crédit, l'article 220 est désormais également un texte fondateur du groupement patrimonial formé par le couple marié qui a vocation à « *affirmer que les deux époux doivent en assumer ensemble et solidairement ses dépenses* »⁴⁰⁹. Il est aujourd'hui le texte qui transcrit, dans les rapports avec les tiers, la communauté d'intérêts résultant du « *vécu ménager* »⁴¹⁰ des époux, autrement dit, qui extériorise la solidarité interne⁴¹¹ qui unit les membres d'un couple marié. Parce que les époux profitent ensemble des biens destinés à leur vie quotidienne acquis par l'un ou par l'autre, il est en effet équitable qu'ils en assument tous les deux le paiement. Dans les rapports entre les époux, cela se traduit par la règle de l'obligation de contribution aux charges du mariage ; dans les rapports entre les époux et les tiers, par la règle de la solidarité ménagère légale.

188. Dans la mesure où le vécu ménager et la communauté d'intérêts qui en découle ne caractérisent pas seulement les époux, la réalisation de son extériorisation par la solidarité ménagère ne devrait pas leur être réservée. Ainsi, l'identité d'objectif semble militer en faveur d'une extension de la technique.

D'ores et déjà, la solidarité légale des partenaires d'un pacs transcrit, dans les rapports entre le couple uni par un pacs et les tiers, l'aide mutuelle matérielle que les partenaires ont le devoir de s'apporter. La réalisation de l'objectif d'extériorisation de la solidarité interne des partenaires pourrait, en outre, être accentuée par une interprétation jurisprudentielle de l'article 515-4, alinéa 2, du Code civil qui s'inspirerait de celle de l'article 220, tel l'élargissement de la solidarité aux dépenses extra-contractuelles.

⁴⁰⁹ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Séparation des époux et solidarité ménagère », *Droit et patrimoine* n°31, décembre 1995, p. 49, spéc. p. 55.

⁴¹⁰ L'expression est empruntée à Madame DEKEUWER-DEFOSSEZ (art. précit., p. 55).

⁴¹¹ M. MIGNOT, « Le partenariat enregistré en droit international privé », *R.I.D.C.* 2001, p. 624.

189. La réalisation de l'objectif d'extériorisation de la solidarité interne entre les concubins simples se révèle plus problématique.

Il ne fait aucun doute qu'un vécu ménager unit les concubins. Point n'est besoin en effet d'un engagement imposant une communauté de vie pour que cette dernière donne naissance à une communauté d'intérêts liée aux dépenses quotidiennes du couple. En droit positif, l'absence d'extériorisation de ce vécu ménager conduit ainsi à des résultats contestables. L'exemple de la dette de loyer du logement commun dont le concubin titulaire du bail ne s'acquitte pas en témoigne. L'absence d'extériorisation de la communauté d'intérêts ménagers est ainsi inacceptable, d'une part, pour le créancier ne disposant d'aucun moyen d'action contre le concubin de son débiteur qui profite pourtant de la jouissance du logement tout autant que le second. D'autre part, le résultat est injuste pour le conjoint ou le partenaire placé dans la même situation contre lequel le créancier pourrait agir⁴¹². Au surplus, le résultat est illogique car aucune conséquence n'est tirée de l'obligation naturelle entre les concubins, volontairement exécutée ou dont l'exécution est promise, dans les rapports des concubins avec les créanciers ménagers. C'est sans doute l'injustice et l'illogisme de ce résultat qui conduisent à une fronde de certaines juridictions du fond, consistant à imposer la solidarité ménagère aux concubins alors même qu'il n'y a ni apparence de mariage, ni solidarité conventionnelle⁴¹³. Ces décisions peuvent alors être analysées comme une invitation prétorienne faite au législateur d'étendre la solidarité ménagère aux concubins. Pour l'heure cependant, l'impossible recours en contribution sur le fondement de l'obligation naturelle et les aléas des recours fondés sur le droit commun⁴¹⁴ constituent des obstacles à la

⁴¹² C'est sur ce point que se concentrent fréquemment les rares critiques sur le principe de la solidarité ménagère des époux. V. V. GERNEZ, « Pour un statut matrimonial unifié, libre, égal et solidaire pour tous », *Droit et patrimoine* n°68, février 1999, p. 96.

⁴¹³ V. Nancy, 15 décembre 1997, *Dr. Fam.* 1999, comm. n°2, note H. LECUYER ; Bourges, 8 décembre 1997, *Dr. Fam.* 1998, comm. n°89, note B. BEIGNIER : « si l'union libre confère des droits de plus en plus nombreux qui rapprochent cette situation du statut du mariage, il convient alors de faire application aux concubins des mêmes obligations que celles des époux quant aux dépenses d'entretien au nombre desquelles figurent les factures de fourniture d'électricité. Sans s'arrêter à la seule identité du titulaire du contrat d'abonnement et dans la mesure où la société EDF-GDF n'avait pas à entreprendre des recherches sur la vie privée de ses clients, le concubin qui vit habituellement sous le même toit engage sa compagne qui est tenue au paiement des factures EDF-GDF ». Cette dernière décision fut cependant cassée par la première chambre civile le 2 mai 2001 (*J.C.P.* 2002, éd. G, II, 10009, note R. CABRILLAC).

Ce sont également ces injustices qui conduisirent la jurisprudence, dès la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, d'abord à reconnaître timidement un mandat tacite au profit de la concubine, puis à reconnaître une faute du couple non marié à avoir donné aux tiers l'apparence d'un couple marié, génératrice de responsabilité civile. V. Y. DELBREL, « La reconnaissance jurisprudentielle de l'union libre au XIX^{ème} siècle », *R.R.J.* 2002-3, p. 1516 et s.

⁴¹⁴ V. *supra*, n°88 et s.

solidarité ménagère des concubins ou même simplement à un engagement conjoint imposé⁴¹⁵.

Ces obstacles disparaîtraient, en revanche, si le droit consacrait l'obligation civile des concubins de contribuer aux charges de la vie commune. Dans cette hypothèse, comme dans les autres couples, il serait logique que l'entraide interne trouve un prolongement dans les rapports avec les tiers : engagement conjoint voire solidaire des concubins pour les dépenses ménagères. Entre ces deux possibilités, notre préférence va à la solidarité car elle permet de réaliser tout à la fois l'objectif d'extériorisation de l'affectation des biens des concubins à l'entretien de leur couple et l'objectif de crédit.

190. Les deux objectifs poursuivis par l'article 220 du Code civil, à savoir le renforcement du crédit et l'extériorisation de l'affectation à l'entretien du couple, concernent toutes les formes de couple. Le législateur l'a compris qui a prévu dans le pacs une disposition comparable dans sa substance à l'article 220 du Code civil. Cette conclusion emporte deux conséquences. En premier lieu, une solidarité ménagère passive pourrait être imposée aux concubins simples. Dans son principe, la solidarité ménagère légale serait, par conséquent, susceptible d'intégrer les dispositions communes à tous les couples, dont la réunion formerait un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple. En second lieu, le régime de cette solidarité passive ménagère pourrait être envisagé sous l'angle de l'unité.

§ 2. *L'unité dans le régime*

191. Dans la mesure où les objectifs de la solidarité ménagère légale sont communs à toutes les formes de couple, les modalités matérielles de la solidarité devraient pouvoir être envisagées sous l'angle de l'unité. En revanche, il est impossible d'ignorer les incidences de l'engagement entre les membres du couple sur la durée de la solidarité ménagère. Les modalités temporelles de la solidarité ménagère devraient dès lors constituer

⁴¹⁵ Pour certains auteurs, l'absence de recours en contribution ne constitue pas un frein, le droit commun devant suffire à assurer une contribution proportionnelle. Telle est la position du groupe de travail dirigé par Monsieur TERRE qui propose, en dépit de l'absence d'actions en contribution autres que celles du droit commun, qu'un article 515-11 nouveau dispose : « *Chaque concubin contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers. Toutefois, chaque concubin est solidairement tenu à l'égard des tiers des dettes contractées par l'autre en cette qualité pour les besoins du ménage* » (F. TERRE (sous la dir. de), Le droit de la famille, Rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques, P.U.F., Cahier des sciences morales et politiques, 1^{ère} éd., 2002, p. 55 et s).

des limites à l'existence d'un droit commun impératif de l'affectation des biens du couple à son crédit.

Sur le principe, l'unité du régime de la solidarité ménagère légale entre les membres d'un couple devrait être réalisée par l'identité de ses conditions matérielles (A.). Une limite devrait cependant atténuer le principe de l'unité de régime, relative à la variabilité des conditions temporelles de la solidarité ménagère (B.).

A. Le principe : l'identité des conditions matérielles de la solidarité ménagère

192. Les développements précédents ont fait apparaître que l'article 220 du Code civil, grâce à l'interprétation qu'en a fait la jurisprudence, répond aux deux objectifs poursuivis, à savoir le renforcement du crédit ménager et l'extériorisation de l'affectation des biens du couple à son entretien. Pour autant, la détermination d'un régime unique de la solidarité passive ménagère dans le couple n'implique pas nécessairement le décalque pur et simple des dispositions de l'article 220 du Code civil. Ne seront retenues des dispositions de l'article 220 que celles d'entre elles qui permettent le meilleur accès aux objectifs précités. A cette fin, l'article 515-4, alinéa 2, du Code civil pourra également servir de modèle à la détermination, d'une part, de la finalité de la dette solidaire (1.) et, d'autre part, de l'origine de la dette solidaire (2.).

1. La finalité de la dette solidaire

193. Puisqu'il s'agit de renforcer le crédit ménager du couple et d'extérioriser dans ses rapports avec les tiers la communauté d'intérêts ménagers qu'il forme, la dette solidaire doit nécessairement être ménagère. Toute la question est alors de savoir si l'affectation des biens du couple à son crédit doit être minimale ou maximale. D'un côté, plus la notion de dette ménagère est large, plus les objectifs précédemment dégagés sont réalisés. L'extériorisation de la communauté d'intérêts ménagers à l'égard des tiers serait ainsi parfaite, si la notion de dette ménagère coïncidait avec celle de charge de la vie commune à laquelle les membres du couple sont obligés de contribuer. D'un autre côté, la solidarité passive est dangereuse, et ce, d'autant plus qu'elle est légale. Imposée par la loi, elle est en outre rarement connue des membres du couple. Pour cette dernière raison, une solidarité ménagère étroitement limitée aux dépenses périodiques, qui se renouvellent sinon quotidiennement, du moins à brève échéance, doit être préférée.

194. Le droit positif offre deux locutions destinées à circonscrire la finalité ménagère de la dette. L'article 220 retient l'« *entretien du ménage* », l'article 515-4, alinéa

2, les « *besoins de la vie courante* » et les « *dépenses relatives au logement commun* ». D'emblée, il faut exclure la notion de dépenses relatives au logement commun, laquelle ne permet pas d'enfermer la solidarité ménagère dans des limites raisonnables. Seules les dépenses qui assurent la jouissance du logement commun devraient entraîner la solidarité des membres du couple. Or, elles sont nécessairement incluses dans l'entretien du ménage ou dans les besoins de la vie courante, sans qu'il soit par conséquent nécessaire de le préciser expressément dans la formule visant à circonscrire la finalité ménagère de la dette.

L'avantage de la notion d'entretien du ménage est qu'elle est un concept bien connu. Il ressort néanmoins de l'analyse de chacun de ses termes pris isolément que la notion de besoins de la vie courante s'en rapproche considérablement, à condition qu'ils visent le ménage. La notion de besoin vise ce qui est nécessaire ; celle de vie courante évoque le quotidien, l'habituel, le banal. Les besoins de la vie courante s'entendent ainsi « *des dépenses rendues nécessaires par la vie de tous les jours, des dépenses fondamentales de l'existence telles que la nourriture, l'habillement, le chauffage, le logement* »⁴¹⁶. Si la notion de besoins n'est pas interprétée trop restrictivement, les dépenses relatives aux besoins de la vie courante du ménage sont les mêmes que celles qui visent l'entretien du ménage.

195. Dans la mesure où la notion de besoins de la vie courante du ménage est incapable de jouer le rôle de garde-fou contre les dépenses excessives⁴¹⁷, que l'on adopte l'expression « *entretien du ménage* » ou « *besoins de la vie courante du ménage* », il est nécessaire de prévoir que le caractère manifestement excessif de la dette ménagère fait obstacle à la solidarité.

Le seul point qui permettrait peut-être de trancher entre « *entretien* » et « *besoins de la vie courante du ménage* » est celui de savoir si les dettes solidaires doivent inclure les dépenses qui, telles les cotisations de retraite, visent à procurer au ménage des revenus futurs. Si ces dépenses devaient être qualifiées de dettes ménagères, il serait préférable d'utiliser le terme « *entretien du ménage* », susceptible d'être conjugué au présent et au futur du ménage⁴¹⁸. Cependant, la précarité des unions incline à exclure de la solidarité les dettes destinées à l'entretien futur du ménage. Dans ce contexte, la préférence devrait être donnée à la notion de « *besoins de la vie courante du ménage* » pour définir le caractère ménager de la

⁴¹⁶ S. PIERRE, « La solidarité passive des partenaires du pacs », Dr. Fam. 2001, chr. n°16, n°21. En revanche, selon cet auteur, « *ces dépenses habituelles et régulières ne peuvent qu'être modestes et limitées* », la formule de l'alinéa 3 de l'article 220 du Code civil – « *sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante* » – lui semblant dès lors redondante.

⁴¹⁷ Les besoins de la vie courante peuvent en effet être satisfaits de manière excessive, notamment eu égard au train de vie du ménage.

⁴¹⁸ Telle est l'interprétation que la Cour de cassation a donné de l'article 220 du Code civil pour que celui-ci puisse jouer pour des dettes comme les cotisations retraite. V. *supra*, n°165.

dette. Rien n'empêche cependant de conserver la notion d'entretien dans le droit du mariage qui, en dépit des nombreux divorces, présente la caractéristique d'inscrire la solidarité du couple jusque dans la mort, ce qui peut justifier que des dettes destinées à l'entretien futur du ménage soient solidaires. Une première limite à un droit commun impératif de l'affectation des biens du couple à son crédit serait ainsi posée.

196. Une seconde limite devrait être dressée, relative au sort des dépenses relatives aux enfants. Lors de l'étude comparative des articles 220 et 515-4, alinéa 2, du Code civil, l'incertitude sur le caractère solidaire des dépenses relatives à l'éducation des enfants des partenaires d'un pacs a été relevée. A cet égard, il faut rappeler que seul le mariage constitue, en droit, une structure d'accueil des enfants du couple⁴¹⁹. Cette spécificité du mariage ne saurait être niée. Elle conduit à apporter une limite à un droit commun impératif de l'affectation des biens du couple à son crédit ménager. Le droit commun imposé de la solidarité ménagère devrait se limiter à viser la satisfaction du crédit du couple et l'extériorisation de l'obligation de contribution aux charges de la vie du couple. Les dettes visées seraient par conséquent celles destinées « *aux besoins de la vie courante du ménage* ». Il devrait, en revanche, demeurer dans la réglementation du mariage une disposition consacrant l'engagement solidaire des époux pour les dettes destinées à l'éducation de leurs enfants.

Une réflexion devrait néanmoins être engagée, relative au couple parental⁴²⁰, à la communauté d'intérêts qu'il forme indépendamment de toute vie commune, ainsi qu'à l'extériorisation de cette communauté d'intérêts dans ses rapports avec les tiers. S'agissant des enfants à charge mais non communs au couple, l'existence d'une solidarité pour les dépenses qu'ils engendrent devrait être envisagée au sein d'une réflexion différente, relative aux familles recomposées et au statut des beaux-parents ou assimilés. A l'évidence, ces dépenses pourraient être intégrées dans la locution « *besoins de la vie courante du ménage* », mais il ne s'agirait que d'un pis-aller à une réflexion plus vaste sur l'enfant, ses liens avec le couple parental et avec les nouveaux compagnons de ses parents⁴²¹.

197. Après la finalité de la dette solidaire, il reste à en envisager l'origine.

⁴¹⁹ V. *supra*, n°119.

⁴²⁰ Sur cette notion, V. *supra*, n°21.

⁴²¹ D'après l'article 1477, alinéa 4, du Code civil belge, « *toute dette contractée par l'un des cohabitants légaux pour les besoins de la vie commune et des enfants qu'ils éduquent oblige solidairement l'autre cohabitant* ». De même, les articles 5 et 24 de la loi du 15 juillet 1998 de la Généralité de Catalogne disposent que les dettes relatives à l'entretien des partenaires et de leurs enfants communs, s'il s'agit d'un couple hétérosexuel, ou des enfants de l'un d'eux, s'il s'agit d'un couple homosexuel, sont solidaires.

2. L'origine de la dette solidaire

198. Littéralement, l'article 220 du Code civil impose deux limites à la solidarité ménagère des époux relatives à l'origine de la dette : la première tient à l'origine contractuelle de la dette, la seconde à l'exclusion des achats à tempérament et des emprunts. L'article 515-4, alinéa 2, du Code civil, s'il ne vise que les dettes ménagères contractées, n'en exclut pas les achats à tempérament et les emprunts. La question se pose alors de savoir lesquelles de ces limites devraient être reconduites pour déterminer le régime unique de la solidarité ménagère passive du couple.

199. S'agissant de l'origine contractuelle de la dette, tout dépend de l'objectif de la solidarité ménagère passive que l'on souhaite faire primer. Si l'objectif de renforcement du crédit ménager prévaut, la dette ménagère devrait revêtir une nature exclusivement contractuelle. En revanche, si l'objectif d'extériorisation de l'affectation des biens du couple à son entretien prédomine, la dette ménagère pourrait être contractuelle, quasi-contractuelle, délictuelle, quasi-délictuelle ou légale. Cette dernière solution doit être privilégiée compte tenu de la hiérarchie des objectifs précédemment dressée. Si l'objectif de renforcement du crédit ménager subsiste, il est en effet aujourd'hui largement concurrencé par celui de l'extériorisation à l'égard des tiers de la communauté d'intérêts ménagers⁴²².

200. Au sein des dettes de nature contractuelle, l'exclusion par l'article 220 du Code civil des emprunts et des achats à tempérament est traditionnellement justifiée par les dangers de ces opérations. Sans vouloir minimiser ces derniers, les emprunts et les achats à tempérament pourraient cependant entraîner la solidarité des membres du couple. D'une part, l'achat de biens de consommation est très souvent financé par une opération de crédit. Exclure cette dernière du jeu de la solidarité conduit dès lors à une satisfaction moindre des objectifs de celles-ci, qu'il s'agisse du renforcement du crédit ménager ou de l'extériorisation de l'affectation des biens du couple à son entretien. D'autre part, l'exclusion des dettes manifestement excessives ainsi que le fait que la finalité de la dette soit étroitement circonscrite par la notion de « dépenses relatives aux besoins de la vie courante du ménage » devraient limiter le jeu de la solidarité pour les opérations de crédit.

Celles-ci devraient en revanche être affectées directement aux besoins de la vie courante du ménage. Si l'achat à tempérament ou l'achat à crédit financé par un organisme tiers portent en eux-mêmes la finalité ménagère de la dette, les fonds originellement empruntés

⁴²² V. *supra*, n°187 et s.

pour faire face aux besoins de la vie courante du ménage peuvent, quant à eux, être détournés de leur affectation. Ici, comme en toute hypothèse, la charge de la preuve incombe à celui qui se prévaut de la solidarité des époux. Le bailleur de fonds doit donc prouver que les fonds ont été effectivement affectés aux besoins de la vie courante du ménage. Il est vrai que cette solution est désavantageuse pour le prêteur qui a accordé le crédit en considération de l'affectation des fonds au ménage, escomptant par là même bénéficiaire de la solidarité des membres du couple. Des auteurs proposent ainsi que le prêteur ne souffre pas, sauf mauvaise foi de sa part, du détournement d'affectation⁴²³. Si elle était adoptée par la jurisprudence, cette solution devrait cependant être subordonnée à la preuve écrite de l'affectation initialement prévue aux besoins de la vie courante du ménage.

201. Envisageable pour la plupart des conditions matérielles de la solidarité ménagère, l'unité de régime ne l'est plus s'agissant de ses conditions temporelles, lesquelles devraient être marquées par leur variabilité.

B. La limite : la variabilité des conditions temporelles de la solidarité ménagère

202. L'existence d'un engagement entre les membres du couple ne consacre pas de spécificité des couples visés s'agissant de la naissance de la solidarité ménagère (1.). La solution est tout autre s'agissant de sa disparition (2.).

1. La naissance de la solidarité ménagère

203. Les membres d'un couple pourraient être tenus solidairement de toutes les dettes ménagères, telles que définies précédemment, nées après la constitution juridique de leur couple. La solidarité serait ainsi applicable aux dettes ménagères nées après la conclusion de leur engagement pour ceux des couples qui choisissent de s'engager officiellement, sur le plan personnel ou seulement patrimonial. En l'absence d'engagement juridique de couple, la solidarité ménagère ne devrait naître qu'après l'écoulement d'un délai d'un an et un jour⁴²⁴. La preuve de l'écoulement de ce délai, comme de tout fait, devrait être rapportée par tous moyens par le créancier qui se prévaut de la solidarité.

L'engagement n'aurait donc pas, *stricto sensu*, d'influence directe sur la naissance de la solidarité ménagère. Il en aurait seulement sur les conditions de formation du couple, le

⁴²³ F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 74, n°85.

⁴²⁴ Sur la définition du couple, V. *supra*, n°34.

critère de stabilité étant rempli *ipso facto* pour les couples qui se sont engagés, tandis qu'il serait subordonné à l'écoulement d'un délai en l'absence d'engagement.

204. En revanche, l'engagement des membres d'un couple du fait de la publicité officielle dont il fait l'objet ne devrait pas manquer d'exercer une influence sur l'effectivité de l'octroi de crédit par la solidarité ménagère. Invoquer l'état de mariage, facilement vérifiable, devrait en effet rassurer les créanciers davantage que le simple concubinage, la preuve de la communauté de vie d'une durée supérieure à un an et un jour étant plus difficile à rapporter. L'influence de l'engagement public et publié sur l'effectivité de la règle devrait en outre constituer une clef pour la compréhension de la variabilité, selon les couples, de la date de disparition de la solidarité ménagère.

2. *La disparition de la solidarité ménagère*

205. Compte tenu des objectifs que poursuit la solidarité ménagère, la logique voudrait que les dettes nées après rupture de la communauté de vie ne constituent plus des dettes solidaires. Ce n'est plus en effet le couple qui a besoin de crédit mais chacun des individus qui le composaient. L'octroi de crédit au couple n'a plus, par conséquent, de raison d'être. De même, dans la mesure où l'affectation des biens du couple à son entretien cesse à la rupture de la communauté de vie, l'objectif de la solidarité ménagère consistant à extérioriser cet élément disparaît. Entre les concubins simples, les dettes nées après la rupture de la communauté de vie ne devraient pas, par conséquent, emporter solidarité, sauf pour les tiers à invoquer l'apparence de vie commune au jour de la naissance de la dette. Ce dernier tempérament devrait cependant être apprécié strictement, au regard de l'erreur légitime qu'aurait commise toute personne raisonnable placée dans la même situation⁴²⁵.

L'affirmation selon laquelle la solidarité ménagère perd sa raison d'être après rupture de la communauté de vie mérite néanmoins d'être nuancée en présence d'un engagement pris par les membres du couple. La question de la survie de l'article 220 du Code civil après rupture de la communauté de vie des époux, comme celle de la survie de l'article 515-4, alinéa 2, après rupture de la communauté de vie des partenaires fait en effet naître des hésitations.

206. De prime abord, la solution paraît simple. Dans le cas du mariage ou du pacs, les membres du couple ont adhéré à un statut dont les règles, telle la solidarité ménagère, ont

⁴²⁵ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 5^{ème} éd., 2000, p. 433, n°401.

vocation à s'appliquer jusqu'à la dissolution de l'union selon les formalités légales prescrites. Ainsi s'explique qu'en jurisprudence, le principe selon lequel la solidarité des époux pour les dettes ménagères subsiste en cas de séparation de fait ait été affirmé à maintes reprises, essentiellement dans le contentieux des dettes de loyers. Même pendant l'instance en divorce, le principe de l'obligation solidaire demeure : conformément à l'article 262 du Code civil, les tiers peuvent s'en prévaloir jusqu'au jour où les formalités de mention du jugement de divorce en marge prescrites par les règles de l'état civil auront été accomplies⁴²⁶. A cet égard, il serait souhaitable que l'article 515-7 du Code civil qui, actuellement, ne distingue pas la date de prise d'effet de la dissolution du pacs à l'égard des partenaires eux-mêmes et à l'égard des tiers, précise que ce n'est qu'à partir du moment où la publicité de la fin du pacte est réalisée qu'elle est opposable aux tiers⁴²⁷.

Le principe de la survie de la solidarité ménagère durant la séparation de fait évoque ainsi irrésistiblement celui de la survie du devoir d'entraide dans les couples engagés, précédemment identifiée comme l'une des limites possibles à un droit commun impératif de la contribution aux charges de la vie commune dans le couple. Toutefois, si le devoir d'entraide survit à la rupture de la communauté de vie des époux et des partenaires d'un pacs, c'est en raison du fait qu'il est de l'essence du mariage et du pacs⁴²⁸. Toute la question est dès lors de savoir si la solidarité ménagère est également un devoir qui participe de l'essence du mariage et du pacs. Si tel est le cas, ce devoir doit subsister tant que le mariage ou le pacs n'est pas dissous, peu importe que les tiers aient été ou non avertis de la rupture de la communauté de vie⁴²⁹.

⁴²⁶ V. en dernier lieu, Civ. 3^{ème} 2 février 2000, J.C.P. 2000, éd. G, I, 245, n°8, obs. G. WIEDERKEHR (alors même qu'en l'espèce, la séparation avait été autorisée par le juge et portée à la connaissance du bailleur).

⁴²⁷ F. TERRE (sous la dir. de), Le droit de la famille, Rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques, P.U.F., Cahier des sciences morales et politiques, 1^{ère} éd., 2002, p. 54.

⁴²⁸ V. *supra*, n°100.

A cet égard, les termes employés par la loi pourraient être révélateurs, encore qu'il ne faille pas exagérer la portée juridique – peut-être involontaire – du choix des mots. En ce sens, L. LEVENEUR, « Le choix des mots en droit des personnes et de la famille », in Les mots de la loi, sous la dir. de N. MOLFESSIS, Economica, 1999, p. 27. L'emploi du terme « *charges du mariage* » dans l'article 214 du Code civil semble indiquer que l'obligation doit survivre à la rupture de la communauté de vie ; tandis que l'emploi de l'expression « *entretien du ménage* » par l'article 220 du même code pourrait sous-entendre, qu'en raison de la disparition du ménage, la solidarité n'a plus lieu d'être après rupture de la communauté de vie, réserve faite des dépenses destinées à l'éducation des enfants.

⁴²⁹ Telle semble être la position de la jurisprudence. V. par exemple Civ. 3^{ème} 27 mai 1998, J.C.P. 1999, éd. G, I, 154, obs. G. WIEDERKEHR : si l'un des époux quitte les lieux, même s'il a informé le bailleur de son départ, et même s'il a été autorisé judiciairement à résider séparément, il reste solidairement tenu, sur le fondement des articles 220 et 262 du Code civil, des loyers et des charges. Dans le même sens, Civ. 3^{ème} 16 décembre 1998, J.C.P. 1999, éd. G, II, 10105, note T. GARE : l'épouse a été condamnée, sur le fondement de 220 du Code civil, à payer les loyers nés postérieurement à l'ordonnance de non conciliation.

207. Il n'est cependant pas certain que l'affectation des biens du couple à son crédit soit de l'essence du mariage et du pacs. Deux raisons permettent d'en douter.

En premier lieu, il est généralement admis que l'article 220 du Code civil cesse de produire ses effets à l'égard des tiers à compter de la publication du jugement de séparation de corps⁴³⁰. Si la cessation de la solidarité avec la séparation de corps s'explique par le fait que le ménage n'existe plus et que les tiers en sont avertis, alors même que la séparation de corps laisse subsister le mariage, « *c'est bien l'existence ou l'absence de ménage qui fait la différence, pas le mariage* »⁴³¹ et rien ne justifie que l'on circoncrive la disparition de la solidarité ménagère à cette forme de séparation.

En second lieu, la survie de l'obligation d'entraide ne justifie aucunement son extériorisation à l'égard des tiers. En effet, s'il est logique que les époux ou les partenaires assument ensemble, dans leurs rapports et à l'égard des tiers, le financement de leurs dépenses communes, il ne semble pas équitable de leur imposer d'assumer ensemble des dépenses contractées par chacun dans son intérêt exclusif et dont lui seul bénéficie.

208. Le maintien de la solidarité pendant la séparation de fait ne se justifie donc pas par le fait que l'affectation au crédit est de l'essence de l'engagement de mariage ou de pacs. La justification la plus probante de son maintien réside dans la protection des tiers. Tant que le mariage ou le pacs n'est pas dissous, les créanciers ménagers accordent du crédit au couple en pensant que la solidarité subsiste, sans avoir à se renseigner sur la situation personnelle des membres du couple. Corrélativement, la sécurité des tiers garantit l'effectivité de la règle pour le couple uni⁴³².

Eu égard à cette justification, si les tiers ont été avertis officiellement de la rupture de la communauté de vie, par la publication du jugement de séparation de corps ou par la publication au répertoire civil de l'ordonnance de résidence séparée⁴³³, la solidarité

⁴³⁰ V. C. SAUJOT, « La séparation de biens accessoire à la séparation de corps », D. 1986, chr. 11. Des auteurs estiment cependant que le texte devrait continuer de s'appliquer pour les dépenses nécessaires aux enfants. En ce sens, R. LINDON et A. BENABENT, *Le droit du divorce*, Litec, 1984, n°1239.

A cet égard, il est à noter que l'article 220 du Code civil ne s'applique plus alors même que la reprise de la vie commune est possible. L'argument des dangers d'une solidarité à éclipses est pourtant fréquemment invoqué au soutien du rejet de toute cessation de la solidarité pour les époux en instance de divorce.

⁴³¹ J. HAUSER, note sous Civ. 1^{ère} 13 octobre 1992, J.C.P. 1993, éd. G, II, 22047.

⁴³² En ce sens, F. LUCET, note sous Civ. 1^{ère} 9 octobre 1990 ; Bordeaux, 18 septembre 1989, R.T.D. Civ. 1990, p. 584.

⁴³³ La publicité de la rupture de la communauté de vie doit être officielle pour une meilleure sécurité des tiers et pour éviter l'inquisition dans la vie personnelle du couple par de futurs créanciers trop zélés.

En faveur de la cessation de la solidarité dans l'hypothèse de la notification au bailleur de l'ordonnance de résidence séparée, T. GARE, note sous Civ. 3^{ème} 16 décembre 1998, J.C.P. 1999, éd. G, II, 10105 ; G. CHAMPENOIS, obs. sous Civ. 2^{ème} 3 octobre 1990 ; Civ. 1^{ère} 9 octobre 1990, Defrénois 1991, art. 35119, p. 1126 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (sous la dir. de), *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La

ménagère devrait pouvoir cesser. On se trouverait ainsi dans un cas de « *mariage en service minimum* »⁴³⁴, ou d'un pacs en service minimum. On pourrait également parler de mariage ou de pacs mis en sommeil, à l'instar des sociétés mises en sommeil. Le parallèle doit ainsi être fait que, dans les deux hypothèses, la mise en sommeil ne constitue pas un juste motif de dissolution mais conduit à tempérer l'application de certaines règles destinées à organiser la vie du groupement⁴³⁵.

209. En revanche, si les tiers ne sont pas avertis officiellement de la rupture de la communauté de vie, la solidarité ménagère devrait subsister. Dans cette hypothèse, le maintien de la solidarité assure la protection de l'époux ou du partenaire abandonné, qui conserve une possibilité de crédit auprès de ses fournisseurs.

Les conséquences de ce maintien peuvent assurément être dramatiques dans l'hypothèse d'une séparation de fait de longue durée⁴³⁶. C'est à ce prix toutefois que l'efficacité de la règle est garantie au profit des couples unis. En outre, il est de la responsabilité des personnes qui ont pris un engagement de le révoquer afin que cessent ses effets⁴³⁷. Enfin, la lourde tâche de rapporter la preuve de la finalité ménagère de la dépense pèse sur les créanciers, preuve rendue plus difficile par la séparation des membres du couple, faute de

documentation française, 1999, p. 137 : le groupe de réflexion proposait que l'ordonnance de non conciliation puisse être publiée au répertoire civil. A cette condition, la solidarité ménagère pourrait cesser, cette mesure de publicité permettant aux tiers d'être avertis.

Contra, J. CASEY, note sous Civ. 2^{ème} 24 novembre 1999, J.C.P. 2000, éd. G, II, 10284 : la solidarité étant un effet automatique de la loi, seul le bailleur peut prendre l'initiative d'une remise de dette si la dette ménagère existait déjà ; si c'est seulement pour l'avenir, cela signifie pour le bailleur un véritable acte abdicatif de droits qui requiert son accord. *Contra*, la jurisprudence et, en dernier lieu, Civ. 3^{ème} 2 février 2000, D. 2000, I.R. 68.

⁴³⁴ J. HAUSER, note sous Civ. 1^{ère} 13 octobre 1992, J.C.P. 1993, éd. G, II, 22047.

Dans le même sens, M. LAMARCHE, *Les degrés du mariage*, Thèse Bordeaux IV, 1997, p. 551, n°619 : « l'absence d'automaticité de la solidarité ménagère laisse apparaître l'existence de nouveaux degrés du mariage. Il faut cependant insister sur le fait que l'article 220 du Code civil sous-entend ces degrés. La coexistence de « mariages avec solidarité » et de « mariages sans solidarité » consacrée par les tribunaux ne doit donc pas être perçue comme une réponse *contra legem* ».

⁴³⁵ V. G. NOTTE, « Les sociétés en sommeil », J.C.P. 1981, éd. G, I, 3022. V. aussi M. KEITA, « Observations sur le sort des associations inactives », P.A. 19 février 1999, n°36, p. 4.

⁴³⁶ V. par exemple Civ. 1^{ère} 10 mars 1998, Gaz. Pal. 5-6 mars 1999, p. 27, obs. P. BOSGIRAUD : après avoir exactement relevé que la séparation de fait laisse subsister les obligations nées du mariage et souverainement estimé que le versement des cotisations de retraite, ayant pour but de permettre au titulaire de la pension d'assurer l'entretien du ménage après la cessation de l'activité professionnelle, constitue une dette ménagère, la Cour d'appel en déduit à bon droit que l'époux, séparé de sa conjointe depuis 1981, se trouve par application de l'article 220 du Code civil, solidairement tenu avec son épouse de la dette contractée par celle-ci envers une caisse de retraite pour les années 1982 à 1991.

⁴³⁷ Des auteurs proposent que la fraude permette d'écarter la solidarité, à l'instar de l'article 262-2 du Code civil qui prévoit que « toute obligation contractée par l'un des époux à la charge de la communauté, toute aliénation de biens communs faite par l'un d'eux dans la limite de ses pouvoirs, postérieurement à la requête initiale, sera déclarée nulle, s'il est prouvé qu'il y a eu fraude aux droits de l'autre conjoint ». En ce sens, F. VAUVILLE, « La fin du pacte civil de solidarité », Droit et patrimoine n°91, mars 2001, p. 30. A tout le moins, la fraude devrait-elle s'entendre du concert frauduleux, afin de ne pas nuire à la sécurité des tiers, et à l'efficacité corrélatrice de la solidarité pour les dettes ménagères.

survivance d'un ménage⁴³⁸. Telle est sans doute l'explication des deux arrêts qui, dans les années 1990, ont jeté le doute sur le maintien de la solidarité ménagère des époux pendant leur séparation de fait⁴³⁹. Dans ces arrêts, la Cour de cassation n'affirme pas en effet que l'article 220 du Code civil s'éteint avec la séparation des époux. Du reste, elle a clairement réaffirmé depuis que la solidarité des conjoints survit à leur séparation de fait⁴⁴⁰. Ces deux solutions s'expliquent dès lors par les circonstances de fait : il s'agissait de dettes visiblement contractées dans l'intérêt exclusif de l'un des époux pour lesquelles le créancier n'avait pas rapporté la preuve de la finalité ménagère⁴⁴¹.

Les difficultés auxquelles sont confrontés les tribunaux s'agissant de la séparation de fait des époux, lesquelles ne ne devraient pas manquer de se poser s'agissant de la séparation de fait des partenaires d'un pacs, ne sont pas résolues pour autant. La question se pose ainsi de savoir si le bail conclu en vue de la séparation des conjoints par l'un des époux est un contrat qui a pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants. Il est permis d'hésiter. Rigoureusement, ce contrat ne vise pas l'entretien ou les besoins de la vie courante du ménage mais sa dissociation. Pourtant, alors même qu'il n'existe plus de ménage, il ne fait aucun doute que lorsqu'un époux abandonne la résidence de la famille, il devrait demeurer solidairement tenu des dettes afférentes. Le magistrat pourrait alors être tenté de tenir compte des causes de la séparation, et de protéger ainsi l'époux délaissé. Toutefois, ces circonstances ne devraient pas pouvoir influencer sur le gage accordé par la loi au tiers. En outre, si la rigueur prévaut, la méfiance des créanciers les conduirait à exiger systématiquement la présence des deux membres du couple, ruinant ainsi l'effectivité de l'affectation des biens du couple à son crédit dans son application aux couples unis. L'existence d'un enfant conduit souvent à une présomption de destination ménagère de la dette. Toutefois, ce critère se révèle insuffisant. On ne voit pas en effet pourquoi le loyer du logement accueillant l'enfant de manière habituelle serait une dette solidaire, et non les dettes afférentes au logement qui l'accueille chez son autre parent le week-end. Il demeure que l'une des spécificités du mariage, qui consiste à être une structure d'accueil pour les enfants, justifie que la solidarité pour les

⁴³⁸ V. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Séparation des époux et solidarité ménagère », *Droit et patrimoine* n°31, décembre 1995, p. 49.

⁴³⁹ Civ. 1^{ère} 15 novembre 1994, *Defrénois* 1995, art 36040, p. 434, n°45, obs. G. CHAMPENOIS ; Civ. 1^{ère} 14 février 1995, *D.* 1995, somm. comm. 325, obs. F. LUCET ; *R.T.D. Civ.* 1996, p. 223, obs. B. VAREILLE.

⁴⁴⁰ V. les références citées *supra*, n°206.

⁴⁴¹ Dans le même sens, Civ. 2^{ème} 24 novembre 1999, *J.C.P.* 2000, éd. G, II, 10284, note J. CASEY : c'est à bon droit que la Cour d'appel a décidé que la solidarité prévue par l'article 220 du Code civil ne pouvait s'appliquer au contrat de bail conclu par le mari après l'ordonnance de non conciliation ayant autorisé les époux à résider séparément dès lors que ce contrat n'était pas destiné à l'entretien du ménage mais à l'usage exclusif du mari.

dettes d'éducation des enfants perdure autant que le mariage. On retrouve à nouveau ici une limite au droit commun imposé de l'affectation des biens du couple à son crédit⁴⁴².

210. Conclusion de la Section 2 – Le devenir de l'affectation au crédit du couple, *via* la solidarité ménagère passive, pourrait être marqué par son unité.

En premier lieu, tous les couples pourraient être soumis à la solidarité ménagère passive, qu'ils soient mariés, partenaires d'un pacs ou concubins simples. Il est en effet apparu que les objectifs de la solidarité ménagère passive – renforcement du crédit ménager, d'une part, extériorisation de l'affectation des biens du couple à son entretien, d'autre part – ne sont pas spécifiques aux couples engagés mais sont communs à tous les couples.

En second lieu, la solidarité ménagère passive du couple pourrait être soumise à un régime unique. Compte tenu du fait que les objectifs poursuivis sont les mêmes, il serait en effet déraisonnable de distinguer un régime des dettes ménagères pour les couples mariés, les concubins ayant conclu un pacs et les concubins simples. La règle de la solidarité ménagère devrait, par conséquent, constituer une disposition commune et impérative à tous les couples. Néanmoins, l'engagement de mariage ou de pacs conduit nécessairement à instaurer des limites à un droit commun de l'affectation des biens du couple à son crédit.

211. Conclusion du Chapitre 2 – La diversité qui règne en droit positif relativement à l'affectation des biens des couples à leur crédit est regrettable, qu'il s'agisse du domaine de l'affectation ou de son régime. L'identification des objectifs uniques poursuivis par la solidarité ménagère implique en effet l'extension de celle-ci à tous les couples ainsi qu'un régime juridique unique. Dans la perspective d'une réforme en ce sens, la solidarité ménagère passive ne devrait cependant pas être inscrite dans trois dispositions différentes, l'une à l'article 220 du Code civil, l'autre à l'article 515-4, alinéa 2, du même code, la dernière à la suite de l'article 515-8. Elle pourrait figurer, à la suite de l'obligation de contribution aux charges de la vie commune, au sein même des dispositions communes impératives applicables au couple. Elle constituerait ainsi le deuxième jalon d'un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple.

Dans un Titre X du Code civil intitulé « Du couple », au sein d'une Section 1^{ère} intitulée « Dispositions communes impératives » et dans un Paragraphe 1^{er} relatif à l'organisation de la vie en couple, le Code civil pourrait ainsi disposer :

« Les membres du couple sont tenus solidairement des dettes affectées directement aux besoins de la vie courante du ménage. La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des

⁴⁴² V. *supra*, n°160.

dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du créancier ».

212. Cependant, l'existence d'un engagement entre les membres du couple implique nécessairement des limites à un droit commun impératif de l'affectation des biens du couple à son crédit. En premier lieu, la spécificité du mariage – structure d'accueil juridique des enfants – impose que subsiste dans la réglementation de l'union matrimoniale l'engagement solidaire des époux pour les dettes destinées à l'éducation des enfants, et ce jusqu'à la dissolution du mariage. En second lieu, la date de disparition de la solidarité ménagère marque le clivage entre les couples. Rendue nécessaire par la communauté de vie, la solidarité ménagère devrait disparaître avec elle. Tel serait le cas pour le couple de concubins simples. En revanche, si le couple a pris un engagement juridique et social – pacs ou mariage – la protection des tiers, laquelle induit l'effectivité de la solidarité ménagère, conduit à faire survivre cette dernière jusqu'à la dissolution de l'engagement, à moins que la rupture de la communauté de vie n'ait été portée officiellement à leur connaissance.

213. La solidarité ménagère protège incontestablement certains des créanciers du couple. On peut alors imaginer que cette protection trouve une contrepartie *via* la protection de l'affectation des biens du couple à son logement.

Chapitre 3. L'affectation des biens du couple à son logement

214. Un des éléments fondamentaux de la définition du couple est la communauté de vie qui unit ses membres⁴⁴³. Il est dès lors naturel et indispensable de s'interroger sur le statut du bien affecté à cette communauté de vie.

L'importance progressivement reconnue par le législateur à la valeur fonctionnelle des biens au-delà de leur commune expression monétaire, l'a conduit à développer, depuis une cinquantaine d'années, un corps de règles spécifiques au local d'habitation en tant que sphère privilégiée du quotidien et de l'intimité⁴⁴⁴. A ce titre, le logement abritant la communauté de vie des époux bénéficie aujourd'hui d'un régime particulier⁴⁴⁵. Semblablement, l'idée d'un statut spécifique du logement du couple, indépendamment de l'existence d'un engagement de mariage, s'increrait dans ce mouvement. Parmi les dispositions dont la réunion formerait un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple, une disposition protectrice de l'affectation d'un logement à la communauté de vie du couple pourrait ainsi être envisagée.

215. L'idée ne consiste pas à obliger l'un des membres du couple à affecter au logement de ce dernier les droits qu'il possède sur un immeuble. C'est une charge que les membres du couple doivent être libres d'imposer ou non au logement qu'ils possèdent, ensemble ou individuellement. Du reste, aucune obligation comparable ne pèse sur les époux : l'alinéa 2 de l'article 215 du Code civil leur enjoint de fixer d'un commun accord le lieu de la résidence de la famille, le juge étant dépourvu de tout pouvoir d'intervention à défaut d'accord⁴⁴⁶. Si l'affectation du logement n'est pas imposée au couple marié, *a fortiori* ne devrait-elle pas l'être aux autres couples.

La question de l'affectation du logement au couple est donc en réalité celle de la protection de l'affectation librement consentie par l'un des membres du couple ou les deux.

⁴⁴³ Sur la définition du couple, V. *supra*, n°34 et s.

⁴⁴⁴ V. J. RUBELLIN-DEVICHI, « La famille et le droit au logement », R.T.D. Civ. 1991, p. 245 et s.

⁴⁴⁵ Outre la raison générale relative à l'ignorance fréquente de la valeur fonctionnelle des biens, l'absence de statut du logement familial dans le Code Napoléon découlait de manière plus spécifique de la conception hiérarchique des rapports entre les époux. En réalité, il n'y avait pas de logement de la famille, mais simplement le logement du mari, où la femme était admise : le choix de la résidence de la famille appartenait au mari, son épouse étant tenue d'habiter avec lui (C. civ., art. 214, 213, al. 1^{er}, 215, al. 1^{er}). Il n'était dès lors même pas concevable d'imaginer des restrictions aux pouvoirs du mari sur le logement, fussent-elles destinées à protéger la stabilité de ce dernier. Sur cette question, V. M. GRIMALDI, « Le logement et la famille », Defrénois 1983, art. 33120, p. 1027 et s.

⁴⁴⁶ V. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (sous la dir. de), Droit des personnes et de la famille, Lamy, 2000, n°316-9.

Autrement dit, le fait que l'un des membres du couple affecte les droits dont il est titulaire sur un bien immobilier au logement commun doit-il entraîner l'application à ces droits d'un régime de protection contre les actes qui conduiraient à la fragilisation, voire à la disparition de l'affectation ?

216. La réponse à cette question impose d'identifier le danger qui menace la stabilité de l'affectation du logement au couple.

Le danger peut, en premier lieu, se situer à l'intérieur de la cellule du couple. Il convient dès lors de protéger un membre du couple contre les actes passés par le titulaire de ces droits emportant disposition des droits assurant le logement du couple. La technique est alors celle de l'indisponibilité du logement du couple, qui, d'ores et déjà, protège le logement affecté à la communauté de vie des époux. En second lieu, le danger peut venir de l'extérieur. Il peut en effet être envisagé de protéger le logement du couple contre les créanciers de l'un ou l'autre de ses membres. La technique de protection de l'affectation consiste alors à rendre le logement du couple insaisissable.

Pour chacune de ces techniques de protection de l'affectation du logement au couple, il faut envisager la possibilité qu'elles soient communes à tous les couples et forment un élément d'un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple. Pour différentes raisons, le régime spécifique du logement du couple marié ne devrait cependant pas être généralisé à tous les couples. Si l'exclusion de l'indisponibilité du logement du couple paraît devoir s'imposer (**Section 1.**), une réflexion devrait en revanche être menée, relative à l'édification de l'insaisissabilité du logement du couple (**Section 2.**).

Section 1. L'exclusion de l'indisponibilité du logement du couple

Section 2. L'édification de l'insaisissabilité du logement du couple

Section 1. - L'exclusion de l'indisponibilité du logement du couple

217. L'indisponibilité du logement affecté au couple ne saurait s'entendre d'une indisponibilité réelle, définie comme la « *qualité d'un bien ou d'un droit qui ne peut être l'objet d'aucun acte de disposition* »⁴⁴⁷. L'atteinte à la liberté, d'une part, et à la circulation des richesses, d'autre part, serait en effet disproportionnée par rapport à l'objectif de la protection de la stabilité du logement affecté à la communauté de vie du couple.

L'indisponibilité doit viser à prolonger, sur le plan patrimonial, le double accord requis pour le choix de la résidence du couple. L'objectif consiste dès lors à ce que les deux membres du couple donnent leur accord aux actes emportant disposition des droits assurant le logement de la famille. L'indisponibilité n'est donc que relative puisqu'il suffit d'obtenir l'accord de son partenaire pour conclure l'acte.

218. La première question à envisager relève de la méthode. Il convient en effet d'identifier les différentes techniques d'indisponibilité et, parmi elles, celles qui sont susceptibles d'assurer au mieux la protection du logement du couple contre les agissements égoïstes du titulaire des droits sur ce logement. La seconde question est de principe : il faut décider si l'indisponibilité du logement du couple doit devenir une disposition commune imposée à tous les couples ou, au contraire, si l'engagement de mariage justifie que la protection soit réservée au logement des époux, marquant ainsi les limites d'un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple. Ainsi, après avoir dressé un panorama de la diversité des techniques d'indisponibilité (§ 1.), il conviendra de délimiter le domaine des techniques d'indisponibilité imposées (§ 2.).

§ 1. La diversité des techniques d'indisponibilité

219. Plusieurs techniques sont susceptibles, directement ou indirectement, de rendre le logement du couple indisponible. L'indisponibilité du logement du couple peut ainsi exister au prix de la cotitularité des droits assurant le logement (A.). Les époux connaissent, quant à eux, une technique d'indisponibilité spécifique, détachée de la cotitularité (B.).

⁴⁴⁷ G. CORNU (sous la dir. de), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, P.U.F., 9^{ème} éd., 2002, V° *Indisponibilité*.

A. L'indisponibilité au prix de la cotitularité

220. L'indisponibilité du logement affecté à la communauté de vie du couple peut résulter, d'une part, de la cotitularité du droit de propriété (1.) et, d'autre part, de la cotitularité du droit au bail (2.).

1. La cotitularité du droit de propriété

221. L'indisponibilité des droits assurant le logement du couple peut découler de l'acquisition en commun du logement. L'indisponibilité n'existe alors qu'au prix de la propriété collective, c'est-à-dire de la cotitularité du droit de propriété sur le logement.

222. En régime de communauté légale, le logement acquis à titre onéreux par un époux après la naissance de la communauté constituée, en principe, un bien commun (C. civ., art. 1401). Comme tout bien commun, les actes les plus graves, telles la vente et la constitution d'hypothèque, sont alors, à peine de nullité, soumis à cogestion (C. civ., art. 1424). S'agissant de la conclusion de baux, la distinction s'opère, d'abord, suivant l'usage des lieux loués, puis, pour les autres baux, suivant leur durée (C. civ., art. 1425). Lorsque le bail porte sur un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal, il ne peut être conclu, quelle qu'en soit la durée, qu'avec l'accord des deux époux. Pour les autres baux, l'article 1425 renvoie aux règles prévues pour les baux passés par l'usufruitier, c'est-à-dire à l'article 595 du Code civil. Le bail conclu par un époux seul est alors opposable au conjoint pour une durée de neuf ans. Le législateur a ainsi renoncé à imposer la cogestion pour les baux d'habitation⁴⁴⁸.

Toutefois, lorsque l'immeuble, commun ou non, est affecté au logement de la famille, l'article 215, alinéa 3, du Code civil impose la cogestion pour tous les actes emportant disposition du logement⁴⁴⁹. Le rappel des règles relatives à la gestion d'un immeuble commun ne s'imposait dès lors qu'en tant qu'elles sont susceptibles d'être appliquées dans l'hypothèse où le logement affecté à la communauté de vie du couple est indivis.

223. Les règles de gestion des biens indivis conduisent en effet à rendre indisponible le logement du couple s'il est indivis entre ses membres. S'agissant de

⁴⁴⁸ Sur les controverses soulevées par cette question lors de l'élaboration de la loi du 23 décembre 1985, V. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 363, n°368 et s.

⁴⁴⁹ V. *infra*, n°232 et s.

l'indivision ordinaire, l'article 815-3, alinéa 1^{er}, du Code civil exige le consentement de tous les coïndivisaires pour les actes d'administration et de disposition relatifs aux biens indivis⁴⁵⁰. Quant à l'indivision conventionnellement organisée, le gérant ne dispose que des pouvoirs attribués à chaque époux sur les biens communs⁴⁵¹. Dans l'une ou l'autre des hypothèses, aucun des coïndivisaires ne peut, par conséquent, sans l'accord de l'autre, vendre le logement indivis. Dans l'indivision ordinaire, le bail est soumis aux mêmes règles d'unanimité que la vente en raison des prérogatives qu'il confère au locataire et des risques qu'il crée pour les autres indivisaires. Un bail consenti par un seul indivisaire serait par conséquent inopposable aux autres indivisaires⁴⁵². En revanche, dans l'hypothèse d'une indivision conventionnellement organisée, le gérant pourrait, en application des règles de la communauté légale précédemment rappelées, donner à bail le logement du couple indivis sans le consentement de son partenaire.

La protection de la stabilité du logement assurée par le régime de l'indivision est fréquente entre les membres d'un couple sans communauté. Le logement est en effet présumé indivis dès lors que l'un des membres du couple sans communauté ne prouve pas son droit de propriété exclusif. Il l'est irréfragablement si l'acquéreur engagé dans un pacte civil de solidarité n'a pas écarté dans l'acte d'acquisition la présomption d'indivision (C. civ., art. 515-5)⁴⁵³. Il est du reste à craindre que cette hypothèse soit la plus fréquente, la présomption n'étant pas écartée, moins par omission – le notaire ayant l'obligation d'attirer l'attention de l'acquéreur sur ce point – que par faiblesse vis-à-vis du partenaire ou volonté d'ancrer matériellement la vie commune. Le développement probable de l'indivision sur le logement des partenaires d'un pacs devrait ainsi, indirectement, protéger la stabilité de l'affectation du logement à la communauté de vie des partenaires d'un pacs.

224. Les membres du couple peuvent enfin constituer entre eux une société civile immobilière pour l'acquisition et la gestion de leur logement commun. Qu'ils soient tous deux cogérants, ou que l'un d'entre eux seulement soit gérant de cette société, aucun des membres du couple ne peut, en application des règles de la société civile, conclure seul un acte emportant disposition des droits sur le logement (C. civ., art. 1848).

⁴⁵⁰ Sur la règle de l'unanimité en matière d'actes d'administration et de disposition, V. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, L.G.D.J., 2000, p. 496, n°490 et s.

⁴⁵¹ Sur les pouvoirs du gérant dans l'indivision conventionnelle, V. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *op. cit.*, p. 511, n°503 et s.

⁴⁵² Sur l'unanimité requise pour le bail d'une chose indivise, V. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *op. cit.*, p. 500, n°492. Sur la sanction du défaut de pouvoir – nullité ou inopposabilité – et la controverse en doctrine et en jurisprudence, V. N. PIERRE, obs. sous Versailles, 2 novembre 2001, D. 2003, somm. comm. 730 (en l'espèce, la Cour d'appel a prononcé la nullité du contrat de bail).

⁴⁵³ Sur les présomptions d'indivision dans le pacs, V. *infra*, n°527.

225. L'hypothèse de l'acquisition du logement en tontine par les membres du couple s'éloigne quelque peu de la cotitularité du droit de propriété, en raison du particularisme de la clause d'accroissement contenue dans l'acte d'acquisition. En vertu de cette dernière, le premier mourant sera considéré comme n'ayant jamais eu de droit de propriété sur le bien acquis, qui est censé avoir toujours appartenu en totalité au survivant. Tout acte emportant disposition du logement acquis en tontine implique, par conséquent, l'accord des deux acquéreurs, chacun étant ainsi protégé contre les agissements égoïstes de l'autre⁴⁵⁴.

226. Même si elle est fréquente dans le couple, l'indisponibilité découlant de la cotitularité des droits de propriété sur le logement commun demeure une technique limitée de protection de la stabilité de ce dernier. La limite tient, d'une part, à ce que la propriété collective n'interdit pas nécessairement tout acte emportant disparition de l'affectation du logement au couple. Il en est ainsi notamment de la conclusion des baux d'habitation, parfois autorisée. La limite tient, d'autre part, au fait que l'indisponibilité du logement du couple n'est pas conçue, lorsqu'elle découle de la cotitularité du droit de propriété, comme un instrument spécifique de protection de la vie en couple. Conséquence de la propriété collective, elle est, comme cette dernière, tributaire de la volonté des membres du couple. L'indisponibilité résultant de la cotitularité du droit au bail emporte à cet égard des critiques plus nuancées.

2. La cotitularité du droit au bail

227. Il va de soi que les partenaires peuvent être cosignataires du bail et devenir ainsi, l'un et l'autre, titulaires du contrat. Ils ont par conséquent les mêmes droits et les mêmes obligations relativement à ce droit au bail. Dès lors, le bail ne peut prendre fin à leur initiative que s'ils agissent ensemble. Inversement, le congé délivré à un seul des cotitulaires n'est pas opposable à l'autre, et le partenaire non visé par le congé peut en contester la validité à son encontre. La protection demeure cependant limitée dans la mesure où, à l'instar de la cotitularité du droit de propriété, elle n'est pas imposée par la loi pour garantir la stabilité du logement du couple, mais implique une démarche volontaire de ses membres.

228. Le droit des baux d'habitation impose toutefois, dans une hypothèse particulière, une sorte d'indisponibilité du bail assurant le logement du couple.

⁴⁵⁴ Sur la tontine, V. M. COZIAN et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, Litec, 15^{ème} éd., 2002, p. 19, n°28.

Certes, l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989, qui prévoit, en cas de décès du locataire ou d'abandon de domicile, le transfert ou le maintien du contrat de location au profit de son conjoint, de son partenaire d'un pacs ou de son concubin notoire, ne constitue pas réellement un élément d'un droit commun de *l'organisation* de la vie en couple. La protection offerte par le droit des baux intervient en effet le plus souvent après la disparition du couple⁴⁵⁵. Il en est ainsi lorsque le contrat de bail est transféré au survivant des membres du couple. De même, on ne saurait parler de protection du logement du couple lorsque le contrat de bail est maintenu au profit du concubin notoire abandonné. En effet, après rupture de la communauté de vie, le couple de concubins n'existe plus. Dans la perspective d'une recherche des différentes techniques aptes à assurer l'indisponibilité du logement du couple, il conviendrait donc d'exclure de l'objet de l'étude la protection offerte par le droit des baux d'habitation au membre du couple non titulaire du bail.

Toutefois, la protection intervient bel et bien pendant la vie en couple lorsque le bail est maintenu au profit du conjoint ou du partenaire abandonné par le titulaire. En l'absence de dissolution de leur engagement, les époux et les partenaires d'un pacs, même séparés de fait, forment en effet toujours un couple. Et, dans cette hypothèse, la protection offerte par le droit des baux peut s'analyser comme une indisponibilité du logement pendant la vie en couple. Le bail d'habitation ne peut en effet être résilié par un acte unilatéral du locataire en titre, à savoir l'abandon du domicile, qui entraîne, en principe, la résiliation de plein droit du bail (L. 6 juillet 1989, art. 14, dernier al.)⁴⁵⁶. L'analyse est du reste confortée par la position doctrinale selon laquelle, en cas d'abandon de domicile, une nouvelle personne est intégrée par l'effet de la loi à un contrat préexistant qui continue, le locataire initial étant alors maintenu dans les liens du contrat⁴⁵⁷. Il s'agirait, en somme, d'une cotitularité du bail.

⁴⁵⁵ Il a été écrit que la qualité de locataire appartient « *virtuellement* » aux personnes ayant vocation à bénéficier du maintien ou du transfert du contrat. En ce sens, J.-L. AUBERT et P. BIHR, La location d'habitation (L. 6 juillet 1989 mod. L. 21 juillet 1994), Sirey, 2^{ème} éd., 1994, p. 169, n°227. Il serait cependant pour le moins audacieux d'intégrer la protection parmi les dispositions destinées à *organiser* la vie en couple.

⁴⁵⁶ Sur le caractère automatique de la continuation ou du transfert du bail, et les inconvénients qu'il implique, V. J. et F. LAFOND, Les baux d'habitation, Litec, 5^{ème} éd., 2002, p. 313, n°525.

⁴⁵⁷ En ce sens, J.-L. AUBERT et P. BIHR, *op. cit.*, p. 173, n°235 : « *en cas d'abandon de domicile, rien n'impose de considérer que la « continuation » du contrat équivaut à son « transfert », ce qui conduirait à admettre que le locataire en titre perd sa qualité. S'il est vrai que l'abandon de domicile entraîne résiliation de plein droit du bail, ce n'est qu'à défaut de personnes remplissant les conditions légales imposées pour la continuation à leur profit du contrat. La règle est alors protectrice des intérêts du bailleur, qui retrouve ainsi la jouissance de son bien sans être obligé d'agir en résiliation du bail contre le locataire fautif. Au contraire, lorsque le contrat continue au profit de nouveaux bénéficiaires, sa résiliation est par là même exclue et décider que le locataire initial n'en est pas moins déchu de son titre ne procure aucun avantage à quiconque* ». Selon une opinion divergente, il n'y aurait pas lieu de distinguer la continuation du contrat de bail en cas d'abandon de son transfert en cas de décès. Il s'agirait en effet dans les deux cas d'une transmission légale du contrat, opérant substitution du bénéficiaire. V. les références citées par J.-L. AUBERT et P. BIHR, *ibid.*

Imposée par la loi en vue de la protection du conjoint ou du partenaire abandonné, la protection issue de l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 apparaît plus achevée que celle qui est subordonnée au choix conventionnel de la cotitularité. En tout état de cause, elle témoigne de la préoccupation du législateur de protéger le logement précédemment affecté au couple, indépendamment du statut de ce dernier. Dans cette hypothèse particulière, l'indisponibilité connaît cependant une limite sérieuse, tenant à la notion d'abandon de domicile. La jurisprudence exige en effet un départ « *brusque et imprévisible* », qui lui permet de distinguer la notion d'abandon de domicile du simple changement de domicile⁴⁵⁸.

229. L'article 1751 du Code civil, issu d'une loi du 4 août 1962, constitue une technique plus élaborée d'indisponibilité du logement familial. Aux termes de son premier alinéa, lorsque le logement est à usage exclusif d'habitation, les époux sont l'un et l'autre titulaires du bail, même si le contrat n'a été conclu que par l'un d'eux. L'affectation du droit au bail au logement du couple se traduit ainsi par une modification du régime juridique de ce droit puisque les époux en deviennent cotitulaires⁴⁵⁹.

L'indisponibilité du droit au bail qui en résulte est la plus achevée de toutes celles précédemment vues. Comme la protection de l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989, elle est imposée par la loi spécifiquement en vue de garantir la stabilité du logement des époux. Non limité à l'hypothèse de l'abandon de domicile, le domaine de la cotitularité est néanmoins plus large et, par conséquent, protège plus efficacement la stabilité du logement des époux. De surcroît, le départ ultérieur d'un conjoint dû à la séparation de fait des époux ne suffit pas à faire cesser la cotitularité, laquelle ne disparaît qu'au divorce ou à la séparation de corps (C. civ., art. 1751, al. 2). En d'autres termes, la cotitularité s'éteint avec la disparition du devoir de cohabitation des époux, non avec la simple cessation de fait de leur cohabitation dans les lieux.

La cotitularité du droit au bail, et l'indisponibilité qui en résulte, sont cependant enfermées dans d'étroites limites. Pour que le bail soit réputé appartenir à l'un et à l'autre des époux, le législateur exige en effet une double condition d'affectation. L'une est négative : le droit au bail ne saurait être affecté, même en partie, à la profession de l'un ou de

⁴⁵⁸ Nous aurons l'occasion de revenir sur les limites de la protection offerte par le droit des baux lors de l'étude des raisons conduisant au rejet de l'indisponibilité imposée au couple non marié. V. *infra*, n°239 et s.

⁴⁵⁹ « *L'affectation familiale de ce droit entraîne cette fiction que le non-titulaire est considéré comme cotitulaire* » (S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit français*, L.G.D.J., 1976, p. 155, n°184).

Selon certains auteurs, la cotitularité qu'emporte l'affectation créerait entre les époux une indivision forcée spéciale. En ce sens, P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit civil, Contrats spéciaux*, par P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, Cujas, 14^{ème} éd., 2001-2002, p. 404, n°644 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 115, n°124, note 3. *Contra*, B. LOTTI, « Le bail conjugal d'habitation », J.C.P. 1995, éd. N, p. 326, n°6 et s. : selon l'auteur, la cotitularité correspond à une créance conjointe.

l'autre des époux. La seconde est positive : le droit au bail doit effectivement être affecté à l'habitation des conjoints. L'atteinte aux droits du titulaire originel du droit au bail, d'une part, et du bailleur, d'autre part, justifie l'interprétation stricte du texte et de la double condition d'affectation qu'il requiert : la protection exceptionnelle et dérogoire au droit commun que réalise l'article 1751 du Code civil ne peut ainsi être étendue aux résidences secondaires. De même, les effets de ce texte sont strictement limités au droit au bail et ne sauraient, par conséquent, être étendus à d'autres droits assurant le logement familial dont un seul des deux époux serait titulaire.

230. Réservé par les termes de la loi aux époux, l'article 1751 du Code civil n'est pas applicable aux concubins, unis par un pacs ou non. Le doute a pu être instauré par la nouvelle rédaction de l'article 9-1 de la loi du 6 juillet 1989, qui, depuis sa modification par la loi S.R.U. du 13 décembre 2000, dispose que « *nonobstant les dispositions des articles 515-4 et 1751 du Code civil, les notifications ou significations faites en application du présent titre par le bailleur sont de plein droit opposables au partenaire lié par un pacte civil de solidarité au locataire ou au conjoint du locataire si l'existence de ce partenaire ou de ce conjoint n'a pas été préalablement portée à la connaissance du bailleur* ». Le jeu de cet article ne peut en effet se comprendre que s'il existe une cotitularité du droit au bail.

Néanmoins, aucune disposition équivalente à l'article 1751 du Code civil n'instaure une cotitularité du bail d'habitation au profit des partenaires d'un pacs. Le seul point qui rapproche les partenaires des époux en matière de bail est la solidarité aux dettes, ce qui explique sans doute la référence faite dans l'article 9-1 à l'article 515-4 du Code civil. La solidarité n'entraîne cependant pas la cotitularité et il n'y a dès lors aucune raison pour que le bailleur notifie des actes à une personne qui n'est pas titulaire du bail⁴⁶⁰. En visant à l'origine l'article 515-5 du Code civil, il semble que les initiateurs du nouvel article 9-1 avaient à l'esprit que la présomption d'indivision jouerait pour le droit au bail et créerait ainsi une cotitularité. Outre qu'il est loin d'être évident que la cotitularité du droit au bail s'analyse comme une indivision⁴⁶¹, la cotitularité serait, en toute hypothèse, limitée au bail conclu après la conclusion du pacs.

231. Lorsqu'elle découle de la cotitularité des droits, l'indisponibilité du logement du couple est toujours limitée d'une manière ou d'une autre. Partant, elle ne parvient pas à

⁴⁶⁰ La doctrine a ainsi vivement critiqué cette disposition comme étant infondée et, partant, dénuée d'utilité. V. B. VIAL-PEDROLETTI, « Le nouvel article 9-1 de la loi du 6 juillet 1989 modifié par la loi SRU : un texte dénué de sens et d'utilité », *Loyers et copropriété* avril 2001, p. 4 ; F. VAUVILLE, « PACS et SRU : un mauvais mariage », *R.J.P.F.* mai 2001, p. 15.

⁴⁶¹ V. *supra*, note 459. En ce sens, V. également F. VAUVILLE, art. précit., p. 16.

garantir la stabilité de l'affectation du logement au couple en toute hypothèse. C'est la raison pour laquelle le législateur a élaboré une technique d'indisponibilité du logement affecté au couple marié plus achevée, détachée de la cotitularité.

B. L'indisponibilité détachée de la cotitularité

232. Parce que « *le logement où vivent les époux, ainsi que les meubles meublants dont il est garni, ont une affectation familiale* »⁴⁶², un régime juridique particulier les caractérise. Aux termes de l'article 215, alinéa 3, du Code civil, le logement et les meubles meublants affectés à la communauté de vie du couple marié sont indisponibles, indépendamment de toute cotitularité des droits sur le bien. L'indisponibilité du logement affecté à la communauté de vie du couple marié⁴⁶³ apparaît ainsi comme une véritable technique de protection de l'affectation du logement au couple marié, qui se traduit par une modification des pouvoirs des époux (1.), enfermée néanmoins dans certaines limites (2.).

1. La modification des pouvoirs des époux

233. L'indisponibilité du logement de la famille n'impose pas la cotitularité des droits sur le logement : elle modifie les pouvoirs de chaque époux sur le bien. Son propriétaire⁴⁶⁴ ne dispose plus en effet d'un droit subjectif sur le logement, abandonné à son libre-arbitre, mais d'un pouvoir qui lui est accordé pour servir un intérêt déterminé, distinct au moins partiellement du sien : l'intérêt de la famille⁴⁶⁵. Pour ce faire, il dispose d'un

⁴⁶² J. CARBONNIER, Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 500. Dans le même sens, P. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, Famille, par P. MALAURIE, Cujas, 6^{ème} éd., 1998-1999, p. 524, n°920 ; M. GRIMALDI (sous la dir. de), Droit patrimonial de la famille, Dalloz Action, 2001-2002, p. 28, n°112.

⁴⁶³ L'article 215, alinéa 3, du Code civil concerne non seulement le logement lui-même mais également le mobilier qui le garnit. Interdiction est ainsi faite aux époux de disposer l'un sans l'autre des meubles garnissant le logement de la famille. C'est donc le cadre de vie dans son ensemble, affecté au ménage, qui fait l'objet d'une protection particulière, protection non limitée par le critère de l'utilité ou du besoin : « *seul celui de l'affectation au logement familial doit être retenu, que le meuble soit utile (tables, chaises) ou seulement décoratif (tableaux)* » (D. LEFEBVRE, J.-Cl. Civ., art. 212 à 215, fasc. 30, 1989, p. 8, n°29).

Les développements qui suivent ne sont consacrés qu'à la protection du logement familial. Ils valent cependant, en tant que de raison, pour la protection des meubles le meublant.

⁴⁶⁴ Le terme de « propriétaire » doit être entendu au sens large pour désigner le titulaire du droit sur le logement ou sur les meubles meublants affectés à la communauté de vie du couple.

⁴⁶⁵ Sur la distinction entre droit subjectif et pouvoir, V. E. GAILLARD, La notion de pouvoir en droit privé, Economica, Coll. Droit civil, 1985. Cet auteur combat l'idée d'une distinction entre les droits à esprit égoïste et les droits à esprit altruïste : il considère que l'individu jouit de prérogatives juridiques que l'on peut diviser en deux catégories. D'une part, les droits subjectifs sont abandonnés par le droit objectif au libre-arbitre des individus qui en disposent à leur gré. D'autre part, les pouvoirs sont attribués à leur titulaire dans le but de

pouvoir principal, résultant de sa propriété, mais non sans partage puisque l'article 215, alinéa 3, du Code civil lui impose d'obtenir le consentement du conjoint pour tout acte emportant disposition des biens visés. En effet, corrélativement, et pour garantir que le pouvoir du titulaire du droit est exercé conformément à l'intérêt de la famille, l'article 215, alinéa 3, attribue au conjoint du propriétaire le pouvoir d'autoriser ou non un acte emportant disposition de ce droit, pouvoir qu'il doit lui-aussi exercer dans l'intérêt de la famille. L'indisponibilité n'est donc que relative puisqu'il est possible d'y échapper en obtenant le consentement du conjoint. Si le refus de ce dernier n'est pas justifié par l'intérêt de la famille, son attitude peut être qualifiée de détournement de pouvoir. Le recours à l'article 217 du Code civil permet alors à l'époux titulaire du pouvoir principal sur le logement de solliciter du juge l'autorisation de conclure seul l'acte emportant disposition du droit assurant le logement de la famille⁴⁶⁶. Le juge vérifie alors lequel des deux époux exerce son pouvoir dans l'intérêt de la famille.

234. Aussi achevée qu'elle paraisse, la protection imposée par l'article 215, alinéa 3, du Code civil ne rend cependant pas inutile celle qui résulte de la cotitularité du bail imposée par l'article 1751 du même code. L'article 215, alinéa 3, du Code civil se contente en effet de modifier les pouvoirs des époux. Il ne vise donc que les actes positifs accomplis par l'un d'entre eux et ne serait pas applicable à un congé délivré par le bailleur. A l'instar de la vente forcée du local appartenant en propre à un époux et qui sert au logement de la famille, la réception par un conjoint de l'acte de dénonciation du bail qui assure le logement du couple ne peut pas être qualifiée d'acte de disposition au sens de l'article 215, alinéa 3, puisque l'époux en est simplement le destinataire. L'article 1751 est par conséquent, en ce cas, la seule disposition protectrice de la stabilité du logement de la famille. La cotitularité du droit au bail offre ainsi une protection complémentaire de celle issue de la modification des pouvoirs des époux sur le logement familial, dont il convient à présent d'identifier les limites.

servir un intérêt déterminé, distinct au moins partiellement du sien. Cette dernière catégorie correspond à la notion doctrinale de droit-fonction.

⁴⁶⁶ Sur le point de savoir si l'époux qui voudrait disposer de l'immeuble qui constitue le logement de la famille et qui appartient en propre à l'autre conjoint peut invoquer l'article 217 du Code civil, la tendance dominante est à l'inapplicabilité de cette disposition. V. P. DUBOIS, J.-Cl. Civ., art. 216 à 226, fasc. 40, 1989, p. 7, n°26. L'affectation du bien qui confère au requérant un embryon de pouvoir semble insuffisante. Sur la nécessité de cumuler l'habilitation et l'autorisation de justice, V. J.-C. MONTANIER, « L'autorisation de justice en droit matrimonial (propositions pour une interprétation nouvelle de l'article 217 du Code civil) », R.T.D. Civ. 1984, p. 19, n°37 et s., p. 30, n°31 et s.

2. Les limites à la modification des pouvoirs des époux

235. La première limite tient à la condition d'affectation du logement au couple marié. Pour que l'article 215, alinéa 3, du Code civil s'applique, « *il faut et il suffit qu'un local soit affecté au logement de la famille* »⁴⁶⁷. La condition d'affectation familiale est donc tout à la fois nécessaire et suffisante.

Nécessaire, la condition d'affectation du logement au couple marié conduit à exclure certains locaux de la protection instituée par l'article 215, alinéa 3, du Code civil. Il en est ainsi, tout d'abord, des résidences secondaires qui peuvent avoir une affectation familiale, mais seulement de manière occasionnelle car la communauté de vie ne s'y exerce pas effectivement⁴⁶⁸. Il en est de même, ensuite, des locaux mixtes, affectés pour partie au logement du couple marié et pour partie à l'exercice de la profession de l'un des époux. L'article 215, alinéa 3, du Code civil n'exclut certes pas expressément de la cogestion les locaux à caractère professionnel ou commercial comme le fait l'article 1751 du même code. Cette exclusion s'impose cependant pour deux raisons. La première est l'interprétation stricte qu'il convient de donner à l'indisponibilité compte tenu de l'atteinte au droit commun qu'elle consacre. La seconde tient au conflit entre la protection de l'affectation familiale du logement, d'une part, et la liberté professionnelle, d'autre part, proclamée à l'article 223 du Code civil. Refusant d'attenter à cette liberté, et à la mobilité d'installation qu'elle suppose, la jurisprudence exclut ainsi les locaux nécessaires à la profession du régime de la cogestion⁴⁶⁹. La nécessité de la condition d'affectation devrait, enfin, conduire à exclure l'indisponibilité du logement du couple marié lorsque le bien objet de l'acte de disposition n'a jamais été le logement des époux ou a cessé de l'être. La thèse soutenue par Monsieur GRIMALDI, selon laquelle « *l'article 215 ne suppose même pas que les époux aient cohabité, à un moment quelconque, dans le local considéré* »⁴⁷⁰, devrait ainsi être rejetée. En effet, seule la protection du lieu abritant ou ayant effectivement abrité la communauté de vie des époux justifie l'atteinte aux pouvoirs de l'époux titulaire des droits sur le logement. En cas

⁴⁶⁷ G. CORNU, Les régimes matrimoniaux, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 9^{ème} éd., 1997, n°11, p. 89.

⁴⁶⁸ Les auteurs se prononcent de façon quasi-unanime en ce sens. *Contra*, Y. CHARTIER, « Domicile conjugal et vie familiale », R.T.D. Civ. 1971, p. 511, n°74 ; A. DEKEUWER, L'incidence du régime primaire sur les régimes matrimoniaux, Thèse Lille, 1975, p. 274 et s.

Pour la première fois, la Cour de cassation a expressément pris parti en ce sens : Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999, Defrénois 2000, art. 37145, p. 437, n°22, obs. G. CHAMPENOIS ; J.C.P. 2000, éd. G, I, 245, n°4, obs. G. WIEDERKEHR.

⁴⁶⁹ Un sort particulier est ainsi réservé au logement de fonction. V. Civ. 1^{ère} 4 octobre 1983, Defrénois 1983, art. 33180, p. 1595, n°132, obs. G. CHAMPENOIS ; J.C.P. 1984, éd. G, II, 20188 (2^{ème} esp.), note Y. CHARTIER. Reste qu'il est tout à fait possible que des locaux professionnels acquis par l'un des époux soient, par la suite, exclusivement affectés au logement de la famille. Il appartiendra alors au conjoint de l'acquéreur de prouver le changement d'affectation.

⁴⁷⁰ M. GRIMALDI, « Le logement et la famille », Defrénois 1983, art. 33120, p. 1044, note 60.

de séparation de fait, si les deux époux vivent chacun dans un nouveau logement, il est ainsi tout à fait artificiel que le logement qui abritait auparavant leur communauté de vie demeure indisponible⁴⁷¹. En revanche, l'indisponibilité du logement devrait, malgré la séparation de fait, perdurer au profit de l'époux resté dans les lieux, la raison d'être du texte visant à s'assurer que la volonté unilatérale de l'un ne suffit pas à imposer à l'autre de changer son cadre de vie⁴⁷².

Nécessaire à la protection du logement, la condition d'affectation familiale est également suffisante. Par logement de la famille, il faut en effet comprendre la résidence principale de la famille. Cette notion de pur fait s'entend alors du lieu où les époux et leurs enfants non encore établis vivent effectivement, c'est-à-dire le lieu où s'exerce la communauté de vie, sans autre condition.

236. Une deuxième limite est relative à l'étendue de l'indisponibilité du logement. Par actes emportant disposition des droits assurant le logement de la famille, il faut entendre tous les actes susceptibles d'anéantir, voire seulement de réduire ou de fragiliser, les droits réels ou les droits personnels assurant le logement de la famille⁴⁷³.

La question s'est alors posée de savoir s'il est permis à un époux de disposer seul du droit sur le logement de la famille lorsque l'acte en question assure le maintien de la jouissance du logement. Un arrêt ancien l'a admis au cas de vente par le mari avec réserve d'usufruit au profit de son épouse⁴⁷⁴. Faut-il dès lors admettre la validité d'une aliénation du logement assortie d'une location, qui, en vertu de l'article 1751 du Code civil, bénéficiera aux deux époux ? Certes, dans les deux cas, l'affectation du logement à la famille subsiste, mais dans des conditions plus précaires, le droit d'usufruit et le droit au bail étant plus

⁴⁷¹ Une solution contraire a cependant été adoptée, implicitement, par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation le 16 mai 2000 (Defrénois 2001, art. 37341, p. 460, n°28, obs. G. CHAMPENOIS ; Dr. Fam. 2001, comm. n°2, note B. BEIGNIER ; J.C.P. 2001, éd. N, p. 464, note B. VIAL-PEDROLETTI ; R.T.D. Civ. 2001, p. 418, n°2, obs. B. VAREILLE). Dans le même sens, la Cour de cassation a admis la possibilité pour l'épouse qui n'avait pas donné son accord à une hypothèque sur le logement familial, d'invoquer l'exception de nullité alors même que le bien hypothéqué avait cessé, le jour de la saisie, d'être le logement familial (Civ. 1^{ère} 8 février 2000, R.T.D. Civ. 2000, p. 888 et les observations critiques de B. VAREILLE). Ces arrêts n'encourent cependant pas la critique si l'on a à l'esprit que la notion de logement de la famille est une pure question de fait, la Cour de cassation ne pouvant pas, par conséquent, revenir sur la qualification adoptée par les juges du fond. En ce sens, F. VAUVILLE, note sous Civ. 1^{ère} 16 mai 2000, R.J.P.F. décembre 2000, p. 16.

⁴⁷² Telle est la position de la jurisprudence (V. les références citées par F. VAUVILLE, note précit., p. 16). Des auteurs proposent également que l'article 215, alinéa 3, du Code civil survive à la séparation de corps, en raison de la protection plus grande qu'il offre à l'occupant non propriétaire du logement familial. En ce sens, C. SAUJOT, « La séparation de biens accessoire à la séparation de corps », D. 1986, chr. 11.

⁴⁷³ Cette formule est fréquemment utilisée par les magistrats. V. en dernier lieu, Civ. 1^{ère} 16 mai 2000, R.T.D. Civ. 2001, p. 416, n°1, obs. B. VAREILLE. En l'espèce, le bail que le mari avait consenti sur le logement de la famille appartenant à la communauté a été annulé.

⁴⁷⁴ T.G.I. Paris 16 décembre 1970, D.S. 1971, somm. 61.

fragiles que le droit de propriété⁴⁷⁵. Dès lors, plutôt qu'à la nature de l'acte de disposition, il convient de s'intéresser aux conséquences actuelles ou éventuelles d'un tel acte sur l'usage de l'immeuble. Pour Monsieur CORNU, il faut ainsi interpréter l'article 215, alinéa 3, du Code civil comme un « *droit au maintien des droits existants ou de prérogatives strictement équivalentes* »⁴⁷⁶, autrement dit comme un droit au maintien des conditions de l'affectation. Tout acte entraînant la fragilisation de l'affectation devrait par conséquent requérir le consentement des deux époux. D'autant qu'il est toujours possible à l'époux, détenteur d'un pouvoir principal ou égal sur le logement, de solliciter du juge des affaires familiales, sur le fondement de l'article 217 du Code civil, l'autorisation de passer seul l'acte, si le refus de son conjoint n'est pas motivé par l'intérêt de la famille. Cette solution permet, en outre, d'éviter les inconvénients d'une annulation intervenant *a posteriori*, au détriment de la sécurité des tiers.

237. Enfin, la technique de l'indisponibilité du logement affecté au couple marié, aussi achevée qu'elle paraisse, connaît une dernière limite : elle ne vise que les actes entre vifs. En effet, entre la protection de l'affectation du logement et la liberté de disposer de ses biens à cause de mort, la jurisprudence a tranché en faveur de la seconde⁴⁷⁷. Toutefois, le conjoint survivant bénéficie, depuis la réforme du droit des successions du 3 décembre 2001, de deux droits – l'un temporaire, l'autre viager – au maintien dans le logement (C. civ., resp. art. 763 et 764). C'est dire que la protection de l'affectation du logement à la communauté de vie du couple marié survit, dans une certaine mesure, à la dissolution du mariage par décès⁴⁷⁸.

238. Les techniques d'indisponibilité les plus achevées visant à protéger l'un des membres du couple contre les agissements égoïstes de l'autre sont celles qui sont imposées au couple marié : cotitularité du droit au bail et modification des pouvoirs des membres du couple, indépendamment de toute cotitularité sur le droit assurant le logement. Restreintes

⁴⁷⁵ L'usufruitier peut voir cesser l'usufruit au cas d'abus de jouissance, par la commission de dégradations, ou encore faute de soins ou d'entretien. De même, la location peut disparaître faute de paiement des loyers ou en cas d'inexécution de ses obligations par le locataire. Enfin, le propriétaire peut mettre fin au contrat de bail. *Contra*, G. CORNU, Les régimes matrimoniaux, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 9^{ème} éd., 1997, n°16, p. 111 : « *la réserve d'un bail (substitué à l'usus de la propriété) n'eut pas été, en l'espèce, suffisante à la différence de l'usufruit au profit du survivant, qui laissait à la jouissance du logement son caractère de droit réel et viager, garantie d'égale sécurité pour le conjoint du disposant* ». Dans le même sens, M. GRIMALDI, « Le logement et la famille », *Defrénois* 1983, art. 33120, p. 1043, n°27.

⁴⁷⁶ G. CORNU, *op. cit.*, n°16, p. 111.

⁴⁷⁷ Civ. 1^{ère} 22 octobre 1974, D. 1975, 645, note I. FOULON-PIGANIOL ; J.C.P. 1975, éd. G, II, 18041, note Y. CHARTIER.

⁴⁷⁸ V. *infra*, n°439.

en droit positif au couple marié, la question se pose alors d'une extension à tous les couples du domaine des techniques d'indisponibilité imposées.

§ 2. *Le domaine des techniques d'indisponibilité imposées*

239. La question se pose de savoir s'il conviendrait, *de lege ferenda*, d'étendre le domaine de la protection spécifique de l'affectation du logement au couple marié aux autres formes de couple, autrement dit d'inclure l'indisponibilité du logement du couple dans un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple. Certaines législations européennes l'ont admis. En Belgique, le logement principal commun des cohabitants légaux est ainsi protégé comme le logement familial dans le mariage⁴⁷⁹. En dépit de la tendance naturelle à étendre les mesures de protection à tous les couples, l'extension aux concubins de l'indisponibilité des droits assurant le logement du couple n'apparaît cependant pas souhaitable.

240. L'idée fondamentale permettant de limiter au couple marié le domaine des techniques imposées d'indisponibilité tient à ce que la protection révèle essentiellement son utilité lorsque le désaccord des époux sur le sort du logement conduit à la rupture de la communauté de vie⁴⁸⁰. Or, les effets de la rupture de la communauté de vie maritale diffèrent de ceux de la cessation de la communauté de vie des concubins. Toutefois, des raisons différentes conduisent à rejeter l'indisponibilité imposée aux concubins, selon qu'ils sont des concubins simples (A.) ou des partenaires d'un pacs (B.).

⁴⁷⁹ V. F. GRANET, « L'enregistrement des couples non mariés en Europe », *Le Pacs*, *Dr. Fam. Hors série*, décembre 1999, p. 60. V. aussi P. HILT, G. MATTEI, I. RIHM, « Le sort du logement commun en cas de séparation du couple non marié : éléments de droit comparé », *A.J. Fam.* mai 2002, p. 174.

⁴⁸⁰ L'hypothèse est quelque peu différente lorsque l'article 215, alinéa 3, du Code civil interdit à l'époux titulaire des droits assurant le logement familial de grever ce dernier d'une hypothèque conventionnelle. Il s'agit en effet de protéger le logement familial contre sa saisissabilité par les créanciers de l'époux, la protection intervenant en dehors de toute crise entre les membres du couple. Il n'en demeure pas moins que, indépendamment de toute hypothèque, le logement familial est saisissable, la jurisprudence ayant refusé de déduire de son indisponibilité son insaisissabilité (V. *infra*, n°253). La protection offerte par l'article 215, alinéa 3, semble ainsi bien limitée. Ce qui justifie l'affirmation selon laquelle l'indisponibilité du logement des époux est essentiellement dédiée à garantir à l'époux non titulaire des droits sur le logement la stabilité de ce dernier lorsque son conjoint veut en disposer et que le désaccord conduit à la rupture de la communauté de vie.

A. Le rejet de l'indisponibilité imposée aux concubins simples

241. Un droit commun impératif de la vie en couple doit consister en un minimum et ne porter atteinte à l'indépendance et à la liberté des membres du couple que dans la stricte mesure nécessaire à l'organisation de la vie en couple. Or, s'agissant de l'indisponibilité imposée du logement du couple, l'inconvénient de l'atteinte à la liberté du titulaire du droit ne semblerait pas contrebalancé par l'utilité du résultat recherché. Pendant toute la vie quotidienne du couple de concubins simples, il est nécessaire de laisser à ses membres le maximum de liberté et d'autonomie. Il faut en effet avoir égard à la particularité des concubins simples, dont le consentement à la vie commune doit être renouvelé au jour le jour. Ainsi, il faut laisser le titulaire des droits assurant le logement libre de maintenir ou non l'affectation. S'il veut en disposer, il faut espérer que c'est en accord avec son compagnon. Le cas échéant, les concubins s'accordent alors sur la fixation du nouveau lieu abritant leur communauté de vie. De sorte que, tant que l'accord subsiste, il n'est pas besoin de protéger un membre du couple contre l'autre. Si les membres du couple ne trouvent pas d'accord sur un nouveau logement commun, il y a alors rupture de la vie commune, et c'est à ce moment qu'il convient de protéger le concubin du titulaire des droits sur le logement. Or – et là se situe l'argument essentiel qui conduit au rejet de l'indisponibilité des droits assurant le logement des concubins simples – la rupture de la communauté de vie entraîne inéluctablement la disparition de leur couple⁴⁸¹. Le remède ne saurait consister, par conséquent, dans une indisponibilité, conçue comme une technique d'organisation de la vie *en couple*. La protection du concubin délaissé intervient alors nécessairement au travers de règles destinées à *liquider* la vie du couple.

242. Cette protection existe d'ores et déjà lorsque le logement des concubins était loué. La législation sur les baux d'habitation permet en effet au concubin notoire abandonné d'obtenir la continuation du contrat de bail à son profit (L. du 6 juillet 1989, art. 14). C'est dire qu'une disposition relative à la liquidation de la vie du couple est suffisante pour maintenir le bail au profit du concubin du titulaire, sans qu'il soit nécessaire de déroger au principe de la relativité des contrats et d'imposer la cotitularité du droit au bail⁴⁸². Cette possibilité était, jusqu'à une époque récente, réservée par la jurisprudence aux concubins

⁴⁸¹ Sur la définition du couple proposée en introduction, V. *supra*, n°34 et s.

⁴⁸² L'extension aux autres formes de vie en couple de la cotitularité du droit au bail est également inutile en ce qu'elle est destinée à obliger les deux membres du couple au paiement des loyers. En effet, si, comme nous l'avons précédemment suggéré, la solidarité pour les dettes ménagères était imposée aux concubins simples comme aux autres couples (V. *supra*, n°180 et s.), la dette de loyer engagerait solidairement les deux occupants.

hétérosexuels⁴⁸³. La loi du 15 novembre 1999, qui définit le concubinage sans que la différence de sexe ne soit érigée en condition (C. civ., art. 515-8), devrait cependant conduire les juridictions à abandonner cette position.

Du reste, la protection offerte par la loi du 6 juillet 1989 au concubin abandonné ou survivant est, à certains égards, supérieure à celle offerte par l'article 1751 du Code civil, lequel n'est pas applicable aux baux à usage mixte, professionnel et d'habitation, du local.

243. Il n'en demeure pas moins que des améliorations seraient nécessaires pour parfaire la protection du concubin non titulaire du droit au bail. Il apparaît en effet souhaitable d'assouplir quelques unes des conditions d'obtention de la continuation du contrat de bail.

Il conviendrait, en premier lieu, de supprimer la condition de notoriété du concubinage. Selon la jurisprudence antérieure à la loi du 15 novembre 1999, la notion de concubinage notoire s'entendait d'une relation stable, continue et publiquement affichée⁴⁸⁴. Le caractère stable et continu des relations est désormais requis par la définition légale du concubinage qui exige « *une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité* » (C. civ., art. 515-8)⁴⁸⁵. C'est dire que le caractère notoire se limite désormais au caractère publiquement affiché du concubinage. Cet élément n'est certes pas contenu dans la définition que le Code civil donne du concubinage. Toutefois, il est admis par de nombreux auteurs que la définition de l'article 515-8 du Code civil n'a pas vocation à écarter toute autre définition fournie par des clauses ou textes particuliers. Au contraire, elle n'aurait vocation à s'appliquer qu'à défaut de définitions particulières restrictives⁴⁸⁶. L'exigence, s'agissant de la continuité du contrat de bail au profit du concubin abandonné, de la notoriété du concubinage ne serait, par conséquent, pas condamnée. Elle ne nous apparaît cependant pas justifiée. Autant l'exigence d'une année de vie commune permet de vérifier la stabilité du couple et de justifier la protection légale⁴⁸⁷, autant la notoriété ne semble pas constituer un argument supplémentaire au soutien de la protection. Pour quelle raison, en effet, un

⁴⁸³ V. Civ. 3^{ème} 17 décembre 1997, D. 1998, 111, concl. J.-F. WEBER ; Dr. Fam. 1998, comm. n°36, note H. LECUYER.

⁴⁸⁴ V. les références citées par J. et F. LAFOND, *Les baux d'habitation*, Litec, 4^{ème} éd., 2000, p. 256, n° 419.

⁴⁸⁵ On peut même se demander si les caractères de stabilité et de continuité du concubinage n'étaient pas requis par l'exigence d'une année de vie commune avec le locataire en titre.

⁴⁸⁶ V. J. HAUSER, obs. sous Paris, 16 janvier 2001, R.T.D. Civ. 2001, p. 336, n°11 (« *la définition de l'article 515-8 du Code civil constituerait le droit commun du concubinage* ») et J.-J. LEMOULAND, obs. sous Paris, 16 janvier 2001, D. 2002, somm. comm. 536.

Il apparaît néanmoins qu'indépendamment de l'application de textes particuliers, certaines juridictions prennent quelques libertés dans l'appréciation des éléments constitutifs du concubinage, telle la condition de vie commune. V. par exemple Douai, 12 décembre 2002, Dr. Fam. 2003, comm. n°86, note H. LECUYER.

⁴⁸⁷ Du reste, l'exigence d'une année et un jour de vie commune a été posée comme un élément de la définition du couple proposée en introduction. V. *supra*, n°34 et s.

concubin notoire devrait-il mériter davantage de protection que le concubin inconnu d'une large fraction du public, mais tout aussi délaissé que le premier ? Un argument favorable au maintien de cette condition pourrait cependant être trouvé dans le souci d'une protection du bailleur, d'autant que l'évolution du droit au bail semble revenir à une meilleure prise en compte des intérêts de ce dernier. L'article 9-1 de la loi du 6 juillet 1989, qui prévoit que les notifications ou significations faites par le bailleur sont de plein droit opposables au partenaire lié par un pacte civil de solidarité au locataire ou au conjoint du locataire si l'existence de ce partenaire ou de ce conjoint n'a pas été préalablement portée à la connaissance du bailleur, en témoigne⁴⁸⁸. Imposer au bailleur le maintien du contrat de bail indépendamment de sa connaissance de l'existence du concubinage semblerait ainsi s'inscrire en faux dans l'évolution contemporaine. Reste que la condition de notoriété, telle qu'elle est entendue, n'implique pas nécessairement la connaissance du concubinage par le bailleur, mais seulement la connaissance par un cercle élargi de personnes. Il serait par conséquent possible de subordonner le maintien du contrat au profit du concubin abandonné à la connaissance par le bailleur de l'existence du concubinage. Néanmoins, en tout état de cause, la condition de notoriété est superflue.

En second lieu, il conviendrait également d'élargir la notion d'abandon de domicile. La jurisprudence interprète en effet restrictivement l'abandon de domicile comme un « *départ brusque et imprévisible de l'occupant* »⁴⁸⁹. Une telle analyse exclut alors le droit au maintien dans les lieux en cas de départ concerté des concubins⁴⁹⁰. Et, de fait, selon la doctrine, l'exigence d'un « *départ brusque et imprévisible* », dégagée par la jurisprudence pour l'application des différents textes offrant aux personnes légalement définies le maintien du contrat de bail, permet effectivement de distinguer la notion d'abandon de domicile du simple changement de domicile qui n'exclut pas la concertation⁴⁹¹. La concertation apparaît

⁴⁸⁸ Sur la critique de la mention des partenaires d'un pacs, V. *supra*, n°230.

⁴⁸⁹ La notion d'abandon de domicile a été précisée par la jurisprudence à l'occasion de l'application des dispositions du paragraphe 1^{er} de l'article 5 de la loi du 1^{er} septembre 1948. V. Soc. 20 juillet 1953, Bull. civ. V, n°588 ; Soc. 27 octobre 1955, J.C.P. 1956, éd. G, IV, 19. La même solution a été adoptée pour l'interprétation de l'article 13 de la loi du 23 décembre 1986. V. par exemple Civ. 3^{ème} 16 décembre 1987, Loyers et copropriété février 1988, comm. n°58. Dans la mesure où la rédaction de l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 est identique aux dispositions précitées, tout concourt à ce que l'interprétation de la notion d'abandon de domicile soit la même.

⁴⁹⁰ La jurisprudence est constante en ce sens. Il n'y a pas abandon de domicile « *lorsque la séparation des concubins, loin d'être brusque et imprévisible, a été préalablement convenue entre eux* » (Paris, 29 octobre 1985, D. 1986, I.R. 126), lorsque le locataire quitte les lieux volontairement dans la perspective « *d'une nouvelle organisation de sa vie personnelle et professionnelle* » (Civ. 3^{ème} 16 décembre 1987, Loyers et copropriété février 1988, comm. n°58), ou encore « *lorsque la séparation des concubins a été progressive* » (Paris, 15 septembre 1995, J.C.P. 1995, éd. N, p. 757, note A. DJIGO). En revanche, constitue un abandon de domicile le départ brusque et imprévisible de la locataire qui, avant de donner congé, a fait déménager son mobilier pendant que son concubin était au travail : Civ. 3^{ème} 15 avril 1992, Bull. civ. III, n°127.

⁴⁹¹ En ce sens, J.-L. AUBERT et P. BIHR, *La location d'habitation* (L. 6 juillet 1989 mod. L. 21 juillet 1994), Sirey, 2^{ème} éd., 1994, p. 170, n°230.

cependant comme un leurre dès lors que le titulaire met son concubin devant le fait accompli. Or, la *ratio legis* de l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 ne tient-elle pas à la protection du concubin non titulaire du droit au bail, abandonné dans un logement sur lequel il n'a aucun droit, indépendamment du caractère brusque du départ du titulaire ? Il faut alors espérer un revirement de jurisprudence en ce sens.

244. Sous réserve de ces modifications, la protection du concubin non titulaire du droit au bail semble garantie par l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989, sans qu'il soit nécessaire d'imposer une cotitularité du droit au bail comparable à celle posée par l'article 1751 du Code civil. Il convient à présent d'envisager la protection du concubin non titulaire des droits assurant le logement du couple, lorsque le logement appartient en propriété à son compagnon. La question se pose en particulier d'un éventuel droit au maintien dans les lieux du concubin demeuré dans le logement que son ancien concubin s'apprête à vendre.

L'indisponibilité de l'article 215, alinéa 3, du Code civil ne saurait constituer un remède car elle est une technique d'organisation de la vie en couple. De la sorte, elle ne peut concerner que le logement d'un couple. Dans la mesure où le couple de concubins n'existe plus après rupture de la communauté de vie, l'article 215, alinéa 3, ne permettrait pas la protection du concubin dans l'hypothèse susvisée. En tout état de cause, la sécurité des tiers s'oppose à l'extension de l'article 215, alinéa 3, du Code civil aux simples concubins. La sécurité des transactions serait en effet particulièrement menacée, compte tenu de l'absence de publicité officielle de l'union de fait. Cet inconvénient n'a pas constitué un obstacle à l'extension aux couples de concubins de la solidarité ménagère⁴⁹² car, si l'union de deux personnes répond aux conditions de formation d'un couple, le créancier bénéficiera d'une extension de son gage, autrement dit d'un avantage. Autre chose est d'étendre au couple de concubins l'indisponibilité du logement abritant leur communauté de vie, dans la mesure où elle conduirait à la nullité de la plupart des actes de disposition sur le logement, passés par le titulaire des droits sans l'accord de son compagnon.

Les règles de protection du concubin doivent par conséquent être trouvées dans les règles de liquidation de la vie du couple, lesquelles prennent le relais des règles d'organisation de la vie en couple après la disparition de ce dernier. Le concubin du propriétaire du logement devrait ainsi pouvoir bénéficier d'un droit au maintien dans les lieux si les conditions de l'octroi d'un droit à la soutenance sont réunies. Point n'est besoin, par conséquent, d'inscrire une protection de l'affectation du logement au couple dans un droit commun impératif de

⁴⁹² V. *supra*, n°180 et s.

l'organisation de la vie en couple. La consécration d'un droit commun de la liquidation de la vie du couple devrait seule y pourvoir⁴⁹³.

245. Bien des arguments qui justifient le rejet de l'indisponibilité du logement pour le couple de concubins ne s'appliquent pas lorsque ces derniers sont unis par un pacs. Pourtant, et en dépit de la tendance naturelle à l'extension des mesures de protection, l'indisponibilité du logement ne devrait pas non plus être imposée à ces derniers.

B. Le rejet de l'indisponibilité imposée aux concubins partenaires d'un pacs

246. Malgré le but affiché du pacs d'organiser la vie commune des partenaires (C. civ., art. 515-1), il n'existe aucune disposition équivalente à celle des articles 1751 et 215, alinéa 3, du Code civil⁴⁹⁴. Peut-être le législateur a-t-il espéré favoriser l'acquisition indivise du logement par la présomption d'indivision de l'article 515-5, alinéa 2, du Code civil, la plupart des actes emportant disposition du droit assurant le logement du couple étant, dans cette hypothèse, soumis à cogestion⁴⁹⁵. Cependant, une telle protection n'existe pas si le logement abritant le couple a été acquis avant la conclusion du pacs, s'il a été acquis à titre gratuit ou encore si, acquis à titre onéreux après la conclusion du pacs, la présomption d'indivision a été écartée dans l'acte d'acquisition.

247. Les arguments précédemment invoqués au soutien du rejet de l'indisponibilité imposée aux concubins simples ne concernent pas les partenaires d'un pacs.

Les tiers ayant la possibilité, voire le devoir, de prendre connaissance de l'existence d'un pacs entre leur contractant et une autre personne, leur sécurité ne serait pas davantage menacée en cas de transposition aux partenaires de la technique de l'indisponibilité relative prévue à l'article 215, alinéa 3, du Code civil, que ne l'est celle des cocontractants d'un époux.

⁴⁹³ V. *supra*, n°181 et s.

Un argument militerait cependant pour l'extension de l'indisponibilité du logement du couple marié aux couples non mariés : la protection du cadre de vie des enfants. Une telle extension conduirait cependant à la création d'une catégorie de couple, le couple parental uni par une communauté de vie et, par conséquent, à un éclatement non souhaitable des dispositions réglementant les relations patrimoniales dans le couple.

⁴⁹⁴ Dans les quatre propositions de loi successives ayant eu pour objet de mettre en place un statut intermédiaire entre le concubinage et le mariage, rien n'était prévu sur le statut de l'éventuel logement commun. V. I. THERY, « Le contrat d'union sociale en question », *Revue Esprit* octobre-décembre 1997, Annexe II, « Les différentes propositions de contrat et le mariage : analyse juridique comparée », p. 196.

⁴⁹⁵ V. *supra*, n°223.

Et, surtout, la cessation de la vie commune des partenaires n'entraîne pas la disparition du couple si elle n'est pas suivie par la rupture du pacs, conformément aux formalités prescrites par la loi. Il y a là une vraie convergence entre pacs et mariage : le couple subsiste au-delà de la rupture de la communauté de vie. Par conséquent, l'indisponibilité du logement du couple, conçue comme une technique d'organisation de la vie en couple, pourrait légitimement protéger le partenaire séparé de fait, comme elle protège le conjoint séparé de fait.

248. D'autres éléments, issus d'un mouvement de convergence rapprochant les couples engagés du concubinage, pourraient cependant, à l'inverse, conduire à n'envisager aucune indisponibilité imposée.

Un auteur critique ainsi les dispositions protectrices de l'affectation du logement au couple marié et en propose la suppression⁴⁹⁶. Il dénonce, d'une part, le caractère profondément attentatoire à la liberté individuelle de ces dispositions, comme si conjugalité devait rimer avec absence d'autonomie juridique, et, d'autre part, l'idée de fraude à l'égard du conjoint sur laquelle la cogestion reposerait. Plus nuancé est l'argument selon lequel l'indisponibilité relative ne développe en définitive ses effets qu'en cas de crise du couple.

A l'instar des autres couples, si les époux ne parviennent pas à trouver un accord sur la nouvelle résidence de la famille, comme les y invite l'article 215, alinéa 1^{er}, du Code civil, il y a rupture de la vie commune. L'indisponibilité du logement ne se justifie alors que si aucune autre solution ne permet de protéger le conjoint en cas de rupture de la vie commune. Si cette dernière conduit au divorce, l'octroi d'une prestation compensatoire au conjoint du titulaire des droits sur le logement peut prendre la forme d'un droit au maintien dans les lieux. De même, si la rupture du mariage est consécutive au décès, le droit des successions protège le conjoint survivant en lui accordant un droit au maintien dans le logement⁴⁹⁷. Autrement dit, l'indisponibilité du logement du couple marié n'a pas vocation à protéger un époux en toute hypothèse de crise, mais essentiellement en cas de séparation de fait. Or, si

⁴⁹⁶ V. GERNEZ, « Pour un statut matrimonial unifié, libre, égal et solidaire pour tous », *Droit et patrimoine* n°68, février 1999, p. 95 et s., spéc. p. 96. D'autres auteurs concentrent leurs critiques sur la cotitularité du droit au bail énoncée par l'article 1751 du Code civil : dépourvue de souplesse, une telle technique est en effet susceptible, d'une part, de protéger un époux qui n'a nul besoin de protection et, d'autre part, de se retourner contre les intérêts de ce dernier. V. par exemple, V. BREMOND, note sous Civ. 3^{ème} 19 juin 2002, *Defrénois* 2003, art. 37736, p. 680.

Un récent arrêt de la Cour de cassation semble du reste marquer un recul du domaine d'application de l'article 215, alinéa 3, du Code civil. Ce dernier n'interdirait pas en effet à un époux de consentir une promesse d'hypothèque sur le logement de la famille (Civ. 3^{ème} 29 mai 2002, *Defrénois* 2002, art. 37611, p. 1317, n°81, obs. G. CHAMPENOIS). Récente et encore isolée, la décision n'autorise cependant pas de conclusions définitives.

⁴⁹⁷ V. *infra*, n°439.

l'on ajoute la protection offerte par le droit des baux d'habitation⁴⁹⁸ et le fait que la survie du devoir d'entraide peut se traduire par un droit au maintien dans les lieux du conjoint du titulaire des droits sur le logement⁴⁹⁹, il est légitime de s'interroger sur l'utilité des articles 1751, alinéa 1^{er}, et 215, alinéa 3, du Code civil. Des protections comparables étant offertes au partenaire d'un pacs séparé de fait, l'extension des techniques imposées d'indisponibilité ne se justifierait pas davantage.

L'absence de toute indisponibilité pourrait en outre être renforcée par le fait que la facilité de rupture du pacs et la facilitation croissante du divorce rapprocheraient les différents couples au point que l'on pourrait affirmer, en toute hypothèse, que le consentement à la vie commune doit être renouvelé au jour le jour. Ainsi, l'atteinte à la liberté du titulaire relativement au maintien de l'affectation du logement au couple ne serait plus justifiée.

249. L'assimilation entre mariage et pacs serait cependant erronée, qu'elle ait pour objet l'extension des techniques imposées d'indisponibilité au pacs ou leur suppression dans le couple marié.

Il est, en premier lieu, prématuré de faire converger mariage et pacs vers le concubinage simple. Les premiers demeurent en effet des engagements, ce qui les différencie, à bien des égards, d'une union de fait. En particulier, la survie de l'engagement jusqu'à sa dissolution place les membres d'un couple engagé dans une situation inconnue des concubins simples : celle de la séparation de fait, durant laquelle l'obligation d'entraide perdure.

En second lieu, il serait inexact d'assimiler pacs et mariage et d'en déduire la légitimité de l'extension au premier des techniques imposées d'indisponibilité aux fins de protéger le partenaire séparé de fait. L'une des différences fondamentales tient en effet à ce que, par le mariage, les époux s'engagent à une communauté de vie, dont le lieu qui l'abrite mérite dès lors une protection particulière. L'engagement pris par les époux justifie ainsi, d'une part, une protection accrue de l'époux abandonné au mépris de l'obligation de communauté de vie, demeuré dans le logement choisi d'un commun accord. Il légitime, d'autre part, la protection de ce logement qui pourrait voir abriter de nouveau la communauté de vie. En outre, l'indisponibilité du logement familial matérialise l'intensité de la collaboration dans le mariage. En situation de crise comme en pleine harmonie, un certain nombre de décisions doivent en effet être prises en commun car les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille (C. civ., art. 213). A l'inverse, la vie commune des partenaires ne

⁴⁹⁸ Surtout si la notion d'abandon de domicile est entendue de manière moins restrictive par la jurisprudence, V. *supra*, n°243.

⁴⁹⁹ V. *supra*, note 266.

constitue que la cause ou l'objet du contrat de pacs⁵⁰⁰, mais en aucun cas une obligation juridiquement sanctionnée. Outre l'absence d'obligation expresse de communauté de vie imposée aux partenaires, la liberté de rupture du pacs⁵⁰¹ interdit de sanctionner la cessation de la communauté de vie. Or, dès lors que sa violation n'est pas susceptible d'être juridiquement sanctionnée, une obligation ne ressort pas du système normatif du droit⁵⁰². En l'absence d'obligation de communauté de vie, le logement commun des partenaires d'un pacs ne requiert donc pas la même protection.

L'intensité de la protection offerte par les techniques d'indisponibilité imposées ne se justifiant pas dans le pacs, celles-ci ne devraient donc pas lui être étendues. En revanche, elles ne sauraient être supprimées dans le droit du mariage, aucune autre technique ne garantissant une protection aussi efficace. La supériorité de l'article 215, alinéa 3, du Code civil est ainsi indéniable dans la mesure où il permet d'annuler tout acte emportant disposition des droits assurant le logement. La supériorité de la protection offerte par l'article 1751 du Code civil est également patente en droit positif, non limitée à l'abandon conçu comme un départ brusque et imprévisible. Elle serait toutefois moindre si, en droit prospectif, la notion d'abandon était entendue de manière plus large⁵⁰³.

250. Conclusion de la Section 1 – L'indisponibilité du logement permet de protéger le membre du couple non titulaire des droits assurant le logement des agissements égoïstes de son partenaire. Si les membres d'un couple non marié ont toute latitude pour rendre indisponibles les droits assurant leur logement, par le biais de la cotitularité, l'étude a cependant révélé que l'indisponibilité de leur logement ne devrait pas leur être imposée. Elle devrait en revanche perdurer au profit du couple marié, marquant de la sorte la spécificité de ce dernier. L'indisponibilité du logement du couple ne devrait donc pas pénétrer un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple.

⁵⁰⁰ V. C. DILOY, « Cause et PACS », R.R.J. 2002-1, p. 115, spéc. n° 2 et s.

⁵⁰¹ V. *infra*, n°299.

⁵⁰² *Contra*, T.G.I. Lille (ord.) 5 juin 2002, Dr. Fam. 2003, comm. n°57, note B. BEIGNIER ; R.T.D. Civ. 2003, p. 270, obs. J. HAUSER ; D. 2003, 515, note X. LABBEE : « *il découle de l'article 515-1 du Code civil une obligation de vie commune entre partenaires d'un pacte civil de solidarité (...). Que le manquement à l'obligation de vie commune justifie une procédure en résiliation du PACS aux torts du partenaire fautif* ».

⁵⁰³ D'autant que la protection offerte au conjoint par l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 est plus efficace que celle offerte au concubin, partenaire d'un pacs ou non, si l'on considère qu'un ordre implicite résulte de l'énumération légale, le bénéficiaire premier nommé – le conjoint – disposant par là même d'une priorité. L'intervention du juge, appelé « *en cas de demandes multiples* » à se prononcer « *en fonction des intérêts en présence* » ne viserait ainsi que les cas où le conflit oppose des bénéficiaires du même rang. En ce sens B. LOTTI, « Le bail conjugal d'habitation », J.C.P. 1992, éd. N, p. 328, n°16. En outre, l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 permet au conjoint de bénéficier du maintien ou du transfert du contrat de bail même s'il n'occupait pas effectivement les lieux, puisque le délai d'une année de vie commune avec le locataire en titre n'est pas exigé.

Du reste, une critique majeure aux techniques imposées d'indisponibilité, malgré leur caractère achevé, réside dans le fait qu'elles ne prémunissent pas les membres du couple contre le danger le plus menaçant pour l'affectation au couple du logement, celui de sa saisissabilité. L'édification de l'insaisissabilité du logement du couple doit par conséquent être envisagée.

Section 2. - L'édification de l'insaisissabilité du logement du couple

251. La saisissabilité du logement par les créanciers de l'un ou l'autre des membres du couple apparaît incontestablement comme un danger majeur. Ce dernier est particulièrement criant dans le contexte économique défavorable qui caractérise notre société depuis une trentaine d'années. L'on comprend alors aisément que le législateur de 1965 qui réforma les régimes matrimoniaux n'ait pas songé, durant l'époque dite des trente glorieuses, à protéger le logement du couple marié contre les créanciers des époux. Le contexte économique a cependant évolué et, *de lege ferenda*, il peut être envisagé que le régime juridique du logement affecté à la communauté de vie de tout couple soit organisé autour de la protection contre la saisissabilité. Le droit commun impératif de l'affectation du logement au couple ne résiderait donc pas dans l'indisponibilité relative du logement, mais dans son insaisissabilité.

A tout le moins, une réflexion sur l'insaisissabilité du logement du couple est nécessaire – la faculté récemment offerte à l'entrepreneur individuel de déclarer insaisissables les droits relatifs à sa résidence principale en témoigne⁵⁰⁴ – tout d'abord, quant au principe (§ 1.) et, ensuite, quant au domaine (§ 2.).

§ 1. Une réflexion quant au principe

252. A l'heure actuelle, aucun dispositif spécifique ne protège le logement affecté à la vie commune du couple contre les créanciers de l'un ou l'autre de ses membres. L'absence, en droit positif, d'un principe d'insaisissabilité du logement du couple (A.) conduit ainsi à envisager sa création en droit prospectif (B.).

A. L'absence d'un principe

253. En droit positif, le logement en tant qu'il abrite la communauté de vie du couple de concubins ne fait l'objet d'aucune protection contre les créanciers de son propriétaire. Il en est de même du logement familial, alors même que le législateur en a reconnu l'importance primordiale pour le couple marié. L'absence de protection du logement familial contre les créanciers se comprend à l'aune du contexte économique favorable dans

⁵⁰⁴ V. *infra*, n°263.

lequel eut lieu l'élaboration de l'article 215, alinéa 3, du Code civil. Toutefois, rapidement confrontée à des hypothèses de plus en plus nombreuses de saisie du logement des époux, la jurisprudence aurait pu faire œuvre créatrice et interpréter, non pas la volonté du législateur de 1965 qui, incontestablement, ne visait pas l'insaisissabilité du logement, mais l'article 215, alinéa 3, du Code civil à la lumière des conditions actuelles. Dans un contexte nouveau de grave crise économique, la jurisprudence aurait peut-être pu déduire de l'indisponibilité du logement des époux son insaisissabilité. Du reste, dès les années 1970, une proposition en ce sens avait été faite par SAVATIER⁵⁰⁵.

Cependant, entre la protection du logement affecté au couple marié et l'affectation générale des biens d'une personne à répondre de ses engagements, la jurisprudence a tranché en faveur de la seconde. Selon la Cour de cassation, « *hors le cas de fraude, les dispositions de l'article 215 doivent être considérées comme inopposables aux créanciers, sous peine de frapper les biens d'une insaisissabilité contraire à la loi* »⁵⁰⁶. La jurisprudence est ainsi constante qui refuse d'annuler, sur le fondement de l'article 215, alinéa 3, du Code civil, toutes mesures d'exécution contre le logement familial ou les meubles qui le garnissent, telle l'inscription d'une hypothèque judiciaire sur le logement familial⁵⁰⁷. De même, le créancier peut saisir le logement affecté à la famille dont l'époux caution est propriétaire, sauf concert frauduleux entre l'époux caution et le créancier⁵⁰⁸.

254. Cet attachement à l'unité du patrimoine et, corrélativement, à la saisissabilité, en toute hypothèse, du logement familial a même conduit la Cour de cassation à admettre quelques entorses aux règles.

⁵⁰⁵ Notes sous Paris, 10 juillet 1972, D. 1974, 172 ; Civ. 1^{ère} 29 janvier 1974, D. 1974, 345 ; T.G.I. Paris, 30 avril 1974, D. 1975, 14.

⁵⁰⁶ Civ. 1^{ère} 4 juillet 1978, D. 1979, I.R. 75, obs. D. MARTIN ; 17 novembre 1981, D. 1982, I.R. 475, obs. D. MARTIN ; 18 juin 1985, D. 1986, 485, note J. MOULY.

⁵⁰⁷ V. Civ. 1^{ère} 4 octobre 1983, J.C.P. 1984, éd. G, II, 20118, note Y. CHARTIER ; Civ. 1^{ère} 8 janvier 1985, Bull. civ. I, n°7 ; Civ. 1^{ère} 5 février 1985, Defrénois 1986, art. 33662, p. 186, obs. P. THERY.

⁵⁰⁸ Si, en principe, la caution n'est obligée que personnellement, dans la plupart des cas, elle n'a été acceptée par la banque qu'au regard de ses droits sur un logement, souvent le bien le plus important dans le patrimoine de la caution. Sur l'exigence de la preuve de la fraude, V. Civ. 1^{ère} 21 juin 1978 et 4 juillet 1978, D. 1979, 479, note Y. CHARTIER, Defrénois 1979, art. 31936, p. 487, n°18, obs. G. CHAMPENOIS, R.T.D. Civ. 1978, p. 130, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI ; Civ. 1^{ère} 18 juin 1985, D. 1986, 485, note J. MOULY ; Civ. 1^{ère} 1^{er} juillet 1986, Bull. civ. I, n°191.

Le danger que représente le cautionnement est tel que la loi du 23 décembre 1985, dans le nouvel article 1415 du Code civil, a prévu que cette sûreté personnelle consentie par un époux commun en biens, sans l'accord exprès de son conjoint, n'engage que ses propres et ses revenus à l'exclusion des biens communs. Cette disposition renforce la protection de l'affectation du logement à la famille à condition qu'il soit un bien commun. S'il est un bien propre ou personnel, l'article 1415 est en revanche sans application de sorte que l'époux n'est pas protégé contre la décision de son conjoint. V. J.-P. LANGLADE, « Dissertation sur un oubli fâcheux de la loi du 23 décembre 1985 : la toilette de l'article 215, alinéa 3 du Code civil », D. 1986, chr. 166. Monsieur LANGLADE se prononce en faveur d'une modification de l'article 215, alinéa 3, lequel devrait expressément exiger que le cautionnement nécessite le consentement des deux époux.

Dans un premier temps, la Cour de cassation a ainsi admis que le créancier de l'un des époux puisse poursuivre la licitation du logement de la famille indivis au motif que « les époux conservent le droit de demander le partage de biens indivis servant au logement de la famille »⁵⁰⁹. L'affirmation sans nuance de la Cour de cassation selon laquelle les époux conservent le droit de demander le partage de l'immeuble indivis affecté au logement de la famille n'est pourtant pas exempte de critiques, dans la mesure où une telle initiative est une façon directe pour un époux de disposer seul des droits assurant le logement familial, proscrite par l'article 215, alinéa 3, du Code civil. En cas de licitation du bien indivis, un tiers peut en effet se rendre acquéreur du logement, privant ainsi le logement de son affectation familiale⁵¹⁰.

Dans un second temps, un arrêt confirmant le droit pour un créancier de provoquer le partage d'un bien indivis, qui servait au logement de la famille, ne reprend pas cette affirmation selon laquelle les époux eux-mêmes auraient le droit de provoquer le partage⁵¹¹. L'entorse ne concerne plus, dans cette hypothèse, l'article 215, alinéa 3, du Code civil mais les règles de l'action oblique. Il est en effet pour le moins dérogatoire que les créanciers puissent exercer une action au lieu et place de leur débiteur qui, lui-même, ne pourrait l'exercer que dans des conditions déterminées. Pour une partie de la doctrine, une règle doit dominer : le logement, même affecté à la famille, reste saisissable. Et s'il demeure saisissable quand il est un bien commun ou quand il est un bien propre ou personnel à l'un des époux, il doit l'être également lorsqu'il est indivis entre eux⁵¹². Il suffit alors de reconnaître que « l'article 215, alinéa 3, imprime une certaine originalité à l'exercice de l'action oblique »⁵¹³.

⁵⁰⁹ Civ. 1^{ère} 4 juillet 1978, J.C.P. 1980, éd. G, II, 19368, note J.-C. LABBOUZ ; D. 1979, 480, note Y. CHARTIER ; I.R. 75, note D. MARTIN ; Defrénois 1979, art. 31936, p. 487, n°18, obs. G. CHAMPENOIS.

En dernier lieu, Grenoble, 23 novembre 1999, J.C.P. 2000, éd. G, I, 245, n°3, obs. G. WIEDERKEHR.

⁵¹⁰ V. par exemple, T.G.I. Bobigny 19 janvier 1977, Gaz. Pal. 1977, jurispr., 2, p. 466, note L. B.

En réalité, rien ne s'oppose à ce que l'un des époux, en vertu de l'article 815 du Code civil, demande le partage du logement indivis dans la mesure où le bien est attribué à l'un ou à l'autre des époux. La copropriété indivise serait alors remplacée par la propriété exclusive de l'un des conjoints, ce qui ne nuirait en rien à l'objectif de protection du logement familial *via* la cogestion. C'est dire que la demande en partage formulée par un seul des époux n'est possible que si le partage permet de lui conserver son affectation familiale. Or, de deux choses l'une : ou bien l'immeuble est attribué à l'un des époux – dans cette hypothèse, l'affectation familiale ne sera protégée que dans la mesure où l'époux attributaire s'engage à affecter l'immeuble au logement de la famille – ou bien l'immeuble indivis fait l'objet d'une licitation – dans ce cas, la licitation ne peut se faire qu'à la condition que l'adjudicataire s'engage à conserver son affectation familiale à l'immeuble, sachant que l'affectation garantie par un droit d'usage et d'habitation peut sembler plus précaire que lorsque le droit par lequel le logement est assuré est un droit de propriété appartenant à l'un ou aux deux époux. En ce sens, G. CORNU, Les régimes matrimoniaux, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 9^{ème} éd., 1997, n°16, p. 112 ; M. GRIMALDI (sous la dir. de), Droit patrimonial de la famille, Dalloz Action, 2001-2002, p. 31, n°122 ; Y. CHARTIER, note précit. sous Civ. 1^{ère} 4 juillet 1978.

⁵¹¹ Civ. 1^{ère} 3 décembre 1991, Defrénois 1992, art. 35220, p. 396, n°38, obs. G. CHAMPENOIS.

⁵¹² En ce sens, Y. CHARTIER, note précit.

⁵¹³ G. CHAMPENOIS, obs. précit. sous Civ. 1^{ère} 4 juillet 1978, p. 492.

255. Si la jurisprudence refuse de déduire de l'indisponibilité relative du logement affecté au couple marié son insaisissabilité, d'autres dispositions protègent indirectement le logement du couple contre les créanciers de l'un ou de l'autre de ses membres. Cette protection n'est cependant spécifique ni au couple marié, ni au couple de manière générale : elle ne résulte que du régime juridique du bien acquis collectivement. Paradoxalement, ce type de protection se retrouve beaucoup plus fréquemment dans les couples non mariés, qui utilisent davantage ces modes d'acquisition⁵¹⁴.

D'une certaine manière, le droit de l'indivision protège le logement affecté au couple. Seuls les créanciers de l'indivision – ceux qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eut indivision et ceux dont la créance est née de l'indivision – peuvent en effet être payés sur l'actif indivis avant tout partage et sont donc en droit de saisir et de faire vendre les biens indivis (C. civ., art. 815-17, al. 1^{er}). Les créanciers personnels des indivisaires ne peuvent saisir ni la part indivise abstraite de leur débiteur, ni les biens compris dans l'indivision. Ils se voient seulement reconnaître le droit de provoquer le partage de manière à pouvoir ensuite obtenir le paiement sur les biens mis dans le lot de leur débiteur ou, si le partage en nature est impossible, provoquer la vente sur licitation des biens indivis (C. civ., art. 815-17, al. 2 et 3). Concrètement, réserve faite des créanciers de l'indivision, l'état d'indivision permet donc au membre du couple non débiteur de conserver sa part du logement, mais seulement en valeur. Cependant, l'idée d'une protection spécifique du logement du couple ne s'explique pas par des considérations relatives à sa valeur : le logement n'est susceptible d'être protégé que parce qu'il procure au couple un service déterminé. La protection de l'affectation du logement ne s'entend pas, dès lors, de sa conservation en valeur mais de la garantie de sa stabilité, que ne parvient pas à assurer le droit de l'indivision.

Le droit des sociétés dotées de la personnalité morale est en revanche susceptible, dans une certaine mesure, de protéger le logement contre les créanciers personnels des membres du couple⁵¹⁵. Si les membres du couple constituent entre eux une société dotée de la personnalité morale propriétaire de l'immeuble affecté à la communauté de vie du couple, seuls les créanciers de la société peuvent en effet se payer sur ledit logement, les créanciers personnels des membres du couple ne pouvant saisir que les parts sociales de leur débiteur.

⁵¹⁴ Volontairement ou non puisque l'indivision est présumée à défaut de preuve de la propriété exclusive de l'un, et imposée à défaut de choix contraire dans le pacs.

⁵¹⁵ Si les membres du couple ont constitué entre eux une société immobilière dépourvue de personnalité morale – consciemment, société en participation ou, plus fréquemment, inconsciemment, société créée de fait – le logement est indivis et s'appliquent alors les règles du droit de l'indivision, qui ne protègent pas l'indivisaire non débiteur contre la saisissabilité du logement.

Sur les controverses jurisprudentielles et doctrinales sur les sociétés créées de fait entre membres d'un couple, lorsque ces sociétés n'ont pour pas pour objet l'exploitation d'une activité lucrative, V. *infra*, n°491.

Le bien acquis en tontine est davantage protégé encore. La jurisprudence a en effet reconnu son insaisissabilité par un créancier de l'un des tontiniers⁵¹⁶, le droit de gage général des créanciers ne pouvant s'exercer que sur les biens dont le débiteur est propriétaire. Or, tant que la condition suspensive de survie de l'un et la condition résolutoire du décès de l'autre ne se sont pas réalisées, aucun des deux tontiniers n'est titulaire d'un droit de propriété sur le bien acquis en tontine. Reste le sort des créanciers communs des tontiniers, problème laissé en suspens par la jurisprudence. Pour une partie de la doctrine, « *le raisonnement qui vaut à l'égard de l'un vaut à l'égard de l'autre, donc des deux* »⁵¹⁷. Si une telle solution était adoptée, le logement acquis en tontine serait alors totalement insaisissable.

256. Les hypothèses d'insaisissabilité au prix de la propriété collective du logement sont cependant trop aléatoires pour protéger suffisamment l'affectation du logement au couple contre les créanciers de ses membres. L'idée vient alors naturellement de la création d'un principe d'insaisissabilité du logement du couple.

B. La création d'un principe

257. La création d'un principe d'insaisissabilité du logement du couple se justifie à l'aune de deux considérations. L'insaisissabilité du logement est, tout d'abord, facteur de stabilité du couple (1.) ; elle constitue ensuite, d'ores et déjà, une règle de droit positif (2.).

1. *L'insaisissabilité du logement, facteur de stabilité du couple*

258. Le bénéfice de l'insaisissabilité pourrait être accordé au couple en raison du fondement d'une telle disposition. La *ratio legis* de l'insaisissabilité du logement affecté au couple est la protection du cadre de vie nécessaire à la stabilité de ce dernier dans un contexte économique difficile. Il est en effet admis que les difficultés économiques, qui atteignent leur paroxysme en cas de saisie du logement et des meubles qui le garnissent, sont fréquemment à l'origine de crises profondes, susceptibles de conduire le couple à sa rupture⁵¹⁸. Or, l'instabilité des couples s'opère au détriment de l'intérêt social.

⁵¹⁶ V. Civ. 1^{ère} 18 novembre 1997, R.T.D. Civ. 1998, p. 884, obs. J. HAUSER (nullité du commandement de saisie immobilière). L'absence d'indivision entre les tontiniers interdit toute action en partage exercée par les créanciers.

⁵¹⁷ En ce sens, H. LECUYER, Dr. Fam. avril 1998, Repères, p. 3. Si une telle solution était retenue, l'avantage de l'insaisissabilité aurait pour pendant l'impossibilité de donner le bien en garantie. V. J. HAUSER, obs. précit.

⁵¹⁸ La Banque de France évalue ainsi à 19,6 % la proportion des surendettements ayant pour origine exclusive un excès de crédit. Dans plus de 80 % des cas, le surendettement a une cause extérieure, la séparation des

D'une part, à chaque rupture, la société perd l'une des cellules de base de la solidarité privée – tant entre les membres du couple qu'entre leurs familles respectives – dont elle a tant besoin pour pallier ses insuffisances. En effet, source d'économies individuelles, l'entraide dans le couple est également un facteur d'économies nationales puisque l'Etat n'a pas à prendre en charge la personne démunie vivant en couple. En outre, l'entraide conjugale et paraconjugale stimule la consommation, l'harmonisation des conditions de vie étant un facteur de dépenses⁵¹⁹.

D'autre part, la rupture d'un couple donne souvent lieu à des situations dramatiques auxquelles la société peine à trouver des remèdes. La vie en couple favorise en effet la création de situations de dépendance entre ses membres, soit que l'un d'entre eux décide de sacrifier sa carrière professionnelle au profit de la carrière de l'autre ou de l'éducation des enfants communs, soit que la situation d'aisance financière de l'un conduise le second à opter pour une activité au foyer ou un emploi peu rémunérateur. Pour l'un des membres du couple, la rupture est alors parfois catastrophique. Il incombe dès lors à la société de faire un choix entre prendre en charge les personnes vulnérables – ce qu'elle ne peut faire que dans une faible mesure pour des raisons essentiellement budgétaires – ou obliger le plus fortuné des membres du couple à subvenir aux besoins de l'autre, au risque d'attenter à sa liberté, surtout si le couple n'était pas marié, ainsi qu'à sa faculté de former un autre couple

Cela étant, les difficultés économiques ne sont pas les seules causes de l'instabilité des couples. L'augmentation de la durée de vie, la revendication d'un droit au bonheur, la recherche du couple idéal y contribuent également, et pour une large part. Reste que l'Etat n'a aucune prise sur ces éléments, tandis que rendre le logement du couple insaisissable afin de favoriser la stabilité de ce dernier relève de ses compétences.

259. L'objection pourrait être soulevée qu'une telle disposition réserverait un sort préférable au couple au détriment du célibataire ou d'autres cohabitants, qui souffriraient d'une discrimination s'agissant de la protection de leur lieu de vie. Cependant, la rupture d'égalité n'est caractérisée que si les personnes traitées inégalement sont dans une situation en tous points identique. Or, l'entraide entre les membres du couple différencie ce dernier de l'individu célibataire ou d'autres cohabitants et peut justifier une protection accrue de la société à son égard.

Il n'en demeure pas moins que d'autres situations mériteraient une considération particulière du législateur pour le logement les abritant⁵²⁰. D'ores et déjà, des dispositions

couples représentant 15,54 % des cas. Statistiques citées par X. LAGARDE, « Prévenir le surendettement des particuliers », J.C.P. 2002, éd. G, I, 163.

⁵¹⁹ Songeons aux publicités et à l'énumération qui en découle de tous les biens dont un couple a besoin.

⁵²⁰ Telle la situation du parent célibataire, ne bénéficiant d'aucune aide de la part de l'autre parent.

communes à toutes les personnes vivant en France protègent leur maintien dans le logement. Il en est ainsi de l'interdiction d'expulser un locataire pour défaut de paiement des loyers durant les périodes hivernales⁵²¹. De même, les articles 114 et suivants de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions prévoient un certain nombre de mesures destinées à maintenir les personnes dans leur logement⁵²². A terme, la société pourrait peut-être faire du droit au logement, qui n'est actuellement qu'une pétition de principe inscrite à l'article 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs, un véritable droit subjectif assorti de sanctions. Pour l'heure cependant, elle n'en a pas les moyens. Par conséquent, l'octroi de dispositions protectrices du logement est nécessairement distributif. Dans cette optique, il apparaît que le couple pourrait bénéficier d'une protection accrue compte tenu de l'intérêt qu'il revêt pour la société.

260. Le logement de la famille constituant souvent le bien le plus important du patrimoine du couple, son insaisissabilité soulève cependant deux problèmes principaux.

D'une part, elle risquerait de ruiner le crédit des époux s'ils ne peuvent l'offrir en garantie, en contradiction flagrante avec les dispositions destinées à renforcer le crédit des époux, tels les articles 220 et 1413 du Code civil. Ce premier argument doit cependant être évacué tant il est vrai que le couple trouvera le crédit nécessaire, pourvu que l'on permette à ses membres de renoncer, de concert, à l'insaisissabilité de leur logement au profit de tel ou tel de leurs créanciers.

D'autre part, et surtout, une telle disposition mettrait en péril le gage des créanciers du propriétaire du logement. Elle pourrait, de surcroît, constituer un puissant facteur d'incitation à la fraude. Le couple pourrait en effet être tenté d'installer son logement dans un bien de grande valeur pour le faire échapper au gage des créanciers. Une personne célibataire pourrait, quant à elle, songer à constituer un couple fictif.

261. L'insaisissabilité peut cependant être envisagée sous certaines conditions.

En premier lieu, la prise en considération de l'intérêt des créanciers, combinée avec l'objectif de stabilité du couple, devrait conduire à circonscrire étroitement le domaine de

⁵²¹ C. constr., art. L. 613-3, al. 1^{er} : « *Nonobstant toute décision d'expulsion passée en force de chose jugée et malgré l'expiration des délais accordés en vertu des articles précédents, il doit être sursis à toute mesure d'expulsion non exécutée à la date du 1^{er} novembre de chaque année jusqu'au 15 mars de l'année suivante, à moins que le relogement des intéressés soit assuré dans des conditions suffisantes respectant l'unité et les besoins de la famille* ».

⁵²² Ainsi, lorsque le logement est vendu sur saisie mobilière, l'article L. 616 du Code de la construction et de l'habitation accorde à la commune un « *droit de préemption destiné à assurer le maintien dans les lieux du saisi* ». Pour que cette préemption puisse s'exercer, il faut que l'immeuble vendu sur saisie constitue la résidence principale du surendetté et que celui-ci remplisse les conditions de ressources pour l'attribution d'un logement à loyer modéré. V. G. RAYMOND, « Nouvelle réforme du surendettement des particuliers et des familles », *Contrats, concurrence, consommation* 1999, chr. n°10, spéc. n°8 et s.

l'insaisissabilité quant aux biens. L'objectif de stabilité du couple ne conduit pas, en effet, à ce que l'insaisissabilité embrasse l'ensemble des biens affectés à la communauté de vie du couple.

L'insaisissabilité des meubles meublants affectés à la vie du couple devrait ainsi être écartée pour deux raisons. D'une part, soustraire le logement du droit de gage général des créanciers constituerait déjà une atteinte considérable aux droits de ces derniers tels qu'ils sont prévus par l'article 2092 du Code civil. Dans la mesure où le logement et les meubles le garnissant constituent fréquemment l'essentiel de la fortune des ménages, amputer l'ensemble de ces biens du droit de gage des créanciers reviendrait souvent à réduire l'assiette de ce dernier à la portion congrue. D'autre part, la loi prévoit d'ores et déjà de laisser à la disposition du débiteur saisi un minimum de meubles, nécessaires à la vie (L. 9 juillet 1991, art. 14). Pour ces deux raisons, l'insaisissabilité ne doit être envisagée que du point de vue du logement affecté à la communauté de vie du couple.

Raisonnablement, les résidences secondaires ou encore les locaux à usage mixte devraient également être exclus de la protection de l'affectation⁵²³. En outre, si la condition d'affectation à la communauté de vie du couple n'est plus remplie, l'insaisissabilité devrait perdre sa raison d'être et, par conséquent, disparaître. Aucun tempérament ne devrait être apporté à ce principe, même pour protéger l'époux ou le partenaire d'un pacs abandonné dans les lieux, car la *ratio legis* de l'insaisissabilité du logement du couple n'est pas la protection de l'un des membres du couple contre l'autre, mais la protection du couple lui-même, à condition qu'il soit uni et solidaire. Seule la nécessité croissante des solidarités privées permet en effet de légitimer l'atteinte aux droits des créanciers.

262. En second lieu, compte tenu de l'atteinte aux droits des créanciers qui justifie certainement le refus de la jurisprudence d'interpréter la règle d'indisponibilité active du logement affecté au couple marié comme une règle générale d'insaisissabilité, « *nul doute qu'une telle insaisissabilité impliquerait des aménagements, qui ne sauraient être que l'œuvre du législateur* »⁵²⁴.

En 1978, un projet de loi prévoyait l'impossibilité d'exécuter sur le logement de la famille certaines catégories de dettes, notamment celles nées de l'exercice d'une profession

⁵²³ Sur la justification de l'exclusion de ces logements de l'indisponibilité du logement familial, qui vaut, en tant que de raison, pour leur exclusion de la protection contre les créanciers, V. *supra*, n°235.

⁵²⁴ M. GRIMALDI, « Le logement et la famille », *Defrénois* 1983, art. 33130, p. 1046, n°28, note 68.

Contra, J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome 2, *La famille, l'enfant, le couple*, P.U.F., Coll. *Thémis Droit privé*, 21^{ème} éd., 2002, p. 513 : « *comme si un silence comparable avait empêché au XIX^{ème} siècle, les tribunaux, s'inspirant d'une idée latente d'affectation, de déduire de l'inaliénabilité de l'immeuble dotal son insaisissabilité* ». Sur l'inaliénabilité et l'insaisissabilité de la dot, V. P. RAYNAUD, *La nature juridique de la dot. Essai de contribution à la Théorie Générale du Patrimoine*, Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 110 et s.

séparée ou bien encore les dettes délictuelles. A l'époque, on refusa de sacrifier l'intérêt des créanciers professionnels ou de la victime innocente à celui du conjoint de l'auteur du dommage et d'admettre que la protection put jouer indifféremment pour un logement modeste ou un logement fastueux. Le projet ne fut, en conséquence, pas retenu⁵²⁵. La réflexion sur la création d'un principe d'insaisissabilité du logement doit pourtant être poursuivie, d'autant que des règles de droit positif témoignent en sa faveur.

2. L'insaisissabilité du logement, règle de droit positif

263. Il existe, dans le droit du couple marié, une règle qui, en accroissant le domaine de la cogestion sur les biens communs, conduit à leur insaisissabilité. L'article 1415 du Code civil prévoit, en effet, qu'à défaut de consentement exprès du conjoint au cautionnement ou à l'emprunt, les biens communs sont exclus du gage des créanciers, à l'exception des revenus de l'époux contractant⁵²⁶. S'inspirant de cette disposition, des auteurs proposent ainsi d'accroître le domaine de la cogestion en interdisant au créancier personnel d'un époux de saisir le logement familial s'il n'y a eu consentement du conjoint à l'engagement qui est à l'origine de la créance. Un alinéa 4, aux termes duquel « *Aucun des époux ne peut engager les droits assurant le logement de la famille par un contrat, à moins que celui-ci n'ait été conclu avec l'autorisation expresse de l'autre conjoint* », compléterait ainsi l'article 215 du Code civil⁵²⁷. Cette proposition, si elle préserve le crédit de la famille, a pour inconvénient majeur de maintenir la saisissabilité du logement pour toute dette autre que contractuelle. Le logement appartenant à l'un des époux ne serait ainsi pas protégé contre la saisie par l'U.R.S.S.A.F. pour le recouvrement des cotisations sociales impayées par l'époux entrepreneur.

⁵²⁵ V. J. MOULY, note sous Civ. 1^{ère} 18 juin 1985, D. 1986, 485. V. aussi G. CHAMPENOIS, « Quelques observations sur l'obligation à la dette et la rénovation de la communauté », in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 33, spéc. p. 57 et s. Le projet de loi prévoyait une nouvelle rédaction de l'article 1414 du Code civil : le paiement d'une dette contractée par un époux dans l'exercice de son activité professionnelle séparée ne peut être poursuivi ni sur le logement de la famille ni sur les meubles meublants qui le garnissent.

Il est à souligner que la protection du logement familial n'était par conséquent envisagée que dans le cadre de la communauté, et non au sein du régime primaire impératif, la protection du logement familial des époux ayant adopté un autre régime matrimonial étant par conséquent exclue.

⁵²⁶ Sur le fonctionnement de l'article 1415 du Code civil et son interprétation jurisprudentielle, V. *infra*, n°484.

Il n'est cependant pas de règle que l'indisponibilité active emporte insaisissabilité. Ainsi, l'article 1424 du Code civil, qui impose la cogestion pour certains actes portant sur certains biens communs, n'emporte pas insaisissabilité de ces biens. V. Civ. 1^{ère} 21 novembre 1978, J.C.P. 1979, éd. G, II, 19204, note J. PATARIN.

⁵²⁷ F. TERRE (sous la dir. de), *Le droit de la famille*, Rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques, P.U.F., Cahier des sciences morales et politiques, 1^{ère} éd., 2002, p. 27.

Depuis l'adoption de la loi pour l'initiative économique le 1^{er} août 2003, les articles L. 526-1 à L. 526-4 du Code de commerce confèrent à l'entrepreneur individuel la faculté de déclarer insaisissables les droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale. La déclaration d'insaisissabilité – reçue par acte notarié à peine de nullité – ne concerne cependant que les dettes professionnelles du déclarant, nées postérieurement à la publication de la déclaration au bureau des hypothèques⁵²⁸.

Une proposition plus ambitieuse viserait à envisager l'insaisissabilité du logement affecté à la communauté de vie du couple, indépendamment du consentement du partenaire du propriétaire du logement et de l'acte à l'origine de la créance.

264. Une telle institution existe dans des droits positifs étrangers. Il en est ainsi du *homestead*, connu de la plupart des Etats d'Amérique. De façon générale, les lois qui réglementent cette institution interdisent à son propriétaire d'aliéner le *homestead* sans le consentement des personnes protégées. En outre, le *homestead* est insaisissable et ne répond des dettes de son titulaire que de façon exceptionnelle, dans les cas prévus par le droit positif. Ne sont en effet recouvrables sur ce bien que les dettes en rapport direct avec le *homestead*, telles des dépenses d'amélioration, ainsi que les dettes recouvrables sur le bien avant que ne soient accomplies les formalités d'enregistrement. Le *homestead* est ainsi isolé du patrimoine de son titulaire en tant que ce patrimoine constitue le gage commun de ses créanciers⁵²⁹.

Il est également à noter que la famille protégée par l'institution du *homestead* est entendue de façon large : « *there is no family (...) unless two or more persons, lawfully and otherwise than under a mere contract relation, live together under one head or manager, and there is a legal or moral obligation on the part of one to support the others or some of them, and a corresponding dependance, partial or total, on the part of such others* »⁵³⁰. La famille dont la protection justifie la constitution du logement l'abritant en *homestead*, rassemble ainsi les personnes qu'une obligation légale ou morale d'entraide unit.

⁵²⁸ Pour une présentation du dispositif, V. D. 2003, Point de vue, p. 1898.

⁵²⁹ Sur l'institution des *homesteads*, V. E. CAPARROS, Les lignes de force de l'évolution des régimes matrimoniaux en droits comparé et québécois, Les presses de l'Université de Montréal, 1975, p. 113, n°111 et s.

⁵³⁰ E. CAPARROS, *op. cit.*, p. 114, n°111.

La traduction pourrait être la suivante : la famille n'est constituée qu'à la condition que deux ou plusieurs personnes, unies par des liens de nature légale ou autre à l'exception d'un lien purement contractuel, vivent ensemble sous l'autorité d'une autre, et à la condition qu'une obligation légale ou morale d'entraide les unissent, toutes ou certaines d'entre elles, ce dont il résulte une dépendance partielle ou totale.

265. En France, une loi du 12 juillet 1909 introduisit une institution juridique inspirée du *homestead* : le bien de famille. Il s'agit d'un bien, constitué au sein d'une famille, comprenant tel ou tel immeuble distraint de l'ensemble du patrimoine du constituant et que celui-ci rend insaisissable. Même en cas de procédure collective, les créanciers du constituant n'ont aucun droit sur ce bien de famille. L'insaisissabilité de ce bien et sa séparation d'avec les autres biens de son propriétaire en font ainsi un véritable patrimoine d'affectation⁵³¹. Monsieur CARBONNIER s'étonne ainsi « *que l'on se soit effrayé d'une possible insaisissabilité derrière l'article 215, alors que la loi du 12 juillet 1909 est toujours debout, dans notre droit positif, comme un panneau-réclame pour le bien de famille insaisissable* »⁵³².

L'institution du bien de famille ne connut cependant jamais le succès espéré et, depuis longtemps, est tombée en désuétude. Deux raisons ont contribué à l'absence de réussite du bien de famille⁵³³. D'un point de vue sociologique tout d'abord, l'acculturation juridique du *homestead* en France en 1909 fut un échec car « *les mœurs n'y étaient pas* », l'habitude de faire des dettes n'étant pas considérée comme compatible avec le fait de rester un bon père de famille⁵³⁴. L'évolution du contexte économique, ainsi que la multiplication des saisies du logement permettent aujourd'hui d'envisager une acculturation réussie. Reste – et c'est la raison pour laquelle l'institution du bien de famille est, à l'heure actuelle, complètement tombée en désuétude – que le texte a vieilli et, par conséquent, est devenu parfaitement inutilisable. La valeur du bien, y compris les immeubles par destination, ne doit pas, en effet, dépasser lors de sa fondation la somme de 50 000 francs (art. 2, 4 et 15, mod. par L. 12 mars 1953), soit 7610 euros. En outre, le bien de famille ne peut être établi sur un immeuble indivis (art. 4, al. 1^{er}).

Le législateur pourrait cependant intervenir afin d'adapter cette institution au contexte économique, législatif et social actuel. C'est ainsi que la valeur maximale du bien pourrait

⁵³¹ Dans sa thèse consacrée au patrimoine d'affectation, GAZIN classait le bien de famille dans la catégorie des patrimoines à conserver (Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique, L.G.D.J., 1910, p. 290 et s.). V. également J. AUSSEDAT, « Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation », *Revue des sociétés* 1974, p. 221, spéc. p. 237. Pour des références sur le patrimoine d'affectation, V. *infra*, n°655 et s.

Sur la réglementation du bien de famille, V. Rép. civ. Dalloz, V° *Bien de famille*.

⁵³² Droit civil, Tome 2, La famille, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 19^{ème} éd., 1998, p. 144, n°92.

⁵³³ Pour Monsieur GUINCHARD, la défaveur que l'on peut constater à l'égard du bien de famille s'explique par sa double affectation : « *créée pour protéger la famille, cette institution ne s'est pas entièrement dégagée de l'idée d'exploitation en ce sens que sa constitution procède parfois de la volonté du propriétaire du bien de se protéger de ses créanciers* » (L'affectation des biens en droit français, L.G.D.J., 1976, p. 161). Pourtant, les conditions de constitution du bien de famille cristallisent l'affectation familiale qui justifie cette institution : d'une part, toute famille peut bénéficier du bien de famille (L. du 12 juillet 1909, art. 4, al. 2) et, d'autre part, le bien que l'on peut constituer en bien de famille est celui où réside principalement la famille (L. du 12 juillet 1909, art. 2).

⁵³⁴ J. CARBONNIER, Sociologie juridique, P.U.F., 1^{ère} éd., 1994, p. 381.

être fixée à 250 000 euros⁵³⁵ et la constitution d'un bien de famille autorisée sur un immeuble indivis entre les membres du couple. Cette dernière modification serait tout particulièrement adaptée au développement probable des logements indivis entre partenaires unis par un pacte civil de solidarité⁵³⁶. Il conviendrait en effet, ensuite, d'étendre le domaine de cette protection à tous les couples. Au terme de bien de famille celui de bien de couple serait alors substitué.

266. Ces exemples tirés du droit positif témoignent que l'insaisissabilité du logement du couple est techniquement envisageable. Ils offrent ainsi des modèles de fonctionnement dont il convient de s'inspirer dans une réflexion relative au domaine de l'insaisissabilité du logement du couple.

§ 2. Une réflexion quant au domaine

267. Si l'on admet, sur le principe, qu'une insaisissabilité du logement du couple est envisageable, il convient, corrélativement, d'en déterminer le domaine. Ce dernier tient, d'une part, aux bénéficiaires de l'insaisissabilité (A.) et, d'autre part, aux tiers intéressés par l'insaisissabilité (B.).

A. Les bénéficiaires de l'insaisissabilité

268. Identifier les couples bénéficiaires de l'insaisissabilité de leur logement conduit, parallèlement, à déterminer si cette nouvelle disposition a vocation à intégrer un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple.

269. La première branche de l'alternative consiste en effet à *imposer* l'insaisissabilité du logement du couple, indépendamment de la forme de ce dernier. L'insaisissabilité naîtrait alors, comme les autres éléments d'un droit commun de la vie en couple, avec l'avènement du couple sur la scène juridique. Conformément à la définition du couple adoptée dès l'introduction, l'insaisissabilité du logement affecté à la communauté de

⁵³⁵ En 1987, Monsieur NAUD proposait de porter le chiffre de 50 000 francs – soit 7 610 euros – au chiffre minimum de 1 million de francs (« Bien de famille. Une réforme qui s'impose actuellement », J.C.P. 1987, éd. N, p. 76) – soit 152 207 euros. La proposition de loi n°1988 sur le patrimoine des commerçants, dite « Accoyer », du 1^{er} décembre 1999 portait quant à elle à 800 000 francs la valeur du bien de famille insaisissable. La proposition fut rejetée par l'Assemblée nationale le 30 mai 2000 (www.assemblee-nationale.fr).

⁵³⁶ V. *infra*, n°527.

vie du couple marié ou uni par un pacs naîtrait dès le jour de l'engagement. En revanche, la protection du logement des concubins simples ne prendrait naissance qu'après un an et un jour de vie commune, la preuve de ce fait pouvant être rapportée par tous moyens, tels un certificat de communauté de vie ou des témoignages⁵³⁷. Dans cette perspective, l'insaisissabilité s'intégrerait « dans un plan de minimum patrimonial » ; le logement insaisissable compléterait en effet le « patrimoine minimum, substrat matériel de la personnalité » dans lequel figurent d'ores et déjà la fraction de revenus et les objets insaisissables⁵³⁸. Plusieurs raisons conduisent cependant à écarter cette voie.

L'insaisissabilité du logement ne peut être imposée aux concubins simples, essentiellement car l'absence de publicité officielle de leur union menace trop gravement l'intérêt des tiers. L'argument ne vaut pas pour les partenaires d'un pacs. Il est pourtant également difficilement envisageable de leur imposer l'insaisissabilité du logement qui abrite leur vie commune. De fait, si la communauté de vie qu'ils souhaitent organiser en contractant un pacs ne justifie pas l'indisponibilité du logement, on conçoit mal d'imposer à leurs créanciers l'insaisissabilité. Comment, en effet, imaginer que la protection de leur logement ne soit pas susceptible de restreindre leur liberté, alors que, parallèlement, des sacrifices seraient imposés à leurs créanciers ? A l'inverse, il semble possible d'imposer l'insaisissabilité du logement au couple marié. L'obligation de communauté de vie à laquelle les époux s'engagent par le mariage rend en effet légitime une protection accrue du lieu qui l'abrite. A cet égard, l'insaisissabilité du logement familial favoriserait l'accomplissement de cette obligation. Au surplus, l'institution trouverait une seconde justification dans le fait que le mariage constitue, en droit, une structure d'accueil des enfants du couple. L'insaisissabilité du logement protégerait alors effectivement la structure et les enfants accueillis en son sein.

A l'instar de l'indisponibilité, l'insaisissabilité ne saurait, par conséquent, constituer le troisième jalon d'un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple.

270. Du reste, il existe un lien entre indisponibilité et insaisissabilité. L'insaisissabilité entraîne en effet inéluctablement l'indisponibilité du bien pour tous actes qui mettraient en danger ou feraient cesser l'insaisissabilité⁵³⁹. Ainsi, le propriétaire du

⁵³⁷ Sur la définition du couple et la preuve de la durée de la communauté de vie, V. *supra*, n°34.

⁵³⁸ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2001, p. 381.

⁵³⁹ Le lien entre indisponibilité et insaisissabilité trouve également d'autres traductions. Le plus souvent, les restrictions au droit de saisir les biens affectés ne sont ainsi qu'une conséquence de leur inaliénabilité. Il en est ainsi des clauses d'inaliénabilité qui entraînent, dans une certaine mesure, l'insaisissabilité du bien inaliénable. Lorsque les créanciers désirent saisir et faire vendre un bien donné ou légué soumis à la clause d'inaliénabilité, ils peuvent invoquer la nullité de la clause sur le fondement de l'article 900-1 du Code civil, ou exercer par la voie oblique le droit du gratifié de solliciter l'autorisation judiciaire de disposer du bien dans le cas où l'intérêt

homestead ne peut aliéner ce dernier ou le grever d'une hypothèque conventionnelle sans le consentement des personnes protégées. De même, le droit de disposition du propriétaire du bien de famille se trouve limité par l'interdiction d'accomplir certains actes⁵⁴⁰. La loi interdit ainsi expressément la constitution d'une hypothèque sur le bien et la vente à réméré, de même que la renonciation à l'insaisissabilité. L'indisponibilité n'est cependant que relative⁵⁴¹. L'aliénation du bien de famille et la renonciation à la constitution sont en effet soumises, si le propriétaire est marié, au consentement de son conjoint donné devant le juge d'instance ; s'il y a des enfants mineurs, l'affectation familiale impose que leurs intérêts ne soient pas négligés et le conseil de famille doit donner son autorisation, ce qu'il ne fera que s'il estime l'opération avantageuse pour ces mineurs.

Dès lors qu'il n'a pas paru légitime d'imposer aux couples non mariés l'indisponibilité du logement affecté à leur communauté de vie, il serait pour le moins illogique de leur imposer une insaisissabilité qui impliquerait une indisponibilité, même si elle est plus restreinte que l'interdiction de l'article 215, alinéa 3, du Code civil de passer tous actes emportant disposition des droits assurant le logement.

271. La seconde branche de l'alternative consiste alors, non pas à *imposer*, mais à *proposer* au couple de rendre son logement insaisissable. Pour ce faire, les membres de ce dernier devraient se plier à un certain nombre de formalités, notamment de publicité, visant à informer les tiers. Ce système présenterait incontestablement l'avantage de la sécurité. Le pendant tient naturellement au fait qu'il est à craindre que nombre de couples, par négligence ou ignorance, n'accomplissent pas les démarches nécessaires à la protection de l'affectation du logement à leur communauté de vie. L'atteinte à la sécurité des tiers engendrée par l'insaisissabilité du logement principal du couple justifie toutefois la nécessité d'une démarche, préalablement à l'obtention d'une protection exorbitante du droit commun.

A cet égard, il doit être noté que les membres d'un couple ont d'ores et déjà à leur disposition des techniques leur permettant de protéger le bien acquis contre leurs créanciers. Il en est ainsi notamment de l'acquisition en tontine. Cette dernière technique, particulièrement protectrice, revêt toutefois des inconvénients non négligeables si le

qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige. Sur les controverses jurisprudentielles soulevées par l'exercice de l'action oblique, V. J. PATARIN, obs. sous Versailles, 29 novembre 2001, R.T.D. Civ. 2002, p. 341, n°1.

Toutefois, s'agissant du logement familial, la seule affectation à la communauté de vie du couple marié peut entraîner son insaisissabilité. A cet égard, un parallèle doit être fait avec la dot dont l'affectation familiale justifia à la fois son inaliénabilité et son insaisissabilité (V. S. GUINCHARD, L'affectation des biens en droit privé français, L.G.D.J., 1976, p. 268, n° 315 et s.).

⁵⁴⁰ V. Rép. civ. Dalloz, V° *Bien de famille*.

⁵⁴¹ Sur la distinction entre indisponibilité relative et indisponibilité réelle, V. *supra*, n°217.

désaccord s'installe entre les cocontractants⁵⁴². Or, il n'est pas certain que ces inconvénients soient suffisamment contrebalancés par l'avantage de l'insaisissabilité du bien. De manière générale, les techniques protectrices offertes aux couples impliquent la propriété collective du logement. L'avantage de créer une institution – ou de réactualiser l'institution existante du bien de famille – spécifiquement destinée à rendre le logement du couple insaisissable consiste alors à ne pas imposer la propriété collective. Le patrimoine d'affectation permettrait en effet de protéger le bien affecté contre les créanciers sans mise en commun des droits sur le bien, puisque ce patrimoine d'affectation pourrait appartenir à un seul des membres du couple. Selon la configuration des droits assurant le logement, le patrimoine d'affectation appartiendrait en effet à l'un ou aux deux membres du couple. Si l'un d'entre eux est titulaire des droits sur le logement affecté à la communauté de vie du couple, ce dernier constituerait un patrimoine d'affectation au sein de son patrimoine général. Si les deux membres du couple en sont cotitulaires – indivision, communauté ou société – le patrimoine d'affectation serait commun⁵⁴³.

272. Le choix de l'insaisissabilité du logement du couple devrait alors impliquer l'indisponibilité de ce dernier. On peut imaginer, tout d'abord, que l'indisponibilité soit limitée aux actes qui mettraient en danger ou feraient cesser l'insaisissabilité. Dans cette hypothèse, l'indisponibilité serait plus restreinte que celle imposée au couple marié par l'article 215, alinéa 3, du Code civil, qui interdit notamment à l'époux de donner à bail le logement de la famille sans le consentement de son conjoint. Il est cependant envisageable que le choix de l'insaisissabilité du logement entraîne une indisponibilité comparable à celle régissant le logement familial. Cette obligation ancrerait en effet la communauté de vie du couple et justifierait ainsi sa protection contre les créanciers.

273. Certes, il pourra toujours exister des cas où le couple n'aura été constitué qu'aux fins de bénéficier de l'insaisissabilité du logement, comme il a toujours existé des mariages dans lesquels les époux ne recherchent qu'un effet particulier de l'institution. Si le mariage est susceptible d'être annulé lorsque l'effet recherché n'est pas de son essence⁵⁴⁴, la

⁵⁴² Sur les avantages de la tontine au regard de l'insaisissabilité du bien, V. *supra*, n°255.

En cas de mésentente et de rupture, chacun est lié au bon vouloir de son coacquéreur ; ni l'un ni l'autre ne peuvent en effet demander le partage ou la vente. Seul un accord commun peut débloquer la situation : vente d'un commun accord au profit d'un tiers, cession au profit de l'un des coacquéreurs, renonciation à la tontine aux fins de rendre le bien indivis.

⁵⁴³ Si la société créée en vue de l'acquisition du logement est dotée de la personnalité morale, c'est elle-même qui sera alors titulaire de ce patrimoine d'affectation.

⁵⁴⁴ V. F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes. La famille. Les incapacités*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 1996, p. 288, n°362 et s.

meilleure sanction s'agissant des autres couples ne consiste-t-elle pas à imposer à leurs membres le respect des obligations auxquelles la notion de couple donne naissance, en particulier celles intervenant après la rupture de la communauté de vie⁵⁴⁵ ? En outre, les règles de fonctionnement du patrimoine d'affectation devraient s'attacher à éviter la majeure partie des fraudes de la part du titulaire du patrimoine d'affectation. Mais c'est là aborder la détermination des tiers intéressés par l'insaisissabilité.

B. Les tiers intéressés par l'insaisissabilité

274. Les règles de fonctionnement du patrimoine d'affectation devraient viser le délicat équilibre entre, d'une part, l'efficacité de la protection du logement du couple contre la saisissabilité et, d'autre part, la protection des intérêts des créanciers, en particulier contre les fraudes. Pour ce faire, tous les créanciers ne devraient pas connaître le même sort. Certains d'entre eux – les créanciers préservés – ne devraient pas souffrir de l'insaisissabilité du logement affecté au couple (1.). Tous les autres créanciers seraient en revanche menacés (2.).

1. Les créanciers préservés

275. Afin d'éviter la fraude consistant pour une personne à affecter un logement de valeur à la communauté de vie de son couple dans le but de le faire échapper aux poursuites de ses créanciers, l'actif du patrimoine d'affectation devrait continuer à répondre des dettes antérieures à la naissance de l'insaisissabilité. Telle est la solution prévue dans la réglementation du bien de famille, l'insaisissabilité ne s'imposant pas aux créanciers antérieurs à la publication et qui se sont conformés aux dispositions de la loi pour conserver l'exercice de leurs droits⁵⁴⁶. Telle est également la solution retenue par la loi pour l'initiative économique, l'insaisissabilité des droits relatifs à la résidence principale de l'entrepreneur n'ayant d'effet « *qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent postérieurement à la publication* » de la déclaration d'insaisissabilité (C. com., art. L. 526-1).

En outre, à l'instar du régime juridique du *homestead*⁵⁴⁷ et conformément à l'autonomie du passif et de l'actif, caractéristique de l'existence d'un patrimoine d'affectation⁵⁴⁸, les

⁵⁴⁵ V. *infra*, n°288 et s.

⁵⁴⁶ Ainsi, les créanciers qui sont garantis par des hypothèques légales peuvent opérer une saisie à condition qu'ils aient inscrit leurs hypothèques au plus tard dans un délai de deux mois, délai pendant lequel une publicité de l'acte constitutif est effectuée. V. Rép. Civ. Dalloz, V° *Bien de famille*.

⁵⁴⁷ V. *supra*, n°264.

dettes postérieures à la naissance du patrimoine d'affectation relatives à la conservation, voire à l'amélioration de l'immeuble d'habitation, seraient recouvrables sur ce dernier.

Enfin, il pourrait être imaginé que l'insaisissabilité du logement soit inopposable aux créanciers alimentaires du titulaire du patrimoine d'affectation⁵⁴⁹, la dérogation visant à protéger des créanciers particulièrement dignes d'intérêt.

L'insaisissabilité ne serait donc que relative.

276. Dans la mesure où les partenaires, mariés ou non, pourraient se prévaloir, pour échapper à la poursuite de certains créanciers, du patrimoine d'affectation que constitue leur logement du fait de son affectation à leur communauté de vie, il semble logique qu'en retour, ils soient soumis à certaines obligations. Il conviendrait ainsi d'étendre à tout couple les règles d'imposition, d'assiette, et de liquidation de la taxe d'habitation prévues pour les contribuables mariés, ainsi que celles relatives au contrôle de cet impôt.

Le fondement de la solidarité des époux réside en effet dans la jouissance de l'habitation commune⁵⁵⁰. Le fondement de ces dispositions fiscales étant identique, elles ont été étendues aux partenaires liés par un pacs à compter de l'année au cours de laquelle ils souscrivent une déclaration commune en matière d'impôt sur le revenu⁵⁵¹. *De lege ferenda*, si la proposition de patrimoine d'affectation constitué par le logement affecté à la communauté de vie du couple était adoptée, la seule constitution du logement en bien insaisissable devrait suffire à entraîner la responsabilité solidaire des membres du couple dans le paiement de la taxe d'habitation. En revanche, la taxe foncière sur les propriétés bâties étant due à raison de la propriété d'un bien, l'existence d'un patrimoine d'affectation constitué par le logement affecté à la communauté de vie du couple n'emporterait aucune conséquence particulière sur les modalités d'imposition.

277. Si l'on excepte les créanciers dont la dette est relative à la conservation ou à l'amélioration de l'immeuble, tous les créanciers postérieurs à la naissance du patrimoine d'affectation seraient susceptibles d'être menacés par son insaisissabilité.

⁵⁴⁸ Il est vrai que ces dettes pourraient également être recouvrées sur d'autres biens, qui ne feraient pas partie du patrimoine d'affectation. Cependant, le fait que les créanciers aient un gage plus étendu que le seul actif du patrimoine d'affectation ne peut aboutir à nier le caractère propre de son passif : « *qui a jamais affirmé que le patrimoine de la caution se confond avec celui du débiteur sous le prétexte que le créancier peut les poursuivre tous les deux ?* » (P. RAYNAUD, *La nature juridique de la dot. Essai de contribution à la Théorie Générale du Patrimoine*, Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 81).

⁵⁴⁹ La solution est inspirée de l'article 10, 3°, de la loi du 12 juillet 1909 réglementant le bien de famille.

⁵⁵⁰ Aussi la mise en œuvre de la responsabilité solidaire est-elle subordonnée à la condition que les époux vivent sous le même toit. V. *Mémento pratique Francis Lefebvre, Patrimoine*, 1999-2000, n°145.

⁵⁵¹ C.G.I., art. 1408-I.

2. Les créanciers menacés

278. Hormis les créanciers dont les dettes sont nées antérieurement ou sont en rapport direct avec ce patrimoine d'affectation, l'actif de ce dernier serait insaisissable par tout autre créancier. Si le patrimoine d'affectation n'appartient qu'à un seul des membres du couple, le patrimoine d'affectation est autonome par rapport à son patrimoine général. Si le patrimoine d'affectation appartient aux deux membres du couple, parce que son actif est indivis ou en société entre les deux membres du couple, il est autonome par rapport à leurs deux patrimoines généraux. Les règles du droit des sociétés ou du droit de l'indivision régissant le logement acquis en commun dans les rapports entre membres du couple devraient alors s'incliner devant les règles de fonctionnement du patrimoine d'affectation lorsque se poserait le problème de sa saisissabilité⁵⁵².

279. Le logement affecté à la communauté de vie du couple devrait cependant faire l'objet de règles particulières à l'intérieur du traitement du surendettement des particuliers⁵⁵³.

D'une part, la possibilité devrait être offerte au créancier se heurtant à l'insaisissabilité du logement, de saisir la Commission de surendettement⁵⁵⁴.

D'autre part, un système privilégiant le traitement de l'endettement du couple sans recourir à la vente du logement abritant la communauté de vie devrait être mis en place. La Cour de cassation impose actuellement à la Commission ou au juge de « *rechercher si, compte tenu de la valeur vénale de son bien immobilier, fût-il son logement, l'intéressé, après avoir aliéné ce bien, serait toujours surendetté* »⁵⁵⁵. La mise en œuvre de ce principe se traduit de deux façons distinctes dans la pratique. Ou bien la Commission refuse l'ouverture de la procédure au motif que l'aliénation de son logement permettrait au débiteur

⁵⁵² C'est ainsi que le créancier personnel de l'un des indivisaires se verrait refuser la possibilité de demander le partage du bien.

⁵⁵³ La question du logement principal fait déjà l'objet d'une attention particulière dans le droit du surendettement. L'article 331-7-4° du Code de la Consommation envisage ainsi un seul et unique cas dans lequel la Commission de surendettement peut recommander la réduction de la dette, qui peut, selon la jurisprudence, aller jusqu'à la remise totale de la dette. Il s'agit de l'hypothèse où, après le vente de son logement principal, le débiteur demeure redevable d'un reliquat auprès des créanciers immobiliers. V. P.-L. CHATAIN et F. FERRIERE, *Surendettement des particuliers*, Dalloz, 1999, p. 152, n°402 et s.

⁵⁵⁴ Possibilité qui n'est actuellement ouverte qu'au débiteur, à la différence de la faillite civile en Alsace-Moselle, V. P.-L. CHATAIN et F. FERRIERE, *op. cit.*, p. 55 et s. et p. 281 et s.

Il pourrait également être offert au créancier de déclencher une procédure d'alerte, aboutissant à un audit de la situation financière du ménage. Sur cette proposition destinée à une meilleure gestion de l'endettement, V. X. LAGARDE, « Prévenir le surendettement des particuliers », J.C.P. 2002, éd. G, I, 163.

⁵⁵⁵ Civ. 1^{ère} 1^{er} décembre 1998, D. 1999, somm. comm. 284, obs. C. WILLMANN. Dans le même sens, Civ. 1^{ère} 22 mai 2001, R.T.D. Com. 2001, p. 780, n°1, obs. G. PAISANT. Dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation invite néanmoins la Commission ou le juge à mettre en balance le gain que rapporterait la vente de l'immeuble et les charges nécessaires au relogement du débiteur.

de faire face à l'ensemble de ses dettes exigibles et à échoir⁵⁵⁶ : « l'immeuble est donc considéré comme une ressource de nature à contrebalancer l'importance des dettes non professionnelles et par voie de conséquence à faire obstacle à la reconnaissance de l'état de surendettement »⁵⁵⁷. Ou bien la Commission ouvre la procédure mais conditionne les mesures de redressement à la vente du logement. Il conviendrait d'inverser le raisonnement et d'apprécier l'état de surendettement, indépendamment du gain que représenterait la vente du logement. Si l'état de surendettement est caractérisé, il s'agira, dans le meilleur des cas, d'élaborer un plan de redressement, ne nécessitant pas la vente du logement affecté à la communauté de vie du couple. Le couple provisoirement insolvable conserverait ainsi la protection du logement affecté à sa communauté de vie, sous réserve du respect d'un plan aménageant la situation financière de ses membres. Le cas échéant cependant, les mesures de rééchelonnement ou de suppression des dettes, prises après examen de la situation du couple, pourraient être subordonnées à la vente du logement. Le refus abusif du débiteur entraînerait la déchéance de la protection du logement, les créanciers retrouvant, corrélativement, l'intégralité de leurs droits sur le bien⁵⁵⁸. Le couple durablement insolvable serait ainsi soumis à une sorte de faillite civile pouvant aboutir à une liquidation avec vente du logement et effacement des dettes. Les créanciers ne seraient donc pas systématiquement sacrifiés : le couple devrait conserver son logement, même de grande valeur, s'il lui est possible, à court ou moyen terme, de rembourser ses dettes ; à défaut, le logement devrait être vendu et le droit élémentaire et fondamental au logement devrait être assuré *via* le montant du reste-à-vivre consacré par la loi du 29 juillet 1998, destiné à garantir à chaque citoyen un minimum de revenus lui permettant, entre autres, de payer le loyer d'un logement décent (C. cons., art. L. 331-2).

280. L'instauration de ce patrimoine d'affectation devrait ainsi entraîner un certain nombre de modifications ponctuelles du droit du surendettement, lesquelles devraient intégrer une réflexion plus large sur la matière. Tout d'abord, si le patrimoine d'affectation appartient aux deux membres du couple, il conviendrait que la procédure s'applique à eux deux⁵⁵⁹. Ensuite, cette réforme devrait s'attacher à la délicate articulation entre procédures collectives et procédure de surendettement. Le petit patrimoine d'affectation formé par le logement du couple ne saurait en effet être absorbé par la procédure collective.

⁵⁵⁶ V. Paris, 3 juillet 1991, D. 1991, I.R. 259.

⁵⁵⁷ G. PAISANT, obs. sous Civ. 1^{ère} 22 mai 2001, R.T.D. Com. 2001, p. 780, n°1.

⁵⁵⁸ La Commission ne dispose pas actuellement du pouvoir d'ordonner la vente des immeubles du débiteur surendetté, le redressement conventionnel n'étant pas une faillite civile. V. P.-L. CHATAIN et F. FERRIERE, Surendettement des particuliers, Dalloz, 1999, p. 155, n°410.

⁵⁵⁹ Plus largement, il conviendrait que le droit du surendettement prenne en considération la communauté de ressources du couple entraînée par l'affectation des biens du couple à son entretien. V. *supra*, note 319.

281. Conclusion de la Section 2 – Pour protéger l'affectation du logement au couple contre le véritable danger qui la menace – sa saisie par un créancier – il est proposé d'offrir au couple la possibilité de rendre le logement insaisissable.

Cette création n'ira certes pas sans soulever de nombreuses difficultés, tout à la fois théoriques et pratiques. Elle doit néanmoins être envisagée dans la mesure où elle correspond à un réel besoin des couples. Dans cette perspective, l'exemple du bien de famille pourrait servir d'inspiration au législateur quant à l'édification d'une insaisissabilité du logement du couple.

282. Conclusion du Chapitre 3 – L'importance sociologique de la stabilité du logement n'est plus à démontrer ; elle nous a dès lors conduit à envisager la protection de l'affectation des biens du couple à son logement.

La stabilité du logement est désormais un objectif de politique civile qui inspire maintes dispositions du droit positif, telle la continuation du contrat de bail au profit du membre du couple abandonné par son compagnon titulaire du bail ou l'indisponibilité du logement affecté à la communauté de vie du couple marié. En dépit du caractère achevé de cette dernière technique, la généralisation à tous les couples n'est pas apparue souhaitable. L'intensité de l'engagement de mariage justifie en revanche pleinement le maintien de l'indisponibilité des droits assurant le logement des époux, marquant ainsi les limites de la recherche d'un droit commun du couple.

283. Une autre technique de protection de l'affectation des biens du couple à son logement, destinée à protéger la stabilité du logement contre les créanciers de ses membres, peut être constituée par l'insaisissabilité. Inconnue du droit positif des couples, l'insaisissabilité mise en œuvre par la consécration du patrimoine d'affectation mérite d'être envisagée dans le contexte économique contemporain défavorable, en dépit des inconvénients certains, théoriques et pratiques, qu'elle ne devrait pas manquer de susciter.

Il est cependant apparu inopportun et incohérent de l'imposer à tous les couples. L'insaisissabilité du logement ne saurait, par conséquent, constituer le troisième jalon d'un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple. En revanche, elle pourrait être offerte à tous les couples, sur le modèle du bien de famille.

Dans un Titre X intitulé « Du couple », au sein d'une Section 2nde intitulée « Dispositions communes conventionnelles »⁵⁶⁰, le Code civil pourrait ainsi disposer :

⁵⁶⁰ La Section 2nde intitulée « Dispositions communes conventionnelles » ferait ainsi suite à la Section 1^{ère} intitulée « Dispositions communes impératives ». V. *supra*, n°151.

« Il peut être constitué, au profit de tout couple, un bien insaisissable qui portera le nom de bien de couple.

Le bien de couple ne pourra comprendre que l'immeuble, ou la portion de l'immeuble, exclusivement affecté à la communauté de vie du couple.

La valeur dudit bien ne devra pas excéder, lors de sa fondation, 250 000 euros ».

284. Conclusion du Titre 1 – L'étude confirme l'hypothèse proposée en introduction, à savoir l'existence possible d'un droit commun patrimonial de l'organisation de la vie en couple, imposant une entraide minimale à ses membres. De la sorte, l'allégation selon laquelle il n'est pas nécessaire de s'engager à une obligation de fidélité, ni même à une communauté de vie pour avoir besoin d'une organisation minimale de ses relations pécuniaires se vérifie. Ce n'est pas en effet l'engagement qui fonde ce besoin, mais la communauté de vie. Tout couple devrait dès lors connaître une organisation pécuniaire minimale.

Il avait été envisagé qu'un droit commun imposant une entraide minimale aux membres d'un couple soit bâti sur trois piliers principaux : l'entretien du ménage, son crédit et son logement. A cette fin, les règles propres au mariage devaient constituer, pour partie, un modèle, lequel n'excluait pas certains aménagements ou innovations. L'étude a cependant démontré que seule l'affectation des biens du couple à son entretien et à son crédit pouvait constituer un droit commun impératif de la vie en couple.

285. La découverte d'un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple a révélé, en outre, que la définition du couple adoptée à titre d'hypothèse de recherche méritait d'être précisée. Le couple avait en effet été défini comme le lien qui unit deux personnes physiques, de sexe différent ou de même sexe, entre lesquelles les relations sexuelles sont socialement autorisées, unies par une communauté de vie stable, ce dernier caractère résultant de plein droit de l'engagement social des membres du couple et, à défaut, de l'expiration d'un délai d'un an et un jour de communauté de vie⁵⁶¹. Or, il est apparu que le couple marié ou uni par un pacs devait survivre en dépit de la cessation de la communauté de vie. C'est dire que l'engagement juridique de couple emporte non seulement la stabilité de la communauté de vie, mais peut même suppléer l'absence de toute communauté de vie. A la définition précédemment proposée du couple, il conviendrait par conséquent d'ajouter que le couple marié ou uni par un pacs survit au-delà de la rupture de la communauté de vie, jusqu'à la dissolution du couple conformément aux formalités prescrites par la loi.

286. Tout comme le régime primaire impératif a consolidé, dans son existence et dans sa fonction, le groupe social qu'est le couple marié, un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple devrait consolider dans son existence et dans sa fonction le groupe social qu'est le couple. Des signes avants-coureurs d'une telle tendance ont pu être

⁵⁶¹ Sur la définition hypothétique du couple, proposée comme objet de recherche, cette définition étant, par nature, susceptible d'évoluer au fur et à mesure de la recherche, V. *supra*, n°33 et s.

décelés. Tous ces indices annoncent et promeuvent l'élaboration d'un régime primaire impératif du couple, qui aurait principalement pour objectif de réaliser un équilibre, comme l'a fait le régime primaire impératif pour le couple marié, entre les droits individuels, le droit du groupe et les droits des tiers. L'avènement d'un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple devrait ainsi symboliser l'acceptation et la sanction, en droit positif, des effets de la vie en couple sur les droits patrimoniaux⁵⁶².

287. Cependant, « *le droit n'est fait ni pour les idylles, ni même pour les situations normales, qui s'en passent complètement, son objet majeur est de régler au moins mal qu'il est possible les situations difficiles, ce que sont les « crises » du ménage* »⁵⁶³. Certaines des dispositions communes à l'organisation de la communauté de vie du couple devraient précisément permettre à ses membres de faire face à des crises passagères.

Dès lors que la crise est plus profonde et se traduit par la disparition du couple, le droit de l'organisation de la vie en couple devrait alors s'effacer au profit d'un droit commun impératif de la liquidation de la vie du couple.

⁵⁶² Tout est dit dans la formule d'un auteur, relative au rôle de la consécration d'un régime primaire impératif dans la consolidation de la famille, laquelle formule pourrait opportunément être étendue au couple : « *c'est seulement lorsque le législateur prend conscience des interrelations existantes au niveau de l'incidence minimale de la famille sur les biens des époux [du couple sur les biens de ses membres], et qu'il adopte un ensemble de dispositions concrétisant cette incidence au niveau du droit positif, qu'on retrouvera dans son ordonnancement juridique ce qu'on est convenu d'appeler un régime primaire. C'est le régime primaire – infrastructure de tous les régimes de biens – applicable à tous les époux du fait du mariage [à toutes personnes du fait de la vie en couple], qui consacre en droit positif la consolidation du rôle de la famille [du couple]. Il n'est plus question d'une ou plusieurs dispositions dans un domaine précis. Il n'est même plus question d'une protection de la famille [du couple] par des biais différents mais compartimentés. Non ! il s'agit d'une prise de conscience de l'existence du groupe familial [du groupe formé par le couple] et de ses besoins minimaux. Cette prise de conscience aboutit à l'établissement d'un ensemble de dispositions législatives qui viennent réglementer la vie courante des familles [des couples], tout en respectant les interrelations qui existent entre les besoins, la satisfaction de ces besoins et les droits des membres du couple et des créanciers* » (E. CAPARROS, Les lignes de force de l'évolution des régimes matrimoniaux en droits comparé et québécois, Les presses de l'Université de Montréal, 1975, p. 142, n°136).

⁵⁶³ P. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, Famille, par P. MALAURIE, Cujas, 6^{ème} éd., 1998-1999, p. 534, n°928.

TITRE 2. Un droit commun impératif de la liquidation de la vie du couple

288. Le point de départ de la liquidation de la vie du couple diffère selon les formes d'union. A défaut d'engagement – autre que moral – souscrit par les concubins, la disparition de leur couple est acquise dès la rupture consommée de leur communauté de vie⁵⁶⁴. A l'inverse, lorsque les membres du couple ont pris un engagement – mariage ou pacs – la disparition du couple ne peut procéder que de la rupture de l'engagement, selon les formes prévues légalement. C'est dire que la situation de séparation de fait des époux ou des partenaires d'un pacs n'est pas réglementée par le droit de la liquidation de la vie du couple, qui n'intervient qu'une fois l'engagement rompu, mais par le droit de l'organisation de la vie en couple⁵⁶⁵.

289. Le droit patrimonial de la liquidation de la vie du couple comprend nécessairement un volet consacré à l'apurement des comptes. Placée sous l'égide des règles précédemment dégagées de l'organisation de la vie en couple, cette étape devrait permettre de rétablir un équilibre éventuellement rompu, tel celui résultant d'une suraffectation des biens de l'un ou d'une sousaffectation des biens de l'autre aux charges de la vie commune. Au-delà de cette étape, il n'est toutefois pas certain que l'existence passée du couple doive cesser de produire tout effet sur ses anciens membres. En effet, la vie en couple « *constituait une conjonction de forces économiques* ». Par conséquent, la disparition du couple entraîne nécessairement pour chacun de ses membres « *une division des moyens en face de besoins qui sont loin d'être pareillement divisibles ; et même, le plus souvent, c'est pour l'un des deux un effondrement des ressources* »⁵⁶⁶. La question se pose alors de l'existence d'un devoir d'entraide minimum, imposé par la loi aux anciens compagnons⁵⁶⁷. Le couple,

⁵⁶⁴ La situation devrait être identique si les concubins ont conclu une convention de concubinage, dépourvue de tout objet à compter de la cessation de la communauté de vie.

⁵⁶⁵ Le vocable de séparation de fait est ici entendu au sens large, de toute situation dans laquelle les membres d'un couple ayant souscrit un engagement juridique et social ont rompu leur communauté de vie, mais nullement leur engagement. Tel est le cas des époux séparés de corps ou en instance de séparation de corps, des époux séparés de fait, en instance de divorce ou non. Tel est encore le cas des partenaires d'un pacs qui ne sont plus unis par une communauté de vie, soit pendant la période de trois mois précédant la dissolution du pacs par rupture unilatérale, soit lorsqu'aucune formalité de dissolution n'a été engagée. Sur l'influence de la séparation de fait sur le droit de l'organisation de la vie en couple, V. *supra*, n°100 et s., n°207 et s.

⁵⁶⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome 2, *La famille, l'enfant, le couple*, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 608

⁵⁶⁷ Les conséquences financières de la séparation du couple suscitent de telles difficultés que de nombreux projets furent établis. Fin 1996, le Groupement d'intérêt public Mission Droit et Justice a ainsi reçu commande

entendu dans sa dimension patrimoniale, pourrait ainsi continuer à produire des effets, comme la société dissoute survit pour les besoins de sa liquidation.

290. Dans le droit du couple marié, une idée inspire de façon récurrente les réflexions doctrinales relatives à la survie de l'entraide au-delà de la dissolution du mariage : la maintenance. Le terme est apparu dans le droit des successions dans les années 1970, sous la plume des notaires⁵⁶⁸. Reprise par de nombreux auteurs⁵⁶⁹, l'expression a fait florès depuis lors et désigne communément l'objectif légalement imposé du maintien, autant qu'il se peut, des conditions d'existence, voire du train de vie du conjoint survivant, ainsi que les techniques destinées à satisfaire cet objectif. L'expression de maintenance est également employée dans le droit du divorce. Dans ce domaine cependant, sa signification est moins claire. Dans une acception restreinte, juridique et économique, elle est le « *nom donné à l'exécution de la prestation compensatoire après divorce lorsque celle-ci prend la forme d'un capital (C. civ., art. 274)* »⁵⁷⁰. Dans une acception moins technique et plus large, qui se rapproche de sa signification successorale, il a été affirmé que la maintenance dans le droit du divorce désignerait l'objectif du maintien du niveau de vie du conjoint divorcé⁵⁷¹. Au vu de cette dernière définition, il serait tentant de faire reposer les règles de liquidation du couple marié sur la maintenance de l'un des époux et d'en rechercher la présence dans la liquidation des couples non mariés⁵⁷². La maintenance ne saurait cependant définir l'entraide entre les époux après dissolution du mariage. D'une part, le terme de maintenance est, de façon générale, empreint d'un certain flou, entre conservation et réparation, ce qui explique peut-être que le législateur se soit gardé de l'utiliser⁵⁷³. D'autre part, il est loin d'être certain

d'une étude et d'un éventuel projet sur « les conséquences financières de la séparation des couples ». La réflexion a abouti au P.I.C. V. J. HAUSER, « Du PIC au PACS : expertise génétique d'une loi », *Le Pacs*, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 15.

⁵⁶⁸ V. F. FAURE et C. PASQUALINI, « La réserve », Rapport au 72^{ème} Congrès des Notaires de France, 1975, p. 480.

⁵⁶⁹ V. par exemple M.-C. CATALA DE ROTON, *Les successions entre époux*, Economica, 1990, p. 293 et s. ; M. DAGOT, « Réflexions sur le droit à maintenance prévu dans le projet de loi modifiant le Code civil et relatif aux successions », J.C.P. 1994, éd. G, I, 3806.

⁵⁷⁰ G. CORNU (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, P.U.F., 9^{ème} éd., 2002, V^o *Maintenance*.

⁵⁷¹ V. par exemple, M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, Litec, 6^{ème} éd., 2001, p. 185, n° 179.

⁵⁷² Le terme de maintenance a ainsi été utilisé par un auteur pour qualifier l'indemnité de rupture prévue au sein d'une convention de concubinage. V. J. CHARLIN, « Le contrat de concubinage. Formule », J.C.P. 1991, éd. N, I, p. 459.

⁵⁷³ Les auteurs des différents projets de loi visant le maintien des conditions d'existence du conjoint survivant ont préféré employer des paraphrases. Le projet de loi présenté fin 1993 instituant au profit du conjoint survivant un droit à maintenance employait ainsi la paraphrase suivante : « De la contribution de la succession au maintien des conditions d'existence et du cadre de vie du conjoint ». La loi du 3 décembre 2001 se contente, quant à elle, de l'intitulé « Dispositions relatives aux droits du conjoint survivant ».

Le dictionnaire Robert définit le substantif féminin « *maintenance* » par « *action de maintenir, de confirmer* ». Cependant, le terme de maintenance renvoie également au sens de réparation dans son acception plus stricte

que la prestation compensatoire ait pour objectif de maintenir le niveau de vie de l'époux le moins fortuné.

291. Le fil directeur de l'entraide imposée aux époux après dissolution du mariage pourrait alors être recherché dans la « *soutenance* » de l'un par l'autre. Ce mot d'ancien français, utilisé par BEAUMANOIR à propos du douaire accordé à la veuve dans l'Ancien droit⁵⁷⁴, désignerait le dispositif imposant à l'un des époux de secourir son conjoint, en particulier sur le plan financier, après dissolution du mariage. En l'absence de disposition légale comparable en matière de pacs ou de concubinage simple, l'objectif semble propre au couple marié, ce qui peut paraître sévère et paradoxal pour le couple non marié s'il est admis que c'est dans le malheur que l'entraide doit déployer tous ses effets. La possibilité d'une entraide entre les anciens concubins mérite ainsi d'être étudiée. A cet égard, la reconnaissance d'une obligation naturelle de secours après rupture du concubinage constitue un indice de rapprochement entre les différents couples⁵⁷⁵.

L'objectif et les modalités de la soutenance devraient cependant être définis différemment selon que la disparition du couple est le résultat d'une mésentente entre ses membres, ou que le décès de l'un de ses membres est venu rompre, involontairement et plus ou moins brutalement, une association présumée harmonieuse. L'affectation à la soutenance, fil directeur d'un droit commun impératif de la liquidation de la vie du couple, devrait ainsi revêtir deux visages différents selon l'issue du couple : l'affectation à la soutenance en cas de rupture (**Chapitre 1.**) ; l'affectation à la soutenance en cas de décès (**Chapitre 2.**).

Chapitre 1. L'affectation à la soutenance en cas de rupture

Chapitre 2. L'affectation à la soutenance en cas de décès

d'« ensemble des opérations d'entretien préventif et curatif, destiné à accroître la fiabilité ou pallier les défaillances » (Le nouveau Petit Robert, 1995, V° *Maintenance*).

Contra, M. DAGOT, « Réflexions sur le droit à maintenance prévu dans le projet de loi modifiant le Code civil et relatif aux successions », J.C.P. 1994, éd. G, I, 3806. Pour cet auteur, « *le mot est concret, exempt de confusion, efficace* », il peut donc être utilisé sans hésitation.

C'est seulement dans son acception de « *nom donné dans la pratique aux conventions de service après-vente* » (G. CORNU (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, P.U.F., 9^{ème} éd., 2002, V° *Maintenance*) que le terme de maintenance pourrait réunir droit des successions et droit du divorce. La maintenance désignerait ainsi le « service après-vente » du couple. L'objectif serait cependant bien trop large pour fonder un droit commun impératif de la liquidation du couple marié et, à plus forte raison, du couple en général. Le « service après-vente » du couple marié ne se limite d'ores et déjà pas à des dispositions impératives : il comprend également le sort des libéralités, la liquidation et le partage du régime matrimonial, les droits successoraux *ab intestat*, toutes techniques qui relèvent de la volonté des époux, autrement dit d'un droit conventionnel et non d'un droit impératif.

⁵⁷⁴ Cité par P.-C. TIMBAL, *Droit romain et Ancien droit français. Régimes matrimoniaux. Successions. Libéralités*, Précis Dalloz, 1960, p. 181, n°358.

⁵⁷⁵ V. les références citées *supra*, n°63.

Chapitre 1. L'affectation à la soutenance en cas de rupture

292. S'agissant de l'existence d'un devoir d'entraide en cas de rupture, le droit semble consacrer une antinomie irréductible entre les couples mariés, d'une part, et les couples non mariés, d'autre part. Le droit du divorce prévoit en effet qu'il est accordé à un époux une prestation compensatoire en cas de disparité dans les conditions de vie résultant de la rupture (C. civ., art. 270) ou, plus rarement, une pension alimentaire fondée sur la survie du devoir de secours au défendeur d'un divorce pour rupture de la vie commune (C. civ., art. 281). En d'autres termes, le principe d'un devoir d'entraide est admis entre les anciens époux après divorce. A l'inverse, lorsque le couple n'était pas marié, seul le droit commun de la responsabilité civile délictuelle permet à l'un de ses membres de se voir allouer des dommages-intérêts en cas de faute commise par son partenaire, détachable de la rupture. En principe, aucun devoir d'entraide ne pèse donc sur les concubins, partenaires d'un pacs ou non, après leur rupture.

293. L'étude de la jurisprudence relative à la liquidation des couples non mariés révèle pourtant des indices d'une convergence. Il apparaît en effet que le recours aux mécanismes du droit commun permet aux magistrats de pallier l'absence d'entraide entre les anciens concubins. Les décisions sont alors parfois analysées comme tentant d'introduire, subrepticement, la prestation compensatoire dans la liquidation des couples non mariés : « à 500 000 francs de dommages-intérêts, on est bien près d'une prestation compensatoire en capital »⁵⁷⁶.

294. La diversité dont le droit positif fait preuve dans l'appréhension de l'existence d'un devoir d'entraide entre les membres d'un couple après sa rupture et, parallèlement, les éléments de convergence qui percent çà et là suscitent la réflexion. Les enseignements tirés des hésitations du droit positif font en effet apparaître la nécessité d'une entraide limitée entre les membres d'un couple après rupture (**Section 1.**) dont les critères peuvent être élaborés conformément aux enseignements dégagés (**Section 2.**).

Section 1. La nécessité d'une entraide limitée

Section 2. Les critères d'une entraide limitée

⁵⁷⁶ J. HAUSER, obs. sous Civ. 1^{ère} 7 avril 1998, R.T.D. Civ. 1998, p. 884.

Section 1. - La nécessité d'une entraide limitée

295. Les hésitations du droit positif relativement au devoir d'entraide entre les membres d'un couple après rupture se placent à deux niveaux différents selon la forme de couple envisagée. S'agissant des couples mariés, le droit positif du divorce admet incontestablement un devoir d'entraide entre les anciens conjoints, sous la forme d'une pension alimentaire en cas de divorce pour rupture de la vie commune ou d'une prestation compensatoire dans tous les autres cas. Les hésitations sont alors relatives à l'objectif et, corrélativement, aux conditions d'attribution d'une prestation compensatoire. S'agissant des concubins, les hésitations sont relatives au principe même d'une entraide après rupture.

296. Ces hésitations apparaissent regrettables. Leur analyse est cependant enrichissante car elle fait apparaître les évolutions souhaitables et communes de l'entraide entre les membres d'un couple après rupture. En effet, l'observation du droit positif relatif à la rupture des couples non mariés révèle la nécessité d'une entraide (§ 1.), tandis que l'étude du droit positif du couple marié témoigne de la nécessité de sa limitation (§ 2.).

§ 1. La nécessité d'une entraide

297. Les développements précédents ont souvent fait apparaître le clivage entre les concubins selon qu'ils ont ou non conclu un pacte civil de solidarité. S'agissant de l'existence d'un devoir d'entraide entre les membres d'un couple non marié après rupture, la dichotomie n'est plus : qu'ils soient unis ou non par un pacte civil de solidarité, les concubins ne sont soumis, après rupture, à aucune obligation légale d'entraide. En effet, contrairement à la plupart des législations étrangères⁵⁷⁷, le législateur français n'a pas prévu qu'une aide puisse être apportée à l'un des partenaires par l'autre après rupture. Conscients des inconvénients d'une telle solution, les magistrats tentent parfois d'y remédier avec les moyens mis à leur disposition.

La critique porte alors aussi bien sur l'absence d'entraide elle-même (A.) que sur les palliatifs jurisprudentiels qui lui sont apportés (B.).

⁵⁷⁷ En Belgique, l'une des parties peut ainsi demander au juge de paix d'ordonner des mesures urgentes et provisoires (d'une année maximum), telle une pension alimentaire pour le partenaire dans le besoin à la suite de la rupture. V. F. GRANET, « L'enregistrement des couples non mariés en Europe », *Le Pacs*, *Dr. Fam. Hors série*, décembre 1999, p. 60 ; C. DENEUVILLE, « Le partenariat à l'étranger », *Droit et patrimoine* n°81, avril 2000, p. 67.

A. La critique de l'absence d'entraide entre les concubins après la rupture

298. Des justifications pertinentes sont avancées au soutien de l'absence d'entraide entre les concubins après rupture, qu'un pacte civil de solidarité les unisse ou non. Une donnée commune à tous les couples permet cependant d'envisager sa remise en cause.

299. A union libre, rupture libre. La maxime gouverne logiquement la rupture des concubins simples et condamne, par conséquent, toute indemnisation des conséquences dommageables – patrimoniales ou extrapatrimoniales – de la rupture⁵⁷⁸. Les concubins non statutaires n'ont en effet souscrit aucune obligation de communauté de vie. Celle-ci peut donc cesser volontairement à tout moment ; qu'elle résulte d'un accord des concubins ou qu'elle soit subie par l'un d'eux, elle n'est pas constitutive d'une faute. Aucune indemnisation ne saurait par conséquent être attribuée au concubin qui subit la rupture, en particulier sous la forme d'une maintenance à vie. En outre, dans la mesure où aucune obligation civile d'entraide ne pèse, en droit positif, sur les concubins, il ne saurait être question ni de sa survie ni d'une quelconque compensation de sa perte comme dans le droit du mariage⁵⁷⁹. Dans ces conditions, il apparaît légitime que le Code civil n'impose pas aux concubins un devoir d'entraide après rupture.

La liberté de rupture unilatérale caractérise également le pacte civil de solidarité. Elle a du reste reçu la consécration du Conseil constitutionnel qui la fonde sur la liberté, résultant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, de rompre unilatéralement un contrat de droit privé à durée indéterminée⁵⁸⁰. L'absence d'entraide entre les partenaires d'un pacs après sa rupture peut être déduite de l'article 515-7, dernier alinéa, du Code civil, aux termes duquel « *Les partenaires procèdent eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations résultant pour eux du pacte civil de solidarité. A défaut d'accord, le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture, sans préjudice de la réparation du dommage éventuellement subi* ». S'il est vrai que les réformes récentes du droit de la famille ont conféré au juge un rôle essentiel, la loi sur le pacs laisse ce dernier bien démuni. Aucune indication ne lui est en effet donnée sur la manière de régler les

⁵⁷⁸ Cette liberté a été affirmée depuis longtemps et à plusieurs reprises par les juridictions. V. par exemple Civ. 1^{ère} 31 janvier 1978, Bull. civ. I, n°39.

⁵⁷⁹ V. *infra*, n°313 et s.

Sur la liberté de rompre des concubins, V. D. VICH-Y-LLADO, La désunion libre, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2001, Tome 1, p. 41 et s.

⁵⁸⁰ Cons. constit. 9 novembre 1999, Pacs, Considérant n°61, Le Pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 74. Sur la constitutionnalisation du droit de rupture unilatérale dans les contrats à durée indéterminée et la réserve d'une formalité minimale quant à la mise en œuvre de la résiliation, V. L.-A. FEMENIA, « Le contrat, après la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité », R.R.J. 2002-3, p. 1199.

conséquences pécuniaires de la rupture et, en particulier, aucune disposition spécifique n'est prévue pour assurer une indemnisation au partenaire délaissé. La majorité des auteurs s'accorde alors sur la nécessité d'appliquer à la rupture du pacs les solutions dégagées par la jurisprudence relatives à l'indemnisation du concubin délaissé, notamment celles de la responsabilité civile délictuelle⁵⁸¹. Telle est du reste la solution expressément prônée par le Conseil constitutionnel⁵⁸². Autrement dit, à l'instar des concubins simples, seule la faute détachable de la rupture devrait ouvrir droit à une indemnisation du partenaire délaissé. La justification de l'absence d'entraide après rupture entre les concubins partenaires d'un pacs ne saurait cependant être identique, dans la mesure où les intéressés ont conclu un engagement impliquant une communauté de vie, qui leur impose de s'apporter une aide mutuelle matérielle, dont les contours durant la durée de l'engagement sont identiques au devoir d'entraide conjugale⁵⁸³. La justification de l'absence d'entraide après rupture tient alors au fait que le pacs n'a pas été conçu comme un engagement indissoluble. Comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel, classé parmi les contrats à durée indéterminée, le pacs ne saurait enchaîner les partenaires dans un engagement perpétuel⁵⁸⁴. Deux conséquences en découlent. D'une part, la rupture du pacs est libre. Non constitutive d'une faute, elle ne saurait par conséquent ouvrir droit à l'indemnisation du partenaire délaissé. Elle ne peut, en particulier, être appréhendée comme un mal, justifiant le droit au maintien de ses conditions de vie du partenaire le moins fortuné. D'autre part, il n'est pas envisageable de faire survivre l'engagement de pacs sous une forme ou sous une autre et, notamment, sous la forme de la survie du devoir d'aide mutuelle matérielle.

300. En dépit des arguments présentés qui condamnent l'existence d'un devoir d'entraide dans le couple non marié après rupture, le principe de l'absence d'entraide est susceptible d'être remis en cause. En effet, la vie en couple engendre naturellement des

⁵⁸¹ V. J.-F. MOLAS, « La rupture du pacte civil de solidarité », *Droit et patrimoine* n°81, avril 2000, p. 89.

⁵⁸² V. Cons. constit. 9 novembre 1999, Pacs, considérant n°70, *Le Pacs*, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 74. Sur la constitutionnalisation de l'obligation de réparation en cas de rupture abusive du contrat, V. L.-A. FEMENIA, « Le contrat, après la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité », *R.R.J.* 2002-3, p. 1199.

Les observations du gouvernement sur les recours dirigés contre la loi du 15 novembre 1999 étaient également en ce sens : « *en outre, le juge pourra allouer, le cas échéant, des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi non pas du fait de la rupture elle-même, mais des conditions dans lesquelles celle-ci sera intervenue. En ce domaine, la jurisprudence bâtie sur les juridictions de l'ordre judiciaire, à propos du concubinage, aux termes de laquelle « si la rupture d'une union libre ne peut en principe justifier l'allocation de dommages-intérêts, il en est autrement lorsqu'il existe des circonstances de nature à établir la faute de son auteur » sera entièrement transposable* » (observations citées par F. TREMOSA et S. BANDRES, « Cas pratique : PACS lors de l'achat de la résidence principale », *Droit et patrimoine* avril 2000, n°81, p. 100).

⁵⁸³ V. *supra*, n°54 et s.

⁵⁸⁴ V. Cons. constit. 9 novembre 1999, Pacs, considérant n°70, *Le Pacs*, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 74.

situations de dépendance entre ses membres. Pendant la vie en couple, la disparité est dissimulée par la mutualisation des ressources, imposée par la loi en cas de pacs ou volontairement réalisée dans les autres cas. Avec la rupture et la disparition corrélative de la mutualisation des ressources, l'inégalité financière apparaît au grand jour. Un seul exemple suffit à en témoigner. Si la catégorie des femmes au foyer a peu ou prou disparu, tant d'autres renoncent, d'un commun accord avec leur compagnon, à exercer une activité professionnelle et choisissent de se consacrer à l'éducation des enfants. Et lorsque le plus grand nombre d'entre elles réintègre le monde du travail après cette interruption, les mêmes opportunités professionnelles leur sont rarement offertes.

La disparition, plus ou moins brutale, de l'entraide donne alors naissance à des situations contestables. Si elles ne sont certes pas nouvelles, le contexte contemporain les rend plus difficilement supportables. D'une part, l'augmentation du nombre de couples vivant en union libre et la fréquence de leurs ruptures rendent leurs conséquences statistiquement plus remarquables et, partant, leurs injustices plus criantes. D'autre part, la définition légale du concubinage et l'institution légalement consacrée du pacs conduisent la loi à abriter sous son couvert des situations injustes, ce qui n'est guère admissible.

Deux solutions peuvent alors être envisagées. Selon la première, l'Etat devrait prendre ses responsabilités et assumer les conséquences désastreuses des lacunes de la loi. Les limites de l'Etat-providence condamnent cependant cette solution. S'il incombe à l'Etat d'assurer un minimum vital aux personnes en état de détresse économique, des contraintes budgétaires l'empêchent en effet de prendre en charge toutes les injustices et, en particulier, celles qui découlent de la libre rupture du couple non marié⁵⁸⁵. La seconde solution consiste, dès lors, à imposer aux concubins eux-mêmes d'assumer les conséquences dommageables de la rupture lorsqu'elles ne sont que le corollaire de choix faits en commun durant la vie en couple. L'un des concubins pourrait ainsi être tenu d'apporter son aide à l'autre, lorsque la disparité des conditions de vie révélée par la rupture découle du sacrifice professionnel de l'un des membres du couple au profit de l'éducation des enfants communs. Le soutien apporté à ce dernier pourrait, dans cette hypothèse, se traduire par une aide à la reconversion professionnelle.

301. L'idée d'une responsabilisation du couple, quant aux conséquences des choix effectués en commun constitue, du reste, une préoccupation constante dans la jurisprudence,

⁵⁸⁵ L'idée pénètre également le droit du mariage. V. Grenoble, 8 février 1999, Juris-Data n°0461310 : pour fixer la prestation compensatoire à laquelle peut prétendre l'épouse, il n'y a pas lieu de tenir compte, pour l'évaluation de ses ressources, de l'allocation de R.M.I. qu'elle perçoit car « *cette prestation attribuée au nom de la solidarité nationale, n'a pas à se substituer aux obligations découlant du mariage* ».

qui tend à pallier les injustices liées à l'absence d'entraide entre les concubins après leur rupture. Ces palliatifs sont toutefois sujets à critique.

B. La critique des palliatifs jurisprudentiels

302. Des palliatifs conventionnels à l'absence d'entraide entre les concubins après rupture peuvent certes être envisagés. Selon certains auteurs, il est même de la responsabilité des concubins de prévoir contractuellement les conditions matérielles de leur rupture, voire des indemnités de rupture⁵⁸⁶. En admettant leur validité, ces dispositions contractuelles font le plus souvent défaut en pratique. En leur absence, il incombe dès lors au juge de statuer sur une éventuelle indemnisation de l'un des partenaires. L'observation des palliatifs jurisprudentiels suscite alors deux types de critiques, positive pour l'une (1.), négative pour l'autre (2.).

1. La critique positive

303. L'existence d'un sacrifice résultant d'un choix fait en commun pendant la vie en couple paraît être un élément sous-jacent dans la jurisprudence relative à la liquidation de la vie des concubins. Lorsque les magistrats constatent que la disparité des conditions de vie

⁵⁸⁶ En ce sens, G. RAYMOND, « Pacs et droit des contrats », Contrats, concurrence, consommation 2000, chr. n°14.

La validité d'une stipulation du pacte prévoyant le versement d'une indemnité par le partenaire qui résilie la convention paraît contestable à certains, car elle porterait atteinte au principe de la liberté de la rupture. En ce sens, J.-F. MOLAS, « La rupture du pacte civil de solidarité », Droit et patrimoine n°81, avril 2000, p. 90. Le Conseil constitutionnel ne répond pas directement à la question de la validité de clauses pénales. Il se place en effet sur le terrain de la responsabilité délictuelle, tout aménagement contractuel devant par conséquent être écarté. Toutefois, en adoptant une analyse contractuelle du pacs, comme l'a fait le Conseil constitutionnel, il est possible de le faire entrer dans le champ de la responsabilité contractuelle, « *ce qui milite en faveur de la validité de la clause pénale destinée à réparer le préjudice résultant non pas des conditions de la rupture, mais de la rupture elle-même. Il pourrait bien y avoir, en matière de pacs, une prestation compensatoire pour partenaire abandonné, mais conventionnelle, sans juge et sans régime fiscal de faveur* » (F. VAUVILLE, « La fin du pacte civil de solidarité », Droit et patrimoine n°91, mars 2001, p. 28).

V. aussi J. CHARLIN, « Le contrat de concubinage. Formule », J.C.P. 1991, éd. N, I, p. 459. L'auteur propose que la convention entre concubins prévoit une indemnité au profit du concubin qui abandonnera ou renoncera à un travail à l'extérieur du foyer pour élever les enfants. L'indemnité proposée est alors égale à la plus faible des deux sommes ci-après : un quart (ou une autre quote-part) du produit du travail du concubin débiteur, net de toutes charges afférentes au ménage, ou le revenu professionnel qu'aurait perçu le concubin créancier s'il avait continué à travailler, en tenant compte d'une carrière normale, déduction faite de sa contribution aux charges du ménage.

Sur le faible intérêt pratique des conventions organisant la rupture, compte tenu de leur précarité, V. D. VICHY-LLADO, La désunion libre, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2001, Tome 1, p. 93 et s.

trouve son origine dans le sacrifice de l'un, ils ont en effet tendance à utiliser les mécanismes du droit commun aux fins de réparer le préjudice matériel provoqué par la rupture.

304. L'exigence d'un sacrifice est évidente dans le recours à l'enrichissement sans cause, eu égard à la condition de l'appauvrissement. Le sacrifice consistant dans une collaboration professionnelle non rémunérée est ainsi susceptible d'ouvrir droit à indemnisation de l'appauvri⁵⁸⁷. Le sacrifice est également nécessaire pour recourir à la société créée de fait, compte tenu de la caractérisation des apports et de la participation aux pertes. La Cour de cassation a ainsi récemment permis, par la reconstitution et le partage d'un patrimoine commun, la rémunération du sacrifice unilatéral de la concubine, caractérisé par le fait que cette dernière avait consacré l'intégralité de ses revenus à la satisfaction des charges du ménage, permettant ainsi à son concubin de procéder à des investissements immobiliers⁵⁸⁸.

La spécification du sacrifice de l'un des membres du couple est plus remarquable encore s'agissant d'autres procédés du droit commun. L'exemple le plus frappant est sans doute celui de la responsabilité civile délictuelle. En effet, le préjudice matériel justifiant l'octroi de dommages-intérêts – dont le montant a conduit certains auteurs à analyser ceux-ci comme un substitut de prestation compensatoire – résulte le plus souvent de l'abandon, par la concubine, d'un emploi stable et rémunérateur, soit pour suivre son concubin dans des déplacements impliqués par sa profession, soit pour se consacrer à l'éducation des enfants communs au couple⁵⁸⁹. La condition du sacrifice est également fréquemment caractérisée par les tribunaux au soutien de la reconnaissance d'une obligation naturelle d'indemniser les conséquences préjudiciables de la rupture, et de la transformation de cette dernière en obligation civile valable pour l'avenir⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ Sur les conditions de l'enrichissement sans cause et leur particularité dans les relations familiales, V. A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « Collaboration familiale et enrichissement sans cause », Dr. Fam. 1999, chr. n°19 et, en particulier, Civ. 1^{ère} 15 octobre 1996, R.T.D. Civ. 1997, p. 102, obs. J. HAUSER.

⁵⁸⁸ V. Civ. 1^{ère} 26 juin 2001, Dr. Fam. 2002, comm. n°28, note H. LECUYER.

⁵⁸⁹ V. Civ. 1^{ère} 7 avril 1998, Defrénois 1998, art. 36895, p. 1385, n°125, obs. J. MASSIP. L'arrêt est fréquemment cité tant le montant des dommages-intérêts était élevé. La Cour de cassation approuve en effet la Cour d'appel d'avoir alloué à la concubine délaissée 500 000 francs – soit 76 225 euros – de dommages-intérêts. V. aussi Rennes, 4 juin 1999, Dr. Fam. 2000, comm. n°1, note H. LECUYER.

⁵⁹⁰ Sur la reconnaissance d'une obligation naturelle d'indemniser le concubin des conséquences préjudiciables de la rupture, V. Req. 12 janvier 1937, D.H. 1937, 145 ; Lyon, 18 décembre 1973, D. 1974, somm. comm. 73 ; Paris, 19 janvier 1977, D. 1977, I.R. 332. A distinguer de l'obligation naturelle de porter secours au concubin délaissé dans le besoin, de nature alimentaire, V. Civ. 1^{ère} 6 octobre 1959, J.C.P. 1959, éd. G, II, 11305, note P. ESMEIN ; Paris, 11 juin 1998, Dr. Fam. 1998, comm. n°166, note H. LECUYER ; Civ. 1^{ère} 17 novembre 1999, Dr. Fam. 2000, comm. n°19, note H. LECUYER ; Riom, 6 mars 2001, J.C.P. 2002, éd. G, IV, 1688. Sur l'ensemble de la question, V. M. MULLER, « L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources », D. 1986, chr. 332.

Avant le revirement du 3 février 1999 (V. les références citées *supra*, note 23), à l'époque où la jurisprudence annulait les libéralités pour cause immorale lorsqu'elles étaient destinées à rémunérer le concubin de ses

305. Compte tenu du laconisme du législateur relativement à la liquidation de la vie de couple des partenaires d'un pacs, on pressent que ces solutions jurisprudentielles leur seront applicables, en particulier celles relatives à la responsabilité civile délictuelle. L'extension ne doit cependant pas faire illusion. La tentation de voir dans les mécanismes du droit commun des palliatifs suffisants à l'absence de droit à la soutenance lors de la rupture du couple non marié est en effet vouée à l'échec. La raison tient aux limites du recours au droit commun, qui conduisent à critiquer négativement les palliatifs jurisprudentiels à l'absence d'entraide entre les concubins après leur rupture.

2. La critique négative

306. Le recours aux mécanismes du droit commun est le plus souvent inopérant à assurer la soutenance du concubin qui subit un préjudice matériel du fait de la rupture. La jurisprudence procède alors à un forçage du droit commun pour parvenir au résultat souhaité.

307. Ainsi, si le droit commun de la responsabilité civile délictuelle joue actuellement le rôle de substitut de prestation compensatoire, ce n'est qu'au prix d'une indéniable dénaturation. Sous des apparences très orthodoxes⁵⁹¹, les juges s'appliquent en effet à déformer chacun des éléments de la responsabilité civile délictuelle. Il est ainsi souvent argué que le concubin a commis une faute en rompant avec sa concubine alors qu'ils envisageaient des projets de mariage, ou en entretenant une liaison parallèle. Pourtant, il n'y a faute ni à rompre des promesses de mariage conformément à la liberté matrimoniale, ni à entretenir une autre liaison en l'absence de toute obligation de fidélité⁵⁹². Dans le souci

faveurs, la constatation d'un sacrifice de son bénéficiaire conduisait les tribunaux à opter plus facilement pour la requalification de l'acte en exécution de l'obligation naturelle d'indemnisation, afin de le faire échapper à la nullité. V. S. CHASSAGNARD, note sous Civ. 1^{ère} 17 novembre 1999, J.C.P. 2001, éd. G, II, 10458. Depuis la validation de principe des libéralités entre concubins, la reconnaissance d'une obligation naturelle a perdu cette utilité. Aujourd'hui, la constatation d'un sacrifice incite les juges à admettre plus facilement la transformation de l'acte en obligation civile, valable pour l'avenir. V. par exemple Civ. 1^{ère} 19 février 2002, R.T.D. Civ. 2002, p. 489, obs. J. HAUSER : en l'espèce, il a été jugé que l'acte par lequel le concubin avait attesté qu'une maison acquise par lui appartenait en réalité à sa concubine avait pour cause la rétribution des services de cette dernière ainsi qu'une obligation naturelle de réparer le préjudice résultant de l'abandon après dix ans de vie commune. « Traduisons en langage divorce d'époux séparés de biens : dation en paiement d'une partie de l'immeuble, prestation compensatoire en capital pour l'autre partie. On peut habiller cela comme on veut, on en est bien là quand même » (J. HAUSER, *ibid.*).

⁵⁹¹ Les tribunaux prenant soin de rappeler la solution classique au terme de laquelle le propre de l'union libre est d'exclure la réparation du préjudice que la rupture de la vie commune à l'initiative de l'un des concubins fait subir à l'autre, sauf indemnisation du préjudice pour faute, détachable de la rupture, selon les règles du droit commun.

⁵⁹² La Cour d'appel de Rennes relève ainsi que le concubin aurait commis une faute en rompant la vie commune après avoir laissé envisager à sa concubine le mariage, en abandonnant cette dernière sans ressources

d'indemniser le concubin délaissé, victime de son sacrifice, les tribunaux malmènent également le lien de causalité entre la faute et le dommage. Lorsqu'ils retiennent une faute, détachable de la rupture elle-même, qui tient à sa brutalité, et qu'ils indemnisent le préjudice matériel découlant de l'abandon de toute profession pendant la vie commune, les tribunaux dénaturent complètement le lien de causalité. Il n'existe en effet aucun rapport causal entre ce préjudice, qui résulte de la rupture, et la faute que le concubin a commise en quittant brutalement sa partenaire⁵⁹³ ; le préjudice aurait été le même quelles que soient les précautions prises pour la rupture. Il faut ainsi observer, avec Madame GOUTTENOIRE-CORNUT, que « *la faute du concubin joue un rôle de plus en plus restreint alors qu'à l'inverse le préjudice se voit accorder une place prépondérante* »⁵⁹⁴. De la sorte, la responsabilité civile paraît instrumentalisée : les dommages-intérêts sont destinés à réparer les conséquences de la rupture elle-même, lorsqu'il apparaît manifestement contraire à l'équité de laisser le concubin délaissé sans indemnisation, en pratique lorsque la disparité dans les conditions de vie résulte d'un sacrifice fait par lui pendant la vie commune⁵⁹⁵.

Même les décisions qui refusent toute indemnisation au concubin délaissé s'inscrivent dans cette tendance à réparer le préjudice issu de la rupture elle-même. Ainsi, dans un récent arrêt de la Cour d'appel de Paris, la concubine alléguait avoir demandé à bénéficier d'un temps partiel. Toutefois, dans la mesure où elle ne prouvait pas avoir agi sur la demande de son concubin, qu'elle avait toujours travaillé et en l'absence d'enfant, toute réparation lui a été refusée. Il faut alors admettre, avec l'annotateur, que « *si la présence d'enfants et la situation professionnelle de la concubine avaient justifié l'octroi de dommages-intérêts, c'est que les juges reconnaissent à ces derniers une fonction autre que la réparation d'un dommage lié à une faute à l'occasion de la rupture. Ils sont destinés à réparer les conséquences de la rupture elle-même, lorsque, compte tenu des circonstances, il apparaît*

ni indemnisation et, enfin, en l'assignant brutalement en expulsion pour occupation sans droit ni titre de la maison où il l'avait installée pour poursuivre la vie commune (Rennes, 4 juin 1999, Dr. Fam. 2000, comm. n°1, note H. LECUYER). En outre, il est parfois relevé qu'exiger que l'autre sacrifie sa carrière professionnelle constitue une faute, ce qui est discutable, la faute étant à tout le moins partagée (V. par exemple Civ. 1^{ère} 7 avril 1998, Dr. Fam. 1998, comm. n°81, note H. LECUYER). V. aussi, en dernier lieu, Rouen, 29 janvier 2003, Dr. Fam. 2003, comm. n°69, note H. LECUYER.

⁵⁹³ V. Civ. 1^{ère} 7 avril 1998, précit. Sauf à admettre que 500 000 francs de dommages-intérêts ne sont destinés qu'à indemniser le préjudice résultant du caractère brusque de la rupture.

⁵⁹⁴ A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « Responsabilité civile et rupture unilatérale du concubinage », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 263.

⁵⁹⁵ Sur l'instrumentalisation de la responsabilité civile, V. J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, P.U.F., Ed. du Jurisclasseur, 1999, p. 441.

au juge manifestement inéquitable de ne pas en corriger les effets normaux, en l'absence de mécanismes régulateurs (partage des biens communs ou prestation compensatoire) »⁵⁹⁶.

Un auteur propose également que les juges s'inspirent de la jurisprudence commerciale quant à son appréhension de l'abus de droit « dans la motivation de la rupture », lequel est sanctionné par l'octroi de dommages-intérêts. Cette notion serait transposable « chaque fois que la relation contractuelle, que ce soit en raison de sa longue durée, de l'intérêt commun ou de la dépendance dans laquelle se trouve l'une des parties, se meut en véritable relation de partenariat et exclut, par conséquent, que le cocontractant soit traité avec indifférence »⁵⁹⁷. Appliquée au pacs, cette approche de l'abus de droit conduirait systématiquement à rechercher la motivation de la rupture unilatérale. On peut alors légitimement se demander si le droit de rupture unilatérale ne serait pas remis en cause. En outre, si l'abus dans la motivation de la rupture n'est caractérisé qu'aux fins d'un soutien financier du partenaire à l'origine de la rupture à l'égard du second, il est à craindre que l'on ne soit à nouveau en présence d'une instrumentalisation de la responsabilité civile, dissimulant – mal – la nécessité d'une entraide entre les anciens partenaires.

308. Les exemples peuvent ainsi être multipliés de la « concubinarisation du droit commun »⁵⁹⁸. Et l'extension de cette jurisprudence à la rupture du pacs ne ferait qu'accroître le champ de ce forçage, ce dont le droit ne peut se satisfaire.

Le fait que la cause de l'enrichissement et de l'appauvrissement corrélatif ne soit pas appréciée au sein d'une opération unique, mais au regard de l'ensemble des relations patrimoniales entre concubins permet certes un règlement global des affaires entre ces derniers. Elle constitue cependant un dévoiement des règles classiques de l'enrichissement sans cause, traditionnellement envisagé comme une technique de rééquilibrage ponctuel entre deux patrimoines⁵⁹⁹.

De même, les hésitations de la jurisprudence quant à l'attitude à adopter à propos des demandes tendant à voir constater l'existence d'une société créée de fait entre concubins sont révélatrices des limites du recours au droit commun. En effet, un contrôle rigoureux des éléments de la société rend souvent inopérant le recours à un tel procédé correctif⁶⁰⁰. A

⁵⁹⁶ Paris, 16 novembre 1999, Dr. Fam. 2000, comm. n°56, note H. LECUYER. V. aussi Orléans, 25 avril 2000, Dr. Fam. 2000, comm. n°125, note H. LECUYER.

⁵⁹⁷ L.-A. FEMENIA, « Le contrat, après la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité », R.R.J. 2002-3, p. 1203.

⁵⁹⁸ A. PROTHAIS, « Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux », J.C.P. 1990, éd. G, I, 3440.

⁵⁹⁹ V. *supra*, n°70.

⁶⁰⁰ Dès 1946, HEMARD craignait que, par la reconnaissance trop facile d'une société créée de fait entre les concubins, la jurisprudence pallie les difficultés de ces derniers d'obtenir des dommages-intérêts du fait de la rupture (J. HEMARD, note sous Req. 8 janvier 1946, J.C.P. 1946, II, 3053). Pour une illustration de ces deux

l'inverse, une attitude laxiste permet, par la reconstitution d'un patrimoine commun, de compenser la disparité dans les conditions de vie lorsqu'elle a pour origine le sacrifice du demandeur, mais au prix d'une dénaturation des éléments et de l'esprit de l'institution de la société créée de fait. Une appréciation souple des trois éléments de celle-ci permet en effet de ne pas limiter son existence à la coexploitation d'une entreprise et à indemniser indirectement le sacrifice consistant pour l'un des concubins à consacrer l'essentiel de ses revenus à la satisfaction des charges du ménage, laissant alors à l'autre la possibilité de se constituer un patrimoine personnel conséquent. En revanche, même une appréciation laxiste ne permettrait pas d'indemniser, sur le fondement de la société créée de fait, l'abandon de toute carrière professionnelle aux fins de se consacrer à l'éducation des enfants du couple. Même « *concubinarisé* »⁶⁰¹, le recours au droit commun serait inopérant.

Enfin, un dernier exemple de dénaturation du droit commun peut être cité, concernant l'indivision entre concubins. Approuvée par la Cour de cassation, une Cour d'appel a considéré que l'acquisition avait été intégralement financée par un seul des concubins mais, prenant en considération le fait que la concubine avait participé à l'activité professionnelle de son compagnon, a décidé que le partage de l'immeuble devait être effectué dans la proportion de trois quarts au bénéfice du concubin et à concurrence d'un quart au bénéfice de la concubine⁶⁰². La volonté de rétribuer la collaboration rémunérée de la concubine était certes louable ; pour autant, elle ne saurait se traduire par la modification des règles de la propriété. La concubine aurait dû obtenir une indemnité fondée sur l'enrichissement sans cause, laquelle serait venue en déduction de la créance dont elle était débitrice à l'égard de son concubin. Pour aboutir à un résultat comparable, la technique de la Cour d'appel était sans doute plus simple, mais au prix de la dénaturation des règles de l'indivision.

309. Parfois, les mécanismes de droit commun sont opérants, indépendamment de toute « *concubinarisation* »⁶⁰³. Toutefois, les résultats auxquels ils conduisent sont aléatoires ou insuffisants. Ainsi, la reconnaissance par la jurisprudence d'une obligation naturelle d'indemniser le préjudice consécutif à la rupture, indépendamment de toute faute, présente l'avantage d'éviter la dénaturation du droit commun de la responsabilité civile. Cependant, l'obligation naturelle n'empêche que la restitution des sommes volontairement acquittées et n'oblige que celui qui s'est volontairement engagé. L'enrichissement sans cause est une autre illustration des limites du recours aux procédés de droit commun. En application de la

tendances opposées, V. Com. 9 octobre 2001, Dr. Fam. 2002, comm. n°18, note H. LECUYER (position stricte) ; Civ. 1^{ère} 26 juin 2001, Dr. Fam. 2002, comm. n°28, note H. LECUYER (position plus souple).

⁶⁰¹ Selon l'expression de Monsieur PROTHAIS, V. *supra*, n°195.

⁶⁰² Civ. 1^{ère} 6 février 2001, Defrénois 2001, art. 37353, p. 593, n°31, obs. critiques de J. MASSIP.

⁶⁰³ Selon l'expression de Monsieur PROTHAIS, V. *supra*, n°195.

règle du double plafond, l'indemnité est égale à la plus faible des deux sommes que représentent d'une part l'enrichissement et, d'autre part, l'appauvrissement. Elle est par conséquent nulle dans l'hypothèse d'un enrichissement nul. L'indemnité allouée au membre du couple ayant collaboré de façon non rémunérée à la profession de l'autre est par conséquent nulle si ce dernier a fait faillite.

310. Pour toutes ces raisons, les solutions jurisprudentielles dégagées aux fins d'aboutir à une indemnisation du membre du couple qui, du fait de la rupture, connaît une disparité dans les conditions de vie respectives, et dont l'origine se situe dans un sacrifice consenti par lui pendant la vie commune, ne sauraient être considérées comme suffisantes. Il serait par conséquent nécessaire d'imposer aux concubins une entraide après leur rupture. Celle-ci devrait cependant être limitée.

§ 2. *La limitation de l'entraide*

311. Jusqu'en 1975, le Code civil prévoyait la survie de l'entraide conjugale au profit de l'époux qui avait obtenu le divorce contre son conjoint. En dépit des termes utilisés qui évoquaient ceux d'une obligation alimentaire, la pension de l'article 301, alinéa 1^{er}, ancien du Code civil visait à conserver, au profit de l'époux innocent, le maintien du train de vie dont il bénéficiait avant la rupture du lien conjugal⁶⁰⁴. Cette disposition fut supprimée par la loi du 11 juillet 1975, dont l'un des objectifs fut de faire du divorce une rupture définitive. Cette ambition a conduit à inscrire le principe de la disparition de la solidarité conjugale dans l'article 270 du Code civil. Ce principe est cependant assorti de deux exceptions, lesquelles sont autant de manifestations de l'entraide entre les anciens époux.

En cas de divorce pour rupture de la vie commune, le législateur déroge à l'objectif d'un divorce consommant une rupture définitive. Tout lien entre les anciens époux n'est pas rompu puisque le devoir d'entraide applicable durant le mariage, consistant à communiquer son train de vie à son conjoint, survit au profit du défendeur, jusqu'à son décès. La

⁶⁰⁴ L'ancien article 301, alinéa 1^{er}, du Code civil disposait que « si les époux ne s'étaient faits aucun avantage ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui accorder, sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet autre époux ». La pension alimentaire prévue par cette disposition fut l'objet de nombreuses controverses sur sa nature, indemnitaire ou alimentaire. Il était en revanche incontestable qu'elle visait l'harmonisation des conditions de vie des anciens conjoints, en particulier du fait de la révisabilité de la pension selon les besoins et les ressources des parties. V. C. PHILIPPE, Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale, L.G.D.J., 1981, p. 146 et s.

maintenance offerte à l'époux défendeur s'explique alors par la volonté de sanctionner l'époux qui obtient le divorce contre la volonté de l'autre.

Dans tous les autres cas de divorce, le Code civil prévoit l'attribution d'une prestation compensatoire, lorsque la rupture du mariage crée une disparité dans les conditions de vie respectives des époux. C'est sur cette seconde modalité de la survie du devoir d'entraide que se concentrent interrogations et critiques. L'ambiguïté de la définition légale de la prestation compensatoire (A.) est en effet susceptible de conduire à une interprétation jurisprudentielle extensive critiquable (B.).

A. L'ambiguïté de la définition légale de la prestation compensatoire

312. L'objectif de la prestation compensatoire, tel qu'il est défini par l'article 270 du Code civil, est de « *compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives des époux* » (C. civ., art. 270). L'incertitude de la formule, que la réforme du 30 juin 2000 n'a pas dissipée, tient à l'emploi du terme « *compenser* » par lequel le législateur semble vouloir définir tout à la fois l'étendue de l'entraide (1.) et les conditions de son existence (2.).

1. L'incertitude quant à l'étendue de l'entraide

313. Le verbe compenser permet, *a priori*, de définir l'étendue de l'aide apportée par un ancien époux à l'autre sous la forme d'une prestation compensatoire. Compenser signifie en effet rééquilibrer⁶⁰⁵. Dès lors, si les mots ont un sens, la prestation compensatoire a pour objectif, lorsqu'elle est accordée, de rééquilibrer les conditions de vie des anciens époux, d'harmoniser leurs trains de vie. En d'autres termes, la prestation compensatoire vise la maintenance du conjoint le moins fortuné⁶⁰⁶.

Tel était du reste le terme retenu à l'origine. Le texte initialement présenté usait en effet du terme de « *maintenance* » et non de celui de prestation compensatoire. Cette expression traduisait l'objectif de la conservation en l'état de la situation antérieure, du maintien du train de vie de son bénéficiaire. Soumis à l'examen du Conseil des ministres, le projet suscita cependant des critiques de la part du Président de la République qui souhaita l'emploi de

⁶⁰⁵ Dictionnaire Robert, V° *Compenser*.

⁶⁰⁶ En ce sens, A. SERIAUX, « La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris », R.T.D. Civ. 1997, p. 53, spéc. p. 56, n°3 (la prestation compensatoire « *a pour objet de procurer à l'époux créancier un maximum vital* ») et p. 63, n°7 (la prestation compensatoire s'inscrit « *dans la perspective des rares droits à la maintenance que connaisse, pour l'instant, le droit positif français* »).

termes du langage contemporain afin que le texte de la loi fût compréhensible par tous⁶⁰⁷. La nouvelle terminologie adoptée – prestation compensatoire – ne sembla pas recouvrir une dénaturation de la notion originaire. En témoigne la définition de la prestation compensatoire de Monsieur CARBONNIER, rédacteur du projet de loi : « *il peut se faire que toutes les ressources soient concentrées du même côté : en ce cas, il faut essayer de retrouver, par une prestation, l'équivalent de cette communication de ressources qui (même en l'absence de communauté) se pratiquait pendant le mariage* »⁶⁰⁸. Il est donc certain que la prestation compensatoire, lorsqu'elle est attribuée, ne se limite pas à fournir des aliments au conjoint dans le besoin⁶⁰⁹.

314. Toutefois, affirmer que la prestation compensatoire a pour objectif d'assurer le maintien du train de vie de son créancier n'est pas suffisant. Il faut, en outre, en déterminer la durée. La prestation compensatoire peut, en premier lieu, s'entendre d'une maintenance temporaire, destinée à permettre à son créancier de conserver son train de vie, le temps pour lui de s'organiser dans sa nouvelle vie et de prendre un nouveau départ. La prestation compensatoire peut également s'entendre, en second lieu, d'une maintenance à vie. La tâche est alors ardue pour les magistrats qui ont, depuis 1975, l'obligation de fixer la maintenance de manière forfaitaire. Cette difficulté, ajoutée à la souplesse de l'article 274 ancien du Code civil, qui retenait la modalité du capital lorsque la consistance des biens du débiteur le permettait, explique sans nul doute la tendance des magistrats à allouer des prestations compensatoires sous forme de rentes⁶¹⁰.

Dans l'hypothèse où la prestation compensatoire, visant la maintenance à vie, était versée sous la forme d'une rente viagère, il était alors tentant d'analyser la prestation compensatoire et la pension alimentaire versée au défendeur d'un divorce pour rupture de la vie commune comme deux expressions identiques de la survie du devoir d'entraide conjugale après

⁶⁰⁷ V. C. PHILIPPE, Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale, L.G.D.J., 1981, p. 188.

⁶⁰⁸ Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 611.

⁶⁰⁹ Parfois, le montant de la prestation ne permet que d'assurer le minimum vital à l'époux créancier. Il s'agit cependant d'hypothèses où les ressources des parties sont faibles. On ne saurait en déduire que la prestation compensatoire se limite à garantir un minimum vital à son créancier.

C'est ce qui expliquerait, selon Monsieur SERIAUX, que la Cour de cassation ait déclaré la prestation compensatoire insaisissable pour le tout dans un arrêt de 1985, alors même qu'elle avait affirmé sa nature hybride, pour partie indemnitaire et pour partie alimentaire (« La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris », R.T.D. Civ. 1987, p. 53, n°3).

⁶¹⁰ D'autres arguments militaient en faveur de l'octroi d'une prestation compensatoire sous forme de rente. Tout d'abord, l'avantage fiscal de la déductibilité de la rente était un critère de choix. Ensuite, la simplicité de la gestion mensuelle pour les femmes qui ne travaillent pas en était un autre. Du reste, les données statistiques sur lesquelles les débats parlementaires ont porté établissent que la demande visait, sept fois sur dix, une rente mensuelle fixe et, seulement trois fois sur dix, un capital. V. Rapport A.N., n°2114, 31 janvier 2000, par A. VIDALIES.

divorce. Telle fut la thèse soutenue par Madame PHILIPPE⁶¹¹. La différence de régime entre les deux modalités du devoir d'entraide apparaissait alors gravement inéquitable pour le débiteur d'une prestation compensatoire. Forfaitaire, celle-ci ne pouvait être révisée que dans des cas exceptionnellement graves, entendus restrictivement par la jurisprudence⁶¹². En outre, la prestation compensatoire n'était pas supprimée de plein droit par le remariage ou le concubinage notoire du créancier.

Il a alors été soutenu que l'échec de la loi de 1975 était dû à un détournement par la jurisprudence des intentions du législateur. C'est oublier un peu vite que l'objectif de la prestation compensatoire ne ressort pas clairement de la loi, objectif que la loi du 30 juin 2000 ne contribue guère à clarifier.

315. La réforme ne modifie pas, en effet, la définition de la prestation compensatoire et n'apporte que des remaniements mineurs aux dispositions relatives à son évaluation. Elle se concentre sur les modalités de la prestation compensatoire⁶¹³ dont il est néanmoins possible de tirer, implicitement, deux enseignements.

D'une part, les conditions exceptionnelles dans lesquelles la prestation compensatoire peut être octroyée sous forme de rente viagère (C. civ., art. 276) conduisent la majorité de la

⁶¹¹ Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale, L.G.D.J., 1981, p. 183 et s. La dualité des modalités de la survie du devoir de secours ne serait alors due, selon l'auteur, qu'à des considérations psychologiques. L'introduction du divorce pour rupture de la vie commune fut en effet l'objet de vives controverses. On le qualifia de répudiation. Il fallait ainsi, pour le faire accepter, que l'entraide conjugale conserve la même appellation.

Telle est la signification de la nature alimentaire qu'une partie de la doctrine attribue à la prestation compensatoire. En effet, lorsque des auteurs qualifient d'alimentaire la prestation compensatoire, ils ne visent pas une obligation alimentaire *stricto sensu*, mais la survie du devoir d'entraide conjugale des articles 212 et 214 du Code civil et leur objectif d'harmonisation des conditions de vie des époux.

⁶¹² L'« *exceptionnelle gravité* » autorisant la révision n'était notamment pas caractérisée par le retour à meilleure fortune du créancier. En outre, la qualité de chômeur ou de bénéficiaire du R.M.I. n'entraînait pas un droit subjectif à la révision, pas davantage que la mise à la retraite anticipée même si le solde après paiement de la prestation compensatoire est inférieur à celui du bénéficiaire. V. par exemple Civ. 1^{ère} 12 mars 1997, D. 1998, somm. comm. 242, obs. C. WILLMANN.

⁶¹³ Elle se concentre également sur la révision de la prestation compensatoire, révision que la jurisprudence interdisait par une interprétation stricte de l'exceptionnelle gravité : « *bien relayé par les médias, l'intérêt particulier de quelques débiteurs en situation difficile est ainsi parvenu à se confondre avec l'intérêt général qui commande habituellement les lois* » (J.-J. LEMOULAND, « Les motifs de la loi [du 30 juin 2000] et son application dans le temps », Droit et patrimoine n°110, décembre 2002, p. 51).

Sur la réforme de la prestation compensatoire par la loi du 30 juin 2000, V. N. COUZIGOU-SUHAS, « La prestation compensatoire « formule 2000 » : de quelques illusions perdues », Gaz. Pal. 2000, doctr., 2, p. 1926 ; F. DOUET, « Les aspects fiscaux de la loi relative à la prestation compensatoire en matière de divorce », Dr. Fam. 2000, chr. n°18 ; H. LECUYER, « La loi n°2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce. Etude de droit civil », Dr. Fam. 2000, chr. n°17 ; J. MASSIP, « Divorce : la réforme des prestations compensatoires », Defrénois 2000, art. 37267, p. 1329.

doctrine à interpréter celle-ci comme une maintenance à vie, survie du devoir d'entraide conjugale⁶¹⁴.

D'autre part, le fait que, dans toutes les autres hypothèses, le juge ait l'obligation de fixer la prestation sous forme d'un capital dont le remboursement ne peut excéder huit annuités rend difficilement concevable une maintenance à vie. Il n'en demeure pas moins que la loi, expressément, ne dissipe en rien les incertitudes relatives à l'étendue de l'aide apportée à l'un des anciens conjoints sous la forme d'une prestation compensatoire, ni du reste les incertitudes relatives aux conditions d'existence de l'entraide.

2. *L'incertitude quant aux conditions d'existence de l'entraide*

316. Pour obtenir une prestation compensatoire, deux conditions doivent être réunies de façon certaine. En premier lieu, l'époux qui sollicite une prestation compensatoire ne doit pas être celui aux torts exclusifs duquel le divorce a été prononcé. L'article 280-1 du Code civil le déchoit en effet de tout droit à prestation compensatoire. En second lieu, il pèse sur l'époux demandeur la charge de prouver l'existence d'une disparité des conditions de vie, à son détriment, au jour du divorce.

Si ces conditions étaient les seules exigées, la prestation serait octroyée à tout conjoint non exclusivement fautif qui, du fait du divorce, connaîtrait une baisse de son train de vie. Elle pourrait alors être analysée comme la survie du devoir d'entraide conjugale au-delà de la dissolution du lien. Ce serait cependant ignorer que compenser ne signifie pas seulement rééquilibrer mais également dédommager⁶¹⁵. Or, les réflexions qui eurent lieu en 1975 relativement à la dénomination de l'aide après divorce donnent à penser que le vocabulaire

⁶¹⁴ En ce sens, H. LECUYER, « La loi n°2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce. Etude de droit civil », Dr. Fam. 2000, chr. n°17, p. 8 ; A. BATTEUR et G. RAOUL-CORNEIL, « Fin ou éclatement de la prestation compensatoire ? », Droit et patrimoine n°97, octobre 2001, p. 41 et s. D'autres dispositions s'inscrivent dans cette analyse de la rente compensatoire, telle la déduction de plein droit de la rente de la pension de réversion (C. civ., art. 276-2). On comprend alors mal pour quelle raison l'article 276-3 du même code refuse au créancier de la rente compensatoire la possibilité d'en solliciter la révision à la hausse.

Et, de fait, le montant des rentes viagères accordées depuis la loi du 30 juin 2000 témoignent de la volonté des juges du fond de maintenir le train de vie du créancier. V. les exemples cités par J. HUGOT et J.-F. PILLEBOUT, « Prestation compensatoire : l'application de la loi du 30 juin 2000 en chiffres », J.C.P. 2002, éd. N, 1572.

V. aussi Paris, 5 décembre 2002, Gaz. Pal. 8-9 janvier 2003, p. 5, note S. PETIT : « malgré son caractère mixte, indemnitaire et alimentaire, la rente compensatoire après divorce est totalement assimilée aux créances alimentaires. Etant incessible et insaisissable, elle est privée de valeur patrimoniale imposable et dès lors n'entre pas dans l'assiette de l'I.S.F. ».

⁶¹⁵ Dictionnaire Robert, V° *Compenser*.

lié à la compensation ne fut pas choisi au hasard⁶¹⁶. La Cour de cassation a du reste affirmé, à de nombreuses reprises, que la prestation compensatoire présente un caractère indemnitaire⁶¹⁷.

317. Le législateur de 1975 ayant souhaité détacher la prestation compensatoire de l'attribution des torts, l'indemnité n'est certainement pas destinée à réparer les fautes. Deux dédommagements sont alors envisageables.

On peut imaginer que la prestation compensatoire vise à dédommager l'époux le moins fortuné du préjudice que lui cause la perte de la contribution aux charges de la vie commune, laquelle lui permettait de bénéficier du train de vie supérieur de son conjoint⁶¹⁸. Autant dire que la seule disparité des conditions de vie suffirait à ouvrir droit à une prestation compensatoire⁶¹⁹.

Il existe pourtant une autre façon de comprendre le terme compenser, à l'aune des critères légaux d'évaluation de la prestation compensatoire (C. civ., art. 272). Le législateur invite en effet les magistrats à tenir compte d'un certain nombre de facteurs pour la détermination des besoins et des ressources des parties, lesquels donnent à penser que la prestation aurait pour objectif de compenser un sacrifice du créancier, à l'origine de la disparité dans les conditions de vie respectives, révélée par le divorce. En effet, que les magistrats tiennent compte du temps restant à consacrer à l'éducation des enfants est légitime car cet élément leur permet d'évaluer, dans un avenir prévisible, les disponibilités professionnelles de l'époux qui aura, de manière habituelle, la charge des enfants. En revanche, on ne voit pas bien l'intérêt de la prise en considération du « *temps déjà consacré à l'éducation des enfants* », à moins que la prestation compensatoire ait pour objet de dédommager le sacrifice professionnel de l'un des époux. Un autre élément est également

⁶¹⁶ En 1975, le changement de vocabulaire correspondait à « *une volonté expresse de transformation de la nature imprimée aux droits pécuniaires entre divorcés* » (L. LEVENEUR, « Le choix des mots en droit des personnes et de la famille », in Les mots du droit, sous la dir. de N. MOLFESSIS, Economica, 1999, p. 26).

⁶¹⁷ V. en premier lieu Civ. 2^{ème} 27 juin 1985, D. 1986, 230, note C. PHILIPPE.

A cet égard, il faut noter que la Cour de cassation ne tire pas les conséquences du caractère hybride, alimentaire et indemnitaire, de la prestation compensatoire. Elle se fonde en effet sur son caractère partiellement alimentaire pour la faire échapper en totalité à la saisissabilité et, par voie de conséquence, au mécanisme de la compensation des dettes. V. en dernier lieu Civ. 2^{ème} 23 mai 2002, Dr. Fam. 2002, comm. n°126, note H. LECUYER.

⁶¹⁸ En ce sens, A. SERIAUX, « La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris », R.T.D. Civ. 1997, p. 59, n°4.

⁶¹⁹ L'analyse du rédacteur de l'article 270 du Code civil ne nous apprend guère plus : « *il ne s'agit pas d'une obligation alimentaire prolongeant le devoir de secours (...). Il ne s'agit pas davantage d'une indemnité délictuelle qui réparerait le préjudice résultant de la dissolution du mariage : on n'est pas sur le terrain délictuel, puisque la prestation compensatoire peut être due en dehors de toute relation de responsable à victime. La prestation compensatoire est la valeur que l'un des conjoints doit fournir à l'autre afin de rétablir entre eux, au sortir du mariage, l'équilibre des conditions pécuniaires de vie* » (J. CARBONNIER, Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 611).

troublant. Depuis la loi du 30 juin 2000, le législateur invite le magistrat à prendre en considération la durée du mariage, dans l'évaluation des besoins et des ressources des parties⁶²⁰. Pour quelle raison, cependant, la durée du mariage influencerait-elle sur les besoins et les ressources des parties ? Si la seule disparité dans les conditions de vie au jour du prononcé du divorce suffit à ouvrir droit à prestation compensatoire, la durée du mariage devrait être indifférente. *A contrario*, si cet élément doit être pris en considération, deux interprétations sont possibles. Ou bien la maintenance n'est légitime que si le mariage a duré suffisamment longtemps. Ou bien le législateur a conçu la prestation compensatoire comme le dédommagement de la disparité des conditions de vie, lorsqu'elle a été provoquée par un sacrifice intervenu durant le mariage, sacrifice rendu d'autant plus probable que le mariage a duré longtemps. A cet égard, il faut noter la fréquence des arrêts qui s'appuient sur la collaboration non rémunérée d'un conjoint à l'activité professionnelle de l'autre, et sur le fait que le régime de séparation de biens n'avait permis au conjoint non rémunéré de n'en tirer aucun profit, pour accorder une prestation compensatoire⁶²¹.

Si l'on retient cette conception du dédommagement, subordonnée à un sacrifice, l'indemnité exceptionnelle allouée à l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce a été prononcé, compte tenu de la durée de la vie commune et de la collaboration apportée à la profession de l'autre, ne serait pas si éloignée de la prestation compensatoire. Ce qui expliquerait les décisions qui les assimilent⁶²².

318. Ainsi que le souligne Monsieur LECUYER, « *convenons-en, pour ne point l'accabler, la prestation compensatoire n'a pas eu de chance dans la vie : elle est mal née et, en plus, elle a été mal élevée* »⁶²³. L'ambiguïté originelle de la définition de la prestation compensatoire n'a pas, en outre, été dissipée par la réforme du 30 juin 2000. En effet, le

⁶²⁰ L'élément était fréquemment retenu par les juges, bien avant que la loi du 30 juin 2000 ne l'ajoute à la liste de l'article 272 du Code civil.

⁶²¹ V. par exemple Bordeaux, 26 mars 1996, Civ. 2^{ème} 19 novembre 1997, Le couple en 200 décisions, Dr. Fam. Hors série, novembre 2001, n°174 et 175, note H. LECUYER.

De nombreux juges ont ainsi tendance à donner priorité aux critères posés par l'article 272 du Code civil pour corrélérer, ensuite, le montant de la prestation à la disparité des situations, alors que le texte actuel postule le principe inverse. V. D. GANANCIA, « Pour un divorce du XXI^{ème} siècle », Gaz. Pal. 1997, doctr., 1, p. 667.

⁶²² La Cour de cassation qualifie ainsi l'indemnité exceptionnelle de prestation compensatoire pour l'application de l'article 1076-1 du nouveau Code de procédure civile. V. Civ. 2^{ème} 19 février 1997, Dr. Fam. 1997, comm. n°105, note H. LECUYER.

Contra, Civ. 2^{ème} 14 mai 1996, Le couple en 200 décisions, Dr. Fam. Hors série, novembre 2001, n°199, note H. LECUYER : il y aurait modification de l'objet du litige, donc violation de l'article 5 du nouveau Code de procédure civile si, le demandeur sollicitant une prestation compensatoire, les juges lui allouaient une indemnité exceptionnelle.

⁶²³ « Le notaire et la prestation compensatoire : problèmes liés à la durée de la prestation compensatoire » Droit et patrimoine n°70, avril 1999, p. 46. La prestation compensatoire est mal née car son concepteur n'a pas voulu en livrer l'exacte nature, indemnitaire ou alimentaire ; elle a été mal élevée du fait de l'attitude de la jurisprudence, paradoxalement mélangée de laxisme et de rigidité.

droit positif oscille toujours entre maintenance temporaire et maintenance à vie, d'une part, entre compensation de la perte de la contribution aux charges de la vie commune et compensation du sacrifice ayant entraîné la disparité dans les conditions de vie respectives des époux, révélée lors du divorce, d'autre part.

Or, tant que les vrais problèmes ne seront pas posés – et il ne semble pas qu'ils le soient alors même qu'une réforme du divorce est en cours⁶²⁴ – les difficultés relatives aux modalités de la prestation compensatoire, à sa transmissibilité active et passive, à sa révision, ou encore à l'incidence de la formation d'un nouveau couple par le débiteur ou le créancier ne pourront être résolues de manière cohérente. En effet, toutes ces questions participent intimement de l'objectif que l'on assigne à la prestation compensatoire et de l'étendue de l'aide qu'elle réalise⁶²⁵.

De surcroît, l'ambiguïté de la définition légale de la prestation compensatoire offre un terrain idéal à des interprétations jurisprudentielles variables⁶²⁶. L'une d'entre elles, qui tend à accorder au conjoint le moins fortuné un droit à la maintenance à vie, sans autre condition, devrait aujourd'hui être exclue.

B. La critique de l'interprétation jurisprudentielle extensive

319. L'ambiguïté de la définition de la prestation compensatoire confère à la jurisprudence un rôle de premier plan. Peut-être était-ce l'intention du législateur, lequel aurait laissé planer le doute sur l'étendue et les conditions de l'entraide entre les anciens époux afin que la jurisprudence en conduise l'évolution, parallèlement à l'évolution économique et sociologique. En tout état de cause, dès 1975, une partie de la jurisprudence a

⁶²⁴ On peut en effet regretter que les réformes du divorce, tel le projet de loi déposé au Sénat le 9 juillet 2003 (www.senat.fr), ne soit pas une réforme d'ensemble du divorce mais porte essentiellement sur la rénovation des cas et procédures de divorce, sans renouvellement de la réflexion sur la prestation compensatoire et autres conséquences financières du divorce. Il serait certes faux d'affirmer que la proposition de réforme ne concerne que les cas de divorce. Néanmoins, aucune modification n'est apportée à la définition de la prestation compensatoire.

⁶²⁵ Ainsi, si la prestation compensatoire s'analyse comme la survie du devoir d'entraide conjugale et vise, comme celui-ci, à ce que le plus fortuné des anciens époux communique son train de vie à l'autre, le remariage de ce dernier devrait entraîner sa suppression, la révision devrait être largement ouverte à la baisse, comme à la hausse, et la transmissibilité, au moins active, exclue. A l'inverse, si la prestation compensatoire offre au créancier une maintenance temporaire destinée, d'une part, à indemniser le sacrifice consenti pendant le mariage et, d'autre part, à assurer sa reconversion, le remariage du créancier ne devrait avoir aucune incidence, la révision ouverte seulement exceptionnellement et le principe de la transmissibilité active et passive de la prestation compensatoire expressément posé.

⁶²⁶ V. D. MOOS, « Des aléas de l'allocation et du calcul de la prestation compensatoire », *Gaz. Pal.* 1997, *doctr.*, 2, p. 1576.

profité de l'ambiguïté de la définition de la prestation compensatoire pour la tirer vers le haut, vers la maintenance à vie du conjoint le moins fortuné, sans autre condition⁶²⁷.

Ce qui était compréhensible, et même souhaitable, dans le contexte contemporain de la réforme de 1975, ne l'est cependant plus aujourd'hui. La prestation compensatoire ne devrait plus être interprétée comme la traduction d'un droit acquis du conjoint le moins fortuné au maintien de son train de vie. En effet, aucun des arguments qui, naguère, militait en faveur de l'existence d'un tel droit, ne saurait aujourd'hui le justifier : ni l'argument de l'indissolubilité du mariage (1.), ni celui des destinataires principales de la prestation compensatoire (2.).

1. Le rejet de l'argument de l'indissolubilité du mariage

320. Le premier argument qui justifiait la conservation de son train de vie à l'un des conjoints était l'indissolubilité du mariage, laquelle subsistait en dépit de la laïcisation du mariage et de l'admission du divorce. L'indissolubilité conduisait, notamment, à faire survivre le devoir d'entraide au-delà de la dissolution du lien conjugal par divorce : « *l'engagement de subvenir aux besoins de son conjoint est perpétuel, le mariage ne l'est pas forcément* »⁶²⁸. L'influence de cette conception du mariage sur l'entraide entre les anciens époux après divorce connut elle-même une évolution.

321. Dans un premier temps, l'indissolubilité du mariage conduisit à n'envisager le divorce que comme un mal, une sanction. De ce fait, l'époux innocent ne pouvait perdre aucun des avantages qui résultaient pour lui de la vie commune. Et, parallèlement, l'époux coupable devait être sanctionné. Jusqu'à la réforme du divorce du 11 juillet 1975, notre droit organisait ainsi le prolongement du devoir de secours, sous la forme de la pension de l'article 301, alinéa 1^{er}, du Code civil, au seul profit de l'époux innocent.

⁶²⁷ V. par exemple Civ. 1^{ère} 8 décembre 1998, Defrénois 1999, art. 37031, p. 935, n°64, obs. J. MASSIP.

La tendance ne doit cependant pas être exagérée. Les données statistiques, datant de 1996, qui ont soutenu le débat parlementaire, établissent que la prestation compensatoire ne touche qu'un petit nombre de divorces, soit 13,7 % du contentieux global. Dans 80 % des cas, elle prend la forme d'une rente, mais dans 60 % des cas, elle est limitée dans le temps, et pour une durée inférieure à dix ans dans 75 % des cas. V. Rapport A.N., n°2114, 31 janvier 2000, par A. VIDALIES. De même, certaines décisions des juridictions du fond, qui n'accordent qu'une faible prestation compensatoire à l'épouse alors même que la disparité dans les conditions de vie est patente, semblent prendre en considération le jeune âge de celle-ci, lui permettant vraisemblablement de retrouver une activité professionnelle. V. par exemple Besançon, 10 mai 2001, cité par J. HUGOT et J.-F. PILLEBOUT, « Prestation compensatoire : l'application de la loi du 30 juin 2000 en chiffres », J.C.P. 2002, éd. N, 1572.

⁶²⁸ C. PHILIPPE, Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale, L.G.D.J., 1981, p. 145.

Dans un second temps, l'indissolubilité du mariage exerça une influence différente sur l'appréhension de l'entraide entre les époux après divorce. L'idée persista selon laquelle la durée du devoir d'entraide conjugale ne dépend plus, une fois qu'il a été accepté, de la volonté des époux. Ses modalités furent cependant conçues différemment. L'ouverture des cas de divorce en 1975 en témoigne : le divorce n'était plus envisagé exclusivement comme la sanction ultime des devoirs du mariage, mais également comme le constat de la faillite objective du couple. Il n'était dès lors plus concevable de subordonner l'entraide à l'innocence du conjoint et de faire survivre le lien conjugal, même partiellement, après divorce. Détachée en principe de l'attribution des torts, la prestation compensatoire devait opérer un solde de tout compte. Malgré tout, l'idée a persisté dans l'opinion publique, selon laquelle l'époux le moins fortuné devait pouvoir exiger le maintien de son train de vie, sauf à être déchu de ce droit si le divorce était prononcé à ses torts exclusifs. A cette époque, « *la conscience se révolte à la pensée qu'après avoir pris l'engagement solennel d'aider et de secourir son conjoint dans toutes les épreuves de la vie, de l'associer à sa bonne comme à sa mauvaise fortune, de partager avec lui le fruit de ses travaux et le poids de ses peines, un époux oublieux de ses devoirs puisse s'en libérer au prix d'une quelconque indemnité* »⁶²⁹. Et cette idée a été relayée par les juges, qui profitèrent de l'ambiguïté de la définition légale de la prestation compensatoire pour l'interpréter dans le sens maximaliste qui convenait à la société.

322. Aujourd'hui, l'indissolubilité du mariage a vécu⁶³⁰. Si le divorce ne cesse pas d'être envisagé comme un échec⁶³¹, il est toutefois conçu, chaque jour davantage, comme la « *liquidation d'une entreprise qui a manqué son but* »⁶³². La proposition de consacrer un droit au divorce et de supprimer le divorce pour faute parachèverait cette tendance⁶³³.

Loin de perdre toute spécificité, le mariage demeure l'engagement social plénier, par lequel deux personnes s'engagent personnellement et pécuniairement à se porter secours et

⁶²⁹ J. MIRAT, L'obligation alimentaire entre époux en cas de divorce (article 301 C.C.), Thèse Paris, 1930, p. 154.

⁶³⁰ « *Le principe d'indissolubilité s'est déplacé de la conjugalité à la filiation* » (J. EEKELAAR, cité par I. THERY, Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, ministre de la justice, La documentation française, Ed. Odile Jacob, 1998, p. 34).

Sur la survie de l'indissolubilité partielle du premier mariage, par opposition aux suivants, V. J.-C. GUYOT, « Prestation compensatoire : la vision d'un sociologue », A.J. Fam. avril 2002, p. 141.

⁶³¹ V. J. CARBONNIER, Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2001, p. 260 et s.

⁶³² J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille, L.G.D.J., 1991, p. 76, n°84.

⁶³³ Telle était l'ambition de la réforme dite COLCOMBET (V. les commentaires doctrinaux cités *supra*, note 269), non reprise par le projet de loi relatif au divorce déposé le 9 juillet 2003 au Sénat (www.senat.fr).

assistance, et la structure dans laquelle s'exerce la présomption de paternité. Cependant, la modification de l'appréhension du mariage et de sa dissolution par divorce entraîne inéluctablement une modification de l'appréhension de ses conséquences financières. Si le mariage n'est plus envisagé comme indissoluble et si le divorce n'est plus considéré comme la sanction du non respect de cette indissolubilité, la solidarité antérieure ne saurait désormais justifier un droit acquis au maintien des conditions de vie de l'époux le moins fortuné⁶³⁴.

323. Un second argument au soutien d'un droit acquis au maintien des conditions de vie tenait à la situation des destinataires principales des compensations pécuniaires après divorce, c'est-à-dire les femmes. Cet argument a lui-aussi vécu et ne saurait justifier une interprétation jurisprudentielle extensive de la définition de la prestation compensatoire.

2. *Le rejet de l'argument des destinataires principales de la prestation compensatoire*

324. Lors de l'élaboration de la notion de prestation compensatoire, le schéma social classique était celui de la femme au foyer, se consacrant à l'entretien de son ménage et à l'éducation de ses enfants, ou de la femme collaborant de façon non rémunérée à la profession de son mari ou, à tout le moins, de la femme dotée d'un emploi nettement moins rémunérateur que son mari. Dans ce contexte, il était inadmissible et inconcevable de laisser cette catégorie de la population à la charge de la société en cas de divorce. L'argument socio-économique de la situation professionnelle des femmes peut cependant aujourd'hui être renversé.

325. A l'heure actuelle, la règle est celle de l'activité professionnelle de la femme, même si l'on déplore toujours, dans le secteur privé, un écart de salaire à son détriment de l'ordre de 20 %⁶³⁵. Fondée sur l'égalité en droit des époux et leur égale capacité à se procurer des ressources par leur travail, l'idée selon laquelle les conjoints doivent, dans toute la mesure du possible, assumer eux-mêmes leur subsistance après le divorce a ainsi pénétré un certain nombre de pays occidentaux⁶³⁶. En France, il a été relevé qu'*« il est de l'intérêt*

⁶³⁴ En outre, la disparition du divorce pour faute, si elle était consacrée, conduirait à ne plus sanctionner le défaut d'exécution par un époux de son obligation de contribution. Dans cette hypothèse, il serait étrange d'imposer à ce dernier l'exécution d'une obligation équivalente après prononcé du divorce.

⁶³⁵ V. Z. DJIDER (sous la dir. de), *Femmes et hommes. Regards sur la parité*, I.N.S.E.E., 2^{ème} éd., 2003 (mise à jour de l'édition papier 2001, www.insee.fr).

⁶³⁶ V. M.-T. MEULDERS-KLEIN (sous la dir. de), *Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, Travaux des VIII^{èmes} journées d'études juridiques Jean Dabin, L.G.D.J., 1978.

des femmes de prendre conscience que le mariage n'est pas une assurance vie et qu'il faut compter sur leurs propres forces, c'est-à-dire avoir un métier et travailler »⁶³⁷. Eu égard à cette philosophie, la prestation compensatoire ne saurait, aujourd'hui, avoir pour but de maintenir, par principe, les conditions de vie dont l'époux le moins fortuné bénéficiait. Autrement dit, la prestation compensatoire ne saurait consacrer un droit acquis au maintien des conditions de vie, sur le seul fondement de la solidarité passée.

L'inégalité de fait qui peut exister sur le plan financier entre les membres d'un couple ne devrait donc pas être compensée, de façon systématique, par l'octroi d'une prestation compensatoire⁶³⁸. En particulier, cette dernière ne saurait servir, sans autre condition, de rectificatif aux règles issues du régime matrimonial. En effet, si le couple n'a pas souhaité adopter un régime de participation du moins fortuné d'entre eux à l'enrichissement de l'autre, la prestation compensatoire ne saurait y remédier, faute de respecter la volonté des époux. De même, si la liquidation d'un tel régime et le partage qui en résulte ne permettent pas d'assurer aux membres du couple une égalité de leurs trains de vie, en raison, par exemple, du fait que l'un d'eux dispose d'un patrimoine personnel conséquent, la prestation compensatoire ne saurait servir de palliatif.

326. La philosophie d'autonomisation des époux, qui condamne le droit acquis au maintien des conditions de vie du moins fortuné d'entre eux, ne s'appuie pas seulement sur l'évolution de la situation professionnelle féminine. La multiplication des divorces et, corrélativement, des recompositions familiales rendent aujourd'hui inadmissibles les sujétions qu'entraîne l'allocation de prestations compensatoires destinées à maintenir au profit du conjoint le moins fortuné le train de vie dont il pouvait bénéficier pendant le mariage. Le phénomène du remariage a, du reste, vocation à s'accroître dans la mesure où l'âge du premier divorce tend à diminuer et où l'espérance de vie tend à augmenter⁶³⁹. Dans ce contexte, et indépendamment de toute appréciation subjective sur le sujet, il n'est plus envisageable d'handicaper la vie économique des familles successives, sans parler de la transmission passive de la prestation compensatoire.

⁶³⁷ Intervention de V. NEIERTZ devant l'Assemblée nationale, rapportée par C. FABRE et P. KREMER, *Le Monde*, 22 février 2000, p. 10.

⁶³⁸ En ce sens, D. GANANCIA, « Pour un divorce du XXI^{ème} siècle », *Gaz. Pal.* 1997, doct., 1, p. 666 : « L'inégalité des situations des époux due à leur seule équation personnelle (diplômes, force de travail personnel, fortune familiale, etc.) ne peut servir de fondement aujourd'hui à un rééquilibrage des situations ».

⁶³⁹ Le remariage doit s'entendre au sens large de la formation d'un nouveau couple.

Sur l'augmentation de l'espérance de vie, V. *infra*, n°402. Sur la fréquence des remariages, au sens large, V. I. THERY, Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, Ed. Odile Jacob, 1998, p. 176, tableau 10.

Certes, la réforme de la prestation compensatoire issue de la loi du 30 juin 2000 constitue un progrès en ce qu'elle privilégie l'attribution de la prestation compensatoire sous forme de capital et permet, ainsi, d'espérer que le débiteur se sera acquitté de sa dette avant son décès. L'attribution en capital vise en effet un apurement définitif des comptes, tandis que le recours systématique aux rentes avait largement perverti le système tel qu'il avait été voulu par le législateur de 1975. C'est cependant sans compter sur la nécessité, pour un grand nombre de débiteurs de prestations compensatoires, de recourir à l'emprunt pour constituer un capital, compte tenu de l'importance quantitative que celui-ci peut revêtir ou, à tout le moins, de verser le capital par fractions échelonnées. Psychologiquement, que la prestation compensatoire prenne la forme d'une rente temporaire ou celle du remboursement d'un emprunt sur la même période, son débiteur a le même sentiment d'un maintien irrationnel – même s'il n'est que partiel – du lien conjugal. Et, économiquement, le handicap vécu est identique. La seule réforme des modalités d'attribution de la prestation compensatoire, telle qu'elle a été opérée par la loi du 30 juin 2000, est par conséquent insuffisante ; la réflexion aurait également dû porter sur l'objectif de la prestation compensatoire⁶⁴⁰.

327. Conclusion de la Section 1 – L'étude des règles relatives à l'entraide dans le couple après rupture conduit à envisager la nécessité d'une entraide limitée. Du bilan de la liquidation du couple non marié, il faut en effet retenir que l'absence totale d'entraide entre les membres d'un couple après sa rupture n'est pas opportune. Critiquer l'interprétation jurisprudentielle extensive de la définition de la prestation compensatoire ne conduit pas, dès lors, à remettre en cause toute entraide entre les anciens époux. En particulier, la promotion de l'autonomie des individus ne devrait pas conduire les femmes « *les moins bien dotées à payer le prix de l'égalité et de la liberté individuelle formelles* »⁶⁴¹. Que le couple soit marié ou non, certaines situations exigent ainsi que l'un d'entre eux porte son soutien à l'autre après rupture.

L'état des lieux a également permis de dégager quelques uns des traits du devenir du devoir d'entraide entre les membres d'un couple après rupture, qui pourraient servir de

⁶⁴⁰ Cette réflexion est du reste présente dans d'autres pays européens. En Belgique, un certain nombre de magistrats n'acceptent plus, comme par le passé, que l'un des époux persiste à se positionner en situation de dépendance économique à l'égard de l'autre après la rupture du couple. Ces magistrats perçoivent alors la pension alimentaire comme une aide momentanée à la reconversion et ils la limitent dès lors dans le temps. Une proposition de loi envisage ainsi d'inscrire le principe selon lequel le divorce implique un « *retour à l'autonomie des deux ex-partenaires dans la société* ». V. J.-L. RENCHON, « Où vont le mariage et le concubinage ? Etat des lieux en Belgique », in *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 503.

⁶⁴¹ F. SHULTHEIS, cité par F. DE SINGLY, « Nouvelles familles, nouvelles politiques », in *La politique sociale*, sous la dir. de J. COMMAILLE et F. DE SINGLY, Problèmes pratiques et sociaux, n°761, La documentation française, p. 48.

guides dans l'élaboration des critères d'une entraide limitée dans un droit commun impératif de la liquidation de la vie du couple.

Section 2. - Les critères d'une entraide limitée

328. La désinvolture dont le législateur a fait preuve s'agissant de la rupture du pacs a été unanimement critiquée⁶⁴². L'attention des commentateurs de la loi s'est, cependant, essentiellement concentrée sur la dissolution par volonté unilatérale, souvent qualifiée de répudiation⁶⁴³. Quant à l'absence d'entraide entre les anciens partenaires, la doctrine la déplore et pronostique, à regret, l'extension de la jurisprudence applicable aux concubins, sans pour autant proposer de système alternatif⁶⁴⁴. Peu d'auteurs militent, en outre, pour un principe d'entraide entre les concubins simples après rupture⁶⁴⁵. Les réflexions doctrinales sur le devenir de l'entraide entre les membres d'un couple semblent ainsi focalisées sur celle qui unit les anciens époux et, notamment, sur une éventuelle évolution de la définition de la prestation compensatoire.

329. Pourtant, à partir des éléments qui ont été dégagés de l'état des lieux précédemment dressé du droit positif relatif à la rupture des couples, et en s'inspirant parfois de modèles étrangers, un système d'affectation à la soutenance après rupture, commun à tous les couples, peut être envisagé. Nous en exposerons tout d'abord les règles, communes à tous les couples (§ 1.), avant d'en indiquer les limites (§ 2.).

§ 1. Les règles d'un droit commun de la soutenance en cas de rupture

330. L'étude de la prestation compensatoire a mis en lumière les inconvénients, théoriques et pratiques, d'un principe qui reposerait sur la survie du devoir d'entraide après

⁶⁴² V. par exemple, R. CABRILLAC, « Libres propos sur le pacs (après l'adoption du texte en première lecture par l'Assemblée nationale) », D. 1999, chr. 71.

A cet égard, il est à noter que les propositions de loi précédant le pacs n'étaient pas davantage prolixes sur le règlement des conséquences de la rupture et, en particulier, sur une quelconque prestation compensatoire. V. I. THERY, « Le contrat d'union sociale en question », Revue Esprit octobre-décembre 1997, Annexe II, « Les différentes propositions de contrat et le mariage : analyse juridique comparée », p. 196.

⁶⁴³ V. P. MALAURIE, « Un statut légal du concubinage ? Cuc, Pic, Pacs et autres avatars du mariage », Defrénois 1998, art. 36838, p. 878 : « à un sous-mariage, un sous-divorce, ce qui a aussi pour effet la vulnérabilité du membre du couple le plus faible et le plus aimant, qui ne bénéficierait pas de la protection pourtant médiocre qu'offre actuellement la procédure judiciaire du divorce. Vive alors la répudiation unilatérale ! Malheur aux faibles et aux aimants ! ».

⁶⁴⁴ V. *supra*, n°299.

⁶⁴⁵ V. cependant V. GERNEZ, « Pour un statut matrimonial unifié, libre, égal et solidaire pour tous », Droit et Patrimoine n°68, février 1999, p. 95 ; « Couple, famille et société : quel droit pour demain ? », P.A. 27 juin 2000, n°127, p. 8.

divorce, sans autre condition, le conjoint le moins fortuné disposant alors d'un droit à la maintenance. A l'inverse, le contentieux douloureux de la rupture des concubins révèle les faiblesses d'un système qui accorderait une importance trop poussée à l'autonomie financière des membres d'un couple. La présence d'une communauté de vie contribue en effet nécessairement, à plus ou moins grande échelle, à créer des situations de dépendance entre ses protagonistes, dont les conséquences néfastes sont révélées par la rupture.

Entre ces deux extrêmes, un moyen terme peut toutefois être trouvé. Il consiste, pour l'essentiel, à attribuer une nature réellement indemnitaire au devoir d'entraide entre les membres d'un couple après sa rupture. Le terme de prestation compensatoire devrait donc être conservé car le vocabulaire lié à la compensation évoque la nature indemnitaire que la prestation compensatoire devrait recouvrir (A.), nature dont il convient ensuite de tirer toutes les conséquences (B.).

A. La nature réellement indemnitaire de la prestation compensatoire

331. Les développements précédents ont fait apparaître la nécessité de consacrer un devoir d'entraide dans le couple, en particulier sous la forme d'une obligation de contribution aux charges de la vie commune, destinée à l'égalisation des niveaux de vie⁶⁴⁶. Pour autant, la seule rupture du couple ne saurait ouvrir droit à une prestation destinée à compenser la perte de ce droit. L'entraide entre les membres d'un couple après rupture devrait revêtir une nature réellement indemnitaire dont il convient d'identifier le fondement (1.) avant d'en dégager les critères d'attribution (2.).

1. Le fondement de la nature indemnitaire de la prestation compensatoire

332. Asseoir la nature indemnitaire de la prestation compensatoire suppose, en premier lieu, de justifier l'existence d'une indemnisation après rupture (a). En second lieu, il est nécessaire d'en opérer l'analyse (b).

⁶⁴⁶ V. *supra*, n°111 et s.

a). La justification

333. Que le couple soit marié ou non, l'équité et la justice imposent que la prestation compensatoire soit redéfinie comme une marque de solidarité entre ses membres, permettant de réparer les conséquences inégalitaires des choix de vie du couple.

334. La philosophie d'égalité et d'autonomie des époux semble poussée à son paroxysme dans les pays nordiques, lesquels ont supprimé par principe toute obligation pécuniaire après divorce, sauf cas exceptionnels⁶⁴⁷. En France, cette solution est cependant doublement impraticable.

D'une part, l'égalité des époux dans leurs capacités à subvenir à leurs besoins est plus souvent théorique que réelle. Or, « *l'égalité idéologique quand elle ne correspond que partiellement à l'égalité réelle peut devenir un redoutable destructeur de solidarité laquelle se nourrit de faits et non d'idées* »⁶⁴⁸. Le cheminement conjugal est en effet susceptible de conduire l'un des époux dans une situation où il ne lui est plus possible de reconquérir seul une autonomie. Lors de la réforme du divorce, Monsieur CARBONNIER avait ainsi souligné les risques qu'il y a à réformer le droit en fonction des femmes exerçant une activité professionnelle : « *on risque de défavoriser obliquement celles qui, se pliant aux mœurs de leur temps ou aux besoins de leur progéniture, ont dû consumer leur vie au foyer* »⁶⁴⁹. Plus largement, la perspective d'une rupture faisant table rase du passé conjugal obligerait chacun des époux à conserver une profession. En d'autres termes, la société contraindrait les conjoints à opter nécessairement pour tel mode de vie. Que deviendrait alors la liberté individuelle ?

D'autre part, l'Etat français ne dispose pas des moyens budgétaires qui lui permettraient de prendre à sa charge la reconversion des anciens époux ou de les soutenir dans leur nouvelle vie. A cet égard, on ne s'étonnera pas que dans les pays nordiques, où le principe est celui d'absence de toute obligation pécuniaire entre époux après divorce, l'Etat pourvoit,

⁶⁴⁷ F. BOULANGER, « Au sujet de la réforme française du divorce : la notion de rupture dans les droits européens et la survie des éléments subjectifs », D. 2002, chr. 590. V. aussi V. M.-T. MEULDERS-KLEIN, « La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale », in *La personne, la famille et le droit 1968-1998. Trois décennies de mutation en Occident*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., 1999, p. 100 et s.

⁶⁴⁸ C.E.R.F.A.P., « Nouvelle personne, nouvelle famille ? », Dr. Fam. 2003, chr. n°5.

⁶⁴⁹ *Droit civil*, Tome 2, *La famille, l'enfant, le couple*, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 488. Pour des statistiques sur les conséquences économiques du divorce, en particulier sur la population féminine, V. P. FESTY, « Le déclin du mariage ? », Revue Futuribles n°235, juillet-août 2000, p. 69.

plus généreusement qu'ailleurs, aux besoins des individus isolés, des familles monoparentales et des femmes qui travaillent⁶⁵⁰.

Au surplus, si l'inégalité des époux trouve sa source dans un choix effectué ensemble durant la vie commune, et notamment dans celui qui a conduit l'un d'eux à renoncer ou à sacrifier une carrière professionnelle au profit de la famille, il est logique que les conjoints en assumant ensemble la responsabilité. Le droit civil ne peut donc échapper à la mise en place d'un système de responsabilité au sein du couple marié, en vertu duquel l'un des époux peut être obligé de soutenir financièrement son conjoint – au moins temporairement. En revanche, si la disparité dans les conditions de vie respectives des époux ne trouve pas sa source dans la vie en couple, ou n'a pas été accentuée par cette dernière, il n'apparaît pas justifié de faire peser sur le plus fortuné d'entre eux une obligation de compenser cette disparité. Dans cette hypothèse, il devrait incomber à l'Etat de porter assistance à l'époux dont la vulnérabilité économique est caractérisée.

335. Dans la mesure où le sacrifice de l'un des membres du couple entraînant une inégalité sur le plan financier, inégalité révélée par la rupture, n'est pas spécifique au mariage, loin s'en faut, on peut penser qu'une prestation compensatoire pourrait légitimement être prévue dans le droit du couple non marié. Que le couple soit marié ou non, la croyance dans un avenir que l'on avait voulu prévisible a, en effet, conduit l'un d'eux à consentir des sacrifices ou des abandons. En l'absence de réalisation des prévisions du couple, l'un d'entre eux subit alors un préjudice qu'il est équitable que l'autre répare. Il est ainsi possible de reprendre l'affirmation selon laquelle « *la prestation compensatoire, c'est l'introduction de la théorie de l'imprévision dans le droit du mariage* »⁶⁵¹ et d'étendre celle-ci au couple, sans distinction selon la forme qu'il revêt.

S'agissant de l'extension des règles de la prestation compensatoire au couple non marié, mention particulière doit être faite de la jurisprudence relative aux effets du mariage nul. Selon celle-ci, les règles du Code civil en matière de prestation compensatoire après divorce s'appliquent « *en tant que de raison* » à la rupture d'un mariage à la suite d'une nullité⁶⁵². L'analogie entre divorce et nullité est très certainement défendable si le mariage est putatif. Toutefois, la rédaction de l'arrêt de la Cour de cassation n'exclut pas qu'une prestation compensatoire puisse être accordée à défaut de putativité du mariage nul. Le conseiller

⁶⁵⁰ J. COMMAILLE, « Une sociologie politique du droit de la famille. Des référentiels en tension : émancipation, institution, protection », in Droit comparé des personnes et de la famille, Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 95 et s. V. M.-T. MEULDERS-KLEIN, art. précit., p. 102.

⁶⁵¹ J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille, L.G.D.J., 1991, p. 387, n°446.

⁶⁵² Civ. 1^{ère} 23 octobre 1990, R.T.D. Civ. 1991, p. 299, n°8, obs. J. HAUSER ; Defrénois 1991, art. 34980, p. 283, n°1, obs. J. MASSIP ; D. 1991, 214, note C. MASCALA ; J.C.P. 1991, éd. G, II, 21774, note F. MONEGER.

rapporteur admet ainsi qu'une prestation pourrait être réclamée si les deux époux ont été déclarés de mauvaise foi, sauf à la refuser à l'époux de mauvaise foi lorsque son conjoint était de bonne foi, par analogie avec l'article 280-1 du Code civil. Au soutien de sa démonstration, l'auteur invoque notamment le fait que « *le mariage, même nul et non putatif, reste une situation de fait, qui a pu se prolonger dans le temps et doit alors inévitablement emporter des conséquences juridiques* »⁶⁵³. Une telle justification conduit alors à octroyer des prestations compensatoires dans des hypothèses qui sont celles d'un simple concubinage⁶⁵⁴. Et l'on voit mal, dès lors que l'équité commande l'attribution d'une prestation compensatoire dans le cadre d'un mariage non putatif, la raison qui pourrait justifier qu'on ne l'accorde pas dans n'importe quel autre concubinage.

336. Des projets de réforme ont d'ores et déjà suggéré de faire prévaloir, ou même de retenir exclusivement, pour l'attribution d'une prestation compensatoire, la notion de préjudice et son corollaire d'indemnité. Le rapport THERY proposait ainsi de mettre l'accent sur le fait que le mariage, soit par la volonté de l'un des époux, soit en raison des servitudes imposées notamment par l'éducation des enfants, influencerait sur le destin et, particulièrement, sur la carrière professionnelle de l'un des conjoints⁶⁵⁵. A ce système, Monsieur BRAZIER objecte que « *la perte d'une chance en raison des obligations du mariage est une notion plus fluide, plus virtuelle, et donc plus difficile à apprécier* »⁶⁵⁶. Deux observations peuvent être faites à la suite de la remarque de cet auteur.

En premier lieu, la perte d'une chance ne trouve pas tant son origine dans les obligations du mariage elles-mêmes que dans un état de fait. Aucune obligation du mariage n'impose en effet à l'un des époux de sacrifier sa carrière professionnelle pour éduquer les enfants communs. Ce sont les contraintes, de fait, de la vie en couple qui imposent certains sacrifices. C'est la raison pour laquelle le besoin d'indemnisation n'est nullement spécifique au mariage.

En second lieu, Monsieur BRAZIER insiste sur le caractère fluide, inconsistant, de la notion de perte d'une chance. Il est vrai que les systèmes extrêmes, qui postulent la survie du devoir d'entraide tendant à l'égalisation des niveaux de vie ou, à l'inverse, l'absence de toute entraide après rupture, ont pour eux les avantages de la simplicité. Reste que simplicité ne rime pas nécessairement avec justice. Si nous avons conscience de ne pas faciliter la tâche

⁶⁵³ J. MASSIP, obs. sous Civ. 1^{ère} 23 octobre 1990, Defrénois 1991, art. 34980, p. 283, n° 1

⁶⁵⁴ V. J. HAUSER, obs. sous Civ. 1^{ère} 23 octobre 1990, R.T.D. Civ. 1991, n° 8, p. 301.

⁶⁵⁵ I. THERY, Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, Ed. Odile Jacob, 1998, p. 133. V. aussi en ce sens D. GANANCIA, « Pour un divorce du XXI^{ème} siècle », Gaz. Pal. 1997, doct., 1, p. 666.

⁶⁵⁶ M. BRAZIER, « Réforme du divorce : améliorer ou trahir la loi de 1975 ? », Gaz. Pal. 1999, doct., 1, p. 708.

des magistrats, une complexification des conditions d'attribution d'une prestation compensatoire nous semble ainsi nécessaire, prestation dont il convient à présent de proposer l'analyse.

b). L'analyse

337. Les insuffisances de l'action *de in rem verso*, maintes fois relevées⁶⁵⁷, interdisent d'analyser la prestation compensatoire ainsi définie comme une application particulière de l'enrichissement sans cause dans le droit de la liquidation de la vie du couple. L'on songe également à la maxime selon laquelle tout travail mérite salaire. Reste que cette maxime doit emprunter les canaux du droit pour revêtir une force juridique. A cet égard, l'analogie avec la créance de salaire différé doit être exclue tant ses conditions d'application revêtent un caractère restrictif, inadapté à la matière. En revanche, l'utilisation récurrente des termes de « *préjudice* », de « *réparation* » ou de « *responsabilité* » conduit naturellement à analyser la prestation compensatoire comme une application particulière de la responsabilité civile.

338. Dans la conception du divorce-sanction, les compensations pécuniaires après divorce sont étroitement liées à la faute. Avant la réforme de 1975, la survie du devoir de secours au profit de l'époux innocent pouvait ainsi apparaître comme une application, particulière au divorce, de la responsabilité pour faute⁶⁵⁸. Il reste aujourd'hui une trace du lien entre prestation compensatoire et faute lorsque l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce a été prononcé est déchu de son droit à la prestation compensatoire (C. civ., art. 280-1, al. 1^{er}).

Dans tous les autres cas de divorce, la faute est exclue des conditions d'attribution de la prestation compensatoire, de telle sorte que celle-ci ne saurait être assimilée à une indemnité

⁶⁵⁷ V. *supra*, n°309.

Telle est du reste sans doute la raison pour laquelle l'indemnité exceptionnelle de l'article 280-1 du Code civil n'a pas été analysée par la jurisprudence comme une indemnité fondée sur l'enrichissement sans cause, mais comme un tempérament d'équité accordé au juge du divorce. V. Civ. 2^{ème} 20 mars 1989, D. 1989, 582, note J. MASSIP.

V. cependant les solutions du droit espagnol, les juridictions utilisant l'enrichissement sans cause et l'état de nécessité corrélatif du concubin appauvri pour fonder un droit à indemnisation au profit de ce dernier, V. F. CADET, « Chronique de droit espagnol », Dr. Fam. 2003, chr. n°21.

⁶⁵⁸ La définition jurisprudentielle de la pension alimentaire de l'ancien article 301, alinéa 1^{er}, du Code civil en témoigne : « *la pension de l'article 301, alinéa 1^{er}, est une pension alimentaire destinée à réparer le préjudice résultant de la disparition anticipée du devoir de secours, dont elle constitue le prolongement et le substitut* ». V. par exemple Civ. 28 juin 1934, S. 1934, 1, 377 ; Civ. 2^{ème} 18 juin 1975, D. 1975, I.R. 208. L'application était particulière dans la mesure où l'indemnité consistait en une créance à caractère alimentaire.

fondée sur la responsabilité pour faute. Du reste, le fait que l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce a été prononcé puisse, malgré tout, « *obtenir une indemnité à titre exceptionnel, si, compte tenu de la durée de la vie commune et de la collaboration apportée à la profession de l'autre époux, il apparaît manifestement contraire à l'équité de lui refuser toute compensation pécuniaire à la suite du divorce* » (C. civ., art. 280-1, al. 2), prouve que la faute est étrangère à l'octroi d'une prestation compensatoire, dès lors que celle-ci ne consacre pas un droit au maintien de conditions de vie, mais vise la réparation d'une inégalité financière engendrée par un choix fait en commun.

La responsabilité pour faute ne saurait, en outre, servir de cadre à l'indemnisation de l'un des concubins, leur rupture étant libre.

339. On en vient alors à envisager l'hypothèse d'une responsabilité civile sans faute. Le mouvement est déjà amorcé ; l'étude des décisions de jurisprudence relatives à la rupture du concubinage permet en effet de constater que la faute du concubin, auteur de la rupture, joue un rôle de plus en plus restreint, l'accent étant porté sur le préjudice de son partenaire⁶⁵⁹. Le mouvement ne pourrait que s'épanouir si la réforme des cas de divorce consacrait la suppression du divorce pour faute⁶⁶⁰. La disparition de la notion de faute dans l'appréhension du divorce faillite ou du divorce remède n'entraînerait pas, en effet, la disparition de la notion de responsabilité⁶⁶¹. De même, la consécration d'un droit au divorce, lequel rapprocherait la rupture du couple marié de celle du couple non marié, ne devrait pas supprimer la notion de responsabilité dans la rupture du couple. A l'instar du licenciement – dont le contentieux est parfois mis en parallèle avec celui du divorce, les juges étant appelés à se prononcer « *sur la rupture d'un lien pour cause de désamour* »⁶⁶² – la rupture pourrait être immédiatement acquise, la liberté n'excluant en rien une procédure en responsabilité⁶⁶³.

S'inscrivant, en outre, dans la tendance générale du droit à l'élargissement de la responsabilité sans faute⁶⁶⁴, la prestation compensatoire constituerait une nouvelle application, spécifique, de la responsabilité civile délictuelle sans faute, dont le dessein serait de réparer le préjudice, réalisé à la rupture du couple, que constitue la disparité dans les

⁶⁵⁹ V. *supra*, n°307.

⁶⁶⁰ Sur la proposition de réforme COLCOMBET, V. *supra*, note 269.

⁶⁶¹ La suppression du divorce pour faute laisserait du reste subsister la responsabilité pour faute dans les cas les plus graves. V. les références cités *supra*, note 269.

⁶⁶² C. DUVERT, note sous Agen, 10 mai 2001, D. 2003, 450.

⁶⁶³ En ce sens, X. LABBEE, note sous T.G.I. Lille (ord.) 5 juin 2002, D. 2003, 518.

⁶⁶⁴ V. C. RADE, « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », D. 1998, chr. 302 ; « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile », D. 1999, chr. 313 ; C. THIBIERGE, « Libres-propos sur l'évolution de la responsabilité : vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ? », R.T.D. Civ. 1999, p. 560.

conditions de vie lorsque ce dernier a pour cause un sacrifice de l'un des membres du couple.

La prestation compensatoire ne saurait en effet être analysée comme une application de la responsabilité civile contractuelle, et ce, indépendamment de l'analyse contractuelle ou institutionnelle du mariage ou du pacs⁶⁶⁵. La responsabilité n'est pas contractuelle car la prestation compensatoire ne doit pas être envisagée comme un prolongement du mariage, du pacs ou du concubinage. En particulier, elle n'est pas la traduction d'un droit acquis à l'harmonisation des conditions de vie, prolongement de l'obligation de contribuer aux charges de la vie commune. La réparation pourrait certes, dans certaines hypothèses, prendre la forme d'un équivalent du devoir d'entraide qui existe pendant la vie en couple. Toutefois, la prestation compensatoire, telle qu'elle est envisagée, n'est pas un prolongement de la vie en couple : elle est la dernière étape de l'apurement des comptes résultant de la vie en couple.

340. L'hypothèse avancée par certains auteurs, selon laquelle la responsabilité civile pourrait devenir le droit commun de la séparation des couples indépendamment de leur statut, se vérifie⁶⁶⁶. Analyser la prestation compensatoire comme une application spécifique du droit de la responsabilité civile délictuelle sans faute conduit alors à rechercher le fait générateur et le préjudice, autrement dit à déterminer les critères d'attribution d'une prestation compensatoire de nature indemnitaire.

⁶⁶⁵ V. *supra*, n°18.

⁶⁶⁶ En ce sens, H. LECUYER, note sous Paris, 16 novembre 1999, Dr. Fam. 2000, comm. n°56 : « pour qui chercherait à édifier une théorie générale du couple, voici une belle pierre ». V. aussi A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « Responsabilité civile et rupture unilatérale du concubinage », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 261.

Pour une proposition différente, visant à organiser la désunion des concubins, V. D. VICH-Y-LLADO, La désunion libre, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2001, Tome 2, p. 107 et s. L'auteur propose la reconnaissance d'une présomption d'indivision entre les anciens concubins, subordonnée à la constatation judiciaire d'une « communauté économique » supposant un enchevêtrement des intérêts pécuniaires, qui permettrait, à la fin de cette « association », à ceux qui le désirent et en ont besoin, d'obtenir un partage des biens acquis grâce à leurs efforts communs. L'idée ne nous semble pas devoir être retenue tant il serait parfois difficile de caractériser d'apport à la communauté économique le sacrifice opéré par l'un des membres du couple, en particulier s'il consistait à renoncer à une profession au profit de l'éducation des enfants. En outre, il n'apparaît pas opportun de consacrer des règles de liquidation différentes de la vie du couple, selon que ce dernier est marié, uni par les liens d'un pacs ou simples concubins.

2. Les critères d'attribution d'une prestation compensatoire de nature indemnitaire

341. Au Québec, la prestation compensatoire a pour objectif de rétribuer la collaboration non rémunérée⁶⁶⁷. L'idée peut être reprise d'un dédommagement du sacrifice unilatéral de l'un pendant la vie commune, dès lors que ce sacrifice entraîne une disparité dans les conditions de vie au détriment de cette personne.

A condition d'être saisis d'une demande de prestation compensatoire, les magistrats pourraient raisonner, chronologiquement, en deux temps. Tout d'abord, ils devraient rechercher si la rupture révèle une disparité dans les conditions de vie respectives des membres du couple au détriment du demandeur (a). Si cette condition est remplie, les magistrats devraient, ensuite, vérifier que l'inégalité financière trouve sa source dans un sacrifice du demandeur (b).

a). L'existence d'une disparité dans les conditions de vie respectives

342. La disparité dans les conditions de vie respectives des membres du couple désigne l'écart dans les conditions de vie entre les anciens partenaires après leur rupture⁶⁶⁸. En d'autres termes, la comparaison s'entend d'une comparaison « *horizontale* » et non « *verticale* », cette dernière consistant à envisager la disparité comme une réduction des conditions de vie d'un membre du couple par rapport à la situation pendant la vie en couple. Cette dernière interprétation impliquerait, en effet, le rejet de toute prestation compensatoire dès lors que la partie qui la sollicite bénéficierait, après rupture, de conditions de vie équivalentes à celles qui étaient les siennes au temps du couple, quand bien même l'écart considéré après la rupture serait considérable, l'autre partenaire connaissant une importante amélioration de sa situation financière après la rupture. Or, il serait inéquitable de refuser au premier toute prestation compensatoire alors même que l'amélioration de la situation financière du second résulte, en tout ou partie, d'un sacrifice consenti par lui. La caractérisation de la disparité suppose dès lors une analyse prospective de la situation de chacun, laquelle ne peut toutefois intervenir qu'après le règlement des comptes. Il convient donc, en premier lieu, d'apurer ces derniers en application des règles du droit commun impératif de la vie en couple (*1er*), en deuxième lieu, de liquider le régime de biens, s'il en existe un (*2è*) et, en troisième lieu, de déterminer le sort des libéralités (*3è*).

⁶⁶⁷ C. civ. québécois, art. 427.

⁶⁶⁸ Sur les notions de disparité horizontale ou verticale, V. D. MARTIN SAINT-LEON, « L'évaluation de la prestation compensatoire ou la recherche de la pierre philosophale », *Gaz. Pal.* 2002, doct., 2, p. 1577 et s.

1er). *L'apurement des comptes en application des règles du droit commun impératif de la vie en couple*

343. A l'instar du patrimoine familial québécois, mais dans une moindre mesure⁶⁶⁹, le partage de la masse ménagère indivise devrait contribuer à rétablir un début d'équilibre dans les conditions de vie respectives des membres du couple. Pour des raisons évidentes de simplification, il doit être présumé que chacun des membres du couple a contribué proportionnellement à ses ressources et doit, par conséquent, bénéficier de parts indivises égales⁶⁷⁰. Il n'en demeure pas moins que si la preuve est rapportée d'une contribution très insuffisante par l'un des membres du couple, ce dernier sera débiteur de son compagnon.

Lorsque le déséquilibre ne provient pas d'une sousaffectation de l'un des membres du couple aux charges de la vie commune mais d'une suraffectation de l'autre, il pourrait être compensé par le recours à l'action *de in rem verso*. A ce sujet, si, comme nous l'avons suggéré, une obligation de contribution aux charges de la vie commune proportionnelle à leurs facultés respectives pèse sur les membres d'un couple, les solutions jurisprudentielles relatives à l'enrichissement sans cause dans le couple marié devraient être reprises à l'identique. Tout d'abord, les conditions de l'enrichissement sans cause ne seraient réunies que lorsque les actes, pour lesquels il est sollicité une indemnité, s'analysent en une surcontribution, qualitative et quantitative, aux charges de la vie commune⁶⁷¹. Ensuite, seule

⁶⁶⁹ Introduit en 1989 par une loi visant à corriger le déséquilibre économique entre les conjoints, le patrimoine familial québécois est composé des résidences (principale ou secondaires) de la famille et des meubles qui les garnissent, acquis avant ou après le mariage, des automobiles, des droits accumulés au régime de retraite et des rentes constituées (C. civ., art. 414 et s.). Ce patrimoine est partagé en valeur entre les époux. Compte tenu de l'ampleur de l'assiette des biens permettant de calculer la créance, le partage de ce patrimoine permet de remédier à la situation des femmes mariées qui ont préféré la profession d'épouse et de mère à un travail rémunéré à l'extérieur de la maison. V. F. SABOURIN, Les effets patrimoniaux du mariage en droit international privé québécois, Collection Minerve, Ed. Yvon Blais, 1996 ; E. CAPARROS, « Le patrimoine familial québécois : une qualification difficile », in Droit civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à G. Cornu, P.U.F., 1994, p. 51.

Séduisante, cette institution ne saurait pour autant être transposée en droit français et se substituer à la prestation compensatoire. Non limitée à l'affectation à la soutenance, elle réalise en effet une participation du conjoint le moins fortuné à l'enrichissement de l'autre, indépendamment de tout sacrifice. Or, d'une part, notre volonté est que l'affectation à la soutenance ne soit obligatoire, en cas de rupture, qu'à la condition que la disparité dans les conditions de vie résulte d'un sacrifice consenti par l'un pendant la vie commune. D'autre part, toute affectation à l'enrichissement devrait, selon nous, relever de la volonté des membres du couple, autrement dit d'un droit commun négocié, conventionnel. V. *infra*, Partie 2, spéc. n°612 et s.

⁶⁷⁰ Cette présomption pourrait néanmoins céder devant la preuve – qui incombe à celui qui entend la renverser – de ce que les acquéreurs ont, en réalité, eu l'intention de devenir copropriétaires dans une proportion différente. Sur la masse ménagère indivise, V. *supra*, n°129 et s.

⁶⁷¹ La Cour de cassation semble ainsi bien indulgente lorsqu'elle affirme que « *la collaboration à l'exploitation du fonds de café-bar sans rémunération, qui est distincte d'une participation aux dépenses communes du couple, implique par elle-même un appauvrissement de la concubine et un enrichissement de son compagnon* » (Civ. 1^{ère} 15 octobre 1996, D. 1996, I.R. 239 ; D. 1997, somm. comm. 177, obs. R. LIBCHABER). En effet, si l'on comprend dans cette décision que la participation du concubin à la profession de l'autre justifie la

une collaboration d'ordre professionnel serait susceptible de donner lieu à une indemnité sollicitée par un membre du couple sur le fondement de l'enrichissement sans cause⁶⁷². Enfin, il conviendrait d'apporter la preuve de l'appauvrissement du demandeur et de l'enrichissement corrélatif de son partenaire. Tel ne serait pas le cas si l'absence de rémunération salariale a seulement permis un accroissement des revenus consommés en commun ou si elle a permis l'acquisition de biens communs aux membres du couple⁶⁷³.

344. Les conditions de l'action *de in rem verso* étant posées, une alternative s'offrirait au juge. Selon la première branche, l'indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause devrait être précisément calculée par le juge, afin que celui-ci détermine objectivement, à l'issue de l'apurement de ces comptes, s'il existe une disparité dans les conditions de vie respectives des membres du couple. Selon la seconde, le juge retiendrait, parmi les éléments justifiant l'attribution d'une prestation compensatoire, l'existence de cet enrichissement sans cause. Il profiterait cependant de la souplesse des modalités d'attribution de la prestation compensatoire pour ne pas statuer expressément sur l'enrichissement sans cause et l'englober dans la prestation compensatoire. Cette seconde branche de l'alternative est parfois celle adoptée par les magistrats⁶⁷⁴.

répétition de l'enrichissement, indépendamment de toute appréciation de la contribution aux charges communes (en ce sens, J. HAUSER, obs. sous Civ. 1^{ère} 15 octobre 1996, R.T.D. Civ. 1997, p. 102), cette jurisprudence serait plus favorable au concubin collaborateur qu'à l'époux placé dans la même situation. Cependant, si la Cour de cassation, en affirmant que la collaboration est « *distincte d'une participation aux dépenses communes* », a voulu signifier qu'en l'espèce, la collaboration avait excédé l'obligation de contribution, la Cour adopte une jurisprudence identique dans les deux cas et invite les juges à vérifier que la collaboration non rémunérée du concubin a excédé l'affectation en nature à l'entretien du ménage, exécution de son obligation naturelle. Telle semble être l'attitude récente de certaines juridictions du fond. V. par exemple Bordeaux, 15 mars 1995, Juris-Data n°040558.

⁶⁷² L'indemnisation du travail domestique ayant excédé l'obligation de contribution est certes admise dans le cadre des donations rémunératoires, pour lesquelles on considère que les versements de fonds effectués par l'époux au bénéfice de son conjoint peuvent avoir pour cause la rémunération de l'activité de ce dernier. V. Civ. 1^{ère} 2 octobre 1985, D. 1986, 325, note A. BRETON. Toutefois, réserve faite des donations rémunératoires, le travail domestique n'a, semble-t-il, jamais donné lieu à une indemnité fondée sur l'enrichissement sans cause. Certains auteurs admettent pourtant cette éventualité. V. P. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, par P. MALAURIE, Cujas, 4^{ème} éd., 1999, p. 55, n°58.

⁶⁷³ La Cour de cassation, dans l'arrêt précité du 15 octobre 1996 semble poser tout à la fois une présomption d'appauvrissement et d'enrichissement. Il est certes possible d'admettre que l'appauvrissement puisse être présumé en l'absence de rémunération, à charge pour le défendeur d'établir que le collaborateur a reçu une contrepartie. En revanche, compte tenu de la pratique des membres du couple de consommer leurs revenus en commun, il semble difficile de présumer l'enrichissement. En ce sens, A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « Collaboration familiale et enrichissement sans cause », Dr. Fam. 1999, chr. n°19, n° 9.

⁶⁷⁴ La jurisprudence est en effet constante selon laquelle l'octroi d'une prestation compensatoire ne rend pas irrecevable l'action *de in rem verso* engagée par le bénéficiaire de cette prestation pour l'indemnisation de sa participation bénévole à l'activité professionnelle de son ancien conjoint, dès lors qu'il ne ressort pas du jugement de divorce que celui-ci a pris en compte cet appauvrissement en vue de l'évaluation de la prestation compensatoire. V. par exemple, Civ. 1^{ère} 5 avril 1993, Bull. civ. I, n°139 ; Pau, 23 mai 2001, J.C.P. 2002, éd. G, I, 101, n°3, obs. H. BOSSE-PLATIERE.

A l'évidence, la première branche de l'alternative est la plus rigoureuse. Néanmoins, eu égard aux difficultés d'évaluation du montant de l'appauvrissement et de celui de l'enrichissement, il semble préférable d'opter pour la seconde. La constatation de l'enrichissement sans cause devrait alors constituer pour le juge un élément, parmi d'autres, d'attribution de la prestation compensatoire, un « *motif exprimé de prestation compensatoire* »⁶⁷⁵, qu'il devrait cependant mettre en balance avec les résultats de la liquidation du régime de biens du couple, s'il en existe un.

2e). La liquidation du régime de biens

345. En droit positif, la séparation de la phase de fixation de la prestation compensatoire de celle de la liquidation du régime de biens des époux, exception faite du divorce par consentement mutuel⁶⁷⁶, est unanimement dénoncée. Il est dès lors proposé, dans la perspective d'une rationalisation de la prestation compensatoire au sein d'un droit commun impératif de la liquidation de la vie du couple, de soumettre son attribution à la liquidation préalable du régime de biens du couple.

346. Outre qu'elle est propice à toutes les fraudes, la séparation de la phase de fixation de la prestation compensatoire de celle de la liquidation du régime de biens rend impossible la constatation objective d'une disparité dans les conditions de vie respectives des époux. Même égalitaire, le partage de la communauté est en effet susceptible d'avoir une incidence non négligeable sur l'existence d'une disproportion entre les trains de vie des membres du couple⁶⁷⁷. La liquidation d'un régime de séparation de biens peut également concourir à l'appréciation objective de la disparité dans les conditions de vie des anciens

Contra H. LECUYER, note sous Bordeaux, 26 mars 1996, Dr. Fam. 1996, comm. n°11. Selon cet auteur, le principe de subsidiarité s'oppose à ce que le recours à l'enrichissement sans cause concurrence le mécanisme de la prestation compensatoire.

⁶⁷⁵ M. BRAZIER, « Réforme du divorce : améliorer ou trahir la loi de 1975 ? », Gaz. Pal. 1999, doctr., 1, p. 708.

⁶⁷⁶ C. civ., art. 278.

⁶⁷⁷ Un exemple chiffré en témoigne : « *les professions respectives laissant espérer des salaires pour le ci-devant mari de 100 et pour son ex-épouse de 50. La disparité est sensible : l'un sera au double des revenus de l'autre, qui ne saurait vivre sur le même train de vie que précédemment sans une prestation compensatoire. Pourtant, imaginons, quitte à forcer le trait, que la communauté comporte divers immeubles aisément partageables et d'un rendement de 800. Une fois la communauté équitablement partagée, les ex-conjoints auront des ressources respectivement de 500 et de 450. La différence, constante, demeurera de 50. Il n'en reste pas moins que la disproportion, de 9 pour 10, ne distinguera guère leurs trains de vie* » (B. VAREILLE, obs. sous Civ. 2^{ème} 14 janvier 1998, R.T.D. Civ. 1999, p. 172, n°1).

Sur le lien nécessaire mais ignoré entre la liquidation de la communauté et la fixation de la prestation compensatoire, V. G. GOFFAUX, « Liquidation de la communauté et fixation de la prestation compensatoire », Dr. Fam. 2001, chr. n°1.

époux. En effet, le financement de l'intégralité de l'acquisition indivise par l'un des membres du couple peut donner lieu à l'établissement d'une créance à son profit. La prestation compensatoire ne peut, par conséquent, être fixée dans son principe et évaluée, sans tenir compte de l'établissement de cette créance.

Il est vrai que, s'il lui apparaît que les patrimoines des époux sont trop imbriqués, ou trop malaisés à déterminer, le magistrat a la possibilité de se faire assister dans sa tâche par un expert judiciaire nommé sur le fondement de l'article 1116 du nouveau Code de procédure civile. Aux termes de cet article, le J.A.F. peut, même d'office, charger un notaire de dresser un projet de liquidation du régime matrimonial. D'utilisation fréquente⁶⁷⁸, un tel recours n'est cependant que facultatif⁶⁷⁹. Tenant compte de ces critiques, la loi du 30 juin 2000 impose désormais aux époux une déclaration sur l'honneur (C. civ., art. 271, al. 2). Ceux-ci doivent en effet certifier, à l'occasion d'une demande de prestation compensatoire, l'exactitude de leurs ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie. Outre les incertitudes relatives à la portée du texte, en particulier quant aux sanctions de l'inexécution de l'obligation⁶⁸⁰, l'innovation ne contribue guère à une précision plus grande de la disparité puisqu'aucun état liquidatif définitif n'est exigé.

347. Conformément à l'article 272 du Code civil – dont le droit futur pourrait conserver la substance – qui invite les magistrats à prendre en considération, pour la fixation de la prestation compensatoire, le patrimoine des époux, tant en capital qu'en revenus, après la liquidation du régime matrimonial, il conviendrait d'« *intégrer le versement de la prestation compensatoire à la liquidation du régime matrimonial* »⁶⁸¹. Plus précisément, on

⁶⁷⁸ V. D. MOOS, « Prestation compensatoire : une réforme nécessaire ou chimérique ? », Gaz. Pal. 2000, doct., 1, p. 737.

⁶⁷⁹ Ce caractère facultatif conduit parfois à des décisions contestables. Au soutien de son pourvoi formé contre la décision de la Cour d'appel le condamnant à verser à son épouse une prestation compensatoire se montant à plus du tiers de sa retraite, un époux invoque le fait que le Cour d'appel aurait négligé, pour en décider ainsi, de prendre en considération les effets du partage de la communauté. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que la Cour d'appel peut considérer qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de la part de communauté de chacun pour apprécier la disparité occasionnée par la rupture du lien conjugal, « *aucune partie n'ayant invoqué l'existence de circonstances particulières affectant la nature des biens communs à partager* » (Civ. 2^{ème} 14 janvier 1998, R.T.D. Civ. 1999, p. 172, n°1, obs. B. VAREILLE). V. en dernier lieu, Civ. 2^{ème} 7 mai 2002, Dr. Fam. 2002, comm. n°87, note H. LECUYER (censure de l'arrêt qui avait tenu compte de la part de communauté pour l'évaluation de la prestation compensatoire).

V. cependant *contra*, Civ. 2^{ème} 21 juin 2001, J.C.P. 2002, éd. G, I, 101, n°5, obs. H. BOSSE-PLATIERE : la prise en compte du résultat de la liquidation du régime matrimonial conduit à rechercher si la nature de bien commun ou de bien propre exploité par le mari n'aurait pas une incidence sur sa situation financière dans un avenir prévisible sous peine de cassation.

⁶⁸⁰ V. H. LECUYER, « La déclaration sur l'honneur », Dr. Fam. 2003, chr. n°6 ; « De la prestation compensatoire en général, et de la déclaration sur l'honneur en particulier », Dr. Fam. 2003, chr. n°11.

⁶⁸¹ En ce sens, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (sous la dir. de), Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, 1999, p. 143 et s. ; Demain la famille, 95^{ème} Congrès des Notaires de France,

peut imaginer d'exiger des protagonistes une liquidation préalable de leur régime de biens, sans se contenter d'un aperçu liquidatif sur les points essentiels. Exiger un aperçu liquidatif est en effet insuffisant : ou bien il est définitif, auquel cas il n'est plus un aperçu mais un véritable état liquidatif sur lequel il n'est plus possible de revenir ultérieurement⁶⁸² ; ou bien il est susceptible d'être modifié et ne peut alors rigoureusement servir de fondement à l'évaluation de la disparité dans les conditions de vie respectives des membres du couple. En outre, les opérations de liquidation et de partage de la communauté, ou de tout autre régime de participation du moins fortuné à l'enrichissement de l'autre, sont si complexes qu'il serait téméraire de s'en remettre sur ce point aux allégations des parties. Il en est notamment ainsi de l'établissement du compte de récompenses, dont on sait qu'il est de nature à bouleverser l'équilibre des patrimoines⁶⁸³.

Il conviendrait, dès lors, de mener l'idée jusqu'à son terme et d'exiger des membres du couple un véritable état liquidatif de leur régime de biens, prévoyant expressément le maintien ou la révocation des avantages en résultant⁶⁸⁴, assorti ou non de la fixation de la prestation compensatoire⁶⁸⁵. La fixation définitive par le juge de la prestation compensatoire serait ainsi subordonnée à la liquidation du régime des biens du couple. Compte tenu de la durée des procédures judiciaires, cette exigence ne nous semble pas impraticable ; elle est, du reste, exigée dans le divorce sur requête conjointe. Toutefois, s'agissant du couple marié, compte tenu de la particularité de l'instance qui, tout à la fois, prononce le divorce et statue sur les conséquences patrimoniales de ce dernier, il peut être envisagé, dans l'hypothèse

Marseille 9-12 mai 1999, Maury-Imprimeur, 1999, p. 660 ; D. GANANCIA, « Pour un divorce du XXI^{ème} siècle », *Gaz. Pal.* 1997, doctr., 1, p. 662 ; S. FERRE-ANDRE, « Pour une réforme *a minima* du divorce en général et de la prestation compensatoire en particulier », *Defrénois* 1998, art. 36863, p. 1082.

⁶⁸² Ainsi, l'aperçu liquidatif tel qu'il était présenté par Monsieur BRAZIER (« Réflexions et propositions sur l'actuelle procédure de divorce », *Gaz. Pal.* 1997, doctr., 1, p. 657) était tellement complet qu'il devenait impossible d'y revenir après le prononcé du divorce.

⁶⁸³ Les notaires attirent ainsi fréquemment l'attention sur les différences entre l'appréciation patrimoniale qui aura servi de base de calcul à la prestation compensatoire et la liquidation du régime matrimonial, qui interviendra postérieurement au prononcé du divorce, sans que les données évoquées pour la fixation de la prestation compensatoire aient acquis autorité de la chose jugée pour la liquidation ultérieure du régime. En ce sens, F. LOUSTALET, « Aspects économiques de la prestation compensatoire », *Droit et patrimoine* n°110, décembre 2002, p. 76 : « *le risque de dysfonctionnement peut apparaître en pratique lorsque le conjoint bénéficiaire d'une prestation compensatoire, fixée en tenant compte de l'éventuelle récompense due à l'époux débiteur de la prestation et augmentant ses droits dans la communauté, va contester, lors des opérations de liquidation et de partage du régime matrimonial, la réalité de la créance* ».

⁶⁸⁴ En droit positif, réserve faite de l'hypothèse du divorce prononcé aux torts exclusifs de l'un ou du divorce pour rupture de la vie commune, chaque époux décide du maintien ou de la révocation des avantages matrimoniaux qu'il avait consentis. Le silence doit être interprété comme une volonté de maintien, mais provisoire : tant que la liquidation du régime n'est pas faite, chacun peut manifester une volonté contraire. La révocation des avantages matrimoniaux postérieurement à la fixation de la prestation compensatoire peut ainsi bouleverser complètement les données sur lesquelles cette dernière a été établie.

⁶⁸⁵ Sur l'inclusion possible dans les conventions de liquidation anticipée de la prestation compensatoire, V. *infra*, n°376.

d'une liquidation trop complexe, que le juge puisse dissocier les deux instances à la demande de l'une des parties⁶⁸⁶. Dans un premier temps, le juge prononcerait le divorce et fixerait, à titre provisoire, la prestation compensatoire. Puis, il renverrait les parties, dans un délai déterminé, afin qu'elles soient en mesure de fournir l'état liquidatif et fixerait ainsi, dans un second temps, la prestation compensatoire dans sa version définitive⁶⁸⁷.

348. Outre les résultats du partage des biens du couple, l'un des époux peut, en droit positif, être confronté à une autre découverte fâcheuse : la révocation d'une libéralité que son conjoint lui avait faite. Après avoir appréhendé le résultat issu de la liquidation du régime de biens, la constatation d'un déséquilibre dans les conditions de vie respectives des membres du couple suppose dès lors de déterminer le sort des libéralités.

3e). La détermination du sort des libéralités

349. Entre concubins, les donations entre vifs sont, comme entre toutes personnes, irrévocables (C. civ., art. 894). Depuis l'arrêt de principe de la Cour de cassation de 1999, elles ne sont même plus menacées par l'annulation pour cause illicite ou immorale⁶⁸⁸. De la sorte, les donations entre vifs entre les membres d'un couple non marié ne suscitent pas de difficultés : elles constituent l'un des éléments permettant d'appréhender la consistance du patrimoine de chacun des membres afin d'établir s'il existe une disparité dans leurs conditions de vie.

Le contraste est saisissant avec les libéralités consenties par un époux à l'autre, dont la libre révocabilité ou la nullité exercée après la fixation de la prestation compensatoire menace les fondements d'établissement de cette dernière. La règle de la révocabilité des donations entre époux (C. civ., art. 1096 et 911) trouve en effet son prolongement dans le droit du divorce. Les articles 267 à 269 réitèrent ainsi l'affirmation selon laquelle l'époux

⁶⁸⁶ D. GANANCIA, « Pour un divorce du XXI^{ème} siècle », Gaz. Pal. 1997, doctr., 1, p. 668.

⁶⁸⁷ Pour une autre proposition permettant de lier liquidation du régime de biens et détermination de la prestation compensatoire, V. P.-J. CLAUX, « Prononcé du divorce et liquidation du régime matrimonial : jusqu'où aller ? », A.J. Fam. décembre 2001, p. 91.

⁶⁸⁸ Civ. 1^{ère} 3 février 1999, D. 1999, 267, rapport X. SAVATIER ; Dr. Fam. 1999, comm. n°54, note B. BEIGNIER ; J.C.P. 1999, éd. G, II, 10084, note M. BILLIAU ; J.C.P. 1999, éd. G, I, 160, obs. H. BOSSE-PLATIERE ; D. 1999, somm. comm. 377, obs. J.-J. LEMOULAND ; Defrénois 1999, art. 37017, p. 814, n°62, obs. G. CHAMPENOIS ; R.T.D. Civ. 1999, p. 817, obs. J. HAUSER ; Defrénois 1999, art. 36998, p. 680, n°30, obs. J. MASSIP ; art. 37008, p. 738, n°37, obs. D. MAZEAUD. V. aussi L. LEVENEUR, « Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ? », J.C.P. 1999, éd. G, I, 152. Solution confirmée, Civ. 1^{ère} 16 mai 2000, Dr. Fam. 2000, comm. n°102, note B. BEIGNIER.

Pour un exposé très complet de la jurisprudence antérieure et des critiques qu'elle suscitait, V. M. GRIMALDI, obs. sous Civ. 1^{ère} 3 février 1999, D. 1999, somm. comm. 307.

donateur a une faculté discrétionnaire de révocation qu'il peut exercer jusqu'à son décès⁶⁸⁹. Quant à l'action en nullité de la donation déguisée, elle peut également être exercée après le prononcé du divorce.

350. La révocabilité des donations entre époux, de même que la nullité des donations déguisées, est aujourd'hui, de manière générale, très largement contestable et contestée. Dans le droit du divorce notamment, elle fait naître tout autant de fraudes, de désillusions que d'incertitudes. En effet, si la révocation n'a pas été exercée lors du divorce, elle peut l'être ensuite, à moins qu'il y ait eu confirmation expresse de la donation au cours même de la procédure. Ainsi, on trouve des époux habiles, qui, ayant acquis un immeuble au nom de leur conjoint, ne sont pas condamnés à verser une prestation compensatoire et qui, en toute tranquillité, sollicitent par la suite la révocation de la donation, ou sa nullité en raison du déguisement. Les magistrats se trouvent alors dans l'obligation de recourir à tous les subterfuges du droit commun afin de maintenir la donation consentie : donation rémunératoire ou exécution d'une obligation naturelle de rémunération ou de reconnaissance⁶⁹⁰. La réticence ne tient pas tant au recours aux procédés du droit commun qu'à la part d'artifice qu'ils comportent parfois. Il en est ainsi lorsque les magistrats justifient le caractère onéreux de l'acte, destiné à exclure les règles du droit des libéralités, par la volonté de son auteur de rémunérer par avance la collaboration intense de son conjoint, alors que la cause d'un acte s'apprécie à sa naissance⁶⁹¹. En cas de silence des anciens époux sur les donations qu'ils se sont consenties, la question se pose de savoir s'ils

⁶⁸⁹ Seul l'époux qui obtient le divorce pour rupture de la vie commune et celui aux torts exclusifs duquel le divorce est prononcé perdent le bénéfice de la révocabilité à titre de sanction (C. civ., resp. art. 267 et 269).

⁶⁹⁰ La Cour de cassation admet ainsi assez facilement, notamment dans le cas d'une acquisition indivise financée par un seul époux, que le transfert de valeur qui en résulte s'analyse en une libéralité rémunératoire. Si cette qualification est admise, ces actes ne peuvent être ni révoqués, ni annulés en tant que donation déguisée. L'existence d'une libéralité rémunératoire a été, dans un premier temps, admise par la Cour de cassation en cas de collaboration professionnelle non rémunérée excédant la contribution aux charges du mariage. Cette jurisprudence protectrice a ensuite été étendue à l'époux qui, par son activité au foyer, a contribué indirectement à la prospérité des affaires de son conjoint. En outre, la Cour de cassation considère que la preuve de l'intention libérale, qui constitue l'essence de la donation, incombe à celui qui invoque sa nullité ou qui en demande sa révocation. La position du défendeur se trouve de cette manière considérablement renforcée par le truchement d'une règle de preuve. Sur la donation rémunératoire, V. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 689, n°737 et s.

Sur l'obligation naturelle, V. par exemple Paris, 20 janvier 1998, D. 1998, 309, note I. NAJJAR.

⁶⁹¹ Sur la libéralité rémunératoire *in futurum*, V. par exemple, Civ. 1^{ère} 9 novembre 1993, R.T.D. Civ. 1995, p. 173, obs. B. VAREILLE ; J.C.P. 1994, éd. N, p. 357, note C. PHILIPPE.

De même, il apparaît parfois artificiel que le montant de la donation soit souverainement apprécié par les juges du fond comme correspondant au montant de la rémunération due.

ont entendu tacitement les révoquer ou les conserver. Ces incertitudes donnent parfois lieu à des interprétations hasardeuses de volonté⁶⁹².

Compte tenu des critiques qui lui sont adressées et de l'altérité du sort réservé aux donations dans le couple non marié, le sort des donations entre époux fait aujourd'hui débat. En réalité, le débat est double, la question des donations de biens à venir devant être traitée séparément de celle des donations de biens présents.

351. En ce qu'elles se rapprochent des dispositions à cause de mort, qui comportent par nature une révocabilité, conformément à la liberté fondamentale du testataire, les donations de biens à venir entre époux sont nécessairement révocables⁶⁹³. Dans l'hypothèse du divorce, il pourrait alors apparaître logique et simplificateur que ce dernier emporte leur révocation de plein droit⁶⁹⁴.

En faveur de cette solution, il peut être soutenu que la donation de biens à venir a été consentie dans le seul but d'une dissolution du mariage par décès. A cet égard, un parallèle peut être fait avec le traitement de la libéralité consentie *propter nuptias*. Si la loi a cru bon de préciser qu'à défaut de célébration du mariage, la libéralité consentie *propter nuptias* se trouve anéantie, il semble de la nature des choses et de l'esprit même de la loi que celle consentie au conjoint survivant soit également caduque en cas de rupture du lien matrimonial pour cause de divorce : « dans le premier cas, l'animus donandi est conditionné à l'existence du lien matrimonial par la célébration du mariage ; dans le second il est suspendu à la permanence de ce lien au jour du décès du disposant »⁶⁹⁵. Plus généralement, toutes les

⁶⁹² Il résulte de l'article 268 du Code civil que lorsque le divorce est demandé sur requête conjointe, les époux décident librement du sort des donations qu'ils s'étaient consenties. S'ils n'ont rien décidé, ils sont censés les avoir maintenues (C. civ., art. 268 *in fine*). Lorsque certaines donations sont maintenues, c'est en principe de façon irrévocable, car une révocation ultérieure remettrait en cause l'équilibre de la convention signée par les époux lors du prononcé du divorce. Après des hésitations et quelques controverses doctrinales, la Cour de cassation semble, fort opportunément, avoir pris position en ce sens. V. Civ. 1^{ère} 16 juin 1993, Defrénois 1993, art. 35663, p. 1363, n°120, obs. J. MASSIP. V. cependant, Lyon, 18 mars 1999, Dr. Fam. 2000, comm. n°5, note H. LECUYER : dans un divorce sur requête conjointe, la Cour d'appel de Lyon affirme que « les donations maintenues faute de décision dans la convention de divorce conservent le caractère révocable ou irrévocable qui était le leur avant le divorce ».

Sur les controverses doctrinales à propos de la révocabilité ou de l'irrévocabilité des donations maintenues par la convention définitive, V. C. SAUJOT, « Les articles 267 à 269 du Code civil : une apparente simplicité », Defrénois 1989, art. 34566, p. 891.

⁶⁹³ De la sorte, si la règle de la révocabilité des donations entre époux était supprimée, ainsi que nous le suggèrerons, une disposition devrait venir consacrer expressément la validité des donations de biens à venir ainsi que leur révocabilité. V. *infra*, n°766.

⁶⁹⁴ En ce sens, le projet de loi relatif au divorce déposé le 9 juillet 2003 au Sénat (C. civ., art. 265 nouveau, www.senat.fr).

⁶⁹⁵ J.-F. SAGAUT, « La clause de révocation de l'institution contractuelle *post-nuptias* entre époux en cas de dissolution de l'union par divorce », in *Liber amicorum Georges Daublou*, Répertoire du Notariat Defrénois, 2001, p. 287.

donations, tous les avantages que les époux se sont consentis dans l'optique d'une dissolution de leur couple par décès pourraient être révoqués de plein droit par le divorce⁶⁹⁶. De la sorte, les gains de survie seraient, en quelque sorte, contractés sous la condition résolutoire du divorce et les conditions suspensives de la dissolution du mariage par décès et de la survie du donataire⁶⁹⁷.

352. Dès lors, le débat nous semble devoir se concentrer sur le sort des donations de biens présents. De manière générale, la révocabilité des donations de biens présents, ainsi que la nullité des donations déguisées entre époux, devraient être écartées⁶⁹⁸. Reste à déterminer si les donations de biens présents entre époux pourraient, malgré tout, connaître un sort particulier en cas de divorce⁶⁹⁹.

On pourrait imaginer un système de révocation expresse au moment du prononcé du divorce. Dans l'hypothèse du silence de la convention, les donations seraient alors irrévocables, conformément au droit commun⁷⁰⁰. Cette solution briserait les incertitudes en cas de silence des époux sur les donations consenties et éviterait ainsi les interprétations hasardeuses de volonté.

Cette proposition ne devrait cependant pas être retenue, la suppression de la règle de la révocabilité des libéralités entre vifs devant trouver son prolongement dans le droit du divorce. La disparition de l'affection ne saurait, en effet, justifier la révocation de la donation : pas plus qu'un concubin, partenaire d'un pacs ou non, ne peut reprendre ce qu'il a donné, un époux ne devrait pouvoir remettre en cause l'intention libérale qui existait au jour

En attendant cette réforme, les rédacteurs de l'acte devraient avoir à cœur d'inclure une clause de révocation en cas de dissolution de l'union pour une cause autre que le décès.

⁶⁹⁶ Sur la révocabilité des donations de biens à venir et l'irrévocabilité des donations de biens présents, V. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (sous la dir. de), Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, 1999, p. 160 et s.

Dans le même sens, A. DEPONDT, « Le sort des libéralités maintenues après le divorce », *Defrénois* 1986, art. 33778, p. 897 ; M. BRAZIER, « Réforme du divorce : améliorer ou trahir la loi de 1975 ? », *Gaz. Pal.* 1999, doct., 1, p. 708.

⁶⁹⁷ D'un autre côté cependant, la révocation de plein droit de la donation de biens à venir en cas de divorce n'apporterait pas d'avantage substantiel au juge, dans la mesure où ce dernier ne tient, d'ores et déjà, sans doute pas compte de ces avantages, en raison de leur révocabilité, dans l'évaluation de la disparité des conditions respectives de vie des époux à la rupture. L'avantage de la révocation de plein droit se situerait davantage du côté du donateur, qui n'aurait pas à se soucier de révoquer le gain de survie accordé à son ancien partenaire.

⁶⁹⁸ V. la démonstration *infra*, n°771.

⁶⁹⁹ Sur les limites au droit commun liées à l'engagement de mariage et, par conséquent, au rôle de la faute dans le droit du divorce, V. *infra*, n°391.

⁷⁰⁰ Le 95^{ème} Congrès des notaires de France proposait ainsi « qu'en cas de divorce, quelle que soit la procédure utilisée, toutes donations de biens présents et tous avantages matrimoniaux, non révoqués par les parties en cours de procédure, deviennent irrévocables dès le prononcé du divorce ». V. Demain la famille, 95^{ème} Congrès des Notaires de France, Marseille 9-12 mai 1999, Maury-Imprimeur, 1999, p. 779.

de l'acte⁷⁰¹. La révocation de plein droit des donations pourrait cependant être conservée aux fins de stigmatiser l'époux fautif, demandeur au divorce pour rupture de la vie commune ou aux torts exclusifs duquel le divorce est prononcé. Imposée par la loi à titre de sanction, elle ne remettrait pas en cause la soumission des libéralités entre vifs au droit commun des libéralités. Toutefois, dans le contexte actuel du recul de la faute, il pourrait être envisagé de supprimer la sanction que représente la perte automatique des donations⁷⁰².

353. A l'issue de ces trois étapes, il est possible d'évaluer les ressources de chacune des parties. Après en avoir déduit les charges incompressibles ainsi que le taux d'épargne⁷⁰³, les conditions de vie de chacun peuvent alors être objectivement comparées. Caractériser la disparité dans les conditions de vie respectives des époux permet ainsi de déterminer le préjudice⁷⁰⁴, dont il convient à présent d'identifier le fait générateur. Celui-ci pourrait résider dans le sacrifice du demandeur durant la vie commune.

b). La disparité trouvant sa source dans un sacrifice du demandeur

354. En principe, une prestation devrait être accordée au membre du couple victime de l'inégalité financière révélée par la rupture du couple, lorsque cette inégalité trouve sa source dans un sacrifice consenti par lui durant la vie commune. Un tempérament pourrait cependant lui être apporté, inspiré de la clause négative d'équité allemande.

355. La législation sur les couples stables en Catalogne⁷⁰⁵ prévoit que, quelle que soit la forme du couple, la séparation de ses membres engendre un droit à réparation du préjudice causé au partenaire s'il s'était consacré aux tâches ménagères ou s'il avait collaboré à la profession de l'autre. Plus généralement, et pour n'exclure aucune hypothèse,

⁷⁰¹ La sécurité juridique – mise en péril lorsque les transactions portent sur des biens donnés sur lesquels plane la menace d'une révocabilité – constituerait également un puissant argument en faveur de l'irrévocabilité des donations de biens présents entre époux, tant pendant le mariage qu'après sa dissolution. V. *infra*, n°766.

⁷⁰² V. *infra*, n°767.

Le projet de loi relatif au divorce déposé au Sénat le 9 juillet 2003 se prononce ainsi en faveur du maintien des donations de biens présents entre époux, indépendamment de l'existence d'une faute de l'un des conjoints (C. civ., art. 265 nouveau, www.senat.fr).

⁷⁰³ V. D. MARTIN SAINT-LEON, « L'évaluation de la prestation compensatoire ou la recherche de la pierre philosophale », *Gaz. Pal.* 2002, *doctr.*, 2, p. 1580.

⁷⁰⁴ On peut s'interroger sur l'opportunité d'ouvrir droit à compensation pour le moindre écart, le plus ténu soit-il, constaté dans les situations respectives des époux, même si la Cour de cassation a rejeté le concept de « *disparité significative* ». *Contra*, V. D. MARTIN SAINT-LEON, art. précit., p. 1580.

⁷⁰⁵ V. F. GRANET, « L'enregistrement des couples non mariés en Europe », *Le Pacs, Dr. Fam. Hors série*, décembre 1999, p. 60 ; C. DENEUVILLE, « Le partenariat à l'étranger », *Droit et patrimoine* n°81, avril 2000, p. 67.

une prestation compensatoire pourrait être attribuée à celui des membres du couple qui, du fait d'un sacrifice consenti pendant la vie commune, souffre de la disparité dans les conditions de vie respectives des anciens partenaires.

Le sacrifice à l'origine de la disparité économique entre les deux membres du couple peut être de deux ordres. En premier lieu, le sacrifice peut être d'ordre professionnel. L'un des membres du couple peut avoir, dans l'intérêt de la communauté de vie, écourté ses études, opté pour une carrière professionnelle moins rémunératrice ou abandonné toute profession. Ce sacrifice pouvait avoir pour but de permettre à son partenaire d'exercer librement une profession imposant des déplacements fréquents, de collaborer à l'activité professionnelle de son compagnon ou de se consacrer à l'éducation des enfants à la charge du couple. En second lieu, l'un des membres du couple peut avoir sacrifié ses revenus. Il peut ainsi avoir consacré l'intégralité de ses revenus à la satisfaction des charges de la vie commune afin de permettre à son partenaire de poursuivre ses études⁷⁰⁶. Dans la mesure où le sacrifice résulte d'un choix fait en commun, les membres du couple devraient en assumer ensemble les conséquences dommageables pour l'un d'eux en cas de rupture⁷⁰⁷.

356. Un tempérament pourrait cependant être apporté à ce principe. A cet égard, le législateur français pourrait s'inspirer de la *negative Billigkeitsklausel* – clause négative d'équité – de la législation allemande sur le droit du divorce (BGB, § 1579)⁷⁰⁸. A l'exemple du droit allemand, la prestation compensatoire pourrait être diminuée, voire écartée, lorsque l'obligation du débiteur apparaîtrait gravement inéquitable. A la suite de la clause générale, le législateur pourrait spécifier quelques hypothèses.

Il en serait ainsi lorsque le créancier s'est rendu coupable d'un crime ou d'un délit grave et intentionnel contre le débiteur ou ses proches, lorsqu'il s'est rendu coupable d'un

⁷⁰⁶ Imaginons l'hypothèse suivante : au moment du divorce, l'un des époux vient d'achever ses études et va s'installer comme médecin dans les mois à venir. Il convient alors d'avoir à l'esprit, pour que le préjudice soit indemnisé en toute hypothèse, que la disparité des conditions de vie s'entend d'un écart de condition de vie constaté après le divorce. V. *supra*, n°342. A défaut, le sacrifice consenti par la compagne de l'étudiant en médecine, promis à un brillant avenir financier, ne serait pas compensé. En effet, au moment du prononcé du divorce, le niveau de vie de la compagne dévouée serait sensiblement le même que pendant la vie maritale. Dès lors, si le juge entend la disparité comme une réduction des conditions de vie d'un membre du couple par rapport à la situation maritale, il devra débouter la demanderesse. Si, au contraire, il considère que le seul constat d'une différence certaine dans les conditions de vie ouvre droit à la compensation, il pourra dans un tel cas de figure, admettre le principe d'une compensation.

⁷⁰⁷ Le droit suisse prévoit ainsi qu'il doit être attribué une « *contribution équitable* » à l'époux créancier qui n'a pu s'affilier à une institution de prévoyance professionnelle (C. civ. suisse, art. 122).

⁷⁰⁸ Une idée comparable a été suggérée dans le projet de loi relatif au divorce, déposé au Sénat le 9 juillet 2003 (www.senat.fr) : alors qu'aujourd'hui, un époux divorcé à ses torts exclusifs se voit privé de toute prestation compensatoire, celle-ci ne pourra dorénavant lui être refusée que si l'équité le commande au regard des circonstances particulières de la rupture (C. civ., art. 270 nouveau). Monsieur HAUSER – membre du groupe d'experts chargé d'élaborer le rapport sur la réforme du divorce – qualifie une telle clause de « *clause de sauvegarde* » (Droit et patrimoine n°115, mai 2003, p. 17)

comportement fautif manifestement grave à l'encontre du débiteur pendant la vie commune, telle la violation de son obligation de contribution aux charges de la vie commune ou, plus généralement, pour tout autre motif aussi grave que ceux précédemment cités. Le droit à compensation devrait ainsi être exclu lorsque le créancier a délibérément provoqué son état de besoin, en dilapidant son patrimoine pendant la période de séparation de fait ou en abandonnant son emploi sans raison valable⁷⁰⁹. Toutefois, seuls des manquements ou des fautes d'une particulière gravité, prenant en considération l'existence ou l'absence d'un engagement entre les membres du couple⁷¹⁰, devraient conduire au refus ou à la diminution du droit à compensation. De manière générale, les magistrats devraient disposer de larges pouvoirs d'appréciation fondés sur l'équité. Les situations de couple sont en effet trop diverses pour pouvoir dresser une typologie des comportements fautifs et une échelle de gravité permettant d'en déterminer objectivement les conséquences.

Au surplus, transposer le critère allemand de la courte durée du mariage⁷¹¹ ne présente guère d'utilité. En pratique, il est vrai qu'une courte durée de la vie commune suscite moins d'occasions de sacrifices. Dans cette hypothèse, il n'y aura donc souvent pas lieu d'attribuer une prestation compensatoire à l'un des membres du couple. En théorie, il importe peu, cependant, que la vie commune ait été ou non de courte durée. Seul importe le sacrifice consenti pendant celle-ci et le préjudice qui en résulte après rupture sur les conditions de vie de son auteur.

357. La clause négative d'équité devrait également permettre la prise en considération du remariage, du concubinage ou de la conclusion d'un pacs des membres de l'ancien couple. En Allemagne, le cas le plus fréquent dans lequel le motif rendant le maintien de la prestation compensatoire gravement inéquitable est invoqué, est en effet celui du concubinage stable et notoire du créancier⁷¹². En droit positif français, l'idée sans doute inconsciente, mais tenace, selon laquelle la prestation compensatoire a pour objet de compenser la perte de la contribution aux charges du mariage conduit à la refuser si une nouvelle obligation de contribution aux charges de la vie commune, civile ou naturelle, la

⁷⁰⁹ Ainsi en a décidé la jurisprudence allemande. V. F. FERRAND, Droit privé allemand, Précis Dalloz, 1997, p. 507, n°526.

⁷¹⁰ Sur les limites à un droit commun de la liquidation de la vie du couple en cas de rupture indépendante du décès, découlant de l'engagement du mariage et des obligations auxquelles il donne naissance, V. *infra*, n°373.

⁷¹¹ BGB, § 1579, 2°. La Cour fédérale de justice considère en général un mariage de deux ans ou moins comme de courte durée, alors qu'au-delà de trois ans, cette qualification ne peut plus être retenue. V. F. FERRAND, *op. cit.*, p. 507, n°526.

⁷¹² Si ces caractères de stabilité et de notoriété ne sont pas remplis, les tribunaux allemands qualifient les prestations en nature que le créancier reçoit de son nouveau partenaire, de rémunérations en contrepartie de sa contribution dans la gestion du ménage, ces rémunérations venant ainsi en déduction du montant de la créance d'entretien. V. F. FERRAND, *op. cit.*, p. 509, n°527.

remplace⁷¹³. Compte tenu de l'analyse indemnitaire de la prestation compensatoire fondée sur le sacrifice, le fait que le créancier ou le débiteur fonde un nouveau couple devrait être indifférent quant au principe même de l'attribution de la prestation compensatoire. Ainsi, si la prestation compensatoire est allouée sous la forme d'une indemnité de reconversion professionnelle, il apparaît logique que l'ancien partenaire qui a bénéficié du sacrifice professionnel de l'autre supporte cette charge, sans pouvoir se défausser sur le nouveau partenaire du créancier. La clause négative d'équité pourrait cependant permettre la prise en considération de situations particulières. En effet, si le créancier potentiel d'une indemnité de réinsertion professionnelle bénéficie, dans son nouveau couple, d'un niveau de vie confortable, qui l'autorise à ne pas travailler et, qu'en pratique, il est peu probable que le créancier souhaite réintégrer la vie professionnelle, il apparaît gravement inéquitable de lui accorder une indemnisation.

L'exemple cité témoigne, à cet égard, du fait que ce refus ne pourrait être apprécié isolément de la détermination de la finalité précise de la prestation compensatoire dans le cas d'espèce. Autrement dit, la condition de refus d'attribution de la prestation compensatoire devrait être envisagée au regard des modalités d'indemnisation, que commande la nature indemnitaire de la prestation compensatoire. C'est là envisager les conséquences de la nature indemnitaire de la prestation compensatoire.

B. Les conséquences de la nature indemnitaire de la prestation compensatoire

358. L'analyse indemnitaire de la prestation compensatoire, ainsi que le rejet corrélatif de son caractère alimentaire, devraient gouverner son régime. Le caractère indemnitaire du droit à la soutenance implique ainsi que celui-ci ne constitue pas un droit d'ordre public. Son créancier pourrait par conséquent y renoncer conventionnellement, purement et simplement, ou en échange d'une contrepartie⁷¹⁴.

⁷¹³ V. *supra*, n°89 et s. sur les conséquences du remariage, du concubinage ou de la conclusion d'un pacs sur la pension alimentaire ou la prestation compensatoire. « *A s'imprégner du sens de certaines dispositions actuelles de notre droit du divorce, il n'est point absurde de soutenir qu'au rebours de ce qu'édicte l'article 227 du Code civil, ce serait le remariage ou, à défaut, l'entrée en concubinage notoire de l'un ou des deux époux divorcés qui mettrait vraiment fin au mariage antérieur. Jusque-là les ex-époux demeureraient dans un état particulier, autonome : l'état d'époux divorcés. Quelque chose de plus que celui d'époux séparés de corps mais quelque chose de moins que celui de personne (à nouveau) mariée en somme* » (A. SERIAUX, « La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris », R.T.D. Civ. 1997, p. 53).

V. aussi D. BERTHIAU, « Le remariage et la prestation compensatoire », Dr. Fam. 2000, chr. n°6 ; « Le remariage et la prestation compensatoire depuis la loi du 30 juin 2000 (et accessoirement depuis celle du 3 décembre 2001 en matière successorale) : chronique d'actualisation », Dr. Fam. 2002, chr. n°20.

⁷¹⁴ C. civ., art. 2046, al. 1^{er} : « *On peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit* ». La renonciation s'entend néanmoins d'une renonciation *a posteriori*, non d'une renonciation par avance à un droit non encore né, certainement impossible. V. J. HAUSER, obs. sous Civ. 2^{ème} 20 juin 2002, R.T.D. Civ. 2002, p. 789, n°10.

La nature indemnitaire de la prestation compensatoire commande également les modalités d'indemnisation (1.) ainsi que celles de sa révision et de sa transmission (2.).

1. Les modalités d'indemnisation

359. Les principes directeurs de la responsabilité civile délictuelle imposent au juge de rechercher le mode d'indemnisation le plus satisfaisant parmi ceux qui sont possibles pratiquement⁷¹⁵. La remise en l'état étant fréquemment impossible, la réparation a alors lieu par équivalent. Néanmoins, même versée par équivalent, la réparation doit être la plus adéquate possible.

S'agissant de la prestation compensatoire, cette directive emporte deux conséquences. En premier lieu, puisque le sacrifice a fait perdre au créancier tout ou partie de son autonomie financière, l'indemnisation devrait avoir pour objectif de lui permettre de recouvrer une autonomie. En principe, la prestation compensatoire devrait donc constituer une modalité de réinsertion (a). En second lieu, la forme de la prestation compensatoire, en argent ou en nature, devrait être adaptée à la forme de reconversion. Le principe devrait, par conséquent, être celui de la liberté de choix des modes d'indemnisation (b).

a). Le principe de l'indemnité de réinsertion

360. Si la philosophie d'autonomisation dans la rupture du couple ne devrait pas aller jusqu'à supprimer toute responsabilité entre ses membres du fait des choix pris en commun, elle pourrait en revanche irriguer les modalités d'indemnisation. Dans cette optique, la prestation compensatoire devrait être destinée à aider le créancier à devenir capable de subvenir à ses besoins par ses propres moyens. La prestation compensatoire pourrait donc, sauf exception, prendre la forme d'une indemnité de réinsertion⁷¹⁶.

Telle est d'ores et déjà la position du droit positif français. V. Civ. 1^{ère} 10 février 1998, Dr. Fam. 1998, comm. n°53, note H. LECUYER. En l'espèce, l'épouse avait renoncé, dans la convention définitive homologuée, à exiger une prestation compensatoire. Elle avait par conséquent reconnu qu'il n'existait aucune source de disparité à compenser, laquelle peut trouver son origine dans une collaboration professionnelle non rémunérée. L'action fondée sur l'enrichissement sans cause postérieurement intentée par elle a donc été valablement déclarée irrecevable.

⁷¹⁵ Sur les modes de réparation, V. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, Tome 1, *Responsabilité délictuelle*, Litec, 5^{ème} éd., 1996, p. 517, n°1284 et s.

⁷¹⁶ Un système comparable, inspiré du projet allemand de 1970 *Jahn*, avait déjà été proposé, préalablement à l'adoption de la réforme de 1975. Le terme employé était celui de « *recyclage* ». Il fut rapidement rejeté. V. J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome 2, *La famille, l'enfant, le couple*, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 621. Une telle proposition était sans doute en avance sur son temps, la philosophie d'autonomie n'ayant pas encore intégré les mentalités françaises.

361. La réinsertion serait le plus souvent professionnelle⁷¹⁷. Tel serait notamment le cas lorsque le sacrifice du créancier de la prestation compensatoire était lui-même d'ordre professionnel. Dans l'hypothèse où la disparité dans les conditions de vie constatée à l'issue de la rupture ne trouve pas son origine dans un sacrifice professionnel du créancier mais dans le sacrifice de ses revenus, qui a permis à son partenaire d'exercer une activité beaucoup plus rémunératrice que la sienne, l'indemnité pourrait également viser la reconversion professionnelle du créancier si ce dernier souhaite reprendre des études pour accéder à un métier plus valorisant ou plus rémunérateur⁷¹⁸. Dans ce cas, le débiteur de la prestation compensatoire devrait, dans un juste retour des choses, financer la reconversion de son ancien partenaire. A défaut de souhait de reconversion, la réinsertion ne saurait être d'ordre professionnel. Dans la mesure où le sacrifice de ses revenus a empêché le créancier de la prestation compensatoire de se constituer une épargne, l'indemnisation pourrait ainsi consister dans la communication du train de vie du plus fortuné à l'autre pendant une durée égale à celle du sacrifice, ou moindre selon l'ampleur de ce dernier⁷¹⁹.

S'agissant du cas particulier de l'indemnité de réinsertion professionnelle, l'indemnisation par équivalent qu'elle représente pourrait comporter une spécificité par rapport au droit commun de la responsabilité civile délictuelle. En principe, aucune obligation d'affecter les dommages-intérêts à la réparation du dommage ne pèse sur la victime⁷²⁰. S'agissant de l'indemnité de recyclage professionnel, on pourrait cependant

⁷¹⁷ En Allemagne, le droit à entretien est ainsi accordé au demandeur, lorsqu'après le divorce il ne peut trouver une activité professionnelle appropriée ou lorsque les revenus ne suffisent pas à assurer son entretien (BGB, § 1573), lorsqu'il a interrompu son instruction scolaire ou professionnelle en raison du mariage, et qu'après le divorce il désire la reprendre à condition que le créancier d'aliments entreprenne une formation aussi vite que possible afin de pouvoir exercer une activité rémunératrice lui garantissant dans l'avenir sa subsistance et que la réussite de la formation soit vraisemblable (BGB, § 1575).

Le *De facto Relationships Act* de 1984 de l'Etat australien du New South Wales permet également d'allouer judiciairement des pensions alimentaires entre concubins pour une durée maximale de trois années, en particulier pour assurer la formation professionnelle du créancier. V. J. H. WADE, « L'union de fait en Australie », in *Des concubinages dans le monde*, sous la dir. de J. RUBELLIN-DEVICHI, Ed. du C.N.R.S., 1990, p. 72.

⁷¹⁸ L'exemple – que d'aucuns qualifieront de caricatural, mais l'est-il vraiment ? – est celui de l'infirmière et du médecin. Durant des années, l'infirmière consacre l'intégralité de ses revenus aux charges du ménage, sans pouvoir se constituer d'épargne, afin de permettre à son partenaire de finir ses études de médecine. Une fois ces dernières achevées, ou sur le point d'être achevées, le médecin quitte son infirmière. Celle-ci manifeste alors le souhait de devenir médecin à son tour.

⁷¹⁹ L'évaluation de l'indemnité de réinsertion se fera en fonction du résultat à atteindre, selon les besoins du créancier et les ressources du débiteur. A cet égard, il serait intéressant de confier à l'ordinateur le soin de « *dégrossir* » l'évaluation de la prestation compensatoire aux fins d'obtenir une fourchette susceptible d'être corrigée par toutes les données ponctuelles. V. M. BRAZIER, « Réforme du divorce : améliorer ou trahir la loi de 1975 ? », *Gaz. Pal.* 1999, doctr., 1, p. 708 ; G. COGNO-BOURDIEU et D. MOOS, « Proposition d'une méthode de calcul de la prestation compensatoire », *Gaz. Pal.* 1999, doctr., 2, p. 1718.

⁷²⁰ V. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, Tome 1, *Responsabilité délictuelle*, Litec, 5^{ème} éd., 1996, p. 517, n°1284.

imaginer d'imposer à son créancier l'obligation d'affecter effectivement la somme d'argent à sa reconversion⁷²¹.

362. Ce n'est que dans l'hypothèse – rare au demeurant⁷²² – où l'on ne peut espérer du créancier de la prestation compensatoire qu'il recouvre son autonomie, que la prestation compensatoire ne viserait pas sa réinsertion. Le législateur pourrait alors, s'inspirant du droit allemand, prévoir une clause positive d'équité – *positive Billigkeitsklausel* (BGB, § 1576) – aux termes de laquelle la prestation compensatoire doit être allouée sous forme d'un droit à l'entretien viager, lorsque l'on ne peut raisonnablement s'attendre à une activité professionnelle du demandeur et que le refus de l'entretien serait gravement inéquitable en considération des intérêts des membres du couple⁷²³. A la suite de cette clause générale, quelques unes des hypothèses les plus fréquentes pourraient être précisées. On songe naturellement au cas du membre du couple au foyer, dont l'âge au jour de la rupture lui interdit d'envisager une activité professionnelle, mais également à l'hypothèse où la charge d'enfants communs empêcherait le demandeur d'exercer une profession⁷²⁴.

Cependant, même octroyée sous la forme d'un droit à l'entretien viager, et revêtant, par conséquent, une modalité alimentaire, la prestation compensatoire devrait demeurer fondamentalement indemnitaire. L'allocation d'un droit à l'entretien viager devrait ainsi être subordonnée à la condition que l'incapacité du créancier de subvenir à ses besoins provienne d'un choix effectué en commun durant la vie commune. Cette condition est assurément remplie dans l'hypothèse précédemment citée de l'abandon de toute profession pendant la

⁷²¹ V. cette obligation d'ores et déjà conventionnellement prévue : Civ. 2^{ème} 11 février 1999, R.T.D. Civ. 1999, p. 366, obs. J. HAUSER. Dans cet arrêt, la Cour de cassation admet, en se retranchant derrière le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, la validité de la clause aux termes de laquelle les époux avaient convenu dans leur convention définitive homologuée que, trois ans après l'ordonnance initiale, leurs situations seraient à nouveau examinées par le juge, l'épouse devant justifier de ses diligences en matière de recherche d'emploi si elle voulait conserver son droit à prestation compensatoire.

Le droit allemand précise ainsi que, si cela est nécessaire à l'exercice d'une activité rémunératrice appropriée, l'époux divorcé a l'obligation de se former ou de se reconvertir, dès lors qu'il est vraisemblable que l'époux réussira la formation entreprise (BGB, § 1574, al. 3).

⁷²² Les statistiques en témoignent. Le taux de divorces dans lesquels la femme est âgée de plus de 54 ans est en effet de 5 % ; il est de 22 % si la femme est âgée de plus de 45 ans. V. I. THERY, Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, Ed. Odile Jacob, 1998, p. 132.

⁷²³ Une proposition comparable figure dans le projet de loi relatif au divorce, déposé devant le Sénat le 9 juillet 2003 (www.senat.fr), qui propose que l'époux dont l'âge ou l'état de santé ne lui permettra pas de subvenir à ses besoins après le divorce se voit accorder par le juge une prestation compensatoire sous forme de rente viagère (article 276 nouveau du Code civil).

⁷²⁴ Telle est l'une des hypothèses justifiant, en droit allemand, le droit à l'entretien (BGB, § 1570).

Les seuls critères de l'âge et de la santé du créancier (C. civ., art. 276) ne sauraient en effet suffire. Sur l'inopportunité de la marginalisation de la rente viagère à ces seuls cas, V. par exemple Civ. 1^{ère} 23 avril 2003, Dr. Fam. 2003, comm. n°71, note H. LECUYER.

vie commune, la rupture intervenant à un âge où la recherche d'un emploi n'est plus concevable. Tel n'est pas le cas, en revanche, de la maladie ou de l'infirmité du membre du couple⁷²⁵. C'est dire que, même versée sous une forme alimentaire, la prestation compensatoire devrait toujours s'inscrire dans un système de responsabilité individuelle, lors de la liquidation de la vie du couple, des choix exercés en commun pendant la vie en couple. Si les conditions de cette responsabilité individuelle ne sont pas réunies, et à moins qu'une obligation naturelle prenne le relais⁷²⁶, la responsabilité devrait être collective. Il incombe en effet à la famille ou à l'Etat de prendre en charge la personne⁷²⁷.

⁷²⁵ Par conséquent, l'article 276 du Code civil, qui ne subordonne pas l'octroi d'une rente viagère à un sacrifice du créancier de la prestation compensatoire, ne saurait être purement et simplement transposé dans un droit commun impératif de la liquidation de la vie du couple.

⁷²⁶ L'admission par la jurisprudence de l'obligation naturelle de porter secours à son partenaire si celui-ci est incapable de subvenir à ses besoins, notamment en cas de maladie ou d'infirmité, tant entre époux qu'entre concubins témoigne de la reconnaissance par l'opinion commune de l'intérêt social de ce devoir de conscience. En revanche, contrairement à la démonstration effectuée à propos de l'obligation naturelle des concubins de contribuer aux charges de la vie commune (V. *supra*, n°94 et s.), l'obligation naturelle de porter secours à son partenaire dans le besoin après rupture ne saurait préfigurer le droit prospectif. Elle devrait rester une obligation naturelle et, à ce titre, être invoquée pour permettre la consécration d'une obligation juridique avalisée par les mœurs mais heurtant la règle de droit de la prestation compensatoire qui exige qu'un sacrifice soit à l'origine de l'état de besoin.

Sur l'admission de l'obligation naturelle de porter secours au conjoint divorcé – rare compte tenu du droit à prestation compensatoire, V. Civ. 2^{ème} 24 juin 1971, Bull. civ. II, n°234 ; Civ. 2^{ème} 25 janvier 1984, J.C.P. 1986, éd. G, II, 20540, note A. BATTEUR, D. 1984, 442, note C. PHILIPPE ; Civ. 1^{ère} 8 mai 1988, D. 1989, 289, note J. MASSIP, R.T.D. Civ. 1989, p. 58, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI. Sur l'obligation naturelle de porter secours au concubin après rupture, V. les références citées par M. MULLER, « L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources », D. 1986, chr. 332 et, en dernier lieu, Paris, 11 juin 1998, Dr. Fam. 1998, comm. n°166, note H. LECUYER ; Civ. 1^{ère} 17 novembre 1999, Dr. Fam. 2000, comm. n°19, note H. LECUYER, D. 2000, somm. comm. 419, obs. J.-J. LEMOULAND ; Riom, 6 mars 2001, J.C.P. 2002, éd. G, IV, 1688.

⁷²⁷ Pour limiter au maximum l'octroi d'une rente alimentaire viagère, d'autres solutions peuvent être envisagées qui tournent toutes autour de la prise en charge de la vieillesse, hypothèse la plus classique où le créancier de la prestation compensatoire n'est pas en mesure de subvenir à ses besoins. Un auteur propose ainsi d'intégrer les droits à la retraite dans le patrimoine commun des époux vivant sous un régime de communauté légale ou universelle. V. A. BENOIT, « Divorce et prestations sociales », D. 1997, chr. 13. Limitée au couple ayant opté pour un régime de biens communautaire, cette proposition ne ressort pas d'un droit commun imposant une entraide minimale mais d'un droit commun conventionnel, favorisant une entraide maximale. V. aussi les propositions de Monsieur CLAUX, « Retraite et divorce », A.J. Fam. août-septembre 2002, p. 278.

A l'exemple du droit allemand, il pourrait également être instauré un système de compensation des droits à pension. Le mécanisme de la *Versorgungsausgleich* consiste à comparer les points de retraite de chaque époux et à verser à l'un d'eux la moitié de la différence si le partenaire a acquis des droits plus élevés. L'idée peut paraître séduisante à première vue mais la mise en œuvre technique de la compensation des droits à pension est d'une complexité peu commune. En outre, ce système s'apparente à un régime matrimonial primaire, dont la liquidation et le partage ne font pas intervenir la notion de préjudice ni de sacrifice, conditions substantielles du droit à la soutenance en cas de rupture. Sur ce système, V. W. MULLER-FREIENFELS, « Les effets du divorce dans le nouveau droit allemand », in Le nouveau droit du divorce en Allemagne et en France, Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et de l'institut de recherches juridiques, politiques et sociales de Strasbourg, Tome 29, L.G.D.J., 1979, p. 95 et s. ; F. FERRAND, Droit privé allemand, Précis Dalloz, 1997, p. 514, n°536 et s. Un système comparable a été mis en place au Québec, le patrimoine familial comprenant dans son assiette les droits à la retraite accumulés pendant la vie commune. V. les références citées *supra*, note 669.

L'évaluation du montant de la rente devrait être appréciée souverainement par les juges du fond, en suivant cependant l'idée directrice selon laquelle elle ne doit pas nécessairement correspondre au maintien des conditions de vie dont le créancier bénéficiait durant la vie commune, de même qu'elle ne devrait pas évoluer à la hausse en fonction du train de vie du débiteur. Du reste, en cas de revenus assez élevés, il n'est pas rare qu'une partie de ces revenus serve non pas à l'entretien de la famille mais à la constitution d'un patrimoine. Il conviendrait dès lors de ne tenir compte, pour le calcul de la rente alimentaire, que des sommes normalement affectées aux besoins de consommation.

363. En fonction de l'objectif à atteindre et pour y parvenir de la manière la plus adéquate, le juge devrait bénéficier d'une liberté de choix parmi les modes d'indemnisation.

b). La liberté de choix parmi les modes d'indemnisation

364. L'adéquation de la réparation commande la plus grande souplesse dans le choix des formes de l'indemnité – rente ou capital, en argent ou en nature – même si, à l'évidence, certaines d'entre elles doivent être favorisées dans la perspective d'un apurement définitif des comptes entre les anciens membres du couple.

365. En droit positif, les époux divorçant sur requête conjointe bénéficient de la plus grande liberté quant à la détermination des modalités de la prestation compensatoire, sous réserve de préserver l'équité, condition de l'homologation de leur convention⁷²⁸. En revanche, depuis la loi du 30 juin 2000, le juge est enfermé dans des limites très strictes. Le droit positif du divorce ne l'autorise en effet à attribuer une prestation compensatoire sous

Une autre solution consisterait enfin à rendre obligatoire un régime d'assurance spécifique pour les couples dont l'un des membres reste au foyer, assimilable à une retraite de membre de couple au foyer. V. D. GANANCIA, « Pour un divorce du XXI^{ème} siècle », Gaz. Pal. 1997, doctr., 1, p. 667.

⁷²⁸ H. LECUYER, « La loi n°2000-596 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce. Etude de droit civil », Dr. Fam. 2000, chr. n°17.

La liberté des époux est cependant étroitement circonscrite à l'hypothèse du divorce sur requête conjointe. Les critères d'attribution de la rente ne devraient pas, en effet, permettre au juge de prendre en compte l'accord des parties et prononcer une prestation compensatoire sous forme de rente. Deux décisions rendues par des juridictions du fond en ont pourtant admis la possibilité : Versailles, 30 novembre 2000, Lyon, ord. J.A.F., 21 décembre 2000, R.T.D. Civ. 2001, p. 338, n°14, obs. J. HAUSER. Ces arrêts devraient cependant encourir la cassation, tant la violation de l'article 276 est manifeste. Toutefois, selon Monsieur HAUSER, « *si, nonobstant ce texte isolé, conjoncturel, corporatiste et boutiquier, la Cour de cassation veut enfin ouvrir la voie à la promotion définitive du divorce d'accord et à l'éradication progressive du divorce contentieux, quelle meilleure voie que celle qu'offrent nos deux juridictions et pourquoi être plus royaliste que le roi puisque les parties sont d'accord, sans méconnaître, reconnaissons-le, le texte clair en sens contraire de l'article 274 nouveau et l'esprit de la loi de 2000... si elle en a un !* » (ibid.).

forme de rente, nécessairement viagère, qu'« à titre exceptionnel », à condition que l'âge ou l'état de santé du créancier ne lui permette pas de subvenir à ses besoins (C. civ., art. 276). En imposant en toute autre hypothèse la forme du capital, le législateur souhaitait briser la tendance jurisprudentielle consistant à accorder des prestations compensatoires essentiellement sous forme de rentes⁷²⁹.

Il apparaît cependant que des écueils se trouvent de part et d'autre de chacun des deux systèmes. Il n'est certes pas concevable de revenir à un système de rentes. Celui-ci ne permet pas, en effet, d'apurer les comptes définitivement. En outre, il est susceptible de donner naissance à des litiges relatifs à leur révision, envenimant l'après-divorce. Il est cependant tout aussi inacceptable d'imposer systématiquement le paiement par capital. L'objectif est certes louable en ce qu'il permet une liquidation de la vie du couple plus rapide, en particulier par la libération définitive du débiteur ; il ne devrait toutefois pas être érigé au rang de principe. D'une part, il est patent que l'acquittement du capital sur plusieurs années, sous forme de versements périodiques, s'apparente largement, au moins si l'on se place du côté du débiteur, à une rente mensuelle temporaire⁷³⁰. A cet égard, quand les époux n'ont pour ressources que leurs salaires, le fractionnement sur huit années s'impose. Le système emporte alors un effet pervers, celui de réduire en fait la prestation compensatoire, car le raisonnement du juge s'en trouve inversé. Celui-ci tend en effet à raisonner sur la solvabilité et non plus sur les besoins et les charges, le tout limité à huit années⁷³¹. Des auteurs suggèrent alors d'allonger le délai de fractionnement à dix ou douze ans⁷³². D'autre part, la rente à temps peut, selon les espèces, se révéler particulièrement plus adaptée que le

⁷²⁹ V. *supra*, n°314.

⁷³⁰ V. A. BENABENT, « Prestation compensatoire : la révision des dupes ? », D. 2000, Point de vue V ; J. HAUSER, obs. sous Bourges, 31 janvier 2001, R.T.D. Civ. 2002, p. 79, n°15. En l'espèce, le capital avait été fixé à 220 000 francs, échelonné sur huit ans, soit des mensualités à 2400 francs. « Où est le changement ? », s'interroge l'annotateur. V. aussi H. POIVEY-LECLERCQ, « Observations d'un praticien sur la réforme de la prestation compensatoire », R.J.P.F. septembre 2000, p. 7, qui évoque l'apparition d'une nouvelle catégorie économique : « le capital-renté ».

Du reste, l'assimilation entre rente et versement échelonné du capital est patente en droit fiscal. En effet, lorsque le capital n'est pas versé en totalité dans les douze mois du jugement passé en force de chose jugée, les sommes versées dans ces conditions sont déductibles du revenu imposable du débiteur et, corrélativement, constituent pour leur bénéficiaire un revenu imposable selon le régime des pensions... exactement comme le sont les rentes versées au titre de la prestation compensatoire.

⁷³¹ Monsieur HAUSER prédit ainsi que la forme imposée du capital aura pour effet probable de diminuer de 20 à 30 % le montant global des prestations allouées par rapport à ce qu'aurait donné le prononcé d'une rente, faute par le débiteur de pouvoir payer un capital équivalent à ce qu'eût été la capitalisation de cette rente, avec, à l'arrivée, le reversement des conjoints délaissés sur la solidarité nationale (« Les formes de la prestation compensatoire », Droit et patrimoine n°110, décembre 2002, p. 58).

⁷³² En ce sens, M.-F. DUMAS-COLNOT et G. LACOSTE, « Aspects judiciaires de la prestation compensatoire », Droit et patrimoine n°110, décembre 2002, p. 75.

versement sous forme de capital, notamment lorsque la prestation compensatoire a pour objectif de permettre la réinsertion professionnelle du créancier⁷³³.

Ces critiques donnent à penser que le juge pourrait se voir investi des pouvoirs d'appréciation les plus larges quant à la fixation des formes de l'indemnisation⁷³⁴. Ce dernier aurait ainsi la possibilité d'octroyer la prestation, selon les espèces, sous la forme d'une rente à temps, d'un capital, voire d'un capital-rente⁷³⁵, sous réserve du respect du principe *primum non nocere*⁷³⁶.

366. Les applications de ce principe seraient variées. L'exemple de l'indemnité de réinsertion professionnelle en témoigne. Cette dernière pourrait ainsi prendre la forme d'une rente temporaire, limitée au temps nécessaire pour permettre au créancier de recouvrer son autonomie. Compte tenu de la diversité, selon les professions, du temps nécessaire pour la formation et la recherche d'emploi, il est proposé de le porter à un maximum de cinq ans, à l'instar de la durée retenue par le droit danois⁷³⁷. Il n'en demeure pas moins que le juge devrait être guidé par l'objectif de l'apurement définitif des comptes entre les anciens membres du couple et favoriser dès lors, chaque fois qu'elle est possible et adéquate, la réalisation de la soutenance par l'attribution d'un capital, en argent ou en nature⁷³⁸. L'indemnité de réinsertion professionnelle pourrait ainsi prendre la forme d'un capital en argent, représentant les moyens nécessaires à la reconversion du créancier. Elle pourrait également se traduire par l'affectation d'un bien en nature. L'attribution de la propriété du

⁷³³ En ce sens, J. RUBELLIN-DEVICHI, « Proposition de réforme de la prestation compensatoire. Etape n°2 », J.C.P. 2000, éd. G, Actualité, p. 507.

⁷³⁴ Pouvoir non inconnu du droit positif, V. C. civ., art. 280-1.

⁷³⁵ La jurisprudence antérieure à la loi du 30 juin 2000 l'avait admis mais la loi du 30 juin 2000 ne l'autorise plus puisque, dès lors qu'il est possible de fixer une prestation compensatoire sous forme de capital, la rente est exclue. Sur la résistance des juges du fond qui arguent du fait que la solution contraire aurait pour conséquence d'aggraver la condition du créancier, V. Versailles, 23 novembre 2000, R.T.D. Civ. 2001, p. 340, n°15, obs. J. HAUSER. Cassation de cette décision : Civ. 2^{ème} 10 mai 2001, R.T.D. Civ. 2001, p. 569, n°9, obs. J. HAUSER. V. aussi J. MASSIP, obs. sous Civ. 1^{ère} 28 mars 2002, Defrénois 2002, art. 37600, p. 1159, n°57.

Il est à noter que le projet de loi relatif au divorce déposé au Sénat le 9 juillet 2003 (www.senat.fr) prévoit la possibilité d'attribuer au créancier d'une prestation compensatoire sous forme de rente viagère un complément en capital (C. civ., art. 275-1 et 276 nouveaux).

⁷³⁶ Telle est l'une des lignes directrices du droit allemand des effets du divorce : il ne doit certes pas être nui aux intérêts du créancier de la prestation compensatoire ; toutefois, le montant et les modalités de celle-ci ne doivent pas mettre en péril la situation présente et à venir du débiteur. V. BGB § 1581 et 1585, 2°.

⁷³⁷ V. F. BOULANGER, « Au sujet de la réforme française du divorce : la notion de rupture dans les droits européens et la survie des éléments subjectifs », D. 2002, chr. 590, spéc. n°4. En droit norvégien, les versements ne peuvent dépasser trois ans.

⁷³⁸ En nature, l'attribution d'une prestation compensatoire se traduit par l'affectation d'un bien du débiteur au créancier. L'affectation consiste alors à faire peser une charge sur le bien au profit du créancier, tel un droit d'habitation. Elle peut également se traduire par un abandon de propriété. Les biens ainsi attribués ou affectés forment la maintenance, au sens technique, du bénéficiaire (C. civ., art. 275).

logement commun avec dispense de soulte ou, simplement, de sa jouissance gratuite pour la durée prévue pour la reconversion, déchargerait ainsi utilement le créancier du souci de se loger⁷³⁹. L'attribution en nature devrait, du reste, être favorisée par la liquidation préalable du régime de biens des membres du couple⁷⁴⁰. Quant à la faveur fiscale, « *tout repose sur la bonne volonté du fisc de ne pas continuer à « saboter » la loi civile* »⁷⁴¹.

367. Favoriser la réalisation de la soutenance d'un membre du couple par l'autre sous la forme d'un capital permet de limiter au maximum les possibilités de révision et de

⁷³⁹ Il a appartenu à la loi du 30 juin 2000 de prévoir la possibilité pour le juge de fixer la prestation compensatoire en capital par l'abandon d'un bien en pleine propriété, possibilité qui ne pouvait intervenir auparavant qu'à titre conventionnel (C. civ., art. 275). Imposée par le juge, la cession forcée s'analyse comme « *une sorte d'expropriation pour cause de nécessité privée* » (J. CARBONNIER, Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 614). Fustigée par certains comme une atteinte au droit de propriété (V. A. BENABENT, « Nouvelle prestation compensatoire en nature : compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme ? », D. 2001, Point de vue 1036), l'abandon en pleine propriété est cependant parfois beaucoup plus favorable au débiteur que ne l'est l'abandon en usufruit. D'une part, le nu-proprétaire est tenu d'acquitter toutes les charges dont est tenu un propriétaire, l'usufruitier n'étant tenu que des dépenses courantes d'entretien. D'autre part, lorsque l'espérance de vie du créancier est proche de trente ans ou plus, le nu-proprétaire a de fortes probabilités de ne jamais récupérer son bien en pleine propriété. Reste qu'en droit positif, l'attribution judiciaire forcée peut porter sur un bien propre ou personnel du débiteur de la prestation compensatoire, l'article n'opérant pas de distinction. Or, l'abandon d'un bien en pleine propriété ne devrait pouvoir être imposé par le juge que dans l'hypothèse où le bien est commun ou indivis. L'attribution judiciaire forcée s'apparenterait alors à un partage inégalitaire, à une sorte d'attribution préférentielle dans le partage à venir, le pouvoir du juge s'analysant comme un pouvoir modérateur d'équité de la liquidation du régime de biens. Sur le pouvoir modérateur dont disposent les autorités administratives et judiciaires en Norvège et au Danemark, notamment sur le partage inégalitaire de la masse commune, V. F. BOULANGER, « Au sujet de la réforme française du divorce : la notion de rupture dans les droits européens et la survie des éléments subjectifs », D. 2002, chr. 590, spéc. n°4.

⁷⁴⁰ V. *supra*, n°345.

⁷⁴¹ M. BRAZIER, « Réforme du divorce : améliorer ou trahir la loi de 1975 ? », Gaz. Pal. 1999, doct., 1, p. 707. V. les propositions du même auteur, « Rénover le droit de la famille. C'est aussi mettre fin aux contradictions des textes civils et fiscaux », Gaz. Pal. 1999, doct., 2, p. 1575.

L'article 280 du Code civil avait entendu que les transferts et abandons par lesquels les prestations se réalisent fussent traités, sans distinction, en conventions de mariage et entre associés, échappant dès lors à la taxation lourde des donations. Mais la direction des Finances s'empessa de faire voter un texte pour exclure de cette qualification bénéfique d'acte à titre onéreux les transferts et abandons portant sur des biens propres ou personnels à l'un des époux (C.G.I., art. 757-A). Malgré les critiques de la doctrine, la Cour de cassation a bien été obligée de s'incliner. V. Com. 10 juin 1997, Defrénois 1998, art. 36815, p. 715, n°54, obs. J. MASSIP.

La position du droit fiscal est doublement critiquable. En premier lieu, en admettant même la validité de l'autonomie du droit fiscal, il n'est pas admissible que celui-ci traite comme des donations des actes dont il est douteux qu'ils revêtent les caractères des libéralités. Il est en effet discutable que le transfert réalise une donation dans la mesure où il n'est qu'une modalité d'exécution d'une obligation légale qui impose à un époux de compenser la disparité dans les conditions de vie. En second lieu, compte tenu du caractère socialement utile de l'affectation réalisée par l'attribution d'une prestation compensatoire en nature, il est nécessaire qu'elle soit favorisée, en particulier par le droit fiscal. Sur le droit fiscal, moyen au service d'une politique économique ou sociale, V. F. DOUET, « Les aspects fiscaux de la loi relative à la prestation compensatoire en matière de divorce », Dr. Fam. 2000, chr. n°18. Il est du reste étrange que l'attribution de la prestation compensatoire en nature ne soit pas favorisée par le droit fiscal alors que ce dernier incite le débiteur d'un capital en argent à régler sa dette le plus rapidement possible par un régime plus attractif (C.G.I., art. 199).

transmission de la prestation compensatoire. Il convient malgré tout d'en envisager les modalités, également gouvernées par la nature indemnitaire de la prestation compensatoire.

2. *Les modalités de révision et de transmission*

368. De prime abord, la nature indemnitaire de la prestation compensatoire semble exclure la possibilité d'en solliciter la révision. Nul n'oserait ainsi prétendre que l'écoulement du temps et l'évolution de la situation des parties rend recevable une action en révision du montant des dommages-intérêts.

Logique, la solution est cependant susceptible d'engendrer des injustices, eu égard au facteur temps⁷⁴². Lorsque la prestation compensatoire prend la forme d'un capital, en argent ou en nature, la libération immédiate du débiteur élimine le facteur temps et, par conséquent, tout risque d'injustice. En revanche, lorsque la soutenance est réalisée sous la forme d'une rente, d'un capital en argent dont les versements sont échelonnés, ou de droits réels démembrés, on retrouvera les mêmes difficultés que celles rencontrées sous l'empire du droit antérieur en cas de chômage, de maladie, ou de tout autre changement substantiel dans les ressources du débiteur, avec le même sentiment d'injustice si la situation du créancier s'est, quant à elle, profondément améliorée, notamment par un remariage économiquement florissant. Si la réduction de la durée de l'échelonnement à trois, voire cinq années⁷⁴³, réduirait en pratique les risques d'injustice, elle ne les supprimerait pas pour autant.

Il convient dès lors de rendre possible, à titre exceptionnel, la révision de la prestation compensatoire lorsque la libération du débiteur n'est pas immédiate.

369. Inspiré du droit positif de la révision de la prestation compensatoire issu de la loi du 30 juin 2000, le système proposé s'en distingue toutefois sur le point majeur de la révision du capital. Afin d'asseoir le caractère indemnitaire de la prestation compensatoire versée sous la forme d'un capital en argent⁷⁴⁴ et d'éviter le contentieux post-divorce relatif à sa révision, le législateur autorise uniquement la révision de ses modalités et non de son montant (C. civ., art. 275-1). En dépit du caractère louable de son objectif, cette disposition ne saurait être reconduite dans le droit commun futur de la prestation compensatoire. Il faut

⁷⁴² V. J. ROVINSKI, « La révision de la prestation compensatoire. Les risques d'une réforme annoncée », *Gaz. Pal.* 1999, doct., 1, p. 714.

⁷⁴³ Le délai de trois ans était celui prévu par la loi de 1975 (C. civ., art. 275-1 ancien). Le délai de cinq ans avait été proposé par la commission présidée par Madame DEKEUWER-DEFOSSEZ (*Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, 1999, p. 141).

⁷⁴⁴ Sans que l'on sache du reste quel fait générateur a causé le préjudice. V. *supra*, n°316.

en effet admettre la révision des modalités comme du montant du capital. En revanche, la révision ne devrait être autorisée qu'à titre exceptionnel.

Pour le reste, les conditions et les modalités de révision de la rente viagère pourraient utilement servir de modèle. D'une part, quelle que soit la forme de la prestation compensatoire, la révision ne devrait jamais avoir pour effet de la porter à un montant supérieur à celui initialement fixé par le juge (C. civ., art. 276-3, al. 2). Par conséquent, la révision initiale ne serait offerte qu'au débiteur ; le créancier pouvant cependant, si une révision à la baisse est intervenue, solliciter une révision à la hausse, sans jamais dépasser le seuil initialement fixé. D'autre part, la condition de « *changement important dans les besoins et les ressources des parties* » (C. civ., art. 276-3) pourrait être reprise. Tout changement important dans les besoins et les ressources des parties ne devrait cependant pas entraîner, de droit, révision ou suppression de l'indemnité allouée. Ainsi, la seule hausse du niveau de vie du créancier d'une indemnité de réinsertion professionnelle du fait d'un riche remariage ne devrait entraîner la suppression de l'indemnité, ou sa diminution, qu'à deux conditions cumulatives : la diminution des ressources du débiteur à un point tel qu'il serait inéquitable de maintenir l'obligation en l'état et le fait qu'aucune démarche en vue de la reconversion n'ait été entreprise. Si tel n'est pas le cas, et compte tenu du caractère indemnitaire de la soutenance, celle-ci devrait continuer à être exécutée, le débiteur devant assumer jusqu'à la fin les conséquences du choix dommageable exercé pendant la vie commune. A défaut de règlement complet avant son décès, ses héritiers devraient prendre le relais.

370. La transmissibilité passive de la charge de la prestation compensatoire aux héritiers du débiteur est naturellement déduite de la nature indemnitaire de la prestation compensatoire, quelle qu'en soit sa forme. Telle est d'ores et déjà la solution retenue par le droit positif (C. civ., art. 275-1, al. 3, et 276-2)⁷⁴⁵. La révision de la prestation compensatoire devrait naturellement être ouverte aux héritiers du débiteur dans les mêmes conditions qu'à ce dernier. En outre, la solution, inspirée de la pension alimentaire due au conjoint survivant (C. civ., art. 767), pourrait être envisagée aux termes de laquelle les héritiers du débiteur ne seraient tenus qu'à concurrence de ce qu'ils ont reçu de la succession. En d'autres termes, les successeurs tenus de payer les dettes du défunt ne seraient pas obligés *ultra vires hereditatis* mais *intra vires hereditatis*⁷⁴⁶. Cette solution serait d'autant plus souhaitable que les droits

⁷⁴⁵ Malgré l'imprécision terminologique du législateur, le caractère viager de la rente désigne incontestablement, compte tenu de ses critères d'attribution, la vie du créancier. D'où l'impossibilité pour le juge de prévoir une rente limitée à la vie du débiteur et éviter ainsi la transmissibilité aux héritiers. En ce sens, Lyon, 20 mars 2001, R.T.D. Civ. 2001, p. 341, n°16, obs. J. HAUSER.

⁷⁴⁶ En ce sens, A. BATTEUR et G. RAOUL-CORNEIL, « Fin ou éclatement de la prestation compensatoire ? », Droit et patrimoine n°97, octobre 2001, p. 34, spéc. p. 44.

successoraux *ab intestat* du conjoint survivant ont été accrus par la réforme du 3 décembre 2001, ce qui signifie que ce dernier sera la plupart du temps débiteur de la prestation compensatoire due à un ex-époux du *de cuius*⁷⁴⁷. A la situation douloureuse des héritiers d'un second lit tenus de payer la prestation compensatoire à un ancien conjoint de leur auteur, s'ajouterait celle du dernier époux tenu sur son patrimoine personnel de la même dette. La difficulté tient à ce que l'article 723 du Code civil, issu de la loi du 3 décembre 2001, dispose que « *les successeurs universels ou à titre universel sont tenus d'une obligation indéfinie aux dettes de la succession* », ce qui suppose que toute dette, dès lors qu'elle est due par la succession, pèse indéfiniment, c'est-à-dire *ultra vires successionis*, sur les successeurs universels ou à titre universel. Et aucun article particulier, contenu au rang des dispositions concernant la prestation compensatoire, ne semble limiter la portée du principe posé à l'article 723. Par conséquent, seule une intervention du législateur pourrait apporter une dérogation à la règle et, ainsi, permettre de limiter l'obligation à la prestation compensatoire à l'actif recueilli⁷⁴⁸.

371. La transmissibilité active de la prestation compensatoire n'est pas abordée par le droit positif. La question est cependant susceptible de se poser, même si la limitation dans le temps des rentes, et la faveur pour l'attribution sous forme de capital devraient sans conteste réduire les hypothèses. Eu égard au caractère indemnitaire de la prestation compensatoire, le principe devrait être celui de sa transmissibilité, réserve faite de son caractère strictement personnel. De la sorte, la rente temporaire de réinsertion professionnelle, la rente alimentaire viagère ou encore l'attribution de la prestation

⁷⁴⁷ Si les héritiers du débiteur ont tous des droits en pleine propriété, la répartition de la dette de prestation compensatoire s'effectuera dans les mêmes proportions que celle de l'actif successoral. En revanche, si les héritiers reçoivent des droits démembreés – soit en raison de l'application de la loi du 3 décembre 2001, soit en raison de l'existence d'une donation entre époux avec choix de quotité disponible – la dette de prestation compensatoire connaît alors un sort particulier. En tant que charge de revenu, elle doit être assumée, selon la jurisprudence, par l'usufruitier universel, étant la contrepartie de la perception par l'usufruitier de l'intégralité des fruits. L'application de la solution conduit alors à faire peser sur le conjoint survivant usufruitier de la totalité de la succession la charge intégrale de la prestation compensatoire due par le défunt. Les notaires devraient donc être vigilants avant de faire opter le conjoint survivant pour l'une des quotités disponibles ou avant de lui faire choisir entre usufruit universel ou quart en pleine propriété. Sur l'obligation du conjoint survivant aux dettes du défunt, V. P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « La révision et la transmission de la prestation compensatoire », *Droit et patrimoine* n°110, décembre 2002, p. 69 ; M. SENECHAL, « L'obligation du conjoint survivant aux dettes du défunt après la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2003, art. 37763, p. 207. Selon ce dernier auteur, l'obligation du conjoint survivant aux dettes du défunt ne résulterait pas seulement de sa vocation générale *ab intestat*, mais également de son droit viager au logement.

⁷⁴⁸ La proposition a été reprise dans le projet de loi relatif au divorce, déposé au Sénat le 9 juillet 2003 (www.senat.fr) : les héritiers du débiteur de la prestation compensatoire ne seront plus tenus personnellement à son paiement, mais seulement dans la limite de l'actif de la succession; une somme en capital sera alors versée au créancier sauf si les héritiers décident d'un commun accord de maintenir les modalités de paiement dont bénéficiait l'époux débiteur lors de son décès.

compensatoire sous forme d'usufruit ou de droits d'usage et d'habitation, par nature liés à la durée de vie de leurs bénéficiaires, ne devraient pas pouvoir être transmis à titre universel aux héritiers du créancier.

372. Dégager les grandes lignes d'un droit futur, commun à tous les couples, de la soutenance entre leurs anciens membres après rupture ne devrait cependant pas conduire à ignorer la spécificité des différents couples. La recherche d'un droit commun de la liquidation de la vie du couple implique en effet d'en identifier les limites.

§ 2. *Les limites d'un droit commun de la soutenance en cas de rupture*

373. L'existence d'un engagement entre les membres d'un couple – pacs ou mariage – a précédemment conduit à dégager des limites à la consécration d'un droit commun du couple lorsqu'il vise à organiser la vie de ce dernier. S'agissant de la consécration de règles communes destinées à la liquidation de la vie du couple en cas de rupture, les limites ne semblent pas découler du seul engagement de couple. Seul l'engagement de mariage paraît, en effet, imprimer une spécificité à l'entraide après divorce entre les époux. Cette spécificité se traduit, en premier lieu, par le caractère judiciaire de la liquidation de la vie du couple marié (A.) et, en second lieu, par l'incidence de la faute sur la liquidation de la vie du couple marié (B.).

A. Le caractère judiciaire de la liquidation de la vie du couple marié

374. Le droit positif consacre le clivage entre couples mariés, d'une part, et couples non mariés, d'autre part. S'agissant des premiers, le recours au juge est obligatoire pour que celui-ci prononce la dissolution de l'engagement de mariage, statue sur la prestation compensatoire ou homologue la convention qui la prévoit. S'agissant des seconds, le recours au juge n'est pas obligatoire, le droit renvoyant ainsi les concubins, partenaires d'un pacs ou non, à un accord sur la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux. Il est toutefois possible de déceler les indices d'un rapprochement entre les différents couples, qu'il convient d'accentuer en ouvrant plus largement aux couples non mariés le recours au juge (1.). Un tel rapprochement n'implique pas, néanmoins, l'assimilation entre les couples : tandis que le recours au juge ne saurait être imposé au couple non marié, la spécificité du mariage nécessite le prononcé judiciaire de la dissolution de l'engagement (2.).

1. L'ouverture au couple non marié du recours au juge

375. Dans la perspective d'un rapprochement entre les couples, il est envisageable d'offrir aux concubins la possibilité de recourir plus largement au juge pour la liquidation de leur vie de couple. La justification de cette ouverture (a) précèdera alors la réfutation des objections qui peuvent lui être opposées (b).

a). La justification

376. Si, dans le droit du divorce, la saisine du juge constitue un passage obligé, l'accord des époux permet l'accès à une procédure allégée, plus brève, avec un contrôle du juge moins intense. Dans le cadre d'un divorce sur requête conjointe, le juge se contente en effet d'homologuer la convention des époux réglant l'ensemble des conséquences du divorce. Sous couvert du contrôle du juge, en particulier de l'équité de la convention et de la préservation de l'intérêt de chacun des époux, la liberté de ces derniers est alors grande s'agissant de l'organisation des conséquences financières du divorce⁷⁴⁹. Les accords sont également valorisés dans les divorces contentieux. En effet, si le juge statue sur l'attribution d'une prestation compensatoire ainsi que sur l'octroi de dommages-intérêts, il incombe aux époux de liquider eux-mêmes leur régime matrimonial, soit durant l'instance en divorce par acte notarié si le régime est communautaire (C. civ., art. 1450 et 1451), soit après le prononcé du divorce. En outre et au vu des résultats de la liquidation de leur régime de biens, les époux ont la possibilité de soumettre au juge des propositions relatives à la fixation de la prestation compensatoire. D'ores et déjà, la faveur de la loi est grande pour les accords des époux, à tel point que l'on entend aujourd'hui parler de tendance à une contractualisation ou à une privatisation du divorce⁷⁵⁰.

Cette tendance pourrait être accentuée lors d'une prochaine réforme du divorce. Le projet de loi relatif au divorce, déposé le 9 juillet 2003 au Sénat, propose en effet que, dans tous les cas de divorce, les époux puissent définir librement les modalités de versement de la

⁷⁴⁹ A tout le moins dans leurs rapports : la liberté est en revanche plus restreinte s'agissant du sort des enfants. Sur l'étendue de cette liberté, V. J. REVEL, « Les conventions entre époux désunis (Contribution à l'étude de la notion d'ordre public matrimonial) », J.C.P. 1982, éd. G, I, 3055 et, en dernier lieu, plus critique, M. GIACOPELLI-MORI, « L'autonomie de la volonté dans les conventions entre époux divorcés », R.T.D. Civ. 2001, p. 505.

⁷⁵⁰ V. F.-J. PANSIER, « De la contractualisation du droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier », Gaz. Pal. 1999, doct., 1, p. 287 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Divorce et contrat », in La contractualisation de la famille, sous la dir. de D. FENOUILLET et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, Economica, 2001, p. 67 et s. Sur cette tendance dans les pays étrangers, V. G. CREMONT, « Faut-il déjudiciariser le divorce sur requête conjointe ? », J.C.P. 1999, éd. N, p. 114.

prestation compensatoire en soumettant une convention à l'homologation du juge (C. civ., art. 279-1 nouveau)⁷⁵¹.

La faveur toujours plus grande de la loi pour les accords entre époux témoigne d'une modification du rôle du juge. Plus que le garant de la protection de l'institution du mariage, le juge est aujourd'hui davantage le superviseur des conventions entre époux, le « *gardien des intérêts des individus impliqués dans la dislocation de la famille* »⁷⁵² et, plus généralement dans le droit de la famille, l'artisan de solutions négociées⁷⁵³.

377. Compte tenu de son fondement dans la liquidation du couple marié, l'intervention du juge paraît admissible pour tout autre couple. Du reste, la situation se rencontre d'ores et déjà en pratique. Il arrive en effet que les anciens concubins présentent au J.A.F. un accord global de séparation, relatif au sort des enfants mais également à la répartition des biens et des dettes, voire à l'allocation d'une pension à la concubine délaissée⁷⁵⁴. Ainsi que le relève Madame DEKEUWER-DEFOSSEZ, « *si le support textuel de la compétence judiciaire fait alors assurément défaut, il est bien difficile au juge de refuser sa sanction à un accord pacificateur* »⁷⁵⁵. Outre le développement du recours à la médiation⁷⁵⁶, et en dehors de tout litige, il conviendrait par conséquent d'offrir aux membres d'un couple, indépendamment de la forme qu'il revêt, la possibilité de faire homologuer par le juge une convention de liquidation de leur vie de couple.

Dans le silence de la loi et conformément aux dispositions des articles L. 311-1 et R. 311-1 du Code de l'organisation judiciaire, le juge compétent devrait vraisemblablement

⁷⁵¹ V. www.senat.fr. La proposition de loi dite Colcombet comportait une disposition comparable.

Une circulaire du 25 novembre 2002 évoque également cette possibilité qui pourrait être reconnue aux parties, dans un divorce contentieux, de déroger, par une convention qu'elles soumettraient au juge, aux principes généraux relatifs à la fixation judiciaire de la prestation compensatoire, et de convenir, par exemple, d'une rente temporaire. Sur cette proposition, V. H. LECUYER, « De la prestation compensatoire en général, et de la déclaration sur l'honneur en particulier », Dr. Fam. 2003, chr. n°11.

⁷⁵² J. REVEL, « Les conventions entre époux désunis (Contribution à l'étude de la notion d'ordre public matrimonial) », J.C.P. 1982, éd. G, I, 3055.

⁷⁵³ La recherche d'un consensus soumis à l'homologation du juge est également patente dans la loi du 4 mars 2002 qui offre aux parents séparés la possibilité de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent la situation de l'enfant (C. civ., art. 373-2-7).

⁷⁵⁴ V. par exemple T.G.I. Brives 19 janvier 1990, Gaz. Pal. 1991, jurispr., 2, p. 659.

⁷⁵⁵ « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in Mélanges Christian Mouly, Litec, 1998, p. 296.

⁷⁵⁶ Sur le recours au médiateur, traitement alternatif du contentieux lors de la rupture du pacs, V. M. MONTEILLET-GEFFROY, « Le notaire et le contentieux du PACS », J.C.P. 2001, éd. N, p. 744 : « *cette justice parallèle paraît adaptée (...) En effet, la particularité du PACS est d'être « l'affaire des partenaires contractants » (...) L'esprit dans lequel la loi relative au pacte civil de solidarité a été rédigée s'accorde très bien avec cette idée puisque le législateur donne peu de place au juge et surtout ne prévoit aucun outil pour dénouer le conflit, trancher le litige qui surviendrait* ». V. aussi pour une médiation judiciaire, G. CREMONT, « Rupture du couple et médiation familiale », J.C.P. 1999, éd. N, p. 317.

être un juge du tribunal de grande instance⁷⁵⁷. Le juge des affaires familiales ne devrait cependant pas, selon l'étymologie, être compétent si la convention ou le litige ne concerne pas le sort des enfants. Ni le concubinage simple, ni le pacs ne crée en effet de lien d'alliance entre ses membres, autorisant la qualification de famille⁷⁵⁸. Reste que si la convention ou le litige intéresse tout à la fois le sort des enfants du couple et la liquidation des intérêts patrimoniaux de ce dernier, il serait regrettable de confier l'affaire à deux interlocuteurs différents. Afin de pallier cette difficulté, il pourrait être offert au Président du tribunal de grande instance la possibilité de désigner le juge compétent pour statuer sur le litige ou homologuer la convention, ce dernier pouvant être le juge des affaires familiales si le sort des enfants est également concerné.

378. Offrir aux concubins la possibilité de faire homologuer en justice la convention de liquidation de leur vie de couple, prévoyant en particulier le principe et les modalités d'une soutenance, soulève néanmoins des objections qu'il convient à présent de réfuter.

b). La réfutation des objections

379. L'objection majeure qui pourrait être opposée à la possibilité, pour les concubins, de faire homologuer leur convention de liquidation par le juge tient à la multiplication des recours qu'elle engendrerait et, corrélativement, à l'encombrement des tribunaux qui en découlerait. L'objection n'est cependant pas dirimante.

380. Il est vrai que la convention homologuée pourrait faire l'objet de recours. En premier lieu, en cas de bien omis, une demande en partage complémentaire pourrait être portée devant le juge⁷⁵⁹. En second lieu, une action fondée sur le dol ou la lésion devrait être déclarée recevable. L'indivisibilité de l'homologation de la convention et du prononcé du divorce ne s'y opposerait pas. Du reste, s'agissant même du couple marié, cet argument ne

⁷⁵⁷ En sens, J.-F. MOLAS, « La rupture du pacte civil de solidarité », *Droit et patrimoine* n°81, avril 2000, p. 91 ; J.-J. LEMOULAND, « Présentation de la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité », *D.* 1999, chr. 483.

⁷⁵⁸ V. la démonstration *infra*, n°713 et s.

⁷⁵⁹ La deuxième chambre civile s'est en effet ralliée à la position de la première chambre civile. Elle admet désormais qu'en cas d'omission de biens dans l'état liquidatif annexé à la convention définitive, un époux divorcé demeure recevable à présenter une demande ultérieure tendant au partage complémentaire des biens omis. V. Civ. 1^{ère} 6 mars 2001, *J.C.P.* 2002, éd. G, I, 103, n°20, obs. M. STORCK.

semble pas pertinent⁷⁶⁰. Au soutien de l'irrecevabilité de l'action en nullité, l'argument plus convaincant de l'autorité de la chose jugée, que revêt la convention du fait de son homologation, peut cependant être invoqué. Cet argument peut toutefois lui-même être renversé. La vérification du juge ne couvre pas en effet tous les risques d'erreur, de dol et de lésion. Ainsi, dans le divorce sur requête conjointe, le juge contrôle la liberté du consentement, mais l'examen du contenu de la convention se borne à la vérification de la préservation de l'intérêt des enfants et de chacun des époux, en fonction de ce qui apparaît dans la convention elle-même. C'est dire que l'homologation n'emporte pas purge de tous les vices et que, dès lors, l'action en nullité de la convention doit être admise si la cause de nullité n'a pas fait l'objet du contrôle du juge au moment de l'homologation.

La remise en cause de la convention risquerait alors de bouleverser les données sur lesquelles les parties, ou le juge, s'étaient appuyées afin de décider de l'attribution et du montant d'une prestation compensatoire⁷⁶¹.

⁷⁶⁰ Il apparaît en effet que l'affirmation par la jurisprudence de l'indivisibilité de l'homologation de la convention définitive et du prononcé du divorce ne devrait viser qu'une indivisibilité procédurale, laquelle n'excluerait pas une divisibilité partielle s'agissant du contenu du jugement. En ce sens, J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille, L.G.D.J., 1991, p. 154, n°162 ; A. TISSERAND, « L'indésirable indivisibilité dans le divorce sur requête conjointe », in Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille, Liber amicorum, L.G.D.J., 1994, p. 497.

L'inopposabilité de la convention aux créanciers en cas de tierce-opposition et la nullité des actes de la période suspecte sur le fondement du droit des procédures collectives en sont autant de témoins. Sur la nullité des actes de la période suspecte, V. Civ. 1^{ère} 25 janvier 2000, Defrénois 2000, art. 37179, p. 652, n°28, obs. J. MASSIP ; Dr. Fam. 2000, comm. n°48, note H. LECUYER ; D. 2000, Cahier dr. des aff., 103, note A. LIENHARD. La Cour de cassation confirme dans cet arrêt la solution adoptée sous l'empire de la loi de 1967 aux termes de laquelle, dans le cadre de la procédure collective, les actes passés durant la période suspecte étaient inopposables à la masse des créanciers. Mais la sanction est aujourd'hui la nullité de ces actes, non plus leur inopposabilité (L. 25 janvier 1985, art. 107). Du silence de la Cour de cassation sur l'indivisibilité entre la convention homologuée et le prononcé du divorce, il est impossible de déduire que la nullité de la convention emporte remise en cause du divorce. Dès lors, la seule interprétation possible est l'abandon de la conception rigide de l'indivisibilité.

Le véritable fondement de l'indivisibilité et de ses conséquences relève en réalité d'un argument de politique législative : la volonté d'apurer le contentieux après divorce. Toutefois, l'objectif de l'apurement du contentieux ne saurait être réalisé au prix d'injustices. V. par exemple Civ. 2^{ème} 13 novembre 1991, Bull. civ. II, n°303. En l'espèce, l'action en nullité de la convention pour vice du consentement avait été rejetée alors que le dol de l'épouse était caractérisé, cette dernière ayant menti sur le fait qu'elle exerçait une activité rémunératrice, pour obtenir le consentement de son époux sur la convention lui octroyant une prestation compensatoire.

⁷⁶¹ S'agissant de l'action en rescision pour lésion, toute la difficulté réside dans le fait que le partage peut être déséquilibré sans pour autant traduire une injustice. Si le principe dominant en matière de partage est celui de l'égalité, cette règle connaît précisément une exception en matière de divorce sur requête conjointe, dans lequel le principe d'équité se substitue au principe d'égalité. Cette ligne directrice devrait être étendue à la liquidation du régime de biens des membres d'un couple non marié. L'inégalité du partage est, en effet, susceptible de compenser la disparité de vie entre les membres du couple, issue du sacrifice de l'un d'eux, et de remplacer avantageusement l'attribution d'une prestation compensatoire en argent. En outre, les membres du couple peuvent être comptables l'un envers l'autre de préjudices, matériels ou moraux. Pour éviter le grief de lésion et la requalification par le fisc d'un partage déséquilibré en libéralité soumise aux droits de mutation à titre gratuit, il incombe aux parties et à leurs conseils de ne pas dissimuler un partage inégalitaire sous un partage égalitaire avec sous-évaluation de certains biens et d'indiquer au sein de la convention la cause de ce partage

381. Toutefois, ce n'est pas tant de proposer aux concubins la possibilité de faire homologuer leur convention de liquidation qui offre prise à une multiplication des recours en justice que le fait même de consacrer, au profit de l'un d'entre eux, un droit à la soutenance.

En effet, si, comme nous le suggérons, le législateur consacrait un droit commun de la liquidation de la vie du couple ordonné autour de la prestation compensatoire, l'un des concubins pourrait recourir au juge si aucun accord n'a pu être trouvé ou encore dénoncer en justice la convention non homologuée passée avec son partenaire, notamment sur le fondement d'un vice du consentement ou de la lésion⁷⁶². La convention n'ayant pas été homologuée par le juge, rien ne s'opposerait alors à sa remise en cause.

On ne saurait cependant prendre argument de ce qu'un droit à la soutenance est facteur de multiplication d'actions en justice pour refuser de le consacrer. Le souci de désengorger les tribunaux ne saurait en effet être réalisé au prix d'injustices.

382. Plusieurs solutions complémentaires pourraient néanmoins contribuer à limiter le nombre de procès.

En amont, la solution pourrait consister à informer les couples sur leurs droits et leurs devoirs. L'homologation de la convention de liquidation participerait également d'un système de prévention des difficultés. D'une part, le juge informerait les parties du contenu des règles relatives à la prestation compensatoire et les renverrait, au besoin, aux conseils d'un professionnel qualifié. D'autre part, le contrôle par le juge de l'équité de la convention au vu des éléments qu'il exigerait⁷⁶³ devrait limiter considérablement la recevabilité de sa remise en cause.

inégalitaire. En l'absence de ces précisions, le magistrat devrait débouter le demandeur de son action en rescision pour lésion, s'il constate que la cause de l'inégalité du partage réside dans la volonté de compenser le sacrifice de l'un des membres du couple. Cela suppose cependant, de la part du juge, un énorme travail de reconstitution et, par voie de conséquence, le doute sur le sort des biens, préjudiciable à leur exploitation.

S'agissant du partage complémentaire d'un bien commun ou indivis omis dans la convention, il est vrai que, dans la plupart des hypothèses, « *si les disparités injustes créées entre les époux (...) ont déjà été compensées par la convention homologuée, l'équilibre relatif ne sera pas fortement perturbé par l'octroi d'une somme égale à chacun des deux époux* » (S. CABRILLAC, « L'omission dans les conventions définitives homologuées », Dr. Fam. 2000, chr. n°11, n°12). Toutefois, si le bien concerné a une valeur très importante, le partage complémentaire par moitié est susceptible de modifier la disparité dans les conditions de vie respectives, telle qu'elle avait été appréciée au regard des éléments de la convention. En outre, le cas de l'omission d'une dette commune aux membres du couple sera sans doute fréquent, en particulier si le créancier agit postérieurement à la conclusion de l'homologation. Pour une proposition audacieuse, justifiant le pouvoir du juge d'écarter les règles du régime de biens et de procéder au partage selon les règles qui lui semblent préserver au mieux les intérêts des parties, V. S. CABRILLAC, art. précit.

⁷⁶² Sur la possible renonciation à la prestation compensatoire en raison de sa nature indemnitaire, V. *supra*, n°358.

⁷⁶³ Tel un état liquidatif du régime de biens du couple, V. *supra*, n°345 et s.

En aval, un délai de prescription bref, de l'ordre de cinq années après la rupture du couple, devrait enfermer l'action des concubins, partenaires d'un pacs ou non⁷⁶⁴.

383. L'argument selon lequel la justice imposerait la consécration d'un droit à la soutenance dans un droit commun de la liquidation de la vie de couple soulève alors la question plus vaste de savoir s'il ne faudrait pas également que le juge soit nécessairement saisi lors de la rupture du couple⁷⁶⁵. Que les concubins soient unis par un pacs ou non, le caractère libre de leur rupture semble s'y opposer. En outre, s'agissant des concubins simples, le recours obligatoire au juge est impossible à mettre en œuvre eu égard au caractère officieux de la disparition de leur couple. Laisser les concubins libres d'organiser la liquidation de leur vie de couple soulève alors, inévitablement, celle de la déjudiciarisation du divorce. Toute assimilation entre les couples devrait cependant être rejetée : le recours au juge devrait rester obligatoire pour le couple marié.

2. Le recours obligatoire au juge pour le couple marié

384. L'expérience de laisser les concubins libres d'organiser la liquidation de leur vie de couple pourrait contribuer à accentuer la lutte en faveur de la déjudiciarisation du divorce. Pourtant, tant que le mariage reste l'engagement personnel, social et juridique qui crée un lien de famille entre les membres d'un couple, il est nécessaire d'imposer au couple marié de recourir au juge en cas de rupture.

⁷⁶⁴ Artificiel comme tous les délais, celui de cinq années pourrait néanmoins se réclamer du délai de prescription de l'action en rescision contre le partage. Des législations étrangères ont préféré opter pour un délai plus court encore. Ainsi, la législation sur les couples stables de la Catalogne prévoit que la demande d'indemnisation ou de pension alimentaire doit être impérativement formulée dans l'année qui suit la rupture. V. F. GRANET, « L'enregistrement des couples non mariés en Europe », *Le Pacs*, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, pp. 60-61 ; C. DENEUVILLE, « Le partenariat à l'étranger », *Droit et patrimoine* n°81, avril 2000, p. 67.

Saisis quelques années après la rupture, les juges devraient se voir octroyer la possibilité de prendre en considération les événements intervenus depuis lors, s'ils ont bouleversé les données de la situation des concubins. Cette possibilité devrait également être offerte au juge du divorce et, en particulier, à la Cour d'appel de renvoi statuant après cassation, non sur le principe du divorce, mais sur ses conséquences financières. L'article 271, alinéa 1^{er}, du Code civil l'oblige en effet à statuer au jour où la décision de divorce est devenue irrévocable, la seule solution pour prendre en considération les événements postérieurs bouleversant les données de base de la prestation compensatoire consistant à qualifier ces événements de prévisibles. V. H. LECUYER, note sous Civ. 2^{ème} 23 mai 2002, Dr. Fam. 2002, comm. n°128.

⁷⁶⁵ Dans l'hypothèse où le couple non marié aura choisi, ainsi que nous le suggérerons, de se soumettre à un régime de biens, il conviendrait de lui imposer le recours à un professionnel du droit afin de procéder aux opérations de liquidation et de partage, à tout le moins lorsque ces dernières concernent des biens soumis à publicité foncière. V. *infra*, n°631.

385. Des réflexions sur une possible déjudiciarisation du divorce sont en cours⁷⁶⁶. Dans son rapport, Madame THERY propose ainsi d'ajouter aux quatre cas de divorce existants un « *divorce sur déclaration commune* », laquelle serait faite devant l'officier d'état civil ou au greffe du tribunal de grande instance. Ce nouveau type de divorce est présumé être adapté aux situations sans enfants mineurs, à celles qui n'impliquent aucun partage des biens, aux divorces où enfants et biens ne suscitent aucun conflit, situations auxquelles les procédures actuelles de divorce ne répondraient pas. Dans nombre de séparations, « *les époux divorçants n'ont aucun conflit, ni sur le principe du divorce, ni sur ses effets, se sont organisés par eux-mêmes et ne ressentent pas le besoin de faire homologuer par le juge une convention réglant les conséquences de leur séparation* »⁷⁶⁷. Dans ces conditions, imposer aux époux une procédure judiciaire aurait un effet triplement dévalorisant, pour le mariage, pour les justiciables et pour l'institution judiciaire elle-même. Le mariage ne crée en effet aucune cause d'incapacité spécifique. Les époux devraient dès lors pouvoir, à l'instar des concubins, assumer seuls la gestion de l'après-divorce, sans avoir à « *se soumettre au paternalisme de certains professionnels de justice* »⁷⁶⁸. En outre, le juge ne devrait pas être transformé en un simple rouage bureaucratique d'enregistrement : son intervention devrait être limitée au règlement des conflits. Si les époux sont d'accord, l'intervention judiciaire ne se justifierait pas ; bien au contraire, elle remettrait en cause la crédibilité de l'institution.

386. On imagine alors aisément que la consécration d'un droit commun impératif de la liquidation de la vie du couple indépendamment de son statut, qui passerait par un droit à la soutenance, conduirait les partisans de la déjudiciarisation du divorce à accentuer la lutte. Il peut en effet apparaître irrationnel de confier aux couples non mariés la responsabilité de régler les conséquences de leur rupture, en particulier l'attribution d'une prestation compensatoire et, parallèlement, d'imposer aux époux de passer devant le juge alors que les règles du droit de la liquidation sont, pour la plupart, identiques. A cet égard, l'argument fréquemment invoqué selon lequel la protection du plus faible exige le contrôle du juge serait inévitablement battu en brèche, au moins en partie. Il pourrait certes être soutenu que le mariage, dans la mesure où sa liquidation est organisée ou simplement

⁷⁶⁶ Pour des modèles étrangers, V. F. GRANET, « Convergences et divergences des droits européens de la famille », Perspectives de réformes en droit de la famille, Dr. Fam. Hors série, décembre 2001, n°1, spéc. p. 9 ; M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Le démariage consensuel », in *La personne, la famille et le droit, 1968-1998. Trois décennies de mutation en Occident*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., 1999, p. 121 et s.

⁷⁶⁷ I. THERY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, Ed. Odile Jacob, 1998, p. 123.

⁷⁶⁸ I. THERY, *op. cit.*, p. 123.

contrôlée par le juge, offre une garantie supplémentaire aux couples mariés, le mariage demeurant ainsi le cadre le plus protecteur du couple.

L'argument principal, cependant, est ailleurs. Il réside dans la nature et la portée de l'engagement de mariage. En premier lieu, le mariage impose aux époux des devoirs et obligations personnelles que sont principalement le devoir de fidélité, de communauté de vie, de secours et d'assistance. Or l'appréciation du respect de ces engagements ne saurait ressortir de la compétence des époux. Seul le tiers indépendant et neutre qu'est le juge est qualifié pour statuer sur leur éventuelle violation ainsi que sur les sanctions qui doivent en découler. En second lieu, le mariage crée entre les époux un lien d'alliance, autrement dit un lien de famille⁷⁶⁹. Or la dissolution d'un lien de famille, eu égard à son ampleur et à sa portée, ne saurait résulter d'une simple déclaration à l'officier d'état civil. Le rapprochement peut, à cet égard, être fait avec le lien de filiation qui ne peut également être détruit que par l'intervention d'un juge. Le rapprochement n'est cependant que relatif dans la mesure où, à la différence du lien de famille issu de l'établissement de la filiation, le lien d'alliance résultant du mariage procède toujours d'un acte volontaire. Il ne saurait néanmoins, compte tenu de son intensité et de la modification de l'état qu'il entraîne, être détruit par la seule volonté des époux⁷⁷⁰. Comme l'exprime Monsieur LEVENEUR en visant l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, « *il est légitime que la Société veille à la stabilité de la famille et qu'elle encadre les modalités de sa dissolution en ne la laissant pas à la merci d'une volonté totalement arbitraire de l'un seulement de ses membres, ou même d'une volonté irréfléchie de ses deux membres* »⁷⁷¹. C'est donc bien la spécificité du mariage, engagement personnel et de famille, et non pas l'absence de confiance dans les époux pour liquider leur vie de couple, qui conduit à rejeter la déjudiciarisation du divorce.

387. S'agissant des conséquences pécuniaires de cette dissolution, dans la mesure où le juge est nécessairement saisi pour prononcer le divorce, il serait regrettable que les conventions de liquidation des époux ne lui soient pas présentées. En effet, l'homologation

⁷⁶⁹ V. *infra*, n°714 et s.

⁷⁷⁰ Sur la résistance de l'indisponibilité de l'état des personnes dans le mouvement dit de contractualisation de la famille, V. P. MURAT, « Rattachement familial de l'enfant et contrat », in La contractualisation de la famille, sous la dir. de D. FENOUILLET et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, Economica, 2001, p. 133 et s.

Le projet de loi relatif au divorce déposé au Sénat le 9 juillet 2003 s'est également prononcé contre la possibilité d'un divorce non judiciaire : « *une telle solution conduirait à transformer le mariage, institution républicaine fondamentale, en un simple contrat dont le sort serait laissé à la seule appréciation des époux. Elle risquerait en outre de favoriser les pressions d'un époux sur l'autre et de générer un contentieux après-divorce important* » (Exposé des motifs, www.senat.fr).

⁷⁷¹ L. LEVENEUR, Intervention au colloque tenu le 8 octobre 1998, « Propositions pour un nouveau divorce », cité par M. BRAZIER, « Réforme du divorce : améliorer ou trahir la loi de 1975 ? », Gaz. Pal. 1999, doctr., 1, p. 711.

par le juge permet de contrôler si la convention préserve suffisamment les intérêts des époux et prévient ainsi les litiges postérieurs. Dans cette optique, il conviendrait d'ouvrir le plus largement possible les accords aux époux, que le divorce soit contentieux ou non, et de permettre notamment à ces derniers d'élaborer des accords globaux prévoyant l'attribution d'une prestation compensatoire ainsi que ses modalités⁷⁷². En l'absence d'accord présenté par les époux au juge, il y a fort à parier que le litige aurait été tôt ou tard porté devant le juge, ou bien enterré au risque d'injustices. Dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, l'intervention du juge apparaît donc légitime.

388. Quoi qu'il en soit, cette distinction entre les couples ne remet pas en cause l'existence des règles communes relatives à la prestation compensatoire. Ces règles devraient en effet s'imposer tant aux membres du couple qu'au juge, que l'intervention de ce dernier soit obligatoire ou facultative⁷⁷³. Une autre limite à l'existence d'un droit commun impératif du couple en cas de rupture devrait découler de l'incidence de la faute dans la liquidation du couple marié.

B. L'incidence de la faute dans la liquidation de la vie du couple marié

389. En droit positif français, il existe une dissociation de principe entre les règlements patrimoniaux et les fautes conjugales. Ce principe connaît cependant deux exceptions, lesquelles constitueraient autant de limites à un droit commun de la soutenance en cas de rupture.

390. D'une part, dans le divorce pour rupture de la vie commune, l'entraide entre les époux s'entend d'une maintenance à vie qui ne bénéficie qu'au défendeur auquel le divorce est imposé (C. civ., art. 270). En d'autres termes, le devoir d'entraide des époux survit au-delà du divorce pour sanctionner le demandeur, coupable d'avoir obtenu sa libération des liens conjugaux contre la volonté de l'autre et, corrélativement, pour consoler le conjoint innocent. A cet égard, tant qu'ils subsisteront, le divorce pour rupture de la vie

⁷⁷² *De lege lata*, il semble peu probable que les accords des époux pendant la procédure de divorce, à l'exception du divorce sur requête conjointe, puissent s'officialiser par une reconnaissance du juge. *De lege ferenda*, un auteur suggère alors, dans la continuité de l'idée de développement de la médiation, d'offrir aux époux une possibilité, pour la prestation compensatoire, analogue à celle offerte par les articles 1450 et 1451 du Code civil : J. HAUSER, obs. sous Civ. 2^{ème} 7 mars 2002, R.T.D. Civ. 2002, p. 792, n°13.

⁷⁷³ S'agissant des couples statutaires – mariés ou unis par un pacs – la disparité dans les conditions de vie respectives sera appréciée au jour de la dissolution de leur engagement. Quant aux concubins, la disparité devrait être appréciée au jour de la rupture de la communauté de vie.

commune et sa pension alimentaire corollaire devraient constituer une limite à un droit commun impératif de la liquidation de la vie du couple en cas de rupture⁷⁷⁴. Cette limite devrait persister aussi longtemps que l'idée selon laquelle la rupture du mariage n'est pas libre, qu'il y a faute à vouloir se libérer contre la volonté de l'autre et que, par conséquent, la maintenance viagère s'analyse comme le prix du rachat de la liberté.

D'autre part, le critère de la faute réapparaît pour priver du droit à la prestation compensatoire l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce a été prononcé (C. civ., art. 280-1, al. 1^{er}). Toutefois, le droit positif admet d'ores et déjà que l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce a été prononcé peut obtenir une indemnité à titre exceptionnel, si, compte tenu de la durée de vie commune et de la collaboration apportée à la profession de l'autre époux, il apparaît manifestement contraire à l'équité de lui refuser toute compensation pécuniaire (C. civ., art. 280-1, al. 2). C'est dire que l'équité peut commander l'attribution d'une compensation pécuniaire – dont il a été relevé qu'elle préfigurait la notion de prestation compensatoire telle que nous l'avons développée – malgré les torts de l'époux.

391. Le recul de la notion de faute dans le divorce, et *a fortiori* la suppression du divorce pour faute et la consécration d'un droit au divorce, pourraient cependant entraîner la suppression de ces limites⁷⁷⁵. Toutefois, sauf à priver de sanction la violation des obligations du mariage, la notion de faute ne devrait pas disparaître du paysage du divorce. Elle pourrait, en particulier, persister à exercer une influence sur les conditions d'attribution de la prestation compensatoire.

A cet égard, les larges pouvoirs accordés au juge *via* la clause négative d'équité devraient permettre à ce dernier d'appréhender la violation des obligations du mariage au soutien d'une diminution, voire d'un refus de la prestation compensatoire. Naturellement, toute violation de l'obligation de fidélité ne devrait pas être prétexte à refus d'indemnisation ; elle pourrait cependant le devenir si les circonstances révèlent que l'obligation d'entraide du débiteur serait gravement inéquitable⁷⁷⁶.

⁷⁷⁴ Du reste, des voix s'élèvent d'ores et déjà, favorables à la suppression de la dualité de procédés, tout en conservant le cas de divorce pour rupture de la vie commune. Des auteurs se prononcent ainsi en faveur du retour à un procédé unique. V. par exemple I. THERY, Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, Ed. Odile Jacob, 1998, p. 118.

⁷⁷⁵ Sur la suppression du divorce pour faute, V. la proposition de réforme du divorce dite COLCOMBET, *supra*, note 269.

Dans la perspective de dissocier les conséquences du divorce de la répartition des torts, le projet de loi relatif au divorce déposé au Sénat le 9 juillet 2003 – qui conserve le divorce pour faute et transforme le divorce pour rupture de la vie commune en un divorce pour altération définitive du lien conjugal – prévoit ainsi, d'une part, la cessation du devoir de secours en tous cas de divorce et, d'autre part, la possibilité pour l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce a été prononcé de se voir accorder une prestation compensatoire (www.senat.fr).

⁷⁷⁶ Sur la clause négative d'équité, V. *supra*, n°356.

392. Il faut noter, en outre, que si la prestation compensatoire était réellement ancrée dans une perspective indemnitaire telle que nous l'avons proposée, cette réforme aurait inéluctablement un impact sur la conception même du divorce et, partant, sur celle du mariage « *car il n'y a pas de réforme des conséquences du divorce sans réforme des cas de divorce et pas de réforme de ces cas sans réforme du mariage* »⁷⁷⁷. En droit positif, la liberté conférée aux divorçants sur requête conjointe s'analyse ainsi comme une incitation au divorce négocié, par rapport au divorce contentieux⁷⁷⁸. En droit prospectif, le caractère véritablement indemnitaire de la prestation compensatoire, subordonnée à l'existence d'un sacrifice, devrait renforcer l'entraide entre les époux. Dans le même temps cependant, ce caractère indemnitaire contribuerait à la déliquescence de l'indissolubilité du mariage, la prestation compensatoire opérant, davantage encore qu'auparavant, un solde de tout compte entre les anciens conjoints.

393. Conclusion de la Section 2 – La nécessité d'une entraide limitée entre les anciens membres du couple, après leur rupture, a conduit à élaborer des critères de l'entraide ordonnés autour d'une nature réellement indemnitaire. La prestation compensatoire devrait ainsi être envisagée comme une soutenance au profit du membre du couple qui souffre, du fait de la rupture, d'une baisse de son train de vie, à condition que l'inégalité économique trouve sa source dans un sacrifice du demandeur dans l'intérêt de la communauté de vie. Si ces deux conditions sont réunies, une prestation compensatoire devrait être accordée à ce partenaire, afin de lui permettre, dans la mesure du possible, de recouvrer son autonomie.

En dépit de ces règles communes à tous les couples, la liquidation de la vie du couple marié devrait toutefois conserver quelques traits spécifiques, qui découlent de la particularité de l'engagement de mariage.

394. Conclusion du Chapitre 1 – Dans la perspective de la recherche d'un droit commun du couple après rupture, l'état des lieux de l'entraide entre les membres d'un couple après rupture a conduit à un bilan mitigé. D'une part, il n'est pas satisfaisant que les objectifs de la prestation compensatoire ne soient toujours pas clairement définis, d'autant que l'ambiguïté autorise parfois une interprétation extensive contestable. D'autre part, les injustices qui résultent du principe de l'absence de toute entraide entre les concubins après leur rupture conduisent la jurisprudence, en certaines hypothèses, à dévoyer les règles du droit commun pour offrir une indemnisation à l'un d'entre eux.

⁷⁷⁷ J. HAUSER, « Les formes de la prestation compensatoire », *Droit et patrimoine* n°110, décembre 2002, p. 58.

⁷⁷⁸ V. J. HAUSER, art. précit., p. 62 et s.

Ces critiques ont permis d'envisager la consécration d'un droit commun de la liquidation de la vie du couple, ordonné autour d'une soutenance de nature indemnitaire au profit de celui d'entre les membres du couple qui souffre de la disparité dans les conditions de vie respectives révélée par la rupture. Distinct d'un droit acquis au maintien des conditions de vie, le droit à la soutenance traduirait la responsabilité des membres du couple quant aux conséquences préjudiciables entraînées par les choix faits en commun durant la vie en couple.

Ainsi, dans le Titre X du Code civil « Du couple », au sein de la Section 1^{ère} consacrée aux dispositions communes impératives, un Paragraphe 2^{ème}, relatif à la liquidation de la vie du couple après rupture, pourrait débiter par l'article suivant :

« La prestation compensatoire est destinée à réparer autant que possible la disparité dans les conditions de vie respectives des membres du couple, à condition que la disparité révélée par la rupture trouve son origine dans le sacrifice, notamment professionnel, de l'un des membres du couple, durant la vie commune ».

395. Sur le modèle de droits étrangers, il serait alors envisageable que la prestation compensatoire joue également après décès. Dans un tel système, la soutenance serait assurée de manière identique, que la rupture soit indépendante du décès ou non⁷⁷⁹. Telle n'est pas la solution retenue par le droit positif français, et tel ne devrait pas non plus être le cas *de lege ferenda*. L'affectation à la soutenance doit en effet revêtir un visage particulier lorsque la disparition du couple est consécutive au décès de l'un de ses membres.

⁷⁷⁹ Telle est la solution retenue en droit québécois. Le décès de l'un des conjoints constitue en effet l'un des cas où la valeur du patrimoine familial doit être partagée (C. civ., art. 427 et s.). L'institution du patrimoine familial modifie ainsi de manière indirecte le droit des successions.

Chapitre 2. L'affectation à la soutenance en cas de décès

396. Lorsque la disparition du couple est consécutive au décès de l'un de ses membres, la question se pose de savoir si, à l'instar de l'hypothèse de la rupture du couple, du vivant de ses membres, le survivant peut revendiquer un soutien de la part de son défunt compagnon par le biais de la succession de ce dernier, autrement dit si une affectation à la soutenance du survivant pèse sur la succession du *de cuius*.

397. S'agissant du couple marié, l'idée de procurer au survivant des époux, par la voie successorale, une situation qui lui permette de conserver, aussi longtemps que possible, le cadre de la vie commune et de bénéficier de la sécurité de ses vieux jours n'est pas nouvelle. Elle ne fut certainement pas étrangère à la reconnaissance, par une loi du 9 mars 1891, d'une part, d'une vocation successorale en usufruit et, d'autre part, à titre d'appoint, d'une pension alimentaire, au profit du conjoint survivant⁷⁸⁰. En dépit de sa promotion, le sort de ce dernier fut critiqué. La critique portait, en premier lieu, sur l'insuffisance de ses droits, fréquemment sans grand effet sur ses conditions de vie. La critique visait, en second lieu, la possibilité d'exhérédation accordée à l'époux défunt. L'opinion publique et le notariat, plusieurs fois sollicités, se prononcèrent ainsi massivement en faveur de l'octroi au conjoint survivant d'un droit intangible à un minimum. Les modalités et la mesure de ce « *minimum successoral garanti* »⁷⁸¹ furent, en revanche, âprement discutées⁷⁸². Il a fallu attendre la loi du 3 décembre 2001 réformant le droit des successions pour que soit enfin réalisé le droit à la soutenance du conjoint survivant⁷⁸³.

⁷⁸⁰ Une loi du 29 avril 1925 intervint pour majorer le taux de l'usufruit. Sur les lois du 9 mars 1891 et du 29 avril 1925, V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1997, p. 146, n°165.

⁷⁸¹ L'expression a pu être relevée sous la plume de plusieurs auteurs et, en dernier lieu, sous celle de Monsieur VILA, représentant du groupe communiste, lors des débats parlementaires précédant l'adoption de la loi du 3 décembre 2001 (J.O. A.N., C.R., 6 février 2001, p. 1104).

⁷⁸² Pendant des années, la vocation successorale du conjoint survivant a constitué un obstacle à une réforme successorale d'ensemble : « *une dizaine d'articles discutés gèle ainsi une réforme qui en comporte près de 250, qui est le grand chantier en suspens du droit patrimonial de la famille, qui concerne à des instants cruciaux de leur devenir l'ensemble des citoyens, qu'il est urgent d'adapter aux réalités d'aujourd'hui et sur lequel l'unanimité pourrait se faire au Parlement avec un minimum de bonne volonté et de bon sens* » (P. CATALA, « Pour une réforme des successions », *Gaz. Pal.* 1999, doct., 1, p. 699).

⁷⁸³ Le terme de « *maintenance* », utilisé par une partie de la doctrine, paraît plus adapté que dans l'hypothèse de la rupture indépendante du décès, la réforme des successions faisant bénéficier le conjoint survivant d'un maintien dans son cadre de vie et de sa subsistance. Néanmoins, le terme de « *soutenance* » doit lui être préféré

Un nouveau fossé semble alors se creuser entre les époux et les autres couples. En effet, à l'exception du droit des baux qui prévoit, sous certaines conditions, le transfert du bail au survivant, et de quelques modestes successions triangulaires à la charge d'un tiers, telle l'allocation du capital-décès au concubin à charge du *de cuius*, aucun droit à la soutenance n'est garanti au survivant d'un couple de concubins. En outre, à l'inverse de la situation du conjoint survivant, les débats sont peu nombreux relativement à la consécration, en droit prospectif, d'un tel droit.

398. La justification d'un tel clivage entre couple marié et couple non marié doit dès lors être débattue. Indépendamment de toute disposition librement contractée par le défunt aux fins de garantir à son compagnon le maintien de son cadre de vie et de sa subsistance, le droit devrait-il accorder au survivant des membres de tout couple un droit à la soutenance ? L'analyse de la légitimité d'un minimum successoral garanti au profit du concubin survivant permet d'observer que les fondements d'un tel droit sont très proches, que le couple soit marié ou non. Une fois sa légitimité démontrée, la question se pose alors des conditions et des modalités de ce minimum successoral qui pourrait être accordé au survivant des membres d'un couple, indépendamment de son statut et, par conséquent, d'une éventuelle transposition de l'affectation de la succession du défunt à la soutenance du survivant telle qu'elle est organisée en droit positif pour le couple marié.

L'étude de la légitimité d'un minimum successoral garanti (**Section 1.**) précèdera ainsi celle de sa mise en œuvre (**Section 2.**).

Section 1. La légitimité d'un minimum successoral garanti

Section 2. La mise en œuvre d'un minimum successoral garanti

tant la maintenance évoque l'idée d'un maintien du train de vie, que ne réalisent pas les articles 763 à 767 du Code civil. Sur les termes de « *maintenance* » et de « *soutenance* », V. *supra*, n°290 et s. Pour un commentaire d'ensemble de la loi du 3 décembre 2001 portant réforme du droit des successions, V. M. BEAUBRUN, « La loi du 3 décembre 2001 portant réforme du droit des successions », *Defrénois* 2003, art. 37655, p. 73.

Section 1. - La légitimité d'un minimum successoral garanti

399. L'octroi d'un minimum successoral garanti au survivant des membres du couple, traduction d'un droit à la soutenance en cas de décès, impose d'en identifier les fondements. Or il apparaît que les fondements d'un minimum successoral garanti au survivant des membres d'un couple non marié sont, pour l'essentiel, les mêmes que ceux avancés au soutien du droit à la soutenance du conjoint survivant⁷⁸⁴.

Ces fondements sont au nombre de deux. Ils touchent à l'argent et à l'amour : un minimum successoral garanti au profit du survivant des membres du couple est en effet rendu légitime dans son principe, en premier lieu, par le contexte socio-économique (§ 1.) et, en second lieu, par la présomption d'amour (§ 2.).

§ 1. La légitimité tenant au contexte socio-économique

400. Un auteur a affirmé que « pour justifier la vocation de l'époux survivant, il faut assigner à la dévolution un fondement psychologique et non plus socio-économique, en décidant qu'elle doit refléter les affections probables du défunt »⁷⁸⁵. Pourtant, l'analyse du contexte socio-économique est bel et bien l'un des facteurs qui a conditionné l'octroi d'un minimum successoral garanti au conjoint survivant. A cet égard, les éléments socio-économiques favorables à l'attribution d'une soutenance au veuf militent également pour l'octroi d'un tel droit au survivant des membres d'un couple non marié. Ces paramètres relèvent non seulement du contexte socio-économique général (A.), mais également du contexte socio-économique propre au couple (B.).

A. Le contexte socio-économique général

401. Trois éléments du contexte socio-économique général se conjuguent pour légitimer l'octroi d'un droit à la soutenance au survivant des membres d'un couple, que ce

⁷⁸⁴ Certains arguments sont propres à la situation du couple marié. Par exemple, l'accroissement quantitatif des droits *ab intestat* du conjoint survivant entraîne logiquement leur accroissement qualitatif. L'argument doit être exclu s'agissant des concubins qui ne disposent pas, en droit positif, de droits successoraux *ab intestat* dans la succession de leur compagnon défunt. Sur le rejet, en droit prospectif, de l'octroi de droits successoraux *ab intestat* au concubin survivant, V. *infra*, n°713 et s.

⁷⁸⁵ M.-C. CATALA DE ROTON, *Les successions entre époux*, Economica, 1990, p. 167, n°194.

dernier soit marié ou non : l'allongement de la durée de vie, l'incertitude sur le sort des retraites et le relâchement des liens familiaux comme source de solidarité.

402. L'allongement de la durée de vie constitue un paramètre majeur ; « *la démographie de la mort éclaire la signification de l'héritage et peut susciter des réactions et des adaptations du droit* »⁷⁸⁶. L'allongement de la durée de vie a entraîné un glissement progressif de l'âge moyen auquel survient le veuvage. En France, l'espérance de vie qui était en 1817 de 39 ans, était en 1959 de 70 ans. En 1979, elle s'était encore allongée : 69 ans pour les hommes, 77 ans pour les femmes. Le mouvement n'a cessé de se prolonger depuis lors : en 2001, l'espérance de vie était de 83 ans pour les femmes⁷⁸⁷. L'âge moyen du survivant – entre 70 et 75 ans – fait qu'il n'est guère susceptible de recouvrer une autonomie financière s'il est dans le besoin et, notamment, de retrouver une activité professionnelle convenablement rémunérée. Des problèmes matériels d'entretien et de subsistance surgissent ainsi fréquemment au décès de l'un des conjoints, surtout au cas de survie de la femme, dont on sait qu'elle est cinq fois plus fréquente compte tenu de la surmortalité masculine⁷⁸⁸.

Comme il n'y a pas lieu de présumer que le mariage est un facteur décisif d'augmentation de l'espérance de vie⁷⁸⁹, il faut en conclure que l'âge moyen du concubin survivant est sensiblement le même que celui du conjoint survivant et que tous deux sont, par conséquent, du fait de leur âge moyen au jour du décès de leur partenaire, exposés aux mêmes difficultés économiques⁷⁹⁰.

⁷⁸⁶ F. TERRE et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les successions. Les libéralités, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1997, p. 25, n°25.

⁷⁸⁷ Et de 75,5 ans pour les hommes. V. G. PISON, « La population de la France en 2001 », Population et sociétés n°378, avril 2002. L'espérance de vie moyenne est donc de 79 ans. V. C. MASSET, « A quel âge mourraient nos ancêtres ? », Population et sociétés n°380, juin 2002.

⁷⁸⁸ La population féminine des conjoints survivants est de l'ordre de 80 % soit, en 2000, 3 240 300 veuves et 613 450 veufs. Chiffres cités par Madame CLERGEAU au cours des travaux préparatoires de la loi du 3 décembre 2001, J.O. A.N., 6 février 2001, p. 1097.

87 % des veuves ont plus de 60 ans, la moitié plus de 75 ans. V. les chiffres de N. ABOUT, J.O. A.N. 21 juin 2001, p. 3394.

⁷⁸⁹ Il a certes été relevé que le mariage est un facteur de longévité... mais uniquement par comparaison avec le veuvage. Des statistiques indiquent en effet une surmortalité des veufs ou des veuves par rapport aux mariés. V. P. FESTY, « Le déclin du mariage », Revue Futuribles n°235, juillet-août 2000, p. 69.

⁷⁹⁰ *Contra* F. SAUVAGE, « PACS : la protection du partenaire survivant », R.J.P.F. mai 2001, p. 6. Selon l'auteur, le pacs a surtout vocation à séduire des couples jeunes. Le décès accidentel de l'un des partenaires laisserait par conséquent le survivant « *en âge de refaire sa vie* », ce qui n'est pas le cas de la veuve après une longue vie commune. A l'heure actuelle cependant, aucune information sur l'âge – ni sur le sexe – des contractants n'est disponible (C. BEAUMEL, L. DOISNEAU et M. VATAN, La situation démographique en 2000, I.N.S.E.E., 2002, p. 5). Est-il en outre certain que les « *couples jeunes* », actuellement séduits par le pacs, ne vieilliront pas ensemble, encore unis par un pacs ?

L'allongement de l'espérance de vie des Français entraîne une autre conséquence, dont il convient de tenir compte au soutien des préoccupations successorales du survivant des membres d'un couple. L'allongement de la durée de vie a en effet retardé l'âge moyen auquel hérite une personne. L'héritier n'est plus que rarement l'enfant succédant à un moment proche de son entrée dans la vie active ; le plus souvent, il est déjà installé dans la vie. Dès lors que l'héritage n'a plus aujourd'hui pour fonction d'assurer l'établissement dans la vie de ses bénéficiaires⁷⁹¹, ces derniers peuvent plus facilement supporter que des droits soient accordés à d'autres qu'eux, en particulier s'ils sont dans le besoin. La vocation du survivant des membres du couple apparaît ainsi moins directement antagoniste aux intérêts des descendants directs si ces derniers sont déjà établis. L'argument ne doit cependant pas porter trop loin. Pour les enfants du *de cuius*, l'héritage revêt souvent l'image d'une retraite complémentaire, non négligeable dans le contexte actuel d'incertitude sur le sort des retraites.

403. L'insuffisance des retraites constitue en effet un deuxième paramètre au soutien de l'octroi d'un minimum successoral garanti au survivant des membres du couple, en particulier lorsque celui-ci est de sexe féminin.

En premier lieu, même si elle n'en est pas systématiquement dépourvue, la femme a généralement moins de revenus que l'homme⁷⁹². Le montant de sa retraite personnelle est ainsi souvent plus faible. En outre, divers résultats statistiques indiquent que de nombreuses femmes qui reprennent une activité professionnelle, par exemple à l'issue d'une maternité, ne disposent que d'une durée moyenne de quinze à vingt années de cotisations à l'assurance vieillesse, soit la moitié de la durée normale d'activité pour obtenir une retraite entière⁷⁹³.

En second lieu, le système de réversion des pensions est insuffisant. Tout d'abord, la réversion au conjoint survivant des pensions et retraites payées au *de cuius* de son vivant s'accompagne en général d'une amputation égale à la moitié de leur montant. Ensuite, dans le régime général des salariés, une veuve de moins de 55 ans n'a droit à aucune pension de réversion⁷⁹⁴. Quant au survivant des membres d'un couple non marié, il ne bénéficie pas de

⁷⁹¹ En 1977, l'âge moyen auquel on héritait était de 47 ans. Compte tenu de l'augmentation de l'espérance de vie depuis lors (V. *supra*, n°402), nul doute que l'âge moyen auquel les descendants héritent a augmenté corrélativement.

Compte tenu des évolutions sociologiques intervenues, on peut ainsi relever que « *le devoir prioritaire des parents n'est plus de maintenir et transmettre un patrimoine, mais qu'il consiste à fournir à leurs enfants les moyens de devenir économiquement autonomes au moment du mariage* » (L. ROUSSEL, La famille après le mariage des enfants, P.U.F., 1976, p. 73).

⁷⁹² Sur l'écart de salaire moyen entre homme et femme, observé dans le secteur privé, V. *supra*, n°325.

⁷⁹³ V. C. BOUDINEAU, « L'incidence de la situation matrimoniale sur le statut social et la protection sociale », P.A. 3 mars 2000, n°45, p. 6.

⁷⁹⁴ Sur les conditions et les modalités d'octroi d'une pension de réversion, V. C. BOUDINEAU, art. précit., p. 6.

la réversion de la pension de retraite de son partenaire décédé, qu'un pacs ait uni le couple ou non⁷⁹⁵. Le pacs n'ouvre pas droit en effet aux prestations versées au conjoint survivant de l'assuré social dans les régimes de base : allocation de veuvage (C.S.S., art. L. 356-1), pension de réversion (C.S.S., art. L. 353-1), rente d'ayant droit en cas d'accident du travail (C.S.S., art. L. 434-8) ou encore pension d'invalidité de veuf ou de veuve (C.S.S., art. L. 342-1). Le survivant d'un couple uni par un pacs peut seulement prétendre au capital-décès, garantie minimale égale à 90 fois le gain journalier de l'assuré social, dont l'extension au bénéficiaire du concubin simple ne garantirait pas, en tout état de cause, la soutenance de ce dernier⁷⁹⁶.

A ces insuffisances actuelles s'ajoute l'incertitude sur le sort des retraites à court ou moyen terme. Le risque est alors amplifié du survivant âgé dans le besoin à la charge de la collectivité publique. En effet, la France compte aujourd'hui deux millions d'habitants âgés de plus de 80 ans et les projections statistiques permettent d'affirmer qu'en 2030, les plus de 60 ans constitueront près d'un tiers de la population⁷⁹⁷. Les chiffres parlent d'eux-mêmes : l'Etat ne pourra pas assurer un niveau de vie décent à toutes les veuves dans le besoin.

⁷⁹⁵ V. les critiques de F.-J. PANSIER, « Aspects sociaux du PACS : présentation synthétique », *Droit et patrimoine* n°81, avril 2000, p. 74 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », *R.T.D. Civ.* 2001, p. 539.

Il semble que la question de la preuve ait toujours été invoquée pour refuser la pension de réversion en cas de concubinage. Ce dernier argument, à supposer qu'il soit pertinent, ne s'applique naturellement pas au pacs. La question avait ainsi été discutée à l'Assemblée nationale puisque l'une des versions mentionnait le droit du partenaire à la pension de réversion. Le texte a été retiré au vu des conséquences très lourdes pour les finances publiques et l'équilibre général des retraites. V. F. MONEGER, « Pacte civil de solidarité. Aspects sociaux », *J.C.P.* 2000, éd. N, p. 452.

⁷⁹⁶ Les règles relatives à l'attribution du capital-décès ne sont pas non plus très favorables au concubin survivant. Les bénéficiaires éventuels du capital-décès sont rangés en deux catégories selon qu'ils sont ou non considérés par la loi comme prioritaires. Aux termes de l'article L. 361-4, alinéa 1^{er}, du Code de la sécurité sociale, le versement du capital est effectué par priorité aux personnes qui étaient, au jour du décès, à la charge totale, effective et permanente de l'assuré. En cas de pluralité de personnes pouvant se prévaloir du droit de priorité, le capital est versé par ordre de préférence au conjoint, aux enfants, aux ascendants et, enfin, aux autres personnes à charge (C.S.S., art. R. 361-3, al. 3). Après avoir longtemps écarté le concubin à la charge de l'assuré, la Cour de cassation modifia sa jurisprudence en 1970 et l'administration suivit. Le concubin à charge peut donc bénéficier du capital-décès. Toutefois, en cas de conflit entre l'époux survivant à charge et le concubin survivant à charge, la Cour de cassation a décidé que le capital doit être versé dans son intégralité au premier, sans possibilité de partage (Soc. 12 novembre 1998, R.J.P.F. avril 1999, p. 32, obs. M. BUY). Si le concubin survivant n'était pas à la charge de l'assuré, seul le signataire d'un pacs figure dans la liste des bénéficiaires non prioritaires du capital-décès, avant les descendants, le concubin n'y figurant pas.

En revanche, la couverture maladie universelle bénéficie au survivant des membres d'un couple qui ne peut plus bénéficier de la qualité d'ayant droit de son partenaire du fait du décès de ce dernier. V. C. BOUDINEAU, « L'incidence de la situation matrimoniale sur le statut social et la protection sociale », *P.A.* 3 mars 2000, n°45, p. 6.

⁷⁹⁷ Chiffres cités par J.-C. ROHRIG, « La famille du troisième millénaire », in *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 315.

404. Ce risque est d'autant plus grand que le relâchement des liens familiaux a rendu l'assistance familiale plus incertaine. On a maintes fois constaté et expliqué le rétrécissement de la famille et ses conséquences sur l'affaiblissement de la fonction familiale de solidarité⁷⁹⁸. Ce dernier élément du contexte socio-économique général a également pour conséquence le renforcement du lien de couple, notamment quant à la solidarité. « *Ce resserrement familial a pour corollaire un ardent conjugalisme* », écrit Monsieur CARBONNIER⁷⁹⁹. C'est là cependant aborder le contexte socio-économique particulier au couple.

B. Le contexte socio-économique du couple

405. Trois paramètres d'ordre socio-économique, plus spécifiques au couple que les précédents, légitiment l'octroi d'un minimum successoral garanti au survivant de ses membres. Tout d'abord, la composition du patrimoine du *de cuius* justifie l'octroi de droits successoraux au survivant. Ensuite, l'insuffisance du renvoi aux volontés privées milite pour l'attribution de droits intangibles. Enfin, la diversité des situations plaide en faveur de l'octroi d'un minimum seulement.

406. Le premier élément du contexte socio-économique du couple favorable à l'octroi de droits successoraux au survivant tient à la composition du patrimoine du *de cuius*. Les débats relatifs à la modification de la dévolution successorale du conjoint survivant ont en effet mis en lumière la modification du patrimoine du défunt, aujourd'hui majoritairement composé de biens acquis à titre onéreux pendant la vie en couple, souvent grâce aux forces conjuguées de ses deux membres⁸⁰⁰. Cette constatation est évidente pour les couples mariés, soumis pour l'immense majorité d'entre eux, au régime légal de la communauté réduite aux acquêts. Elle ne lui est pourtant pas spécifique. Les présomptions d'indivision dans le pacs conduisent en effet, sous certaines réserves, à l'élaboration d'un patrimoine commun⁸⁰¹. Quant aux concubins simples, la fréquence des biens acquis en indivision ainsi que le

⁷⁹⁸ V. H. LEVY-BRUHL, « Réflexions sur la famille », in Aspects sociologiques du droit, Petite bibliothèque sociologique internationale, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1955, p. 143 et s.

⁷⁹⁹ Essai sur les lois, Répertoire du Notariat Defrénois, 2^{ème} éd., 1995, p. 169.

⁸⁰⁰ V. L. RAUCENT, « Quel droit patrimonial pour quelle famille ? », in Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines, sous la dir. de M.-T. MEULDERS-KLEIN, Travaux des VIII^{èmes} journées d'études juridiques Jean Dabin, L.G.D.J., 1978, p. 226, V. en particulier les développements sur la famille laborieuse, par opposition à la famille patrimoniale et la famille possédante et les principes de transmission qui en découlent. V. aussi P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », R.T.D. Civ. 1966, p. 185.

⁸⁰¹ Sur les présomptions d'indivision dans le pacs et la comparaison avec les régimes communautaires, V. *infra*, n°521.

contentieux relatif à l'enrichissement sans cause et à la société créée de fait, destiné à faire reconnaître la participation de l'un des concubins à l'enrichissement de l'autre, vont également en ce sens. Même s'il est peut-être plus solide pour le couple marié, l'argument porte dès lors pour tout couple, indépendamment de son statut : si pour le plus grand nombre de couples, le patrimoine s'édifie pendant la vie en couple plutôt qu'il n'est reçu par succession, l'objectif successoral lancinant de la conservation des biens dans la famille perd de sa portée et la vocation du survivant apparaît plus légitime, notamment à un minimum imposé par la loi. Du reste, même si le *de cuius* a reçu des biens de sa famille, la multiplication des échanges économiques conduit souvent à ce qu'il laisse des biens autres que ceux qu'il avait reçus. L'idée de conservation des biens dans la famille est dès lors de moindre incidence.

En outre, la signification sociologique du patrimoine a changé pour son titulaire : « *il a cessé d'être un réservoir de richesses intangible, pour devenir une masse de secours destinée à faciliter l'affrontement des « coups durs »* »⁸⁰². Ainsi conçu, le patrimoine du défunt a alors une vocation naturelle à assurer la soutenance du partenaire survivant.

407. Depuis la loi du 3 décembre 2001 relative aux droits successoraux du conjoint survivant, le Code civil fait peser une charge sur la succession de l'époux défunt, aux fins de soutenir le conjoint survivant. Cette solution d'une affectation à la soutenance imposée par la loi a été dictée par l'idée selon laquelle le droit relatif à la soutenance du conjoint survivant ne pouvait plus se réduire à un simple renvoi aux volontés privées. S'agissant du couple non marié, le droit continue à s'analyser comme un renvoi à l'affectation librement consentie à la soutenance du survivant d'entre eux. Pourtant, les mêmes carences de ce renvoi ayant présidé, en partie, à l'attribution au conjoint survivant d'un minimum successoral garanti peuvent être observées pour le couple non marié.

408. Le couple marié dispose certes d'une vaste panoplie de procédés aptes à assurer la subsistance du survivant d'entre eux : le droit des libéralités grâce à la quotité disponible spéciale entre époux et les donations de biens à venir, le droit des régimes matrimoniaux avec les gains de survie, le droit des contrats avec les assurances sur la vie. Certaines de ces techniques d'affectation à la soutenance, voire à l'enrichissement de l'époux, que la loi voit d'un œil favorable, pourraient être, *de lege ferenda*, offertes au couple non marié dans un droit commun non pas impératif, mais conventionnel du couple⁸⁰³.

⁸⁰² F. TERRE et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les successions. Les libéralités, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1997, p. 150, n°167.

⁸⁰³ V. *infra*, n°759 et s.

Toutefois, le recours à de tels procédés, sur lesquels le législateur a longtemps compté pour le couple marié et compte encore pour le couple non marié, se révèle insuffisant.

En premier lieu, c'est l'insuffisance du recours aux techniques contractuelles d'affectation à la soutenance qui justifie l'octroi d'un minimum successoral garanti, que le décès soit intervenu avant toute prise de disposition à cause de mort, ou encore que les intéressés aient ignoré cette nécessité. A cet égard, il a été constaté au sein du couple marié que l'utilisation des testaments ou des donations de biens à venir était surtout fréquente dans les milieux aisés, mieux informés. On peut imaginer que l'observation serait identique si l'on menait une enquête au sein des couples de concubins. Or le droit ne saurait se limiter à la satisfaction d'une seule fraction de la population.

En second lieu, ce sont les résultats des techniques contractuelles d'affectation à la soutenance du survivant qui peuvent se révéler insuffisants. Tout d'abord, les libéralités peuvent se heurter à la réserve et être réduites en conséquence. Ensuite, la fiscalité est particulièrement confiscatoire s'agissant des transmissions à titre gratuit entre membres d'un couple non marié⁸⁰⁴. Enfin, même si, comme nous le suggérerons, les membres d'un couple non marié devraient, en droit prospectif, pouvoir opter pour un régime de biens de type communautaire⁸⁰⁵, la liquidation et le partage de la masse commune pourront n'assurer qu'imparfaitement la soutenance du survivant, comme ils peuvent n'assurer qu'imparfaitement la soutenance du conjoint survivant.

Nul doute qu'une utilisation accrue des techniques conventionnelles doit être encouragée. Toutefois, eu égard aux insuffisances de l'affectation librement consentie – celles-là mêmes qui ont conduit le législateur à réformer le sort du conjoint survivant – l'affectation à la soutenance pourrait, en droit prospectif, être imposée par la loi au profit du survivant d'un couple non marié. Comme pour le couple marié, l'affectation à la soutenance pourrait se traduire par l'octroi de droits intangibles. Comme pour le couple marié, ces droits ne devraient cependant porter que sur un minimum.

409. Seul un minimum devrait en effet être accordé au survivant des membres d'un couple dans le cadre d'un droit commun impératif de la liquidation de la vie du couple consécutive au décès de l'un de ses membres. La raison tient à l'extrême diversité des situations auxquelles le droit a vocation à répondre lors du décès de l'un des membres du couple. En premier lieu, la population des survivants est loin d'être homogène. Leur âge, leur espérance de vie et l'étendue de leur patrimoine propre varient en effet sensiblement. En second lieu, le contexte social de la vie en couple, souvent marqué par la succession dans le

⁸⁰⁴ V. *infra*, n°822.

⁸⁰⁵ V. *infra*, n°617 et s.

temps de plusieurs couples, conduit à envisager de multiples situations familiales. D'une part, la présence fréquente d'enfants non communs au couple est naturellement susceptible de faire naître des conflits d'intérêts, en particulier si le survivant et les enfants sont du même âge. D'autre part, il faut envisager que le survivant puisse former à nouveau un couple. Il pourrait alors être soutenu qu'un système successoral visant le maintien du cadre de vie et de la subsistance du conjoint survivant ne serait concevable que dans une société où le modèle est celui du mariage unique. Incontestablement, cette société n'est pas la nôtre. Il n'en demeure pas moins que son contexte socio-économique impose que l'entraide minimale survive après le décès de l'un des membres du couple. Il convient dès lors de ne pas refuser, par principe, tout droit à la soutenance, mais de tenir compte de ces données pour n'imposer, comme l'a fait la loi du 3 décembre 2001, qu'un minimum successoral, ne consistant pas en l'octroi de biens en pleine propriété, pour éviter le risque que les biens du survivant passent à son décès à son nouveau partenaire.

Face à la diversité des situations, tenant à la situation économique du survivant, à la formation éventuelle d'un nouveau couple par ce dernier et à la présence ou non d'enfants non communs au couple, « *on se perd à vouloir régler par le droit successoral l'ensemble des cas de figure (...). Il faut faire un choix et élaborer des règles simples constituant le noyau dur des droits du conjoint successible* »⁸⁰⁶. La solution consiste donc, comme l'a fait la réforme des successions entre époux, à accorder au survivant un minimum successoral intangible, mais non des droits successoraux *ab intestat* intangibles. Outre qu'il n'est pas souhaitable d'attribuer, *de lege ferenda*, des droits *ab intestat* au survivant d'un couple non marié⁸⁰⁷, une vocation légale abstraite ne procure pas nécessairement au survivant l'élément essentiel de sa soutenance, tel le logement. Il pourrait être objecté que, fondamentalement, l'octroi d'un usufruit sur la totalité des biens existants garantit le maintien des conditions d'existence du conjoint survivant⁸⁰⁸. La présence d'enfants non communs au couple rend cependant cette possibilité plus délicate, ce qui a conduit le législateur à refuser au conjoint survivant, dans cette hypothèse, la possibilité d'opter entre l'usufruit sur la totalité des biens existants et la propriété du quart des biens⁸⁰⁹. Les droits *ab intestat* en pleine propriété ne

⁸⁰⁶ M. LEBRANCHU, J.O. A.N., 6 février 2001, p. 1099. Dans le même sens, P. CATALA, *Famille et patrimoine*, P.U.F., Doctrine juridique, 1^{ère} éd., 2000, p. 257.

⁸⁰⁷ V. *infra*, n°713 et s.

⁸⁰⁸ L'usufruit conférant l'usage et la jouissance, le conjoint reçoit des moyens de subsistance jusqu'à la fin de sa vie : des biens qu'il recueille, il a en effet l'*usus* – il peut ainsi habiter le logement familial – et le *fructus* – il peut le louer pour en conserver les loyers.

L'usufruit universel est du reste conforme à la pratique. D'une part, il est fréquent que les enfants laissent la succession en l'état jusqu'au décès du second parent. D'autre part, les conjoints bénéficiant d'une donation de biens à venir, s'ils ont le choix de la quotité disponible, optent majoritairement pour l'usufruit universel.

⁸⁰⁹ En présence d'enfants ou de descendants, le conjoint survivant recueille, selon son choix, soit l'usufruit de la totalité des biens existants au jour du décès, soit la propriété du quart des biens lorsque tous les enfants sont

réaliseront alors pas nécessairement le maintien du survivant dans son cadre de vie. En outre et surtout, même si la loi insère le survivant des membres d'un couple dans l'ordre des héritiers *ab intestat*, il convient de laisser toute liberté au *de cuius* d'organiser différemment la dévolution de sa succession, en fonction de la situation particulière qui est la sienne. La consécration ou l'extension des droits *ab intestat* au survivant des membres du couple devrait ainsi laisser subsister le risque majeur d'exhérédation. Seul un minimum successoral peut ainsi être envisagé s'il a vocation à constituer un droit intangible du survivant, destiné à assurer à celui-ci la dignité de ses conditions d'existence.

410. Les différents paramètres du contexte socio-économique, général ou propre au couple, démontrent la nécessité de l'octroi d'un minimum successoral garanti au survivant des membres d'un couple, que ce dernier soit marié ou non. Nécessaire, l'octroi de ce minimum successoral est en outre rendu légitime par la présomption d'amour.

§ 2. *La légitimité tenant à la présomption d'amour*⁸¹⁰

411. La présomption d'amour entre les membres d'un couple permet d'envisager l'octroi de droits successoraux au survivant d'entre eux compte tenu de l'influence de l'affection sur le droit des successions (A.). La présomption d'amour dans le couple rend tout particulièrement légitime l'octroi d'un minimum successoral garanti destiné à la soutenance du survivant car elle constitue le fondement d'un *officium pietatis* du défunt à l'égard de son compagnon survivant (B.).

A. L'influence de l'affection sur le droit des successions

412. De tous temps, le fondement psychologique de l'affection a joué un rôle dans l'octroi de droits successoraux. Cependant, il a souvent été masqué par l'objectif de conservation des biens dans la famille, avec lequel il se conjugue dans de nombreuses hypothèses. Il est ainsi vraisemblable de supposer que les sentiments d'affection sont d'autant plus forts que les liens de parenté sont étroits, de telle sorte que le système dévolutif du Code civil, comportant quatre ordres d'héritiers triés par affinité décroissante, réalise la

issus des deux époux, ou la propriété du quart des biens en présence d'enfants qui ne sont pas issus des deux époux (C. civ., art. 757).

⁸¹⁰ L'expression est de Monsieur BADINTER, qui l'a employée à l'occasion de débats au Sénat, relativement à la réforme des droits du conjoint survivant (Compte rendu intégral de la séance du 30 octobre 2001, qu'il est possible de retrouver sur le site internet du Sénat, www.senat.fr).

conservation des biens dans la famille tout en reflétant l'affection vraisemblable du défunt. C'est sans doute la raison pour laquelle la doctrine a indifféremment prêté à la dévolution légale du Code civil le fondement de la conservation ou celui de l'affection, ou les deux à la fois⁸¹¹. En effet, les deux thèmes ne s'excluent pas, se complètent même lorsque l'on raisonne sur la parenté. Ils constituent toutefois deux fondements distincts de la dévolution légale et peuvent ainsi se heurter lorsque la personne, objet de l'affection du défunt, n'est pas l'un de ses parents, tel le survivant des membres du couple. L'octroi de droits successoraux au conjoint survivant du défunt s'analyse dès lors comme « *un progrès de l'idée d'affection sur celle de conservation* »⁸¹². L'influence des affections présumées sur la dévolution légale est cependant limitée au conjoint survivant (1.) ; elle n'a pas, en effet, été étendue au concubin survivant (2.).

1. L'influence de l'affection sur le sort du conjoint survivant

413. Le droit positif relatif au sort du conjoint survivant témoigne aujourd'hui de l'importance prise par l'affection parmi les fondements de la dévolution légale : le conjoint survivant est un héritier *ab intestat* dont les droits ont été élargis et qui bénéficie désormais, en outre, d'un minimum successoral garanti. Si l'influence de l'affection sur le sort du conjoint survivant se justifie incontestablement, des précisions sont néanmoins nécessaires relativement à la force de la présomption d'amour et, corrélativement, aux possibilités d'exhérédation.

414. Les auteurs sont unanimes sur le fait que l'affection conjugale égale, voire surpasse, l'affection parentale ou encore que les liens conjugaux sont aussi respectables et puissants que les liens du sang⁸¹³. Il est vrai que le lien du mariage n'est plus indissoluble et

⁸¹¹ Sur cette question, V. M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, Litec, 6^{ème} éd., 2001, p. 43, n°50 et s.

⁸¹² M.-C. CATALA DE ROTON, *Les successions entre époux*, Economica, 1990, p. 168, n°195.

Sur l'affection et le droit dans la famille nucléaire et, en particulier, le renforcement des droits successoraux du conjoint survivant, V. J. et A. POUSSON, *L'affection et le droit*, Ed. du C.N.R.S., 1990, p. 43 et s. : « *en droit successoral il importe de savoir dans quelles circonstances le lien entre les personnes est suffisamment étroit pour justifier l'appropriation successorale des biens de l'une par l'autre. Trois critères peuvent a priori être retenus : la communauté de vie, la communauté de sang et la communauté d'affection. Le lien légitime de filiation constitue le lien successoral par excellence, ce sont les liens du sang qui fondent le transfert des patrimoines. Toutefois, les réformes intervenues au cours des dernières décennies dénotent une volonté de ne plus méconnaître les liens du gîte ainsi que les liens du cœur* » (p. 232).

⁸¹³ V. par exemple S. PIEDELIEVRE, « Réflexions sur la réforme des successions », *Gaz. Pal.* 2002, doct., 1, p. 578. Pour une critique de l'ignorance de l'amour dans le Code civil de 1804, en particulier dans le domaine du droit des successions, V. R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1963, p. 21 et s. Dans le même sens, B. BEIGNIER, « Les droits du conjoint survivant pour les successions ouvertes depuis le

que les obstacles au divorce s'amenuisent, jusqu'à la consécration possible d'un véritable droit au divorce⁸¹⁴. Toutefois, nul ne peut y voir un argument défavorable à la présomption d'amour et aux droits successoraux qu'elle permet d'envisager. Tout au contraire, la facilité croissante du divorce renforce la présomption d'amour des époux encore unis par les liens du mariage au jour du décès. Du reste, la loi circonscrit étroitement les effets de la présomption d'amour au conjoint non divorcé ou contre lequel aucun jugement de séparation de corps n'a été prononcé (C. civ., art. 732). Quant à la réserve du conjoint survivant, accordée à défaut d'ascendants et de descendants, elle est subordonnée à l'absence de procédure de divorce ou de séparation de corps en cours au jour du décès (C. civ., art. 914-1). Et, de fait, hormis ces hypothèses, il paraît logique de présumer que le décès est venu rompre une association heureuse.

415. La question se pose néanmoins de la force de la présomption d'amour qui unit les époux. En droit positif, elle est irréfragable puisqu'il n'est pas offert aux héritiers du *de cuius* de rapporter la preuve contraire aux fins de priver le conjoint survivant des droits *ab intestat* ou de faire échapper les biens de la succession à la charge de la soutenance du conjoint survivant. Autant dire que la présomption s'analyse davantage en une règle de fond qu'en une règle de preuve.

L'explication tient aux difficultés que pourrait susciter la preuve contraire. D'une part, il n'existe pas de définition de l'amour. Il serait à cet égard infiniment délicat de qualifier d'amoureux ou non les liens qui unissaient les époux. En admettant même que cela fût possible, une telle preuve suppose, d'autre part, de s'immiscer dans l'âme des époux, en particulier dans celle du défunt. En effet, il faudrait logiquement rapporter la preuve du désamour du défunt à l'égard du survivant. Or, en pratique, c'est bien plus souvent l'attitude de l'époux survivant à l'égard de son défunt conjoint qui suscite l'ire des héritiers. Pour toutes ces raisons, le législateur doit être approuvé de n'avoir pas autorisé les héritiers à rapporter la preuve contraire à la présomption d'amour.

En revanche, ces derniers pourraient être autorisés, *de lege ferenda*, à rapporter la preuve de comportements graves de l'époux survivant à l'égard de son défunt conjoint, qui le rendent indigne de l'amour qu'était présumé lui porter le défunt et, par conséquent, d'obtenir des droits sur sa succession. Le législateur pourrait ainsi élargir les cas d'indignité successorale et prévoir que sa sanction pourrait être facultativement prononcée par le

1^{er} juillet 2002 », Droit et patrimoine n° 115, mai 2003, p. 83 : « *la dimension morale et affective du patrimoine, et donc du droit des successions, est parfois trop oubliée des livres de droit* ».

⁸¹⁴ Sur la proposition de réforme du divorce dite COLCOMBET, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale en 2001, V. *supra*, note 269. L'idée semble néanmoins avoir été abandonnée par le projet de loi relatif au divorce déposé au Sénat le 9 juillet 2003.

tribunal de grande instance à la demande d'un héritier, en cas de manquement grave du conjoint successible à ses devoirs et obligations, si graves que les droits accordés au conjoint apparaîtraient manifestement inéquitables. La formule ne serait pas sans rappeler la clause négative d'équité que nous proposons précédemment aux fins de déchoir l'un des membres du couple de toute prestation compensatoire en cas de rupture⁸¹⁵.

416. Une dernière difficulté tient à la possibilité pour le *de cuius* d'anticiper les effets de la présomption d'amour par une exhérédation de son conjoint. La réponse à cette question suppose de distinguer les différents droits sur la succession dont la présomption d'amour légitime l'octroi au conjoint survivant.

Les droits successoraux *ab intestat* réalisent une participation du conjoint à l'enrichissement du défunt. Inspirés par l'idée de soutenance, ainsi qu'en témoigne le choix de l'usufruit de la totalité des biens existants en cas de descendants communs, ils n'en sont cependant pas dépendants : non liés aux besoins du conjoint, ils peuvent également contribuer à l'enrichir. Susceptibles de réaliser une affectation maximale au survivant, ils relèvent par conséquent légitimement d'un droit conventionnel, librement choisi du couple marié⁸¹⁶. Si la spécificité du couple marié autorise une dévolution légale au conjoint supplétive de volonté⁸¹⁷, le *de cuius* doit, malgré tout, pouvoir décider de la modifier, voire de la supprimer.

En revanche, la présomption d'amour contribue à fonder d'autres droits sur la succession, contre la succession diront certains : des droits minimaux destinés à assurer au conjoint survivant la dignité de ses conditions d'existence par le maintien dans le logement et le maintien de sa subsistance. S'agissant de ce minimum, de cette affectation à la soutenance, l'exhérédation devrait être exclue. Elle l'est en droit positif s'agissant du droit de jouissance

⁸¹⁵ Sur la clause négative d'équité en cas de rupture du couple, V. *supra*, n°356.

V. P. CATALA, « Pour une réforme des successions », *Gaz. Pal.* 1999, doct., 1, p. 704, n°23. Monsieur CATALA proposait en effet que « lorsque le conjoint a, durant le mariage, manqué gravement à ses devoirs envers le défunt, le juge pourra, à la demande de l'un des héritiers, décharger la succession de sa contribution au logement définitif et à la pension alimentaire ». La proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale fut modifiée par le Sénat en ce sens. Le Sénat proposa de retirer au prédécédé la possibilité de priver son conjoint de son droit viager au logement, ce dernier devenant un droit intangible. Un tempérament était cependant apporté par la possibilité pour les héritiers, prévue par l'article 766 du Code civil, de saisir le juge afin qu'il exonère la succession du droit d'habitation et d'usage, lorsque le conjoint a, durant le mariage, « manqué gravement à ses devoirs envers le défunt ». V. la proposition de loi modifiée par le Sénat, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale, le 21 juin 2001, www.assemblee-nat.fr.

Comme dans le droit commun de l'indignité successorale, la sanction serait encourue à moins que le défunt n'ait pardonné à l'indigne et ne l'ait rétabli dans ses droits par une disposition de volonté expresse prise en la forme testamentaire, ou s'il lui a consenti une libéralité universelle ou à titre universel (C. civ., art. 728). Sur l'indignité successorale et les modifications depuis la loi du 3 décembre 2001, V. P. DAVIAUD, « La nouvelle indignité successorale. Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 », *D.* 2002, chr. 1856.

⁸¹⁶ V. *infra*, n°614.

⁸¹⁷ V. *infra*, n°713 et s.

annuelle du logement et des meubles le garnissant, ainsi que du droit à des aliments. En revanche, le défunt peut, par testament authentique, priver son conjoint du bénéfice des droits d'usage et d'habitation viagers sur le logement et les meubles le garnissant⁸¹⁸.

417. En droit positif, l'influence de l'affection sur le sort du conjoint survivant est patente. Elle ne fait cependant qu'élargir l'influence des affections présumées sur la vocation successorale légale dans le cercle familial. En effet, en dehors de ce cercle, l'affection n'exerce aucune influence sur la dévolution légale. S'agissant du couple non marié, l'absence d'influence de l'affection sur le sort du survivant de ses membres est pourtant éminemment critiquable.

2. L'absence d'influence de l'affection sur le sort du concubin survivant

418. En droit positif, aucun droit n'est accordé dans la succession du défunt au concubin qui lui survit, qu'un pacs les ait unis ou non⁸¹⁹. Deux arguments peuvent être invoqués au soutien de l'absence d'influence de l'affection sur le sort du concubin survivant : l'absence d'engagement de mariage et l'absence de lien de famille. Tous deux sont cependant susceptibles d'être combattus.

419. Il peut être soutenu que la présomption d'amour découle de l'engagement de mariage et, en particulier, des devoirs de fidélité, de secours et d'assistance auxquels souscrivent les époux. L'idée peut néanmoins être critiquée qui consiste à penser que les couples non mariés sont présumés s'aimer moins, précisément en raison de leur non-mariage.

⁸¹⁸ Pour une critique de cette disposition, V. *infra*, n°459.

⁸¹⁹ Certains droits étrangers ont admis l'octroi de droits successoraux au concubin survivant. V. J. RUBELLIN-DEVICHI (sous la dir. de), *Des concubinages dans le monde*, Ed. du C.N.R.S., 1990. Dans deux Etats australiens, des droits successoraux *ab intestat* sont accordés aux concubins. Dans d'autres, le concubin survivant peut revendiquer « *une part équitable des biens du défunt* » (V. J. H. WADE, « L'union de fait en Australie », *op. cit.*, p. 72). Dans le droit anglo-canadien, le concubin peut souvent prétendre à une créance alimentaire contre la succession (E. DELEURY et M. CANO, « Le concubinage au Québec et dans l'ensemble du Canada. Deux systèmes juridiques, deux approches », *op. cit.*, p. 109). L'article 1368 du Code civil mexicain pour le district fédéral prévoit que « *Le testateur doit laisser une pension aux personnes mentionnées aux alinéas suivants : (...) A la personne avec laquelle il a vécu comme si c'était son conjoint pendant les cinq ans qui ont immédiatement précédé sa mort, ou avec laquelle il a eu des enfants, dans la mesure où ni l'un ni l'autre n'était marié pendant la durée du concubinage, et où le survivant ne peut travailler et n'a pas de ressources suffisantes* » (V. J. G. FUENTEVELLA, « Les concubinages au Mexique. L'assimilation du concubinage au mariage », *op. cit.*, p. 177).

En premier lieu, il convient de ne pas oublier que l'accès au mariage est, en droit positif français, refusé à la catégorie des concubins homosexuels, à propos desquels on ne saurait par conséquent arguer d'un manque d'amour se traduisant par le refus d'entrer en mariage.

En second lieu, les tentatives de définition du concubinage ont mis en exergue la multiplicité des réalités que revêt ce terme au point qu'il est préférable, à l'instar de Madame RUBELLIN-DEVICHI, d'employer au pluriel le terme « *concubinages* »⁸²⁰. S'appuyant sur des enquêtes sociologiques, les auteurs distinguent en effet parmi les couples hors mariage, les relations pré-nuptiales ou mariages à l'essai, les concubinages durables par refus de l'institution ou par impossibilité de convoler et, enfin, l'union libre « *élitiste plutôt que populaire, intellectuelle plutôt qu'utilitaire : le concubinage des écrivains, artistes, gens de théâtre, étudiants aussi* » qui obéit à une mode⁸²¹. Or, il ne ressort pas de ces différentes catégories que leur point commun soit le manque d'amour. S'il est cohérent de présumer l'amour dans l'engagement personnel de fidélité, de secours et d'assistance que se promettent les époux, cet engagement n'est pas nécessairement le seul élément duquel il est possible de déduire une présomption d'amour. La communauté de lit, de toit et de table durant un an et un jour⁸²², le partage des aléas de l'existence, démontrent également l'intensité des relations affectives entre les membres d'un couple même non marié et pourraient, par conséquent, légitimement emporter une présomption d'amour entre les concubins.

420. Sans nier l'intensité de la relation affective entre les membres d'un couple non marié, il pourrait alors être soutenu que la présomption d'amour entre les époux ne donne naissance à des droits successoraux que parce qu'elle se conjugue avec le devoir de famille, dont le conjoint fait partie. Dans cette optique, *de lege lata*, le concubin survivant est logiquement exclu de toute vocation successorale légale puisque la vie en couple ne crée pas de lien juridique de famille entre ses membres ; *de lege ferenda*, le concubin survivant ne pourrait obtenir de droit successoral qu'à la condition que le législateur reconnaisse que le lien de couple crée une famille entre ses membres. Une telle assimilation entre les différents

⁸²⁰ V. J. RUBELLIN-DEVICHI (sous la dir. de), *Les concubinages. Approche socio-juridique*, Ed. du C.N.R.S., 1986 ; *Des concubinages dans le monde*, Ed. du C.N.R.S., 1990.

⁸²¹ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., 2001, p. 264.

D'autres auteurs distinguent le « *non-mariage forcé* » – dû à une impossibilité ou à une difficulté, juridique ou matérielle, de convoler à nouveau – du « *non-mariage provisoire* » – notamment des jeunes – et enfin le « *non-mariage calculé* » par crainte du remariage en lui-même, et notamment de la perte de bénéfices qu'il entraînerait (J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1993, p. 181, n°396 et s.).

⁸²² V. *supra*, n°34, la définition juridique du couple proposée.

couples ne nous paraît cependant pas souhaitable tant elle nierait la spécificité du mariage, qui est précisément de créer un lien juridique de famille entre ses membres⁸²³.

Le problème peut néanmoins être vu tout autrement. Il n'est en effet nullement inscrit de manière immuable que la dévolution successorale légale repose nécessairement sur le devoir de famille. Si, pour le couple marié, le fondement de l'affection rejoint le fondement du devoir de famille, pour le couple non marié en revanche, la dévolution légale pourrait très bien n'avoir pour fondement que les affections présumées, la présomption d'amour. Ce n'est donc pas faire du concubin un membre de la famille, et du concubinage une famille au sens juridique, que d'accorder au survivant des droits successoraux. En revanche, la consécration de droits successoraux au profit du concubin survivant s'analyserait incontestablement en une promotion du fondement affectif de la dévolution légale. Dans cette perspective de progrès de l'idée d'affection, si la présomption d'amour doit se conjuguer avec un devoir du défunt envers le successible pour l'octroi de certains droits successoraux, ce devoir pourrait découler de la présomption d'amour, sans pour autant être qualifié de devoir de famille.

Enfin, admettre l'existence d'une présomption d'amour entre concubins, qui justifie l'octroi de droits successoraux au survivant des membres d'un couple non marié, n'impose pas nécessairement que l'on attribue à ce dernier des droits successoraux identiques en tous points à ceux du conjoint survivant. Un auteur a démontré qu'il existait des degrés dans le mariage⁸²⁴. L'idée peut être transposée au couple : il existerait des degrés dans le couple⁸²⁵. Du reste, l'idée même de rechercher un droit commun du couple implique que l'unité de la réglementation du couple ne se fasse que sur certains points. S'agissant de l'octroi de droits successoraux, il est ainsi envisageable que certains d'entre eux, réalisant un minimum, et destinés à la soutenance du survivant, soient communs à tous les couples, s'inscrivant de la sorte dans un droit commun impératif de la liquidation de la vie du couple après décès. Quant aux droits successoraux *ab intestat*, ils seraient réservés au conjoint survivant, à propos duquel la présomption d'amour rejoint le devoir de famille⁸²⁶. Les concubins disposeraient en revanche de toute liberté pour en reproduire la teneur conventionnellement.

421. L'idée selon laquelle la consécration de droits successoraux au profit du survivant des membres du couple, indépendamment du statut de ce dernier, ne devrait pas conduire à nier la spécificité du mariage est également susceptible d'indiquer une solution au

⁸²³ Sur l'absence de lien de famille entre les concubins, unis ou non par un pacs, V. *infra*, n°713 et s.

⁸²⁴ M. LAMARCHE, *Les degrés du mariage*, Thèse Bordeaux IV, 1997.

⁸²⁵ Dans le même ordre d'idées, le droit familial à Rome, à l'époque classique, avait fait de l'union libre une union régulière, produisant certains effets, mais d'ordre inférieur au mariage. V. *supra*, n°6.

⁸²⁶ Sur l'octroi de droits successoraux *ab intestat* au conjoint survivant, expression de l'idéal social des relations pécuniaires dans le couple marié, V. *infra*, n°713 et s.

conflit qui pourrait, *de lege ferenda*, surgir entre l'époux survivant, séparé de fait de son conjoint, et le concubin survivant du même défunt.

L'époux survivant, même séparé de fait, devrait recueillir ses droits *ab intestat* dans la succession du défunt, si ce dernier n'en avait disposé autrement. S'agissant de cette catégorie de droits auxquels la présomption d'amour donne naissance, il est de la responsabilité du défunt de les écarter et d'organiser la dévolution testamentaire de sa succession, éventuellement au profit de son concubin survivant.

S'agissant en revanche du minimum successoral garanti dont les deux partenaires pourraient revendiquer le bénéfice, la question est plus délicate. Devant la concurrence de deux présomptions d'amour, une solution égalitaire consisterait à accorder à chacun de ses bénéficiaires le minimum successoral garanti. Une telle solution aboutirait cependant à grever la succession d'une lourde charge, obérant ainsi gravement les droits des héritiers⁸²⁷. Dans une perspective de concurrence, il convient alors de donner la préférence à la présomption d'amour, incontestablement plus forte, résultant du mariage. Plus forte, la présomption d'amour l'est en raison de l'engagement qui unit les époux et de l'absence de rupture de cet engagement. La facilité croissante du divorce contribue à asseoir ce postulat, même s'il est vrai que les lourdes conséquences pécuniaires pour le demandeur en divorce pour rupture de la vie commune constituent encore un sérieux obstacle⁸²⁸. Reconnaître que la présomption d'amour peut résulter de tout lien de couple ne conduit donc pas à en nier les degrés possibles. En outre, si le défunt n'a pas voulu assumer les conséquences d'un divorce pour rupture de la vie commune par crainte de la pension alimentaire, cela laisse supposer que son conjoint bénéficie d'un train de vie moins élevé que lui. Le minimum successoral garanti apparaît ainsi, dans cette hypothèse, plus légitime encore. En tout état de cause, priver le conjoint survivant de ses droits successoraux est inenvisageable tant cette solution

⁸²⁷ En outre, cette solution égalitaire heurterait le principe de monogamie auquel le droit français est attaché. Les magistrats de la Cour de cassation ont certes eu l'occasion d'admettre que deux veuves pouvaient exercer concurremment les droits reconnus par la loi successorale française au conjoint survivant (Civ. 1^{ère} 3 janvier 1980, R.C.D.I.P. 1980, p. 331, obs. H. BATIFFOL). L'espèce était cependant particulière, les magistrats devant concilier le phénomène de la polygamie régie par la loi personnelle des intéressés avec l'application de la loi successorale française, les immeubles composant la succession étant situés en France.

⁸²⁸ Survie du devoir de secours, révocation de plein droit des donations et avantages matrimoniaux (C. civ., art. 281 et 269).

Il est à noter que, dans le projet de loi relatif au divorce déposé au Sénat le 9 juillet 2003 (www.senat.fr), le divorce pour rupture de la vie commune serait rebaptisé divorce pour altération définitive du lien conjugal. Ce dernier serait prononcé sur le constat, par le juge, de l'altération définitive du lien conjugal résultant de la cessation de la communauté de vie tant affective que matérielle des époux, soit durant les deux années précédant la requête initiale en divorce, soit pendant une période de deux ans entre le prononcé de l'ordonnance de non-conciliation et l'introduction de l'instance. En outre, le droit commun de la prestation compensatoire devrait s'appliquer. Il devrait en résulter une moindre dissuasion des justiciables vis à vis de ce cas de divorce.

aboutirait à lui tenir rigueur de l'absence de prononcé d'un divorce dont il ne voulait pas et consacrerait un divorce *post mortem*.

422. La présomption d'amour admise en droit positif entre époux peut ainsi être étendue aux rapports entre membres d'un couple non marié. Elle permet dès lors d'envisager l'octroi de droits successoraux au survivant des membres d'un couple non marié, comme elle a pu justifier l'attribution de droits successoraux au conjoint survivant. Néanmoins, la présomption d'amour peut donner naissance à deux catégories de droits successoraux. Elle peut engendrer, d'une part, des droits successoraux *ab intestat*, dont l'objectif n'est pas exclusivement la soutenance de son bénéficiaire, mais peut également être la participation à l'enrichissement. La dévolution légale s'analyse alors comme une loi dispositive destinée à favoriser la participation à l'enrichissement, une succession de secours purement supplétive ; son étude relève donc d'un droit conventionnel du couple⁸²⁹. D'autre part, la présomption d'amour peut donner naissance à des droits successoraux impératifs, fondés sur un devoir du défunt à l'égard des bénéficiaires de ses affections présumées. La question se pose alors de savoir si ces droits minimaux, impératifs, reconnus au conjoint survivant peuvent être étendus au concubin survivant, dégageant ainsi un droit commun impératif de la liquidation de la vie du couple en cas de décès. La réponse est positive car la présomption d'amour fonde un *officium pietatis* du défunt à l'égard de son compagnon survivant.

B. La présomption d'amour, fondement d'un *officium pietatis*

423. L'*officium pietatis* – ou devoir de piété – nous vient de Rome. Il naît d'une règle morale, qui se transforme en obligation civile, de laisser à certains bénéficiaires de l'affection présumée du défunt un minimum dans sa succession⁸³⁰. A Rome, l'*officium pietatis* du défunt avait engendré tout d'abord la légitime, au bénéfice des seuls parents par le sang du défunt puis, par la suite, la quarte du conjoint pauvre instituée par Justinien. Le conjoint survivant recevait ainsi le quart de la succession en propriété lorsqu'il était présumé dénué de ressources, non pas par référence à ses besoins réels, mais pour n'avoir reçu ni dot, ni donation *propter nuptias*⁸³¹. Peut-être l'idée qui avait été suggérée de ne faire bénéficier le conjoint survivant d'un minimum successoral garanti que dans l'hypothèse de son

⁸²⁹ V. *infra*, n°692 et s.

⁸³⁰ P.-C. TIMBAL, *Droit romain et Ancien droit français. Régimes matrimoniaux. Successions. Libéralités*, Précis Dalloz, 1960, p. 135, n°255.

⁸³¹ La quarte du conjoint pauvre permettait alors au conjoint survivant de concourir avec les héritiers légaux. En revanche, elle ne l'autorisait pas à évincer les légataires.

exhérédation provient-elle de cette institution. Il ne s'agit pas, cependant, de transposer telle quelle l'institution mise en place à Rome, mais d'en retenir son esprit, son fondement et l'intangibilité des droits qu'elle entraîne. Son actualisation est ainsi nécessaire s'agissant de l'*officium pietatis* du défunt à l'égard de son conjoint survivant (1.) ou de son concubin survivant (2.).

1. L'*officium pietatis* du défunt à l'égard de son conjoint survivant

424. La règle morale selon laquelle un minimum doit être alloué au conjoint survivant est une constante ; elle a souvent été transformée en obligation civile. L'évolution historique du sort du conjoint survivant témoigne ainsi d'un fréquent va-et-vient entre l'absence ou l'insuffisance des droits successoraux du conjoint survivant – au motif, notamment, de la conservation des biens dans la famille par le sang – et la montée à la vie juridique de la préoccupation morale de la subsistance du conjoint survivant par l'octroi d'un minimum : quarte du conjoint pauvre à Rome après la généralisation du mariage *sine manu* lequel excluait toute vocation héréditaire entre époux, gains de survie dans l'Ancien droit en pays de droit écrit, tel l'augment de dot, ou douaire coutumier sur les propres du mari⁸³². POTHIER disait ainsi du douaire que « *suivant nos mœurs (...) l'homme, en épousant une femme, contracte l'obligation de pourvoir sur ses biens, après sa mort, à la subsistance de sa femme, en cas qu'elle lui survive* »⁸³³.

Depuis la situation détestable conférée au conjoint survivant par le Code civil de 1804, des réformes étaient intervenues, destinées à accroître sa vocation successorale *ab intestat*⁸³⁴. Les enquêtes d'opinion publique menées depuis les années 1960 témoignaient cependant de la percée, dans l'opinion commune, de la règle morale qui consiste à accorder, au-delà des droits *ab intestat*, un minimum successoral intangible au conjoint survivant pour assurer sa subsistance⁸³⁵. Un minimum successoral garanti était également réclamé par les professionnels⁸³⁶. De même, la règle morale était attestée par la pratique fréquente de la pérennisation des indivisions après le décès de l'un des époux, la liquidation et le partage du patrimoine familial étant reportés au décès du survivant. La jurisprudence semblait en revanche imperméable à la montée de cette règle morale. L'arrêt de la Cour de cassation aux

⁸³² Sur les données historiques du sort du conjoint survivant, V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les successions. Les libéralités*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1997, p. 142, n°161 et s. ; P.-C. TIMBAL, *op. cit.*

⁸³³ V. M. BUGNET, *Oeuvres complètes de Pothier, Traité du douaire*, Plon, 1861, n°383 et s.

⁸³⁴ V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 146, n°165 et s.

⁸³⁵ M.-C. CATALA DE ROTON, *Les successions entre époux*, Economica, 1990, p. 260, n°323 et s.

⁸³⁶ V. en dernier lieu, *Demain la famille*, 95^{ème} Congrès des Notaires de France, Marseille 9-12 mai 1999, Maury-Imprimeur, 1999, p. 870 et s.

termes duquel l'article 215, alinéa 3, du Code civil « *qui protège le logement de la famille pendant le mariage ne porte pas atteinte au droit qu'a chaque conjoint de disposer de ses biens à cause de mort* »⁸³⁷ a ainsi pu être analysé comme contraire au besoin de protection du conjoint survivant, lequel se traduit notamment par la possibilité de se maintenir dans le logement qui était celui du couple avant le décès⁸³⁸. Selon de nombreux auteurs, la solution était cependant la seule possible en l'état du droit positif, le législateur ayant exclusivement compétence pour créer un équivalent de réserve héréditaire au profit du survivant des époux sur le logement de la famille⁸³⁹.

425. Deux cents ans après le Code civil, la réforme des successions a parachevé l'évolution. Après d'intenses réflexions relatives aux modalités et à la mise en œuvre de ce minimum, la règle morale est en effet devenue obligation civile depuis la loi du 3 décembre 2001. En vertu d'un *officium pietatis* du défunt à l'égard de son époux, des droits intangibles sur la succession sont accordés à ce dernier, pour assurer la dignité de ses conditions d'existence. Le législateur lui reconnaît à ce titre, d'une part, un droit temporaire d'une année à la jouissance gratuite du logement et du mobilier qui le garnit et, d'autre part, un

⁸³⁷ Civ. 1^{ère} 22 octobre 1974, D. 1975, 645, note C.-I. FOULON-PIGANIOL ; J.C.P. 1975, éd. G, II, 18041, note Y. CHARTIER ; Defrénois 1975, art. 30954, p. 907, obs. H. SOULEAU ; R.T.D. Civ. 1975, p. 296, obs. R. NERSON.

⁸³⁸ V. notamment G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 9^{ème} éd., 1997, n°16, p. 112 : « *excepter la disposition à cause de mort de la prohibition générale expressément édictée par l'article 215, alinéa 3, est une violation fragrante de la loi (au mépris de la maxime ubi lex non distinguit) ; restreindre la protection du logement à la durée du mariage équivaut à l'exclure dangereusement à un moment où elle devient plus que jamais nécessaire (après décès ou divorce, en se combinant le cas échéant, avec les attributions préférentielles) et ce, ici encore, par un retranchement arbitraire : c'est après la dissolution du mariage que chacun des époux recouvre la libre disposition des droits que le règlement matrimonial lui laisse en propre ; jusqu'à ce moment les actes individuels de disposition sont interdits même s'ils ne prennent effet qu'à la dissolution du mariage (c'est la date de l'acte de disposition qui compte : « Les époux ne peuvent... ») ; avec un peu d'imagination, on aurait pu, en l'espèce annuler le legs, mais en tant seulement qu'il portait atteinte aux droits visés par l'article 215, c'est-à-dire en l'écornant, par une sorte de réduction, du droit, pour la veuve de jouir du logement jusqu'à sa mort (droit résultant non d'une réserve héréditaire instituée sans texte, mais de l'indisponibilité spéciale édictée par l'article 215) ; dans la hiérarchie des valeurs, la force franche et neuve imprimée par la loi à la protection impérative du logement familial devrait primer – c'est tout un esprit – le respect archaïque parce qu'absolu du testament du pater familias ».*

⁸³⁹ En ce sens, J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 117, n°126. V. aussi, M. GRIMALDI, « Le logement de la famille », Defrénois 1983, art. 33120, p. 1045, n°28, note 67 : « *interdire le legs du logement, n'est-ce pas investir le conjoint de l'époux propriétaire d'une sorte de réserve ? Le doyen Cornu l'a nié : le droit du conjoint résulterait non d'une réserve, mais d'une indisponibilité spéciale. Soit. Mais une indisponibilité à titre gratuit destinée à assurer la conservation d'un droit dans la famille – serait-elle réduite au couple – n'est-elle pas constitutive d'une réserve ? Et en appeler à la pérennité de la famille par-delà la mort pour limiter le droit de disposer à titre gratuit, n'est-ce pas invoquer l'un des fondements mêmes de l'institution de la réserve ? »*

En outre, en l'état actuel du droit positif des successions, le testament est un acte personnel, incompatible avec la cogestion. Le testament ne peut en effet être réalisé conjointement à peine de nullité. V. P. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, Famille*, par P. MALAURIE, Cujas, 6^{ème} éd. 1998-1999, p. 527, n°923 ; M. GRIMALDI (sous la dir. de), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2001-2002, p. 30, n°119.

droit à pension si ses conditions de vie sont gravement amoindries par le décès. Un seul bémol au bel ensemble de dispositions consacrées à la soutenance du conjoint survivant doit cependant être relevé, sur lequel nous reviendrons ultérieurement : celui de la non intangibilité du bénéfice des droits d'usage et d'habitation viagers sur le logement et les meubles qui le garnissent, dont le défunt peut priver son conjoint par testament authentique.

L'*officium pietatis* du défunt à l'égard de son conjoint survivant est ainsi devenu obligation civile. Tel n'est pas le cas lorsque le défunt n'était pas marié à son partenaire.

2. *L'officium pietatis du défunt à l'égard de son concubin survivant*

426. A notre connaissance, aucune enquête d'opinion publique ne semble avoir été menée aux fins de déterminer si une règle morale comparable, qui consisterait à allouer au concubin survivant un minimum destiné à assurer la dignité de ses conditions d'existence, est présente dans les esprits. Il serait pourtant utile pour le législateur, même s'il n'a pas l'intention, dans l'immédiat, de créer un statut du concubinage, de s'en informer, ne serait-ce que pour déterminer si une telle réforme est ressentie comme nécessaire. Pareille enquête aurait du reste été particulièrement utile à la réflexion précédant l'adoption de la loi créant le pacs. Des indices témoignent cependant de la pénétration de cette règle morale dans la conscience collective.

En attestent, en premier lieu, les nombreuses pratiques conventionnelles ou testamentaires, destinées à garantir la soutenance du concubin survivant, en particulier par son maintien dans le logement⁸⁴⁰. En deuxième lieu, la reconnaissance par la jurisprudence d'une obligation naturelle de subvenir aux besoins de son compagnon durant toute la vie de ce dernier ainsi que la transmission de la rente viagère alimentaire aux héritiers du défunt, alors qu'en principe une telle obligation s'éteint par le décès de son créancier comme par

⁸⁴⁰ Il en est ainsi de l'acquisition du logement du couple en indivision, la convention d'indivision pouvant prévoir les conditions de la gestion de l'indivision après le décès de l'un de ses membres, ou contenir une clause offrant au survivant la faculté d'acquérir la quote-part de l'indivisaire décédé.

Il en est également ainsi de l'acquisition en tontine – la clause d'accroissement permet d'attribuer la propriété exclusive de l'immeuble au survivant, sans que ce dernier ait à indemniser les héritiers du *de cuius* – ou de l'achat croisé – l'inconvénient de ce mode d'acquisition permettant le maintien du survivant dans le logement est que cette acquisition ne peut porter que sur un immeuble permettant le recours à la copropriété ; en effet, si l'immeuble n'est pas en copropriété, la quote-part de chaque indivisaire n'a pas d'assise matérielle.

Enfin, la dévolution testamentaire est envisageable mais les droits de mutation à titre gratuit sont dissuasifs. Sur le plan fiscal, comme entre étrangers, le survivant paie des droits de succession de l'ordre de 60 % (V. *infra*, n°822). De ce point de vue, la libéralité en usufruit, plus fréquente, permet de limiter le montant des droits, puisque la valeur de l'usufruit est fixée en fonction de l'âge de l'usufruitier.

celui de son débiteur⁸⁴¹, témoignent que le devoir de conscience d'assurer l'avenir, la vieillesse de son compagnon est ressenti comme socialement utile par l'opinion. Ainsi qu'il s'avère fréquemment, cette obligation naturelle pourrait être interprétée comme préfigurant le droit prospectif⁸⁴². En troisième et dernier lieu, une disposition législative témoigne du souci d'accorder au concubin survivant un minimum et, notamment, de la nécessité de lui offrir la possibilité de se maintenir dans le logement qui était celui du couple avant le décès : le concubin survivant, partenaire d'un pacs ou non, peut demander le transfert du droit au bail à son profit sur le fondement de l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989. Trois conditions doivent néanmoins être réunies. Il convient, en premier lieu, que le bail soit soumis à la loi du 6 juillet 1989, ce qui est le plus fréquemment le cas. En l'absence d'un pacs, il convient, en deuxième lieu, que le concubinage soit notoire et, en troisième lieu, que le demandeur justifie d'une vie commune d'une année avec le défunt avant la date du décès⁸⁴³. Toutefois, même si ces conditions sont réunies, un concours avec d'autres demandeurs au transfert du bail n'est pas improbable. Le droit des baux ne parvient pas, dès lors, à garantir en toute hypothèse au concubin survivant son maintien dans les lieux. Celui-ci dépend alors de la bonne fortune du survivant, s'il est seul propriétaire ou locataire du logement, ou de la bonne volonté du défunt, qui peut par exemple l'instituer légataire ou titulaire d'une réversion d'usufruit⁸⁴⁴.

⁸⁴¹ V. par exemple Req. 12 janvier 1937, D.H. 1937, 145 ; Civ. 16 octobre 1956, S. 1957, 43, note F. DE MONTERA ; Paris, 19 janvier 1977, D. 1977, I.R. 332 ; Paris, 11 juin 1998, Dr. Fam. 1998, comm. n°166, note H. LECUYER.

La ressemblance est frappante avec l'ancienne créance alimentaire de l'article 207-1 du Code civil. Souvent analysée comme un succédané du devoir de secours entre époux de l'article 212 du Code civil, elle prolonge en effet une obligation alimentaire par-delà la mort du débiteur. Comme elle, les héritiers du débiteur de l'obligation naturelle transformée en obligation civile ne devraient donc être tenus que dans la limite des forces de la succession. Toutefois, dans la mesure où elle était acquise dès avant le décès de son débiteur, elle ressemble également à la pension alimentaire due par le demandeur du divorce pour rupture de la vie commune en vertu du devoir de secours maintenu, également transmissible aux héritiers du débiteur, sans les obliger cependant au-delà de l'actif qu'ils recueillent.

⁸⁴² Sur les analyses de l'obligation naturelle, V. *supra*, n°76 et s.

⁸⁴³ Sur ces conditions, V. *supra*, n°228.

⁸⁴⁴ Une autre disposition législative témoigne, indirectement, du souci du législateur de protéger le logement du survivant des membres du couple : la garantie en cas de suicide de l'emprunt immobilier contracté pour l'acquisition du logement principal de l'assuré. Le logement principal de l'assuré est en effet souvent un bien commun aux membres du couple, acquis grâce à un emprunt dont le remboursement est garanti par une assurance couvrant le risque décès. Or, l'article L. 132-7, alinéa 4, du Code des assurances, modifié par la loi du 3 décembre 2001, prévoit désormais que l'assurance couvre le risque inhérent au suicide, et ce dès la souscription, lorsque l'emprunt a été souscrit pour l'acquisition du logement principal, sans autre précision. La protection qui en résulte devrait ainsi bénéficier au survivant de tout couple, indépendamment du statut de ce dernier. V. B. BEIGNIER, « La loi du 3 décembre 2001 : la couverture des prêts immobiliers, par une assurance, en cas de suicide », Dr. Fam. 2002, chr. n°13.

427. Le transfert du droit au bail est du reste la seule disposition qui a été octroyée par la loi du 15 novembre 1999 au partenaire survivant d'un pacs, avec le droit au capital-décès versé par la Sécurité sociale (C.S.S., art. L. 361-4) et l'attribution préférentielle des biens indivis.

En effet, aux termes de l'article 515-6 du Code civil, « *Les dispositions de l'article 832 sont applicables entre partenaires d'un Pacte civil de solidarité en cas de dissolution de celui-ci, à l'exception de celles relatives à tout ou partie d'une exploitation agricole, ainsi qu'à une quote-part indivise ou aux parts sociales de cette exploitation* ». Le partenaire survivant, à condition d'avoir la qualité de copartageant, peut, par conséquent, solliciter l'attribution préférentielle de la propriété ou du droit au bail du local qui lui sert effectivement d'habitation, s'il y avait sa résidence au moment du décès. En revanche, l'attribution préférentielle n'est pas de droit. Le renvoi de l'article 515-6 à l'article 832 du Code civil paraît opportun car l'attribution préférentielle suppose le partage d'une indivision de nature familiale, ce qui a conduit la jurisprudence à exclure le jeu de l'article 832 en cas d'indivision conventionnelle entre concubins⁸⁴⁵. L'article 515-6 du Code civil semble ainsi s'inscrire dans l'histoire de l'attribution préférentielle, marquée par une extension constante, œuvre du législateur qui n'a cessé de combattre les interprétations restrictives de la jurisprudence⁸⁴⁶. On peut cependant regretter que le bénéfice de l'attribution préférentielle n'ait pas été offert à tous les concubins, partenaires d'un pacs ou non. Cette exclusion des concubins du bénéfice de l'attribution préférentielle se comprend mal. On identifie en effet difficilement la raison pour laquelle l'attribution préférentielle ne pourrait pas remplir ses fonctions : mettre obstacle au démantèlement de certaines unités de production, d'une part, et éviter la licitation des biens impartageables en nature en conservant à l'un des indivisaires l'instrument de son activité professionnelle ou son habitation, d'autre part. En particulier, l'attribution préférentielle, quand elle porte sur le logement des concubins, ne bénéficierait pas uniquement aux partenaires mais aussi des enfants hébergés par l'attributaire⁸⁴⁷.

⁸⁴⁵ V. par exemple Civ. 1^{ère} 7 juin 1988, D. 1989, 141, note A. BRETON et, en dernier lieu, Civ. 1^{ère} 3 avril 2002, D. 2002, 1592, note C. BARBEROT.

⁸⁴⁶ V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, Droit civil. Les successions, les libéralités, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1997, p. 749, n°937.

⁸⁴⁷ « *En refusant de voir dans l'indivision conventionnelle qui naît d'un achat en commun par des concubins une indivision de nature familiale, ce sont aussi les enfants du couple de concubins que l'on frappe* » (J. HAUSER, obs. sous Paris, 22 octobre 2002, R.T.D. Civ. 2003, p. 64).

Cette jurisprudence critiquable conduit alors les concubins à invoquer l'existence d'une société créée de fait, autorisant l'attribution préférentielle, au risque cependant d'un dénaturation du concept sociétaire (V. *infra*, n°599 et s.).

En admettant que l'absence de lien juridique de famille entre les concubins soit susceptible de justifier cette exclusion – ce qui n'apparaît en rien comme une évidence – un palliatif pourrait être trouvé grâce à la reconnaissance d'une « *vie familiale* » entre les indivisaires (V. *infra*, n°725 et s.).

428. Ces trois dispositions offertes aux partenaires d'un pacs peuvent s'analyser comme des signes avant-coureurs de la volonté du législateur de ne pas cantonner la protection *a minima* du survivant d'un couple au seul veuf. Compte tenu des indices précédemment énumérés, la question peut alors se poser de savoir pour quelle raison l'*officium pietatis* du défunt de laisser à son partenaire un minimum successoral affecté à sa soutenance n'a pas été consacré dans le pacs, alors même que c'est à travers les problèmes de successions que la question du couple homosexuel a été posée publiquement pour la première fois⁸⁴⁸.

La question se pose d'autant plus que la consécration en obligation civile de cette règle morale avait été envisagée dans le projet de C.U.C. qui prévoyait de reconnaître au contractant survivant un « *droit au maintien dans les lieux* », à la seule condition que ceux-ci aient auparavant été occupés en commun⁸⁴⁹.

L'idée de soutenance du concubin survivant a également pénétré le droit positif de certains pays européens. Ainsi, en Catalogne, au décès de l'un des membres du couple, le survivant recueille à la fois la propriété exclusive des biens mobiliers d'usage courant, un droit d'occupation du logement pour une année et un droit à des aliments s'il est dans le besoin⁸⁵⁰.

429. S'agissant du pacs, la raison majeure de l'absence de consécration d'un minimum successoral tient sans doute à ce que la loi créant le pacs est intervenue avant l'octroi de tels droits au conjoint survivant. Dans ce contexte, il aurait été pour le moins étonnant que le partenaire d'un pacs se voit consentir des avantages non encore acquis par le veuf. En revanche, lors des débats précédant l'adoption de la loi du 3 décembre 2001, la

⁸⁴⁸ L'exposé des motifs de la loi sur le C.U.S. faisait discrètement référence à l'idée de trouver une solution juste au compagnon survivant d'un malade du SIDA. V. I. THERY, « Le contrat d'union sociale en question », Revue Esprit octobre-décembre 1997, p. 186. Madame THERY proposait ainsi de « *renforcer les droits du conjoint survivant et d'accorder des droits identiques au partenaire d'un « contrat de vie de couple », de prévoir un statut d'héritier pour les concubins homosexuels et hétérosexuels qui souhaitent en faire la démarche* ».

⁸⁴⁹ La proposition de loi allait très loin puisque le droit au maintien dans les lieux paraissait s'imposer quel que soit le titre en vertu duquel les partenaires occupaient un logement. V. F. GAUDU, « A propos du « contrat d'union civile » : critique d'un profane », D. 1998, chr. 19 ; I. THERY, art. précit., Annexe II, « Les différentes propositions de contrat et le mariage : analyse juridique comparée », p. 194 et s. La plupart des propositions de partenariat – C.U.C., C.U.S. et C.U.C.S. – prévoyaient en outre que le survivant héritait de manière identique au conjoint survivant dans le cadre de la succession *ab intestat*.

Dans les pays scandinaves – Danemark, Norvège, Islande – qui ont choisi la voie de la législation spécifique aux couples homosexuels et mis en place un statut proche du mariage, les partenaires bénéficient également des mêmes droits de succession *ab intestat* que les couples mariés. V. I. THERY, art. précit., Annexe III, « Synthèse du droit en vigueur dans les Etats membres du Conseil de l'Europe sur la question homosexuelle », p. 200 et s. ; C. DENEUVILLE, « Le partenariat à l'étranger », Droit et patrimoine n°81, avril 2000, p. 67.

⁸⁵⁰ F. GRANET, « L'enregistrement des couples non mariés en Europe », Le Pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 60.

question s'est légitimement posée de la reconnaissance de droits successoraux au partenaire survivant. L'un des promoteurs de la loi du 15 novembre 1999 créant le pacs déposa ainsi un amendement visant à étendre la réforme aux partenaires civils. Plusieurs arguments présentés à l'Assemblée nationale conduisirent cependant à son rejet.

Selon Monsieur VIDALIES, la raison tient à l'absence de qualité d'origine d'héritier du partenaire d'un pacs, laquelle excluerait toute amélioration au même titre que le conjoint survivant⁸⁵¹. Le raisonnement du rapporteur de la proposition de loi n'est toutefois pas imparable dans la mesure où l'amendement n'avait évidemment pas pour objectif d'améliorer des droits successoraux encore inexistantes, mais précisément de les consacrer.

Le rejet de l'amendement fut approuvé par le Garde des Sceaux, mais pour d'autres motifs fondés sur le caractère contractuel du pacs : *« je rappellerai simplement que l'Assemblée nationale a fait le choix délibéré, au demeurant approuvé par le Gouvernement, de conférer au pacte civil de solidarité un statut spécifique, axé sur l'organisation par les partenaires eux-mêmes de leur vie matérielle et de leurs droits. Dès lors, le pacs est exclusif de tout aspect institutionnel caractérisant le mariage. (...) La loi du 15 novembre 1999 n'a donc pas conféré de droits successoraux aux partenaires, mais s'est orientée vers un dispositif leur permettant de se consentir réciproquement des libéralités qui ne soient pas pénalisées par le tarif fiscal de droit commun entre étrangers. Ainsi était préservée l'idée, qui avait présidé à la conception même du pacs tel que vous l'avez défendu, que le pacs était une affaire de volonté. Si, aujourd'hui, au détour d'une proposition de loi qui améliore des dispositions applicables aux conjoints, cet amendement était adopté, il me semble que nous serions collectivement en contradiction avec le choix fondamental qui avait été de bâtir le pacs sur des liens volontaires, des liens d'affection »*. De prime abord séduisant, le raisonnement de Madame LEBRANCHU prête cependant, nous semble-t-il, largement le flanc à la critique. D'une part, le fait que les partenaires soient impérativement soumis à certaines règles d'organisation de la vie commune, telles l'obligation de contribuer aux charges de la vie commune et la solidarité des dettes ménagères, démontre que l'entraide qui unit les partenaires n'est pas seulement conventionnelle⁸⁵². Dès lors que l'entraide peut être imposée par la loi, cette dernière pourrait tout aussi bien la faire survivre au-delà de la mort. D'autre part, si le pacs, comme l'affirme le Garde des Sceaux, est bâti sur des liens d'affection, la promotion de ces liens comme fondement du droit successoral conduit logiquement à s'interroger, dans une vision prospective, sur leur éventuelle influence sur le sort du partenaire survivant.

⁸⁵¹ J.O. A.N., C.R., 6 février 2001, p. 1114.

⁸⁵² V. *supra*, n°56.

430. Reste qu'un débat exclusivement dédié aux droits successoraux du partenaire d'un pacs n'aurait pas été suffisant. La proposition de réforme du droit des successions aurait dû être l'occasion d'une réflexion globale sur le rôle de l'affection en tant que fondement d'un *officium pietatis* du défunt à l'égard de son compagnon survivant, indépendamment du fait qu'ils aient ou non souscrit un contrat destiné à organiser leur vie commune.

Le progrès de l'idée d'affection dans le règlement successoral, ainsi que les indices de la pénétration de la règle morale dans la conscience collective, combinés aux nécessités économiques permettent d'envisager la légitimité de l'octroi d'un minimum successoral garanti au concubin survivant. L'attribution de droits successoraux à la soutenance du concubin survivant serait d'autant plus souhaitable qu'une prestation compensatoire pourrait accordée au membre d'un couple, quel que soit son statut, lorsque son sacrifice pendant la vie commune, notamment professionnel, a engendré à son détriment une disparité dans les conditions de vie des partenaires⁸⁵³. Dans cette mesure, il serait pour le moins étrange que la rupture par décès d'une association présumée heureuse n'offre aucun équivalent.

431. Conclusion de la Section 1 – Un minimum successoral garanti a été offert au conjoint survivant par la loi du 3 décembre 2001. Or, la plupart des arguments qui ont plaidé en sa faveur légitiment également l'attribution d'un droit comparable au survivant des membres d'un couple non marié. Contexte socio-économique et présomption d'amour militent en effet pour que l'héritage ait – au moins pour partie – une fonction d'entraide, non limitée aux rapports familiaux intergénérationnels⁸⁵⁴. Que le couple soit marié ou non, le survivant de ses membres devrait donc pouvoir revendiquer un droit à la soutenance, inscrivant le droit des successions dans la mouvance des « *droits à...* »⁸⁵⁵. Il reste désormais à définir ce minimum successoral et à en déterminer les modalités.

⁸⁵³ V. *supra*, n°330 et s.

⁸⁵⁴ V. l'approche de l'Eglise catholique de l'héritage, conçu comme l'une des modalités d'exécution du devoir des parents d'aider matériellement leurs enfants. V. M. GRIMALDI, Droit civil, Successions, Litec, 6^{ème} éd., 2001, p. 26, n°28.

⁸⁵⁵ V. B. BEIGNIER, « La loi du 3 décembre 2001 : dispositions politiques. Le droit des successions, entre droits de l'homme et droit civil », Dr. Fam. 2002, chr. n°3 : « *d'un droit des héritiers sur l'héritage, on en vient à un droit des héritiers à l'héritage. Si la véritable question est désormais de savoir qui peut revendiquer des droits sur l'héritage, c'est que le droit civil des successions est, comme tout le reste du droit, dominé par l'idéologie des droits de l'homme. (...) Devoirs du défunt plutôt que droit des héritiers : c'est la clé de voûte de la réforme. (...) L'héritage n'est plus une simple succession ; il est une revendication ; il est moins ce qui est transmis, que ce qui est reçu, mieux encore il est dû* ». Sur la mise en exergue d'un certain droit à l'héritage, en tant qu'il est protégé par le droit, V. F. BELLIVIER et J. ROCHFELD, « Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 », R.T.D. Civ. 2002, p. 160.

Section 2. - La mise en œuvre d'un minimum successoral garanti

432. Le minimum successoral garanti au conjoint survivant, tel qu'il a été élaboré par la loi du 3 décembre 2001, constitue, à une réserve près, un modèle, lequel pourrait, par conséquent, être étendu au droit du survivant d'un couple non marié si un tel droit lui était reconnu. La mise en œuvre du minimum successoral garanti au conjoint survivant représente en effet un bel exemple de compromis entre divers systèmes et tendances concevables.

Il en est ainsi, tout d'abord, de la définition du minimum successoral (§ 1.) et, ensuite, de la conception de sa garantie (§ 2.).

§ 1. *La définition du minimum successoral*

433. La légitimité d'un minimum successoral au profit du conjoint survivant étant acquise, les controverses étaient vives – tant au sein du milieu universitaire que dans les milieux professionnels – quant à l'étendue des droits à lui conférer. Le débat relatif à l'analyse des droits octroyés était en revanche moins passionné, davantage restreint au cercle professoral. Un tel débat est pourtant nécessaire si, dans une vision prospective, l'on songe à étendre au concubin survivant les dispositions actuellement réservées à la soutenance du conjoint survivant et à créer de la sorte un droit commun impératif de la liquidation de la vie du couple du fait du décès de l'un de ses membres.

Il convient ainsi de mesurer l'étendue de l'affectation de l'hérédité à la soutenance du conjoint survivant (A.) avant d'en proposer une analyse (B.).

A. L'étendue de l'affectation de l'hérédité à la soutenance du conjoint survivant

434. Plusieurs systèmes étaient concevables et plusieurs tendances ont divisé les auteurs et les professionnels s'agissant de la définition du minimum successoral à octroyer au conjoint survivant. Le clivage s'établissait tout d'abord entre un minimum successoral pour besoins présumés du conjoint survivant et un minimum successoral pour besoins avérés. Le débat portait ensuite sur la question de savoir si le minimum successoral devait avoir pour objectif de maintenir le train de vie du survivant ou, plus restrictivement, de satisfaire seulement ses besoins élémentaires. A l'issue de ces controverses, le législateur du 3 décembre 2001 a eu la sagesse de rejeter un système moniste (1.) et d'opter pour un système mixte (2.).

1. Le rejet d'un système moniste

435. Depuis longtemps, toutes les réflexions sur le sort du conjoint survivant étaient imprégnées des idées d'entretien et de subsistance, de soutien à l'issue du décès. Toutefois, la question s'est posée de la signification de la référence alimentaire. Cette dernière peut en effet se limiter aux besoins vitaux du créancier : nourriture, logement, vêtements. Une acception large des aliments leur assigne cependant le maintien du niveau de vie et des conditions matérielles d'existence qui étaient celles du conjoint survivant avant son veuvage⁸⁵⁶.

L'évolution de la jurisprudence relative aux aliments versés par la succession au conjoint survivant, sur le fondement de l'article 207-1 ancien du Code civil, témoigne ainsi d'un tiraillement entre ces deux acceptions. Dans un premier temps, les juges ont en effet adopté une conception étroite de la notion de besoin, estimant qu'elle s'entendait de ce qui est nécessaire pour se vêtir, se nourrir, voire se soigner. Puis, dans les années 1930, des magistrats ont tenté d'assigner à la notion de besoin le maintien du train de vie avant le veuvage. Une partie de la doctrine dénonça alors la dénaturation de la notion de besoin, le non respect de la volonté du *de cuius* qui n'avait pas, par disposition testamentaire, souhaité assurer le maintien du niveau de vie de son conjoint après son décès et, enfin, l'amenuisement des droits des héritiers auquel l'extension de la notion de besoin conduisait. Sous la pression de ces arguments, les juges revinrent alors à une conception plus étroite de la notion de besoin⁸⁵⁷.

436. Une autre question se posait, qui, comme la précédente, a considérablement contribué à ralentir l'adoption de la réforme : celle de savoir si le minimum successoral devait répondre à des besoins présumés ou à des besoins avérés du conjoint survivant⁸⁵⁸.

⁸⁵⁶ Pour Monsieur GRIMALDI, « *la maintenance (...) ne serait autre chose qu'une créance alimentaire bonifiée, le conjoint pouvant exiger de la succession, non pas seulement le minimum vital, mais tout ce qui est nécessaire au maintien de son niveau de vie* » (*Droit civil, Successions, Litec*, 6^{ème} éd., 2001, p. 230, n°232).

⁸⁵⁷ V. K. FEHRENBACH, « Devoir de secours des époux et pension alimentaire après décès », P.A. 29 décembre 2000, n°260, p. 4.

⁸⁵⁸ Deux auteurs ont ainsi proposé que le minimum successoral soit accordé pour besoins présumés du conjoint survivant du fait de la privation de ses droits successoraux *ab intestat*. L'idée fut inscrite dans un projet de loi présenté en 1993. Le droit à la soutenance du conjoint survivant était alors fondamentalement lié à la privation, totale ou partielle, des droits successoraux du conjoint survivant. Sur cette proposition, V. M. DAGOT, « Réflexions sur le droit à maintenance prévu dans le projet de loi modifiant le Code civil et relatif aux successions », J.C.P. 1994, éd. G, I, 3806, n°12 et s. ; P. CATALA, « Pour une réforme des successions », *Gaz. Pal.* 1999, doct., 1, p. 703, n°21.

Cette proposition ne fut pas retenue, à juste titre eu égard à la nécessité du minimum successoral dans l'hypothèse où les droits *ab intestat* ne suffisent pas à assurer au survivant des conditions d'existence dignes. Monsieur CATALA abandonna par la suite cette idée (« Le problème du droit successoral », *Perspectives de réformes en droit de la famille, Dr. Fam. Hors série*, décembre 2000, p. 37).

En faveur de la thèse des besoins présumés, plusieurs arguments peuvent être avancés. En premier lieu, l'argument est celui de la simplicité et, en particulier, de l'absence de recours aux tribunaux. Il est certes soutenu que le règlement successoral souffre moins, en général, de l'esprit de chicane que la liquidation des intérêts des époux divorcés⁸⁵⁹. Toutefois, la nécessité de prouver l'étendue des besoins du survivant peut faire craindre l'augmentation du contentieux. En second lieu, la loi successorale, comme toute loi civile, est destinée au plus grand nombre, et non à régler des situations marginales. S'agissant de ces dernières, les volontés privées disposent d'un large pouvoir pour ajuster la transmission du patrimoine aux situations individuelles particulières. La dévolution successorale légale doit, par conséquent, être conçue en fonction de la population générale à laquelle elle est dédiée et prendre en compte l'attente sociale dominante. A cet égard, si l'on se réfère à la typologie des veuves établie à la suite d'enquêtes démographiques par Monsieur CATALA⁸⁶⁰, le cas le plus fréquent est celui de la veuve entrée dans le troisième âge, les enfants majeurs étant déjà établis. Les époux sont en effet le plus fréquemment de la même génération, l'homme ayant deux ou trois ans de plus que la femme, l'espérance de vie de la femme étant supérieure de sept à huit ans à celle de l'homme ; la survie moyenne de la femme est donc statistiquement d'une dizaine d'années. Pour cette catégorie la plus courante de veuves, l'allocation d'un minimum successoral pour besoins présumés semble satisfaisante. Le système des besoins présumés conviendrait également à la deuxième catégorie de veuves, souvent confrontées, du fait d'un veuvage prématuré, à de graves problèmes de ressources. Dans cette hypothèse, la veuve a en effet fréquemment la charge d'élever de jeunes enfants. Et le mari décédé prématurément n'avait bien souvent pas encore organisé sa transmission successorale, ni eu le temps de constituer une retraite substantielle. Le système du minimum accordé pour besoins présumés pourrait cependant ne pas convenir à la dernière catégorie de veuves, celle des veuves de secondes noces, parfois sensiblement du même âge que les enfants du défunt. Cette catégorie de veuves ne correspond certes pas au schéma général. Pour autant, il ne faudrait pas minorer le phénomène d'une succession lourdement obérée au profit d'une femme jeune, déjà autonome financièrement ou apte à recouvrer une autonomie financière, au détriment d'héritiers du même âge.

L'autre branche de l'alternative consiste alors à lier l'octroi d'un minimum successoral à un besoin réel de l'héritier protégé⁸⁶¹. A défaut de simplicité, les avantages d'un tel système

⁸⁵⁹ P. CATALA, « Rapport de synthèse au 84^{ème} Congrès des Notaires de France », Couple et modernité, La Baule, 1988, n°18.

En outre, il apparaît que la succession est largement perçue en France comme une affaire essentiellement familiale, dans laquelle le juge ne devrait pas en principe intervenir. V. P. CATALA, Famille et patrimoine, P.U.F., Coll. Doctrine juridique, 1^{ère} éd., 2000, p. 192.

⁸⁶⁰ « Pour une réforme des successions », Gaz. Pal. 1999, doct., 1, p. 699.

⁸⁶¹ P. CATALA, art. précit., p. 703, n°20.

seraient de donner au conjoint des droits taillés sur mesure. Le niveau de vie au cours du veuvage ne dépend en effet pas uniquement du droit successoral : les résultats de la liquidation du régime matrimonial, les pensions de réversion, le bénéfice d'une assurance-vie, l'âge, la profession et les perspectives de retraite, le patrimoine personnel ou encore la formation d'un nouveau couple constituent autant de paramètres de variabilité des besoins du survivant. Le forfait alimentaire sous forme de rente ou de capital préfixes, tel qu'il existe en Angleterre⁸⁶², serait ainsi inadéquat pour assurer la soutenance du conjoint survivant. Superflu si le conjoint possède assez de moyens d'existence, le forfait est en revanche dérisoire s'il en est dépourvu. S'agissant du droit au maintien dans le logement, le projet de réforme des successions présenté en 1993 prévoyait que la demande formée par le conjoint survivant de concession d'un bail sur sa résidence principale devait être soumise au juge, lequel pouvait rejeter la demande en cas d'excès manifeste par rapport aux besoins du conjoint survivant ou à ses facultés. Suivant cette proposition, le juge, s'il accédait à la demande du conjoint survivant, disposait également de la liberté de fixer la durée et les conditions du bail et de le résilier en cours d'exécution si les circonstances le justifiaient⁸⁶³. Au cours des travaux préparatoires de la réforme des successions, le Sénat avait également proposé que récompense soit due à la succession si l'importance du logement dépassait de manière manifestement excessive les besoins effectifs du conjoint survivant⁸⁶⁴. Des auteurs ont même envisagé d'accorder au conjoint survivant une « *prestation de maintenance* »⁸⁶⁵ inspirée de la prestation compensatoire, qui lui servirait de modèle. Tout conduit alors à un système pour besoins avérés tant sur le principe de l'octroi de la maintenance que sur les modalités d'exécution de cette dernière. En premier lieu, le conjoint survivant n'aurait droit à une maintenance qu'autant que ses conditions de vie se trouveraient menacées par le décès. En second lieu, les modalités d'exécution de cette maintenance, comme celles de la prestation compensatoire, seraient variables. La maintenance pourrait en effet, selon les espèces, prendre la forme d'un capital, d'une concession à bail du logement familial, d'une

⁸⁶² Le conjoint survivant bénéficie d'un préciput mobilier puisqu'il peut prétendre aux objets personnels du défunt ainsi qu'à une somme de 8750 livres. V. M.-C. CATALA DE ROTON, Les successions entre époux, *Economica*, 1990, p. 211, n°256 et s.

⁸⁶³ Sur ce projet de loi, V. M. DAGOT, « Réflexions sur le droit à maintenance prévu dans le projet de loi modifiant le code civil et relatif aux successions », *J.C.P.* 1994, éd. G, I, 3806, n°47 et s.

⁸⁶⁴ Article 765-1, alinéa 3, modifié par le Sénat. V. la proposition de loi modifiée par le Sénat, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 21 juin 2001, sur le site internet de l'Assemblée nationale, www.assemblee-nat.fr.

⁸⁶⁵ M.-C. CATALA DE ROTON, *op. cit.*, p. 310, n°379 et s. V. aussi M. GRIMALDI, Droit civil, Successions, Litec, 6^{ème} éd., 2001, p. 185, n°179 et s.

pension alimentaire ou toute autre modalité adaptée aux besoins du bénéficiaire de la maintenance⁸⁶⁶.

Ce système d'un minimum successoral reposant sur les besoins avérés du bénéficiaire présente tous les avantages et les inconvénients d'un droit flexible dont le juge est l'artisan : souplesse, capacité d'adaptation, possibilité de négociation entre les successibles mais, corrélativement, risque d'augmentation du contentieux et, par conséquent, de ralentissement des règlements successoraux avec tous les aléas économiques que cela implique.

437. Placé devant ces différentes alternatives – aliments au sens strict ou aliments au sens large, besoins présumés ou besoins avérés – le législateur du 3 décembre 2001 a opté pour un système mixte.

2. *Le choix d'un système mixte*

438. D'une part, le législateur du 3 décembre 2001 a opté pour le maintien, non pas du train de vie, mais du cadre de vie du conjoint survivant, sans égard pour l'étendue de ses besoins, en octroyant à l'époux survivant des droits sur le logement qu'il occupait à titre de résidence principale avant le décès de son conjoint. D'autre part, le législateur a prévu que l'affectation au maintien du cadre de vie puisse se doubler d'une affectation à la subsistance du conjoint survivant, par le biais d'une pension alimentaire, dans l'hypothèse de besoins avérés de ce dernier. Les successeurs reçoivent donc une hérédité grevée de deux charges : l'affectation de la succession au maintien du cadre de vie, pour besoins présumés (a) et l'affectation de la succession à la subsistance, pour besoins avérés (b).

a). L'affectation de l'hérédité au maintien du cadre de vie, pour besoins présumés

439. Indépendamment de l'étendue de ses besoins, le conjoint successible est titulaire de trois droits distincts sur le logement qu'il occupait effectivement, à titre d'habitation principale, à l'époque du décès.

Tout d'abord, le conjoint survivant a un droit intangible à la jouissance gratuite de ce logement, ainsi qu'à celle du mobilier le garnissant pendant un an⁸⁶⁷. Si le logement est loué, la succession est alors tenue de lui rembourser les loyers (C. civ., art. 763)⁸⁶⁸.

⁸⁶⁶ S'agissant du maintien du cadre de vie du conjoint survivant, Monsieur CATALA proposait ainsi un « dégradé des droits de jouissance allant de l'usufruit à la location » (« Pour une réforme des successions », Gaz. Pal. 1999, doctr., 1, p. 703, n°21).

Ensuite, le conjoint survivant est titulaire d'un droit d'habitation sur ce logement et d'un droit d'usage sur le mobilier le garnissant, tous deux viagers, à moins que le *de cuius* ne l'en ait privé par testament authentique (C. civ., art. 764 et 765-2)⁸⁶⁹. Ce droit prend toute sa valeur lorsque le conjoint opte pour un quart en pleine propriété. Dans le cas contraire, il est en quelque sorte absorbé par l'usufruit successoral⁸⁷⁰. Ces droits réels viagers n'empruntent que partiellement leur régime à celui du droit d'usage et d'habitation prévu dans le Code civil (art. 627, 631, 634 et 635) car ils sont dotés de caractéristiques propres, telle la possibilité, en ce qui concerne le droit d'habitation sur le logement, de le louer, pour peu qu'il ne soit plus adapté aux besoins de son titulaire, afin de dégager les ressources nécessaires à de nouvelles conditions d'hébergement⁸⁷¹. Lorsque le logement était pris à bail, le droit successoral ne porte naturellement que sur les seuls meubles le garnissant⁸⁷². La législation sur le bail vient seule ici faire continuer le bail au profit du conjoint successible. Aux termes de l'article 1751, alinéa 3, du Code civil le conjoint cotitulaire du bail en devient le bénéficiaire exclusif. En revanche, à défaut de cotitularité du droit au bail – hypothèse peu fréquente en raison de la cotitularité légale instituée par l'article 1751, alinéa 1^{er}, du Code civil⁸⁷³ – le conjoint survivant ne bénéficie que du transfert du bail organisé par l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989. Il est alors exposé aux mêmes aléas que le concubin survivant qui

⁸⁶⁷ Une difficulté devrait se poser si le logement qu'occupe effectivement le conjoint survivant à l'époque du décès appartient à une société. V. S. FERRE-ANDRE, « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 (Analyse raisonnée de quelques difficultés) », *Defrénois* 2002, art. 37572, p. 886. Selon l'auteur, la qualification « droit au logement » admet la mise en œuvre du droit temporaire lorsque toutes les parts sociales sont détenues en propriété par les époux ou le prédécédé, en dépit de l'écran de la personnalité morale. La solution est en revanche plus douteuse si les parts n'appartiennent pas seulement aux époux mais également à des tiers, « *le tout étant de savoir si le nouveau texte [l'article 763 du Code civil] instaure un simple droit sur le logement ou au contraire un véritable droit au logement au profit du conjoint survivant* ». Sur cette question, V. aussi J.-P. GARÇON, « Le droit au logement du conjoint survivant en cas de détention indirecte de la résidence principale », *J.C.P.* 2002, éd. N, p. 1402.

⁸⁶⁸ Des auteurs proposent aux partenaires d'un pacs de stipuler dans leur convention une disposition comparable. V. C. DESTAME, « Anticipons ensemble les effets d'une proposition de loi. Formule-cadre », *J.C.P.* 1998, éd. N, p. 1536.

⁸⁶⁹ Sur les avantages civils et fiscaux des droits d'usage et d'habitation, en particulier par rapport à l'usufruit, et l'engouement de la pratique notariale pour cet outil d'organisation de l'après-décès, notamment entre concubins par la tontine assortie d'un droit d'usage, V. D. GRILLET-PONTON, « Le renouveau familial du droit d'usage et d'habitation : éclairage civil et fiscal », *Dr. Fam.* 2001, chr. n°20.

⁸⁷⁰ Sur les droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant, V. *infra*, n°692 et s.

⁸⁷¹ La question pourrait se poser de la possibilité, pour le titulaire du droit viager au logement, de la faculté d'habiter les lieux avec son concubin. L'article 632 du Code civil limite en effet la possibilité d'user du bien aux besoins personnels du titulaire « *et de sa famille* ». Or, juridiquement, le concubin du titulaire ne fait pas partie de la famille de ce dernier. L'existence d'une vie familiale dans le couple non marié – au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme – pourrait alors apporter un remède à cette difficulté. Sur les liens familiaux dans le couple non marié, V. *infra*, n°723 et s.

⁸⁷² Pour une analyse particulière de ce droit d'user des meubles garnissant le logement loué, lequel ne serait pas viager et dont le conjoint survivant pourrait être privé par le *de cuius* indépendamment de tout testament authentique, V. V. BREMOND, « Les droits locatifs du conjoint survivant après la loi du 3 décembre 2001 », *P.A.* 30 juillet 2002, n°151, p. 4.

⁸⁷³ V. *supra*, n°229.

remplit les conditions pour bénéficier du transfert⁸⁷⁴, si l'on admet que l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 ne consacre aucune hiérarchie entre les bénéficiaires potentiels du transfert⁸⁷⁵. Dans cette perspective en effet, en cas de demandes multiples du conjoint survivant et, par exemple, des descendants du locataire, il appartient au juge de choisir le bénéficiaire en fonction des intérêts en présence. Le conjoint n'est donc pas certain, dans ce cas, de pouvoir poursuivre le bail.

Enfin, un droit de priorité est accordé au conjoint survivant sur la propriété du logement en cas de demandes multiples d'attribution dans le partage. L'attribution préférentielle de la propriété du logement et du mobilier le garnissant est en effet de droit pour le conjoint survivant, s'il en réunit les conditions, et sans préjudice de ses droits viagers d'habitation et d'usage (C. civ., art. 832, al. 10)⁸⁷⁶.

440. Le choix du législateur d'accorder au conjoint survivant le maintien dans son cadre de vie, indépendamment de la réalité de ses besoins et des forces de la succession, s'explique par le double objectif que poursuit le droit au logement.

Le maintien dans le logement est susceptible, incontestablement, de représenter un avantage économique pour le conjoint survivant. Il en est ainsi lorsque la succession lui rembourse les loyers pendant l'année suivant le décès ou lorsqu'il bénéficie d'un droit d'usage et d'habitation viager.

Le profit économique n'est cependant pas le seul objectif du maintien du cadre de vie. Ce dernier est en effet empreint d'une valeur affective et permet également d'assurer la tranquillité du conjoint survivant. Or, le besoin de sécurité du conjoint survivant comporte un versant subjectif, un aspect moral et psychologique. Le maintien dans son cadre de vie, par la continuité de gestion et d'habitation qu'il implique, permet dès lors au conjoint survivant, souvent âgé, de n'affronter qu'un minimum de changement et d'habitude⁸⁷⁷. Sans doute est-ce l'une des raisons pour lesquelles la conversion en rente viagère ou en capital des

⁸⁷⁴ Sur ces conditions, V. *supra*, n°228.

⁸⁷⁵ La doctrine est cependant partagée sur la question, certains auteurs estimant que le conjoint est prioritaire dans l'attribution du droit au bail (V. *supra*, note 503). Selon Monsieur BREMOND, cette opinion ressort sans doute affaiblie de la réforme du 3 décembre 2001, dans la mesure où le législateur, conscient de cette difficulté, n'a pas modifié en ce sens l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 (« Les droits locatifs du conjoint survivant après la loi du 3 décembre 2001 », P.A. 30 juillet 2002, n°151, p. 8, n°19).

⁸⁷⁶ V. M. MONTEILLET-GEOFFROY, « L'attribution préférentielle du logement conjugal », J.C.P. 2002, éd. N, 1649. L'attribution préférentielle devrait même permettre de contourner une éventuelle privation par le *de cuius* du droit viager d'usage et d'habitation.

Si la loi du 15 novembre 1999 a accordé aux partenaires d'un pacs la faveur civile que constitue l'attribution préférentielle, notamment des droits indivis assurant le logement, celle-ci n'est pas de droit (C. civ. 515-6).

⁸⁷⁷ M.-C. CATALA DE ROTON, Les successions entre époux, Economica, 1990, p. 151, n°180 et s.

droits d'usage et d'habitation sur le logement et les meubles le garnissant ne peut être imposée au conjoint survivant (C. civ., art. 766)⁸⁷⁸.

441. Si, en dépit du maintien dans son cadre de vie, le conjoint survivant est dans le besoin, le législateur fait alors peser sur l'hérédité une pension alimentaire, pour besoins avérés.

b). L'affectation de la succession à la subsistance, pour besoins avérés

442. Le conjoint successible dans le besoin est titulaire d'une créance alimentaire contre la succession qui se substitue, presque à droit constant, à celle de l'ancien article 207-1 du Code civil (C. civ., art. 767). Le délai pour réclamer cette pension est de un an à compter du décès ou du moment où les héritiers cessent d'acquitter les prestations qu'ils fournissaient au conjoint et se prolonge, en cas d'indivision, jusqu'à l'achèvement du partage.

443. Si le terme de maintenance était partiellement adapté s'agissant des droits accordés au conjoint survivant sur son logement, lesquels lui garantissent le maintien de son cadre de vie, il ne l'est plus en revanche s'agissant de la pension alimentaire pesant sur la succession. Contrairement aux propositions faites par certains auteurs⁸⁷⁹, la pension alimentaire due par la succession ne vise pas en effet le maintien des conditions d'existence de l'époux survivant. Complémentaire du maintien du cadre de vie, la pension alimentaire ne sera accordée au conjoint survivant qu'au vu de la preuve de ses besoins avérés et il ne devrait lui être octroyé que des aliments entendus au sens strict.

Le compromis réalisé par le législateur – affectation de la succession au maintien du cadre de vie, pour besoins présumés d'une part et affectation de la succession à la subsistance pour besoins avérés d'autre part – est heureux. Nul doute en effet que les droits temporaires et viagers sur le logement représentent un avantage substantiel au profit du conjoint survivant et, par conséquent, une lourde charge pesant sur la succession. Dans ce contexte, accorder au conjoint survivant le maintien de son train de vie eut sans doute été excessif, pour ce qui n'est – il faut le rappeler – qu'un minimum successoral. Même limitée aux forces de la succession, la pension alimentaire pour besoins avérés est susceptible

⁸⁷⁸ D'autres raisons peuvent également être invoquées : tout d'abord, les questions très complexes que suscite la conversion, notamment les difficultés d'une évaluation objective et irréfutable de la jouissance ; ensuite, la différence de sécurité qu'entraîne la métamorphose d'un droit réel en droit de créance ; enfin, la double imposition fiscale, les fruits de la succession supportant deux fois l'impôt sur le revenu, une première fois dans le patrimoine de l'héritier et une seconde fois dans le patrimoine du conjoint survivant (C.G.I., art. 156-II-2°).

⁸⁷⁹ V. *supra*, n°435.

d'obérer lourdement la succession et de conduire les héritiers à liciter des biens de la succession, s'ils n'y trouvent pas les liquidités nécessaires.

Il est ainsi sans doute un peu excessif de considérer que la réforme des successions a consacré un droit à la maintenance du conjoint survivant. Si le terme de maintenance peut être utilisé pour désigner les dispositions relatives au droit au logement qui maintiennent le conjoint survivant dans son cadre de vie, il est en revanche inadapté s'agissant de la pension alimentaire due par la succession au conjoint survivant. Il est donc préférable, ainsi que nous en avons fait l'hypothèse dès le début de nos développements⁸⁸⁰, de qualifier l'ensemble des dispositions relatives au minimum successoral du conjoint survivant d'affectation à la soutenance, dont il convient à présent de proposer une analyse.

B. L'analyse de l'affectation de l'hérédité à la soutenance du conjoint survivant

444. L'exercice est nécessaire, non seulement dans une perspective théorique pure mais également pour déterminer si les modalités de l'affectation à la soutenance du conjoint survivant pourraient, en droit prospectif, être étendues au concubin survivant, à propos duquel il a précédemment été démontré la légitimité d'un minimum successoral garanti.

L'exercice conduit, en premier lieu, à rejeter l'analyse selon laquelle les articles 763 à 767 du Code civil constitueraient le prolongement de quelques unes des dispositions du régime primaire impératif régissant la vie du couple marié (1.) et, en second lieu, à proposer une analyse successorale de l'affectation à la soutenance du conjoint survivant (2.).

1. Le rejet du prolongement du régime primaire impératif

445. L'affectation de l'hérédité à la soutenance du conjoint survivant forme le droit commun impératif de la liquidation par décès du couple marié, une sorte de régime primaire impératif à effet différé. Ce droit commun existe depuis la loi du 9 mars 1891 instaurant un droit aux aliments du conjoint survivant contre la succession, quel que soit le régime matrimonial auquel les époux étaient soumis. Il était cependant réduit à sa portion congrue. La seule autre disposition prévoyant un minimum successoral au conjoint survivant était spécifique au régime de communauté. L'article 1481 du Code civil prévoyait en effet que l'époux survivant avait droit, pendant les neuf mois qui suivaient le décès de son conjoint, à la prise en charge par la communauté des frais de nourriture, de logement et de deuil.

⁸⁸⁰ V. *supra*, n°291.

Maintenue par la réforme des successions, la pension alimentaire ne forme plus l'élément principal de l'affectation à la soutenance du conjoint survivant ; elle n'en constitue plus désormais qu'un élément complémentaire des droits sur le logement et les meubles le garnissant. En contrepartie du droit à la jouissance temporaire gratuite du logement et des meubles le garnissant, ont par conséquent été abrogées les dispositions de l'article 1481, spécifiques au régime de communauté.

Dans la mesure où les dispositions relatives à la soutenance du conjoint survivant sont applicables indépendamment du régime matrimonial des époux et impératives pour la plupart, il est tentant d'y voir la continuation de dispositions du régime primaire impératif, la pension alimentaire constituant le succédané du devoir de secours de l'article 212 du Code civil, les droits sur le logement et les meubles le garnissant « *une forme de prolongement du statut du logement familial prévu par l'article 215, alinéa 3, du Code civil* »⁸⁸¹. Si tel était le cas, la transposition de la mise en œuvre du minimum successoral garanti au concubin survivant serait subordonnée à l'existence de dispositions équivalentes aux articles 212 et 215, alinéa 3, du Code civil. Séduisante, l'analyse de l'affectation de l'hérédité à la soutenance du conjoint survivant comme le prolongement des dispositions du régime primaire impératif ne nous semble cependant ni exacte ni souhaitable.

446. En premier lieu, il semble inexact de voir dans les droits accordés au conjoint survivant sur le logement et les meubles le garnissant le prolongement du statut du logement familial. En effet, la définition du logement soumis à l'article 215, alinéa 3, du Code civil ne correspond pas à la définition du logement sur lequel portent les droits successoraux du conjoint survivant.

Le logement soumis à l'indisponibilité relative pendant le mariage est le logement affecté à la communauté de vie du couple car l'indisponibilité a pour objectif de protéger la stabilité du lieu de cette communauté de vie contre les agissements égoïstes du titulaire des droits sur le logement⁸⁸². Nous avons certes admis que la qualification de logement familial doit, malgré la séparation de fait des époux, perdurer au profit de l'époux resté dans les lieux⁸⁸³. Sous cette réserve, uniquement justifiée par le besoin de protection de l'époux abandonné, le logement familial est le logement affecté à la communauté de vie des époux.

⁸⁸¹ En ce sens, S. PIEDELIEVRE, « Réflexions sur la réforme des successions », Gaz. Pal. 2002, doct., 1, p. 579. L'auteur qualifie ainsi le droit à la jouissance temporaire et gratuite sur le logement et les meubles le garnissant. Nous lui empruntons cependant l'expression en y incluant les autres droits sur le logement et les meubles le garnissant, le droit temporaire et gratuit ne devant pas être traité à part des autres dispositions permettant au conjoint survivant de se maintenir dans son cadre de vie.

⁸⁸² V. *supra*, n°240.

⁸⁸³ Telle est la position de la jurisprudence (V. les références citées *supra*, n°235). Du reste, dans cette hypothèse, le logement a bien été, à une période donnée, affecté à la communauté de vie des époux.

La définition du logement dans lequel le conjoint survivant a droit à son maintien est différente. Le logement concerné est celui occupé effectivement, à titre d'habitation principale, par le conjoint survivant à l'époque du décès (C. civ., art. 763 et 764)⁸⁸⁴. Dans la plupart des hypothèses, ce logement est celui affecté à la communauté de vie du couple avant le décès de l'un de ses membres. Il n'en est cependant pas systématiquement ainsi. La généralité des termes de la loi incline en effet à penser que le conjoint séparé de fait bénéficie également du droit au maintien dans le logement qu'il occupait et ce, même si ce logement n'a jamais été affecté à la communauté de vie du couple⁸⁸⁵. On aurait pu soutenir la thèse inverse d'une communauté de vie nécessaire, écartant le conjoint séparé de fait du droit au maintien dans le logement, à tout le moins lorsque ce dernier n'a jamais été affecté à la communauté de vie du couple. Si telle avait été la définition retenue, on aurait pu parler d'un véritable achèvement, par la réforme des successions, du statut du logement familial⁸⁸⁶. Néanmoins, le texte n'exige absolument pas la condition d'affectation du logement à la communauté de vie des époux et suppose, dès lors, que le conjoint survivant séparé de fait puisse bénéficier du droit au maintien dans son logement que ce dernier ait, ou non, été un jour affecté à la communauté de vie des époux. La raison tient certainement à la spécificité du mariage. Nous l'avons précédemment évoqué à l'occasion d'un conflit entre un conjoint survivant séparé de fait et un concubin survivant d'un même défunt : la séparation de fait des époux ne saurait constituer un obstacle à l'octroi au conjoint survivant du minimum successoral, essentiellement car une telle disposition consacrerait un divorce *post mortem* que la possibilité du divorce ne rend pas souhaitable⁸⁸⁷.

Parce que la définition du logement n'est pas la même, le droit au maintien dans le cadre de vie ne s'analyse pas comme le prolongement de l'article 215, alinéa 3, du Code civil. Il est par conséquent indifférent, pour que le concubin survivant puisse bénéficier du maintien dans son cadre de vie, que les concubins ne soient pas soumis, pendant la vie commune, à une disposition comparable à l'article 215, alinéa 3, du Code civil⁸⁸⁸. En revanche, l'extension au concubin survivant des droits assurant son maintien dans son cadre de vie nécessite une adaptation s'agissant de la définition du logement visé. La communauté de vie étant un élément de définition du concubinage simple, il ne peut exister de concubins séparés

⁸⁸⁴ La définition large du logement dans lequel le conjoint survivant est autorisé à se maintenir soulèvera certainement la question du logement de fonction. Comme dans le droit de l'organisation de la vie en couple, l'affectation à un usage professionnel pourrait l'emporter. L'application de l'article 1751 du Code civil lorsque le logement est assuré au moyen d'un bail conforde du reste cette solution : il ne peut s'agir d'un immeuble à usage mixte.

⁸⁸⁵ S. PIEDELIEVRE, « Réflexions sur la réforme des successions », *Gaz. Pal.* 2002, doctr., 1, p. 580.

⁸⁸⁶ B. BEIGNIER, « La loi du 3 décembre 2001 : achèvement du statut du logement familial », *Dr. Fam.* 2002, chr. n°5.

⁸⁸⁷ V. *supra*, n°421.

⁸⁸⁸ Sur le rejet, en droit prospectif, d'une telle disposition, V. *supra*, n°246 et s.

de fait. Par conséquent, le logement dans lequel le concubin survivant pourrait revendiquer son maintien est nécessairement celui qui était affecté à la communauté de vie du couple avant le décès de l'un d'eux.

Si les concubins avaient conclu un pacs, la question est plus délicate. D'un côté, nous avons précédemment admis que les partenaires d'un pacs pouvaient être séparés de fait⁸⁸⁹ ; d'un autre, il apparaît difficile d'octroyer des droits successoraux conséquents au partenaire survivant séparé de fait. Les arguments spécifiques au mariage, qui militent pour la protection du conjoint séparé de fait, ne se retrouvent pas pour le pacs. Il est dès lors proposé de définir le logement affecté au maintien du cadre de vie du concubin survivant comme celui qui était affecté à la communauté de vie du couple, non rompue au jour du décès de l'un d'eux⁸⁹⁰.

Un élément semble cependant faire découler du mariage le droit temporaire au logement. Aux termes de l'article 763, alinéa 3, du Code civil, les droits temporaires à la jouissance gratuite du logement et des meubles le garnissant sont en effet « *réputés effets directs du mariage et non droits successoraux* ». L'argument semble imparable et conduit à opérer une distinction entre les droits temporaires et les autres droits assurant au conjoint survivant le maintien dans son cadre de vie. Outre le caractère artificiel de cette distinction, compte tenu de la communauté d'objectifs visés, l'affirmation légale selon laquelle ces droits sont réputés effets du mariage apparaît davantage comme une fiction – ainsi qu'en témoigne le fait que le droit au logement est seulement « *réputé* » effet direct du mariage – destinée à éviter la taxation à titre gratuit des droits ainsi accordés au conjoint survivant⁸⁹¹. S'agissant de l'extension du droit temporaire au concubin survivant, libre alors au législateur de prévoir qu'il s'exerce hors succession, afin d'exonérer son bénéficiaire de toute taxation à titre gratuit.

447. Si les droits au maintien dans le logement n'apparaissent que difficilement comme le prolongement de l'article 215, alinéa 3, du Code civil et davantage comme un élément d'un nouveau droit commun intervenant postérieurement à la disparition par décès du couple marié, il est plus tentant de voir le droit à pension du conjoint survivant comme le

⁸⁸⁹ V. *supra*, n°99.

⁸⁹⁰ Plus radicalement, il conviendrait peut-être de supprimer le pacs qui constitue une structure intermédiaire, ne présentant, en l'état actuel de la présentation de notre système, aucun intérêt, et engendrant même des difficultés supplémentaires.

⁸⁹¹ La qualification d'effet du mariage présente d'autres avantages, telle la possibilité de faire figurer les loyers remboursés au conjoint survivant au passif déductible (telle est du reste la position prise par l'administration fiscale dans l'instruction du 7 avril 2003 – V. A. DEPONDT, « Droits successoraux du conjoint survivant : l'instruction du 7 avril 2003 », *Droit et patrimoine* n°115, mai 2003, p. 24) ou encore la possibilité pour le conjoint survivant de bénéficier de ce droit temporaire au logement même s'il renonce à la succession.

prolongement du devoir de secours entre époux. Telle est l'analyse majoritaire de la doctrine, à l'instar du droit à pension qui figurait au sein de l'article 207-1 du Code civil⁸⁹². Une approche du devoir de secours conduit en effet à y voir un devoir si essentiel qu'il devrait exister indépendamment de la durée de l'union conjugale, et survivre ainsi au décès de l'un de ses membres⁸⁹³.

L'analyse est séduisante ; elle pourrait même être transposée au couple de concubins simples à condition que l'obligation d'entraide pendant la vie commune soit légalement consacrée. Les droits du survivant des membres du couple pourraient dès lors être vus comme le prolongement des rapports d'entraide dans le couple au cours de la vie commune, comme une expression du devoir de solidarité qui se poursuivrait au-delà de la mort⁸⁹⁴.

Cependant, dans une démarche pragmatique, un élément conduit à écarter l'analyse du droit à pension comme la continuation du devoir d'entraide. Sous l'empire de l'ancien article 207-1 du Code civil, il avait été jugé que la pension ne pouvait être refusée ou minorée au conjoint survivant, sur le fondement de l'article 207, alinéa 2, du même code en raison d'un grave manquement du conjoint à ses obligations envers le *de cuius*. En effet, l'article 207, alinéa 2, est inapplicable au devoir de secours entre époux, dont l'obligation de la succession n'est que la continuation⁸⁹⁵. Or il apparaît inéquitable, dans certains cas, de faire peser sur la succession une charge qui peut se révéler lourde, alors même que son bénéficiaire a gravement manqué à ses devoirs à l'égard du *de cuius*. Dans ce seul intérêt, il est proposé de ne pas analyser le droit à pension comme le prolongement du devoir de secours.

⁸⁹² Sur l'analyse de l'article 767 du Code civil comme le prolongement de l'article 212 du même code, V. B. BEIGNIER, « La loi du 3 décembre 2001 : le conjoint héritier », Dr. Fam. 2002, chr. n°8 : « *bel exemple de la permanence du devoir de secours* ». Dans le même sens, S. PIEDELIEVRE, « Réflexions sur la réforme des successions », Gaz. Pal. 2002, doct., 1, p. 587.

Sur l'analyse de l'article 207-1 ancien comme le prolongement de l'article 212, V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les successions. Les libéralités*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1997, p. 180, n°209.

Du reste, dès avant la réforme des successions, des auteurs proposaient que le législateur affirme que le devoir de secours entre époux survit à la charge de la succession au profit du conjoint qui se trouve du fait du décès dans le besoin. V. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (sous la dir. de), *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, 1999, p. 160.

⁸⁹³ V. K. FEHRENBACH, « Devoir de secours des époux et pension alimentaire après décès », P.A. 29 décembre 2000, n°260, p. 4 et les références citées par l'auteur.

Telle n'est pas la position de l'administration fiscale qui refuse la déductibilité de la valeur de la pension de l'article 767 du Code civil de l'actif taxable recueilli par les héritiers. V. A. DEPONDT, art. précit., p. 25, et les observations critiques de l'auteur.

⁸⁹⁴ En ce sens, V. GERNEZ, « Couple, famille et société : quel droit pour demain ? », P.A. 27 juin 2000, n°127, p. 11 : « *en admettant que cette protection [du conjoint survivant] prenne la forme d'une prolongation de l'entraide, cette idée peut concerner couples mariés et non mariés* ».

⁸⁹⁵ Civ. 1^{ère} 17 janvier 1995, J.C.P. 1995, éd. G, II, 22407, note A. BÉNABENT ; éd. N, p. 1087, note F. MONÉGER ; D. 1995, somm. comm. 329, obs. M. GRIMALDI.

De même, la pension ne peut être refusée en raison d'un manquement grave de son créancier à ses obligations envers les héritiers dans la mesure où ces derniers ne sont pas tenus personnellement. V. Civ. 1^{ère} 9 mars 1994, D. 1995, somm. comm. 44, 2^{ème} esp., obs. M. GRIMALDI.

Cette dernière considération pourrait cependant disparaître si l'affectation de l'hérédité à la soutenance du conjoint survivant était analysée comme un droit successoral, auquel s'appliquent les sanctions de l'indignité successorale. Et tel est effectivement le résultat auquel l'étude conduit.

2. L'analyse successorale

448. Les droits accordés au conjoint survivant ne sont pas de nature indemnitaire. Contrairement à la prestation compensatoire, traduction de l'affectation à la soutenance en cas de rupture, l'octroi d'un minimum successoral au conjoint survivant n'est en effet aucunement subordonné à la preuve d'un sacrifice durant la vie commune du créancier, ayant engendré un déséquilibre économique à son détriment⁸⁹⁶. La question se pose en revanche de la nature alimentaire ou successorale des droits accordés au conjoint survivant.

Aucune de ces analyses ne s'oppose à l'extension au concubin survivant des modalités du minimum successoral du conjoint survivant. L'analyse successorale de la soutenance autoriserait cependant l'applicabilité des sanctions de l'indignité successorale au bénéficiaire de la soutenance, indépendamment de la qualité d'héritier *ab intestat* de ce dernier⁸⁹⁷. En l'état actuel du droit positif, l'analyse alimentaire ou successorale de la soutenance accordée au conjoint survivant pourrait n'avoir aucune incidence, à condition d'admettre que l'emploi du terme « *conjoint successible* » (C. civ., art. 763, 764, 767) signifie que le législateur exige du conjoint qu'il soit apte à hériter⁸⁹⁸. Dans cette optique, hormis le fait qu'il ne soit pas divorcé ou séparé de corps à ses torts, le conjoint devrait également revêtir les qualités physiques et morales de droit commun qui sont exigées de tout héritier et, en particulier, ne pas être indigne (C. civ., art. 725 et s.). S'il est indigne, le conjoint survivant ne pourrait donc pas bénéficier des droits sur le logement ainsi que du droit à pension. A l'inverse, dans la mesure où le concubin survivant n'est pas héritier *ab intestat* de son compagnon défunt, et

⁸⁹⁶ Sur la soutenance en cas de rupture du couple, V. *supra*, n°292 et s.

⁸⁹⁷ Sur notre proposition d'élargir les cas d'indignité successorale, V. *supra*, n°415. Le législateur pourrait en effet prévoir que la sanction de l'indignité successorale pourrait être facultativement prononcée par le tribunal de grande instance à la demande d'un héritier, en cas de manquement grave du conjoint successible à ses devoirs et obligations, si graves que les droits accordés au conjoint apparaîtraient manifestement inéquitables.

⁸⁹⁸ L'argumentation n'est cependant pas imparable. En effet, après avoir affirmé à l'article 756 du Code civil que « *le conjoint successible est appelé à la succession...* », les articles suivants visent « *le conjoint survivant* » (articles 757, 757-1, 757-2, 758) ou « *le conjoint* » (articles 758-1, 758-2, 758-3, 758-4, 758-5). Au surplus, l'article 763 du Code civil évoque « *le conjoint successible* » au sujet du droit temporaire au logement et du remboursement des loyers dus par le conjoint pendant l'année suivant le décès, alors même que l'alinéa 3 dispose expressément qu'il ne s'agit pas de droits successoraux mais d'effets directs du mariage. Ce dernier argument peut néanmoins être renversé si l'on admet que la qualification d'effets du mariage n'est qu'une fiction (V. *supra*, n°446).

ne devrait pas le devenir⁸⁹⁹, les sanctions de l'indignité successorale ne lui seraient applicables que si les droits à la soutenance sont analysés comme des droits successoraux. A défaut, dans l'hypothèse où l'un des membres du couple assassine le défunt, le conjoint survivant serait privé de ses droits à la soutenance, tandis que le concubin survivant pourrait s'en prévaloir.

Des arguments peuvent être cités au soutien de chacune des deux thèses, alimentaire ou successorale, du minimum successoral⁹⁰⁰.

449. En faveur de la nature successorale, on peut tout d'abord exciper de la place des nouveaux textes dans le Code civil, et notamment de la disposition relative au droit à pension, dans un Titre intitulé « Des successions ». On peut invoquer ensuite la nature réelle des droits au maintien dans le logement⁹⁰¹. Enfin et surtout, nul ne peut nier le lien essentiel entre l'octroi de ces droits et la succession de l'époux prédécédé. A cet égard, le rapprochement peut être fait entre le minimum successoral garanti au conjoint survivant et la créance de salaire différé de l'article L. 321-17 du Code rural. Or, la doctrine déduit la nature successorale de la créance de sa naissance « *au jour du décès de l'exploitant et de l'ouverture de sa succession qui en est la débitrice* »⁹⁰². D'autres auteurs évoquent des « *droits para-successoraux* » lorsqu'ils sont ouverts à raison du décès⁹⁰³, que la doctrine a pris l'habitude d'étudier dans les développements consacrés à la dévolution successorale⁹⁰⁴.

D'autres arguments postulent toutefois pour la nature alimentaire des droits du conjoint survivant. En faveur de la nature alimentaire, on peut invoquer tout d'abord la notion de besoins, traditionnellement étrangère au droit successoral. Ensuite, le droit de l'héritier s'analyse traditionnellement comme un droit réel, tandis que le droit à pension du conjoint survivant, comme tout droit alimentaire, est un droit de créance, un droit contre quelqu'un et

⁸⁹⁹ V. *infra*, n°692 et s.

⁹⁰⁰ Sur le clivage traditionnel entre droit alimentaire et droit successoral, V. E. ALFANDARI, « Droits alimentaires et droits successoraux », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 1 et s.

⁹⁰¹ De même, il a parfois été affirmé que le conjoint survivant succédant en usufruit a davantage un droit contre la succession que dans la succession. Toutefois, il s'agit bien d'un droit réel sur une portion des biens qui composent la succession. V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les successions. Les libéralités*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1997, p. 163, n°185.

En outre, le fait que la valeur des droits d'habitation et d'usage s'impute sur la valeur des droits successoraux recueillis par le conjoint (C. civ., art. 765) signifie que ces droits ne se dissocient pas des droits successoraux accordés au conjoint.

⁹⁰² Civ. 1^{ère} 20 novembre 2001, J.C.P. 2002, éd. G, I, 178, n°2, obs. R. LE GUIDE. L'annotateur déduit ainsi de l'affirmation de la Cour de cassation la nature successorale de la créance de salaire différé.

⁹⁰³ En ce sens C. DELORY et F. FRULEUX, « Aspects fiscaux de la loi du 3 décembre 2001 : les nouveaux droits du conjoint survivant », J.C.P. 2002, éd. N, 1576, n°4.

⁹⁰⁴ V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°209 et s. ; M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, Litec, 6^{ème} éd., 2001, p. 228, n°229 et s.

non sur un bien, contre la succession et non dans la succession⁹⁰⁵. Enfin, le minimum successoral du conjoint survivant se rapproche du droit alimentaire par le caractère statique de l'objectif qu'il poursuit, celui du maintien du cadre de vie et de la subsistance du conjoint survivant. Or, « *malgré ses racines plongées dans le passé, le droit successoral est tourné vers l'avenir : c'est un droit de progrès. Le droit alimentaire au contraire, malgré ses projections dans l'avenir (avec l'obligation d'entretien) est un droit de maintien : il s'agit de conserver, en l'état, une vie humaine. Il se réfère à la notion de « minimum vital »* »⁹⁰⁶.

450. L'analyse semble vaine tant le mécanisme de l'affectation de l'hérédité pervertit le clivage habituellement opéré entre droit successoral et droit alimentaire. Le flou dans la présentation des droits du conjoint survivant par les auteurs en témoigne⁹⁰⁷. Certains d'entre eux seraient même tentés, à l'instar de l'ancien Garde des Sceaux, de s'orienter vers la qualification *sui generis*, considérant que « *pendant un temps de deuil, il doit être fait abstraction de toute forme de technique juridique* »⁹⁰⁸. En réalité, l'analyse n'est pas vaine ; elle est simplement impossible si l'on s'en tient à la conception du droit successoral de 1804. L'affectation de l'hérédité à la soutenance du conjoint survivant s'inscrit en effet dans une triple évolution du droit successoral.

Elle s'intègre tout d'abord dans la prise de conscience par le législateur de la valeur fonctionnelle des biens, ignorée lors de l'adoption du Code civil⁹⁰⁹. Cette prise de conscience a d'ores et déjà conduit à une évolution du droit des successions. Les possibilités d'attribution préférentielle ont en effet été développées afin de soustraire certains biens aux aléas du partage et de les attribuer à tel ou tel successible conformément à ses besoins ou à

⁹⁰⁵ M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, Litec, 6^{ème} éd., 2001, p. 228, n°231.

⁹⁰⁶ E. ALFANDARI, « Droits alimentaires et droits successoraux », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 19.

Comme la prestation compensatoire, la nature alimentaire du minimum successoral ne s'entendrait pas *stricto sensu*, mais de la survie du devoir d'entraide entre les membres du couple au-delà du décès. Telle est la thèse de Madame PHILIPPE (*Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale*, L.G.D.J., 1981, p. 114 et s.) qui proposait qu'un droit à la persistance de la situation économique qui était la sienne pendant le mariage – autrement dit un droit à la maintenance – fut accordé au conjoint survivant.

⁹⁰⁷ Certains distinguent les droits sur le logement des « *droits proprement successoraux, à titre d'héritier* » et, au sein de ces derniers, les « *droits dans la succession* » des « *droits sur la succession* » (B. BEIGNIER, « La loi du 3 décembre 2001 : le conjoint héritier », *Dr. Fam.* 2002, chr. n°8). D'autres présentent les droits successoraux, puis les droits sur le logement et, enfin, le droit à pension (F.-J. PANSIER, « Présentation de la loi adoptée le 21 novembre 2001 sur la réforme des droits successoraux du conjoint survivant et de l'enfant adultérin », *Gaz. Pal.* 2001, doct., 2, p. 1946). D'autres auteurs distinguent le droit temporaire au logement, le droit à une pension alimentaire et les droits successoraux *ab intestat*, catégorie dans laquelle ils classent les droits successoraux *ab intestat* de droit commun et les droits successoraux *ab intestat* spécifiques pour le logement (S. PIEDELIEVRE, « Réflexions sur la réforme des successions », *Gaz. Pal.* 2002, doct., 1, p. 581).

⁹⁰⁸ L'analyse de Madame LEBRANCHU portait sur le droit temporaire à la jouissance du logement et des meubles le garnissant. *J.O. A.N., C.R.*, 6 février 2001, p. 1100.

⁹⁰⁹ Sur cette idée, V. *supra*, n°214.

ses aptitudes⁹¹⁰. La réforme du 3 décembre 2001 accentue encore ce mouvement. D'une part, l'importance reconnue au logement pour le conjoint survivant conduit à lui en reconnaître l'attribution préférentielle de droit. D'autre part, ce n'est plus seulement le logement mais, plus largement, le cadre de vie dont on reconnaît l'importance, par la prise en considération du sort des meubles garnissant le logement. Enfin, la loi du 3 décembre 2001 a intégré le fait que, pour tenir compte de la valeur fonctionnelle des biens dans la transmission successorale, celle-ci ne devait plus être conçue comme la seule transmission de la propriété, absolue, pleine et entière⁹¹¹. L'attribution préférentielle du logement constitue ainsi un excellent moyen pour le conjoint survivant de se maintenir dans son cadre de vie. Elle suppose cependant que le conjoint intervienne soit comme héritier, soit comme copropriétaire. En l'absence de tout droit réel sur le logement ou en l'absence de liquidités destinées à payer la soulte, l'attribution préférentielle est impossible. Pour maintenir le conjoint survivant dans son cadre de vie, il fallait dès lors envisager la transmission de droits, qui ne sont pas des droits de propriété pleine et entière, au conjoint survivant et, corrélativement, aux héritiers⁹¹².

Les droits du conjoint survivant s'intègrent alors dans une deuxième évolution, qui consiste à ne plus voir le droit des biens « à travers le prisme du droit absolu de propriété. Dès lors, c'est le plan même du Code civil qui devient caduc, classant le droit des successions au premier rang du Livre III, Des différentes manières dont on acquiert la propriété »⁹¹³.

Enfin, l'affectation de l'hérédité à la soutenance du conjoint s'inscrit dans une dernière évolution du droit successoral, celle de la pénétration de l'idée alimentaire parmi les fondements de la dévolution légale. Dès 1937, RODIERE proposait une analyse nouvelle des droits successoraux reconnus aux anciens créanciers d'aliments, au premier rang desquels il plaçait le conjoint survivant : « leurs parts héréditaires sont l'expression posthume des

⁹¹⁰ De ce fait, l'égalité en nature a été progressivement refoulée au bénéfice de l'égalité en valeur. Sur cette évolution, V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les successions. Les libéralités*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1997, p. 17, n°16.

⁹¹¹ Dans son sens propre, le terme succession continue ainsi à désigner la transmission des biens d'une personne du fait de sa mort. V. G. CORNU (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, P.U.F., 9^{ème} éd., 2002, V° *Succession* : « mode d'acquisition à cause de mort et à titre gratuit de la propriété ». Du reste, le plan du Code civil traduit cette idée, qui place le Titre *Des successions* dans le livre troisième intitulé *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*.

⁹¹² Tel était sans doute l'objectif de l'attribution d'une quote-part de la succession en usufruit. Cependant, une quote-part abstraite ne tient pas compte de la valeur fonctionnelle des choses.

La transmission finale des biens, celle de la propriété absolue, s'opérera plus tard : « le conjoint n'est qu'un passant dans la succession plutôt qu'un continuateur » (H. VIALLETON, « Famille, patrimoine et vocation héréditaire en France depuis le Code civil », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tome 2, *Droit comparé, Théorie générale du droit et droit privé*, Dalloz Sirey, 1960, p. 584).

⁹¹³ B. BEIGNIER, « La loi du 3 décembre 2001 : achèvement du statut du logement familial », *Dr. Fam.* 2002, chr. n°5.

devoirs de secours qui pesaient sur le disparu : elles représentent ses suprêmes cotisations à leur subsistance ». Et l'auteur d'en conclure que l'« on doit à l'avenir compter sur l'affectation alimentaire des hérités, tout comme on est dans l'usage de compter avec les affections du défunt ou avec la perpétuité de l'organisme familial considéré dans la chaîne de ses générations – et nous croyons aussi à l'influence grandissante de cette idée nouvelle »⁹¹⁴. On ne peut aujourd'hui, avec la réforme du sort du conjoint survivant du 3 décembre 2001, qu'apprécier l'exactitude du pronostic de RODIERE s'agissant du sort du conjoint survivant⁹¹⁵.

Telle qu'elle était appréhendée en 1804, la qualification successorale ne peut être que le lit de Procuste du minimum successoral destiné à la soutenance du conjoint survivant. Néanmoins, dans la nouvelle conception du droit successoral, soucieuse de la valeur fonctionnelle des choses, dégagée du droit absolu de propriété et imprégnée de considérations alimentaires, la qualification successorale du droit à la soutenance du conjoint survivant semble avérée.

451. Le minimum successoral du conjoint survivant, tel qu'il a été défini par la loi du 3 décembre 2001, pourrait servir de modèle au minimum successoral du survivant des membres d'un couple, marié ou non : ses qualités y conduisent et son analyse ne révèle aucun obstacle de nature à s'y opposer. Toutefois, l'étude des droits sur le logement a révélé qu'une adaptation devrait être apportée s'agissant de la définition des bénéficiaires de la soutenance.

L'analyse de la définition du logement objet de la soutenance nous a en effet conduit à rejeter l'idée selon laquelle le partenaire survivant séparé de fait du défunt auquel il était lié par un pacs pourrait se prévaloir des droits sur le logement⁹¹⁶. Les mêmes arguments postulent pour que la succession ne soit pas davantage grevée d'une pension alimentaire à son profit. Dès lors, si le législateur décidait d'étendre le bénéfice du minimum successoral au concubin survivant, il serait souhaitable de définir différemment les bénéficiaires de la soutenance, selon qu'un mariage les unissait au défunt ou non. Dans le cas d'un mariage, le bénéficiaire de la soutenance est le conjoint non divorcé, et non séparé de corps à ses torts⁹¹⁷.

⁹¹⁴ « Evolution comparative des droits successoraux du conjoint survivant », Bulletin de la Société de législation comparée 1937, resp. pp. 304 et 319. V. aussi D. PERNEY, La nature juridique de la réserve héréditaire, Thèse Nice, 1976.

⁹¹⁵ Il a en revanche été précédemment observé que la réserve des descendants n'avait pas, dans son évolution, pris de coloration alimentaire. V. *supra*, n°454.

⁹¹⁶ V. *supra*, n°446.

⁹¹⁷ Les articles 763 et 764 du Code civil emploient l'expression « conjoint successible ». Cette locution devrait être entendue comme résumant les qualités que le conjoint survivant doit réunir aux fins de bénéficier du minimum successoral. Elle ne devrait donc pas signifier que le conjoint doive effectivement être héritier *ab intestat*. A défaut, il suffirait au *de cuius* d'exhérer son conjoint, pour le priver du minimum successoral, en

En revanche, lorsqu'un pacs unissait le concubin survivant au défunt, il conviendrait d'exiger, pour que le partenaire survivant bénéficie de la soutenance, l'absence de rupture de la communauté de vie au jour du décès. Le partenaire survivant séparé de fait, à l'inverse du conjoint survivant séparé de fait, ne bénéficierait donc pas d'un droit à la soutenance.

Dans l'hypothèse de la coexistence d'un conjoint survivant séparé de fait et d'un concubin simple survivant – uni au défunt par une communauté de vie de un an et un jour au défunt, conformément à la définition du couple – la priorité devrait être donnée au conjoint, eu égard à la supériorité de l'engagement de mariage sur l'absence d'engagement entre concubins⁹¹⁸. Dégager un droit commun du couple ne conduit en effet aucunement à nier la diversité des différents modèles et, corrélativement, à admettre, en certaines hypothèses, la supériorité de l'un d'entre eux.

Sous cette réserve, le minimum successoral du conjoint survivant, tel qu'il a été défini par la loi du 3 décembre 2001, pourrait servir de modèle au minimum successoral du survivant des membres d'un couple, marié ou non. A l'instar de son modèle, ce minimum successoral devrait alors être garanti à son bénéficiaire.

§ 2. La garantie du minimum successoral

452. Face aux risques majeurs de l'exhérédation par la volonté expresse ou tacite du prédécédé, de l'insuffisance ou de l'inadaptation de la vocation successorale, le législateur a entendu garantir un minimum successoral au conjoint survivant. En l'absence, en droit positif, de droits *ab intestat* du survivant des membres d'un couple non marié⁹¹⁹, le risque qu'il convient de conjurer n'est pas celui de l'exhérédation mais celui de l'absence de toute affectation librement consentie par le défunt à la soutenance de son compagnon, ou de l'insuffisance de ses résultats. Conformément à l'*officium pietatis* du défunt de laisser un minimum à son partenaire survivant, le législateur devrait en assurer l'intangibilité.

contradiction avec la lettre et l'esprit de la loi. Le conjoint survivant devrait donc pouvoir se prévaloir de ses droits légaux sur le logement, même s'il a été exhéredé de ses droits successoraux par le *de cuius*. Dans cette optique, il apparaît qu'en dépit de l'emploi de l'expression de « conjoint successible » dans l'article 764 du Code civil, le conjoint survivant pourrait ne pas exercer le droit viager au logement sans perdre ses droits de succession et, à l'inverse, pourrait exercer son droit viager tout en renonçant à la succession. En ce sens, D. VIGNEAU, « Les droits successoraux du conjoint survivant », P.A. 30 septembre 2002, n°195, p. 18. Sur les autres ambiguïtés recélées par l'idiome « conjoint successible », V. *supra*, note 898.

Si le bénéficiaire du minimum successoral garanti n'a pas besoin d'être effectivement héritier *ab intestat*, le fait que le concubin survivant ne le soit pas ne constitue donc pas un obstacle à ce que le législateur lui étende le bénéfice de la soutenance. Sur le fait que la présomption d'amour est susceptible d'engendrer deux types de droits successoraux – un minimum garanti et des droits successoraux *ab intestat* – sans que ces droits aillent nécessairement de pair, V. *supra*, n°420.

⁹¹⁸ V. la démonstration *supra*, n°421.

⁹¹⁹ Le droit prospectif ne devrait pas du reste consacrer de tels droits, V. *infra*, n°692 et s.

Sans doute par habitude de pensée, les juristes songent spontanément à la réserve car c'est par elle que le Code civil assure aux héritiers les plus proches une vocation successorale intangible. L'analyse de l'intangibilité du minimum successoral conduit cependant au rejet d'un droit réservataire (A.). Détachée de la réserve, l'intangibilité du minimum successoral repose davantage sur un fondement légitimaire⁹²⁰ (B.).

A. Le rejet du droit réservataire

453. La garantie du minimum successoral par l'instauration d'un droit réservataire du conjoint survivant devait être rejetée. La réserve se révèle en effet doublement inadéquate tant dans ses fondements que dans ses modalités techniques⁹²¹.

454. La réserve se révèle inadéquate tout d'abord dans ses fondements. Le Code civil a en effet réalisé un compromis entre le fondement coutumier de la réserve et son fondement révolutionnaire. Dans le Code civil de 1804, la réserve protège les héritiers contre les tiers et couvre ainsi la dimension familiale de l'héritage. La réserve garantit également à chaque réservataire une portion égale à celle des autres, réalisant l'égalité des héritiers. Or, aucun de ces deux fondements ne s'accommode de l'inclusion du survivant des membres du couple dans le cercle des réservataires ; ils conduisent même à l'en écarter. D'une part, le conjoint n'appartient pas à la famille par le sang. Dans la mesure où la réserve a pour objet de maintenir l'héritage dans la famille par le sang, le conjoint ne peut en bénéficier. D'autre part, si l'on se tourne maintenant vers l'impératif d'égalité entre les héritiers, il y a également contre-sens à faire bénéficier le conjoint de la réserve. Ce dernier est en effet, de l'avis unanime, un successible unique en son genre. L'égalité successorale reflétant l'identité parentale et la réserve étant dotée d'un caractère collectif, cette dernière crée une communauté dans laquelle aucune place ne peut donc être faite à l'unicité du conjoint. Il est ainsi impossible d'assimiler le conjoint à un enfant. Dès lors, créer une réserve autonome au bénéfice du conjoint survivant conduit inévitablement à dénaturer l'institution de la réserve, tous arguments qui s'appliqueraient de manière identique au survivant d'un couple non marié.

Il semble néanmoins résulter de l'article 914-1 du Code civil que le conjoint survivant successible, qui n'est pas engagé dans une procédure de divorce ou de séparation de corps, est exceptionnellement un héritier réservataire puisqu'à défaut d'ascendant et de descendant,

⁹²⁰ L'adjectif légitimaire est le dérivé du nom donné à une institution successorale romaine : la légitime.

⁹²¹ V. P. CATALA, « Pour une réforme des successions », *Gaz. Pal.* 1999, doctr., 1, p. 702, n°17 et s. ; M.-C. CATALA DE ROTON, *Les successions entre époux*, *Economica*, 1990, p. 251, n°311 et s.

les libéralités, donations, legs et institutions contractuelles ne peuvent excéder les trois quarts des biens. Si, comme la plupart des auteurs, on qualifie le conjoint survivant d'héritier réservataire⁹²², indéniablement, cette innovation a un impact direct sur la notion de réserve. Jusqu'alors, la réserve servait à conserver les biens dans la famille par le sang. Désormais, elle assure aussi la promotion de la famille horizontale. Sur ce point, la réforme n'est guère critiquable, qui confère à la famille horizontale ses lettres de noblesse. En revanche, la réserve ne garantirait plus nécessairement une égalité entre héritiers, puisque l'hypothèse restreinte dans laquelle le conjoint survivant est réservataire exclut, par définition, tout concours entre héritiers réservataires. L'innovation, qui bouleverse l'un des fondements de la réserve, est ici davantage contestable⁹²³. Elle aboutit à créer deux types de réserve : la réserve « *ordinaire* », « *principale* » qui est celle des descendants et ascendants privilégiés et la réserve « *extraordinaire* », « *subsidaire* » du conjoint survivant, dont le taux, favorable à la liberté testamentaire, suffit à démontrer qu'il ne s'agit pas réellement d'une réserve mais d'une légitime⁹²⁴. Par conséquent, l'article 914-1 du Code civil ne modifierait aucunement les caractères traditionnels de la réserve, excluant le conjoint survivant.

Des auteurs ont alors soutenu que la réserve avait acquis une forte coloration alimentaire au cours de son évolution et ont donc proposé d'assigner à la réserve un fondement alimentaire⁹²⁵. Dans cette hypothèse, il n'y aurait effectivement plus de réticence à faire du survivant, marié ou non, un héritier réservataire. Néanmoins, il est faux, en l'état actuel du droit, d'affirmer que la réserve a un fondement alimentaire dans la mesure où l'état de besoin du successible lui est étranger⁹²⁶.

455. Les modalités techniques de la réserve se révèlent également inadaptées à l'objectif d'affectation à la soutenance du conjoint survivant.

⁹²² V. les commentaires de la loi du 3 décembre 2001.

⁹²³ Un auteur la qualifie de « *mini-réserve à géométrie variable* » et hésite entre deux interprétations : « *ou bien l'on est en présence de l'une de ces règles emblématiques, porteuse d'un message législatif fort et dont la vocation est d'acclimater l'idée que le conjoint successible pourrait, le moment venu, bénéficier dans tous les cas de figure d'un minimum intangible (...) ou bien il s'agit d'une de ces options expérimentales à contenu indéterminé, forme avancée de l'instrumentalisation croissante de la norme légiférée, dont l'objet est d'apaiser les revendications des groupes de pression, en l'occurrence la Fédération des associations de conjoints survivants* » (M. BEAUBRUN, « Droits du conjoint survivant : une réforme pour le plaisir », *Defrénois* 2001, art. 37386, p. 903)

⁹²⁴ B. BEIGNIER, « La loi du 3 décembre 2001 : le conjoint héritier », *Dr. Fam.* 2002, chr. n°8. Sur la légitime, V. *infra*, n°457.

⁹²⁵ V. en particulier D. PERNEY, *La nature juridique de la réserve*, Thèse Nice, 1979, et les auteurs cités.

⁹²⁶ Sur le rejet du fondement alimentaire du droit successoral, V. E. ALFANDARI, « Droits alimentaires et droits successoraux », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 1.

En outre, il est à craindre que la consécration, en droit prospectif, d'un tel fondement, soit source de litiges infinis entre héritiers.

Tout d'abord, l'octroi d'une quote-part abstraite de la succession ne satisfait pas les nécessités du veuvage. En pleine propriété ou en usufruit⁹²⁷, la réserve est en effet dans l'incapacité de pourvoir systématiquement au maintien du survivant dans le logement qui était celui du couple avant le décès. De surcroît, le caractère de fixité de la réserve conduit à ne tenir compte ni des forces de la succession, ni des besoins du successible. Sollicités, les notaires se sont ainsi montrés massivement hostiles à l'instauration d'une réserve conjugale, mais favorables en revanche à la reconnaissance d'un droit à l'entretien plus individualisé⁹²⁸.

Ensuite, la question se serait posée de l'imputation de la réserve. Imputée sur la réserve des descendants, la réserve du conjoint survivant n'aurait pu qu'être réduite et se révéler ainsi tout à fait insuffisante à assurer la soutenance du conjoint survivant. Imputée sur la quotité disponible et largement calculée, elle aurait abouti à une restriction considérable de la liberté de disposer à cause de mort du conjoint survivant.

Enfin, accorder un droit réservataire au conjoint survivant posait le redoutable problème de l'action en réduction, qualifiée de « *bras armé de la réserve* »⁹²⁹. Accordée au conjoint survivant, ses conséquences – qui consistent à faire tomber des donations consenties longtemps auparavant, ainsi que, par contre-coup, les aliénations successives des biens donnés – peuvent en effet être redoutables pour la sécurité du commerce juridique. Cependant, si la réserve est cantonnée aux seuls biens existants, son bénéficiaire est alors insuffisamment protégé.

456. Eu égard à l'inadéquation de la réserve, il est heureux que le législateur du 3 décembre 2001 n'ait pas assis l'intangibilité du minimum successoral sur cette institution. Détachée de toute réserve, l'intangibilité du minimum successoral s'analyse davantage comme une légitime.

B. Le fondement légitimaire

457. A Rome, afin d'éviter que le testateur n'exhèrède complètement ses proches parents, le tribunal des *centumvirs* avait reconnu à ces derniers une action contre le testament les deshéritant. Celle-ci était recevable dès lors que les proches du testateur, essentiellement descendants et ascendants, n'avaient pas reçu leur part légitime. Dans un premier temps, elle a entraîné la nullité totale du testament. Dans un second temps, le légitimaire n'a plus

⁹²⁷ La réserve en nue-propriété est naturellement écartée dans la mesure où elle conduit à déplacer les biens d'une famille à l'autre sans résoudre le problème de la soutenance.

⁹²⁸ M.-C. CATALA DE ROTON, *Les successions entre époux*, Economica, 1990, p. 263, n°326 et s.

⁹²⁹ P. CATALA, « Pour une réforme des successions », *Defrénois* 1999, art. 36964, p. 457, n°20.

bénéficié que d'une simple action en complément – le testament subsistant pour le surplus – dès lors que le testateur lui avait laissé quelque chose⁹³⁰.

Eu égard à l'inadéquation de la réserve, telle qu'elle est conçue en droit positif, des auteurs proposèrent alors de donner un fondement légitimataire à la réserve destinée au conjoint survivant : « *la référence à la légitime, si elle est historiquement suspecte, est techniquement utile, car elle procure au législateur une plus grande liberté de manœuvre dans la mise en place d'un droit réservataire nouveau* »⁹³¹. Toutefois, plutôt que de parler d'une réserve légitimataire, au risque de créer deux types de réserves coexistantes, peut-être conviendrait-il mieux d'utiliser le terme même de légitime. Comme précédemment, lorsque nous évoquons l'*officium pietatis* romain, ce qu'il convient de retenir n'est pas l'institution historique en elle-même mais son esprit et son fondement⁹³².

458. A Rome, l'*officium pietatis* du défunt à l'égard de ses descendants avait donné naissance à la légitime des descendants. En France, le 3 décembre 2001, l'*officium pietatis* du défunt envers son conjoint a donné naissance à la légitime du conjoint survivant. La logique de la légitime romaine est respectée puisque la liberté prime, le statut légal n'étant imposé que dans un minimum de justice⁹³³. Le fondement légitimataire de l'intangibilité du minimum successoral autorisait alors le législateur à prendre toute liberté avec la réserve pour fixer les modalités techniques de l'affectation légale à la soutenance. Il a ainsi pu faire le choix d'une attribution à titre particulier composée des biens nécessaires à la dignité du veuvage – ce qui correspond aux droits au maintien dans le logement – et allouer en outre une pension alimentaire, variable selon les besoins de l'époux successible.

Conçue comme une légitime, l'intangibilité du minimum successoral est alors parfaitement utilisable au sein du couple non marié si, comme nous le suggérons, le législateur consacre un tel droit au profit du concubin survivant, sans qu'il soit nécessaire, pour autant d'octroyer à ce dernier des droits successoraux *ab intestat*⁹³⁴.

⁹³⁰ F. TERRE et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les successions. Les libéralités, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1997, p. 10, n°12.

⁹³¹ M.-C. CATALA DE ROTON, Les successions entre époux, Economica, 1990, p. 260, n°322.

⁹³² Sur l'institution de la légitime, la situation de l'Ancien droit – partagé entre l'influence romaine et la source coutumière – et les travaux préparatoires du Code civil, V. B. BEIGNIER, « La restauration de la légitime », *Dr. Fam.* 1998, chr. n°12.

⁹³³ La logique de la réserve est inverse, le statut légal primant sur la liberté qui n'est plus qu'exceptionnelle.

⁹³⁴ La qualité de réservataire est en effet inhérente à celle d'héritier si l'on s'en tient à la notion de réserve telle qu'elle est conçue dans le Code civil. La Cour de cassation, depuis longtemps, subordonne ainsi la protection des bénéficiaires à leur qualité d'héritier venant à la succession car « *aucune disposition du Code civil ne sépare la qualité de réservataire de celle d'héritier* ». Sur cette question, V. M. GRIMALDI, Droit civil, Successions, Litec, 6^{ème} éd., 2001, n°283.

459. Ceci étant, l'*officium pietatis*, comme la légitime à laquelle il donne naissance lorsque la règle morale devient obligation civile, impose l'intangibilité des droits accordés sur ce fondement. Il ne devrait par conséquent pas être possible, pour le défunt, d'écarter son conjoint du bénéfice du minimum successoral. Or, seul le droit temporaire de jouissance du logement et des meubles qui le garnissent ainsi que le droit à pension sont intangibles⁹³⁵. L'article 764 du Code civil permet en effet au *de cuius* de priver son conjoint, par testament authentique, des droits viagers d'usage et d'habitation sur le logement et les meubles le garnissant.

Les travaux préparatoires en témoignent : la disposition a été l'objet de vifs débats. La commission des lois du Sénat avait proposé que ce droit viager sur le logement et les meubles le garnissant soit de droit et hors d'atteinte par une disposition testamentaire, même en respectant le lourd formalisme qu'implique le testament authentique⁹³⁶. Quelques députés ont défendu cette proposition mais n'ont pas emporté la conviction, notamment du rapporteur de la proposition de loi. Selon ce dernier, l'explication réside dans la logique de l'affection qui préside à l'octroi de droits au conjoint survivant : « *quand on passe de la logique du sang à la logique de l'affection, on tire des conséquences patrimoniales importantes sur le plan patrimonial de l'engagement affectif de l'individu. Encore faut-il respecter complètement cet engagement qui relève d'une liberté individuelle fondamentale* ». Monsieur VIDALIES en conclut « *qu'il n'est pas dans nos intentions de protéger le conjoint survivant contre la volonté ou l'affection défaillante du défunt* »⁹³⁷.

L'explication n'est pas convaincante. Elle méconnaît en effet la diversité des droits que les liens d'affection peuvent engendrer et, parmi eux, la présomption d'amour. L'affection peut donner naissance en premier lieu à des droits *ab intestat*. La dévolution légale s'analyse alors comme le testament présumé du défunt, conforme à ses affections présumées, valable par conséquent seulement en l'absence de volonté contraire. Néanmoins, l'affection peut, en second lieu, donner naissance à un devoir du défunt de laisser un minimum aux personnes objets de son affection présumée. Tel est l'un des fondements de la réserve des descendants ; tel est également le fondement de la légitime du conjoint survivant. Dans cette hypothèse, la dévolution légale ne s'analyse pas comme le testament présumé du défunt, celui-ci pouvant

⁹³⁵ Ne le dissimulons pas : le droit impératif d'occuper gratuitement le logement pendant un an ne constitue pas une garantie absolue. Il suffit qu'avant le décès, l'époux propriétaire de l'immeuble en donne la nue-propriété à ses enfants, en omettant de stipuler une clause de réversion d'usufruit au conjoint survivant.

⁹³⁶ Sur « *le formalisme rigoureux* » et la « *force psychologique hors du commun* » que nécessite la mise en œuvre de la privation du conjoint survivant de son droit viager au logement, qui conduisent certains auteurs à analyser ce dernier comme intangible « *en fait* », V. S. FERRE-ANDRE, « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 (Analyse raisonnée de quelques difficultés) », Defrénois 2002, art. 37572, p. 881 et p. 891.

⁹³⁷ J.O. A.N., C.R., 20 novembre 2001, p. 8356.

exprimer une volonté contraire, puisque les droits accordés sont intangibles. Les droits d'usage et d'habitation, qui correspondent au besoin tant matériel que psychologique du maintien dans le cadre de vie du conjoint survivant, sont ainsi fondés sur l'*officium pietatis* du défunt à l'égard de son conjoint de lui laisser un minimum pour vivre décemment et ne relèvent donc pas de la logique du testament présumé, susceptible de volonté contraire. Il peut alors sembler paradoxal de qualifier, comme il l'a été, ce droit d'essentiel et de permettre au défunt d'en disposer.

L'argument de l'adaptation de l'héritage à la situation individuelle du défunt est en revanche plus probant. Il doit être rattaché au débat qui a eu lieu entre les partisans de l'allocation d'un minimum successoral pour besoins présumés du conjoint survivant et les partisans d'un système pour besoins avérés⁹³⁸. Le législateur a effectivement opté pour le maintien du cadre de vie du conjoint survivant indépendamment de l'étendue de ses besoins, sans doute car un tel droit correspond aux besoins de la majorité des personnes concernées, et sans doute également par crainte du contentieux que serait susceptible d'engendrer la preuve de l'étendue des besoins. Compte tenu cependant de l'importance des droits accordés et de leurs règles d'imputation pouvant conduire à exhériter, du moins partiellement et temporairement, certains héritiers, le législateur a vraisemblablement été pris d'hésitations, se demandant s'il n'était pas allé trop loin. La solution de compromis fut alors, pensa-t-on, de donner au *de cuius* la liberté testamentaire d'organiser sa succession en tenant compte de la situation financière de ses enfants et de son conjoint⁹³⁹. La possibilité pour le défunt d'écarter son conjoint du bénéfice des droits viagers d'usage et d'habitation s'analyse ainsi comme une œuvre de transaction. Le législateur n'a pas voulu créer un droit intangible sur le logement et le mobilier le garnissant ; en revanche, il a souhaité rendre très difficile l'exhérédation de ce droit, celle-ci ne pouvant avoir lieu que par testament authentique. Reste que cette possibilité offerte au défunt dénature la finalité majeure de la réforme et tue l'essence même du droit au logement, surtout si l'acte de privation est inspiré d'une intention maligne⁹⁴⁰. Avec Monsieur BEIGNIER, il faut par conséquent conclure que si l'« *on comprend l'hésitation du législateur, néanmoins, la solution retenue risque bien d'être « la transaction*

⁹³⁸ V. *supra*, n°436.

⁹³⁹ Telle fut l'argumentation de Madame le Garde des Sceaux. J.O. Sénat, C.R., 30 octobre 2001, p. 4466.

⁹⁴⁰ V. P. CATALA, « Proposition de loi relative aux droits du conjoint survivant », J.C.P. 2001, éd. G, Aperçu rapide, p. 861 : « *l'intangibilité du droit au logement s'impose, elle est socialement plus importante encore que l'augmentation des droits successoraux ab intestat* ».

Supprimer la possibilité pour le défunt de priver son conjoint du droit viager au logement permettrait, en outre, de remédier à l'une des graves critiques qu'elle suscite. En effet, lorsque le logement est un bien commun ou indivis, l'article 764, alinéa 1^{er}, du Code civil conduit à ce que le défunt puisse ôter à son conjoint son droit de propriété, sauf à ce dernier à solliciter l'attribution préférentielle de droit, à condition qu'il ait les moyens de s'acquitter de la soulte éventuelle. « *Qu'est-ce qui pourrait justifier une règle aussi absurde et aussi injuste ?* », s'interroge Monsieur CASEY (« Commentaire de la loi du 3 décembre 2001 », R.J.P.F. février 2002, p. 9).

sans gloire » de cette loi, comme la situation de l'enfant adultérin, avait été celle de la loi de 1972 »⁹⁴¹.

460. Conclusion de la Section 2 – A l'exception de la possibilité offerte au *de cuius* d'écarter son conjoint du bénéfice des droits viagers d'habitation et d'usage sur le logement et les meubles le garnissant, laquelle devrait être supprimée, la mise en œuvre du minimum successoral garanti par la loi du 3 décembre 2001 au profit du conjoint survivant constitue un modèle. Ses qualités tiennent à l'esprit de transaction s'agissant de la définition du minimum successoral, qui combine maintien du cadre de vie et maintien de la subsistance entendue au sens strict, système pour besoins avérés et système pour besoins présumés. La qualité du modèle résulte également de l'absence de dénaturaison de l'institution de la réserve aux fins d'assurer l'intangibilité du minimum successoral.

Eu égard à ses qualités, la mise en œuvre du minimum successoral garanti du conjoint survivant pourrait ainsi, en droit prospectif, constituer le modèle du minimum successoral garanti au survivant des membres d'un couple, marié ou non.

461. Conclusion du Chapitre 2 – S'agissant de l'affectation à la soutenance après décès, la loi du 3 décembre 2001 a réalisé une avancée considérable du sort du conjoint survivant. L'affectation à la soutenance de ce dernier constitue désormais le droit commun de la liquidation par décès du couple marié. Pour autant, on peut regretter qu'une réflexion plus générale n'ait pas eu lieu, à cette occasion, relative au sort du survivant des membres d'un couple, marié ou non⁹⁴².

Les arguments à l'origine de l'octroi au conjoint survivant d'un minimum successoral garanti plaident en effet, pour la plupart d'entre eux, en faveur de la légitimité de l'octroi d'un tel droit au concubin survivant, partenaire d'un pacs ou non. Dès lors, dans une réflexion prospective, et sur le modèle mis en place par la loi du 3 décembre 2001, l'affectation à la soutenance pourrait être réalisée au profit du survivant des membres d'un couple non marié.

462. Sous réserve de quelques adaptations, les dispositions des articles 763 à 767 du Code civil pourraient ainsi figurer dans le Titre X du Code civil intitulé « Du couple », au sein de la Section 1^{ère} relative aux « Dispositions communes impératives », dans un

⁹⁴¹ « La loi du 3 décembre 2001 : achèvement du statut du logement familial », Dr. Fam. 2002, chr. n°5.

⁹⁴² D'autres sujets auraient également mérité d'être abordés, tel le droit des successions au sein des familles recomposées.

Paragraphe 3^{ème} consacré à la liquidation de la vie du couple en cas de décès. Ce dernier pourrait ainsi débiter par l'article suivant :

« Si, à l'époque du décès, le survivant des membres du couple occupe effectivement, à titre d'habitation principale, le logement affecté à la communauté de vie du couple, appartenant à ses deux membres ou dépendant totalement de la succession, il a de plein droit, pendant une année, la jouissance gratuite de ce logement, ainsi que du mobilier, compris dans la succession, qui le garnit. Si son habitation était assurée au moyen d'un bail à loyer, les loyers lui en seront remboursés par la succession pendant l'année, au fur et à mesure de leur acquittement.

L'attribution de ce droit est subordonnée à l'absence de rupture de la communauté de vie entre les membres du couple au jour du décès. Ce droit appartient cependant au conjoint successible, s'agissant du logement qu'il occupait effectivement, à titre d'habitation principale, à l'époque du décès.

Les droits prévus au présent article ne sont pas imposables au titre des droits de mutation à titre gratuit ».

463. Conclusion du Titre 2 – La liquidation de la vie du couple se prête, comme la période de la vie commune, à l'instauration d'un droit commun impératif applicable à tout couple, imposant à ses anciens membres une entraide minimale.

A l'issue de l'apurement des comptes, rendu nécessaire par l'imbrication des patrimoines, il est souvent possible d'observer une diminution du niveau de vie de l'un des anciens partenaires. Cette déperdition s'explique par la disparition de la contribution aux charges de la vie commune qui, volontaire ou légalement imposée, entraînait, d'une part, des économies d'échelle et, d'autre part, la communication du train de vie du membre le plus fortuné à son partenaire. Face au constat d'un déséquilibre économique, la question se posait alors de savoir si le membre du couple défavorisé pouvait revendiquer une aide de la part de son partenaire. La réponse s'est révélée positive : l'un des partenaires devrait pouvoir être contraint d'apporter un soutien minimum à son compagnon, indépendamment du fait que le couple ait été marié ou non.

464. La phase de liquidation met alors en relief le rôle de l'affectation des biens dans la recherche d'un droit commun impératif du couple. *A priori*, il pouvait paraître surprenant d'affirmer qu'en fonction de certains buts liés à la liquidation, les biens des anciens membres du couple soient frappés d'un régime juridique particulier par rapport aux autres biens de leur patrimoine. Il n'en est rien car les opérations de liquidation de la vie du couple ne conduisent pas nécessairement à rendre les membres de ce dernier étrangers l'un à l'autre. Au contraire, elles peuvent induire que l'un des anciens partenaires affecte certains de ses biens à la soutenance de l'autre. L'affectation à la soutenance pourrait ainsi constituer le fil directeur d'un droit commun impératif de la liquidation de la vie du couple.

Toutefois, les conditions d'attribution et les modalités de celle-ci devraient être envisagées différemment selon que la disparition du couple est consécutive à sa rupture ou au décès de l'un de ses membres. Dans l'une ou l'autre des hypothèses, il s'agit bien de reconnaître l'influence qu'exerce le passé de couple sur la situation présente et à venir de ses membres. Cependant, tandis que l'entraide après la rupture devrait s'inscrire dans une perspective purement indemnitaire, la soutenance permettant de réparer les conséquences inégalitaires des choix de vie du couple, l'entraide après le décès, lequel interrompt une union présumée harmonieuse contrairement à l'hypothèse précédente, s'entend d'un maintien du survivant dans son cadre de vie ainsi que du maintien de sa subsistance, indépendamment de la réunion des éléments d'une quelconque responsabilité civile.

465. Conclusion de la Partie 1 – « *L'indépendance est un mythe* » écrivait FLOUR : « *on ne peut avoir, à la fois, tous les bonheurs du monde, l'indépendance et l'amour* »⁹⁴³. L'étude de la vie en couple, puis de sa liquidation a ainsi révélé que l'indépendance dans le couple est un mythe, le souci de réaliser la solidarité au sein de cette structure sociale nécessitant parfois de porter atteinte à la liberté de ses membres⁹⁴⁴.

En droit positif, le couple engagé dans les liens du mariage ou du pacs est d'ores et déjà soumis à un certain nombre de dispositions impératives. L'étude de ces dispositions nous a alors conduit à envisager la consécration d'un droit commun impératif du couple. Sous l'égide d'une entraide minimale dans le couple, deux objectifs fondamentaux ont ainsi été dégagés, qui correspondent aux deux étapes chronologiques d'une union. Durant la vie en couple, l'entraide minimale devrait gouverner les règles d'affectation des biens du couple à la satisfaction des charges de la vie commune, dont la réunion formerait un droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple. Après la disparition du couple, les biens de l'un de ses membres pourraient, dans certaines conditions, être affectés à la soutenance de son partenaire. Les règles de l'affectation à la soutenance formeraient alors un droit commun imposé de la liquidation de la vie du couple.

La découverte d'un droit commun impératif du couple a ainsi fait apparaître que ce qui intéresse le droit, ce n'est pas seulement le couple « *face aux autres* », tels les créanciers, mais également le couple « *face à face* »⁹⁴⁵. Les dispositions d'un droit commun impératif de la vie en couple ne concerneraient en effet que rarement l'opposabilité du couple ; le plus souvent, elles intéresseraient les rapports des membres du couple entre eux, sous l'égide de l'entraide.

466. La proposition d'un droit commun imposé du couple, le plus souvent sur le modèle du droit commun imposé du couple marié, ne conduit toutefois pas à nier toute particularité au mariage. Ce dernier demeure l'union des personnes, ce qui entraîne l'application de règles propres, découlant de l'engagement de mariage lui-même. Nous espérons à cet égard avoir évité l'écueil d'un droit commun du couple qui nierait la spécificité de chacune de ses formes.

⁹⁴³ Cité par P. RUBELLIN, Régimes matrimoniaux et procédures collectives, Thèse Strasbourg III, 1999, p. 196, n°182.

⁹⁴⁴ Sur la difficile conciliation entre liberté, égalité et fraternité dans les réformes récentes du droit des personnes et de la famille, V. « Nouvelle personne, nouvelle famille ? », par les membres du C.E.R.F.A.P., Dr. Fam. 2003, chr. n°5.

⁹⁴⁵ J. HAUSER, « Rapport de synthèse », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 619.

La particularité du mariage n'autorise pas pour autant que lui soient réservées les règles de justice minimales d'organisation de la communauté de vie d'un couple ou de sa liquidation. Le concubinage n'est certes qu'un fait juridique⁹⁴⁶. Toutefois, compte tenu de l'ampleur du phénomène et des insuffisances du recours au droit commun, rien ne justifie que s'y développent des injustices. Tout couple, qu'un engagement juridique unisse ses membres ou non, a besoin d'un certain nombre de règles de justice minimales et impératives. A cet égard, l'hypothèse posée en introduction, au terme de laquelle le concubinage pourrait constituer un nouveau type de quasi-contrat, est peut-être artificielle. La source des obligations qui pourraient être imposées aux concubins simples n'est-elle pas en effet la loi « *ou plus largement le droit objectif, qui tient compte, pour les faire naître, non de ce qu'ont voulu les intéressés, mais de considérations objectives tirées de l'équité ou des besoins sociaux* »⁹⁴⁷ ?

En revanche, la spécificité du pacs paraît moins évidente dans le système proposé. Cette structure intermédiaire, à mi-chemin entre le couple marié et le couple de concubins simples, suscite même davantage de difficultés qu'elle n'en résoud. Le pacs pourrait cependant trouver sa place lorsque l'on se tourne vers des techniques qui ne sont plus impératives mais librement consenties.

467. Le droit commun impératif du couple ne rassemblerait en effet que quelques règles minimales. Sa consécration s'inscrirait ainsi dans un certain retour de l'ordre public, dont les dispositions impératives du pacs ou le minimum successoral garanti du conjoint survivant témoignent⁹⁴⁸. Le contexte de contractualisation du droit des personnes et de la famille ne peut cependant être nié⁹⁴⁹. En sus des règles d'entraide minimale, les membres d'un couple peuvent en effet choisir d'adopter des techniques, ou de se soumettre à des institutions, qui poursuivent d'autres objectifs, telle l'association à l'enrichissement l'un de l'autre. La question se pose alors de savoir si la réunion de ces techniques et institutions est susceptible, en droit prospectif, de former un droit commun du couple, non plus imposé mais négocié, favorisant une entraide maximale entre ses membres.

⁹⁴⁶ V. *supra*, n°18.

⁹⁴⁷ F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 1999, p. 879, n°950.

⁹⁴⁸ Sur la persistance de l'ordre public dans le droit des couples, V. J.-J. LEMOULAND, « Le couple en droit civil », *Dr. Fam.* 2003, chr. n°22.

⁹⁴⁹ V. D. FENOUILLET et P. DE VAREILLES-SOMMIERES (sous la dir. de), La contractualisation de la famille, Economica, 2001.

PARTIE 2. LA RECHERCHE D'UN DROIT COMMUN DU COUPLE FAVORISANT UNE ENTRAIDE MAXIMALE

468. L'étude de la coopération au sein des ménages a révélé une profonde et nécessaire convergence entre les différents couples, à tel point que quelques règles minimales d'entraide pourraient opportunément former un droit commun impératif du couple, indépendamment du statut de ce dernier. Au-delà de cette entraide minimale, il est également fréquent d'observer au sein de tout couple une solidarité renforcée qui se traduit par la participation de l'un de ses membres à l'enrichissement de l'autre.

Cette dernière est caractérisée si, dans le patrimoine de l'un des membres du couple, il peut être observé l'entrée d'une valeur économique, d'un gain pécuniaire appréciable en argent, qui provient de son partenaire. La participation à l'enrichissement se distingue en revanche de la communication du train de vie du plus fortuné des membres du couple à l'autre et, de manière générale, de tout enrichissement provenant des règles du droit commun impératif. Le transfert des richesses peut alors intervenir au cours de la vie en couple ou seulement à sa rupture ; un tel transfert ne peut cependant être évalué, à titre définitif, que postérieurement à la disparition du couple.

Le constat de ce second mouvement de convergence entre les différents couples soulève alors la question de l'existence d'un droit commun de la participation à l'enrichissement au sein du couple. Complémentaire d'un premier volet imposant une entraide minimale, un second volet du droit commun du couple pourrait ainsi rassembler les techniques offertes par la loi aux membres d'un couple afin de favoriser l'entraide maximale entre ces derniers. Réalisant une solidarité maximale, les règles ne seraient plus imposées mais librement choisies par les membres du couple. Leur réunion formerait alors un droit commun conventionnel du couple⁹⁵⁰.

469. De prime abord, l'existence d'un droit commun conventionnel favorisant l'entraide maximale dans le couple apparaît bien éloigné du droit positif. S'agissant de la

⁹⁵⁰ L'adjectif conventionnel est utilisé de préférence à celui de supplétif eu égard à l'ambiguïté que recèle ce dernier. En effet, l'adjectif supplétif devrait, en l'occurrence, être entendu comme synonyme de complémentaire, additionnel, et non comme supplétif de volonté, comme l'est le régime légal de communauté réduite aux acquêts. V. G. CORNU (sous la dir. de), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, P.U.F., 9^{ème} éd., 2002, V° *Supplétif*.

Sur le caractère supplétif de volonté de certaines techniques de participation à l'enrichissement, caractéristique de la faveur législative pour la participation à l'enrichissement lorsque le couple est marié, V. *infra*, n°692 et s.

participation à l'enrichissement, le droit positif consacre en effet une hiérarchie entre les différents couples. Au sommet de la hiérarchie se situe la participation à l'enrichissement au sein du couple marié, laquelle bénéficie de toute la faveur législative : régimes matrimoniaux caractérisés par l'affectation d'un certain nombre de biens à l'enrichissement du moins fortuné des époux, régime supplétif de volonté de la communauté réduite aux acquêts, droits successoraux *ab intestat* et, de manière générale, faveur civile et fiscale pour toute technique destinée à associer l'un des époux à la richesse de l'autre. Au milieu de l'échelle se trouve la participation à l'enrichissement entre les partenaires d'un pacs. Les partenaires sont en effet soumis à un système de présomptions d'indivision présentant des analogies avec la communauté. Ils n'héritent pas l'un de l'autre, mais bénéficient en revanche d'avantages fiscaux s'agissant des libéralités. Enfin, en bas de la hiérarchie, figurent les concubins simples, qui ne profitent d'aucune technique spécifique de participation à l'enrichissement, ni d'aucune faveur législative s'ils choisissent d'utiliser les techniques de participation à l'enrichissement du droit commun des actes juridiques.

470. En dépit de ce constat, il est possible de déceler un embryon de droit commun à travers les nombreuses tentatives de communautarisation au sein des couples non mariés, qu'il s'agisse de communautarisation au sens strict – création d'une masse commune – ou au sens participatif – techniques destinées à associer l'un des membres du couple à l'enrichissement de l'autre⁹⁵¹. La question se pose alors tout naturellement de savoir pour quelle raison la loi accorde essentiellement sa faveur à la participation à l'enrichissement au sein du couple marié. Il convient dès lors de vérifier si cette faveur trouve réellement son origine dans l'engagement de mariage ou si elle est, en réalité, justifiée par le fait que les parties forment un couple. Dans cette dernière hypothèse, la faveur législative ne devrait pas être réservée au couple marié mais bénéficier à tout couple, indépendamment de son statut.

La recherche d'un droit commun conventionnel du couple sera menée dans deux directions. En premier lieu, il s'agit d'étudier la possibilité, pour les membres d'un couple, d'opter pour un système optimal d'organisation de la participation à l'enrichissement. En d'autres termes, la question est celle de l'accès à un régime de participation à l'enrichissement (**TITRE 1.**). En second lieu, il convient d'envisager l'étendue des techniques de transfert de richesses, afin de mesurer les possibilités de choix des modalités de participation à l'enrichissement (**TITRE 2.**).

TITRE 1. L'accès à un régime de participation à l'enrichissement

TITRE 2. Le choix des modalités de participation à l'enrichissement

⁹⁵¹ Le terme n'existe pas dans le dictionnaire. Il est cependant parfois employé par la doctrine. V. par exemple, M. LAMARCHE, *Les degrés du mariage*, Thèse Bordeaux IV, 1997, p. 455, n°514.

TITRE 1. L'accès à un régime de participation à l'enrichissement

471. Le constat est fréquent : « *les concubins ont ceci de commun avec les époux séparés de biens, c'est que voulant théoriquement rester à comptes indépendants, ils n'ont en général cessé de multiplier les entreprises communes (comptes joints, achats en commun, sociétés, prêts) qui créent des situations inextricables faute de règles préalablement déterminées* »⁹⁵². Il existe cependant une différence fondamentale entre les concubins et les époux séparés de biens. Les premiers n'ont en effet aucunement la possibilité d'opter pour un régime matrimonial communautaire, ordonné à la participation à l'enrichissement, tandis que les époux séparés de biens ont délibérément exclu leur soumission à un tel régime. La multiplication de ces entreprises communes traduit incontestablement une aspiration communautaire des concubins. Il est alors nécessaire de s'interroger sur la raison pour laquelle les conditions optimales de participation à l'enrichissement sont, en droit positif, réservées au seul couple marié.

472. Le droit civil français offre en effet au couple marié plusieurs régimes, qualifiés de matrimoniaux, permettant aux époux de soumettre par avance leurs relations patrimoniales à un système d'affectation des biens de l'un à l'enrichissement de l'autre⁹⁵³. Schématiquement, il est possible d'en distinguer deux types. Le régime de communauté se caractérise par la création d'une masse commune aux époux qui sera partagée en deux parts à la dissolution du régime, indépendamment des apports respectifs des époux à la masse commune. La spécificité d'un tel régime réside, par conséquent, dans l'affectation en nature des biens des époux à l'enrichissement du moins fortuné d'entre eux. Le régime de participation aux acquêts se caractérise, à l'inverse, par une affectation en valeur des biens de l'époux le plus fortuné à l'enrichissement de l'autre. A la dissolution du régime, la balance est en effet effectuée entre les montants de l'enrichissement de chacun des conjoints, à l'issue de laquelle l'époux s'étant le moins enrichi devient créancier de la moitié de l'enrichissement de son conjoint. Sur la base de ces deux types de régime, les conjoints disposent d'une marge de liberté pour aménager l'étendue de l'affectation à l'enrichissement.

⁹⁵² J. HAUSER, obs. sous Limoges, 20 avril 1995, R.T.D. Civ. 1995, p. 867, n°9.

⁹⁵³ Au sein des différentes techniques de participation à l'enrichissement, les régimes matrimoniaux communautaires peuvent être qualifiés de systèmes d'affectation car leurs règles font réellement peser sur les biens une charge, aux fins de satisfaire à la finalité de la participation à l'enrichissement. Sur la définition de l'affectation, V. *supra*, n°41.

473. En pratique, plus de 90 % des couples mariés sont soumis au régime de communauté et, pour la plupart, au régime légal de la communauté réduite aux acquêts⁹⁵⁴. Il est fréquemment souligné, en outre, que ce dernier constitue le modèle attractif du phénomène de mise en commun des biens dans les couples non mariés⁹⁵⁵.

Indéniablement, la communauté séduit. Sans pour autant occulter l'existence de la participation aux acquêts, seconde catégorie de régime matrimonial d'affectation à l'enrichissement, il est nécessaire, dans un premier temps, de s'interroger sur les motifs de l'attraction du modèle de communauté (**Chapitre 1.**). Eu égard à ses vertus, il est alors envisageable d'en élargir le recours au couple non marié. Les attraits de la communauté ne devant cependant pas en faire oublier les dangers, des améliorations pourraient également lui être apportées. Dans un second temps, la question sera donc celle de l'adaptation du modèle de communauté (**Chapitre 2.**).

Chapitre 1. L'attraction du modèle de communauté

Chapitre 2. L'adaptation du modèle de communauté

⁹⁵⁴ A. BARTHEZ et A. LAFERRERE, « Contrats de mariage et régimes matrimoniaux », *Economie et statistique* 1996, n°296-297, p. 127.

⁹⁵⁵ P. SIMLER, « L'indivision entre époux séparés de biens, une quasi-communauté », *in Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec, 1993, p. 461 ; P. CATALA, « L'indivision entre époux », *in Mélanges offerts à P. Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 185 ; A. BOLZE, « Les rapports patrimoniaux des couples en dehors de la communauté légale », *Dr. Fam.* 2001, chr. n°5.

Chapitre 1. L'attraction du modèle de communauté

474. Le modèle de communauté⁹⁵⁶ séduit pour deux raisons principales. En premier lieu, le régime matrimonial communautaire parvient à conjuguer les trois objectifs possibles de la constitution de biens communs : organiser la vie en couple, résoudre les difficultés de preuve de propriété et associer l'époux le moins fortuné à l'enrichissement de son conjoint. En second lieu, le régime de communauté se caractérise par des règles de fonctionnement à l'état d'achèvement quasi-parfait, qui aménagent, notamment, le difficile équilibre entre indépendance et interdépendance des membres de l'union matrimoniale durant la vie en couple.

475. D'utilisation fréquente au sein des couples sans communauté, séparés de biens ou non mariés, des techniques puisées dans le droit commun de la propriété collective tentent de recréer une masse commune entre les membres des couples visés. Il en est ainsi principalement de l'indivision et de la société. Incontestablement, il existe des points communs entre communauté, société et indivision dans la mesure où ces trois figures dominantes de la propriété collective mettent en présence une pluralité de sujets exerçant des droits de même nature sur un objet commun et ayant vocation à le partager tôt ou tard. D'origine commune, visant à organiser des communautés d'intérêts, communauté, indivision et société comportent, de ce fait, des règles communes ou comparables⁹⁵⁷. Les trois institutions se distinguent cependant par le but qu'elles poursuivent et l'orientation finalisée de leurs règles⁹⁵⁸. La description des attraits de la communauté permet ainsi de souligner le

⁹⁵⁶ Les expressions « *modèle de communauté* » ou « *régime de communauté* » seront, à dessein, employées au singulier afin de souligner la profonde unité entre les différents régimes de communauté, réduite aux acquêts, de meubles et acquêts et universelle. L'analyse des textes du Code civil conduit en effet à ne voir qu'un régime de communauté, dont la communauté réduite aux acquêts constitue le modèle de base, susceptible de variantes. Le chapitre II du titre V du livre III du Code civil, intitulé « Du régime de communauté », comprend ainsi deux subdivisions respectivement consacrées à la communauté légale et à la communauté conventionnelle. En ce sens, F. TERRE et P. SIMLER, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 197, n°264.

⁹⁵⁷ Il en est ainsi de la contribution aux pertes ou encore de l'égalité de ses participants, tant pour la jouissance que pour la gestion des biens affectés à la communauté d'intérêts. Sur cette idée, V. la démonstration très convaincante de Monsieur DELHAY : La nature juridique de l'indivision. Contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de société civile et de personnalité morale, L.G.D.J., 1969. V. aussi P. CATALA, Famille et patrimoine, P.U.F., Doctrine juridique, 1^{ère} éd., 2000, p. 109.

⁹⁵⁸ La communauté est ainsi irréductible à un mécanisme connu. On peut certes comparer la communauté à l'indivision et qualifier la communauté d'indivision *sui generis* organisée par la loi pour qu'elle satisfasse aux finalités qui lui sont assignées. Cependant les différences sont trop profondes avec l'indivision. Le seul véritable point commun entre les deux institutions est l'existence d'une propriété collective. Ainsi, « *dire que la communauté est une indivision organisée, c'est reconnaître qu'elle est autre chose que l'indivision, au sens*

caractère unique de cette institution qu'aucune technique alternative de communautarisation ne parvient à égaler. En d'autres termes, un droit commun de la participation à l'enrichissement au sein du couple n'existe, en droit positif, qu'à l'état d'ébauche. Aucun de ses procédés alternatifs ne parvient en effet à combiner l'attrait des finalités de la communauté (**Section 1.**) et l'attrait de son fonctionnement (**Section 2.**).

Section 1. L'attrait des finalités de la communauté

Section 2. L'attrait du fonctionnement de la communauté

*qu'a ce mot dans le Code civil. On ne parvient pas vraiment à faire entrer la communauté dans une catégorie juridique préétablie, dès lors que, pour ce, on commence par modifier la catégorie prétendument choisie comme terme de référence. (...) Certes, il existe entre les institutions d'indiscutables « airs de famille ». Mais on ne saurait confondre des cousins et des frères jumeaux » (J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 237, n°248). Le même raisonnement peut être conduit s'agissant de la comparaison de la communauté avec la société. Il existe des ressemblances tenant essentiellement dans la propriété collective orientée dans un but déterminé. Néanmoins, les différences sont telles que qualifier la communauté de société revient à dénaturer les deux institutions. V. *infra*, n°600 et s.*

Section 1. - L'attrait des finalités de la communauté

476. Par la détermination d'une masse commune et, par voie de conséquence, de biens propres à chacun des époux, le régime de communauté permet de résoudre les difficultés de preuve de la propriété des biens, parfois rendue incertaine du fait de la confusion matérielle engendrée par la communauté de vie. Cette finalité non négligeable n'est cependant pas la plus caractéristique. D'autant que l'indivision est parfaitement capable d'assumer ce rôle, ainsi que le contentieux entre époux séparés de biens ou entre concubins en témoigne⁹⁵⁹.

La constitution d'une masse commune permet en effet au régime de communauté de réaliser deux autres finalités caractéristiques, l'une d'elles étant souvent occultée par l'autre. Monsieur CORNU définit ainsi la communauté comme « *le régime matrimonial dans lequel tout ou partie des biens des époux forme une masse commune destinée à être partagée entre les époux ou leurs héritiers lors de la dissolution de la communauté* »⁹⁶⁰. Cette définition met l'accent sur le sort de la masse commune à la dissolution du couple, c'est-à-dire sa vocation à être partagée. Cette définition néglige cependant le fait que la communauté n'est pas seulement une technique destinée à liquider la vie du couple marié, mais également une technique d'organisation de la vie en couple. La communauté fait en effet peser sur les biens communs une charge pendant toute la durée du régime, ces derniers étant affectés au paiement de toutes les dépenses nées pendant la vie du régime.

L'identification des finalités du régime de communauté conduit alors à nuancer le rapprochement entre la communauté et les techniques de propriété collective du droit commun, d'utilisation fréquente au sein des couples sans communauté. S'il est possible d'observer un parallèle s'agissant de l'affectation des biens mis en commun à l'enrichissement de l'un des partenaires, aucune similitude ne peut en revanche être observée s'agissant de l'affectation des biens mis en commun au paiement des dépenses nées durant la vie commune. La communauté est donc la seule institution qui conjugue, grâce à la constitution d'une masse commune aux époux, les deux principes participatifs, souvent considérés comme essentiels dans la vie en couple : d'une part, la participation aux dépenses nées durant la vie en couple – l'affectation des biens communs au budget des époux (§ 1.) –

⁹⁵⁹ Sur la proposition de créer une masse ménagère indivise, rassemblant les biens acquis conformément à l'obligation de contribution aux charges de la vie commune, V. *supra*, n° 129.

⁹⁶⁰ *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 9^{ème} éd., 2002, V° *Communauté*.

et, d'autre part, la participation à l'enrichissement de son conjoint – l'affectation des biens communs à l'enrichissement de l'époux le moins fortuné (§ 2.).

§ 1. *L'affectation des biens communs au budget des époux*

477. On a dit de l'entrée en communauté des biens des époux qu'elle se traduit par un « *effacement de la propriété privative* »⁹⁶¹. Pendant toute la durée du régime, la question de la propriété semble en effet absorbée dans une question de pouvoirs, pouvoirs de chacun des époux, d'une part, et pouvoirs de leurs créanciers, d'autre part⁹⁶². L'étude des pouvoirs des créanciers sur les biens communs révèle que ces derniers sont destinés à répondre de toutes les dettes des époux nées durant le régime. Autrement dit, les biens communs sont affectés au budget des époux⁹⁶³.

Plus précisément, les règles relatives au passif pesant sur les biens communs visent à concilier deux objectifs distincts, dont nous constaterons qu'ils sont l'un et l'autre absents des techniques alternatives de communautarisation que sont l'indivision et la société. En premier lieu, la masse commune est destinée à répondre, à titre définitif, de toutes les dettes vouées au ménage. Pour autant, le législateur n'a pas souhaité que les biens communs soient exclusivement affectés au paiement des dépenses du ménage, et ce, afin de préserver le crédit des époux. C'est la raison pour laquelle la masse commune est également, en second lieu, destinée à répondre de toute dette née au cours du régime, indépendamment de sa finalité. A ces objectifs s'en ajoute un troisième : la corrélation entre pouvoirs de gestion active et pouvoirs de gestion passive. Le législateur a en effet ambitionné, dans la mesure du possible, une corrélation entre les pouvoirs reconnus à un époux sur des biens et la

⁹⁶¹ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome 8, *Les régimes matrimoniaux*, Première partie, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1957, par J. BOULANGER, p. 333, n°156-2.

⁹⁶² Ce qui permet à certains auteurs d'affirmer qu'il n'existe pas, pendant le mariage, un ensemble indépendant et autonome de biens qui demeure nettement séparé du patrimoine de chacun des époux : « *au sens précis du terme, la masse commune n'est formée qu'après la dissolution du régime, une fois que la liquidation des reprises et des récompenses a permis le regroupement et la reconstitution des biens propres à chaque époux : les biens communs sont composés de ce qui reste* ». Ainsi, « *c'est en somme par anticipation que l'on parle de masse commune, tant que la communauté n'est pas dissoute. Jusque là, la communauté désigne une catégorie de biens, soumise à un statut spécial* » (M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, resp. p. 319, n°153-3, p. 321, n°153).

Contra, J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 240, n°250 : « *il est très discutable de ne faire naître le droit des époux sur la communauté qu'au moment de la dissolution, ce qui évoque l'idée de communauté différée et revient à définir le régime en fonction du seul mode de gestion des biens* ».

⁹⁶³ Le terme budget désigne, en principe, un acte prévisionnel destiné à chiffrer les dépenses et les recettes, notamment de la famille. V. Dictionnaire Robert, V° *Budget*. S'agissant de la communauté, l'affectation des biens communs au budget des époux n'équivaut pas à un état de prévision chiffré de leurs dépenses et de leurs recettes, mais à un état de prévision des biens qui répondront de leurs dettes.

possibilité d'engager ces biens pour répondre des dettes qu'il a fait naître⁹⁶⁴. Combiner ces trois objectifs relevait du défi, que le législateur a résolu en faisant prévaloir les deux premiers sur le troisième. Ainsi, l'affectation des biens communs au budget des époux justifie parfois des dérogations au principe de la corrélation entre la gestion active et la gestion passive des biens communs.

Quant à l'affectation des biens communs au budget des époux, le législateur en a concilié les deux volets en distinguant, d'une part, l'obligation à la dette, dont les règles mettent en œuvre l'affectation provisoire des biens communs au crédit des époux (A.) et, d'autre part, la contribution à la dette, dont les dispositions organisent l'affectation définitive des biens communs aux dépenses d'intérêt commun (B.).

A. L'affectation provisoire des biens communs au crédit des époux

478. Dans le dessein d'assurer le crédit le plus étendu tout à la fois au ménage et à ses membres, le Code civil prévoit que chacun des époux engage, pour les dettes nées de son chef postérieurement à la naissance du régime de communauté, ses biens propres et les biens communs, sans qu'il y ait lieu de distinguer, à ce stade de l'obligation à la dette, selon que la dette est destinée ou non à l'entretien du couple. La communauté, en ce qu'elle réalise une affectation maximale des biens communs au crédit du couple, apparaît alors comme une institution unique. En effet, les règles du passif commun provisoire (1.) ne trouvent pas d'équivalent dans les techniques alternatives de communautarisation que connaissent les couples sans communauté (2.).

1. Les règles du passif commun provisoire

479. Le principe de l'engagement de la totalité des biens communs pour répondre des dettes nées au cours du régime (a) connaît néanmoins d'opportunes exceptions, visant à protéger le patrimoine commun du couple (b).

⁹⁶⁴ Administrer, c'est – entre autres – contracter des dettes. Dès lors, le pouvoir d'administrer, voire de disposer de certains biens, entraîne celui de les engager par ses dettes. Réciproquement, le défaut de pouvoir pour administrer s'accompagne du défaut de pouvoir pour engager. En ce sens, G. CORNU, Les régimes matrimoniaux, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 9^{ème} éd., 1997, n°55, p. 318, qui parle de « *gestion passive concurrente généralisée* », « *face passive de l'unité de la communauté, dont le pouvoir d'administration lato sensu constitue la face active* ». Sur la corrélation pouvoir/responsabilité, réel principe gouvernant la responsabilité patrimoniale, V. B. FROMION-HEBRARD, « Plaidoyer pour une nouvelle approche juridique du patrimoine », P.A. 19 mai 2000, n°100, p. 30.

a). Le principe de l'engagement des biens communs

480. Le principe selon lequel « *le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs* » (C. civ., art. 1413) satisfait de façon maximale les exigences du crédit. En premier lieu, l'engagement de l'ensemble de la masse commune pourvoit en crédit le ménage. Les créanciers ménagers, rassurés par l'étendue de leur gage, accordent en effet le crédit nécessaire aux époux pour leurs dépenses d'entretien ou celles de leurs enfants. En second lieu, l'engagement des biens communs satisfait le besoin de crédit de chacun des époux pour ses dépenses personnelles ou professionnelles. L'engagement des biens communs vaut en effet pour toutes les dettes « *pour quelque cause que ce soit* » (C. civ., art. 1413), légales ou volontaires, délictuelles ou contractuelles. La communauté sert ainsi de banque aux époux, et ce, pendant toute la durée du régime⁹⁶⁵.

481. La seule limite à la poursuite des biens communs tient à l'insaisissabilité des gains et salaires du conjoint du débiteur (C. civ., art. 1414).

Le sort particulier fait à cette catégorie de biens communs que sont les revenus du travail⁹⁶⁶ est conforme à la règle impérative de la libre-administration et de la libre-disposition des gains et salaires (C. civ., art. 223), laquelle serait dépourvue d'effet si un époux pouvait engager les gains et salaires de son conjoint avant même qu'ils fussent perçus. La corrélation entre les pouvoirs de gestion active et les pouvoirs de gestion passive joue ainsi pleinement.

Toutefois, l'exclusion des gains et salaires du conjoint du débiteur du gage des créanciers se justifie principalement par la volonté de conserver au ménage un minimum de ressources destinées à assurer sa subsistance. L'idée d'un minimum garanti est du reste présente au sein du décret relatif à la confusion des sommes sur un compte bancaire alimenté par les gains et salaires du conjoint du débiteur, qui prévoit de laisser à la disposition du conjoint du débiteur l'équivalent d'un mois de salaire (D. 31 juillet 1992, pris pour l'application de l'article 1414, alinéa 2, du Code civil). Compte tenu de cet objectif, c'est donc dans un sens restrictif qu'il convient d'interpréter le renvoi de l'article 1414, alinéa 1^{er}, du Code civil à l'article 220 du même code, seules les dettes ménagères solidaires engageant, par exception, les gains et salaires du conjoint du débiteur⁹⁶⁷.

⁹⁶⁵ En ce sens, B. BEIGNIER, *Les régimes matrimoniaux*, P.U.F., Coll. Que sais-je ?, 1^{ère} éd., 1994, p. 60 : « *la communauté n'est en quelque sorte que la banque domestique des époux : elle fait l'avance* ».

⁹⁶⁶ Sur la qualification commune des gains et salaires et leur régime juridique particulier, V. *infra*, n°534

⁹⁶⁷ En ce sens, J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 430, n°452 ; A. COLOMER, *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, Litec, 11^{ème} éd., 2002, p. 458, n°834 ; *Contra*,

482. L'interprétation *a contrario* de l'article 1414 du Code civil, qui prévoit l'insaisissabilité des gains et salaires d'un époux par les créanciers de son conjoint, conduit à rendre saisissables tous les autres biens communs, ce qui inclut des biens sur lesquels l'époux débiteur n'a aucun pouvoir, par dérogation à la règle de la corrélation entre la gestion active et passive des biens communs.

Il en est ainsi, tout d'abord, des revenus des biens propres du conjoint du débiteur⁹⁶⁸. Dans la mesure où les revenus du capital propre ne représentent au mieux, pour la majorité des couples, qu'une source de revenus d'appoint, ils ne revêtent pas le caractère alimentaire des gains et salaires, qui justifie leur insaisissabilité. La dérogation au critère de répartition des pouvoirs s'explique ainsi par l'objectif de crédit assigné à la masse commune, sans que le souci de conserver au couple un minimum de ressources mensuelles n'impose d'y apporter un tempérament⁹⁶⁹.

Il en est de même, ensuite, des biens communs affectés à l'exercice de la profession séparée du conjoint. Si l'article 1421, alinéa 2, du Code civil confère un monopole à chaque époux pour les actes d'administration et de disposition nécessaires à l'exercice de sa profession séparée, ce texte ne règle qu'une question de pouvoirs de gestion active et n'érige pas ces biens en patrimoine d'affectation. Les biens communs nécessaires à l'exercice de la profession séparée ne forment pas le gage exclusif des créanciers professionnels de l'époux ; ils peuvent donc être appréhendés par les créanciers de son conjoint. Le refus de réserver un sort particulier aux biens professionnels s'explique sans doute par la difficulté d'isoler avec suffisamment de précision une masse de biens professionnels. Tel serait notamment le cas dans les ménages d'artisans ou de commerçants qui possèdent souvent des biens qu'ils affectent à la fois à l'usage professionnel et à l'usage familial. Pour autant, cette solution présente le risque, pour l'époux professionnel, de voir les biens nécessaires à l'exploitation du fonds saisis par les créanciers de son conjoint, risque qui ne peut être prévenu que par la constitution de sociétés. Or, bien souvent, ces sociétés ne revêtent aucun des critères ni de la société, ni de la personnalité morale. Elles peuvent donc aisément être qualifiées de pseudo-

M. GRIMALDI (sous la dir. de), Droit patrimonial de la famille, Dalloz Action, 2001-2002, p. 188, n°816 ; F. TERRE et P. SIMLER, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 333, n°420 ; R. CABRILLAC, « Les restrictions au droit de poursuite des créanciers dans le régime de la communauté légale », Droit et patrimoine n°50, juillet-août 1997, p. 56.

Sur l'interprétation différente du renvoi fait par l'article 1409 du Code civil à l'article 220 du même code, V. *infra*, n°497.

⁹⁶⁸ Sur la nature commune des revenus des biens propres, V. *infra*, n°534.

⁹⁶⁹ En ce sens, M. GRIMALDI, *op. cit.*, p. 184, n°797.

En outre, contrairement aux gains et salaires, il serait très difficile de dégager un critère quantitatif permettant de distinguer, parmi les revenus du capital propre, ceux d'entre eux qui seraient saisissables, le critère de l'économie paraissant à cet égard fuyant. En faveur de la saisissabilité limitée aux revenus économisés des biens propres, J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 422, n°442.

patrimoines d'affectation aux visées exclusivement protectrices. C'est déjà apercevoir les risques que le caractère maximal de l'affectation des biens communs au crédit des époux recèle, lequel a conduit le législateur à poser des exceptions au principe de l'engagement des biens communs.

b). Les exceptions à l'engagement des biens communs

483. En premier lieu, le pouvoir d'engager la communauté n'appartient à chaque époux qu'à la condition de s'abstenir de fraude (C. civ., art. 1413 *in fine*). Parallèle à celle qui pèse sur la gestion active des biens affectés, cette réserve permet de sanctionner le détournement de pouvoir de l'époux qui engage sciemment les biens affectés, par des dettes fictives ou faussement causées, au mépris de l'intérêt commun. Malgré la solution contraire adoptée par la jurisprudence⁹⁷⁰, il résulte de la lettre de l'article 1413 que la sanction de la fraude est l'inopposabilité, le paiement d'une dette frauduleuse pouvant toujours être poursuivi sur les biens propres et les revenus de l'époux débiteur⁹⁷¹.

484. En second lieu, l'engagement de la communauté est exclu pour un certain nombre d'actes, en raison de la dangerosité qui les caractérise, d'une part, ou du caractère certain de leur défaut d'affectation à l'intérêt commun, d'autre part.

S'agissant des premiers, l'article 1415 du Code civil, interprété par la jurisprudence dans un sens très protecteur de la masse commune⁹⁷², prévoit qu'aucun époux ne peut, à lui-seul,

⁹⁷⁰ V. par exemple Civ. 1^{ère} 31 janvier 1984, Bull. civ. I, n°38.

⁹⁷¹ En ce sens, F. TERRE et P. SIMLER, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 339, n°424 ; G. CORNU, Les régimes matrimoniaux, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 9^{ème} éd., 1997, n°56, p. 320. *Contra*, H. LECUYER, La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille, Thèse Paris II, 1993, p. 284.

⁹⁷² La Cour de cassation réaffirme ainsi périodiquement que l'article 1415 du Code civil empêche d'inscrire une hypothèque judiciaire sur un immeuble commun lorsqu'un cautionnement ou un emprunt a été conclu par un époux seul. V. en dernier lieu, Civ. 1^{ère} 15 mai 2002, J.C.P. 2002, éd. G, I, 167, n°3, obs. P. SIMLER.

L'article 1415 est applicable au cautionnement réel : Civ. 1^{ère} 26 mai 1999, R.T.D. Civ. 2000, p. 391, obs. B. VAREILLE, Dr. Fam. 1999, comm. n°84, note B. BEIGNIER, Defrénois 2000, art. 37145, p. 439, n°23, obs. G. CHAMPENOIS, D. 2000, 703, note V. BREMOND ; Civ. 1^{ère} 25 janvier 2000, J.C.P. 2000, éd. G, I, 245, n°16, obs. P. SIMLER ; Civ. 1^{ère} 15 mai 2002, J.C.P. 2002, éd. G, I, 167, n°3, obs. P. SIMLER, Defrénois 2002, art. 37611, p. 1322, n°83, obs. G. CHAMPENOIS, D. 2002, 1781, note C. BARBEROT, Dr. Fam. 2002, comm. n°9, note B. BEIGNIER, J.C.P. 2002, éd. G, II 10119, concl. C. PETIT et note S. PIEDELIEVRE ; R.T.D. Civ. 2003, p. 338, n°1, obs. B. VAREILLE.

La jurisprudence donne également une interprétation extensive de l'emprunt. Ainsi, l'article 1415 est applicable au découvert en compte courant : Civ. 1^{ère} 6 juillet 1999, R.T.D. Civ. 2000, p. 388, obs. B. VAREILLE, D. 2000, 421, note R. LE GUIDE, J.C.P. 2000, éd. G, II, 10237, note J. CASEY. Il importe peu, à cet égard, que le crédit n'émane pas d'un établissement bancaire. Pour une application à un crédit consenti par découvert en compte courant d'associé coopérateur, V. Angers, 11 décembre 2001, Dr. Fam. 2003, comm. n°3, note B. BEIGNIER.

engager les biens communs par un cautionnement ou un emprunt. Pour ne pas porter atteinte à la liberté professionnelle de chacun, la validité de ces actes ne dépend pas du consentement des deux conjoints ; seule l'étendue du gage varie. L'époux qui a contracté seul un cautionnement ou un emprunt est donc personnellement engagé sur ses biens propres et ses revenus, à l'exception des autres biens communs⁹⁷³. Ces derniers ne seront engagés que si son conjoint y consent.

Une dernière exception est posée au principe d'engagement de la totalité des biens communs par les articles 1410 et 1411, alinéa 1^{er}, du Code civil, aux termes desquels les dettes personnelles d'un époux que sont les dettes antérieures au mariage et celles dont se trouvent grevées les successions ou libéralités qui lui échoient pendant le mariage ne peuvent être poursuivies que sur les biens propres de l'époux débiteur ainsi que sur ses revenus. S'agissant de ces dettes, il apparaît en effet certain qu'elles sont affectées à l'actif propre, ne serviront pas l'intérêt commun et que les créanciers en ont nécessairement connaissance⁹⁷⁴.

485. Aucune des règles précédemment étudiées ne trouve d'équivalent dans les techniques alternatives de communautarisation.

2. *L'absence d'équivalent dans les techniques alternatives de communautarisation*

486. L'étude des règles du passif pesant sur les biens mis en commun par les couples sans communauté révèle que seule cette dernière institution poursuit l'objectif

Un arrêt récent a affirmé le caractère impératif de l'article 1415 et son application au régime de communauté universelle : Civ. 1^{ère} 3 mai 2000, Defrénois 2000, art. 37242, n°82, p. 1185, obs. G. CHAMPENOIS ; J.C.P. 2001, éd. N, p. 26, note J. CASEY ; D. 2000, 546, note J. THIERRY.

Enfin, lorsque le compte objet de la saisie est alimenté par les revenus du débiteur mais également par les gains et salaires de son conjoint, il incombe au créancier soumis à l'article 1415 d'identifier les revenus de son débiteur. A défaut, le compte n'est pas saisissable. Compte tenu de la difficulté à rapporter cette preuve, cette solution aboutit, en pratique, à l'insaisissabilité des revenus du débiteur versés sur un compte, dès lors que ce compte est alimenté par d'autres sommes : Civ. 1^{ère} 3 avril 2001, J.C.P. 2002, éd. G, II, 10080, note C. BOURDAIRE, Defrénois 2001, art. 37406, n°78, p. 1129, obs. G. CHAMPENOIS, R.T.D. Civ. 2001, p. 943, n°2, obs. B. VAREILLE.

⁹⁷³ Réserve faite des emprunts de sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante, lesquels entraînent la solidarité des époux, aux termes de l'article 220, alinéa 3, du Code civil.

⁹⁷⁴ L'engagement des revenus de l'époux, dérogatoire à la règle de corrélation entre l'actif et le passif propre, ne se justifie donc que par le souci de protéger les créanciers personnels du débiteur, qui comptent naturellement sur l'alimentation de leur gage par les revenus du débiteur.

L'article 1411, alinéa 2, du Code civil prévoit en outre que, lorsque les meubles sont confondus, de sorte que les biens propres ne peuvent être distingués des biens communs, le créancier peut poursuivre le paiement de sa dette sur la communauté. Il résulte d'un arrêt récent que la charge de la preuve de l'existence d'un mobilier propre pèse sur l'époux débiteur et non sur le créancier poursuivant : Civ. 1^{ère} 16 mai 2000, Defrénois 2000, art. 37242, p. 1181, n°80, obs. G. CHAMPENOIS ; R.T.D. Civ. 2001, p. 423, n°5, obs. B. VAREILLE.

d'assurer un crédit étendu à ses membres⁹⁷⁵. Aucune des règles précédemment étudiées ne trouve en effet d'équivalent ni dans l'indivision (a), ni dans la société entre les membres d'un couple sans communauté (b).

a). L'indivision entre les membres d'un couple sans communauté

487. En aucun cas, l'indivision rencontrée dans les couples sans communauté ne constitue une technique d'affectation au crédit.

En effet, l'affectation au crédit suppose, en premier lieu, que les tiers aient connaissance de l'existence de biens indivis. Or, dans la plupart des cas, les membres d'un couple sans communauté n'ont pas eux-mêmes conscience de l'existence de biens indivis⁹⁷⁶. En outre, s'agissant de l'indivision dans le pacs, les tiers devraient avoir des difficultés pour connaître la consistance du patrimoine de leur débiteur⁹⁷⁷.

En second lieu, en admettant même la connaissance des tiers, les biens indivis ne sont pas affectés au crédit de leurs propriétaires comme le sont les biens communs car seuls les créanciers de l'indivision possèdent la garantie de pouvoir saisir et faire vendre les biens indivis, les autres créanciers devant se contenter de provoquer le partage afin de se payer sur la seule part de leur débiteur. Or, les créanciers de l'indivision sont limitativement définis par la loi comme ceux qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eut indivision, et ceux dont la créance est née de l'indivision, notamment par suite d'actes de conservation ou de gestion des biens indivis (C. civ., art. 815-17, al. 1^{er}). La solution selon laquelle le créancier qui a tous les coïndivisaires comme débiteurs solidaires, n'est pas tenu de

⁹⁷⁵ La tontine doit être exclue du champ de comparaison dans la mesure où l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale de ses règles de fonctionnement a conduit à déclarer insaisissable le bien acquis en tontine. V. *supra*, n°255.

⁹⁷⁶ Il en est ainsi, en particulier, lorsque l'indivision n'existe qu'à défaut de preuve de la propriété exclusive de l'un des membres du couple.

⁹⁷⁷ L'article 515-3, alinéa 2, du Code civil dispose que la convention de pacs est opposable aux tiers dès que le pacs a été enregistré au greffe du tribunal d'instance de la résidence commune des partenaires. A cette occasion, le greffier vise et date les exemplaires de la convention puis les restitue à chacune des parties sans en conserver la trace. Il n'y a pas de publicité de la convention comme pour le contrat de mariage, noté en marge de l'acte d'état civil. En outre, le droit de communication aux créanciers est restreint, qu'il s'agisse des informations nominatives sur les partenaires ou des renseignements délivrés (V. *supra*, n°178). Les créanciers ne sont donc pas forcément informés de l'existence du pacs et, s'ils le sont, auront des difficultés à connaître le nom du partenaire de leur débiteur, ainsi que les droits de chacun sur les biens.

A ce problème s'ajoute celui de l'instabilité du patrimoine des partenaires d'un pacs. Le débiteur peut en effet lui-même ignorer, d'une part, l'existence de dettes souscrites par son partenaire, l'engageant solidairement (dettes de l'article 515-4, alinéa 2) ou conjointement (passif de l'indivision) et, d'autre part, l'étendue de son actif, s'il n'a pas connaissance des acquisitions faites par son partenaire et de l'exclusion ou non de la présomption d'indivision. Du reste, même si le bien est indivis, il est toujours possible au partenaire qui l'a intégralement financé de réclamer à l'autre le remboursement du montant de sa part (V. *infra*, n°508).

provoquer le partage du bien indivis sur lequel s'exerce la poursuite⁹⁷⁸, conduit cependant à nuancer le propos. Toutes les fois où les concubins sont tenus solidairement, le créancier pourra en effet saisir les biens indivis. Or, le cas devrait être fréquent, ne serait-ce qu'en application de l'article 515-4, alinéa 2, du Code civil, qui impose une solidarité légale étendue aux partenaires d'un pacs⁹⁷⁹. Dans ces hypothèses, aucun dispositif comparable à celui de l'article 1415 du Code civil ne protège alors les coïndivisaires.

Sous cette réserve, les biens indivis entre les membres d'un couple sans communauté ne sont pas affectés au crédit de leurs propriétaires comme le sont les biens communs dans un régime de communauté.

488. A cet égard, l'indivision post-communautaire ne présente pas de spécificité : les biens qu'elle inclut ne sont pas davantage affectés au crédit du couple. Si les dettes des indivisaires nées avant la dissolution de la communauté peuvent être recouvrées par prélèvement sur les biens indivis, c'est uniquement en application du droit commun de l'indivision aux termes duquel font partie des créanciers de l'indivision les créanciers qui auraient pu agir sur lesdits biens avant la naissance de l'indivision. Du reste, l'absence d'affectation au crédit des époux des biens de l'indivision post-communautaire n'est pas surprenante. En effet, si la dissolution de la communauté a pour cause le divorce, la séparation de corps, l'absence ou le décès de l'un, la cessation de toute communauté d'intérêts entraîne naturellement celle de l'affectation au crédit des époux. De même, si la dissolution de la communauté a pour cause la séparation de biens poursuivie en justice par l'un des époux, les règles de l'affectation au crédit des époux ne sauraient alors être maintenues tant elles sont susceptibles de mettre en péril les intérêts de l'époux demandeur. Enfin, dans l'hypothèse où les époux ont choisi de changer de régime matrimonial et ont opté pour un régime séparatiste, ils ont eux-mêmes décidé de ne plus affecter une masse commune à leur crédit.

489. Une place particulière doit être faite à l'utilisation du compte joint au sein des couples sans communauté. Cette technique peut en effet être rapprochée de l'indivision dans la mesure où la fongibilité des sommes portées en compte conduit à présumer indivis par parts viriles le solde créditeur du compte⁹⁸⁰. Non spécifique aux couples sans communauté,

⁹⁷⁸ Communément admise, la solution n'a cependant été affirmée que récemment par la Cour de cassation : Civ. 1^{ère} 6 novembre 2001, Dr. Fam. 2002, comm. n°12, note B. BEIGNIER ; J.C.P. 2002, éd. N, 1666, obs. H. PERINET-MARQUET.

⁹⁷⁹ V. *supra*, n°162 et s.

⁹⁸⁰ Sur le compte joint, son fonctionnement et son utilisation fréquente au sein du couple, avec ou sans communauté, V. G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit commercial, Tome 2, Effets de commerce, banque et

le compte joint y est cependant fréquent car il permet à ses membres, par le versement en compte de tout ou partie de leurs revenus, de se constituer une bourse commune destinée à la satisfaction des charges du ménage, dont le fonctionnement est facilité grâce au mécanisme de la solidarité active.

Indirectement, cette technique offre aux créanciers des titulaires du compte un gage étendu. Dans la plupart des cas en effet, les deux titulaires du compte versent tout ou partie de leurs revenus sur le compte. La fongibilité des sommes rend alors difficile au titulaire du compte non saisi la preuve que les fonds lui appartiennent en propre, permettant ainsi au créancier de saisir la moitié du solde. Dans cette hypothèse, plus les sommes versées en compte sont conséquentes, plus le gage des créanciers de ses titulaires est étendu.

Pour autant, l'assimilation à la communauté est limitée. D'une part, la présomption d'indivision par parts viriles du solde créditeur du compte joint est simple, la preuve contraire pouvant être rapportée par tous moyens, y compris grâce à des présomptions du fait de l'homme⁹⁸¹. D'autre part, même si le cotitulaire du compte ne peut en rapporter la preuve contraire, la saisie ne pourra être opérée que sur la moitié du solde indivis, conformément aux règles de l'indivision. La dissemblance avec le régime communautaire est considérable, dans lequel les revenus du travail ou du capital revêtent une nature commune sans preuve contraire possible, le solde créditeur du compte où ils sont versés étant par conséquent saisissable pour le tout, sous réserve de la disposition prévoyant de laisser l'équivalent d'un mois de salaire du conjoint du débiteur.

490. En dépit d'un rapprochement tentant entre communauté et compte joint, il faut constater que les biens indivis ne sont pas affectés au crédit des coindivisaires, membres d'un couple sans communauté. Il en est de même lorsque les biens mis en commun forment l'actif d'une société entre les membres d'un couple sans communauté.

b). La société entre les membres d'un couple sans communauté

491. Les membres d'un couple sans communauté ont la possibilité de créer volontairement une société entre eux. En outre, la jurisprudence découvre parfois l'existence d'une société créée de fait. Dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, un certain nombre de

bourse, contrats commerciaux, procédures collectives, par P. DELEBECQUE et M. GERMAIN, L.G.D.J., 16^{ème} éd., 2000, p. 347, n°2294 et s.

⁹⁸¹ V. par exemple, Com. 27 janvier 1998, J.C.P. 1999, éd. N, p. 1815.

biens est commun aux associés⁹⁸². Affectés à la réalisation de l'objet social, ces biens communs sont, par conséquent, affectés au crédit de la société. L'existence d'une propriété collective ordonnée à la satisfaction d'un objectif précis, et aux créanciers ayant permis la réalisation de ce dernier, rapproche assurément communauté et société. Le rapprochement est cependant trompeur. En droit positif, les sociétés entre les membres d'un couple sans communauté n'ont pas pour objet de recréer, par le biais d'une société, une masse commune affectée au crédit de ses membres, ménager ou personnel⁹⁸³.

492. Concrètement, les sociétés volontairement constituées entre les membres d'un couple sans communauté ont pour objet la coexploitation d'un fonds ou l'acquisition de biens immobiliers.

Il en est de même des sociétés créées de fait. Le plus souvent, les magistrats se montrent rigoureux et ne constatent la réunion des éléments de la société que dans l'hypothèse de l'exercice en commun d'une activité commerciale, artisanale ou agricole⁹⁸⁴. Ces sociétés peuvent ainsi être qualifiées de sociétés de coexploitation. Une tendance libérale de la jurisprudence admet cependant l'existence d'une société créée de fait destinée à l'achat d'un bien, le plus souvent le logement d'habitation⁹⁸⁵. La société créée de fait révèle alors la

⁹⁸² L'expression de biens communs est entendue au sens large. Si la société est dotée de la personnalité morale, l'actif social appartient en effet à cette dernière, et non pas aux associés collectivement. Si la société est créée de fait, les biens sont en revanche indivis entre les associés.

⁹⁸³ Sur la reconnaissance en droit prospectif d'un tel groupement, V. *infra*, n°600 et s.

⁹⁸⁴ Sur l'admission d'une société créée de fait ayant pour but l'exercice en commun d'une activité lucrative. Entre concubins, V. par exemple, Trib. civ. de la Seine 3 mai 1922, D. 1924, 2, 9, note R. SAVATIER ; Civ. 1^{ère} 27 avril 1966, Bull. civ. I, n°253 (société pour l'exploitation d'un fonds de commerce de boulangerie) ; Civ. 1^{ère} 14 mai 1969, Bull. civ. I, n°183 (exploitation d'un camping) ; Civ. 1^{ère} 2 octobre 1974, Bull. civ. I, n°249 ; Civ. 1^{ère} 25 octobre 1983, Defrénois 1984, art. 33298, p. 647, obs. J. HONORAT (exploitation d'une entreprise de transport) ; Limoges, 24 janvier 1994, Juris-Data n°043774. Entre époux séparés de biens, V. par exemple, Com. 16 décembre 1975, D. 1978, 292, note H. TEMPLE ; Civ. 1^{ère} 21 octobre 1997, Dr. Fam. 1998, comm. n°14, note B. BEIGNIER ; Nîmes, 30 mai 2002, Dr. Fam. 2003, comm. n°87, note H. LECUYER.

S'agissant de ces sociétés créées de fait de coexploitation, les magistrats s'attachent souvent à relever qu'il n'y a apport en industrie que si l'aide apportée par l'un des membres du couple à l'activité professionnelle de l'autre excède l'assistance normale que doivent s'apporter mutuellement les membres d'un couple (V. O. DHAVERNAS, note sous Montpellier, 8 juin 1982, D. 1983, p. 607 ; Toulouse, 13 janvier 1998, Dr. Fam. 1998, comm. n°149, note H. LECUYER). Cette jurisprudence s'inscrit dans le mouvement de reconnaissance de l'existence d'une obligation naturelle des concubins de contribuer aux charges de la vie commune, dont l'exécution peut se traduire par des actes d'entraide à la profession de l'autre. V. *supra*, n°64 et s.

⁹⁸⁵ V. par exemple Civ. 1^{ère} 1^{er} décembre 1952, D. 1953, 90 ; Civ. 1^{ère} 19 avril 1961, Bull. civ. I, n°216 ; Civ. 1^{ère} 3 janvier 1967, Bull. civ. I, n°4 ; Toulouse, 15 mars 1995, Juris-Data n°043572 ; Civ. 1^{ère} 11 février 1997, J.C.P. 1997, éd. G, I, 4045, obs. M. FARGE, J.C.P. 1997, éd. G, II, 22820, note T. GARE, Defrénois 1997, art. 36620, p. 923, note O. MILHAC, Dr. Fam. 1997, comm. n°56, note H. LECUYER ; Basse-Terre, 9 mars 1998, Dr. Fam. 1998, comm. n°149, note H. LECUYER ; Orléans, 22 août 2000, Dr. Fam. 2001, comm. n°54, note H. LECUYER.

Contra, Com. 7 avril 1998, Dr. Fam. 1998, comm. n°82, note H. LECUYER ; Rennes, 4 juin 1998, R.T.D. Civ. 1999, p. 819, n°9, obs. J. HAUSER ; Dijon, 28 septembre 1999, D. 2000, somm. comm. 421, obs. J.-J. LEMOULAND ; Paris, 8 juin 2000, D. 2000, I.R. 244 ; Riom, 4 juillet 2000, Dr. Fam. 2000, comm. n°138, note H. LECUYER ; Bourges, 3 juin 2002, Dr. Fam. 2003, comm. n°87, note H. LECUYER. La jurisprudence est

volonté, non consciente, des membres du couple de se constituer et de gérer un patrimoine commun. Si les biens acquis en commun par le biais de la société sont immobiliers, celle-ci peut être qualifiée de « *société civile immobilière de gestion patrimoniale* »⁹⁸⁶.

493. S'il s'agit d'une société de coexploitation, les créanciers sociaux bénéficient certes d'un gage étendu. De même, dans l'hypothèse d'une société destinée à l'acquisition du logement commun, les tiers détenteurs de créances relatives à ce logement peuvent se payer par préférence sur le logement. Toutefois, dans l'un et l'autre cas, l'objet de la société n'est pas de payer les dépenses des associés à l'aide des biens mis en commun. Ces derniers ne sont donc pas, par principe, affectés aux créanciers ménagers, pas plus qu'ils ne le sont aux créanciers personnels. Les biens indivis au sein d'une société créée de fait répondent alors des charges de la vie commune comme des dettes personnelles ou professionnelles des coindivisaires en tant qu'ils figurent dans le patrimoine de leur débiteur, mais dans les conditions restrictives vues précédemment⁹⁸⁷.

En outre, l'affectation au crédit suppose que les tiers aient connaissance de l'existence de la société. Tel n'est pas le cas dans l'hypothèse d'une société créée de fait, dans la mesure où, la plupart du temps, elle n'est découverte qu'*a posteriori* à l'occasion d'un contentieux élevé après la disparition du couple, relatif à la propriété des biens des partenaires.

494. L'étude des pouvoirs des créanciers des époux sur les biens communs révèle ainsi la spécificité du régime de communauté. En droit positif, aucune autre technique de propriété collective ne réalise l'affectation des biens mis en commun au crédit tout à la fois du ménage et de chacun des membres du couple.

L'affectation des biens communs au crédit des époux n'est cependant que provisoire. Au stade de la contribution à la dette, en effet, seules les dépenses d'intérêt commun sont supportées, à titre définitif, par la communauté.

encore aujourd'hui divisée, certaines juridictions analysant la participation physique ou matérielle à l'acquisition du bien comme l'exécution de l'obligation de contribuer aux charges de la vie commune. Si ces arrêts confirment l'existence d'une obligation naturelle de contribuer aux charges de la vie commune, puisque la plupart statue en matière de concubinage, sans doute la clé réside-t-elle dans la distinction entre les actes relevant de l'obligation de contribuer aux charges de la vie commune et ceux qui excèdent cette obligation. Sur la mesure de l'obligation de contribution aux charges de la vie commune, V. *supra*, n° 116 et s.

⁹⁸⁶ O. MILHAC, note sous Civ. 1^{ère} 11 février 1997, Defrénois 1997, art. 36620, p. 923, n° 11.

⁹⁸⁷ Plus encore, le partage des biens indivis affectés à la société ne pourra être demandé par les créanciers personnels des indivisaires avant la dissolution de la société. V. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « L'indivision dans les sociétés en participation », J.C.P. 1980, éd. G, I, 2970, 25 et s. En ce sens, Com. 1^{er} octobre 1996, D. 1997, somm. comm. 231, obs. J.-C. HALLOUIN.

B. L'affectation définitive des biens communs aux dépenses d'intérêt commun

495. Libéré de l'objectif de crédit, le législateur a réglementé, dans les rapports entre époux, l'imputation des dettes en fonction de leur finalité. Ainsi, toutes les dettes souscrites dans l'intérêt du ménage pèsent à titre définitif sur les biens communs, tandis que les autres incombent à l'époux qui les a souscrites.

L'affectation des biens communs aux dépenses d'intérêt commun est mise en œuvre par les règles du passif commun définitif (1.). A nouveau, l'absence d'équivalent dans les techniques alternatives de communautarisation des couples sans communauté (2.) peut être observée.

1. Les règles du passif commun définitif

496. L'étendue de l'affectation des biens communs, à titre définitif, à la satisfaction de toutes les dépenses d'intérêt commun ne résulte pas tant de l'énumération par l'article 1409 du Code civil des dettes communes par nature que de l'interprétation *a contrario* de l'article 1416 du même code aux termes de laquelle sont des dettes communes toutes les dettes qui ont tourné au profit commun.

497. Selon l'article 1409 du Code civil, les dettes d'aliments constituent des dettes communes par nature. Lorsque les deux époux sont codébiteurs d'aliments à l'égard de leurs enfants communs ou à l'égard d'une autre personne, il n'y a guère de difficulté à admettre ces dettes au passif définitif de la communauté, compte tenu de la vocation de cette dernière à la satisfaction maximale des charges de la vie commune. La justification est moins évidente lorsque la dette d'aliments ne pèse que sur un seul époux ou lorsque son principe est antérieur au mariage. A défaut de distinction opérée par le texte, telle est pourtant la solution, unanimement admise⁹⁸⁸. Faute d'affectation à l'intérêt commun du couple, l'inclusion des dettes d'aliments au sein du passif commun définitif est liée au caractère périodique de ces dettes et, par conséquent, à leur vocation naturelle à être payées au moyen des revenus de l'époux débiteur. Si la communauté n'avait pas la charge de pareilles dettes, l'époux débiteur aurait en effet à les acquitter sur les revenus de sa fortune personnelle ou

⁹⁸⁸ V. P. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, par P. MALAURIE, Cujas, 4^{ème} éd., 1999, p. 260, n°520.

sur ses gains et salaires, revenus et gains qui alimentent la communauté et qui seraient donc diminués d'autant⁹⁸⁹.

L'affectation des biens communs aux dépenses d'intérêt commun apparaît en revanche plus clairement à la lecture de la seconde catégorie de dettes communes par nature : « *les dettes contractées [par les époux] pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants, conformément à l'article 220* » (C. civ., art. 1409, *in limine*)⁹⁹⁰. A cet égard, la technique d'affectation des biens des époux à leur entretien dans le régime de communauté se distingue de celle organisée par l'article 214 du Code civil. Ce texte impose aux époux une obligation de contribuer aux charges du mariage proportionnellement à leurs facultés respectives, laquelle peut être exécutée sur l'ensemble du patrimoine des époux. L'article 214 du Code civil ne crée donc pas une catégorie spécifique de biens, destinés à satisfaire les charges du mariage et soumis, pour ce faire, à un statut spécifique. A l'inverse, le régime de communauté se caractérise par la création d'une masse commune qui, à titre définitif, répondra des dettes d'entretien du ménage. Le terme d'« *entretien* » utilisé par l'article 1409 du Code civil et le renvoi de ce dernier à l'article 220 du même code pourraient cependant sembler restrictifs et, ainsi, démentir l'assertion selon laquelle le régime de communauté se caractérise par une affectation des biens communs à toutes les dépenses d'intérêt commun des époux. En réalité, c'est à la lumière de la présomption de dette commune que l'étendue de l'affectation de la masse commune à l'entretien des époux doit être appréciée.

498. L'interprétation *a contrario* de l'article 1416 du Code civil, lequel n'envisage une récompense au profit de la communauté obligée au paiement que dans l'hypothèse où la dette n'a pour finalité que l'intérêt personnel d'un des époux, emporte en effet deux conclusions. D'une part, la masse commune a vocation à répondre à titre définitif de toutes les dettes destinées à l'intérêt commun ; d'autre part, toutes les dettes nées pendant la communauté sont présumées affectées à l'intérêt commun des époux⁹⁹¹.

L'étendue de l'affectation des biens communs à la satisfaction de l'entretien des époux est ainsi plus large que l'affectation des biens du couple à son entretien, imposée par l'article

⁹⁸⁹ En ce sens, F. TERRE et P. SIMLER, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 322, n°409.

⁹⁹⁰ En ce sens, J. CARBONNIER, Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 517 : « *l'article 1409 met en exergue les charges du mariage (...) : il veut bien ainsi marquer que le patrimoine commun a une affectation familiale* » ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 453, n°480 : les dettes contractées pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants doivent figurer au passif définitif de la communauté « *dont c'est le rôle normal de les assumer en raison de l'affectation de la masse commune aux besoins du ménage* ».

⁹⁹¹ Peuvent également être invoqués à l'appui de cette présomption la présomption d'acquêt de l'article 1402 du Code civil, ainsi que le libellé de l'article 1409 du même code qui pose en principe que toute dette née pendant la communauté doit être supportée par elle.

214 du Code civil. Des dépenses d'investissement, tel l'achat d'un logement destiné à la résidence principale de la famille, peuvent en effet être imputées, à titre définitif, à la communauté⁹⁹². Par conséquent, c'est à l'aune de cette affectation maximale à l'entretien du ménage qu'il faut interpréter l'article 1409 du Code civil et, notamment, conférer une large portée au renvoi à l'article 220 du même code. Sont en effet communes par nature toutes les dettes ménagères, qu'elles entraînent la solidarité des époux ou non⁹⁹³. Les dettes ménagères manifestement excessives ou résultant d'un emprunt ou d'un achat à tempérament doivent ainsi être supportées à titre définitif par la communauté, sauf à l'époux qui prétend l'imputer sur les propres de l'autre à démontrer positivement l'intérêt personnel que ce dernier avait dans la dépense.

L'affectation des biens communs aux dépenses destinées au ménage est en effet renforcée par la présomption de destination de la dette à l'intérêt commun⁹⁹⁴. La présomption étant simple, il appartient à l'époux qui souhaite obtenir une récompense au profit de la communauté de prouver que la dépense était affectée à l'intérêt personnel de son conjoint, telles les dettes de responsabilité civile ou pénale, les dettes contractées au mépris des devoirs du mariage (C. civ., art. 1417) ou l'engagement contracté pour l'acquisition, la

⁹⁹² V. *supra*, n°117, la solution inverse admise au sein de l'affectation prévue par le régime primaire impératif.

⁹⁹³ En ce sens, M. GRIMALDI (sous la dir. de), Droit patrimonial de la famille, Dalloz Action, 2001-2002, p. 200, n°859 ; F. TERRE et P. SIMLER, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 319, n°403.

Nous avons pourtant proposé précédemment que le renvoi de l'article 1414 à l'article 220 reçoive une interprétation restrictive, autrement dit que seules les dettes ménagères solidaires engagent les gains et salaires du conjoint du débiteur. Le fait que la même expression « *conformément à l'article 220 du Code civil* » reçoive une interprétation différente n'est cependant pas choquante, dans la mesure où les articles litigieux s'inscrivent dans des optiques différentes. L'article 1414 du Code civil doit en effet être interprété à la lumière de l'obligation à la dette, c'est-à-dire à l'aune de l'affectation provisoire des biens communs au crédit des époux, tandis que l'article 1409 du même code doit être interprété dans le contexte de la contribution à la dette, dont les règles organisent une affectation définitive aux dépenses d'intérêt commun.

⁹⁹⁴ En ce sens, Civ. 1^{ère} 27 avril 1982, Bull. civ. I, n°145 et 31 mars 1987, Bull. civ. I, n°114.

Certains auteurs se prononcent cependant en faveur d'une plus grande exigence s'agissant des emprunts et cautionnements contractés par un époux dans les conditions de l'article 1415 du Code civil et exigent la preuve positive de l'affectation de ces dettes à la communauté. Pour ces auteurs, s'il est parfaitement normal de présumer que l'époux a agi dans l'intérêt commun, en raison du danger attaché à l'opération, on ne saurait présumer que le but poursuivi a été atteint. V. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 444, n°464.

conservation ou l'amélioration d'un propre (C. civ., art. 1416)⁹⁹⁵. A cet égard, ce n'est pas tant l'intérêt recherché que celui effectivement procuré qui doit être pris en compte⁹⁹⁶.

499. Technique d'organisation de la vie en couple, l'affectation de la communauté aux dépenses d'intérêt commun revêt cependant la particularité de n'être réalisée qu'à la dissolution de la communauté, par le biais du mécanisme des récompenses, soumises au valorisme monétaire (C. civ., art. 1469). Si un époux a acquitté une dette d'intérêt commun sur son patrimoine personnel, la communauté lui devra récompense. Inversement, si la communauté a dû acquitter une dette parce qu'elle faisait partie de son passif provisoire, mais que cette dette se révèle propre à l'un des époux sur le plan de la contribution, récompense sera due à la communauté. Dans la première hypothèse, l'époux créancier d'une récompense a le choix entre prélever, avant tout partage, des biens communs jusqu'à due concurrence ou exiger un paiement en espèces, la réalisation forcée de biens communs s'imposant si l'on ne trouve pas, dans la masse commune, les fonds nécessaires à ce paiement (C. civ., art. 1470).

Comme précédemment, s'agissant de l'affectation provisoire des biens communs au crédit des époux, aucune des règles découlant de l'affectation définitive des biens communs aux dépenses d'intérêt commun ne dispose d'équivalent dans les techniques alternatives de communautarisation des couples sans communauté.

2. *L'absence d'équivalent dans les techniques alternatives de communautarisation*

500. Ni l'indivision, ni la société entre les membres des couples sans communauté telle qu'elle est aujourd'hui accueillie par le droit positif, n'ont pour objectif que les biens mis en commun répondent, à titre définitif, des dettes destinées à l'intérêt commun du couple.

501. Il existe certes dans le régime de l'indivision un mécanisme comparable à celui du règlement des récompenses : le rapport de dettes (C. civ., art. 829). Grâce à ce dernier, le débiteur règle ses dettes en diminuant d'une valeur égale le montant de ses

⁹⁹⁵ Il convient cependant de noter que les dépenses courantes d'entretien des biens propres, telles que les petites réparations et toutes dépenses normalement couvertes par les fruits et revenus – primes d'assurance, impôts fonciers, charges de copropriété – ne donnent pas lieu à récompense. Il est en effet aujourd'hui admis que les fruits et revenus des biens propres tombent dans la masse commune. La Cour de cassation en a conclu que la communauté doit, corrélativement, supporter les dettes qui sont la charge de la jouissance des biens propres (V. *infra*, n°555).

⁹⁹⁶ En ce sens, M. GRIMALDI, (sous la dir. de), *op. cit.*, p. 205, n°883. Ainsi, si une pension de retraite non réversible sur la tête du conjoint profite finalement à la communauté en ce qu'elle sert à payer un certain nombre de dépenses ménagères, il faut admettre les cotisations à la charge définitive de la communauté.

attributions. Les avantages de ce mécanisme sont considérables pour le créancier-copartageant puisque, à l'instar du mécanisme des récompenses, il échappe à la fois à l'insolvabilité éventuelle de son débiteur et au concours avec les créanciers personnels de ce dernier. Cependant, seules les dettes dont un indivisaire est tenu envers l'indivision – dettes nées au cours de l'indivision et résultant de l'état d'indivision – ou les dettes entre coïndivisaires à condition qu'elles aient leur origine dans l'indivision – sont soumises au rapport. Si l'un des membres du couple sans communauté acquitte une charge de la vie commune sur son patrimoine personnel, il ne dispose donc pas, par principe, d'une créance contre l'indivision. Tel peut être le cas, mais seulement par exception, lorsque la dépense d'intérêt commun coïncide avec une dépense en lien de connexité avec l'indivision. Ainsi, les travaux de conservation du logement indivis du couple constituent tout à la fois une dépense d'intérêt commun et une dépense de conservation du bien indivis. Dès lors, l'indivisaire ayant acquitté sur ses deniers personnels une telle dette est en droit d'en réclamer remboursement à l'indivision. A cet égard, dans la mesure où seules les dépenses de conservation ou d'amélioration des biens indivis sont revalorisées « *selon l'équité* » (C. civ., art. 815-13), le coïndivisaire-créancier de l'indivision a tout intérêt à en demander le remboursement immédiat à son compagnon⁹⁹⁷.

L'indivision post-communautaire ne présente pas à cet égard de spécificité par rapport à toute autre indivision, le mécanisme des récompenses n'intervenant que pour les dettes antérieures à sa naissance.

Les biens indivis dans un couple sans communauté n'assurent donc pas cette fonction que les biens communs remplissent dans le régime de communauté. Ils ne sont en effet aucunement affectés au paiement des dépenses liées à l'entretien du couple et, par conséquent, ne répondent pas à titre définitif de telles dettes.

502. Dans la mesure où la société entre les membres d'un couple sans communauté, telle qu'elle est admise en droit positif, n'a pas pour objet la satisfaction des charges de la vie commune⁹⁹⁸, les biens affectés à la réalisation de son objet social ne

⁹⁹⁷ Ainsi que l'y autorise un arrêt de la première chambre civile du 20 février 2001, mettant un terme aux controverses doctrinales relatives à la possibilité d'un recouvrement en cours d'indivision (R.J.P.F. mai 2001, p. 24, note J. CASEY ; R.T.D. Civ. 2001, p. 642, n°3, obs. J. PATARIN).

Il doit être noté que la Cour de cassation a eu l'occasion d'adopter une conception large de la notion d'impenses nécessaires au sens de l'article 815-13 du Code civil, en admettant que la notion englobe les dépenses ayant pour objet la conservation matérielle, mais également juridique du bien indivis. La Cour de cassation a ainsi admis que le remboursement d'un emprunt destiné à l'acquisition d'un bien indivis est une mesure de conservation, la créance de l'indivisaire ayant acquitté cette dépense de ses deniers personnels devant, par conséquent, être revalorisée selon les termes de l'article 815-13 du Code civil. V. Civ. 1^{ère} 18 octobre 1983, D. 1984, 289, note D. RAMBURE.

⁹⁹⁸ V. *supra*, n°491 et s.

répondent pas à titre définitif des dettes d'intérêt commun. A l'instar de ce que l'on a pu observer à propos de l'indivision, certaines dettes d'intérêt commun peuvent, par les vertus du hasard, coïncider avec des dettes sociales. Cette coïncidence est plus fréquente lorsque la société a pour objet l'acquisition de l'immeuble abritant le logement du couple, qu'au sein des sociétés de coexploitation. Si l'un des partenaires a payé cette dette à l'aide de ses deniers personnels, il pourra alors se faire rembourser la part incombant à l'autre par le rapport en moins prenant sur la part revenant à ce dernier. Cependant, ce n'est qu'indirectement que les biens indivis affectés à la réalisation de l'objet social de la société doivent supporter à titre définitif certaines dettes destinées à l'entretien du couple.

503. La convergence relevée par certains auteurs entre les techniques de communautarisation connues des couples sans communauté et le régime de communauté⁹⁹⁹ doit donc être nuancée. Ni l'indivision, ni la société ne réalisent en effet, en droit positif, une affectation des biens communs au budget des membres du couple. Contrairement au régime de communauté, ces techniques ne constituent donc pas des techniques d'organisation de la vie en couple. En revanche, ces différentes institutions se rapprochent de la communauté en ce qu'elles pallient les difficultés de preuve résultant de la communauté de vie et, surtout, en ce qu'elles sont susceptibles d'associer le partenaire le moins fortuné à l'enrichissement de l'autre.

§ 2. *L'affectation des biens communs à l'enrichissement de l'époux le moins fortuné*

504. Caractérisé par la constitution d'une masse commune destinée à être partagée entre les conjoints ou leurs héritiers à la dissolution du régime, le régime de communauté met en œuvre la participation de l'époux le moins fortuné à l'enrichissement de son conjoint. Egalement caractérisées par la mise en commun de biens et par le partage, à terme, de ces derniers, les techniques alternatives de communautarisation des couples sans communauté tentent d'imiter l'affectation des biens communs à l'enrichissement de l'époux le moins fortuné. Indéniable, le rapprochement doit cependant être nuancé, tant apparaît avec évidence la supériorité des régimes communautaires.

La suprématie de l'affectation à l'enrichissement telle qu'elle est organisée par la communauté au sein du couple marié doit être envisagée à travers ses deux éléments caractéristiques : d'une part, le partage des biens communs sans considération des apports

⁹⁹⁹ V. les références, *supra*, n°473.

respectifs des époux (A.) et, d'autre part, les avantages d'un système d'affectation à l'enrichissement (B.).

A. Le partage des biens communs sans considération des apports respectifs des époux

505. Quelles qu'en soient les modalités, la caractéristique fondamentale du partage communautaire est que celui-ci intervient indépendamment de la proportion prise par chacun des époux dans la capitalisation. A cet égard, communauté et techniques alternatives de communautarisation s'opposent en principe (1.). Toutefois, des rapprochements peuvent être observés. Le plus souvent, ils sont conjoncturels et, par conséquent, limités (2.). Parfois conceptuel, le rapprochement est alors critiquable (3.).

1. L'opposition de principe entre communauté et techniques alternatives de communautarisation

506. S'agissant de la communauté légale, exclusive de toute clause particulière d'un contrat de mariage, le partage s'effectue par moitié (C. civ., art. 1475, al. 1^{er})¹⁰⁰⁰. Dans cette hypothèse, la proportion des apports respectifs des époux à l'alimentation de la masse commune est donc indifférente.

L'égalité dans le partage n'est cependant pas d'ordre public. Les époux peuvent en effet y déroger dans leur contrat de mariage, par la stipulation d'une clause de partage inégal. Suivant l'exemple donné par l'article 1521 du Code civil, il est ainsi possible de prévoir que l'un des époux n'aura qu'une certaine part dans la communauté, par exemple le tiers ou le quart. Le plus souvent, la clause de partage inégal est adoptée afin d'avantager l'un d'eux des époux, notamment le survivant d'entre eux. Même si elle est inspirée par la volonté de corriger des apports inégaux, la clause entraînera partage inégal, sans considération de la proportion des apports ultérieurs des époux à l'alimentation de la masse commune. Plus radicalement, les époux peuvent prévoir une clause d'attribution intégrale de la communauté au profit du survivant (C. civ., art. 1524). Dans cette hypothèse, l'idée d'un partage des biens communs proportionnel aux apports respectifs des époux est délibérément niée. Enfin, si les époux peuvent également, après la dissolution de la communauté, conclure une convention de partage inégal, notamment en fonction des apports respectifs de chacun d'eux, la

¹⁰⁰⁰ A cette règle générale, il n'existe qu'une seule exception, en cas de recel de biens de communauté (C. civ., art. 1477).

convention doit être librement acceptée¹⁰⁰¹. C'est dire qu'en aucun cas, même dans l'hypothèse de la stipulation d'un partage inégal, un époux ne pourrait exiger un partage des biens communs proportionnel aux apports.

La question peut cependant se poser de savoir si la liberté des conventions matrimoniales (C. civ., art. 1497) pourrait autoriser la stipulation d'une clause de partage proportionnel aux apports respectifs des époux à la constitution de la masse commune. Les auteurs sont muets sur la question. En admettant même la validité d'une telle clause au nom de la liberté des conventions matrimoniales, celle-ci ne s'analyserait que comme une dérogation conventionnelle au principe selon lequel le partage des biens communs s'effectue indépendamment de la contribution des époux à l'alimentation de la communauté¹⁰⁰².

507. L'opposition est alors très nette entre communauté et société. En cas de silence des statuts, la loi prévoit en effet que la répartition des bénéfices est opérée proportionnellement aux apports (C. civ., art. 1844-1). Telle est du reste la solution la plus souvent adoptée par les statuts.

Dans l'hypothèse d'une société créée de fait entre les membres d'un couple sans communauté, il n'est pas question de statuts, dans la mesure où les associés ignorent le plus souvent qu'ils sont en société. Chacun d'eux reprend par conséquent ses apports et la répartition du boni de liquidation est opérée proportionnellement aux apports, conformément à l'article 1844-1 du Code civil.

¹⁰⁰¹ En 1994, la Cour de cassation a affirmé que des ex-époux peuvent passer toutes conventions pour liquider leur régime matrimonial, sous réserve des droits des tiers, après la dissolution de leur mariage par divorce : Civ. 1^{ère} 9 mars 1994, J.C.P. 1994, éd. G, I, 3785, obs. A. TISSERAND. L'immutabilité purement volontaire du régime matrimonial n'étant de rigueur que pendant qu'il fonctionne, les opérations de liquidation et de partage relèvent de la seule liberté des époux après sa dissolution.

V. cependant Civ. 1^{ère} 8 janvier 2002, D. 2002, somm. comm. 2446, obs. J. REVEL, qui jette un doute sur l'étendue de cette liberté en cas de dissolution par décès.

¹⁰⁰² D'un côté, la stipulation d'une clause de partage proportionnel aux apports peut apparaître contraire à l'essence de la communauté. L'histoire de la communauté semble en témoigner. En dépit des nombreuses études sur le sujet, il apparaît que l'idée de communauté, propre à toutes les expressions qu'elle a pu revêtir, consistait à reconnaître à la femme, en particulier si elle n'exerçait pas d'activité professionnelle, des droits sur les acquêts réalisés par le mari. L'idée communautaire semble ainsi résider dans la vocation du moins fortuné des époux à participer à l'enrichissement de son conjoint et, au minimum, des acquêts. Sur ces éléments historiques, V. J. MONNET, J.-Cl. Civ., art. 1400 à 1403, fasc. 10, 2001.

D'un autre côté cependant, la liberté des conventions matrimoniales (C. civ., art. 1387) conduit à admettre que tout ce qui n'est pas interdit est permis. Il semble dès lors que l'on puisse considérer comme valable la clause de partage des biens communs, proportionnel aux apports des époux, dans la mesure où elle n'est ni contraire aux bonnes mœurs, ni prohibée par un texte spécial. Le principe de la liberté des conventions matrimoniales a ainsi été rappelé à l'occasion de l'affirmation de la licéité des clauses alternatives de liquidation (Colmar, 16 mai 1990, J.C.P. 1991, éd. N, p. 17, note P. SIMLER ; Defrénois 1990, art. 34917, p. 1361, n°136, obs. H. SOULEAU).

Il n'en demeure pas moins que l'adoption d'une telle clause devrait être déconseillée par les notaires, eu égard aux difficultés pratiques d'évaluation des apports respectifs des époux qu'elle susciterait.

508. S'agissant de l'influence de la proportion des apports à la constitution de biens communs sur le partage, l'opposition est également nette entre communauté et indivision. Le partage des biens indivis s'effectue, en principe, conformément aux stipulations de l'acte d'acquisition en indivision du bien. A défaut de précision dans le contrat, les coïndivisaires sont présumés avoir acquis le bien par parts viriles. Il convient de rappeler à cet égard que si la présomption d'acquisition par moitié qui résulte du défaut de précision dans l'acte d'achat du bien indivis est une présomption simple, elle ne cède que devant la preuve – qui incombe à celui qui entend la renverser – de ce que les acquéreurs ont, en réalité, eu l'intention de devenir copropriétaires dans une proportion différente. Elle ne peut, en aucun cas, résulter de l'importance respective des contributions des indivisaires au financement de l'acquisition. La solution inverse, parfois appliquée par les magistrats aux concubins, doit par conséquent être fermement condamnée.

Toutefois, si l'un des coïndivisaires rapporte la preuve qu'il a financé l'acquisition indivise pour une fraction supérieure à sa part, il dispose contre les autres coïndivisaires d'une créance¹⁰⁰³, soumise au nominalisme monétaire¹⁰⁰⁴. En théorie, cette règle signifie que la constitution de biens indivis n'est pas ordonnée à la participation de l'un des coïndivisaires à la richesse de l'autre. Elle peut pourtant l'être, indirectement, si le partage n'est pas proportionnel aux apports et que l'indivisaire qui a financé en tout ou partie

¹⁰⁰³ V. par exemple, Civ. 1^{ère} 6 février 2001, Defrénois 2001, art. 37353, p. 593, n°31, obs. critiques J. MASSIP. Corrélativement, il convient de proscrire le recours à la confusion des patrimoines pour présumer indivis les biens acquis par l'un des membres d'un couple sans communauté, avec le concours financier de son partenaire. V. Civ. 1^{ère} 5 octobre 1994, J.C.P. 1995, éd. G, I, 3821, n°23, obs. M. STORCK. Apparemment restreinte au couple séparé de biens, cette théorie conduit à introduire une masse de biens communs, en contradiction tout à la fois avec le principe de séparatisme des patrimoines et celui du droit de l'acquisition d'un bien. En particulier, le critère de l'existence de relations financières anormales, parfois invoqué pour fonder la confusion des patrimoines, apparaît singulièrement difficile à manier s'agissant des relations dans le couple. V. F. VAUVILLE, note sous Com. 15 février 2000, R.J.P.F. juin 2000, p. 13.

¹⁰⁰⁴ L'article 815-13 du Code civil, qui décide que l'indemnité est la plus forte des deux sommes que représentent respectivement la dépense faite et le profit subsistant, n'est en effet applicable qu'aux dépenses d'amélioration ou de conservation du bien indivis. V. cependant *supra*, n°501, l'interprétation large de la notion d'impenses nécessaires faite par la Cour de cassation, qui admet que le remboursement de l'emprunt destiné à l'acquisition du bien indivis constitue une dépense de conservation, soumise à la règle de revalorisation de l'article 815-13 du Code civil.

En l'absence d'emprunt cependant, le financement exclusif par l'un des partenaires de l'acquisition du bien indivis ne devrait pas rentrer dans les prévisions de l'article 815-13 du Code civil. Ainsi, dans l'hypothèse d'une assurance-vie, la reconnaissance d'une créance entre les coïndivisaires – au bénéfice de celui qui a financé l'acquisition, à savoir le souscripteur si le capital est indivis, ou son partenaire si le capital est stipulé bien personnel au premier – ne peut être que du montant des sommes empruntées et donc du montant de la prime. Elle n'est pas du montant du capital. Il en résulte que l'enrichissement est pour le bénéficiaire de l'assurance, et non pour celui qui l'a financée. V. L. MAYAUX, « Concubinage et assurance : de l'union libre au pacte civil de solidarité », *in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 305. Il est par conséquent utile de conseiller aux parties de stipuler une clause de valorisme monétaire dans la convention, inspirée de l'article 1469 du Code civil. V. la formule élaborée par Messieurs BEIGNIER, COMBRET et FOUQUET (« Pacte civil de solidarité : formule de convention », Defrénois 2000, art. 37176, p. 630).

l'acquisition ne souhaite pas faire reconnaître sa créance ou ne parvient pas à en rapporter la preuve. En toute hypothèse, son coïndivisaire n'est pas garanti de participer à son enrichissement. Et, en pratique, la reconnaissance d'une telle créance conduit fréquemment le débiteur ne disposant pas des sommes nécessaires au remboursement à abandonner ses droits sur le bien au profit du créancier.

509. Enfin, dans l'hypothèse de l'acquisition d'un bien en tontine, la preuve d'une inégalité caractérisée des apports respectifs peut avoir pour effet de détruire l'aléa et, par conséquent, de faire s'effondrer la construction juridique, en particulier si la différence d'âge est substantielle et en sens inverse des apports¹⁰⁰⁵.

510. En dépit de l'opposition de principe entre communauté et techniques alternatives de communautarisation, des rapprochements conjoncturels limités interviennent parfois.

2. Les rapprochements conjoncturels limités

511. Le rapprochement est parfois le fruit de la volonté des parties. Il en est ainsi de la clause insérée dans le contrat de pacs, aux termes de laquelle « *en cas de dissolution du pacte, les biens meubles indivis seront partagés par moitié, sans que l'un des partenaires puisse invoquer une créance quelconque au titre de sa contribution* »¹⁰⁰⁶. Il en est de même de la stipulation, dans les statuts d'une société, d'un partage des bénéfices à parts égales alors que les apports sont inégaux. La règle de répartition des bénéfices proportionnellement aux apports ne constitue pas en effet une règle d'ordre public. La convention peut, dès lors, organiser un mode de répartition inégalitaire, certains associés recevant une part de bénéfices plus importante que leur participation au capital ou participant aux pertes dans une proportion moindre. Les membres d'un couple sans communauté, associés dans une société civile créée pour l'acquisition de biens immobiliers, peuvent ainsi prévoir statutairement un partage égalitaire alors même que les apports sont disproportionnés, réalisant ainsi la participation de l'un d'entre eux à la richesse de l'autre. En revanche, la prohibition des clauses léonines inscrite à l'article 1844-1 du Code civil interdit la stipulation d'une clause

¹⁰⁰⁵ Sur cette règle, même si elle est écartée en l'espèce, V. Pau, 21 février 1996, J.C.P. 1996, éd. G, IV, 1458.

¹⁰⁰⁶ Clause proposée par B. BEIGNIER, J. COMBRET et A. FOUQUET, art. précit., p. 634.

attribuant l'intégralité de l'actif social au survivant des associés, comparable à la clause d'attribution intégrale de la communauté¹⁰⁰⁷.

Le plus souvent cependant, le rapprochement entre communauté et techniques alternatives de communautarisation peut être observé dans les décisions de justice statuant sur les conflits, fréquents lors de la rupture, relatifs au partage des biens mis en commun¹⁰⁰⁸. En effet, la seule application du droit commun, en particulier de la preuve, conduit parfois à un partage non proportionnel aux apports, réalisant ainsi, indirectement, une participation de l'un des membres du couple à l'enrichissement de l'autre. Il apparaît même, le cas échéant, que les magistrats forcent quelque peu le droit commun, afin que le membre d'un couple sans communauté puisse participer à l'enrichissement de son partenaire, rapprochant ainsi les techniques de communautarisation de la communauté. Ces deux idées peuvent être illustrées à l'aide d'exemples tirés du contentieux relatif à la société créée de fait ou à l'indivision dans les couples sans communauté.

512. Ainsi, lorsqu'une société créée de fait est admise entre les membres d'un couple sans communauté, les apports respectifs des associés sont fréquemment présumés égaux, ce qui entraîne, conformément au principe du partage proportionnel aux apports, le partage en deux parts égales des bénéfices et notamment des biens sociaux. L'étude des décisions de justice admettant l'existence d'une société créée de fait au sein d'un couple révèle toutefois que les difficultés relatives à l'évaluation du montant des apports respectifs des associés sont le plus souvent occultées. Les juges du fond se concentrent en effet sur la caractérisation des apports sans pour autant procéder à leur évaluation, ordonnant ensuite un partage à égalité, sans que le montant des apports ne fasse l'objet de développements particuliers¹⁰⁰⁹. Or, si ces derniers sont réellement inégaux, le partage des bénéfices à parts égales permet, indirectement, la participation de l'un des partenaires à l'enrichissement de l'autre. Le résultat n'est alors guère différent de celui qui découlerait d'un partage de la communauté, surtout si la liquidation de la société créée de fait s'étend à la quasi-totalité des biens acquis depuis le début de la vie commune.

¹⁰⁰⁷ Sur la validité des clauses d'inégalité de traitement et la prohibition des clauses léonines, V. M. COZIAN et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, Litec, 15^{ème} éd., 2002, p. 84, n°160 et s.

¹⁰⁰⁸ V. par exemple Paris, 16 février 1999, Dr. Fam. 1999, comm. n°95, note H. LECUYER.

¹⁰⁰⁹ La question ne semble pas, en outre, être fréquemment posée à la Cour de cassation. L'argumentation des pourvois se fonde sur la caractérisation des éléments constitutifs de la société, la question n'est par conséquent pas celle du montant des apports, mais de leur existence. V. par exemple Triv. civ. de la Seine 3 mai 1922, D. 1924, 2, 9, note R. SAVATIER ; Paris, 6 décembre 1940, J.C.P. 1941, II, 1688, note L. AULAGNON ; Civ. 1^{ère} 25 octobre 1983, Defrénois 1984, art. 33298, p. 647, note J. HONORAT ; Civ. 1^{ère} 11 février 1997, J.C.P. 1997, éd. G, II, 22820, note T. GARE ; Grenoble, 30 juin 1998, J.C.P. 1999, éd. G, I, 101, n°1, obs. H. BOSSE-PLATIERE ; Civ. 1^{ère} 26 juin 2001, Dr. Fam. 2002, comm. n°28, note H. LECUYER.

La tendance des juges du fond à ordonner un partage à égalité, présumant ainsi l'égalité des apports des associés, s'explique par la difficulté d'évaluer les montants d'apports de natures différentes, qui s'étalent le plus souvent sur de nombreuses années. Ces difficultés sont patentées lorsque l'un des associés n'a pas directement financé l'acquisition des biens, mais a permis à son partenaire d'investir en prenant à sa charge le fonctionnement du foyer¹⁰¹⁰. Le recours à la présomption d'égalité des apports relève ainsi certainement de la facilité. Pour autant, il ne faut pas exclure une volonté des magistrats, d'inspiration communautaire, consciente ou non, de faire participer le moins fortuné des membres du couple à l'enrichissement de l'autre.

513. S'agissant de l'indivision au sein d'un couple non marié, le droit commun de la preuve conduit fréquemment à paralyser la demande formée par un indivisaire en remboursement du financement de tout ou partie de la part indivise de son coindivisaire¹⁰¹¹. Si la créance existait réellement dans les faits, l'impossibilité d'en rapporter la preuve conduit alors le second à participer à l'enrichissement du premier.

Dans l'hypothèse où le concubin a financé sa part indivise grâce à un virement sur son compte fait par son coindivisaire, l'inscription en compte équivaut, selon la jurisprudence, à un don manuel. Le concubin bénéficie de la sorte, en tant que possesseur, de la présomption d'intention libérale¹⁰¹². Si l'auteur du virement ne parvient pas à rapporter la preuve de l'absence d'un tel don ou à prouver que la possession dont se prévaut le détenteur de la chose ne réunit pas les conditions pour être efficace, le concubin bénéficiaire du virement conservera ainsi, du fait de la carence de la preuve, l'enrichissement qui lui avait été apporté par son partenaire.

En l'absence de don manuel, dans le droit commun du paiement pour autrui, la preuve de l'obligation de restitution – en pratique de l'existence d'un prêt – incombe à celui qui s'en prévaut (C. civ., art. 1315)¹⁰¹³. Entre membres d'un couple sans communauté, la difficulté résulte de l'absence fréquente de preuve écrite, requise lorsque la somme en jeu est

¹⁰¹⁰ Sur le rejet d'une telle argumentation par la chambre commerciale de la Cour de cassation, V. en dernier lieu Com. 9 octobre 2001, Defrénois 2002, art. 37536, p. 620, obs. J. HONORAT. A l'inverse, sur la relative bienveillance de la première chambre civile, V. par exemple, Civ. 1^{ère} 11 février 1997, J.C.P. 1997, éd. G, II, 22820, note T. GARE.

¹⁰¹¹ Il est à noter que, même si la preuve est rapportée, la créance serait soumise au nominalisme monétaire. En conséquence, le partenaire créancier ne pourrait invoquer une quelconque revalorisation prenant en compte la plus-value prise par le bien. Il a ainsi été proposé de prévoir conventionnellement l'applicabilité de l'article 1469 du Code civil aux créances que l'un des partenaires peut avoir à exercer contre l'autre. V. B. BEIGNIER, J. COMBRET et A. FOUQUET, « Pacte civil de solidarité : formule de convention », Defrénois 2000, art. 37176, p. 638.

¹⁰¹² V. Civ. 1^{ère} 30 mars 1999, J.C.P. 2000, éd. G, II, 10274, note P. CAGNOLI.

¹⁰¹³ V. en dernier lieu, Civ. 1^{ère} 2 mai 2001, R.T.D. Civ. 2001, p. 856, n°11, obs. J. HAUSER.

supérieure à 800 euros (C. civ., art. 1341). Or la jurisprudence est exigeante sur l'impossibilité morale de se procurer un écrit. Il est en effet classiquement admis que la situation de concubinage ne suffit pas à établir l'impossibilité morale, les juges du fond devant rechercher s'il existe, en la cause, des circonstances particulières d'où résulte l'impossibilité morale pour un concubin de se procurer un écrit¹⁰¹⁴. Or, l'application stricte du droit commun peut conduire à des injustices : « *certes les concubins ont voulu la liberté, mais la liberté n'est pas la jungle et, en déboutant brutalement ceux qui naïvement n'ont pas pris la peine de se constituer des preuves, est-on certain d'envoyer dans l'enfer du non-droit ceux qui le méritent ?* »¹⁰¹⁵. Certaines juridictions se montrent alors peu rigoureuses sur l'admission de l'impossibilité morale de se procurer un écrit¹⁰¹⁶. Toutefois, même en admettant l'impossibilité morale de se procurer un écrit, le doute subsistant à la suite de la production des preuves doit nécessairement être retenu à l'encontre du plaideur qui supporte la charge initiale de la preuve.

Dans toutes les hypothèses précédentes, si le demandeur ne parvient pas à rapporter la preuve de l'existence d'un prêt, il est débouté de sa demande, et le financement de tout ou partie de la part indivise de son partenaire est dès lors susceptible de réaliser une participation de ce dernier à son enrichissement¹⁰¹⁷. Néanmoins, le rapprochement entre communauté et techniques alternatives de communautarisation n'est que conjoncturel puisqu'il résulte de la simple application du droit commun de la charge de la preuve et des difficultés qui peuvent en résulter.

Un autre rapprochement, de type conceptuel, pourrait également résulter de l'admission, entre membres d'un couple sans communauté, d'une présomption d'intention libérale. Un tel rapprochement serait cependant critiquable.

3. Un rapprochement conceptuel critiquable

514. Un rapprochement entre communauté et techniques alternatives de communautarisation pourrait résulter d'une présomption d'intention libérale dans les

¹⁰¹⁴ V. Civ. 1^{ère} 10 octobre 1984, R.T.D. Civ. 1984, p. 733, obs. J. MESTRE. Pour une appréciation rigoureuse, V. par exemple Limoges, 20 avril 1995, R.T.D. Civ. 1995, p. 867, n°9, obs. J. HAUSER.

¹⁰¹⁵ J. HAUSER, obs. précit. p. 867.

¹⁰¹⁶ Sur la tendance laxiste récente des juridictions, V. Paris, 16 février 1999, Dr. Fam. 1999, comm. n°96, note H. LECUYER (l'impossibilité morale est retenue par la Cour aux motifs que les parties vivaient ensemble à l'époque de la remise des sommes et étaient parents d'un enfant reconnu avant la naissance par ses deux parents) ; Versailles, 22 octobre 1999, D. 2000, somm. comm. 418, obs. J.-J. LEMOULAND.

¹⁰¹⁷ L'impossibilité de rapporter la preuve de l'existence d'une créance est même susceptible d'enrichir le bénéficiaire de la créance plus encore que ne le ferait le partage à parts égales des acquêts dans le régime de communauté. Dans cette hypothèse, le partage peut paraître inéquitable pour celui des membres du couple qui n'a pas désiré faire participer son partenaire à son enrichissement.

rappports entre les membres d'un couple sans communauté. L'hypothèse n'est pas celle d'une présomption du fait de l'homme, déduite par les juges des éléments produits par les concubins, en l'absence de preuve écrite de la nature juridique de l'acte de remise. Il ne s'agit alors que d'une simple application du droit commun de la preuve. L'hypothèse est au contraire celle d'un renversement de la charge de la preuve, véritable dévoiement du droit commun de la preuve, qui témoignerait de la volonté des juges de faire participer le défendeur à l'enrichissement de son concubin et, partant, de rapprocher communauté et indivision.

515. Présumer l'intention libérale de celui qui finance tout ou partie de la part indivise de son compagnon permet – fréquemment mais pas systématiquement – de paralyser la demande en restitution du coïndivisaire, le partage du bien indivis s'opérant indépendamment des apports respectifs des coïndivisaires à son financement. La mise en commun du bien réalise alors, comme en régime de communauté, une participation à l'enrichissement. De la sorte, le rapprochement n'est plus seulement conjoncturel mais davantage conceptuel dans la mesure où la présomption d'intention libérale procède de la volonté de la jurisprudence d'inscrire les relations entre les membres d'un couple dans un système de preuve différent du droit commun. Un tel rapprochement, qui n'existe qu'en germe en droit positif, est cependant critiquable et ne saurait par conséquent être poursuivi.

516. En droit positif, la présomption d'intention libérale est ainsi « recommandée » par une réponse ministérielle dans les rapports entre partenaires d'un pacs. Selon cette dernière, la présomption d'indivision est applicable alors même que le bien aurait été acquis par l'un des partenaires à l'insu de l'autre, le bénéficiaire retiré par le partenaire de l'acquéreur devant s'analyser comme le fruit d'une donation, à moins que l'acquéreur ne démontre que les fonds avancés l'ont été au titre d'un prêt¹⁰¹⁸. Les magistrats n'ayant pas encore été saisis du problème, la question reste en suspens.

En revanche, la jurisprudence aurait tendance, selon certains auteurs, à présumer l'intention libérale dans les rapports entre concubins¹⁰¹⁹. L'analyse est en réalité rendue délicate par plusieurs facteurs. En premier lieu, en cas de remise de sommes d'argent entre concubins, celui qui réclame restitution se trouve toujours en position de demandeur. Il est alors tentant d'analyser les décisions qui rejettent la demande de restitution au motif que la preuve de l'absence d'intention libérale n'a pas été rapportée, comme un simple rappel de la

¹⁰¹⁸ R.M. n°23816, Dr. Fam. 2001, comm. n°27, obs. H. LECUYER.

¹⁰¹⁹ V. F. HENOT, « L'action *de in rem verso* dans le cadre des relations familiales », R.R.J. 1997-3, p. 905, et les références et critiques de l'auteur ; H. LECUYER, note sous Civ. 1^{ère} 4 mars 1997, Dr. Fam. 1997, comm. n°67.

règle selon laquelle la preuve incombe au demandeur¹⁰²⁰. En second lieu, l'analyse est pervertie dans le contexte fréquent de l'enrichissement sans cause. D'une part, on ignore si le défaut d'intention libérale en constitue une condition, auquel cas il peut être reproché au demandeur de ne pas en avoir rapporté la preuve, ou si l'existence de l'intention libérale n'est qu'un moyen de défense à l'action *de in rem verso*. La question n'étant pas tranchée, l'existence d'une présomption d'intention libérale ne peut cependant être exclue¹⁰²¹. D'autre part, dans le contentieux de l'enrichissement sans cause, la présomption d'intention libérale a fréquemment pour seul objectif d'éviter que l'un des concubins ne réclame une indemnisation pour des actes qui s'analysent en une participation aux charges de la vie commune. La présomption d'intention libérale dissimule alors l'obligation naturelle, comme telle irrépétibile, de contribuer proportionnellement à ses ressources aux charges de la vie commune¹⁰²². En dernier lieu, il faut observer que la jurisprudence est divisée, qui présume fréquemment l'onérosité de la remise¹⁰²³.

517. Présumer l'intention libérale entre les concubins, partenaires d'un pacs ou non, pourrait se réclamer de l'idée de GENY selon laquelle l'article 1315 du Code civil viserait à faire peser le risque de la preuve sur celui qui se prévaut d'une situation contraire à la normale, l'état de chose considéré comme normal et régulier par la loi devant être présumé exister et la charge de la preuve incomber à celui qui voudrait combattre l'apparence existant en sa défaveur¹⁰²⁴. Présumer l'intention libérale au sein d'un couple reviendrait ainsi à considérer que la situation normale consiste à associer son partenaire à son enrichissement, la charge de la preuve devant alors peser sur celui qui invoque l'onérosité de la remise. Outre le fait que l'article 1315 du Code civil n'est pas interprété conformément aux vœux de GENY, eu égard certainement aux difficultés d'établir la normalité d'une situation, il semble

¹⁰²⁰ En ce sens, J. ROCHE DAHAN, « La remise de sommes d'argent entre concubins : prêt ou don manuel ? », *Droit et patrimoine* n°87, novembre 2000, p. 42.

¹⁰²¹ Sur cette incertitude, V. A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « Collaboration familiale et enrichissement sans cause », *Dr. Fam.* 1999, chr. n°19, n°21.

A la lecture des développements de Madame ROCHE DAHAN (art. précit., p. 42), il apparaît que l'auteur se situe dans le premier courant, ce qui lui permet de rejeter toute idée de présomption d'intention libérale dans les décisions de justice.

¹⁰²² V. *supra*, n°74.

¹⁰²³ V. la démonstration de J. ROCHE DAHAN, art. précit., p. 45 et s.

Favorables à la généralisation de la présomption d'onérosité, J. HAUSER, obs. sous Civ. 1^{ère} 16 juin 1998, *R.T.D. Civ.* 1998, p. 885 ; H. LECUYER, note sous Civ. 1^{ère} 12 novembre 1998, *Dr. Fam.* 1999, comm. n°12. Sur la proposition d'une présomption d'onérosité dans le Pacte d'intérêt commun proposé par Monsieur HAUSER, V. J. HAUSER, « Du PIC au PACS : expertise génétique d'une loi », *Le Pacs, Dr. Fam. Hors série*, décembre 1999, p. 16.

¹⁰²⁴ *Science et technique en droit privé positif*, Tome 3, Sirey, 1921, n°231, p. 271.

difficile, en droit positif, de présumer l'intention libérale entre concubins alors qu'au sein des rapports familiaux¹⁰²⁵, et en particulier au sein du couple marié, la tendance est inverse.

Il est vrai que l'absence de présomption d'intention libérale au sein du couple marié s'explique par les effets pervers de la reconnaissance de l'intention libérale entre époux. Dans cette hypothèse en effet, le donateur a la possibilité de solliciter la nullité de la donation pour déguisement (C. civ., art. 1099) ou de la révoquer (C. civ., art. 1096)¹⁰²⁶. La donation ne porte certes que sur les deniers qui ont servi à financer l'acquisition, et non sur le bien lui-même, le donataire n'étant dès lors pas tenu de restituer le bien reçu, mais une somme représentative de sa valeur (C. civ., art. 1099-1). Toutefois, en pratique, la reconnaissance d'une créance conduit fréquemment son débiteur à abandonner tout ou partie de ses droits sur le bien, le partage se réalisant alors proportionnellement aux apports des époux. Le conjoint qui a bénéficié de l'opération est alors protégé par le droit commun de la preuve puisqu'il incombe à l'auteur de la révocation ou de la demande en nullité de prouver son *animus donandi*¹⁰²⁷. En outre, l'absence d'intention libérale de l'époux qui acquiert un bien au nom de son conjoint ou finance la part indivise de son conjoint, est présumée lorsque la collaboration professionnelle ou ménagère de ce dernier a excédé sa contribution aux charges du mariage¹⁰²⁸. Implicitement, cela revient à présumer que l'activité excédant la contribution aux charges du mariage doit être rémunérée, excluant du même coup toute présomption d'intention libérale de la part de son auteur. En droit positif, les libéralités rémunératoires entre époux séparés de biens ne conduisent cependant pas, en principe, à un résultat communautaire puisque la libéralité a pour objet de rémunérer l'époux qui est allé au-delà de son obligation de contribution aux charges du mariage. Les conditions strictes

¹⁰²⁵ Dans les rapports entre descendants et ascendants, il ressort des décisions admettant l'indemnisation de l'enfant dont le dévouement a excédé la piété filiale que l'intention libérale n'est pas présumée. V. l'arrêt de principe, Civ. 1^{ère} 12 juillet 1994, J.C.P. 1995, éd. G, II, 22425, note A. SERIAUX ; D. 1995, 623, note M. TCHENDJOU.

¹⁰²⁶ Sur la nullité des donations déguisées entre époux et la révocabilité des donations entre époux, V. *infra*, n°766 et s.

¹⁰²⁷ Pour considérer qu'il y a donation déguisée, la jurisprudence exige en outre du demandeur qu'il prouve que « l'acte contient des affirmations mensongères relatives à l'origine des fonds », ce qui constitue une autre sorte de protection du défendeur. V. Civ. 1^{ère} 6 janvier 1987, Defrénois 1987, art. 34120, p. 1506, n°120, 1^{ère} esp., obs. G. CHAMPENOIS.

¹⁰²⁸ Sur la rémunération de la collaboration professionnelle, V. Civ. 1^{ère} 24 octobre 1978, J.C.P. 1979, éd. G, II, 19220, note J. PATARIN ; Defrénois 1979, art. 32038, p. 945, n°40, obs. G. CHAMPENOIS. Sur la rémunération de l'aide ménagère, V. Civ. 1^{ère} 20 mai 1981, Defrénois 1981, art. 32750, p. 1323, n°101, obs. G. CHAMPENOIS, R.T.D. Civ. 1982, p. 784, obs. J. PATARIN ; Civ. 1^{ère} 2 octobre 1985, D. 1986, 325, note A. BRETON.

D'autres éléments manifestent le déclin de la gratuité dans les relations conjugales. Il en est ainsi de l'exigence d'une rémunération. L'article L. 784-1 du Code du travail prévoit ainsi que, pour bénéficier du statut de salarié, le conjoint doit percevoir une rémunération horaire supérieure ou égale au salaire minimum de croissance. Sur cette question, V. F. FAVENNEC-HERY, « Les relations professionnelles entre époux ou le travail sans la subordination. Cass. Soc. 6 novembre 2001, *Bouvard c./ Zanaria* », Dr. Soc. 2002, p. 403. De même, la loi Doubin du 31 décembre 1989 permet au conjoint ayant, pendant au moins dix ans, participé à l'exploitation familiale sans être intéressé aux résultats, de réclamer à la succession le versement d'une indemnité.

posées par la jurisprudence en témoignent. Il faut en effet que la collaboration bénévole ait procuré au conjoint des économies. Il est vrai que, dans certaines espèces, le caractère forfaitaire de l'indemnisation à laquelle conduit la libéralité rémunératoire aboutit, indirectement, à un résultat communautaire. Il en est ainsi lorsque l'indemnisation est supérieure à la rémunération qui serait due. Dans d'autres espèces cependant, le résultat est inverse.

518. En droit prospectif, la suppression de la révocabilité des donations et de la nullité des donations déguisées entre époux¹⁰²⁹ devrait certainement conduire à réduire, voire à supprimer, le recours aux libéralités rémunératoires, lequel apparaît comme un subterfuge, contestable dans la mesure où toute libéralité peut être analysée comme contenant, peu ou prou, un aspect rémunératoire¹⁰³⁰. La question se pose alors de savoir si la suppression des effets pervers de l'intention libérale entre époux devrait entraîner une présomption d'intention libérale, auquel cas l'argument de la différence entre couple marié et non marié tomberait.

La réponse devrait être négative. Aucune présomption d'intention libérale ne devrait en effet régir les rapports entre les membres du couple, marié ou non. Si les membres du couple marié choisissent de se soumettre à un régime matrimonial dont la vocation est d'associer les époux à l'enrichissement l'un de l'autre, ils déterminent par avance ce qui relève, dans leurs rapports, de la gratuité ou de l'onérosité¹⁰³¹. Entre époux séparés de biens, qui ont délibérément choisi de ne pas vivre sous un régime de participation à l'enrichissement, l'intention libérale, autrement dit la preuve de la volonté de l'époux de faire participer son conjoint à son enrichissement, ne devrait pas, par conséquent, être présumée. Si, comme nous le suggérerons, les régimes de participation à l'enrichissement – et au premier chef la

¹⁰²⁹ V. *infra*, n°771.

¹⁰³⁰ Le subterfuge est manifeste lorsque la Cour de cassation considère que le mari ne prouvait pas son intention libérale « *puisque il avait pu vouloir rétribuer, à l'avance, la collaboration à la bonne marche de l'exploitation qu'il escomptait de son épouse, et qui allait être effective pendant toute la durée de la vie commune* » (Civ. 1^{ère} 9 novembre 1993, R.T.D. Civ. 1994, p. 662, obs. J. PATARIN et p. 595, note J. MESTRE).

Le subterfuge fut également utilisé au sein du couple non marié, à l'époque où le risque d'une annulation pour cause immorale ou illicite pesait sur les libéralités entre concubins. V. par exemple, Paris, 19 novembre 1974, Defrénois 1975, art. 31032, p. 1595, note J.-F. VOUIN. Les magistrats recouraient également parfois à l'obligation naturelle, la libéralité traduisant un devoir de reconnaissance du donateur au donataire. V. par exemple, R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI, obs. sous Civ. 1^{ère} 14 juin 1978, R.T.D. Civ. 1982, p. 131. Depuis le revirement de la Cour de cassation de 1999, consacrant la validité des libéralités entre concubins, même si la cause est de maintenir la relation adultère que le donateur entretient avec le donataire, le recours à ces différents subterfuges est désormais inutile, du moins s'agissant de la validité de l'acte. V. Civ. 1^{ère} 3 février 1999, références *supra*, n°10.

¹⁰³¹ F. LUCET, *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux*, Thèse Paris II, 1987, p. 738, n°556.

communauté – étaient ouverts au couple non marié¹⁰³², les mêmes raisons postuleraient contre l'admission d'une présomption d'intention libérale dans leurs rapports.

La question est plus délicate en droit positif puisque les membres d'un couple non marié n'ont pas la possibilité d'adopter un régime de participation à l'enrichissement. La présomption d'intention libérale dans leurs rapports nous semble cependant devoir être condamnée. En pratique, elle conduirait, dans certaines hypothèses, à rendre une personne débitrice des droits de mutation à titre gratuit alors qu'elle n'a même pas eu connaissance de l'opération¹⁰³³. En théorie, s'il est un aspect, à propos duquel on doit parler de droit commun de l'affectation à l'enrichissement, c'est le caractère négocié, c'est-à-dire librement consenti de cette dernière. Faire participer son compagnon à son enrichissement relève en effet d'une solidarité maximale que le droit ne devrait pas imposer¹⁰³⁴. Or, présumer l'intention libérale reviendrait à présumer la volonté d'associer son partenaire à son enrichissement et ainsi, fréquemment, à l'imposer.

519. La solution ne consiste pas pour autant à présumer l'onérosité de la remise¹⁰³⁵ mais à appliquer, dans toute sa souplesse, le droit commun de la preuve. Il serait en effet opportun d'admettre très largement que la vie en couple rend moralement impossible la preuve écrite, conduisant ainsi à un système de preuve libre dans lequel la force probante des preuves retenues est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond.

520. En dépit de rapprochements conjoncturels, tenant le plus souvent aux aléas de la charge de la preuve, l'indivision et la société créée de fait, techniques alternatives de communautarisation au sein des couples sans communauté, ne possèdent pas cette caractéristique de la communauté qui consiste en un partage des biens communs indépendamment de la proportion des apports des époux, réalisant ainsi une participation de l'époux qui s'est le moins enrichi à l'enrichissement de l'autre. De surcroît, un rapprochement conceptuel, à l'état d'ébauche, qui consiste à présumer l'intention libérale est éminemment critiquable.

Outre un partage des biens communs indépendamment des apports respectifs des époux, la supériorité du régime de communauté tient à ce qu'il s'inscrit dans un véritable système d'affectation à l'enrichissement, dont il convient à présent de souligner les avantages.

¹⁰³² V. *infra*, n°617 et s.

¹⁰³³ En ce sens, H. LECUYER, obs. sous R.M. n°23816, Dr. Fam. 2001, comm. n°27.

¹⁰³⁴ V. *infra*, n°612.

¹⁰³⁵ *Contra* J. HAUSER, « PACS. Statut civil des partenaires », J.C.P. 2000, éd. N, p. 413.

B. Les avantages d'un système d'affectation à l'enrichissement

521. Un système est un « *ensemble de règles considérées sous le rapport de ce qui en fait la cohérence. Ensemble coordonné* »¹⁰³⁶. Les éléments de cette définition peuvent être repris l'un après l'autre afin de démontrer que les règles de la communauté forment un véritable système d'affectation à l'enrichissement. En revanche, même si certaines s'en rapprochent ou tentent de l'imiter, les techniques alternatives de communautarisation ne parviennent pas à cumuler les deux éléments essentiels d'un système d'affectation à l'enrichissement : l'existence à la fois d'un ensemble de règles prédéterminées (1.) et d'une philosophie ordonnant ces règles (2.).

1. L'existence d'un ensemble de règles prédéterminées

522. Le propre d'un système est d'être composé d'un ensemble de règles qui concourent à un résultat. Le propre d'un système de participation à l'enrichissement réside donc dans l'existence d'un ensemble de normes qui concourent à réaliser la participation d'une personne à l'enrichissement de l'autre. Tel est le cas de la communauté, dont les règles présentent, en outre, l'avantage d'être prédéterminées. Les règles sont légales ou contractuelles, offrant ainsi aux époux la liberté d'aménager les modalités de l'affectation de l'enrichissement, sachant que, s'il existe un contrat de mariage, les règles de la communauté légale sont applicables « *en tous les points qui n'ont pas fait l'objet de la convention des parties* » (C. civ., art. 1497 *in fine*) afin qu'en toute hypothèse, les règles de détermination des biens communs forment un ensemble complet.

L'existence d'un ensemble de règles prédéterminées, ordonnées à la participation de l'époux le moins fortuné à l'enrichissement de l'autre, présente deux avantages majeurs. Le premier est celui de la simplicité, les époux n'ayant plus, par la suite, à se préoccuper des modalités de l'affectation de leurs biens à l'enrichissement. Le second avantage est le corollaire du premier. Il tient à ce que la participation à l'enrichissement ne dépend plus de la seule générosité de celui qui a des revenus, plaçant ainsi son conjoint en état de dépendance. Eu égard à ces caractéristiques, certaines techniques alternatives de communautarisation excluent toute idée de système (a) ; d'autres, en revanche, l'incluent (b).

¹⁰³⁶ G. CORNU (sous la dir. de), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, P.U.F., 9^{ème} éd., 2002, V^o *Système*.

a). Les techniques alternatives de communautarisation excluant l'idée de système

523. La présomption d'indivision par moitié, sur les biens à propos desquels aucun des membres du couple ne parvient à rapporter la preuve d'une propriété exclusive, ne participe pas de l'idée de système. Ce n'est en effet qu'*a posteriori*, et en raison des difficultés à rapporter la preuve de la propriété exclusive des meubles meublant le domicile commun, que ces derniers sont, très fréquemment, indivis entre les membres d'un couple sans communauté.

L'indivision volontaire, dans la mesure où elle doit être prévue au fur et à mesure de l'acquisition des biens, est également exclusive de l'idée de système. Il est en effet impossible d'englober les biens futurs du ménage, dans une convention d'indivision, car les biens régis par la convention doivent être décrits dans ce contrat. La convention d'indivision doit par conséquent être conclue pour chaque acquisition, même s'il est évidemment possible, à l'occasion de la conclusion d'une convention d'indivision sur un bien, d'y inclure d'autres biens acquis précédemment.

524. Malgré les apparences, la conclusion d'une convention de concubinage¹⁰³⁷ ne semble pas davantage parvenir à organiser par avance un ensemble de règles ordonné à la communautarisation. « *Serpent de mer juridique, gadget de praticien en mal de nouveauté, ou véritable réponse à un problème de droit posé par les nouveaux couples* »¹⁰³⁸, un auteur qualifie pourtant les conventions de concubinage de « *véritables pendants aux contrats de mariage* »¹⁰³⁹. Limitée aux aspects patrimoniaux¹⁰⁴⁰, la convention de concubinage a pour objet de régler les rapports pécuniaires qui existent ou vont se nouer entre concubins, autrement dit de fixer par avance les fondements de leur statut patrimonial.

¹⁰³⁷ Importées de l'étranger (sur l'importance quantitative des conventions de concubinage dans les systèmes juridiques anglo-saxons, scandinaves et néerlandais, V. M. STORCK, « Les contrats de concubinage », *Journal des notaires et des avocats* 1988, p. 642), les conventions de concubinage restent isolées en France.

Limitée à la réglementation des relations patrimoniales entre concubins, chacune des conventions rassemblées dans le même acte est valable. Toutefois, la licéité de leur regroupement dans un même acte suscite des avis contraires. En faveur de la licéité des conventions de concubinage, V. M. STORCK, art. précit. ; J. CHARLIN, « Les contrats de concubinage. Formule », *J.C.P.* 1991, éd. N, p. 459. Plus interrogatifs, voire sceptiques, J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome 2, *La famille, l'enfant, le couple*, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 704 ; H. FULCHIRON, note sous Aix-en-Provence, 26 septembre 1997, *Dr. Fam.* 1998, comm. n°128 ; P. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, Famille*, Cujas, 6^{ème} éd., 1998-1999, p. 142, n°257.

¹⁰³⁸ J. CHARLIN, « Les contrats de concubinage. Formule », *J.C.P.* 1991, éd. N, p. 459, n°1.

¹⁰³⁹ S. BORREMANS, « Vers une réapparition du mariage *sine manu* », in *L'union libre*, sous la dir. de P. DE PAGE et R. DE VALKENEER, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 314.

¹⁰⁴⁰ Aucun contrat ne peut en effet régir, en principe, les questions extrapatrimoniales. V. M. STORCK, « Les contrats de concubinage », *Journal des notaires et des avocats* 1988, p. 643.

S'agissant des clauses de communautarisation qui nous intéressent présentement, des auteurs proposent d'inclure dans la convention une promesse d'acquisition en indivision. La promesse peut être limitée à l'acquisition du logement commun¹⁰⁴¹ ou étendue à l'acquisition de tout bien immobilier pendant la vie commune¹⁰⁴².

L'insertion de promesses d'acquisition en indivision permet alors, *a priori*, de voir dans la convention de concubinage un ensemble de règles prédéterminées ordonnées à la mise en commun de biens. Et tel est effectivement le cas si chacun des concubins respecte l'engagement contractuel. La clause stipulant une promesse d'acquisition en indivision n'a cependant qu'une portée subsidiaire et précaire. En effet, si un concubin acquiert un bien, en son nom, en violation de la clause, « *la violation de l'engagement pris dans la convention de concubinage d'acquérir tout bien en indivision, entraîne non l'annulation ou la modification de l'acte réalisé au mépris de la promesse, mais éventuellement la résiliation du contrat de concubinage* »¹⁰⁴³.

525. D'autres techniques alternatives de communautarisation comportent en revanche un ensemble de règles prédéterminées ordonnées à la constitution de biens communs.

b). Les techniques alternatives de communautarisation incluant l'idée de système

526. Il en est ainsi tout d'abord de la société, volontairement créée entre eux par les membres d'un couple sans communauté, dont la réglementation comprend un ensemble de règles déterminant par avance ce qui sera commun aux associés. La qualification est plus incertaine s'agissant de la société créée de fait dans la mesure où l'ensemble des règles de détermination des biens mis en commun n'est imposé qu'*a posteriori* aux membres du couple, qui n'avaient pas conscience initialement de l'existence d'une société entre eux.

527. Il en est également ainsi de l'indivision dans le pacs, laquelle présente un caractère original par rapport à l'indivision de droit commun. L'article 515-5, alinéa 1^{er}, du Code civil présume indivis les meubles meublants acquis à titre onéreux après la conclusion du pacs ou ceux pour lesquels la date d'acquisition ne peut être établie, la présomption ne

¹⁰⁴¹ « *Les concubins s'engagent à contracter indivisément par moitié chacun (ou dans telle autre proportion) dans toute convention intéressant le logement commun* » : J. CHARLIN, « Les contrats de concubinage. Formule », J.C.P. 1991, éd. N, p. 459.

¹⁰⁴² M. STORCK, art. précit., p. 644.

¹⁰⁴³ M. STORCK, art. précit., p. 645.

pouvant être renversée que dans le contrat de pacs lui-même¹⁰⁴⁴. S'agissant des autres biens acquis à titre onéreux depuis la conclusion du pacs, l'alinéa 2 de l'article 515-5 les présume indivis, la règle ne pouvant être écartée que par la preuve que l'acte d'acquisition ou de souscription en dispose autrement. Dans la mesure où toute autre preuve contraire du caractère personnel du bien est exclue, ces présomptions ne visent pas à régler le sort des biens pour lesquels il est impossible de prouver la propriété exclusive de l'un des partenaires. Elles n'ont donc pas un caractère subsidiaire, mais doivent, au contraire, être analysées comme des présomptions générales, dont la vocation est de régir les biens du couple de partenaires, en attirant dans une masse commune les catégories de biens telles que définies par la loi¹⁰⁴⁵. A n'en pas douter, l'indivision entre les partenaires d'un pacte civil de solidarité ressemble davantage à une communauté qu'à une indivision ordinaire¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴⁴ Il paraît donc souhaitable de procéder à un inventaire, préalablement à la passation du pacte civil de solidarité, si l'on veut se préconstituer la preuve d'une acquisition antérieure. Dans l'écrasante majorité des cas, le contrat de pacs est cependant réduit à la formule suivante : nous déclarons conclure un pacte civil de solidarité dans les conditions de la loi.

¹⁰⁴⁵ Sur la distinction entre « *présomptions à vocation générale* » et « *présomptions à vocation subsidiaire* », V. H. FULCHIRON, « Les présomptions d'indivision et de communauté dans le couple (Pour une interprétation raisonnée... ou une réforme des présomptions d'indivision dans le P.A.C.S.) », Defrénois 2001, art. 37391, p. 949.

De la lecture des travaux préparatoires, il ressort que les tenants de la proposition ont cru, malgré les nombreuses mises en garde des députés de l'opposition, que le régime de l'indivision serait supplétif. V. B. BEIGNIER, « Pacte civil de solidarité et indivision : visite aux enfers », Defrénois 2000, art. 37175, p. 620. Pourtant, l'interprétation littérale de l'article 515-5, verrouillée par le considérant n°32 de la décision du Conseil constitutionnel, relative à la loi portant adoption du pacte civil de solidarité, conduit la plupart des auteurs – à regret – à analyser les présomptions d'indivision comme des présomptions à vocation générale, et non comme des présomptions à vocation subsidiaire. V. P. CATALA, « Critique de la raison médiatique », Le Pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 59. Telle est également la position du Ministère de la Justice qui voit dans l'article 515-5 du Code civil une disposition impérative. V. F. SAUVAGE, « PACS, mode d'emploi n°2 (à propos de la circulaire du 11 novembre 2000) », J.C.P. 2001, éd. N, p. 962.

Cette analyse conduit également à rejeter la possibilité, pour les partenaires, d'écarter dans le pacte la présomption d'indivision des biens autres que les meubles meublants et, par conséquent, d'adopter un régime de biens plus séparatiste. Il convient cependant de remarquer l'ambiguïté du considérant n°88 du Conseil constitutionnel qui, après avoir rappelé le caractère limitatif des règles permettant d'écarter les présomptions d'indivision, affirme « *qu'en toute hypothèse, les partenaires, s'ils veulent éviter les effets juridiques attachés au régime de l'indivision et, en particulier, les difficultés de gestion auxquelles il peut conduire, pourront librement choisir, dans les conditions précédemment exposées, de soumettre à un autre régime l'ensemble des biens qu'ils viendraient à acquérir à titre onéreux après la conclusion du pacte* ». Sur l'utilisation de cet argument en faveur de l'adoption d'un pacs séparatiste, V. B. SAVOURE, « Le PACS : propositions d'interprétation », Droit et patrimoine n°81, avril 2000, p. 58 ; G. CHAMPENOIS, « Les présomptions d'indivision dans le pacs », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 92. V. particulièrement les différentes formules proposées par Messieurs BEIGNIER, COMBRET et FOUQUET (« Pacte civil de solidarité : formule de convention », Defrénois 2000, art. 37176, pp. 635-636), ces derniers soulignant néanmoins que de telles clauses, rapprochant l'indivision dans le pacs d'une société en participation, sont susceptibles d'être mises à néant par un tribunal, sur le fondement de l'article 515-5, alinéa 2, du Code civil.

¹⁰⁴⁶ Selon Madame FLOUR, « *en thèse générale, une indivision ne comporte pas d'acquêts, parce qu'elle n'est dotée d'aucun dynamisme propre, d'aucune force d'expansion* ». L'auteur en conclut dès lors que l'indivision entre les partenaires d'un pacte civil de solidarité ressemble davantage à une communauté qu'à une indivision

528. Pour la catégorie particulière de biens que sont les meubles meublants, le pacs contient précisément une règle qui détermine par avance, et de manière définitive, leur qualification. Si les partenaires n'écartent pas *ab initio*, dans le contrat de pacs, la présomption d'indivision des meubles meublants acquis à titre onéreux pendant la durée du pacte, tous ces biens seront en effet communs sans que la preuve contraire puisse être rapportée¹⁰⁴⁷.

529. En revanche, la présomption d'indivision par moitié sur les autres biens des partenaires ne constitue pas une règle déterminant à l'avance la qualification de ces biens, la présomption pouvant être renversée dans l'acte d'acquisition ou de souscription du bien. La règle, n'intervenant qu'*a posteriori*, souffre des inconvénients auxquels échappe la communauté et qui tiennent au fait qu'il incombe au partenaire d'écarter ou non la présomption d'indivision au fur et à mesure des acquisitions. La participation à l'enrichissement par le biais de la mise en commun de biens dépend ainsi entièrement de la générosité du partenaire le plus fortuné, lequel dispose de toute latitude pour écarter la présomption d'indivision dans l'acte d'acquisition ou de souscription.

Cette affirmation doit cependant être nuancée tant la mise en œuvre de la liberté d'écarter la présomption d'indivision se heurte à de nombreux obstacles de fait. Le premier obstacle tient à l'ignorance fréquente des partenaires de l'existence des présomptions d'indivision. Si, dans l'hypothèse de l'acquisition d'un immeuble, on peut compter sur le notaire pour attirer l'attention de l'acquéreur sur ce point, dans tous les autres cas, de nombreux biens risquent en revanche de tomber en indivision à l'insu des partenaires. Le second obstacle tient à l'absence d'acte d'acquisition ou de souscription dans lequel la présomption d'indivision pourrait être écartée.

Compte tenu de ces remarques, deux hypothèses extrêmes, à l'inverse l'une de l'autre, peuvent se présenter. Dans la première, l'un des partenaires, bien informé et non désireux de faire participer son compagnon à son enrichissement, écarte systématiquement la présomption d'indivision, tandis que l'autre, moins informé ou davantage imprégné de l'esprit communautaire, n'écarte pas celle-ci. La tentation sera grande alors pour le second

ordinaire (Y. FLOUR, « Brèves remarques sur l'indivision entre partenaires d'un pacte civil de solidarité », *Gaz. Pal.* 1999, *doctr.*, 1, p. 284).

¹⁰⁴⁷ Le Conseil constitutionnel a cependant admis la possibilité, pour les partenaires, d'écarter la présomption d'indivision pour les meubles meublants dans un acte modifiant la convention initiale. Insérer une modification ultérieure conduirait alors à revenir rétroactivement, et au mépris de la sécurité juridique et des droits des tiers, sur le statut des biens acquis à titre onéreux entre la conclusion du pacte initial et celle de la convention aménageant la présomption d'indivision. Pour surmonter la difficulté, la doctrine propose d'admettre que la modification du pacte ne peut concerner que les biens acquis postérieurement à la modification. V. J.-B. SEUBE, « Exécution du pacte civil de solidarité », *Droit et patrimoine* n°115, mai 2003, p. 78.

de voir reconnaître en justice qu'il a financé seul les acquisitions indivises et de solliciter ainsi, pour chaque bien, la reconnaissance d'une créance à l'encontre de son partenaire. A n'en pas douter, la liquidation de la vie du couple de partenaires n'en ressort pas facilitée. Dans la seconde hypothèse, aucun des partenaires n'écarte jamais la présomption d'indivision, de sorte que la quasi-totalité des biens acquis à titre onéreux depuis la conclusion du pacs est indivise. « *Loi périlleuse pour les imprudents ; loi indulgente pour les habiles* » peut-on alors conclure¹⁰⁴⁸.

530. A ces critiques, il faut en ajouter une dernière, relative à l'incomplétude des règles de mise en commun des biens¹⁰⁴⁹. A défaut d'acte d'acquisition ou de souscription, la question se pose en effet du sort des biens créés par les partenaires¹⁰⁵⁰ – tel un fonds de commerce – ou encore des revenus des partenaires ou des économies réalisées sur ces derniers. Si les revenus du capital devraient, en vertu de la théorie de l'accession, recevoir la qualification de bien personnel, en revanche, s'agissant des revenus du travail, la question est ouverte. L'alinéa 2 de l'article 515-5 du Code civil vise « *les biens dont les partenaires deviennent propriétaires à titre onéreux* ». Littéralement, le texte pourrait donc être appliqué aux revenus des partenaires. L'argument peut même être renforcé à la lumière de la comparaison entre les alinéas 1 et 2 de l'article 515-5 du Code civil. En effet, puisque sont isolés dans l'alinéa 1^{er} les meubles meublants, les « *autres biens* », visés par l'alinéa 2, devraient logiquement comprendre l'ensemble des biens non meublants, meubles ou immeubles, acquis postérieurement à la conclusion du pacte¹⁰⁵¹. Une partie de la doctrine soutient cependant que les gains et salaires ne devraient pas tomber sous le coup de la

¹⁰⁴⁸ B. BEIGNIER, « Aspects civils », *Le Pacs*, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, chr. n°9, p. 35.

¹⁰⁴⁹ Il est vrai qu'au 15 octobre 2001, le tribunal de grande instance de Paris – choisi en raison du fait qu'il est le lieu de résidence d'un très grand nombre de partenaires et, par conséquent, le mieux placé pour connaître des procès en la matière – n'avait été saisi d'aucune demande. « *Dans ces conditions, les optimistes liront ce qui suit au conditionnel, et les pessimistes au futur...* » (T. FOSSIER, « Le pacte civil de solidarité et le tribunal », in *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 122).

¹⁰⁵⁰ On peut exclure la présomption d'indivision en opposant biens créés et biens acquis. De nombreux auteurs refusent cependant de faire une telle distinction. V. par exemple H. FULCHIRON, « Les présomptions d'indivision et de communauté dans le couple (Pour une interprétation raisonnée... ou une réforme des présomptions d'indivision dans le P.A.C.S.) », *Defrénois* 2001, art. 37391, p. 949.

Certains auteurs proposent de stipuler dans la convention de pacs la clause suivante : « *Tout bien créé par un partenaire pendant la durée du pacte demeure sa propriété exclusive* » (B. BEIGNIER, J. COMBRET et A. FOUQUET, « Pacte civil de solidarité : formule de convention », *Defrénois* 2000, art. 37176, p. 636). Dans la mesure où rares sont les partenaires qui rédigent une convention de pacs sur les conseils d'un professionnel, une clause de ce type ne sera que rarement adoptée et, par conséquent, la question rarement réglée conventionnellement.

¹⁰⁵¹ En faveur de la vocation de la présomption de l'article 515-5, alinéa 2, à couvrir les deniers détenus par les partenaires, V. Y. FLOUR, « Brèves remarques sur l'indivision entre partenaires d'un pacte civil de solidarité », *Gaz. Pal.* 1999, doctr., 1, p. 284.

présomption d'indivision, l'expression « *devenir propriétaire à titre onéreux* » étant synonyme de celle d'« *acquisition à titre onéreux* » visée par l'alinéa 1^{er}¹⁰⁵². Il peut alors être soutenu qu'il appartient à la jurisprudence de se prononcer, comme elle l'a fait sur la qualification juridique des revenus des époux en régime de communauté. Toute la difficulté tient cependant à ce qu'il manque aux présomptions d'indivision l'existence d'une philosophie, permettant d'orienter l'interprétation de textes ou de combler les lacunes de la loi.

Cette dernière critique est du reste commune à toutes les techniques alternatives de communautarisation qui tentent de se rapprocher de la communauté. En effet, même si elles se caractérisent par un ensemble de règles ordonnées à la constitution de biens communs, le rapprochement n'est que parcellaire car il manque aux premières la philosophie qui imprègne toutes les règles de la seconde.

2. *L'existence d'une philosophie ordonnant ces règles*

531. Un ensemble de règles prédéterminées ne constitue pas un système si ces règles ne sont pas animées par une philosophie. Ainsi, un ensemble de règles prédéterminées ordonnées à la constitution de biens communs ne forme pas un système d'affectation à l'enrichissement s'il n'est pas animé par une philosophie qui consiste à faire participer son compagnon à son enrichissement. Eu égard à cette définition, le régime de communauté constitue un véritable système d'affectation à l'enrichissement car l'ensemble de ses normes, ordonnées à la constitution de biens communs, est dominé par la philosophie communautaire (a). Tel n'est pas le cas, en revanche, des techniques alternatives de communautarisation, la philosophie communautaire en étant absente (b).

a). *La philosophie communautaire*

532. Conformément à l'idée fondatrice de la communauté selon laquelle tout ce que l'on réussit à gagner durant le mariage doit tourner au profit commun, idée dont la transposition juridique a conduit à l'adoption par la loi de 1965 de la communauté réduite

¹⁰⁵² En ce sens, V. LAFOREST-TACCHINI, « La procédure de surendettement à l'épreuve du pacte civil de solidarité », Dr. Fam. 2003, chr. n°3. V. aussi F. GRANET et H. LECUYER, J.-Cl. Civ., art. 515-1 à 515-7, fasc. 10, 2001, n°77 : une interprétation plus étroite de l'expression « *autres biens* » « *consisterait à inclure dans les prévisions de l'article 515-5, alinéa 2, les seuls biens susceptibles de donner lieu à la confection d'un acte – entendu dans le sens instrumentum – d'acquisition ou de souscription, puisque pour eux seulement, les partenaires pourront exclure la présomption d'indivision par moitié. Cette interprétation, plus raisonnable, altère néanmoins la cohérence d'ensemble de l'article* ».

aux acquêts comme régime légal, l'article 1401 du Code civil dispose 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* ».

La notion d'acquêts constitue ainsi la notion fondamentale du régime de communauté. Rien n'empêche pour autant l'intégration, dans la masse commune, de biens non constitutifs d'acquêts. Tel est le cas des biens stipulés communs par l'auteur d'une libéralité¹⁰⁵³ ou par les époux dans le contrat de mariage. Le plus souvent toutefois, la communauté est vide au jour du mariage et s'enrichit à la fois des acquêts qui forment les biens communs ordinaires, et des revenus des époux qui constituent la catégorie des biens communs réservés.

533. Les acquêts – biens communs ordinaires – sont les biens acquis à titre onéreux par l'un ou l'autre des époux au cours du régime de communauté, au moyen de leurs gains et salaires ou des fruits et revenus de leur capital propre. Même si, dans la société actuelle, le travail des époux se traduit le plus souvent par l'obtention d'une rémunération en argent, dans la mesure où la fortune acquise par les époux au moyen de la contrepartie pécuniaire de leur industrie forme des acquêts, il en est de même, *a fortiori*, pour les biens – matériels ou intellectuels – directement créés par eux. Enfin, en application de l'adage qui veut que les fruits accroissent au capital, les revenus des acquêts figurent indiscutablement au sein de la masse commune.

534. La qualification juridique des revenus des époux a soulevé moult controverses¹⁰⁵⁴, aujourd'hui apaisées pour l'essentiel. Le législateur ne s'est en effet jamais expressément prononcé sur leur nature juridique même si les textes du Code civil sont orientés vers la qualification commune¹⁰⁵⁵. Le recours à l'idée communautaire, selon laquelle les biens gagnés au cours du régime sont communs, postule cependant en faveur de la qualification commune des gains et salaires et des revenus des biens propres des

¹⁰⁵³ Sur le principe de liberté du disposant et ses limites, V. F. TERRE et P. SIMLER, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 235, n°297 et s.

¹⁰⁵⁴ Sur la controverse, V. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 257, n°265 et s.

¹⁰⁵⁵ Deux dispositions laissent à penser que les revenus des propres ont vocation à alimenter la communauté. D'une part, l'article 1401 affirme que « *la communauté se compose activement des acquêts faits par les époux (...) et provenant (...) des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres* ». D'autre part, l'article 1403, alinéa 2, dispose que « *la communauté n'a droit qu'aux fruits perçus et non consommés* ». La qualification de biens communs résulte également, certes implicitement, des articles 1411 et 1415 du Code civil qui laissent transparaître la volonté du législateur de 1985 de forger un concept de revenus, soumis à une qualification juridique identique, celle de biens communs. En ce sens, A. COLOMER, Droit civil, Régimes matrimoniaux, Litec, 11^{ème} éd., 2002, p. 347, n°616.

époux¹⁰⁵⁶. Ainsi guidée par la philosophie de participation à l'enrichissement de la communauté et s'inscrivant dans une politique résolument favorable à cette dernière, la jurisprudence a opté pour la qualification commune¹⁰⁵⁷. En revanche, parce que le législateur a voulu concilier les divers aspects de la destination de ces revenus – affectation tout à la fois à l'indépendance de chacun des époux et aux objectifs communautaires – il a, implicitement, été conduit à créer deux catégories de biens communs, celle des « *biens communs ordinaires* » – acquêts proprement dits – et celle des « *biens communs réservés* »¹⁰⁵⁸ – revenus professionnels et du capital propre – soumis, pendant la vie en couple, à un régime juridique différent des biens communs ordinaires.

La seule controverse qui subsiste est relative à la nature juridique des gains et salaires économisés, la question étant de savoir s'ils conservent leur nature juridique originale de biens communs réservés ou si leur épargne conduit à les considérer comme des biens communs ordinaires, échappant à la libre disposition de leur titulaire et à l'insaisissabilité par les créanciers de son conjoint¹⁰⁵⁹. En pratique, la question de la saisissabilité des gains et

¹⁰⁵⁶ La question se posait avec une particulière acuité pour les revenus professionnels, eu égard à leur importance quantitative contemporaine dans le patrimoine des individus, importance renforcée par la tendance à favoriser la qualification de revenus du travail sur celle de revenus du capital lorsque les bénéfices proviennent tout à la fois du travail et du capital. Sur cette tendance, V. A. COLOMER, *op. cit.*, p. 115, n°183 et s. En comparaison, les fruits et revenus des biens propres ne forment le plus souvent qu'une source d'enrichissement d'appoint.

¹⁰⁵⁷ Dès avant l'adoption de la loi du 23 décembre 1985, la jurisprudence avait qualifié les gains et salaires de biens communs (Civ. 1^{ère} 8 février 1978, D. 1978, I.R., 238, obs. D. MARTIN ; Defrénois 1978, art. 31764, p. 879, n°39, obs. G. CHAMPENOIS ; R.T.D. Civ. 1979, p. 592, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI). Dans un arrêt désormais célèbre, la Cour de cassation a affirmé que les fruits et revenus des biens propres sont affectés à la communauté (Civ. 1^{ère} 31 mars 1992, Defrénois 1992, art. 35348, p. 1121, obs. G. CHAMPENOIS ; J.C.P. 1992, éd. N, II, p. 21, note A. TISSERAND). On ne trouve pas, à proprement parler, dans l'attendu de principe de l'arrêt de la première chambre civile du 31 mars 1992, de motifs de principe relatifs à la nature juridique des revenus des biens propres. Cependant, la Cour n'indique aucune condition particulière pour que l'affectation des revenus à la communauté se réalise. Ce qui laisse supposer que ces biens sont purement et simplement affectés à la communauté dès leur perception. Cette analyse est du reste consacrée par les conséquences que la Cour tire de cette affectation : l'intégration au passif de la communauté des dettes qui sont la charge de la jouissance de ces biens. Cette qualification est aujourd'hui celle retenue par la plupart des auteurs. En ce sens, J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 266, n°273 ; M. GRIMALDI (sous la dir. de), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2001-2002, p. 127, n°542 ; A. COLOMER, *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, Litec, 11^{ème} éd., 2002, p. 347, n°616 et s. V. en dernier lieu, Civ. 1^{ère} 24 octobre 2000, D. 2001, somm. comm. 2936, obs. M. NICOD.

¹⁰⁵⁸ En ce sens, J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *op. cit.*, p. 245, n°254 ; F. LUCET et B. VAREILLE, obs. sous Versailles, 30 septembre 1988, R.T.D. Civ. 1991, p. 384 : « *n'est-ce pas comme si la loi avait bilatéralisé le système des biens réservés, en le limitant aux gains et salaires ? Les biens réservés se meurent ; vive les gains réservés !* ».

¹⁰⁵⁹ Le doute a été introduit par un arrêt rendu par la Cour de cassation le 29 février 1984. La première chambre civile relève en effet, avant d'approuver la validité de la donation de gains et salaires consentie par le mari seul, « *qu'il n'a pas été allégué devant les juges du fond que ces sommes ont été économisées* » (Civ. 1^{ère} 29 février 1984, J.C.P. 1985, éd. G, II, 20443, note R. LE GUIDEDEC ; Defrénois 1984, art. 33379, p. 1074, n°97, obs. G. CHAMPENOIS ; D. 1984, 601, note D. MARTIN ; R.T.D. Civ. 1985, 721, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI). A *contrario*, cela signifierait que s'il avait été prouvé que les gains et salaires avaient été économisés, ils auraient

salaires économisés du conjoint du débiteur est souvent résolue par la disposition aux termes de laquelle, lorsque les sommes sont portées en compte, il est laissé au conjoint du débiteur l'équivalent d'un mois de salaire (C. civ., art. 1414, al. 2)¹⁰⁶⁰. Quant à la question de la libre disposition des gains et salaires économisés, l'affectation des biens communs, laquelle confère sur ces derniers à chacun des époux non pas des prérogatives discrétionnaires mais des pouvoirs, devrait conduire à résoudre les difficultés¹⁰⁶¹.

535. La politique communautaire dans laquelle s'inscrit la qualification commune des revenus des époux n'est cependant pas propre à la jurisprudence. Conformément à la philosophie de l'affectation à l'enrichissement, des dispositions légales témoignent également de la faveur du législateur pour la communauté. Il en est ainsi du caractère automatique de la subrogation réelle au profit des biens communs et de la présomption de communauté.

La subrogation, qui opère au sein de la masse des biens communs sans qu'un texte de loi ne l'ordonne ni que la volonté des parties s'exprime en ce sens, assure la permanence de l'affectation des biens des époux à la communauté¹⁰⁶². Le jeu automatique de la subrogation réelle au sein de la masse des biens communs est du reste conforme à la présomption d'acquêt formulée à l'article 1402 du Code civil.

constitué des fonds ordinaires de la communauté, soumis par conséquent à l'application de l'article 1422 du Code civil.

¹⁰⁶⁰ Le texte est du reste parfois interprété comme n'étant pas uniquement destiné à résoudre le problème de la confusion des sommes sur un compte et, par conséquent, de l'étendue du gage des créanciers. Il pourrait également mettre fin aux controverses sur la nature juridique des gains et salaires économisés. Lorsque ceux-ci sont portés sur un compte, ils deviendraient en effet des biens communs ordinaires au-delà du premier mois, autrement dit passé un mois d'économie. En ce sens, M. GRIMALDI (sous la dir. de), Droit patrimonial de la famille, Dalloz Action, 2001-2002, p. 185, n°805. V. également Y. FLOUR, « Le cautionnement et le patrimoine des couples », Droit et patrimoine n°92, avril 2001, p. 80. *Contra*, G. CORNU, Les régimes matrimoniaux, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 9^{ème} éd., 1997, n°72, p. 377.

La Cour de cassation a récemment pris position sur la qualification des revenus économisés, pour l'application de l'article 1415 du Code civil : les revenus portés sur le compte chèque postal conserveraient leur nature de revenus, en revanche, les revenus portés sur un compte-titres ou sur un plan d'épargne logement deviendraient des acquêts ordinaires, insaisissables, par conséquent, par le créancier de l'article 1415. V. Civ. 1^{ère} 14 janvier 2003, J.C.P. 2003, éd. G, II, 10019, concl. J. SAINTE-ROSE ; Dr. Fam. 2003, comm. n°48, note B. BEIGNIER ; Defrénois 2003, art. 37712, p. 544, n°29, obs. G. CHAMPENOIS.

¹⁰⁶¹ V. *infra*, n°560.

¹⁰⁶² Cette solution alimente le mouvement doctrinal puissant au terme duquel la subrogation réelle doit opérer de plein droit lorsqu'il s'agit de conserver à sa destination la valeur d'un bien soumis à affectation spéciale. La subrogation réelle est, dans cette hypothèse « un procédé technique établi en vue d'assurer la permanence d'une affectation consistant en ce que le bien nouveau qui entre dans un patrimoine, en remplacement d'un autre bien grevé d'une affectation, est lui-même grevé de la même affectation et, par suite, prend la même condition juridique » (Ch. BEUDANT, R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, Cours de droit civil français, Tome 4, Les biens, par P. VOIRIN, Ed. Rousseau et Cie, 1938, n°42, p. 36). Dans le même sens, R. SALEILLES, obs. sous Dijon, 30 juin 1893, S. 1894, 2, 185 ; F. TERRE et P. SIMLER, Droit civil, Les biens, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2002, p. 362, n°490.

La charge de la preuve du caractère commun d'un bien est en effet déterminée par l'une des pièces maîtresses de tout régime de communauté : la présomption de communauté, également appelée présomption d'acquêt (C. civ., art. 1402, al. 1^{er}). La loi présume en effet que les biens dont on ne sait pas quand ou comment ils ont été acquis, l'ont été pendant le mariage et à titre onéreux, ce qui leur confère un caractère commun. Cette présomption, qui joue indistinctement dans les rapports entre époux et à l'égard des tiers¹⁰⁶³, trouve deux justifications. Tout d'abord, la présomption est justifiée par des probabilités. Le temps du mariage est en effet généralement le temps de la plus grande activité d'une personne, activité créatrice d'acquêts. Ensuite, même si elle n'est qu'une règle de preuve, cette disposition révèle le parti pris du législateur en faveur d'une politique communautaire. Plus la masse commune est étendue quantitativement, plus elle permet, pendant la vie en couple, la satisfaction maximale des charges de la vie commune, et plus elle réalise, lors de son partage, la participation de l'époux le moins fortuné à l'enrichissement de l'autre.

536. Soutenue par une politique législative et jurisprudentielle favorable, la philosophie de l'acquêt commun permet de résoudre les difficultés de qualification d'un bien lorsque la loi n'a pas statué expressément sur sa nature. En outre, la prédétermination des règles de qualification des biens communs en fonction d'une philosophie communautaire entraîne la constitution d'une masse de biens dotée d'une cohérence propre et, par conséquent, soumise à des règles identiques pour sa gestion active ou passive et pour son partage, tous avantages ignorés en tout ou partie par les techniques alternatives de communautarisation et qui s'expliquent par l'absence de philosophie communautaire.

b). L'absence de philosophie communautaire des techniques alternatives de communautarisation

537. Les techniques alternatives de communautarisation qui nous intéressent présentement sont celles que caractérise le premier élément d'un système de participation à

¹⁰⁶³ A la généralité de ce principe, il convient toutefois de signaler l'alinéa 2 de l'article 1411 du Code civil qui autorise les créanciers antérieurs au mariage à saisir les biens communs, lorsque le mobilier propre a été confondu dans le patrimoine commun et ne peut plus être identifié selon les règles de l'article 1402. Certains auteurs analysent cette disposition comme établissant une présomption de propre ou, à tout le moins, l'équivalent d'une présomption de propre. V. en ce sens, A. COLOMER, Droit civil, Régimes matrimoniaux, Litec, 11^{ème} éd., 2002, p. 240, n°410 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 417, n°435. Pour ces derniers, le législateur a voulu rendre la présomption de communauté inopposable aux créanciers personnels en cas de confusion du mobilier. La présomption de propre ne serait dès lors que relative car elle ne s'applique qu'aux créanciers que la loi a voulu protéger. Comp., G. CORNU, Les régimes matrimoniaux, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 9^{ème} éd., 1997, n°60, p. 332. Sur la preuve contraire à la présomption de communauté, V. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *op. cit.*, n°333 et s.

l'enrichissement, c'est-à-dire l'existence d'un ensemble de règles ordonnées à la constitution de biens communs.

Il est en effet évident qu'aucune philosophie communautaire ne caractérise les présomptions d'indivision à défaut de preuve de la propriété exclusive du bien. Certaines juridictions de première instance tentent, parfois, d'imposer une présomption d'indivision couvrant l'ensemble des biens des concubins acquis à titre onéreux pendant la vie commune. Leurs décisions sont cependant systématiquement réformées ou cassées¹⁰⁶⁴. Non corrigée par une philosophie communautaire, l'indivision conserve ainsi son caractère profondément individuel. Les biens présumés indivis en raison de l'impossibilité de rapporter la preuve d'une propriété exclusive, auxquels pourront s'ajouter les biens acquis volontairement en indivision, ne formeront pas, dès lors, une masse indivise globale. En l'absence de celle-ci, le partage des différents biens se fera alors individuellement, compliquant les calculs et morcelant les répartitions. En outre, l'attribution préférentielle étant réservée aux indivisions de nature familiale, elle est refusée aux indivisions entre concubins à moins qu'ils ne se soient mariés par la suite¹⁰⁶⁵.

538. Parmi celles des techniques de communautarisation que caractérise l'existence de règles ordonnées à la constitution de biens communs, le rejet de la qualification de système n'intervient pas pour les mêmes raisons. Pour certaines d'entre elles, on constate la volonté de s'inspirer de la philosophie communautaire. Les lacunes sont toutefois trop profondes pour que l'on puisse véritablement évoquer, en droit positif, l'idée d'un droit commun de la participation à l'enrichissement au sein du couple. D'autres techniques sont en revanche inspirées par une philosophie. Cette dernière n'est cependant pas communautaire de sorte que le système ne constitue pas un système d'affectation à l'enrichissement.

539. De prime abord, il semble se dégager des présomptions du pacs une philosophie communautaire. Les présomptions d'indivision s'analysent en effet, à l'instar de la présomption de communauté, comme des présomptions à vocation générale, destinées à attirer certaines catégories de biens dans une masse commune¹⁰⁶⁶. Or, les biens visés sont ceux acquis à titre onéreux depuis la conclusion du pacs, autrement dit les acquêts des partenaires, biens communs ordinaires dans le régime de communauté, ou ceux dont on ne peut prouver la date d'acquisition. La présomption d'indivision rappelle alors étrangement la

¹⁰⁶⁴ V. par exemple, Bordeaux, 29 octobre 1997, Dr. Fam. 1998, comm. n°131, note H. LECUYER.

¹⁰⁶⁵ V. *supra*, n°427.

¹⁰⁶⁶ V. *supra*, n°527.

présomption de communauté aux termes de laquelle il faut présumer que le bien, dont on ne sait pas quand ni comment il a été acquis, l'a été à titre onéreux, pendant la vie commune. Au regard de ces éléments, il apparaît que le législateur n'a pas voulu la communauté, mais a souhaité l'imiter par la constitution d'une indivision d'acquêts et par l'existence d'une présomption d'indivision à vocation générale, comme l'est la présomption d'acquêt¹⁰⁶⁷. L'interprétation dominante, selon laquelle l'acquisition par l'un seulement des partenaires n'empêche pas le bien d'être couvert par la présomption d'indivision¹⁰⁶⁸, conduit également à analyser l'indivision dans le pacs comme un succédané du régime de communauté réduite aux acquêts.

Le résultat est cependant peu concluant. Les insuffisances des présomptions d'indivision instituées par le pacs sont en effet patentées au regard des règles de détermination des biens communs¹⁰⁶⁹. En outre, la grossièreté de l'imitation tient à ce que la loi sur le pacs ne fait qu'opérer un renvoi au régime de l'indivision. Le patrimoine des partenaires sera donc composé de biens et non d'un ensemble de biens. L'absence de masse globale impose alors de statuer bien par bien, interdisant tout règlement d'ensemble. En revanche, les partenaires liés par un pacte civil de solidarité peuvent désormais bénéficier de l'attribution préférentielle aux termes de l'article 515-6 du Code civil, qui étend le champ d'application de l'article 832 du même code aux couples qui optent pour le pacs, à l'exception des règles relatives aux exploitations agricoles.

En réalité, l'insuffisance des présomptions d'indivision est générale ; les interrogations relatives à la qualification des revenus du travail¹⁰⁷⁰ n'en sont qu'une illustration symptomatique. Toute la difficulté tient à l'absence de philosophie de ces présomptions. Le législateur a voulu, discrètement, imiter, en partie, la communauté. Pour ce faire, il s'est servi d'une institution proche, l'indivision, d'une technique commune, la présomption. Il n'a cependant pas insufflé à ces instruments l'âme de la communauté, aux termes de laquelle le travail et les fruits de ce travail accompli par les époux durant le régime doivent tourner au profit commun. L'indivision sur un bien ne se justifie pas en effet en raison du fait que ce dernier est un acquêt ; elle se justifie par le fait qu'elle n'a pas été écartée dans l'acte d'acquisition ou de souscription. Un rôle décisif est ainsi conféré à la volonté des partenaires pour composer la masse indivise. Dépourvues d'âme en théorie, les présomptions d'indivision sont alors, en pratique, dénuées de toute portée directrice, permettant de

¹⁰⁶⁷ Une « *présomption d'acquêt d'indivision* », selon Messieurs CHARBONNEAU et PANSIER (« *Et in terra PACS. Commentaire du Pacte civil de solidarité créé par la loi du 15 novembre 1999 et à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel* », *Gaz. Pal.* 1999, *doctr.*, 2, p. 1798).

¹⁰⁶⁸ V. F. GRANET et H. LECUYER, *J.-Cl. Civ.*, art. 515-1 à 515-7, fasc. 10, 2001, n°78.

¹⁰⁶⁹ V. *supra*, n°527.

¹⁰⁷⁰ V. *supra*, n°527.

résoudre les difficultés non prévues par la loi, telle la qualification des revenus du travail. Elles sont également impuissantes à préserver l'indépendance minimale des partenaires, à laquelle le régime de communauté est attaché¹⁰⁷¹. L'indivision n'est sans doute pas « *le pire des régimes* »¹⁰⁷². Elle n'est toutefois pas imprégnée d'une philosophie communautaire, de participation à l'enrichissement, et les présomptions d'indivision du pacs n'y parviennent pas davantage.

540. A l'inverse de l'indivision ordinaire, les règles de constitution de biens communs au sein d'une société sont imprégnées d'une philosophie. La liquidation de la société se caractérise dès lors par une liquidation globale : reprise des apports, apurement du passif et partage des bénéficiaires. En particulier, les acquisitions faites dans le cadre de la société afin de satisfaire son objet social forment une masse, pour le partage de laquelle l'article 1844-9 du Code civil renvoie aux règles relatives au partage de l'indivision successorale. Ces dernières autorisent ainsi la constitution de lots afin d'éviter notamment la multiplication de soultes et offrent la possibilité d'invoquer l'attribution préférentielle de l'article 832 du Code civil¹⁰⁷³.

Si les règles de constitution de biens communs au sein d'une société sont inspirées par une philosophie, cette philosophie n'est pas, en droit positif, la philosophie communautaire dominée par la notion d'acquêt. Dans la société, les règles de constitution de biens communs sont destinées à satisfaire l'objet social. S'il s'agit d'une société de coexploitation d'un fonds, les biens formant l'actif social sont ceux affectés à l'exploitation du fonds, à l'exception de tous autres. S'il s'agit d'une société d'acquisition immobilière, conformément à l'objet social, tous les biens acquis par les associés ne figurent pas dans l'actif social : seuls les immeubles que les concubins ont décidé de mettre en commun sous la forme sociale en font partie. S'agissant de cette dernière société, d'aucuns ont observé qu'elle permet d'établir entre les concubins « *une sorte de communauté conventionnelle* »¹⁰⁷⁴. En réalité, une telle société se rapproche davantage d'une société d'acquêts adjointe à un régime de séparation de biens et limitée à certains immeubles que les associés décident de mettre en commun, qu'à

¹⁰⁷¹ Sur le respect de l'indépendance des époux dans le régime légal de communauté et l'adaptabilité conventionnelle de ce dernier, V. *infra*, n°542 et s.

¹⁰⁷² P. MALAURIE, « Sur le PACS », *Le Pacs*, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 31.

¹⁰⁷³ Pour certains auteurs, le renvoi de l'article 1844-9 du Code civil pour le partage des sociétés aux règles relatives à l'indivision successorale, dans laquelle la liquidation et le partage se font sur une masse de biens, ne concernerait que les sociétés dotées de la personnalité morale, dont la société créée de fait est dénuée. En ce sens, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « L'indivision et la société en participation », *J.C.P.* 1980, éd. G, I, 2979, n°49. Cette analyse est cependant controversée et la jurisprudence considère que les acquisitions faites dans le cadre d'une société créée de fait engendrent une indivision, qui aboutit à la constitution d'une masse. V. par exemple, Civ. 3^{ème} 26 juin 1973, *J.C.P.* 1973, éd. G, IV, 310.

¹⁰⁷⁴ J. HAUSER, obs. sous Civ. 1^{ère} 17 octobre 2000, *R.T.D. Civ.* 2001, p. 111, n°9.

une véritable communauté. En effet, la notion d'acquêts est fondamentale au sein de la communauté et limite considérablement la liberté des époux dans la détermination conventionnelle des modalités de détermination des biens communs¹⁰⁷⁵.

Il est vrai que les magistrats considèrent parfois, après avoir admis l'existence d'une société créée de fait entre des concubins, que les biens litigieux ont été acquis avec les bénéfices provenant de l'exploitation, voire de la vente du fonds, et qu'il apparaît ainsi que l'ensemble des biens achetés au cours de la vie commune des concubins « *représentent en réalité des investissements de la société de fait existant entre eux* »¹⁰⁷⁶. Indéniablement, la liquidation des intérêts pécuniaires des concubins en sort facilitée, mais au prix d'un dévoiement, en droit positif, de l'objet social de la société et des règles de constitution des biens communs qui en sont le corollaire. Sur ces bases, la liquidation des biens des concubins ne serait dès lors admissible qu'à la condition d'admettre, en droit prospectif, une société créée de fait entre les membres d'un couple sans communauté, destinée à liquider leurs rapports sur le fondement d'un patrimoine commun formé de leurs acquêts¹⁰⁷⁷.

541. Conclusion de la Section 1 – L'étude de l'attrait des finalités de la communauté – affectation au budget des conjoints et affectation à l'enrichissement de l'époux le moins fortuné – conduit à deux observations. En premier lieu, aucune des techniques alternatives de communautarisation au sein d'un couple sans communauté ne réalise une affectation des biens mis en commun au budget de ses membres. En second lieu, et par conséquent, le rapprochement entre ces techniques et la communauté ne peut être observé que relativement à l'objectif de l'affectation des biens mis en commun à l'enrichissement de l'un des partenaires. Encore très lacunaire, le rapprochement souligne toutefois la tendance à proposer, voire à imposer, au couple non marié la participation à l'enrichissement du plus fortuné de ses membres. Un droit commun de l'entraide maximale dans le couple n'existe donc qu'à l'état d'ébauche, sur le modèle attractif de la communauté.

L'attraction qu'exerce la communauté ne devrait cependant pas se limiter à ses finalités et aux règles qui les mettent en œuvre. La communauté présente en outre un fonctionnement extrêmement performant, dont l'attrait est également présent dans la perspective de la découverte d'un droit commun de l'entraide maximale dans le couple.

¹⁰⁷⁵ Sur l'adaptabilité conventionnelle de l'étendue de l'affectation à l'enrichissement, V. *infra*, n°571.

¹⁰⁷⁶ V. Civ. 1^{ère} 27 avril 1966, Bull. civ. I, n°253. V. aussi Civ. 1^{ère} 11 février 1997, Le couple en 200 décisions, Dr. Fam. Hors série, novembre 2001, n°34 ; J.C.P. 1997, éd. G, I, 4045, obs. M. FARGE ; J.C.P. 1997, éd. G, II, 22280, note T. GARE ; Dr. Fam. 1997, comm. n°56, note H. LECUYER ; Defrénois 1997, art. 36620, p. 923, note O. MILHAC.

¹⁰⁷⁷ Sur cette proposition et sur son rejet, V. *infra*, n°600 et s.

Section 2. - L'attrait du fonctionnement de la communauté

542. Connu pour sa complexité, le régime de communauté doit, corrélativement, être reconnu pour son caractère complet et achevé. Polies par des siècles de réflexion, les règles de la communauté n'ignorent en effet quasiment aucune des difficultés que soulève le fonctionnement d'une masse commune entre deux individus. Naturellement, l'interprétation et l'application de certaines règles sont susceptibles de faire naître le doute¹⁰⁷⁸.

Sans nier ces difficultés, notre propos consiste néanmoins à mettre en valeur l'extraordinaire performance du régime de communauté dans son fonctionnement, qui permet de souligner en creux le caractère lacunaire des techniques alternatives de communautarisation au sein des couples sans communauté ainsi que les risques qu'elles entraînent pour leurs membres. La communauté se caractérise en effet par un ensemble structuré de règles qui, d'une part, parviennent à garantir le respect de l'indépendance des époux (§ 1.) et, d'autre part, peuvent être adaptées aux différentes situations de couple (§ 2.).

§ 1. *Le respect de l'indépendance des époux*

543. Entre les membres d'un couple, comme entre tous autres associés, l'enjeu de la réglementation de leurs rapports patrimoniaux réside aujourd'hui dans la conciliation entre indépendance et interdépendance. La soumission, volontaire ou supplétive de volonté¹⁰⁷⁹, au régime de communauté dénote incontestablement une plus grande association entre les époux. Toutefois, même au sein de ce groupement patrimonial plus intense que celui qui découle du régime primaire impératif, les règles de la communauté légale, réduite aux acquêts, parviennent à allier indépendance et interdépendance des époux, laquelle conciliation est ignorée des techniques alternatives de communautarisation. En témoignent l'étendue de l'affectation (A.) ainsi que la gestion active des biens communs (B.).

¹⁰⁷⁸ Certaines questions ont d'ores et déjà été résolues par la jurisprudence. La nature commune des gains et salaires des époux est ainsi aujourd'hui unanimement admise, V. *supra*, n°534. D'autres, telle la sanction de la fraude dans la gestion active des biens communs – inopposabilité ou nullité, restent en suspens, V. *infra*, n°560.

¹⁰⁷⁹ Sur le caractère supplétif de volonté du régime de communauté réduite aux acquêts, V. *infra*, n°692 et s.

A. L'étendue de l'affectation

544. En dépit de l'incontestable faveur du législateur et de la jurisprudence pour la communauté, un certain nombre de règles préserve l'indépendance des époux, règles dont on ne trouve guère le pendant dans les techniques alternatives de communautarisation utilisées par les couples sans communauté. Tel est le cas, en premier lieu, des règles délimitant, au profit de chacun des époux, une masse de biens propres (1.). Si les époux bénéficient, grâce à ces règles, d'un espace d'indépendance, il ne faudrait pas en conclure pour autant que, s'agissant de leurs biens propres, les époux se trouvent dans la même situation que des célibataires. En effet, les biens propres sont également affectés aux finalités de la communauté, mais dans une moindre mesure que les biens communs. Indépendance et interdépendance se concilient ainsi au sein de la notion de degrés dans l'affectation (2.).

1. La délimitation des biens propres

545. La détermination des biens communs fait naturellement ressortir, par antithèse, les biens qui restent propres à chacun des époux. Sont en effet propres les biens qui ne répondent pas à la définition des acquêts, tels les biens dont les époux avaient la propriété ou la possession au jour de la célébration du mariage et ceux qu'ils acquièrent, pendant le mariage, par succession, donation, legs ou arrangement de famille (C. civ., art. 1405)¹⁰⁸⁰. Toutefois, le véritable respect de l'indépendance des époux réside dans la qualification de biens propres par dérogation au principe selon lequel les biens acquis à titre onéreux pendant la durée du régime sont communs et constituent les acquêts *stricto sensu*. Certains biens, quoique acquis à titre onéreux au cours du mariage, ne peuvent en effet être intégrés au sein de la masse commune, car ils connaissent déjà une affectation qui rend impossible leur soumission au régime exorbitant du droit commun qu'est le régime juridique des biens communs – gestion concurrente, gage des créanciers communs et partage à la liquidation.

¹⁰⁸⁰ A première vue, l'acquisition de biens par arrangement de famille revêt un caractère onéreux, de sorte que la qualification d'acquêt devrait en résulter. Le législateur les assimile pourtant à des libéralités, et ce pour deux raisons. Ces opérations s'analysent fréquemment comme des libéralités avec charge. En outre, elles réalisent « une sorte d'anticipation sur la dévolution successorale ». En effet, à défaut de cette opération, les biens auraient été recueillis dans le cadre de la succession et auraient, par conséquent, reçu la qualification de propres (F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 247, n°314). A cette explication, il convient d'ajouter l'origine familiale du bien qui justifie sa conservation dans le patrimoine propre de l'époux acquéreur, la conclusion d'un pacte de famille traduisant la volonté de l'ascendant d'assurer cette conservation. En ce sens, G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 9^{ème} éd., 1997, n°46, p. 292.

Le lien d'affectation qui justifie l'exclusion de la masse commune est de deux ordres. D'une part, le bien peut être intimement affecté à la personne même de son titulaire. La qualification de biens propres par nature permet alors d'assurer le respect du lien d'affectation à la personne (a). D'autre part, le bien peut être affecté à un autre bien propre. La qualification de bien propre par affectation à un autre bien propre permet, dans cette hypothèse, de conserver la valeur et l'unité du patrimoine propre de l'époux (b).

a). Le respect du lien d'affectation à la personne

546. L'article 1404 du Code civil donne des exemples précis des biens propres par nature. Il pose également un principe général selon lequel sont propres par nature « *tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne* », catégorie qui subsiste dans la communauté de meubles et acquêts (C. civ., art. 1498, al. 2) et même, sauf stipulation contraire, au sein du régime de communauté universelle, dans lequel l'ensemble des biens des époux a pourtant vocation à devenir commun (C. civ., art. 1526, al. 1^{er}). Il résulte de cette définition que l'affectation spéciale de certains biens à l'un des époux exclut leur entrée en communauté et, par conséquent, leur affectation aux objectifs communautaires¹⁰⁸¹. Parfois, ces biens reçoivent la qualification de biens propres par nature mais à charge de récompense à la communauté, s'il y a lieu. Dans cette hypothèse, leur exclusion de la masse commune assure à l'époux acquéreur une propriété incommutable, mais sans préjudice économique pour la communauté.

547. Cette catégorie de biens, caractérisée par un lien d'affectation spéciale à la personne excluant leur mise en commun, est ignorée des techniques de communautarisation appliquées au couple non marié. Elle est, en particulier, inconnue du pseudo-système des présomptions d'indivision dans le pacs. Cette lacune est regrettable en ce qu'elle traduit un mépris de l'indépendance des membres du couple. Du reste, elle devrait, à n'en pas douter, susciter de nombreux conflits.

¹⁰⁸¹ « Puisque l'entrée d'un bien en communauté s'analyse en l'affectation de ce bien aux intérêts du ménage, c'est à l'Idée corrélatrice d'affectation à la personne de l'un des époux qu'il convient de recourir » (M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, Tome 8, Les régimes matrimoniaux, 1^{ère} partie, L.G.D.J., 1957, 2^{ème} éd., par J. BOULANGER, p. 356, n°170-1).

Constituent ainsi des biens propres par nature les vêtements et linges, les actions en réparation d'un préjudice moral ou corporel, les créances et pensions incessibles, les distinctions honorifiques, les lettres missives, les souvenirs de famille ou encore la rente viagère constituée par l'aliénation de biens communs si la rente a été établie sur la tête de l'un des époux seulement.

548. A l'heure actuelle, il apparaît que le lien d'affectation spéciale à la personne justifiant la qualification de bien propre par nature est parfois exagéré, dans le but de faire prévaloir l'indépendance des époux, en contradiction avec la philosophie communautaire de l'acquêt commun¹⁰⁸², alors même que le régime de communauté offre d'autres techniques que l'exclusion de la masse commune destinées à concilier indépendance et interdépendance des époux.

L'un des exemples témoignant d'une amplification regrettable du lien d'affectation du bien à la personne justifiant son exclusion de la masse commune s'inscrit dans le domaine professionnel. La volonté de concilier indépendance des époux et réalisation de la communauté d'intérêts patrimoniaux a en effet conduit la doctrine et la jurisprudence à élaborer une distinction entre le titre et la finance pour certains biens, qui ne sauraient souffrir la qualification de bien propre pour le tout. Tel est le cas des offices ministériels ou des clientèles civiles lorsque ces biens ont été créés ou acquis à titre onéreux pendant le régime¹⁰⁸³. Le titre – diplôme permettant l'exercice de la profession ou *intuitu personae* unissant le professionnel à sa clientèle – intimement affecté à la personne de son titulaire, constitue un bien propre par nature. En revanche, la finance, c'est-à-dire la valeur patrimoniale du droit de présentation, est commune¹⁰⁸⁴. Séduisante, cette qualification juridique dualiste semble concilier tout à la fois le respect du lien d'affectation spéciale entre le titre et la personne de son titulaire et la vocation de tout bien acquis ou créé à titre onéreux à intégrer la masse commune. La distinction entre le titre et la finance est cependant impuissante à déterminer l'étendue des pouvoirs des époux sur ces biens pendant toute la durée du régime.

A cet égard, le lien d'affectation à la personne ne doit pas être exagéré et le respect de l'indépendance de l'époux sur un bien peut être assuré par d'autres moyens que la qualification de bien propre. Du reste, cette qualification dualiste a progressivement été abandonnée s'agissant d'autres biens dont l'affectation spéciale à la personne commande le respect de l'indépendance de l'époux. A l'instar de la solution adoptée pour les parts d'intérêt dans les sociétés de personnes¹⁰⁸⁵, la solution pourrait alors consister à distinguer la

¹⁰⁸² Sur la philosophie communautaire, V. *supra*, n°532 et s.

¹⁰⁸³ Civ. 1^{ère} 8 décembre 1987, J.C.P. 1989, éd. G, II, 21336, note P. SIMLER ; Civ. 1^{ère} 12 janvier 1994, D. 1994, 311, note R. CABRILLAC ; Civ. 1^{ère} 2 mai 2001, D. 2002, 759, note W. DROSS.

Sur l'absence de prise en compte de la personnalité du titre par la jurisprudence administrative, V. C.E. 3 septembre 1997, Dr. Fam. 1998, comm. n°146, note D. GRILLET-PONTON.

¹⁰⁸⁴ Pour un exposé favorable à cette distinction, V. A. COLOMER, *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, Litec, 11^{ème} éd., 2002, p. 404, n°738 (offices ministériels), p. 406, n°740 (clientèles civiles).

¹⁰⁸⁵ Caractérisées par l'absence de libre négociabilité et l'*intuitu personae*, les parts d'intérêt dans les sociétés de personnes ne sauraient être qualifiées de biens propres par nature à charge de récompense pour le tout, sauf à priver d'objet l'article 1424 du Code civil, qui soumet à la cession la cession de parts sociales non négociables. Une partie de la doctrine – suivie par la jurisprudence (V. les références citées par F. TERRE et

qualité de professionnel – investiture publique du notaire ou de l'huissier ou diplôme conférant le droit d'exercer la profession – personnelle à l'époux, de la clientèle civile, bien commun pour le tout¹⁰⁸⁶. Pendant toute la durée du régime, ce bien serait soumis à la gestion exclusive de l'époux professionnel sous réserve des hypothèses de cogestion. A la dissolution, la nature même de ces biens commanderait une attribution préférentielle à l'époux professionnel. Cette qualification, applicable même en régime de communauté universelle, qui soustrait le titre de la qualification de bien propre, permet en outre d'échapper à la critique selon laquelle un droit détaché de sa valeur pécuniaire n'est plus constitutif d'un bien. Enfin, elle s'inscrirait dans le mouvement tendant à rapprocher le régime juridique du fonds d'exercice libéral de celui applicable au fonds de commerce¹⁰⁸⁷.

Les difficultés que soulève, à la dissolution de la communauté, notamment par divorce, la nécessité pour le professionnel d'acquitter une soulte pour bénéficier de l'attribution préférentielle de son fonds n'en demeurerait pas moins. La critique ne doit cependant pas être adressée au régime de communauté réduite aux acquêts. Comment imaginer en effet une communauté réduite aux acquêts, excluant les biens professionnels créés ou acquis à titre

P. SIMLER, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 266, n°332, note 2. V. récemment, Civ. 1^{ère} 10 février 1998, Defrénois 1998, art. 36866, p. 1119, obs. O. MILHAC) – propose de conserver la distinction titre-finance. Aujourd'hui, la question semble cependant tranchée par l'article 1832-2 du Code civil, tel qu'il résulte de la loi du 10 juillet 1982. Ce dernier semble en effet consacrer la thèse selon laquelle les droits sociaux acquis avec des deniers communs sont des biens communs pour le tout. La distinction adoptée n'est donc plus la distinction titre-finance. Les parts sociales tombent en effet en communauté non pas en valeur mais en nature ; la qualité d'associé est, quant à elle, un titre spécifique d'intervention dans la société, personnel à l'époux entré dans le groupement. En ce sens, J. DERRUPE, « Les droits sociaux acquis avec des biens communs selon la loi du 10 juillet 1982 », Defrénois 1983, art. 33053, p. 521, spéc. p. 530 ; A. COLOMER, Droit civil, Régimes matrimoniaux, Litec, 11^{ème} éd., 2002, p. 423, n°777 (sociétés de personnes *stricto sensu*), p. 429, n°779 (S.A.R.L.) ; G. CORNU, Les régimes matrimoniaux, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 9^{ème} éd., 1997, n° 42, p. 268. A la dissolution de la communauté, ces droits sociaux peuvent être compris dans le cadre d'un partage en nature. Toutefois, si ce partage en nature doit s'accompagner d'un changement de la qualité d'associé, doivent être prises en compte les clauses d'agrément. Si l'agrément des autres associés ne peut être obtenu, un partage en valeur doit alors être substitué à un partage en nature.

¹⁰⁸⁶ V. P. SIMLER, note sous Civ. 1^{ère} 8 décembre 1987, J.C.P. 1989, éd. G, II, 21336.

Tel est du reste, selon un auteur, le sens de la distinction entre le titre et la finance adoptée par la Cour de cassation, qui n'aurait jamais signifié autre chose que la pleine entrée du bien en communauté. V. W. DROSS, note sous Civ. 1^{ère} 2 mai 2001, D. 2002, 759 : « *la clientèle ne peut en effet être envisagée que comme un bien commun à part entière si l'on estime que les fruits qu'elle produit accroissent l'indivision post-communautaire ; par cela que seuls tombent dans l'indivision les fruits des biens eux-mêmes indivis, lesquels étaient donc avant la dissolution nécessairement communs* ».

¹⁰⁸⁷ La qualification de bien commun pour le tout est en effet en harmonie avec le récent revirement de jurisprudence qui autorise une cession de clientèle civile : Civ. 1^{ère} 7 novembre 2000, J.C.P. 2001, éd. G, II, 10452, note F. VIALLA.

On notera, à cet égard, que la Cour de cassation, dans le dernier arrêt relatif à la qualification des clientèles civiles, utilise l'expression de fonds libéral pour porter sa valeur patrimoniale à l'actif de la communauté (Civ. 1^{ère} 2 mai 2001, J.C.P. 2002, éd. G, II, 10062, note O. BARRET ; Defrénois 2001, art. 37453, p. 1519, n°105, obs. G. CHAMPENOIS). Sur l'incidence, en droit patrimonial de la famille, de la reconnaissance par la jurisprudence d'un fonds d'exercice libéral, V. G. CHABOT, « Le fonds libéral en droit patrimonial de la famille », P.A. 26 mars 2002, n°61, p. 4.

onéreux par les époux ? Le problème tient peut-être au fait que le régime de communauté réduite aux acquêts ne convient pas nécessairement à la majorité des Français et ne devrait pas, par conséquent, leur tenir lieu de régime légal¹⁰⁸⁸. En tout état de cause, la qualification systématique et abusive de bien propre par nature ne devrait pas remédier aux difficultés suscitées par la communauté réduite aux acquêts, en tant qu'elle est le régime légal.

549. En dépit d'une application parfois excessive de l'article 1404 du Code civil, il convient de retenir la supériorité du fonctionnement de la communauté par rapport aux techniques alternatives de communautarisation. Cette supériorité se traduit par le respect de l'indépendance des époux et l'exclusion corrélative de la masse commune des biens affectés spécialement à la personne de leur titulaire, quoiqu'ils répondent à la définition d'acquêts.

L'existence de biens propres, par nature ou par origine, trouve alors naturellement son prolongement dans des techniques assurant tantôt l'unité, tantôt la consistance de la masse propre.

b). Le respect de l'unité et de la consistance du patrimoine propre

550. Le respect de la consistance du patrimoine propre est garanti par la qualification de bien propre par subrogation, le respect de l'unité du patrimoine propre par la qualification de biens propres par accession, par accessoire ou par accroissement.

551. Au sein de la masse des biens communs affectés au budget des conjoints et à l'enrichissement de l'époux le moins fortuné, la subrogation réelle joue le rôle de technique de permanence de l'affectation¹⁰⁸⁹. Puisque tous les biens inclus dans le patrimoine propre ne constituent pas une hypothèse d'affectation spéciale¹⁰⁹⁰, la subrogation au sein des masses propres ne saurait être envisagée comme une technique de permanence de l'affectation. Tout au contraire, la subrogation d'un bien propre à un autre bien propre au moyen de l'opération de remploi est un moyen de lutter contre l'affectation communautaire, un moyen de se prémunir contre la présomption d'acquêt¹⁰⁹¹. Sans le mécanisme de la subrogation réelle au sein des masses propres, ces dernières seraient en effet progressivement vidées de toute substance, au fur et à mesure des mouvements les affectant. Les opérations d'emploi et de

¹⁰⁸⁸ V. *infra*, n°744.

¹⁰⁸⁹ V. *supra*, n°535.

¹⁰⁹⁰ Seuls sont caractérisés par cette affectation spéciale les biens propres par nature. V. *supra*, n°546.

¹⁰⁹¹ En ce sens, R. SALEILLES, obs. sous Dijon, 30 juin 1893, S. 1894, 2, 185.

remploi constituent donc des « *actes d'affectation* »¹⁰⁹² à défaut desquels le bien devrait subir l'attraction communautaire.

A cet égard, il semble que la subrogation réelle ne devrait jouer qu'un rôle limité dans la conservation en valeur du patrimoine personnel des partenaires d'un pacs. Les présomptions d'indivision s'étendent en effet à toute acquisition ou souscription à titre onéreux durant la vie du pacs, à moins que la preuve contraire puisse être rapportée¹⁰⁹³. S'agissant des meubles meublants, la preuve du caractère personnel ne peut être rapportée qu'à la condition que les partenaires aient écarté la présomption d'indivision dans la convention de pacs. A défaut de clause en ce sens, les meubles meublants acquis en remplacement de meubles meublants personnels sont condamnés à être indivis, aucune déclaration unilatérale de remploi n'étant offerte au partenaire acquéreur. La preuve contraire est du reste si verrouillée que les partenaires ne devraient même pas pouvoir procéder, d'un commun accord, à un remploi *a posteriori*, offert aux époux par l'article 1434 *in fine* du Code civil. Quant aux autres biens, la présomption d'indivision ne peut être combattue que par la preuve qu'elle a été écartée dans l'acte d'acquisition ou de souscription. Une telle clause peut alors être analysée comme une déclaration d'emploi ou de remploi. Toutefois, si l'acquéreur n'a pas pris la précaution d'écartier dans l'acte lui-même la présomption d'indivision, aucun équivalent du remploi *a posteriori* ne lui est plus offert. Où l'on constate à nouveau la négation du respect de l'indépendance des partenaires d'un pacs.

552. Sont également exclus de la qualification de bien commun les biens créés ou acquis à titre onéreux au cours du mariage mais que caractérise un lien de dépendance avec un bien propre. Dans cette hypothèse, le droit prend en considération l'affectation entre les deux biens pour soumettre l'ensemble qu'ils forment à un même régime juridique, et conserver ainsi au patrimoine propre une certaine unité.

Certaines des techniques destinées à conserver une unité au patrimoine personnel de chacun des membres du couple sont issues du droit commun. Par conséquent, elles devraient logiquement s'appliquer aux couples sans communauté utilisant des techniques alternatives de communautarisation. Il en est ainsi des règles de l'accession et de l'accessoire (C. civ., art. 547 et s.). En dépit du système des présomptions d'indivision dans le pacs, le matériel et

¹⁰⁹² G. CORNU, Les régimes matrimoniaux, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 9^{ème} éd., 1997, n°79, p. 406.

La subrogation est parfois automatique. Sont propres par subrogation automatique les deniers représentant des biens propres (C. civ., art. 1406, al. 2) ainsi que le bien acquis en échange d'un bien propre à moins que la soulte excède la valeur du bien échangé (C. civ., art. 1407). En revanche, les biens acquis au moyen de deniers propres ne seront eux-mêmes propres par l'effet de la subrogation réelle qu'à la condition qu'il ait été procédé, lors de leur acquisition, aux formalités d'emploi ou de remploi.

¹⁰⁹³ Sur la preuve contraire aux présomptions d'indivision du pacs, V. *supra*, n°527.

le cheptel achetés pour les besoins d'une exploitation agricole personnelle¹⁰⁹⁴ ou encore les marchandises acquises pour l'exploitation d'un fonds de commerce personnel¹⁰⁹⁵ devraient être qualifiés des biens personnels par accessoire. Toutefois, si des biens indivis ont permis l'acquisition de ces biens personnels par accessoire, le mécanisme des récompenses et le valorisme monétaire qui le caractérise, ne seront pas applicables en principe¹⁰⁹⁶.

En revanche, la règle selon laquelle les biens acquis à titre onéreux en accroissement des biens propres constituent des biens propres, règle qui dépasse les notions traditionnelles d'accession et d'accessoire, ne devrait pas trouver d'équivalent dans les techniques alternatives de communautarisation¹⁰⁹⁷. Contrairement à ce qui se passerait dans le régime de communauté en application de l'article 1406, alinéa 1^{er}, du Code civil, les actions nouvelles acquises grâce aux droits préférentiels de souscription attachés à des actions propres, les actions nouvelles attribuées au cas d'augmentation du capital par incorporation de réserves ou les réserves distribuées si elles le sont à titre de capitaux, ne devraient donc pas constituer des biens personnels au partenaire d'un pacs, à moins qu'il ait pris la précaution d'écarter la présomption d'indivision. De même, la solution de l'article 1408 du Code civil, qui prévoit que lorsqu'un époux a, dans un bien indivis, des droits qui lui sont propres, ceux qu'il acquiert ensuite lui sont également propres, ne devrait pas pouvoir être appliquée dans le pacs, en l'absence d'un mécanisme comparable.

553. Les règles de délimitation des masses propres à chacun des époux témoignent du souci du législateur de ménager un espace d'indépendance aux conjoints. Pour autant, les biens propres des époux ne sont pas étrangers aux objectifs que poursuit la communauté. Le régime de communauté offre en effet des degrés dans l'affectation des biens des époux.

2. Les degrés dans l'affectation

554. Le régime de communauté n'est pas seulement le régime des biens communs. Les biens propres sont en effet affectés aux objectifs communautaires, même s'ils le sont

¹⁰⁹⁴ Rouen, 14 juin 1994, J.C.P. 1995, éd. G, I, 3821, n°15, obs. P. SIMLER (arrêt rendu en application de l'article 1406, alinéa 1^{er}, du Code civil qui déclare propre le bien accessoire d'un autre bien propre).

¹⁰⁹⁵ Civ. 1^{ère} 23 janvier 1979, Defrénois 1979, art. 31954, p. 624, note A. COLOMER (arrêt rendu en application de l'article 1406, alinéa 1^{er}, du Code civil).

Sur la distinction entre l'accessoire et l'annexe d'un propre, V. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 276, n°284.

¹⁰⁹⁶ V. *supra*, n°501.

¹⁰⁹⁷ Sur les biens propres par accroissement, V. M. GRIMALDI (sous la dir. de), Droit patrimonial de la famille, Dalloz Action, 2001-2002, p. 126, n°532 ; A. COLOMER, Droit civil, Régimes matrimoniaux, Litec, 11^{ème} éd., 2002, p. 387, n°698 et s.

dans une moindre mesure que les biens communs¹⁰⁹⁸. Autrement dit, l'affectation des biens des époux dans le régime communautaire connaît des degrés. Cette caractéristique renforce l'unicité de la communauté car aucun autre régime gouvernant une masse commune n'étend son emprise sur les biens restés propres ou personnels aux membres de la collectivité.

555. L'affectation des biens propres aux objectifs communautaires entraîne un « *partage de la jouissance* » des biens propres entre la communauté et l'époux propriétaire¹⁰⁹⁹, ce qui conduit à nuancer la règle posée par l'article 1428 du Code civil selon laquelle « *Chaque époux a l'administration et la jouissance de ses propres et peut en disposer librement* ».

La communauté a la jouissance des biens propres des époux en ce que les biens acquis au cours du mariage, à l'aide des revenus des biens propres, sont des acquêts et en ce que les revenus perçus et non consommés de ces biens propres sont des biens communs (C. civ., art. 1403). La jouissance de la communauté s'entend ainsi du « *pouvoir d'utilisation des revenus perçus* » et de l'acquisition de la propriété des fruits¹¹⁰⁰. En contrepartie du profit que la communauté tire des revenus des propres, les dépenses liées à leur jouissance et à leur entretien courant doivent rester à sa charge¹¹⁰¹.

¹⁰⁹⁸ « *Le régime de communauté embrasse la totalité du patrimoine des époux, affecté à la satisfaction des intérêts de la famille. Si cette affectation est plus immédiate et plus directement perceptible pour les biens communs, elle se manifeste aussi, quoique plus discrètement, pour les biens propres* » (F. TERRE et P. SIMLER, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 422, n°526).

¹⁰⁹⁹ M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, Tome 8, Les régimes matrimoniaux, 1^{ère} partie, L.G.D.J., 1957, 2^{ème} éd., par J. BOULANGER, p. 348, n°168-2. Dans le même sens, G. CORNU, Les régimes matrimoniaux, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 9^{ème} éd., 1997, n°43, p. 275. « *en somme, il faut considérer que la jouissance des biens propres a un titulaire et un bénéficiaire : le titulaire, c'est l'époux auquel les biens appartiennent, qui a qualité pour encaisser les revenus ; et le bénéficiaire, c'est la communauté, au profit de laquelle les revenus doivent être utilisés* ».

L'expression « *partage de la jouissance* » est certes inadaptée. Dans la mesure où la communauté est dépourvue de personnalité morale, il serait plus exact de dire que les biens propres de chacun des époux sont affectés en jouissance aux finalités de la communauté. Parce qu'une telle prérogative rentre mal dans les catégories juridiques du Code civil, c'est uniquement par commodité de langage que l'expression peut être utilisée : « *les termes techniques précis font défaut pour exprimer les résultats d'une telle analyse, parce que ce droit de la communauté ne rentre pas dans les formes que le Code civil a aménagées pour l'organisation du régime des biens* » (M. PLANIOL et G. RIPERT, *ibid.*).

¹¹⁰⁰ R. LE GUIDEDEC, « 30 ans d'application du régime matrimonial légal », Dr. Fam. 1998, chr. n°1.

¹¹⁰¹ Au départ, la jurisprudence prenait en considération les avantages que le ménage avait retirés du bien propre, la communauté ne supportant les charges d'entretien qu'en contrepartie de la jouissance effective qu'elle avait reçue du bien. V. Civ. 1^{ère} 15 juillet 1981, J.C.P. 1982, éd. G, II, 19796, note P. REMY. Par la suite, la jurisprudence n'a plus fait référence à la notion de jouissance effective (V. Civ. 1^{ère} 19 février 1991, Defrénois 1991, art. 35119, p. 1130, n°87, obs. G. CHAMPENOIS), allant même jusqu'à considérer que les intérêts d'un emprunt servant à l'acquisition d'un bien propre devaient être à la charge définitive de la communauté. V. Civ. 1^{ère} 31 mars 1992, Defrénois 1992, art. 35348, p. 1121, obs. G. CHAMPENOIS ; R.T.D. Civ. 1993, p. 401, obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

Certains auteurs en ont ainsi déduit que la Cour de cassation admettait implicitement que la communauté a la jouissance des biens propres. En ce sens, J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 267, n°273 ; G. MORIN, « Qui, de la communauté ou des époux, doit supporter les charges

556. L'époux propriétaire du bien propre en a la jouissance de deux manières. D'une part, il conserve le droit d'user de ses biens propres comme il l'entend et notamment de les réserver à son usage personnel. Ainsi, le conjoint propriétaire d'un immeuble propre ne saurait être contraint de l'affecter au logement de la famille. D'autre part, l'époux propriétaire du bien propre en a la jouissance, non pas en ce qu'il devient propriétaire des fruits et revenus des biens propres, mais en ce que lui seul a le pouvoir de les percevoir (C. civ., art. 1428) et est libre de les dépenser ou non (C. civ., art. 1428 et 1403, al. 2)¹¹⁰².

Toutefois, la liberté de consommation et d'affectation des revenus n'est pas sans limite. Tout d'abord, récompense peut être due à la communauté pour les fruits qu'un époux a négligés de percevoir ou a consommés frauduleusement dans les cinq années ayant précédé la dissolution du régime (C. civ., art. 1403, al. 2). Ensuite, l'article 1429 du Code civil prévoit la possibilité de retirer à un époux la majeure partie des pouvoirs qu'il possède sur ses propres, s'il « *met en péril les intérêts de la famille, soit en laissant dépérir ses propres, soit en dissipant ou détournant les revenus qu'il en retire* »¹¹⁰³. Enfin, dans l'appréciation des facultés respectives de chacun des époux, destinées à mesurer la hauteur de la contribution aux charges du mariage, entrent non seulement l'ensemble des revenus que l'époux retire effectivement de son travail ou de son capital, mais également les revenus potentiels qu'une gestion utile de ses biens pourrait lui procurer¹¹⁰⁴. C'est dire que la

usufruitaires des biens propres ? », in Mélanges offerts à André Colomer, Litec, 1993, p. 263. A cet égard, il convient de rappeler que l'origine de la suppression de l'usufruit de la communauté sur les biens propres des époux est à situer dans la volonté de rendre effective l'autonomie de la femme dans la gestion de ses biens propres. L'idée selon laquelle la communauté a une vocation naturelle aux fruits des propres ne doit pas, par conséquent, être répudiée (V. A. COLOMER, Droit civil, Régimes matrimoniaux, Litec, 11^{ème} éd., 2002, p. 345, n°611).

¹¹⁰² En ce sens, V. J. PATARIN et G. MORIN, La réforme des régimes matrimoniaux, Tome 1, Statut fondamental et régime légal, Répertoire du Notariat Defrénois, 4^{ème} éd., 1977, p. 117, n°111 : « *le terme de jouissance est susceptible de plusieurs sens dans le langage juridique. S'il peut désigner l'acquisition de la propriété des fruits, il peut aussi désigner plus simplement l'utilisation des avantages matériels d'une chose ou d'un bien* » ; G. CORNU (sous la dir. de), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, P.U.F., 9^{ème} éd., 2002, V° *Jouissance*.

¹¹⁰³ Au mécanisme spécifique au régime de communauté qu'est l'article 1429 du Code civil, il convient d'ajouter celui prévu par l'article 220-1 du même code, gardien du respect de l'affectation aux charges de la vie commune, sous tous les régimes matrimoniaux.

Il est à noter que l'article 1429 doit être appliqué aux propres de façon plus étroite que l'article 1426 du Code civil. Il ne sanctionne pas toutes les manifestations d'inaptitude ou de fraude, mais seulement celles d'entre elles qui entraînent une dissipation ou un détournement des revenus de ces biens. Ainsi, l'article 1429 ne saurait être appliqué à un époux qui conserve des biens improductifs ou inutiles à la famille au lieu d'investir dans des biens à meilleur rendement.

La même remarque peut être faite s'agissant des pouvoirs retirés à l'époux sur le fondement de l'article 1429. Par application de l'article 1426, l'époux hors d'état de manifester sa volonté ou dont la gestion atteste l'inaptitude ou la fraude, se voit retirer tous les pouvoirs sur les biens communs. En revanche, le dessaisissement de l'époux prévu par l'article 1429 ne porte que sur « *les droits d'administration et de jouissance* » (C. civ., 1429, al. 1^{er}).

¹¹⁰⁴ V. *supra*, n°123.

jouissance de l'époux sur ses propres n'est pas un droit, qu'il peut exercer de façon discrétionnaire, mais un pouvoir qu'il doit exercer dans l'intérêt du couple¹¹⁰⁵. Le droit de gérer se double donc d'une obligation de le faire, et le droit de jouissance est restreint par une obligation d'affectation aux charges du mariage et par l'interdiction de dissiper ou de détourner les revenus. Dans l'hypothèse du retrait de pouvoirs sur le fondement de l'article 1429 du Code civil, le devoir d'affectation des revenus des biens propres à la communauté est, du reste, plus intense que dans la situation ordinaire puisque le conjoint, auquel sont normalement transférées l'administration et la jouissance des propres de son époux¹¹⁰⁶, ne dispose pas d'une liberté de consommation de leurs revenus. Ce dernier ne doit pas seulement les affecter aux charges du mariage, ce qui est normal puisque son conjoint y était lui-aussi tenu ; l'article 1429 lui fait également obligation d'employer l'excédent au profit de la communauté. S'applique ainsi le système préconisé par Monsieur CORNU qui concilie remarquablement les droits de l'époux et ceux de la communauté par un principe de priorité¹¹⁰⁷. Pendant le cours du mariage, lorsque la situation est normale, priorité est donnée au droit de jouissance de l'époux. En cas d'abus de jouissance ou lors de la dissolution de la communauté, autrement dit dans des situations exceptionnelles, c'est le droit de la communauté qui l'emporte.

557. Parce qu'elle permet de concilier indépendance et interdépendance, la transformation du droit de gérer les biens en un pouvoir de les gérer est une constante de la gestion des biens affectés en régime de communauté, que l'on retrouve, par conséquent, dans la gestion active des biens communs.

B. La gestion active des biens communs

558. Dans le groupement patrimonial formé par un couple, toute la difficulté consiste à concilier entraide et autonomie, et ce dans la plus parfaite égalité.

La volonté de conférer aux époux une grande autonomie a ainsi conduit le législateur à ériger en principe l'indépendance de chacun dans la gestion des biens communs (1.). A l'inverse, les techniques alternatives de communautarisation se caractérisent par l'interdépendance de principe des membres du couple dans la gestion des biens mis en commun (2.).

¹¹⁰⁵ Sur la notion de pouvoir, V. E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, Coll. Droit civil, 1985.

¹¹⁰⁶ Sur la possibilité de désigner un administrateur judiciaire, V. A. COLOMER, *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, Litec, 11^{ème} éd., 2002, p. 317, n°558.

¹¹⁰⁷ G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 9^{ème} éd., 1997, n°43, p. 275.

1. L'indépendance de principe dans la communauté

559. L'indépendance dans la gestion des biens communs se traduit en principe par la gestion concurrente de l'un ou l'autre des époux. Par exception, elle se manifeste par la gestion exclusive de l'un des époux.

Le principe est celui de la gestion concurrente des biens communs (C. civ., art. 1421, al. 1^{er}), applicable à tous les actes et à tous les biens non soumis à un régime de gestion dérogatoire. Conjuguée aux présomptions du régime primaire impératif – celle du mandat et celles des pouvoirs – la concurrence des pouvoirs permet à l'autonomie de chacun des époux de s'épanouir très largement. Les autres mérites de ce principe de gestion sont la simplicité, l'efficacité et l'adéquation avec la pratique quotidienne. En effet, le domaine de la gestion concurrente correspond pour une large part à la gestion courante¹¹⁰⁸.

Dérogatoire au principe de la gestion concurrente, la gestion exclusive témoigne de la volonté du législateur de réserver à chacun des époux une marge d'autonomie plus grande encore, s'agissant de certains biens communs ou de certains actes sur les biens communs, pour lesquels un seul des époux aura la possibilité d'agir, à l'exclusion de l'autre. Le principe de gestion concurrente, et de manière générale les règles de gestion active des biens communs, est tout d'abord écarté sur certains biens par les dispositions du régime primaire impératif. Il en est ainsi des sommes versées sur un compte bancaire personnel (C. civ., art. 221)¹¹⁰⁹ ainsi que des « *biens communs réservés* », composés des revenus des époux, revenus professionnels (C. civ., art. 223) et revenus des biens propres (C. civ., art. 1428 et 225)¹¹¹⁰. Ensuite, afin de respecter le plus possible la liberté professionnelle reconnue à chacun par l'article 223 du Code civil, l'article 1421, alinéa 2, du même code prévoit que « *l'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci* ». La loi soumet donc à la gestion exclusive des actes plutôt que des biens¹¹¹¹. Sont en effet visés tous les actes de gestion patrimoniale qu'implique l'exercice normal de ladite profession : actes d'administration ou

¹¹⁰⁸ Sur la gestion concurrente et ses mérites, V. F. VAUVILLE, Les pouvoirs concurrents en droit de la famille, Thèse Lille II, 1991.

¹¹⁰⁹ V. Civ. 1^{ère} 3 juillet 2001, J.C.P. 2002, éd. N, 1206, note V. BREMOND ; D. 2002, 1102, note L. COMANGES ; R.T.D. Civ. 2001, p. 941, n°1, obs. B. VAREILLE ; J.C.P. 2002, éd. G, I, 103, n°17, obs. P. SIMLER.

¹¹¹⁰ Sur la distinction entre biens communs ordinaires et biens communs réservés, V. *supra*, n°534.

¹¹¹¹ L'article 1421, alinéa 2, du Code civil ne crée pas une masse de biens affectés à la profession, notamment parce que le pouvoir exclusif ne connaît pas de prolongement sur le plan du passif. Reste que la notion de biens affectés à la profession correspond à une réalité et, par là même, constitue un critère commode pour déterminer si l'acte envisagé est nécessaire à l'exercice de la profession de l'époux. Dans la majorité des cas en effet, l'acte nécessaire à la profession est un acte d'administration ou de disposition portant sur un tel bien. En ce sens, J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 350, n°359.

de disposition, à l'exception des actes soumis à cogestion. L'indépendance de principe des époux dans la gestion des biens communs connaît en effet des limites destinées à garantir l'affectation de ces derniers aux objectifs communautaires.

560. La première limite tient à l'exigence du consentement des deux époux pour la validité de certains actes. A peine de nullité, la gestion conjointe est imposée, d'une part, pour tous les actes de disposition entre vifs à titre gratuit (C. civ., art. 1422)¹¹¹² qui appauvrissent la communauté sans contrepartie et, d'autre part, pour certains actes graves à titre onéreux portant sur des biens déterminés. Sont ainsi soumises à l'accord des deux époux les aliénations ou constitutions de droits réels, dès lors qu'elles ont pour objet les biens visés, tels les immeubles, certains biens meubles (C. civ., art. 1424) et la conclusion de certains baux (C. civ., art. 1425). La protection de l'affectation des biens communs, à l'instar de la protection de l'affectation du logement à la famille, conduit ainsi à leur indisponibilité¹¹¹³. La restriction au droit de disposer n'est cependant que relative puisqu'elle ne vise que certains actes, portant sur certains biens et qu'il est possible d'y échapper en obtenant le consentement de son conjoint.

La seconde limite résulte du fait que les conjoints sont tous deux « *des gérants responsables* »¹¹¹⁴, qui doivent exercer leur fonction dans l'intérêt commun. En réalité, c'est par commodité de langage que l'on parle de gérants : puisque la communauté n'a pas la personnalité juridique, les époux ne peuvent en effet en être les représentants. C'est la notion de pouvoir qui explique, dès lors, que les époux doivent agir dans l'intérêt commun. L'article 1421 du Code civil énonce ainsi que chaque époux doit gérer la communauté sans faute et sans fraude. Une première limitation des prérogatives des époux sur les biens communs tient ainsi à ce qu'ils doivent être des administrateurs diligents des biens de la masse affectée. Une seconde limitation résulte du recours à la notion de fraude (C. civ., art. 1421, al. 1^{er})¹¹¹⁵. Parce que les biens communs doivent, pendant la vie en couple,

¹¹¹² Puisqu'il ne vise que les actes entre vifs, ce texte ne s'applique pas aux legs et à toutes les libéralités à cause de mort. L'article 1422 ne vise du reste que les donations car elles seules emportent un dessaisissement immédiat et définitif des biens communs.

Les sommes versées en vertu d'un contrat d'assurance-vie présentent une indiscutable originalité. Le mécanisme de la stipulation pour autrui conduit en effet à l'éviction de l'article 1422. V. A.P. 12 décembre 1986, D. 1987, 269, note J. GHESTIN ; J.C.P. 1987, éd. G, II, 20760, concl. J. CABANNES, note L. BOYER.

¹¹¹³ Sur l'indisponibilité du logement familial, V. *supra*, n°232.

¹¹¹⁴ F. TERRE et P. SIMLER, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 380, n°475.

¹¹¹⁵ Selon l'opinion majoritaire en doctrine et conformément à la lettre de l'article 1421, alinéa 1^{er}, du Code civil, la sanction de la fraude est l'inopposabilité de l'acte au conjoint victime des agissements de son époux. V. F. TERRE et P. SIMLER, *op. cit.*, p. 417, n°521 ; A. COLOMER, Droit civil, Régimes matrimoniaux, Litec, 11^{ème} éd., 2002, p. 284, n°485 ; G. CORNU, Les régimes matrimoniaux, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 9^{ème} éd., 1997, n°64, p. 350. En faveur de la nullité, J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 376, n°380.

répondre des dettes d'intérêt commun, et parce qu'ils devront ultérieurement être partagés, les époux ont l'obligation de collaborer au maintien de la consistance de la masse commune, voire à son accroissement¹¹¹⁶. La fraude pourrait ainsi être caractérisée si les règles de gestion ont été volontairement détournées de l'une de leurs finalités qu'est la préservation d'un fonds de roulement destiné au paiement des charges de la vie commune. L'élargissement de la notion de fraude opérée par la jurisprudence, qui consiste notamment à se satisfaire de la conscience par l'époux partie à l'acte et par le tiers du préjudice causé, sans qu'il soit besoin de rapporter la preuve d'une intention de nuire, conduit à faire de la fraude un instrument efficace de sanction du détournement de pouvoir¹¹¹⁷. Le succès des actions « *en responsabilité des pouvoirs* », visant à contester les actes de gestion lorsqu'ils sont frauduleux ou fautifs, sera certainement facilité par la création récente du droit prétorien d'une « *action en reddition de comptes* »¹¹¹⁸. En dehors des sanctions de l'article 1421 du Code civil, la loi a, en outre, multiplié les sanctions des fautes et des fraudes en leur conférant une incidence sur le maintien de la communauté ou sur l'exercice ultérieur des pouvoirs de gestion. La mauvaise administration d'un époux permet ainsi à son conjoint de demander en justice la séparation de biens (C. civ., art. 1443). L'article 1426 du Code civil

Il semble que la jurisprudence n'ait pas clairement tranché la controverse. Si les premiers arrêts rendus en la matière laissent à penser que la sanction de la fraude serait la nullité (V. par exemple Civ. 1^{ère} 24 octobre 1977, D. 1978, 290, note E. POISSON-DROCOURT ; Civ. 1^{ère} 21 juin 1978, Defrénois 1979, art. 31936, p. 487, n°18, obs. G. CHAMPENOIS), des arrêts ultérieurs semblent indiquer que la Cour de cassation distingue bien la sanction des dépassements objectifs de pouvoirs, qui est la nullité, de celle des actes frauduleux, qui est traditionnellement l'inopposabilité (V. par exemple, Civ. 1^{ère} 6 février 1979, Defrénois 1980, art. 32363, p. 958, obs. G. CHAMPENOIS ; Civ. 1^{ère} 17 juin 1981, J.C.P. 1982, éd. G, II, 19809, note J. PATARIN).

¹¹¹⁶ G. CORNU, *op. cit.*, n°64, p. 351.

¹¹¹⁷ V. F. TERRE et P. SIMLER, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 416, n°519.

Une telle sanction pourrait se révéler particulièrement utile pour limiter les pouvoirs de gestion concurrente que conserve l'époux *in bonis* sur les biens communs en cas de procédure collective diligentée contre son conjoint. Dans l'hypothèse d'une procédure collective ouverte contre l'un des conjoints, dans l'intérêt de la famille, les époux doivent œuvrer pour le redressement de l'entreprise. Il y aurait ainsi faute, voire fraude, du conjoint *in bonis* à utiliser son pouvoir de gestion concurrente à des fins compromettant le redressement. En ce sens, P. RUBELLIN, Régimes matrimoniaux et procédures collectives, Thèse Strasbourg III, 1999, p. 188, n°174 et s.

¹¹¹⁸ B. BEIGNIER, note sous Civ. 1^{ère} 16 mars 1999, Dr. Fam. 1999, comm. n°82.

Une décision récente de la Cour de cassation affirme en effet que « *si un époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et de disposer seul des deniers communs dont l'emploi est présumé avoir été fait dans l'intérêt de la communauté, il doit, cependant, lors de la liquidation, informer son conjoint de l'affectation des sommes importantes prélevées sur la communauté qu'il soutient avoir employées dans l'intérêt commun* » (Civ. 1^{ère} 16 mars 1999, Dr. Fam. 1999, comm. n°82, note B. BEIGNIER ; Defrénois 1999, art. 37017, p. 811, n°61, obs. G. CHAMPENOIS). Certes, les deniers sont présumés avoir été utilisés dans l'intérêt commun. Néanmoins, pour que le conjoint puisse discuter cette conformité aux intérêts communs, encore faut-il qu'il sache quel emploi l'époux détenteur des deniers communs a fait de ceux-ci. Cette obligation de faire connaître au conjoint l'affectation des biens communs, lorsqu'il s'agit de sommes importantes, lui facilitera grandement la tâche. Pour ce faire, il conviendrait que cette obligation de reddition de comptes, qui n'est envisagée par la Cour de cassation que lors de la liquidation, soit étendue à toutes les hypothèses de contentieux, et notamment lorsque sont engagées des actions en responsabilité de pouvoirs. M. CHAMPENOIS envisage ainsi d'étendre cette solution lorsque s'applique l'article 1426 du Code civil (obs. précit.).

prévoit également la possibilité d'un retrait judiciaire des pouvoirs de gestion des biens communs dont jouit un époux lorsque ce dernier est hors d'état de manifester sa volonté, lorsqu'il est inapte à la gestion des biens communs ou en cas de fraude. Si l'on y ajoute les mesures de crise figurant au sein du régime primaire impératif, un époux dispose d'un large éventail de dispositions permettant l'aménagement des pouvoirs sur les biens communs en cas de non-respect de leur affectation¹¹¹⁹.

Enfin, la notion de pouvoir de gestion des biens communs conduit à résoudre la question de la libre disposition des gains et salaires économisés. Si l'époux conserve son pouvoir de gestion et de disposition exclusif sur ces derniers, ce pouvoir doit être exercé dans son intérêt mais également dans l'intérêt commun. Dès lors, l'excès de disposition qui « *stérilise la formation d'acquêts, c'est-à-dire ruine le principe de la communauté qui est d'œuvrer à la prospérité commune* »¹¹²⁰ constitue un détournement de pouvoir et peut être sanctionné comme tel¹¹²¹.

561. La description des règles de gestion active des biens communs au sein de la communauté légale, placées sous l'égide de l'indépendance de principe des époux, conduit à mettre en exergue l'interdépendance de principe dans la gestion active des biens mis en commun dans les techniques alternatives de communautarisation.

2. *L'interdépendance de principe dans les techniques alternatives de communautarisation*

562. Le droit des sociétés offre des règles de gestion destinées à assurer l'autonomie des associés dans la gestion de l'actif social, l'autonomie pouvant être accentuée dans les statuts¹¹²². Toutefois, le plus souvent, la société qui unit les membres d'un couple sans communauté est une société créée de fait, dont l'actif social se compose de biens indivis, soumis, par conséquent, aux lourdes règles de gestion des articles 815 et suivants du Code civil. Dès lors, que les biens indivis soient inclus ou non dans la société créée de fait, les techniques alternatives de communautarisation convergent sur le principe de l'unanimité dans la gestion des biens mis en commun.

¹¹¹⁹ Les articles 217, 219 et 220-1 du Code civil permettent également d'assurer, en cas de crise, le respect de l'affectation aux charges de la vie commune (V. *supra*, n°126).

¹¹²⁰ G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 9^{ème} éd., 1997, n°72, p. 377.

¹¹²¹ La solution de Monsieur CORNU, fondée sur le non-respect du devoir de collaboration, aboutit aux mêmes sanctions (*op. cit.*, n°72, p. 377).

¹¹²² V. par exemple pour la société civile, les articles 1848 et 1852 du Code civil.

563. La notion de pouvoir à exercer dans un intérêt commun, qui domine les règles de gestion active des biens communs dans le régime de communauté, n'est certes pas absente du régime de gestion des biens indivis depuis sa réforme par la loi du 31 décembre 1976. Les mesures de crise des articles 815-4, 815-5 et 815-6 du Code civil puisent ainsi leur esprit dans les articles 217, 219 et 220-1 du même code. Le rapprochement est plus évident encore lorsque les indivisaires ont rédigé une convention destinée à organiser l'indivision, le gérant ayant les mêmes pouvoirs que ceux attribués à chaque époux sur les biens communs (C. civ., 1873-6). De ces similitudes, il est possible de déduire un rapprochement entre le régime de communauté et l'indivision dans les couples sans communauté. Le rapprochement n'est cependant que théorique. En pratique en effet, les conventions d'indivision sont rares.

Soumis le plus souvent au régime légal de l'indivision, les indivisaires sont donc obligés d'obtenir le consentement de leur coïndivisaire pour chaque acte sur chaque bien, ne disposant ainsi que d'une autonomie très restreinte par rapport aux époux communs en biens. Pour les actes conservatoires, les articles 1421, alinéa 1^{er}, et 815-2 du Code civil posent certes le même principe de liberté de gestion. Pour tous autres actes en revanche, communauté et indivision reposent sur des règles contraires puisque le principe est respectivement celui de la gestion concurrente (C. civ., art. 1421, al. 1^{er}) et celui de l'unanimité (C. civ., art. 815-3), malgré le tempérament que constitue la présomption de mandat tacite prévue à l'article 815-3¹¹²³.

564. Outre cette bizarrerie d'un couple moins lié, d'un point de vue patrimonial, que le couple commun en biens, mais dont les membres sont soumis au principe d'unanimité, l'absence d'autonomie des indivisaires dans la gestion des biens mis en commun menace la sécurité juridique. De nombreux actes accomplis par un indivisaire seul sont en effet susceptibles d'être annulés pour violation du principe de cogestion ou d'être inopposables à l'autre coïndivisaire¹¹²⁴, alors même qu'à l'époque de la passation de l'acte, les membres du couple étaient ignorants du caractère indivis du bien.

¹¹²³ Sur la gestion de l'indivision, V. F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2002, p. 432, n°575 et s.

¹¹²⁴ La validité de l'acte passé en violation de la règle de l'unanimité est subordonnée au résultat du partage : si le bien objet de l'acte est attribué à l'auteur de l'acte, ce dernier sera valable ; en revanche, si l'auteur de l'acte ne reçoit pas le bien dans son lot, l'acte sera nul. Toutefois, dès avant le partage, l'acte passé en violation de la règle de l'unanimité est inopposable aux autres indivisaires qui n'ont pas donné leur consentement. La Cour de cassation a ainsi décidé que la vente d'un bien indivis déterminé par un seul des coïndivisaires encourt immédiatement l'inopposabilité à l'égard des autres, c'est-à-dire en cours d'indivision, sans attendre le partage et quel que soit le résultat de celui-ci. Il en est de même du bail portant sur un bien indivis, l'inopposabilité du contrat aux indivisaires n'ayant pas donné leur consentement leur permettant de demander l'expulsion du locataire sans avoir à attendre l'issue du partage. V. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, L.G.D.J., 2000, p. 497, n°491 et s., et les références jurisprudentielles citées par ces auteurs.

Cette critique s'adresse en particulier au système mis en place au sein du pacs, tant les présomptions d'indivision ont vocation à créer une vaste masse de biens indivis. Puisque l'indivision est la règle, sauf preuve contraire dans l'acte d'acquisition ou de souscription, le champ de la masse indivise s'accroît d'autant et, par conséquent, celui de la gestion conjointe. Dès lors, « pour les concubins imprévoyants, le « P.A.C.S. » devient ainsi un régime infiniment plus communautaire, au plan de la gestion que le régime de communauté ! Là encore, le piège se referme sur ceux qui rêvaient de liberté »¹¹²⁵. Pour ne donner qu'un exemple, la plupart des actes de gestion patrimoniale qu'implique l'exploitation d'un fonds de commerce devrait être soumis au consentement des deux partenaires, si, lors de l'acquisition à titre onéreux du fonds postérieure à la conclusion du pacs, la présomption d'indivision n'a pas été écartée. En outre, malgré la pénétration de l'idée de pouvoir de gestion, les règles de gestion des biens indivis ne connaissent pas le caractère achevé des règles de gestion des biens communs, telles les sanctions du détournement de pouvoir.

565. Tant l'étendue de l'affectation, que les règles de gestion active des biens communs, témoignent de la performance de la communauté légale dans la conciliation de l'indépendance et de l'interdépendance des époux et soulignent en creux l'incapacité des techniques alternatives de communautarisation au sein des couples sans communauté à préserver l'indépendance de ses membres. Une dernière performance doit être mise à l'actif du fonctionnement du régime de communauté : son adaptabilité aux situations de couple.

§ 2. *L'adaptabilité aux situations de couple*

566. Le régime de communauté, contrairement à la plupart des techniques alternatives de communautarisation, a la faculté d'être adaptable aux diverses situations de couple. L'adaptabilité est tout d'abord matérielle, les époux disposant d'une marge de liberté conséquente pour aménager conventionnellement la communauté (A.). L'adaptabilité est ensuite temporelle, le législateur ayant en effet souhaité prendre en considération l'éventuelle séparation des conjoints (B.).

¹¹²⁵ H. FULCHIRON, « Les présomptions d'indivision et de communauté dans le couple (Pour une interprétation raisonnée... ou une réforme des présomptions d'indivision dans le P.A.C.S.) », *Defrénois* 2001, art. 37391, p. 965.

Sur l'impossibilité d'une interprétation libérale de l'article 515-5 du Code civil, conduisant au caractère subsidiaire des présomptions d'indivision, V. *supra*, n°527.

A. L'aménagement conventionnel de la communauté

567. La liberté des conventions matrimoniales offre aux époux la possibilité d'aménager conventionnellement la communauté aux fins d'adapter leur régime à leur situation particulière, personnelle ou professionnelle. Le régime de communauté n'en sort pas bouleversé pour autant : les modifications conventionnelles ne portent que sur quelques unes des règles de la communauté, sans pouvoir déroger à celles qui sont de son essence et qui revêtent par conséquent un caractère impératif.

Les clauses d'une communauté conventionnelle, que les époux sont en mesure de combiner, peuvent, en premier lieu, concerner la gestion des biens affectés (1.) et, en second lieu, modifier l'étendue de l'affectation (2.).

1. L'aménagement conventionnel de la gestion des biens affectés

568. S'agissant des règles de gestion, les possibilités d'aménagement conventionnel sont réduites. La convention des époux ne saurait ressusciter l'ancienne clause d'unité d'administration, laquelle se heurterait aux principes d'égalité des époux et d'indépendance dans la gestion de leurs biens propres (C. civ., art. 218 et 225). Quant à la clause visant à limiter ou supprimer les actes soumis à cogestion, les auteurs semblent unanimes sur le fait qu'elle déséquilibrerait, voire dénaturerait le régime de communauté. L'hésitation est cependant permise s'agissant des biens communs professionnels. La soustraction conventionnelle de ces derniers aux règles de la cogestion permettrait en effet d'élargir l'indépendance professionnelle de l'époux qui exerce son activité professionnelle sous la forme individuelle¹¹²⁶.

569. Sous cette réserve, l'aménagement conventionnel des règles de gestion se limite, pour l'essentiel, à l'adoption de la clause d'administration conjointe, laquelle étend la cogestion à tout acte d'administration et de disposition portant sur un bien commun (C. civ., art. 1503, al. 2). Impuissante à porter atteinte aux dispositions impératives, cette clause préserve l'indépendance des pouvoirs que le régime primaire impératif accorde à chacun des époux, sur leurs biens propres et les revenus qu'ils créent (C. civ., art. 225), ainsi que sur leurs gains et salaires (C. civ., art. 223). En tant qu'elle déroge à la gestion concurrente et exclusive sur les biens communs, une telle adaptation ne convient dès lors qu'aux époux

¹¹²⁶ En ce sens, J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 648, n°697.

animés d'un très fort esprit communautaire. Porteuse de nombreux inconvénients¹¹²⁷, elle n'est du reste que rarement adoptée. Plus fréquente est la clause qui opère un allongement de la liste des actes soumis à cogestion. Les époux ont ainsi la possibilité de traduire, par la règle d'une coopération plus intense dans la gestion d'un bien, l'attachement particulier qu'ils portent à ce dernier, pour sa valeur vénale ou pour tout autre raison. Des époux coexploitants d'une entreprise individuelle peuvent ainsi souhaiter être associés en tout dans la gestion de leur activité commune.

De telles clauses ne présentent naturellement aucun intérêt au sein des techniques alternatives de communautarisation, dans la mesure où la plupart d'entre elles se caractérisent par l'interdépendance de principe des membres du couple dans la gestion des biens mis en commun¹¹²⁸.

570. En comparaison, l'aménagement conventionnel de l'étendue de l'affectation offre une variété de solutions plus large aux époux communs en biens et, par conséquent, des perspectives d'adaptation du régime plus intéressantes.

2. *L'aménagement conventionnel de l'étendue de l'affectation*

571. Les époux souhaitent fréquemment étendre conventionnellement l'affectation à l'enrichissement afin d'avantager l'un d'entre eux – le plus souvent le survivant – à la dissolution du régime. A cette fin, le contrat de mariage peut déroger à l'égalité du partage par une clause de prélèvement sans indemnité ou clause de préciput, par une clause de partage inégal, voire par l'attribution intégrale de la communauté au survivant. Aux fins d'augmenter l'enrichissement de l'un d'eux à la dissolution, les époux ont également la possibilité d'étendre à leur guise l'actif commun. Le Code civil autorise expressément les époux à étendre l'actif commun par l'adoption de la communauté de meubles et acquêts (C. civ., art. 1498) ou de la communauté universelle (C. civ., art. 1526). *A fortiori*, toute clause visant à faire entrer un bien déterminé dans l'actif commun est valable. Lorsqu'elles

¹¹²⁷ A la lourdeur de la gestion conjointe, et au risque de paralysie au cas de mésentente des époux, s'ajoute en effet la solidarité pour les dettes résultant des actes d'administration ou de disposition des biens communs, accomplis conjointement par les époux (C. civ., art. 1503, al. 2). Il convient néanmoins de rejeter l'interprétation extensive, aux termes de laquelle les dettes contractuelles qui ne seraient pas contractées conjointement n'engageraient pas les biens communs. Fondée sur l'idée selon laquelle le pouvoir d'engager les biens communs par ses dettes contractuelles est lié au pouvoir d'administrer les dits biens, l'absence de pouvoir d'administrer seuls les biens communs entraînerait l'absence de pouvoir de les engager seuls. Cette interprétation conduit en effet à une dénaturation de la communauté, institution d'affectation des biens communs au crédit des époux. V. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 651, n°700.

¹¹²⁸ V. *supra*, n°562 et s.

sont combinées avec des clauses dérogeant au partage égal de la communauté, les clauses d'extension de l'actif commun permettent d'augmenter considérablement l'enrichissement de l'un des époux par rapport au résultat auquel aurait conduit l'application des règles de la communauté légale, l'exemple patent étant celui de la communauté universelle couplée avec une clause d'attribution intégrale¹¹²⁹.

572. A l'inverse, les époux peuvent être tentés de soustraire certains biens ou certaines catégories de biens à l'emprise de la communauté.

Si l'intérêt recherché est de faire échapper un bien au tirage au sort des lots lors du partage sans que soient pour autant sacrifiés les intérêts des copartageants, les époux peuvent stipuler une clause de prélèvement moyennant indemnité. Également baptisée clause commerciale en raison de son utilisation fréquente pour un fonds de commerce, elle s'apparente à une attribution préférentielle conventionnelle permettant à son bénéficiaire d'échapper aux conditions de l'attribution préférentielle légale.

Si, en revanche, la volonté des époux est de faire échapper un bien à l'emprise communautaire, non seulement à l'issue du régime, mais également durant la durée de ce dernier, la solution consiste à définir conventionnellement, plus restrictivement, l'actif commun. Sous réserve du respect de la philosophie communautaire, cette possibilité n'est pas exclue par les auteurs¹¹³⁰. De manière générale, l'adoption d'une société d'acquêts,

¹¹²⁹ Les époux doivent cependant avoir conscience qu'à une extension de l'actif commun correspond une semblable extension du passif commun. Dans la communauté universelle, toutes les dettes présentes et futures sont donc communes, tant au point de vue de l'obligation que de la contribution à la dette (C. civ., art. 1526, al. 2). Dans la mesure où la clause dérogeant à la règle de la corrélation entre actif et passif ne semble pas pouvoir préjudicier aux droits des tiers, les époux doivent par conséquent être avertis des dangers que comporte l'extension de l'actif commun. Entre les époux, la liberté des conventions matrimoniales postule en effet pour la validité d'une clause dérogeant à la corrélation entre l'actif et le passif. En revanche, à l'égard des tiers, malgré la publicité du contrat de mariage, il ne semble pas possible de réduire la protection qui leur est accordée par la loi à titre impératif. L'article 1501 du Code civil, relatif à l'obligation à la dette dans le régime de la communauté de meubles et acquêts, milite en ce sens, qui précise que « *La répartition du passif antérieur au mariage ou grevant les successions et libéralités ne peut préjudicier aux créanciers* ». De même, le gage des créanciers extra-contractuels ne devrait pouvoir subir de modification. En ce sens, J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 644, n°692.

Il convient également de noter la licéité des clauses de liquidation alternative des régimes matrimoniaux. Parfois appelées clauses alsaciennes ou clauses de sauvegarde, ces clauses prévoient que le régime sera liquidé différemment – d'après les règles d'un régime moins communautaire – en cas de dissolution du régime pour une cause autre que le décès, c'est-à-dire en cas de divorce, de décès entre l'assignation et le prononcé du divorce, ou en cas de séparation de corps. Rarement adoptées, non prévues par la loi, ces clauses présentent pourtant l'incontestable avantage pour les époux de prévoir à l'avance une adaptation de l'étendue de l'affectation à l'enrichissement, en fonction de l'issue de leur couple. Sur ces clauses, leur origine et leur licéité, V. S. MOURET-BETELAUD, « Liquidation complexe – Les clauses de liquidation alternatives des régimes matrimoniaux », *Gaz. Pal.* 2002, doct., 2, p. 1620.

¹¹³⁰ En ce sens, R. CABRILLAC, Les régimes matrimoniaux, Montchrestien, 4^{ème} éd., 2002, p. 268, n°330. En tant qu'ils constituent la source primordiale d'acquêts, il apparaît certain que les gains et salaires ne sauraient être exclus conventionnellement de la communauté. V. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *op. cit.*, p. 637, n°684,

adjoindue à un régime de séparation de biens, offre aux époux la possibilité de définir très librement la « *dose de communauté* »¹¹³¹ qu'ils entendent adopter, en particulier si l'on embrasse la position selon laquelle le régime de la séparation de biens constitue la base de la convention des parties. Dans cette conception fondée sur le caractère « *adventice* »¹¹³² de la société d'acquêts, les règles de définition des acquêts prévues par le régime de communauté ne sont pas applicables, à moins qu'elles n'aient été adoptées conventionnellement par les époux¹¹³³. Sauf stipulation contraire, la présomption de communauté, de même que les formalités de remploi, seraient écartées, les biens communs étant réduits à ceux que les époux auraient choisi d'intégrer dans la société, et uniquement ceux-là. A défaut de précision contraire dans le contrat de mariage, les biens personnels devraient être administrés comme sous la séparation de biens pure et simple, les époux ne devant pas être confrontés aux restrictions de gestion des biens propres qui découlent de leur affectation communautaire¹¹³⁴.

573. La liberté dont les conjoints disposent pour aménager leur régime de communauté – renforcée par la possibilité qui leur est ouverte depuis 1965 de modifier leur régime matrimonial¹¹³⁵ – témoigne de l'adaptabilité de ce dernier à la situation particulière, personnelle ou professionnelle, du couple marié. Par comparaison, les techniques alternatives de communautarisation apparaissent bien lacunaires. Il en est ainsi en particulier du régime de l'indivision, lorsqu'il prétend régir la quasi-totalité des biens acquis par les partenaires d'un pacs durant leur vie commune.

A supposer que les partenaires connaissent le fonctionnement des présomptions d'indivision, la liberté dont ils disposent pour aménager l'étendue de leur masse indivise doit en effet être exercée au fur et à mesure de l'acquisition des biens, et non dans un contrat déterminant à l'avance le sort des biens futurs du ménage.

L'article 1873-13 du Code civil prévoit la validité des clauses d'acquisition de la quote-part indivise du défunt en faveur d'un des indivisaires en cas de décès de l'un d'eux. Entre

note 1. Une telle clause pourrait pourtant se révéler particulièrement utile afin de donner une qualification précise à certains biens dont la nature est incertaine ou hybride, notamment au regard de l'article 1404 du Code civil, à l'exemple du fonds libéral.

¹¹³¹ J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 713, n°756.

¹¹³² Cet argument est employé par Messieurs TERRE et SIMLER pour rejeter l'application du formalisme de remploi (Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 644, n°809).

¹¹³³ De nombreux auteurs adoptent cependant un raisonnement au terme duquel l'intérêt de la société d'acquêts réside dans le fait qu'elle autorise les époux à écarter conventionnellement un grand nombre de règles de la communauté. V. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *op. cit.*, p. 711, n°754 ; A. COLOMER, Droit civil, Régimes matrimoniaux, Litec, 11^{ème} éd., 2002, p. 671, n°1219, et les références jurisprudentielles citées par ces auteurs.

¹¹³⁴ J.-L. FILLETTE, « A propos des récentes tentatives de résurrection de la séparation de biens avec société d'acquêts. Etude critique, en hommage à M. le professeur Jean Maury », *Defrénois* 1996, art. 36369, p. 897.

¹¹³⁵ Sur la suppression en droit prospectif du contrôle judiciaire du changement de régime matrimonial, renforçant ainsi l'adaptabilité de la communauté à l'évolution de la situation du couple, V. *infra*, n°774 et s.

les membres d'un couple sans communauté, une telle clause permet de prévoir, au profit du survivant, l'équivalent d'une attribution préférentielle conventionnelle sur certains des biens mis en communs¹¹³⁶. En revanche, il ne semble pas possible de stipuler, dans une convention d'indivision, l'équivalent d'une clause de préciput ou une clause d'attribution intégrale au survivant¹¹³⁷. Quant à la clause de partage inégal qui ne peut être stipulée que dans la convention d'indivision pour chaque bien en particulier, il a été précédemment démontré qu'elle pouvait être détournée par la reconnaissance d'une créance au profit de l'indivisaire ayant financé tout ou partie de la part indivise de son coindivisaire¹¹³⁸.

574. La technique sociétaire est en revanche marquée par davantage de souplesse. Insérée dans un contrat de société, une clause de partage inégal, entendue au sens large, est valable à condition de ne pas constituer une clause léonine, nulle en vertu de l'article 1844-1 du Code civil. Une clause de prélèvement moyennant indemnité est également envisageable ; en revanche, une clause d'attribution intégrale de l'actif social au survivant serait nulle.

Toutefois, telle qu'elle est admise en droit positif, la société entre les membres d'un couple sans communauté est limitée aux sociétés de coexploitation d'un fonds ou d'acquisition de biens immobiliers¹¹³⁹. Dans ce contexte, la technique sociétaire ne permet pas aux membres d'un couple de se constituer l'équivalent d'une société d'acquêts.

575. Indépendamment de toute prévision conventionnelle, l'adaptabilité du régime de communauté résulte de la prise en considération par le législateur de la séparation des époux.

B. La prise en considération de la séparation des époux

576. Compte tenu de l'affectation des biens des époux à leur crédit et aux charges de la vie commune que réalise le régime de communauté, il paraît logique que la rupture de la communauté de vie des époux ait, à certaines conditions, une incidence sur le maintien d'un tel régime. De même, le fait que le régime de communauté réalise une affectation des

¹¹³⁶ Dans sa formule de convention de concubinage, Monsieur CHARLIN propose ainsi la clause suivante : « *En cas de décès de l'un des comparants, le survivant pourra acquérir la quote-part du défunt dans les meubles indivis garnissant le domicile commun conformément à l'article 1873-13* » (J. CHARLIN, « Le contrat de concubinage. Formule », J.C.P. 1991, éd. N, p. 459).

¹¹³⁷ Ces clauses seraient en effet analysées comme des pactes sur succession future. En ce sens, R. LE GUIDEC, « Le pacs et la transmission de biens entre concubins », *in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 142.

¹¹³⁸ V. *supra*, n°508.

¹¹³⁹ V. *supra*, n°491 et s.

biens des conjoints à l'enrichissement de l'un d'entre eux concourt à l'adaptabilité temporelle de la communauté.

Conscient de cette donnée, le législateur offre deux possibilités de prise en considération de la séparation des époux quant au maintien de la communauté, qui toutes deux présentent la caractéristique de ne pas menacer le gage des créanciers des époux. Il doit être souligné à cet égard qu'aucune de ces possibilités, ni aucun équivalent, n'existe au sein du pacs, les présomptions d'indivision continuant à s'appliquer en dépit de la rupture de la vie commune des partenaires, jusqu'à la dissolution du pacte selon les formes légalement établies. De même, les sociétés entre concubins devraient perdurer au-delà de la séparation de ces derniers, la vie commune des associés étant en principe sans incidence sur la vie d'une société destinée à l'exploitation d'un fonds ou à la gestion d'un patrimoine immobilier¹¹⁴⁰.

577. En premier lieu, la séparation de corps des époux est une cause de dissolution de la communauté (C. civ., art. 302, al. 1^{er}). Dans l'hypothèse où les époux sont dispensés judiciairement de l'obligation de communauté de vie, on perçoit aisément que la communauté en tant que technique d'organisation de la vie commune n'a plus guère de raison d'être. A l'égard des tiers, la date de dissolution est fixée au jour de la publication du jugement prononçant la séparation de corps, de sorte que leurs droits ne sont aucunement menacés. Entre les époux, la date de dissolution peut être reportée au jour de leur séparation de fait, rejoignant alors la seconde hypothèse de prise en considération de la séparation des époux.

578. En second lieu, en effet, lorsque survient l'une des causes de dissolution de la communauté, la séparation de fait des époux permet de faire rétroagir la date de la dissolution au jour de la cessation de la cohabitation et de la collaboration (C. civ., art. 1442, al. 2)¹¹⁴¹. Témoin de la faveur jurisprudentielle pour ce report, la preuve de la cessation de la cohabitation emporte présomption de la cessation de la collaboration¹¹⁴². Inopposable aux

¹¹⁴⁰ L'affirmation doit cependant être nuancée eu égard au « divorce sociétaire » consacré par l'article 1844-7-5° du Code civil (C. CHAMPAUD et D. DANET, R.T.D. Com. 1993, p. 666). Aux termes de cet article, la mésentente des associés constitue une cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés. Or, les juridictions acceptent de tenir compte des vicissitudes quasi-conjugales des associés à condition que le blocage de la société soit certain et actuel et que le demandeur ne soit pas seul à l'origine de la mésentente. V. par exemple Paris, 11 janvier 2000, R.J.P.F. mai 2000, p. 16, note B. FAGES.

¹¹⁴¹ A cet égard, l'inscription dans le droit du divorce, à l'article 262-1, de la substance de l'article 1442, alinéa 2, ne fait pas de l'article 262-1 un doublet dans la mesure où le report est susceptible d'applications à d'autres régimes matrimoniaux. L'objectif est alors de mettre fin à la participation à l'enrichissement du partenaire.

¹¹⁴² V. par exemple Civ. 2^{ème} 31 mars 1993, J.C.P. 1994, éd. G, I, 3733, n°19, obs. A. TISSERAND.

Sur les définitions positive et négative de l'absence de collaboration, V. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 484, n°516.

tiers, le report de la date de dissolution de la communauté au jour de la séparation de fait n'entraîne donc pas la suppression de la communauté dans sa fonction d'affectation au crédit des époux. Le gage des créanciers n'est de la sorte pas réduit, les dettes nées du chef de l'un ou l'autre époux demeurant, par principe, exécutoires sur les biens communs. Disparaissent en revanche l'affectation définitive des biens communs aux dépenses d'intérêt commun – toute dette née postérieurement à la cessation de la cohabitation et de la collaboration est par conséquent personnelle sur le plan de la contribution à la dette – ainsi que l'affectation à l'enrichissement du conjoint le moins fortuné – la communauté doit être réduite et partagée d'après la consistance qu'elle avait au jour où a commencé l'état de non cohabitation et de non collaboration, tout bien ultérieurement acquis étant propre.

Une seule limite est énoncée par l'article 1442, alinéa 2, du Code civil selon lequel l'époux « *auquel incombent à titre principal les torts de la séparation ne peut pas obtenir ce report* ».

579. Conclusion de la Section 2 – Le régime de communauté présente l'attrait d'un fonctionnement performant, inégalé par les techniques alternatives de communautarisation au sein des couples sans communauté.

D'une part, ces dernières ne comportent pas de règles destinées à assurer, autant qu'il est possible, le respect de l'indépendance des membres du couple, en particulier dans la gestion active des biens mis en commun, alors pourtant que la revendication d'autonomie est d'autant plus forte que certains de ces couples sans communauté ont choisi de ne pas se marier.

D'autre part, les techniques alternatives de communautarisation sont empreintes d'une certaine rigidité par rapport au régime communautaire, caractérisé par une possibilité d'adaptation aux différentes situations que peut connaître le couple marié.

580. Conclusion du Chapitre 1 – « *Imitation-contrefaçon* », « *imitation-reproduction* » ou « *imitation-contemplation* »¹¹⁴³, les techniques alternatives de communautarisation utilisées dans le couple apparaissent bel et bien dans la dépendance du modèle de communauté. La description des finalités et du fonctionnement du régime de communauté a cependant mis en lumière le caractère complet, achevé et unique de ce régime et, par opposition, les lacunes des techniques de communautarisation au sein des couples sans communauté.

¹¹⁴³ L. MAYAUX, « Les contrats des concubins », in *Les concubinages. Approche socio-juridique*, sous la dir. de J. RUBELLIN-DEVICHI, Ed. du C.N.R.S., 1986, p. 42, n°35.

En premier lieu, seul le régime de communauté réalise l'affectation des biens communs au budget des époux et, en particulier, à la satisfaction de toutes les dépenses d'intérêt commun. En deuxième lieu, seul le régime de communauté peut véritablement être qualifié de système d'affectation à l'enrichissement par la mise en commun de biens. En dernier lieu, seules les règles de fonctionnement de la communauté permettent de concilier de manière très performante les différents impératifs de la vie en couple et, en particulier, d'assurer le respect de l'indépendance des partenaires dans l'interdépendance.

581. Le mouvement de convergence entre la communauté et d'autres techniques de mise en commun de biens, telles que l'indivision ou la société entre les membres des couples sans communauté, est donc parcellaire. En droit positif, un droit commun de l'affectation à l'enrichissement n'existe ainsi qu'à l'état d'ébauche. La question se pose alors de savoir si le mouvement pourrait, en droit prospectif, être approfondi.

La tendance à la communautarisation témoigne, en effet, de l'aspiration communautaire de certains couples non mariés et de l'impossibilité pour ces derniers, même s'ils font l'effort d'être prévoyants, de traduire cette volonté communautaire dans les mêmes conditions que des époux. Ce constat conduit nécessairement à s'interroger sur la légitimité de réserver au couple marié l'accès au régime performant de participation à l'enrichissement qu'est le modèle de communauté. Compte tenu de la performance du régime communautaire et de l'attraction qu'il exerce, il convient à présent d'envisager, en droit prospectif, l'adaptation de la communauté.

Chapitre 2. L'adaptation du modèle de communauté

582. Acquisitions indivises financées en tout ou partie par l'un des membres du couple, conventions de concubinage, sociétés, financement par l'un des investissements du couple pendant que l'autre assure le fonctionnement du ménage, sont autant de comportements fréquents au sein du couple non marié qui traduisent l'aspiration communautaire de ses membres, autrement dit l'entraide poussée à son maximum consistant à faire participer son partenaire à son enrichissement. Face à cette tendance à la communautarisation et aux inconvénients des techniques alternatives, il paraît légitime de s'interroger sur une éventuelle adaptation du recours au modèle de communauté. L'élargissement au couple non marié de l'accès aux régimes de participation à l'enrichissement, pour l'heure réservé au mariage, consacrerait alors, en droit prospectif, un droit commun patrimonial du couple favorisant une entraide maximale.

583. Plébiscité par les Français dans les sondages¹¹⁴⁴, modèle attractif des techniques alternatives de communautarisation, le régime de communauté recèle également des dangers.

L'article 1413 du Code civil est en effet facteur de ruine. En tant qu'ils font partie de l'assiette du gage de la quasi-totalité des créanciers d'un époux postérieurs à la naissance de la communauté, tous les biens communs, y compris les biens nécessaires à l'exercice d'une profession séparée par le conjoint, peuvent servir à désintéresser les créanciers, jusqu'à vider la masse commune de toute substance. En pratique, la masse commune est particulièrement menacée par les créanciers professionnels de l'un des époux. Le risque de ruine est ainsi criant lorsque l'un des époux fait l'objet d'une procédure collective, dans la mesure où la poursuite des objectifs de la procédure collective peut nécessiter la réalisation de tout ou partie de l'actif du débiteur¹¹⁴⁵. Or, la communauté n'étant pas dissoute par l'ouverture d'une procédure collective contre l'un des époux¹¹⁴⁶, l'article 1413 du Code civil continue à s'appliquer et impose que les biens communs soient inclus dans l'actif de la procédure. Dans chacune des phases de la procédure, des biens communs peuvent ainsi être réalisés, sans que

¹¹⁴⁴ Sur les études menées auprès des Français, préalablement aux lois réformant les régimes matrimoniaux, V. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 17, n°21 (enquêtes avant 1965) et p. 35, n°47 (enquêtes avant 1985).

¹¹⁴⁵ Sur ce sujet, V. P. RUBELLIN, Régimes matrimoniaux et procédures collectives, Thèse Strasbourg III, 1999.

¹¹⁴⁶ L'énumération des causes de dissolution de la communauté faite à l'article 1441 du Code civil étant à la fois limitative et impérative, et l'ouverture d'une procédure collective contre l'un des époux n'y étant pas mentionnée, celle-ci ne peut entraîner la dissolution de la communauté.

le conjoint *in bonis* ait les moyens de s'y opposer, le risque atteignant son maximum dans la phase de liquidation judiciaire dont le but exclusif est le désintéressement des créanciers.

Or, il apparaît aujourd'hui injuste que la ruine d'un époux commun en biens entraîne celle de l'autre¹¹⁴⁷. Tout d'abord, la solidarité dans le malheur des époux communs en biens apparaît inéquitable dans la mesure où, fréquemment, ces derniers ne sont pas conscients des conséquences de la soumission au régime légal. Ensuite, le sort réservé aux couples mariés sous le régime de communauté paraît bien sévère si on le compare à celui fait aux époux mariés sous le régime de séparation de biens et surtout à celui des concubins, unis ou non par un pacs¹¹⁴⁸. Enfin, l'injustice est mise en exergue dans le contexte économique actuel. Les procédures collectives sont en effet de plus en plus fréquentes en raison de la conjoncture économique. En outre, elles envahissent quasiment toutes les activités¹¹⁴⁹.

584. Compte tenu des attraits de la communauté et de la séduction qu'elle exerce sur le couple non marié, une réflexion prospective sur son adaptation au couple non marié s'impose ; l'élargissement du recours à la communauté (**Section 1.**) serait ainsi envisageable. Toutefois, les dangers que recèle la communauté ne doivent pas être négligés, d'autant que la communauté pourrait, comme nous le suggérerons, être adoptée par des milliers de couples non mariés. La communauté, entendue dans ses règles techniques, pourrait, par conséquent, faire l'objet d'un perfectionnement (**Section 2.**).

Section 1. L'élargissement du recours à la communauté

Section 2. Le perfectionnement de la communauté

¹¹⁴⁷ V. P. SIMLER, « Pour un autre régime matrimonial légal », in L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, P.U.F., Ed. du Juris-Classeur, 1999, p. 455.

¹¹⁴⁸ Pour une comparaison avec l'indivision, davantage protectrice, V. P. RUBELLIN, « Le pacs à l'épreuve des procédures collectives », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 322 et s.

¹¹⁴⁹ Peuvent en effet y être soumis les exploitants individuels qui pratiquent le commerce, l'artisanat ou l'agriculture, ainsi que les membres des professions libérales qui exercent sous le couvert d'une société civile professionnelle. Sont également exposés à une telle procédure les associés des sociétés en nom collectif et les commandités des sociétés en commandite, les membres des groupements d'intérêt économique, ainsi que, lorsqu'ils tombent sous le coup des articles L. 624-4 et L. 625-5 du Code de commerce, les dirigeants de personnes morales ayant une activité économique, elles-mêmes soumises à cette procédure.

Section 1. - L'élargissement du recours à la communauté

585. « *Transposer purement et simplement les règles de la communauté légale (...) eût été, certes, symboliquement délicat mais techniquement possible et pratiquement opportun* » concluait un auteur, après une étude consacrée à la liquidation des intérêts pécuniaires des partenaires d'un pacs¹¹⁵⁰. Le caractère opportun de l'élargissement du recours à la communauté au couple non marié résulte en effet d'un double constat. D'une part, les attraits de la communauté pour la liquidation des intérêts des membres d'un couple non marié s'exercent tout à la fois sur le législateur, la jurisprudence et les membres eux-mêmes. D'autre part, l'aspiration communautaire des couples non mariés a pu être mise en évidence, bien qu'aucune technique juridique ne parvienne, en droit positif, à y répondre dans les mêmes conditions que pour les époux communs en biens. Néanmoins, restent les aspects symboliques et techniques d'une telle réforme, intimement liés au demeurant.

Techniquement, l'élargissement du recours à la communauté peut être l'œuvre du juge, d'une part, ou du législateur, d'autre part. Réalisé par le juge saisi en cas de litige, l'élargissement du recours à la communauté au couple non marié se fait nécessairement *a posteriori*, par l'application de la situation de droit qu'est la communauté, ou un équivalent de la communauté, à la situation de fait correspondante. Techniquement, l'élargissement paraît alors contestable ; symboliquement, sa portée est modeste. La tendance est inverse si l'élargissement du recours à la communauté au couple non marié est réalisé par le législateur. Techniquement, il ne suscite guère de difficultés. Symboliquement, il conduit en revanche à une révolution qui réside dans l'instauration d'un droit commun de la participation à l'enrichissement au sein du couple. Pour toutes ces raisons, l'élargissement du recours à la communauté au couple non marié ne saurait être l'œuvre du juge – le rejet de la réalisation par le juge (§ 1.) – mais celle de la loi – la nécessaire réalisation par le législateur (§ 2.).

§ 1. Le rejet de la réalisation par le juge

586. Pour un meilleur fonctionnement de l'ordre juridique, il arrive que des situations de fait soient prises en considération par le droit, auxquelles le juge transpose le

¹¹⁵⁰ F. VAUVILLE, « La fin du pacte civil de solidarité », Droit et patrimoine n°91, mars 2001, p. 30. Dans le même sens, M. GRIMALDI, « Réflexions sur le pacte civil de solidarité du droit français », Defrénois 2003, art. 37763, n°8.

régime, en tout ou en partie, des situations de droit correspondantes. Une première possibilité d'extension par le juge de la communauté au couple non marié pourrait ainsi consister à reconnaître l'existence, entre les membres d'un couple non marié, d'une communauté de fait. Une autre possibilité pourrait résulter de la découverte d'une société créée de fait entre les membres d'un couple non marié, laquelle serait le pendant de la communauté entre époux.

Ces deux possibilités d'élargissement judiciaire du recours à la communauté ne remplissent cependant pas les critères nécessaires à la prise en compte des situations de fait, en particulier celui de la contribution au bon fonctionnement de l'ordre juridique¹¹⁵¹. Elles doivent donc être rejetées, qu'il s'agisse de la communauté de fait (A.) ou de la société créée de fait (B.).

A. Le rejet de la communauté de fait

587. On trouve parfois trace en jurisprudence de la notion de communauté de fait, celle-ci étant une expression commode pour désigner la communauté d'intérêts pécuniaires informelle qui s'est créée entre les concubins. Ainsi, la notion de communauté de fait est occasionnellement employée par les juges du fond pour désigner la communauté d'intérêts minimale entre les concubins, justifiant l'application des dispositions du régime primaire impératif des époux. La cassation est alors systématiquement prononcée¹¹⁵². La notion de communauté de fait est également utilisée pour justifier le partage des acquêts rendu nécessaire par la collaboration non rémunérée de l'un des membres du couple à la profession de l'autre¹¹⁵³. En ce qu'elle vise le partage des acquêts, la notion de communauté de fait se rapproche alors de la communauté de droit. Elle s'en distingue cependant dans la mesure où, dans le régime de communauté, le partage des acquêts est indépendant de la constatation de la collaboration entre les époux¹¹⁵⁴.

Au sens strict, la reconnaissance d'une communauté de fait entre les membres d'un couple sans communauté désigne la transposition pure et simple de la communauté de droit,

¹¹⁵¹ Critère dégagé et explicité par Monsieur LEVENEUR, dans sa thèse consacrée aux situations de fait (*Situations de fait et droit privé*, L.G.D.J., 1990).

¹¹⁵² Dijon, 20 mai 1998, cassé par Civ. 1^{ère} 17 octobre 2000, Dr. Fam. 2000, comm. n°139, note B. BEIGNIER, D. 2001, 497, note R. CABRILLAC, J.C.P. 2001, éd. G, II, 10568, note T. GARE, R.T.D. Civ. 2001, p. 111, n°9, obs. J. HAUSER.

¹¹⁵³ V. Paris, 15 janvier 1999, Dr. Fam. 1999, comm. n°111, note H. LECUYER : la Cour d'appel ne retient pas la communauté de fait pour faire droit à la demande de remboursement de la concubine pour des sommes excédant largement la contribution aux charges du mariage mais évoque la possibilité que « *la communauté de vie entraîne une indivision de fait qui a pour but d'assurer la vie du ménage* ».

¹¹⁵⁴ V. *supra*, n°506.

à tout le moins de certains de ses effets, à la situation de fait correspondante. Or il semble difficile de dégager, au sein des couples non mariés, ceux d'entre eux dont la situation correspond à celle d'époux communs en biens. La caractérisation difficile de la situation de fait constitue ainsi la première cause de rejet de la communauté de fait (1.). En outre, la reconnaissance d'une communauté de fait ne contribuerait pas au bon fonctionnement de l'ordre juridique. C'est la seconde cause de rejet de la communauté de fait : l'atteinte au bon fonctionnement de l'ordre juridique (2.).

1. La caractérisation difficile de la situation de fait correspondante

588. Quelques auteurs ont formulé l'hypothèse d'une communauté de fait, calquée sur la communauté légale, destinée à gérer les rapports pécuniaires des concubins¹¹⁵⁵. Pour appliquer à des couples sans communauté une communauté de fait, encore faut-il néanmoins que la situation de ces couples soit une situation de fait qui correspond ou se rapproche de la situation de droit envisagée, à savoir celle d'époux communs en biens.

589. La communauté de fait ne peut, par conséquent, être appliquée qu'à une situation de fait, et non à une situation de droit. S'agissant des partenaires unis par un pacs, leur situation ne constitue pas une situation de fait mais une situation de droit, que le juge ne saurait modifier en leur imposant tout ou partie des règles de la communauté, sous peine de porter atteinte à la volonté du législateur et à celle des partenaires eux-mêmes. Le même raisonnement vaut pour les époux séparés de biens qui se seraient créés un patrimoine indivis substantiel.

590. En revanche, en tant qu'il est défini par la loi comme une « *union de fait* » (C. civ., art. 515-8), le concubinage simple constitue une situation de fait au sens large. Toutefois, pour qu'il soit envisageable de lui appliquer tout ou partie des règles d'une situation de droit, la situation de fait se définit de manière plus restrictive, comme « *une sorte d'ersatz, une sorte de doublet d'une situation juridique bien connue et bien*

¹¹⁵⁵ V. A. PEYTEL, L'union libre devant la loi, Thèse Paris, 1905, p. 288. L'hypothèse a également été formulée par Monsieur CARBONNIER au regard de l'article 1442, alinéa 2, du Code civil : « *en autorisant les tribunaux à faire disparaître la communauté pour tout le temps où il n'y avait plus, en fait, cohabitation et collaboration, ne justifie-t-elle pas, symétriquement, de faire surgir une communauté patrimoniale où, de facto, un couple a cohabité et collaboré ?* » (J. CARBONNIER, préface de B. DEMAIN, La liquidation des biens des concubins, L.G.D.J., 1968). V. aussi C. PERNEL, « Le patrimoine des concubins après la loi du 15 novembre 1999 : indivision ou société créée de fait », *Droit et patrimoine* n°94, juin 2001, p. 44 ; D. GANANCIA, « Droits et obligations résultant du concubinage », *Gaz. Pal.* 1981, doct., 1, p. 16.

réglementée par la loi. A cette situation de fait, il manque l'une des conditions légales pour accéder, en principe, à la vie du droit »¹¹⁵⁶. Eu égard à cette définition, il est loin d'être évident que la situation de concubinage puisse constituer le succédané de la situation juridique d'époux mariés sous le régime de la communauté.

591. Il pourrait être argué, tout d'abord, de la volonté tacite d'indépendance des patrimoines. Cette dernière est cependant discutable. La diversité des concubinages¹¹⁵⁷ fait en effet apparaître que les concubins ne choisissent pas nécessairement le concubinage pour échapper à toute imbrication des patrimoines. Ainsi, les concubinages – juvéniles ou non – ont souvent pour origine la peur de l'engagement personnel formalisé devant la société, davantage que le rejet de toute union pécuniaire entre eux. La fréquence des acquisitions indivises entre concubins en est du reste révélatrice.

592. En revanche, et là est l'obstacle dirimant quant à l'extension de la communauté par le juge, il serait extrêmement difficile pour le juge de discerner parmi les couples de concubins ceux qui remplissent la condition de n'être qu'un doublet de la situation d'époux mariés sous le régime de la communauté. La situation des concubins pourrait en effet tout aussi bien constituer le doublet de la situation juridique d'époux mariés sous le régime de la séparation de biens.

Dès lors, si les juges se montrent rigoureux, la communauté de fait ne devrait être appliquée que dans des hypothèses rares. Il pourrait en être ainsi lorsque l'un des membres du couple a financé l'intégralité des investissements et les a tous placés, volontairement, sous le sceau de la propriété collective, tandis que son compagnon avait en charge la satisfaction des charges de la vie commune. En dehors d'hypothèses caractéristiques comme celle-ci – encore qu'elle puisse être discutée – il devrait être difficile de discerner les couples de concubins dont la situation constitue le doublet de la situation d'époux communs en biens.

En revanche, si les magistrats se montrent laxistes, l'extension de la communauté se ferait pratiquement à tous les couples de concubins. Le résultat serait alors très contestable. En premier lieu, il serait franchement contradictoire d'imposer à des concubins une entraide maximale, se traduisant par une affectation des biens communs à toutes les dépenses nées durant la vie commune, d'une part, et à l'enrichissement du partenaire le moins fortuné, d'autre part, alors même qu'en droit positif, les règles minimales d'entraide ne sont qu'à

¹¹⁵⁶ R. HOUIN, *in Les situations de fait*, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome 11, Dalloz, 1960, p. 322.

¹¹⁵⁷ V. *supra*, n°419.

l'état d'ébauche¹¹⁵⁸. Du reste, même si, comme nous le suggérons, des règles de solidarité minimales sont imposées aux concubins, cela ne justifie pas pour autant qu'une solidarité maximale leur soit également imposée. Les règles minimales composant le droit commun imposé du couple sont en effet dictées par des principes élémentaires de justice et d'équité. Or, il n'apparaît pas que la justice et l'équité impliquent de partager avec son partenaire les bénéfices d'un enrichissement créé seul. En second lieu, appliquer systématiquement aux concubins le régime de communauté – à tout le moins à ceux dont le litige les a conduit à saisir la justice – les placerait dans une situation moins enviable que les époux. La participation à l'enrichissement n'est en effet jamais imposée aux conjoints, le régime de communauté réduite aux acquêts, comme les droits successoraux *ab intestat*, n'étant que supplétifs de volonté¹¹⁵⁹. Les époux auraient donc la possibilité d'exprimer une volonté contraire, et ainsi d'opter pour un régime séparatiste, liberté dont, paradoxalement, les concubins ne disposeraient pas.

593. En admettant même que la situation de fait de certains concubins constitue véritablement le doublet de la situation juridique d'époux mariés sous le régime de communauté, et en envisageant dès lors l'application à ces concubins de la communauté de fait, tout conduit à affirmer que cette solution porterait atteinte au bon fonctionnement de l'ordre juridique.

2. *L'atteinte au bon fonctionnement de l'ordre juridique*

594. Parfois utilisée par la jurisprudence, la notion de communauté de fait l'est également en doctrine pour justifier le partage des acquêts par moitié à la rupture du couple de concubins¹¹⁶⁰. Manifestement, il y a une méconnaissance par ces auteurs des objectifs de la prise en considération d'une situation de fait et, corrélativement, des conséquences que l'application de la situation de droit correspondante entraîne. L'application de la communauté de fait aux concubins ne se résumerait pas en effet au partage des acquêts par moitié à la rupture. Il convient même de se demander si, malgré la communauté de fait, le partage ne serait pas exclu. La réponse dépend des objectifs que les magistrats assigneraient à la prise en considération de la situation de fait, qu'il convient à présent de sérier.

¹¹⁵⁸ Elles se résument, pour l'essentiel, à une obligation naturelle de contribuer, proportionnellement à ses ressources, aux charges de la vie commune. V. *supra*, n°49 et s.

¹¹⁵⁹ V. *infra*, n°692 et s.

¹¹⁶⁰ V. *supra*, n°588.

595. Parfois, l'application de certains effets de la situation de droit à la situation de fait correspondante a pour objectif de renforcer l'efficacité des règles applicables aux situations de droit. Dans cette hypothèse, les effets négatifs de la situation de droit sont appliqués aux personnes qui ont voulu y échapper. Tel est le cas de la tutelle de fait ou du dirigeant de fait¹¹⁶¹.

Cette justification ne trouve pas à s'appliquer s'agissant de la communauté de fait. Dans la mesure où tous les couples mariés ne sont pas soumis à la communauté mais ont la possibilité d'opter pour un autre régime, ce n'est pas vouloir échapper à la communauté que de vivre en concubinage. En admettant même que les concubins aient voulu échapper à la communauté, la question se pose de savoir si l'un d'eux pourrait invoquer la communauté de fait aux fins de bénéficier d'une partie de l'enrichissement de son compagnon, sans que l'on puisse lui opposer l'adage *nemo auditur*. Si les tiers ont seuls la possibilité d'invoquer la communauté de fait, les conséquences en seraient particulièrement sévères pour les concubins, auxquels ne seraient appliqués, pendant la vie en couple, que les effets négatifs du régime de communauté, à savoir le droit pour les créanciers de saisir l'ensemble des biens communs¹¹⁶².

596. Parfois, l'application des effets de la situation de droit à la situation de fait s'en rapprochant se réclame d'un assouplissement des règles de droit¹¹⁶³. Monsieur LEVENEUR défend ainsi la théorie de l'apparence, en ce qu'elle favorise la sécurité des transactions, et propose de la généraliser à toute situation dès lors qu'un tel objectif est présent.

En l'espèce, si l'impératif de sécurité des transactions est susceptible d'être invoqué, en revanche, l'apparence est bien douteuse, les tiers devant s'être trompés tant sur l'existence du mariage que sur la soumission au régime de communauté. L'actuelle augmentation du nombre de concubins, ajoutée à la possibilité pour ces derniers de conclure un pacte civil de solidarité, est en effet de nature à semer le doute sur la croyance légitime des tiers tout à la fois au mariage et à la soumission au régime de communauté. Il faudrait ainsi des circonstances particulièrement évocatrices pour que cette croyance légitime soit admise. La

¹¹⁶¹ L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, L.G.D.J., 1990, p. 11, n°7 et s.

¹¹⁶² Ainsi, en droit civil belge, la notion de communauté de fait est parfois utilisée par la jurisprudence pour justifier la saisie des biens confondus sous une possession commune, en raison de l'impossibilité pour le poursuivant de faire une distinction que la confusion opérée par les membres du couple eux-mêmes ne permet plus. V. R. PIRET, in *Les situations de fait*, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome 11, Dalloz, 1960, p. 76 et s.

¹¹⁶³ L. LEVENEUR, *op. cit.*, p. 98, n°80 et s.

seule hypothèse nous semble être celle d'un mariage annulé ; compte tenu du faible nombre de mariages annulés¹¹⁶⁴, elle est donc restreinte.

En outre, les tiers pouvant seuls se prévaloir de la théorie de l'apparence, l'extension du régime de communauté n'opèrerait qu'au profit de ces derniers, sans que l'un ou l'autre des concubins puisse s'en prévaloir aux fins de bénéficier du partage des acquêts réalisés par son compagnon.

597. L'application du régime de la situation de droit à la situation de fait peut également se réclamer de l'assouplissement des règles de droit lorsqu'elle vise à limiter les conséquences de la nullité d'une situation de droit dont on peut difficilement ignorer qu'elle a existé. La nullité ne vaut alors que pour l'avenir, le régime de la situation de droit étant applicable aux effets antérieurs à la nullité. On peut dès lors imaginer d'appliquer, pour le passé et non pour l'avenir, la communauté de fait aux membres d'un couple dont le mariage a été annulé. Une telle proposition doit cependant être rejetée dans la mesure où l'assouplissement des conséquences de la nullité du mariage s'opère déjà *via* la théorie du mariage putatif¹¹⁶⁵, la mauvaise foi de l'un des époux constituant une limite à l'assouplissement des conséquences de la nullité. Si, indépendamment de la mauvaise foi de l'un des époux, le juge appliquait aux rapports pécuniaires entre les personnes dont le mariage a été annulé la communauté de fait, il serait alors inutile de parler de nullité du mariage. Il s'agirait alors d'une simple résiliation.

598. De trop nombreux obstacles s'opposent à l'élargissement de la communauté au couple non marié *via* la communauté de fait. Les partenaires d'un pacs en seraient tout d'abord exclus. Il serait ensuite difficile de distinguer, au sein des couples de concubins simples, ceux dont la situation de fait constitue le doublet de la situation d'époux mariés sous le régime de la communauté. Enfin, il n'est pas certain que les intéressés pourraient solliciter à leur bénéfice la communauté de fait. Il est alors tentant de se tourner vers une institution dont la reconnaissance obéit à des critères plus précis, et qui pourrait servir de pendant à la communauté : la société créée de fait. Celle-ci doit néanmoins être rejetée.

¹¹⁶⁴ V. les chiffres cités par Y. BUFFELAN-LANORE, *Droit civil, Première année*, A. Colin, 12^{ème} éd., 2001, p. 340, n°545.

¹¹⁶⁵ La bonne foi des époux est admise de façon très large par la jurisprudence. V. par exemple Civ. 1^{ère} 28 mai 1991, D. 1992, 121, note J. MASSIP ; R.T.D. Civ. 1991, p. 709, obs. J. HAUSER.

B. Le rejet de la société créée de fait

599. La question se pose de savoir si l'extension par le juge de la communauté au couple non marié pourrait prendre la voie d'une société créée de fait dont l'objet social serait la constitution d'une masse de biens communs affectés au budget des membres du couple et à la participation du moins fortuné des associés à l'enrichissement de l'autre. L'idée a été défendue par Monsieur CARBONNIER : « à défaut d'une volonté contraire exprimée par les concubins, l'état avéré de concubinage donne naissance à une société de fait répondant au type de la société universelle de gains », laquelle serait le pendant de la communauté légale de meubles et acquêts¹¹⁶⁶. La tentation est alors forte de suivre l'éminent auteur et de recourir à une société créée de fait entre les membres d'un couple non marié, qui serait le pendant du régime légal de la communauté réduite aux acquêts. Pareille tentation du concept sociétaire (1.) doit cependant être rejetée car elle ne peut conduire qu'à la dénaturaison consécutive d'un tel concept (2.).

1. La tentation du concept sociétaire

600. Il a précédemment été observé qu'en droit positif, la reconnaissance jurisprudentielle d'une société créée de fait entre les membres d'un couple non marié se limite pour l'essentiel, d'une part, aux sociétés qualifiées de sociétés de coexploitation et, d'autre part, aux sociétés d'acquisition immobilière. Corrélativement, il a été démontré que, compte tenu de leur objet social, ces sociétés étaient dans l'incapacité de satisfaire les finalités communautaires et, ainsi, de permettre au juge de recréer, entre les membres du couple, l'équivalent d'une communauté¹¹⁶⁷. Dès lors, si, en droit prospectif, l'objet social de la société créée de fait consistait à se constituer un patrimoine commun d'acquêts aux fins de faire participer le partenaire le moins fortuné à l'enrichissement de l'autre, sa liquidation conduirait effectivement à un résultat très proche de celui de la communauté légale. Quelques décisions de justice semblent du reste statuer en ce sens¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁶ Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association, Thèse Bordeaux, 1932, p. 449.

¹¹⁶⁷ V. *supra*, n°491.

¹¹⁶⁸ V. par exemple, Rennes, 9 novembre 1992, Juris-Data n°049849 : « en se comportant comme ils l'ont fait pendant douze ans, les concubins ont entendu implicitement s'associer pour la gestion du patrimoine qu'ils s'étaient constitué ensemble afin d'abriter leur foyer, de le garnir, d'organiser leurs loisirs, qu'ils ont ainsi organisé une communauté d'intérêts et créé une société créée de fait entre eux ». V. en dernier lieu Civ. 1^{ère} 26 juin 2001, R.T.D. Civ. 2002, p. 489, obs. J. HAUSER : la Cour de cassation approuve la constatation par les juges du fond d'une société créée de fait entre un concubin qui avait financé des travaux immobiliers et sa compagne qui, dans le même temps, assurait le fonctionnement du foyer avec son salaire et les allocations

En outre, contrairement à la communauté de fait, les critères de la reconnaissance d'une société créée de fait, pendant de la communauté, seraient plus précis. A l'instar de toute société, la société créée de fait se caractérise en effet par des apports, par une participation aux bénéfices et aux pertes et par l'*affectio societatis*. Or il semble possible, en forçant peut-être un peu les concepts, de caractériser les éléments du contrat de société. Les apports à la constitution de biens communs, en numéraire, en nature ou en industrie, devraient alors excéder la simple contribution aux charges de la vie commune. La participation aux résultats pourrait éventuellement s'entendre des économies d'échelle résultant de la vie à deux ainsi que de la création de biens communs. Le partage des bénéfices en deux parts égales indépendamment des apports respectifs des associés, condition nécessaire à l'objectif d'affectation des biens communs à l'enrichissement du moins fortuné d'entre les membres du couple, s'analyserait comme une clause de partage inégal des bénéfices, valable selon le droit des sociétés¹¹⁶⁹. Enfin, l'*affectio societatis*, entendu comme une volonté de collaboration, comme la participation à la gestion, comme la convergence des intérêts et, plus prosaïquement, comme « *le partage au quotidien, sur le tas, des soucis de l'œuvre commune* »¹¹⁷⁰ pourrait être caractérisé.

601. Intuitivement cependant, on ne peut s'empêcher de s'interroger sur la compatibilité des objectifs que poursuivrait la société créée de fait, pendant de la communauté, avec l'esprit de lucre qui semble inhérent au concept sociétaire.

En premier lieu, il faut avoir à l'esprit que la société ne régirait pas le couple dans sa dimension personnelle, mais s'attacherait exclusivement aux relations patrimoniales entre ses membres.

familiales. Face à ce qui ressemble étrangement à une communauté, l'annotateur s'interroge : « *l'euphémisme juridique est-il encore de rigueur ?* ».

Ces décisions se rapprochent de celles qui, dès la fin du XIX^{ème} siècle, avaient admis l'existence d'une société universelle de gains entre des concubins. V. les références citées par Y. DELBREL, « La reconnaissance jurisprudentielle de l'union libre au XIX^{ème} siècle », R.R.J. 2002-3, p. 1522. L'article 1838 du Code civil disposait que « *La société universelle de gains renferme tout ce que les parties acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit, pendant le cours de la société ; les meubles que chacun des associés possède au moment du contrat y sont aussi compris mais leurs immeubles personnels n'y entrent que pour la jouissance seulement* ». Ainsi définie, la société universelle de gains évoque irrésistiblement le régime de communauté de meubles et acquêts. Toutefois, comme dans toute société, le principe est celui du partage proportionnel aux apports de chacun des associés. V. *supra*, n°507. En d'autres termes, la société universelle de gains, comme n'importe quelle autre société, n'a pas pour objectif, sauf convention contraire, que le moins fortuné des associés participe à l'enrichissement de l'autre. Il faudrait ainsi que les juges reconnaissent l'existence d'une société dont l'objet social prévoit la participation à l'enrichissement, indépendamment des apports de chacun des associés.

¹¹⁶⁹ V. *supra*, n°511.

¹¹⁷⁰ M. COZIAN et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, Litec, 15^{ème} éd., 2002, p. 617, n°1562.

En second lieu, à l'objection du caractère lucratif de la société, il peut être soutenu que la société est une technique actuellement utilisée dans des hypothèses excluant cet esprit de lucre. La définition jurisprudentielle restrictive de la notion de bénéfice – entendu comme le « *gain pécuniaire ou matériel ajoutant à la fortune des associés* »¹¹⁷¹ – a en effet conduit le législateur à modifier la définition de la société pour faire de la recherche d'économies une finalité de la société au même titre que la recherche de bénéfices *stricto sensu*¹¹⁷². Depuis, le domaine dans lequel œuvre la société ne se limite plus au secteur lucratif exclusivement tourné vers le partage des bénéfices. Entre ce dernier et le secteur non lucratif complètement désintéressé, il existe un moyen terme. Les groupements dont le but est d'apporter des avantages matériels à ses membres peuvent dès lors revêtir la forme sociétaire. Ils en ont même l'obligation chaque fois que leurs membres prévoient de partager les bénéfices qui pourraient en résulter. On retrouve ces sociétés dans le secteur dit de l'économie sociale¹¹⁷³, dont la communauté entre époux – et son pendant que serait la société créée de fait entre les membres d'un couple non marié – n'apparaît pas si éloignée. L'entreprise commune des membres du couple peut en effet être rapprochée des entreprises de l'économie sociale définies comme celles qui « *entendent répondre de manière pragmatique à une demande que l'Etat et le marché négligent ou ne satisfont qu'imparfaitement. Elles apparaissent comme des « entreprises humanistes » car elles ont l'homme, son mieux-être et son mieux-vivre pour finalités* »¹¹⁷⁴.

« *Société coopérative de consommation et de crédit* »¹¹⁷⁵ durant la vie en couple, dont les bénéfices seraient répartis également entre les deux associés lors de leur rupture, la société créée de fait entre les membres d'un couple non marié pourrait ainsi s'intégrer dans le paysage sociétaire, sans que l'aspect lucratif constitue un obstacle¹¹⁷⁶.

602. Outre les possibilités techniques que la société paraît offrir aux fins de réaliser l'affectation des biens mis en commun à l'enrichissement de l'un des membres du couple, la

¹¹⁷¹ Civ. 11 mars 1914, D.P. 1914, 1, 257, note L. S.

¹¹⁷² Sur l'évolution des notions de bénéfice et de société, V. M. COZIAN et A. VIANDIER, Droit des sociétés, Litec, 15^{ème} éd., 2002, p. 13, n°20 et s.

¹¹⁷³ C'est par un décret du 15 décembre 1981 créant la Délégation à l'économie sociale que l'expression « *économie sociale* » est entrée dans notre droit pour désigner les coopératives, les mutuelles et celles des associations dont les activités les assimilent à ces organismes.

¹¹⁷⁴ C. VARIN, Le comité d'entreprise considéré dans ses activités sociales et culturelles, Thèse Grenoble II, 1998, p. 177. V. également les références citées par l'auteur.

¹¹⁷⁵ J. CARBONNIER, Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association, Thèse Bordeaux, 1932, p. 314.

¹¹⁷⁶ *Contra*, F. TERRE et P. SIMLER, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 19, n°19 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 238, n°249 : « *en dépit de l'élargissement de la notion de bénéfice, il subsiste une réelle différence – au moins psychologique – entre la poursuite d'un but lucratif et le simple devoir de collaborer à la prospérité commune* ».

tentation du concept sociétaire destiné à étendre la communauté au couple non marié est renforcée par les liens traditionnellement tissés entre communauté et société. Si la communauté s'analyse elle-même en une société de droit, il est en effet beaucoup plus facile d'envisager la reconnaissance d'une société créée de fait qui en serait son pendant dans les rapports entre les membres d'un couple non marié¹¹⁷⁷.

L'histoire du droit peut, à cette occasion, apporter un éclairage intéressant en ce qu'elle révèle les liens étroits entre société et affection, société et mariage et, surtout, société et communauté.

603. Des auteurs anciens ont ainsi soutenu la thèse d'un lien étroit entre l'*affectio societatis* et l'affection. Les juriscultes du Bas-Empire et certains auteurs de l'Ancien droit défendaient en effet une conception psychologique de l'*affectio societatis*. Faisant référence au *jus fraternitatis*, la société ne serait alors rien d'autre que le prolongement du *consortium familial*¹¹⁷⁸.

Un bref regard sur les différents types de sociétés connues du droit romain à l'époque classique renforce ensuite l'idée d'une communauté d'esprit entre la société et la communauté. La *societas omnium bonorum*, où les associés mettent en commun tous leurs biens présents et à venir, rappelle en effet étrangement la communauté universelle, tandis que la *societas quaestus*, de tous gains et acquêts, où les associés gardant leur patrimoine propre conviennent de mettre en commun dans l'avenir toutes les acquisitions provenant de leur activité professionnelle par opposition aux legs, donations ou successions qui pourraient leur échoir, évoque la communauté réduite aux acquêts¹¹⁷⁹.

S'agissant des liens entre société et mariage, de nombreux auteurs anciens définissaient le mariage comme une société. La société était cependant entendue au sens philosophique et non juridique du terme, synonyme de groupement, d'organisme, de communauté d'intérêts ou de collectivité¹¹⁸⁰. Certains de ces auteurs en tiraient néanmoins des conséquences quant

¹¹⁷⁷ Et, inversement, « si l'union sexuelle de fait, le concubinage, engendre une société de fait, c'est que l'union sexuelle de droit, le mariage, engendre une société de droit ; la relation de fait prouve la relation de droit, comme l'ombre révèle le corps » (J. CARBONNIER, Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association, Thèse Bordeaux, 1932, p. 449).

¹¹⁷⁸ Sur l'histoire de la société, V. R. MONIER, Manuel élémentaire de droit romain, Tome 2, Domat Montchrestien, 5^{ème} éd., 1954, p. 176 et s. ; G. LEPOINTE et R. MONIER, Les obligations en droit romain et dans l'Ancien droit français, Sirey, 1954, p. 269 et s. V. aussi G. CORNU, « Du sentiment en droit civil », in L'art du droit en quête de sagesse, P.U.F., Doctrine juridique, 1^{ère} éd., p. 83 : « en dehors d'un rapport formel, affectio societatis et animus donandi n'ont avec nos affections réelles que des rencontres contingentes. Ces sentiments qui se disent en latin n'en sont pas nécessairement des vrais ».

¹¹⁷⁹ R. MONIER, Manuel élémentaire de droit romain, Tome 2, Domat Montchrestien, 5^{ème} éd., 1954, p. 178, n°134.

¹¹⁸⁰ PORTALIS définissait ainsi le mariage : « c'est la société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce ; pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur

au régime juridique des biens du couple marié. Beaucoup d'entre eux affirmaient ainsi que la communauté était une société, et qu'en cas de bigamie, la liquidation devait se faire conformément au droit des sociétés¹¹⁸¹.

Enfin, il est parfois soutenu que le régime de communauté trouve son origine dans les sociétés taisebles du droit féodal, sociétés présumées par le simple fait de cohabiter¹¹⁸². Si la communauté est née d'une société que l'on présuait du fait de la cohabitation, la tentation est alors grande de constater l'existence d'une société créée de fait, pendant de la communauté entre époux, présumée par la simple cohabitation.

Le droit positif semble avoir conservé des traces de ces liens historiques. On désigne ainsi sous le nom de société d'acquêts la stipulation qui fait application des règles de la communauté à une masse de biens commune aux époux séparés de biens. A l'appui d'une telle théorie, on peut également citer la solution jurisprudentielle aux termes de laquelle, à défaut de mariage putatif, la liquidation des intérêts pécuniaires des membres du couple dont le mariage a été annulé doit être réglée comme s'il y avait société créée de fait.

604. Le droit comparé peut également être invoqué au soutien de la tentation d'une société créée de fait, pendant de la communauté. Ainsi, en Suisse, il n'existe pas de statut général de l'union libre. Néanmoins, la relation juridique que réalise le plus souvent l'union libre est celle de la société simple. Selon l'article 530, alinéa 1^{er}, du Code de commerce suisse, cette société désigne « *le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun (...) or, les partenaires, dans le cas de la communauté de ménage, conviennent d'unir leurs efforts en*

commune destinée » (in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, P.-A. FENET, Tome 9, 1822, p. 140). Selon AUBRY et RAU, « *le mariage est, d'après le droit philosophique, la société perpétuelle que contractent deux personnes de sexe différent, dans le but d'imprimer un caractère de moralité à leur union sexuelle, et aux rapports naturels qui doivent en naître* » (Cours de droit civil français, Marchal et Billard, 5^{ème} éd., 1897, § 450, p. 5).

¹¹⁸¹ « *La communauté légale est une société universelle de biens, qui se forme entre mari et femme par le fait même du mariage, et qui est soumise à des règles particulières, à raison de rapports personnels que le mariage établit entre les époux* » (C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, § 505, p. 237). V. également les références citées par J. CARBONNIER, Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association, Thèse Bordeaux, 1932.

En cas de bigamie, AUBRY et RAU proposaient que « *les droits de la première femme soient réglés comme s'il n'existait pas de second mariage, et qu'il ne se fut formé entre le mari et la seconde femme qu'une société ordinaire* ». TOULLIER, VAZEILLE et DURANTON proposaient quant à eux que la liquidation se fasse comme s'il était question de deux sociétés contractées entre personnes étrangères, et dont la durée se trouverait déterminée par la cohabitation du mari avec chacune de ses femmes différentes (C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, § 460, p. 49).

¹¹⁸² V. les références citées par J. MONNET, *J.-Cl. Civ.*, art. 1400 à 1403, fasc. 10, 2001, p. 5, n° 10.

vue de la vie commune. Chacun fait dans ce but un apport dont la nature peut varier de la même manière que dans la communauté conjugale »¹¹⁸³.

605. Il a appartenu à Monsieur CARBONNIER de systématiser la thèse des liens entre la communauté et la société, au point d'identifier la première à la seconde, thèse aujourd'hui défendue avec vigueur par Monsieur CORNU¹¹⁸⁴. Malgré la tentation exercée par ces théories, le rapprochement avec la société d'aujourd'hui doit cependant être évacué, sous peine de dénaturation consécutive du concept sociétaire.

2. La dénaturation consécutive du concept sociétaire

606. L'analyse séduisante de Monsieur CARBONNIER n'a jamais convaincu la majorité de la doctrine, sans doute parce que le rapprochement entre communauté et société paraît naturel mais qu'en revanche, toute assimilation entre les deux institutions est impossible sauf à dénaturer l'une ou l'autre d'entre elles.

Le rapprochement entre communauté et société est naturel, comme il l'est entre communauté et indivision, dans la mesure où toutes ces institutions ont une origine commune, visent à organiser des communautés d'intérêts et comportent, de ce fait, des règles communes¹¹⁸⁵. Toute assimilation entre communauté et société doit en revanche être rejetée. Cette société que serait la communauté constituerait en effet une société bien spécifique, à l'originalité marquée, trop sans doute pour que l'assimilation à la société n'emporte pas, de part et d'autre, dénaturation des institutions. En effet, bien des règles qui s'appliquent aux associés ne régissent pas les époux. Il en est ainsi de la répartition des pouvoirs ou de la possibilité de céder ses parts sociales. Inversement, de nombreuses règles de la communauté sont ignorées de la société, en raison des objectifs précis poursuivis par la première que sont l'affectation des biens communs au budget des conjoints, d'une part, et à l'enrichissement de l'époux le moins fortuné, d'autre part.

S'agissant de la société créée de fait entre les membres d'un couple non marié, deux exemples témoignent de son incapacité à égaler les règles de la communauté et, par

¹¹⁸³ P.-H. STEINAUER, *in Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome 39, Economica, 1988, p. 368.

¹¹⁸⁴ J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Thèse Bordeaux, 1932 ; G. CORNU, « La réforme des régimes matrimoniaux », J.C.P. 1967, éd. G, I, 2128, n°16 et s. ; G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 9^{ème} éd., 1997, n°38, p. 245 et s.

¹¹⁸⁵ V. *supra*, n°475.

conséquent, à satisfaire les finalités de cette dernière, à moins de dénaturer les règles de la société¹¹⁸⁶.

607. Le premier exemple est celui de l'étendue de la masse de biens mis en commun. En théorie, l'étendue de la masse indivise devrait être limitée puisqu'en principe l'associé reste propriétaire des biens mis à disposition de la société (C. civ., art. 1872, al. 1^{er}). Le seul apport de la société réside en ce que sont réputés indivis les biens acquis par emploi ou remploi de deniers indivis durant l'existence de la société ainsi que ceux qui se trouvaient indivis avant d'être mis à la disposition de la société (C. civ., art. 1872, al. 2). L'étendue de la masse indivise dans la société créée de fait, pendant de la communauté réduite aux acquêts, devrait donc être limitée principalement aux biens acquis en indivision ou présumés indivis faute de preuve par l'un de sa propriété exclusive¹¹⁸⁷. Ainsi, inclure dans la masse indivise tous les biens communs tels qu'ils sont définis dans le régime de communauté constituerait une dénaturation des règles relatives à la mise en commun de biens dans les sociétés dénuées de personnalité morale.

608. Le second exemple est relatif au sort des dettes des concubins. Si la société créée de fait est le pendant de la communauté, les biens mis en commun devraient être affectés, à titre provisoire, au crédit des concubins et, à titre définitif, à toutes les dépenses d'intérêt commun. Or, les créanciers personnels des concubins devraient être, dans la majorité des cas, considérés comme des créanciers personnels des coïndivisaires, qui ne pourraient, par conséquent, que solliciter le partage des biens indivis formant l'actif social de la société¹¹⁸⁸. L'actif social ne serait donc pas affecté au crédit personnel des concubins.

L'affectation au crédit ménager serait également douteuse. En principe, chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers (C. civ., art. 1872-1,

¹¹⁸⁶ On pourrait, en outre, s'interroger sur la compatibilité du pacs et d'une société créée de fait. A l'évidence, société et indivision ne s'opposent pas, le droit en organisant même la coexistence (C. civ., art. 1872). Entre les partenaires d'un pacs, l'existence d'une société créée de fait présenterait même un intérêt certain en organisant le partage des biens proportionnellement aux apports de chacun. La question pourrait cependant être posée de la compatibilité de la société avec les présomptions d'indivision du pacs, notamment dans l'hypothèse où l'un des partenaires aurait écarté la présomption dans l'acte d'acquisition ou de souscription alors que l'article 1872 du Code civil répute indivis les biens acquis par emploi ou remploi de deniers indivis pendant la durée de la société.

¹¹⁸⁷ La Cour de cassation a cependant approuvé les juges du fond d'avoir souverainement apprécié que tous les biens existant au jour de la demande en partage faisaient partie de la société créée de fait et devaient être partagés. En l'espèce, les époux séparés de biens n'avaient effectué au moment de leur mariage que des apports minimes et les seuls revenus tirés de l'exploitation agricole créée en commun avaient permis de financer tous les investissements réalisés au cours de leur vie commune : Civ. 1^{ère} 21 octobre 1997, J.C.P. 1998, éd. G, I, 135, n°17, obs. M. STORCK.

¹¹⁸⁸ Partage qui ne pourrait, en principe, intervenir qu'à la dissolution de la société.

al. 1^{er}). Cependant, le créancier social que serait le créancier ménager pourrait également poursuivre l'associé de son débiteur – tenu conjointement et non solidairement puisque l'objet de la société serait civil – à condition de prouver ou bien que les membres du couple ont agi en qualité d'associés au vu et au su des tiers (C. civ., art. 1872-1, al. 2), ou bien que le partenaire du débiteur a, par son immixtion, laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard, ou bien que l'engagement a tourné à son profit (C. civ., art. 1872-1, al. 3). Rassurés par la présence de deux débiteurs tenus sur leur patrimoine personnel, et par la possibilité de se payer sur l'actif social, les créanciers de dettes d'intérêt commun devraient, en théorie, être tentés d'accorder au couple le crédit nécessaire. En pratique, la mise en œuvre de ces deux garanties serait aléatoire, trop sans doute pour que le créancier accorde le crédit nécessaire. En premier lieu, les créanciers ménagers n'auraient aucune garantie sur l'existence d'une telle société. Puisqu'elle existerait sans que les parties aient eu l'intention formelle, ni même conscience, de lui donner naissance, sa reconnaissance ne pourrait se faire qu'*a posteriori*, la réunion des éléments du contrat de société étant appréciée souverainement par les juges du fond. Il est vrai que la Cour de cassation autorise les tiers à invoquer la simple apparence d'une société créée de fait ; il leur suffit d'apporter la preuve que les personnes en cause se sont comportées à leurs yeux comme des associés de fait¹¹⁸⁹. S'agissant d'une société créée de fait, pendant de la communauté, la preuve de la révélation de la société aux tiers serait cependant loin d'être évidente à rapporter, sauf à admettre que la cohabitation engendre nécessairement une telle société. En second lieu, l'engagement conjoint du partenaire associé paraît aléatoire. Pour que les associés soient engagés, il ne suffit pas d'une simple révélation, ni même que le cocontractant ait révélé leur nom, il faut qu'ils aient eu ouvertement un comportement d'associés, qu'ils aient laissé croire, par leur attitude non équivoque, qu'ils s'associaient aux engagements souscrits. La Cour de cassation exige ainsi des juges du fond qu'ils caractérisent l'existence d'« *actes personnels* » accomplis en qualité d'associés¹¹⁹⁰. De même, l'immixtion, même si elle est interprétée largement par la jurisprudence, ne serait pas systématiquement constatée. Quant à la preuve que l'engagement a tourné au profit de l'associé, il semble qu'elle n'autorise que l'action *de*

¹¹⁸⁹ Com. 30 mai 1989, R.J.F. 1989, n°8-9, p. 539.

De plus, les effets de la reconnaissance jurisprudentielle de la société créée de fait se limitent souvent à son partage. En effet, lorsque les magistrats constatent l'existence d'une société créée de fait quelle qu'elle soit, indépendamment du fait qu'elle réunisse les membres d'un couple sans communauté, c'est uniquement de manière rétrospective. L'existence de la société n'est mise à jour qu'en vue de sa liquidation, le but étant que chacun des membres du couple reprenne ses apports et se répartisse le boni de liquidation. V. M. COZIAN et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, Litec, 15^{ème} éd., 2002, p. 621, n°1569.

¹¹⁹⁰ V. les références jurisprudentielles citées par J. DERRUPE, J.-Cl. Soc., fasc. 47-30, 2001, p. 7, n°34 et s.

in rem verso du créancier¹¹⁹¹. Enfin, il résulte de l'article 1872-1, alinéa 4, du Code civil que les règles de l'indivision sont applicables en ce qui concerne les rapports des associés indivisaires avec les tiers. C'est dire que l'on retrouve la distinction classique entre créanciers de l'indivision et créanciers personnels et la définition non moins classique de ces différents créanciers¹¹⁹². Ainsi, en toute rigueur, si les créanciers ménagers ne sont pas des créanciers de l'indivision au sens de l'article 815-17 du Code civil, ils ne devraient pas pouvoir saisir les biens indivis. La doctrine propose parfois des palliatifs à cette situation défavorable aux créanciers. Certains auteurs envisagent ainsi d'assimiler les créanciers de tous les indivisaires-associés (C. civ., art. 1872-1, al. 2) à des créanciers de l'indivision¹¹⁹³. D'autres tendent à assimiler les créances nées de l'activité sociale à celles qui résultent de la conservation ou de la gestion de biens indivis¹¹⁹⁴. En tout état de cause, l'existence et les effets d'une telle société semblent trop empreints d'incertitude pour que les créanciers ménagers comptent sur elle pour accorder du crédit à leur débiteur. La technique d'affectation au crédit ménager que serait la société créée de fait ne serait ainsi qu'une pâle copie de celle que réalise le régime de communauté et susciterait certainement un contentieux insigne.

S'agissant enfin de la contribution à la dette, les biens communs devraient en principe répondre, à titre définitif, des dépenses d'intérêt commun. Dans le régime de communauté, le mécanisme des récompenses permet alors à l'époux qui a acquitté sur ses deniers propres une dette d'intérêt commun d'en obtenir remboursement dans les meilleures conditions, en

¹¹⁹¹ Sur les conditions spécifiques de l'engagement de l'associé d'une société en participation ou créée de fait à l'égard des tiers, V. J.-C. HALLOUIN, obs. sous Com. 26 novembre 1995, D. 1997, somm. comm. 231 ; P. LE CANNU, note sous Com. 13 janvier 1998, Revue des sociétés 1998, p. 103.

Dans l'hypothèse où les associés sont tenus conjointement, il convient d'appliquer les règles de la société civile pour déterminer la part de dette pouvant être réclamée à chacun des associés par les créanciers sociaux (en ce sens, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Illusions et dangers du statut des sociétés créées de fait », D. 1982, chr. 83). La répartition se fait dans les sociétés civiles au prorata des apports (V. D. GIBIRILA, « L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles », Defrénois 1998, art. 36808, p. 625) ; la répartition n'étant pas connue au sein de la société créée de fait, elle se fera par conséquent le plus souvent par parts viriles.

¹¹⁹² F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « L'indivision dans les sociétés en participation », J.C.P. 1980, éd. G, I, 2970, n°20 et s.

Une autre difficulté apparaît du fait de l'application des règles de l'indivision dans les rapports entre les associés indivisaires et les tiers : celle de l'étendue des pouvoirs des associés indivisaires sur les biens indivis. A défaut de convention d'indivision et de nomination d'un gérant, ce qui sera le plus souvent le cas, s'appliqueront la règle de l'unanimité ou les divers palliatifs prévus, dont le mandat tacite qui ne couvre cependant que les actes d'administration (C. civ., art. 815-3). Dans le but de protéger les tiers, il semble que la jurisprudence valide les pouvoirs du gérant au-delà de ses pouvoirs sur les biens indivis. En ce sens, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, art. précit., n°16 et s. Cette autre source d'incertitudes pour les tiers contribue à rendre la technique de la société créée de fait trop aléatoire pour être retenue.

¹¹⁹³ En ce sens, J. DERRUPE, J.-Cl. Soc., fasc. 47-30, 2001, p. 6, n°20.

La solution au terme de laquelle si le créancier a tous les coindivisaires comme débiteurs solidaires, il n'est pas tenu de provoquer le partage du bien indivis sur lequel s'exerce la poursuite, va en ce sens : Civ. 1^{ère} 6 novembre 2001, J.C.P. 2002, éd. N, 1666, obs. H. PERINET-MARQUET.

¹¹⁹⁴ En ce sens, H. TEMPLE, note sous Com. 6 décembre 1975, D. 1978, 292.

particulier par la possibilité de se payer par prélèvement sur les biens communs. L'article 1844-9, alinéa 2, du Code civil prévoit certes que les règles relatives aux partages des indivisions successorales s'appliquent aux partages entre associés¹¹⁹⁵. Toutefois, si la dette ne présente pas un lien de connexité avec l'indivision, le rapport des dettes ne peut fonctionner et le rapport en moins prenant ne peut être exigé. Ce n'est donc qu'à la seule condition d'avoir une compréhension large des dettes présentant un lien de connexité avec l'indivision et d'y inclure toute dette sociale dans la mesure où les biens indivis sont affectés à la réalisation de l'objet social, que les biens indivis affectés à la société créée de fait répondraient à titre définitif des dettes d'intérêt commun.

609. Pour que la société créée de fait constitue véritablement le pendant de la communauté, il faudrait nécessairement dénaturer un certain nombre de règles de la société. A l'inverse, si l'on ne dénature pas les règles de la société, cette dernière apparaît alors comme le lit de Procuste de la communauté. Si l'on ajoute à ce constat l'argument selon lequel il est toujours difficile de soumettre à des règles juridiques précises et contraignantes des personnes qui n'ont pas eu conscience de s'associer¹¹⁹⁶, il semble que le concept sociétaire doive être rejeté. La rigidité de la Cour de cassation, s'agissant de la reconnaissance d'une société créée de fait entre les concubins qui serait le pendant de la communauté légale entre époux, ne devrait pas, par conséquent, être analysée comme une sanction de l'union libre mais comme une marque de respect, d'une part, de la liberté des concubins et, d'autre part, des règles de la société¹¹⁹⁷.

610. La réalisation judiciaire de l'élargissement au couple non marié du recours à la communauté présente ainsi trop d'inconvénients pour être retenue. Par conséquent, l'adaptation de la communauté, entendue de l'élargissement au couple non marié de son recours, doit être l'œuvre du législateur.

¹¹⁹⁵ Sur ce point, V. J. DERRUPE, *J.-Cl. Soc.*, fasc. 47-40, 2001, p. 4, n°22 et s.

¹¹⁹⁶ Ce reproche est adressé, de manière générale, à toute société créée de fait : V. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Illusions et dangers du statut des sociétés créées de fait », *D.* 1982, chr. 83.

¹¹⁹⁷ Plus généralement, la reconnaissance trop facile de sociétés créées de fait obligerait des personnes à partager avec de vagues collaborateurs.

§ 2. La nécessaire réalisation par le législateur

611. Techniquement, le législateur a la possibilité d'élargir au couple non marié le recours à la communauté. A notre sens, il relève en effet du pouvoir et de la mission du législateur d'organiser les groupements sociaux¹¹⁹⁸.

L'idée n'est du reste pas nouvelle. De façon unanime, les esquisses antérieures de partenariats prévoyaient l'application aux cocontractants du régime légal de communauté réduite aux acquêts, assortie d'une liberté de déroger au droit commun, dans les limites de l'ordre public, par le biais d'un acte notarié¹¹⁹⁹. Symboliquement cependant, le bouleversement serait considérable. Il reviendrait en effet à consacrer, au sein du couple, un droit commun de la participation à l'enrichissement, sur la légitimité et les modalités duquel il convient de s'interroger.

Le législateur pourrait, en premier lieu, décider d'imposer la communauté à tout couple. Plusieurs arguments plaident toutefois en faveur du rejet d'un droit commun impératif de la participation à l'enrichissement au sein du couple (A.). Le législateur pourrait alors, en second lieu, offrir simplement aux concubins, unis ou non par un pacs, la possibilité d'adopter la communauté ou tout autre régime communautaire au sens large. Telle est la solution que nous suggérons : l'adoption d'un droit commun conventionnel de la participation à l'enrichissement (B.).

A. Le rejet d'un droit commun impératif de la participation à l'enrichissement

612. Un premier argument, de droit positif, s'oppose à ce que le législateur soumette les couples de concubins au régime de communauté. Celui-ci n'est pas, en effet, imposé par la loi au couple marié. Supplétif de volonté, il ne s'applique qu'à défaut de volonté contraire exprimée par les époux¹²⁰⁰. Par conséquent, si le législateur n'a pas imposé le régime de communauté au couple marié, en dépit de l'engagement plénier entre ses membres, il serait pour le moins incohérent de l'imposer aux couples de concubins dont les

¹¹⁹⁸ V. par exemple, s'agissant des groupements dotés de la personnalité morale, J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », R.T.D. Civ. 1993, p. 705 : « *il paraît évident que l'initiative de la création de la personne morale doit revenir au législateur. Peu importe qu'il agisse de sa propre initiative, sous la pression des circonstances, ou à la demande d'intéressés ou de groupes de pression* ».

¹¹⁹⁹ V. I. THERY, « Le contrat d'union sociale en question », Revue Esprit octobre-décembre 1997, Annexes II et V.

¹²⁰⁰ Sur le caractère supplétif de volonté du régime de communauté et, plus largement, de la participation à l'enrichissement au sein du couple marié, V. *infra*, n°692 et s.

membres ne sont pas liés par un engagement, ou aux partenaires d'un pacs dans la mesure où leur engagement est de moindre intensité que celui qui unit les époux.

613. Dans une vision plus prospective, on pourrait cependant imaginer que la communauté soit imposée à tout couple, marié ou non. Dans ce cas de figure, la communauté intégrerait un droit commun impératif du couple. L'idée doit néanmoins être rejetée pour deux raisons.

614. En premier lieu, aucune considération de justice ou d'organisation sociale ne justifie que le législateur impose au couple le régime de communauté et son cortège d'atteintes à la liberté et à l'indépendance de ses membres.

Parce que la communauté est une institution d'organisation et de liquidation de la vie en couple, on pourrait penser que des considérations d'organisation sociale légitiment qu'elle soit imposée à tout couple. Pourtant, il n'en est rien, dans la mesure où les règles minimales précédemment dégagées, dont la réunion formerait un droit commun impératif du couple, organisent de façon satisfaisante et suffisante la vie en couple ainsi que sa liquidation¹²⁰¹.

Il pourrait certes être objecté qu'imposer au couple non marié des règles, même minimales, constitue d'ores et déjà une profonde atteinte à la liberté de ses membres. L'objection serait cependant spécieuse eu égard au caractère et au fondement de ces règles impératives. Le dénominateur commun de ces règles est précisément leur caractère minimal ; leur fondement réside dans des considérations élémentaires de justice. Ce sont ces deux éléments qui légitiment le fait que ces règles soient imposées, non seulement au couple marié, mais également aux couples dont les membres n'ont pas pris d'engagement ou ont pris un engagement moins plénier que celui du mariage. A l'inverse, qu'il s'agisse de l'organisation de la vie en couple ou de la liquidation de la vie du couple, les règles d'affectation des biens des époux dans le régime de communauté ne réalisent pas une entraide minimale, inspirée de considérations élémentaires de justice, mais une entraide maximale. Il ne s'agit plus en effet de contribuer, proportionnellement à ses ressources, à un certain nombre de dépenses destinées à l'entretien du couple, mais à toutes les dépenses d'intérêt commun. De même, il ne s'agit plus d'offrir aux créanciers ménagers, strictement définis, la garantie de pouvoir se payer grâce à la solidarité, mais de procurer à tous les créanciers, la possibilité d'être payés sur une masse de biens qui constitue, le plus souvent, l'intégralité du patrimoine du couple. S'agissant enfin de la liquidation de la vie du couple, il ne s'agit plus seulement d'apporter un soutien temporaire, conditionné par un sacrifice, mais

¹²⁰¹ Sur ces règles, V. *supra*, Partie 1.

de partager les fruits de son travail en deux parts égales, indépendamment des efforts fournis par l'autre¹²⁰².

615. En second lieu, imposer la communauté n'est pas souhaitable car cela revient à rendre obligatoire, d'une part, la participation à l'enrichissement et, d'autre part, un seul et unique mode d'affectation à l'enrichissement, tous éléments qui devraient relever du libre choix des membres du couple.

La participation à l'enrichissement, qu'elle soit mise en œuvre par l'adoption d'un régime de biens ou par des droits successoraux, ne devrait pas être imposée au couple, même marié, car elle n'est pas de son essence. Historiquement, elle ne l'a jamais été¹²⁰³. Elle ne saurait l'être davantage aujourd'hui, dans un contexte d'indépendance des membres du couple. S'agissant plus particulièrement de l'octroi de droits successoraux, imposer la participation à l'enrichissement *via* l'octroi d'une réserve successorale au survivant des membres du couple contreviendrait à l'évolution du droit des successions, la place grandissante de l'affection conduisant en effet à un développement de la liberté testamentaire¹²⁰⁴. Plus généralement, l'association à l'enrichissement a souvent à voir avec la gratuité. Or, ainsi que l'a relevé Monsieur MARGUENAUD, « *par essence, la gratuité est*

¹²⁰² A cet égard, il convient de rejeter vigoureusement l'argument selon lequel le régime de séparation de biens serait immoral, ainsi qu'il a encore été affirmé par un député lors des travaux préparatoires sur le pacs (cité par B. BEIGNIER, « Pacte civil de solidarité et indivision : visite aux enfers », Defrénois 2000, art. 37175, p. 620).

¹²⁰³ En droit romain, la liberté contractuelle n'était pas admise en matière de régimes matrimoniaux. Néanmoins, le choix d'un mariage *sine manu*, dans lequel la dot apportée par l'épouse devait lui être restituée à la dissolution du mariage et dans lequel chacun des époux conservait capacité et pouvoirs d'acquérir des biens à son nom, permettait d'éviter la participation à l'enrichissement. Dans l'Ancien droit, les époux se virent attribuer une liberté de choix entre différents régimes matrimoniaux, certains d'entre eux laissant à chacun des époux la propriété de la totalité des biens qu'il apportait au moment du mariage ou acquerrait en cours d'union. Certes, le principe séparatiste de certains régimes était parfois corrigé par l'attribution de biens au conjoint survivant. Ces différents correctifs relevaient cependant du principe d'affectation à la soutenance en cas de rupture du couple, précédemment étudié (V. *supra*, n°291 et s.), et non d'un principe de participation à l'enrichissement *stricto sensu*. Sur ces éléments, V. A. COLOMER, *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, Litec, 11^{ème} éd., 2002, p. 8, n°5, et les références citées par l'auteur.

¹²⁰⁴ Un auteur note également, à propos de la vocation successorale légale du conjoint survivant, supplétive de volonté, qu'« *il serait passablement hypocrite de s'en scandaliser, dès lors que le lien conjugal lui-même est soumis au bon vouloir des époux. A quoi servirait d'affirmer un devoir conjugal impératif pour après, dès lors que chacun peut librement s'en libérer de son vivant ?* » (Y. FLOUR, « Les nouveaux droits *ab intestat* du conjoint survivant », *Gaz. Pal.* 2002, doct., 2, p. 1412).

Une seule exception existe : le conjoint survivant doit impérativement recueillir le quart de la succession lorsque le prédécédé ne laisse ni enfants, ni descendants, ni père ni mère (C. civ., art. 914-1 et 916). La réserve accordée au conjoint survivant ne constitue pas du reste une garantie absolue : il suffit en effet au *de cuius* d'avoir engagé une procédure de divorce ou de séparation de corps, même non fondée, pour que son conjoint ne puisse plus se prévaloir de la réserve. Sur « *l'illusion de la réserve* », V. J. HAUSER et P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Vive les libéralités entre époux ! », Defrénois 2003, art. 37645, p. 8.

affaire de choix, de préférences »¹²⁰⁵. Ainsi, autant une entraide minimale entre ses membres participe, à notre sens, de l'essence du couple, autant l'entraide maximale que réalise la participation à la richesse ne l'est pas. Il nous est ainsi paru équitable que le partenaire qui a sacrifié sa carrière professionnelle pour élever les enfants du couple puisse réclamer, après rupture, une indemnité dite de réinsertion ou, après décès, un minimum successoral. En revanche, il ne nous semble pas juste que le partenaire qui s'est le moins enrichi puisse exiger de participer à l'enrichissement de l'autre, indépendamment de toute manifestation de volonté de ce dernier en ce sens. Même l'engagement de mariage, plénier s'il en est, ne nous semble pas impliquer une telle solidarité. Indéniablement, le partage de l'enrichissement constitue un prolongement naturel, sur le plan pécuniaire, de l'union des personnes. Naturel, le prolongement ne devrait cependant pas être imposé. Il convient par conséquent de condamner vigoureusement les tentatives jurisprudentielles visant à instaurer, par la force, une participation à l'enrichissement. Il en est ainsi de la présomption d'intention libérale entre les membres du couple¹²⁰⁶ ou encore du recours à la notion de confusion des patrimoines, empruntée au droit des procédures collectives, qui conduit certaines juridictions du fond à réputer indivis les biens acquis au nom de l'un des membres du couple avec des deniers fournis par son compagnon¹²⁰⁷. Le pseudo-système des présomptions d'indivision dans le pacs doit également être condamné, tant sa rigidité et ses lacunes sont susceptibles de conduire à une indivision quasi-universelle entre les partenaires et à l'insu de ces derniers¹²⁰⁸.

Outre la liberté de choisir de faire participer leur partenaire à leur enrichissement, les membres du couple doivent, au surplus, pouvoir en choisir les modalités. La composition des

¹²⁰⁵ « L'égalité des droits patrimoniaux de la famille », in Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, sous la dir. de F. SUDRE, Bruylant, Coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2002, p. 336.

¹²⁰⁶ V. *supra*, n°514 et s.

¹²⁰⁷ V. Civ. 1^{ère} 5 octobre 1994, J.C.P. 1995, éd. G, I, 3821, n°23, obs. M. STORCK. Outre qu'elle conduit à introduire une masse indivise en violation des règles d'acquisition des biens et du principe de séparatisme des patrimoines qui est de l'essence des régimes de séparation de biens, la théorie de la confusion des patrimoines est critiquable en ce que l'emprunt de la notion au droit des procédures collectives est inexact. En droit des procédures collectives, la confusion des patrimoines conduit à l'extension de la procédure ouverte contre une personne à celle dont le patrimoine est confondu avec celui de la première. Le contrôle des juges est sévère sur l'existence d'une confusion des patrimoines : une simple imbrication des éléments d'actif et de passif n'est pas suffisante, à moins qu'elle ne conduise à l'impossibilité de déterminer le véritable débiteur. V. par exemple, Paris, 7 décembre 1988, D. 1989, somm. comm. 215, obs. A. HONORAT. Il ne faudrait pas que la jurisprudence l'admette trop facilement tant il est vrai que « *parce que la confusion des patrimoines contrevient aux principes les plus élémentaires du droit français et parce qu'elle est une source d'insécurité juridique, l'extension doit rester exceptionnelle et cantonnée à des espèces où elle se justifie* » (J.-F. MARTIN, Lamy droit commercial, 2002, p. 1216, n°2609). En réalité, la confusion des patrimoines est souvent une sanction pour la personne que l'on attrait à la procédure, sanction notamment de graves irrégularités qui révèlent une complicité tacite. V. M. BEAUBRUN, « La confusion des patrimoines au regard des procédures collectives de liquidation du passif », R.J. Com. 1980, 41, spéc. n°20.

¹²⁰⁸ V. *supra*, n°529.

fortunes respectives des membres du couple, la présence d'enfants d'un premier lit ou l'exercice par l'un d'une profession à risque créent en effet des situations différentes, qui appellent des modalités différentes de participation à l'enrichissement. L'existence d'une profession comportant des risques financiers conduit ainsi certains époux à rejeter le régime de communauté et l'affectation corrélatrice des biens communs au crédit des époux, pour opter pour des libéralités ponctuelles.

616. Parce qu'il n'est pas indispensable à la réglementation des rapports entre les membres du couple et parce que la participation à l'enrichissement qu'il met en œuvre ne peut légitimement être imposée, le régime de communauté ne saurait compter au nombre des règles d'un droit commun imposé du couple. En revanche, le législateur pourrait envisager d'offrir aux membres d'un couple non marié la possibilité d'adopter le régime de communauté, voire un autre régime de participation à l'enrichissement. Une réforme en ce sens des textes du Code civil est souhaitable, laquelle s'analyserait comme la création d'un droit commun conventionnel de la participation à l'enrichissement au sein du couple.

B. L'adoption d'un droit commun conventionnel de la participation à l'enrichissement

617. Le législateur pourrait non pas imposer mais offrir aux membres de couples non mariés la possibilité d'opter pour le régime de communauté. Plus largement et conformément au pluralisme législatif dominant la matière, le législateur pourrait offrir au couple non marié les différents modèles de régime de biens de participation à l'enrichissement qu'il propose au couple marié : concrètement, le régime de communauté et ses diverses variantes, la société d'acquêts et la participation aux acquêts. Dans la mesure où les mêmes régimes de participation à l'enrichissement seraient susceptibles de régir les biens des membres du couple, indépendamment de la forme de ce dernier, la réforme réaliserait un droit commun de la participation à l'enrichissement au sein du couple. Jamais imposé, le choix de la soumission à un tel régime serait toujours librement consenti. Le droit commun de la participation à l'enrichissement ne serait donc pas imposé mais négocié.

Cette réforme d'ampleur suppose, en premier lieu, de réfuter certaines objections théoriques (1.) et, en second lieu, de suggérer quelques aspects de sa mise en œuvre pratique (2.).

1. La réfutation des objections théoriques

618. Deux précisions relatives à la proposition de créer un droit commun conventionnel de la participation à l'enrichissement au sein du couple doivent être

apportées (a), avant de critiquer les résistances théoriques qui pourraient lui être opposées (b).

- a). Précisions sur la création d'un droit commun conventionnel de la participation à l'enrichissement au sein du couple

619. La première remarque a trait à l'objet de la réforme. Celle-ci ne consiste pas à offrir aux membres d'un couple non marié la possibilité d'opter pour un succédané de régime communautaire, mais pour les régimes de participation à l'enrichissement actuellement réservés au couple marié – le régime de communauté ou le régime de participation aux acquêts. Il n'est pas non plus exclu de proposer au couple non marié d'adopter un régime de séparation de biens. Ce dernier peut en effet être analysé comme un vecteur de transfert d'enrichissement. Il en est ainsi lorsque les époux stipulent dans le contrat de mariage des clauses de présomption de propriété, lesquelles ne correspondent à aucune réalité¹²⁰⁹. Il en est de même lorsqu'une société d'acquêts lui est adjointe. En outre, le régime séparatiste présente l'avantage de bénéficier des règles de l'indivision successorale ainsi que des règles de revalorisation des créances et, en outre, de faciliter la gestion des biens de l'autre¹²¹⁰.

Deux arguments s'opposent à l'imitation de ces différents régimes. S'agissant du régime de communauté, son irréductibilité à d'autres institutions voisines par la mise en commun de biens, telles que la société ou l'indivision, a précédemment été démontrée, sauf à soumettre les règles de ces dernières aux finalités communautaires et, conséquemment, à les dénaturer. Il en serait ainsi du contrat de société *sui generis* que certains auteurs proposent aux concubins d'adopter afin de traduire leurs aspirations communautaires¹²¹¹. Quant au régime

¹²⁰⁹ Il en est ainsi lorsque les époux supposent « *un doute pour prétendre aux yeux de tous le dissiper, créent de toutes pièces une incertitude qui nécessite le recours – en réalité inutile – aux présomptions* » (F. LUCET, *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux*, Thèse Paris II, 1987, p. 289, n°205). La simulation consistant à supposer l'existence d'une incertitude disqualifie la règle de preuve en règle de fond, la présomption assurant ainsi le transfert du droit patrimonial principal (F. LUCET, *op. cit.*, p. 293, n°209). Cette hypothèse doit être distinguée de deux autres. D'une part, la clause est parfois rédigée sous forme de présomption mais cette dernière n'a aucune force probatoire et la clause s'analyse alors comme une véritable donation de biens à venir. D'autre part, la présomption de propriété revêt parfois un simple avantage probatoire. Elle facilite alors le transfert de richesses mais ne constitue pas, en elle-même, le vecteur du transfert. Sur ces éléments, F. LUCET, *op. cit.*, p. 295, n°211 et s.

¹²¹⁰ Si les règles de base du régime de séparation de biens rejoignent le droit commun, ces différentes particularités témoignent de sa différenciation du droit commun. Le régime de séparation de biens n'est donc pas une « *absence de régime* » (R. SAVATIER, « L'évolution du régime de la séparation de biens », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1937, p. 58).

¹²¹¹ V. la proposition d'une société *sui generis* par Monsieur ROLAND (« Du mariage sans contrat au contrat sans mariage (A propos de la proposition de loi du 23 juillet 1997 sur le C.U.C.S.) », P.A. 6 mars 1998, n°28, p. 12). Dans le même sens, la proposition d'offrir aux concubins la possibilité de se créer un patrimoine

de participation aux acquêts, on voit mal quelle institution permettrait de l'imiter. Dès lors, proposer à d'autres destinataires que ceux originellement envisagés la possibilité de se soumettre à une institution existante, que des années, voire des siècles de réflexion ont conduit au degré d'achèvement qu'elle connaît, ne se justifie pas seulement par le souci d'une économie de droit. Proposer aux couples non mariés le régime de communauté ou celui de participation aux acquêts est en effet la seule solution pour leur permettre de traduire leurs aspirations communautaires au sein d'un régime de biens, sans pour autant dénaturer les règles d'institutions voisines.

620. Reste – et c'est la seconde remarque, relative à l'opportunité de l'intervention législative – la suggestion doctrinale selon laquelle les membres d'un couple non marié auraient d'ores et déjà la possibilité d'adopter, par contrat, l'un des régimes matrimoniaux communautaires. Parmi les différentes clauses conseillées aux concubins désireux de se doter d'un embryon de statut patrimonial, il a ainsi été suggéré de prévoir qu'« *en cas de rupture de concubinage, un concubin pourra prétendre à une créance de participation qui sera déterminée en appliquant les règles gouvernant la liquidation du régime matrimonial de participation aux acquêts tel que prévu par les articles 1569 et suivants du Code civil* »¹²¹². Au terme de ces propositions, un droit commun conventionnel de la participation à l'enrichissement existerait d'ores et déjà, le législateur n'ayant par conséquent pas vocation à intervenir pour le consacrer légalement.

En dépit de l'étendue du principe de la liberté contractuelle, la validité de telles conventions nous semble cependant douteuse en l'état actuel du droit positif. La lettre et l'esprit des dispositions du Code civil consacrées au régime de communauté ou à celui de participation aux acquêts sont en effet sans équivoque sur le fait qu'elles sont réservées au couple marié, à l'exclusion de toutes autres parties¹²¹³. Dans le doute, l'intervention du législateur est donc souhaitable, pour offrir légalement aux membres d'un couple non marié la possibilité d'opter pour l'un des régimes de participation à l'enrichissement, originellement réservés au couple marié.

d'affectation commun, V. B. BONIFACE, président de la première commission du 95^{ème} Congrès des Notaires de France, P.A. 28 avril 1999, n°84, p. 19. A rapprocher, la proposition d'un Pacte d'intérêt commun, entre société et indivision, de Monsieur HAUSER : « Du PIC au PACS : expertise génétique d'une loi », Le Pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 15.

¹²¹² J. CHARLIN, « Le contrat de concubinage. Formule », J.C.P. 1991, éd. N, I, p. 459. En ce sens, V. aussi P. SIMLER, « Le « régime matrimonial » des concubins », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 77.

¹²¹³ Le Titre V du Code civil est ainsi intitulé « Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux ». De même, tous les articles qu'il comporte (1387 et suivants) se réfèrent exclusivement aux *époux*, au *mariage* ou à la convention *matrimoniale*.

621. Il convient à présent de surmonter les obstacles théoriques qui ne devraient pas manquer d'être opposés à la proposition de créer un droit commun conventionnel de la participation à l'enrichissement au sein du couple¹²¹⁴.

b). La critique des obstacles théoriques opposés à la création d'un droit commun conventionnel de la participation à l'enrichissement au sein du couple

622. Une première objection consiste à soutenir que les régimes matrimoniaux doivent être réservés à l'union matrimoniale, seule caractérisée par la prévision de l'avenir. Des auteurs s'interrogent en effet sur la possibilité, pour le droit, de s'engager à appliquer par avance un statut à des situations si variées : « *certes les mariages sont aussi variés mais ont en commun, légalement, le but de prévoir l'avenir. Ici c'est le contraire : peut-on prévoir ce qu'on a voulu imprévisible ?* »¹²¹⁵. Indéniablement, par l'engagement de mariage, les époux expriment la volonté de prévoir l'avenir. Pour autant, la même volonté n'est pas nécessairement absente au sein des couples non mariés. En témoignent notamment les conventions de concubinage dotant les parties d'un embryon de statut patrimonial, même si elles restent isolées, les libéralités destinées à mettre à l'abri du besoin le survivant des membres du couple, ou encore la conclusion d'un pacs. L'ampleur du recours aux techniques de communautarisation et la séduction qu'exerce sur celles-ci la communauté sont également révélatrices. Ainsi, élargir aux couples de concubins le recours à un régime communautaire revient seulement à offrir à ceux des couples non mariés, désireux de prévoir l'avenir et de faire participer l'un d'entre eux à l'enrichissement de l'autre, la possibilité de le réaliser dans des conditions optimales. La spécificité de l'union matrimoniale quant à l'appréhension du temps n'en serait pas pour autant niée. Elle devrait, en particulier, se traduire par le maintien du caractère supplétif de volonté d'un régime de biens communautaire alors qu'au sein d'un couple non marié, une démarche serait toujours nécessaire¹²¹⁶.

¹²¹⁴ Lors des travaux préparatoires de la loi portant adoption du pacs, des députés de l'opposition se prononcèrent en faveur du régime de la communauté réduite aux acquêts ou de la séparation de biens, dont les mérites respectifs peuvent certes être discutés, mais non leur indéniable supériorité sur l'indivision. Sur ces propositions et les arguments qui leur furent opposés, témoins de la dérive politique du débat et du fait que le droit en fut le grand absent, V. l'édifiant article de B. BEIGNIER, « Pacte civil de solidarité et indivision : visite aux enfers », *Defrénois* 2000, art. 37175, p. 620. Nous ne résistons pas au plaisir de citer l'un des motifs de rejet du régime de séparation de biens. Selon un député, « *l'un des devoirs auquel le texte soumet les partenaires d'un Pacs est la solidarité des dettes et n'est pas compatible avec la séparation de biens* »...

¹²¹⁵ J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille*, L.G.D.J., 1991, p. 47, n°49.

¹²¹⁶ V. *infra*, n°692 et s.

623. Une seconde objection tient à l'idée selon laquelle la communauté de biens serait le prolongement pécuniaire de l'union des personnes et devrait, par conséquent, être réservée au mariage qui, seul, crée un lien juridique d'alliance entre les membres du couple¹²¹⁷. Il est à cet égard topique de remarquer que les auteurs favorables à la conclusion de conventions de concubinage complètes, dotant ses destinataires d'un véritable statut patrimonial, semblent moins gênés de proposer aux concubins l'équivalent d'une participation aux acquêts, voire d'une société d'acquêts, plutôt qu'une communauté¹²¹⁸. Plus récente – donc historiquement moins liée au mariage que ne l'est le régime de communauté – mal connue des Français et de leurs notaires et, par conséquent, rarement adoptée par contrat de mariage, la participation aux acquêts apparaît en effet, en France¹²¹⁹, comme un régime de participation à l'enrichissement plus neutre. Il serait cependant dommage de limiter le choix du couple non marié à ce seul régime, en dépit des qualités indéniables qu'il présente¹²²⁰. Si, à la liquidation, les résultats de la participation en valeur à l'enrichissement, à laquelle la participation aux acquêts aboutit, sont sensiblement les mêmes que ceux qui résulteraient d'un régime de communauté réduite aux acquêts, le régime de participation aux acquêts ne saurait pour autant convenir à tous les ménages. La communauté présente en effet cet avantage d'une participation en nature qui ne s'effectue pas seulement à la dissolution. Autrement dit, le régime de communauté réalise immédiatement la propriété commune à laquelle les membres d'un couple sont fréquemment attachés. Il serait dès lors souhaitable d'offrir au couple non marié non seulement le régime de participation aux acquêts, mais également le régime de communauté, d'autant qu'il est possible de dissocier l'union communautaire dans les biens de l'engagement personnel.

¹²¹⁷ Cette idée pourrait se réclamer de la conception chrétienne du mariage, laquelle postulerait la fusion des biens des époux comme l'union de leurs personnes, la communauté de biens complétant la communauté de vie matérielle et spirituelle des époux. En ce sens, C. LEFEBVRE, Le droit des gens mariés, Librairie du recueil Sirey, 1908. L'argument n'est cependant pas imparable tant la tradition chrétienne était, tout au moins jusqu'au Concile de Trente, peu exigeante sur les formalités de mariage (V. *supra*, n°6). Communauté de vie et relations sexuelles ont ainsi longtemps suffi à caractériser l'état de gens mariés, entraînant dès lors la communauté de leurs biens.

¹²¹⁸ Sur la proposition d'offrir aux concubins la constitution d'une société d'acquêts, V. par exemple B. BEIGNIER, « PACS : l'heure du droit. Proposition pour un statut unitaire du concubinage », Dr. Fam. 1999, chr. n°7, spéc. p. 11.

Sur la proposition d'offrir aux concubins la participation aux acquêts, V. P. CATALA, « Couple et modernité : gestion et transmission du patrimoine. Rapport de synthèse présenté au 84^{ème} Congrès des Notaires », Defrénois 1988, art. 34305, p. 987 ; J. CHARLIN, « Le contrat de concubinage. Formule », J.C.P. 1991, éd. N, I, p. 459.

¹²¹⁹ L'argument ne vaut que pour le droit français, plusieurs législations étrangères ayant fait de ce régime ou d'un régime de communauté différée qui s'en rapproche, leur régime légal. V. F. TERRE et P. SIMLER, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 647, n°813, note 2.

¹²²⁰ Sur les vertus du régime de participation aux acquêts et la réflexion corrélatrice sur son devenir comme régime légal des époux, V. *infra*, n°744.

624. Historiquement, il existe des exemples de communautés de biens dissociées de l'engagement personnel entre ses membres. Il en était ainsi, en droit romain, des *consortium* entre personnes étrangères l'une à l'autre, que n'unissaient ni lien de sang ni lien d'alliance¹²²¹. Il en était également ainsi, en droit féodal, des communautés taisibles qui unissaient des personnes, indépendamment de tout lien personnel entre elles, à condition qu'elles vivent à même pot et à même feu durant un an et un jour, communautés qui instaurent une « *sorte de régime matrimonial étendu aux proches* »¹²²².

Si des personnes complètement étrangères l'une à l'autre avaient hier la possibilité de créer une union de biens communautaire, pourquoi les personnes unies par une relation de couple ne le pourraient-elles pas aujourd'hui ? Il est vrai que le droit féodal a pu être qualifié de droit des groupements. Il n'est dès lors pas étonnant que ces groupements puissent être rencontrés dans tous les secteurs, professionnels et familiaux, mais également hors de toute relation professionnelle ou familiale. Au regard des difficultés de la vie quotidienne de l'époque, au nombre desquelles figuraient principalement les famines, les guerres et l'emprise du seigneur, les personnes avaient en effet tendance à se regrouper pour lutter contre l'adversité. Les troubles connus aujourd'hui ne sont certes pas du même ordre que ceux précédemment évoqués ; ils n'en sont pas moins réels et peuvent susciter des regroupements destinés à s'en protéger. Ces dangers se nomment désormais crise économique, chômage, exclusion et solitude. Pourquoi ne pas permettre aux citoyens et, en particulier, aux couples de s'en prémunir en créant une union de biens, même si elle n'est pas couplée avec un engagement personnel formalisé devant la société ? Face au délitement des communautés familiales¹²²³, la lutte contre l'adversité s'exerce plus naturellement au sein du couple, dont certains, non formalisés, peuvent être analysés comme les nouvelles communautés taisibles¹²²⁴. Pourquoi ne pas les laisser libres de faire le choix d'un engagement personnel dont, pour une raison ou pour une autre, ils peuvent ne pas se sentir capables, tout en leur permettant de concrétiser, dans une union de biens, la solidarité, même temporaire, à laquelle ils aspirent ? Ainsi que le souligne un auteur, « *face à ce qui est*

¹²²¹ Sur le *consortium* et, plus généralement, sur les formes anciennes de communauté de biens entre personnes unies ou non par des liens de famille, V. J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, Petite bibliothèque sociologique internationale, Ed. Marcel Rivière et Cie, 1963, p. 65 et s. A la lecture de l'ouvrage, l'hypothèse peut être émise, selon laquelle les communautés familiales ont, de tous temps, constitué un modèle pour la constitution de groupements quasi ou extra-familiaux. L'exemple topique est celui du *consortium*, à l'origine de l'indivision et de la société.

¹²²² Sur les communautés taisibles, V. J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, Petite bibliothèque sociologique internationale, Ed. Marcel Rivière et Cie, 1963, p. 84 et s. ; H. TEMPLE, *Les sociétés de fait*, L.G.D.J., 1976, p. 7, n°16.

¹²²³ Sur les facteurs d'affaiblissement des communautés familiales, V. J. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 38 et s.

¹²²⁴ Sur les nouvelles communautés taisibles, V. J. HAUSER, « Les communautés taisibles », D. 1997, chr. 255. Pour cet auteur, les nouvelles communautés taisibles luttent contre la mainmorte moderne qu'est la solitude.

ressenti comme une montée de l'individualisme, ou le risque de la solitude, la société ressent le besoin de reconnaître les solidarités de couple »¹²²⁵. On a dit du XVIII^{ème} siècle qu'il était le siècle de l'Etat, du XIX^{ème} siècle, celui de l'individu, le XX^{ème} siècle celui de la personne morale¹²²⁶. Le XXI^{ème} siècle pourrait dès lors être celui des communautés.

625. Le reproche peut-il dès lors nous être fait de céder à la sensibilité républicaine française consistant à préférer ce qui est universel à ce qui est spécifique et, de la sorte, à nier la spécificité de l'union sexuelle et, de manière générale, du sexué ? Une telle critique a été admirablement développée par Madame THERY, dès les premiers projets de réglementation d'une forme de couple alternative au couple marié¹²²⁷. Selon cet auteur, les projets de C.U.S., C.U.C. et C.U.C.S. proposaient tous la « *reconnaissance du couple homosexuel par le couple non homosexuel* ». Tel est également le cas du pacs. De même, Madame THERY reprochait à ces différents projets de noyer le couple dans les paires. Ce reproche ne saurait être adressé au pacs, dans la mesure où le Conseil constitutionnel a subordonné la validité de celui-ci à la Constitution au fait qu'il soit réservé au couple¹²²⁸. Pour Madame THERY, l'esprit universel de ces projets est ainsi en contradiction avec la mission du droit de « *mettre en place un certain nombre de distinctions anthropologiques majeures* », au nombre desquelles figurent celle qui distingue le lien qui autorise la relation sexuelle du lien qui l'exclut voire l'interdit, et celle qui distingue le féminin du masculin.

Il est vrai que soumettre tous les couples à des règles minimales, et leur proposer de se soumettre à des régimes identiques de participation à l'enrichissement, sans distinguer si le couple est homosexuel ou non, ne contribue pas à mettre en exergue la spécificité de chacun de ces couples, au regard du sexué. En revanche, notre proposition, dans la mesure où elle est réservée au couple, ménage la particularité du lien sexuel. Le lien sexuel participe en effet de l'intensité du lien entre deux personnes, lien qui ne saurait être assimilé à aucun autre, qui révèle le projet de vie en commun et justifie l'intensité des relations pécuniaires entre ces personnes. Sur la question de la négation du genre résultant de l'absence de spécificité du couple homosexuel par rapport au couple hétérosexuel, il ne nous semble pas que les relations pécuniaires entre les membres de ce couple participent de la reconnaissance de leur spécificité. Cette dernière passerait peut-être par la reconnaissance d'un engagement

¹²²⁵ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « La nécessité d'une réforme », Perspectives de réforme en droit de la famille, Dr. Fam. Hors série, décembre 2000, p. 17.

¹²²⁶ F. GALGANO, in *Les groupements et organismes sans personnalité juridique*, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome 21, Dalloz, 1969, p. 7, n°2. Selon cet auteur, ces communautés seraient même le facteur propulsif du développement social.

¹²²⁷ I. THERY, « Le contrat d'union sociale en question », Revue Esprit octobre-décembre 1997, p. 159 et s.

¹²²⁸ V. *supra*, n°10.

personnel, tout à la fois comparable et distinct du mariage. Tel n'est cependant pas l'objet de notre étude.

626. Un autre reproche à nos propositions pourrait être que la négation de toute spécificité entre les différentes formes de vie en couple concurrencerait le mariage, et conduirait dès lors à son extinction¹²²⁹. Un tel reproche doit être écarté dans la mesure où nos propositions conduisent précisément à redonner toute sa spécificité au mariage, à l'engagement personnel qu'il comporte et à sa fonction de rite social. Du reste, cette spécificité est bien davantage remise en cause par des propositions visant à supprimer le divorce pour faute et, par conséquent, tout caractère obligatoire aux effets personnels du mariage¹²³⁰.

627. Une dernière objection à l'optimisation de la participation à l'enrichissement au sein du couple non marié *via* la possibilité d'adopter l'un des régimes de biens originellement réservés au couple marié tiendrait à la négation de toute association ou, à l'inverse, de toute indépendance entre les membres du couple non marié. Entre les époux, le régime primaire impératif, applicable quel que soit le régime matrimonial, garantit en effet un minimum d'association et un minimum d'indépendance. Entre les membres d'un couple non marié, l'association minimale serait garantie, imposée par les dispositions dont nous avons proposé que la réunion forme un droit commun impératif de la vie en couple. Quant au minimum d'indépendance, il pourrait également être assuré si l'on ajoutait aux dispositions impératives précédentes deux dispositions équivalentes aux articles 223 et 225 du Code civil. L'indépendance des membres d'un couple non marié serait ainsi, en toute hypothèse, préservée sur les gains et salaires et les biens personnels ou propres de chacun.

628. L'élargissement au couple non marié du recours à un régime de biens de participation à l'enrichissement, originellement réservé au seul couple marié, étant théoriquement admissible, il reste à envisager quelques uns des aspects pratiques de la réforme proposée.

¹²²⁹ V. P. MALAURIE, « Le mariage et les homosexuels », D. 9 octobre 1997, dernière actualité.

¹²³⁰ Sur ces propositions et leurs conséquences sur le maintien de la spécificité du mariage dans le traitement de la participation à l'enrichissement, V. *infra*, n°748.

2. Les aspects pratiques de la réforme

629. Tout d'abord, quelques propositions de mise en œuvre pratique de la réforme peuvent être suggérées (a). Quelques conséquences pratiques seront ensuite proposées (b).

a). Propositions de mise en œuvre pratique de la réforme

630. La première proposition de mise en œuvre pratique de la réforme est relative à la durée de la convention. Cette dernière ne pourrait en effet être conclue pour une durée déterminée, compromettant alors la liberté de rupture des membres d'un couple non marié¹²³¹. Conclue pour une durée indéterminée, la convention devrait alors impliquer un droit de résiliation unilatérale, à l'instar de toute convention à durée indéterminée. Le risque de révocations intempestives, irréfléchies, de nature, en outre, à menacer la sécurité des tiers, conduit cependant à préférer que les modalités de résiliation de la convention soient calquées, dans toute la mesure du possible, sur les modalités de résiliation des régimes matrimoniaux. Ainsi, la disparition du couple pourrait emporter la dissolution du régime de biens adopté par ses membres : décès de l'un des membres du couple, cessation de la communauté de vie en cas de concubinage simple, rupture selon les modalités prescrites par la loi en cas de pacs¹²³². La dissolution du régime pourrait également procéder d'un accord des membres du couple, indépendamment de la disparition de leur union¹²³³.

631. La deuxième proposition consiste à imposer le recours à un notaire au couple non marié, désireux d'adopter un régime communautaire. Tout d'abord, le notaire est, mieux que quiconque, à même d'informer les membres du couple sur la portée de l'adoption d'un régime de participation à l'enrichissement¹²³⁴. Corrélativement, le notaire pourrait conseiller les membres d'un couple sur les modalités de participation à l'enrichissement adaptées à leurs situations personnelles et professionnelles respectives. Ensuite, afin d'éviter la superposition de plusieurs régimes communautaires, le notaire aurait la tâche de vérifier qu'aucune des parties n'est d'ores et déjà engagée dans les liens d'un contrat semblable.

¹²³¹ Sur la liberté de rupture du couple non marié, V. *supra*, n°299.

¹²³² Sur le modèle de l'article 262-2 du Code civil, le report de la date de dissolution du régime entre les partenaires pourrait être sollicité par l'un d'entre eux en cas de cessation de la cohabitation et de la collaboration.

¹²³³ Sur le rejet d'une homologation judiciaire, même s'agissant du couple marié, V. *infra*, n°774.

¹²³⁴ La présence obligatoire des deux parties devrait être imposée, afin que l'engagement des intéressés soit éclairé et qu'ils aient conscience de la gravité de l'acte.

Enfin, le notaire aurait l'obligation d'informer les membres du couple de l'exigence d'une publicité du contrat adopté.

632. La troisième des propositions de mise en œuvre de la réforme consiste en effet à imposer la publicité de l'adoption d'un régime de biens de participation à l'enrichissement pour en informer les tiers. S'agissant du couple marié, le système conjugue la publicité du régime matrimonial et la publicité du mariage, par l'acte de mariage (C. civ., art. 1394, al. 2 et 75, al. 4). En l'absence de mariage, le système est naturellement intransposable au couple non marié. A l'instar du changement de régime matrimonial (C. civ., art. 1397, al. 5), la publicité pourrait alors être faite au répertoire civil, dont la vocation est la « *mise en réserve et en mémoire d'informations relatives à des événements affectant la capacité et les pouvoirs d'un individu* »¹²³⁵. La mention de la référence au répertoire civil serait également portée en marge de l'acte de naissance de chacune des parties au contrat. En outre, si l'une des parties au contrat est commerçante ou le devient après la conclusion du contrat, on peut imaginer, à l'instar de la publicité du contrat de mariage et selon des modalités identiques (C. civ., art. 1394, al. 4), d'imposer une publicité du contrat au registre du commerce et des sociétés. Enfin, les exigences de la publicité foncière devraient être respectées. Il en serait notamment ainsi lorsque le contrat prévoit que des immeubles tomberont en communauté.

Si ces différentes mesures de publicité, nécessaires à l'information des tiers, ne sont pas contestables en elles-mêmes, elles soulèvent en revanche la délicate question de leur contenu et, corrélativement, du respect de la vie privée des parties au contrat. La question a soulevé des débats tumultueux à propos de la publicité du contrat de pacs, en particulier s'agissant de la connaissance par des tiers du nom et du sexe du partenaire¹²³⁶. Outre que le danger de constitution de fichiers homosexuels nous apparaît moins aigu que certains l'ont prétendu, il nous semble que lorsque les membres d'un couple concluent un contrat, qui fixe par avance non seulement le principe et les modalités d'affectation des biens à l'enrichissement du moins fortuné, mais également, le cas échéant, l'affectation des biens des parties au contrat à leur crédit, contrat dont elles sont susceptibles de se prévaloir à l'égard des tiers, la publicité la plus complète est indispensable. Libre en revanche à ceux des couples qui préfèrent vivre cachés de rester dans l'anonymat et de conclure une simple convention de concubinage. Vivre en couple dans une société implique en effet la connaissance du couple par les tiers, en

¹²³⁵ G. CORNU (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, P.U.F., 9^{ème} éd., 2002, V^o *Répertoire*.

Du reste, si le pacs est conservé, sa publicité trouverait peut-être davantage sa place au sein du répertoire civil qu'au sein de registres tenus par le greffe des tribunaux d'instance.

¹²³⁶ V. *supra*, n^o 178.

particulier si l'on réclame à cette société une reconnaissance ou des avantages liés au statut de couple.

633. La question du refus possible de certains couples non mariés de se soumettre aux exigences de publicité conduit alors à une réflexion sur les sanctions de l'inobservation de l'une ou l'autre des formalités exigées.

S'agissant des époux, le non respect de l'exigence d'un acte notarié est sanctionné par la nullité absolue du contrat de mariage. S'applique alors le régime légal de la communauté réduite aux acquêts. Le formalisme est en revanche moindre en matière de publicité qu'en matière de solennité. En effet, si les exigences de publicité n'ont pas été satisfaites, le contrat est valable mais il est inopposable aux tiers : « *si l'acte de mariage mentionne qu'il n'a pas été fait de contrat, les époux seront, à l'égard des tiers, réputés mariés sous le régime de droit commun, à moins que, dans les actes passés avec ces tiers, ils n'aient déclaré avoir fait un contrat de mariage* » (C. civ., art. 1394, al. 3). De même, l'absence de publicité du contrat de mariage au registre du commerce et des sociétés est sanctionnée, à l'égard seulement de la personne sujette à immatriculation, par l'inopposabilité du contrat¹²³⁷.

S'agissant du couple non marié, la sanction du défaut d'accomplissement de l'une ou l'autre des formalités de solennité et de publicité pourrait être la réduction de l'efficacité du contrat à celle d'une simple convention de concubinage. Entre les parties au contrat, comme à l'égard des tiers, la convention aurait par conséquent une force obligatoire moindre¹²³⁸.

634. Après ces suggestions de mise en œuvre pratique de la réforme, quelques unes des conséquences pratiques qui devraient découler de l'adoption d'un droit commun conventionnel de la participation à l'enrichissement peuvent être présentées.

¹²³⁷ Le système mériterait du reste peut-être d'être revisité compte tenu de son caractère imparfait. La sanction ne pouvant être invoquée qu'à l'égard de la personne sujette à immatriculation, le conjoint de l'époux commerçant peut en effet, quant à lui, invoquer à l'égard des créanciers de son conjoint un contrat de mariage ignoré d'eux. V. F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 152, n°209.

¹²³⁸ Dans les rapports entre les membres d'un couple non marié, et s'agissant des règles de la vie en couple, telles les règles de gestion des biens communs, la convention constituerait essentiellement une déclaration d'intention pouvant être dénoncée à tout moment. En revanche, à la rupture du couple, les clauses relatives à la liquidation des intérêts des concubins auraient force exécutoire. Elles pourraient également être opposées aux héritiers de l'un des cocontractants, liés, en leur qualité de continuateurs de la personne du défunt, par les stipulations du contrat passé par leur auteur. S'agissant de l'opposabilité aux tiers, ces derniers pourraient prouver l'existence et le contenu du contrat par tous moyens. Ainsi, s'il prouve l'existence de la convention, le tiers dont la créance est née après l'adoption de la communauté réduite aux acquêts, pourrait s'en prévaloir et poursuivre les biens communs. Sur la force obligatoire de la convention de concubinage et son opposabilité aux tiers, V. M. STORCK, « Les contrats de concubinage », *Journal des notaires et des avocats* 1988, p. 648 et s.

b). Conséquences pratiques de la réforme

635. Certes, il est loin d'être certain que beaucoup de couples non mariés adopteront un régime de biens de communauté ou de participation aux acquêts. L'important est cependant qu'il leur soit donné la possibilité de satisfaire leur aspiration communautaire dans des conditions optimales. Dans ce contexte, toute tentative jurisprudentielle destinée à imposer la participation de l'un à l'enrichissement de l'autre devrait être condamnée, aucun des arguments précédemment évoqués ne pouvant plus les justifier.

Ainsi, il ne pourrait plus être argué que les concubins sont condamnés à recourir à des subterfuges pour faire participer l'un d'eux à l'enrichissement de l'autre, subterfuges dont les règles permettent par la suite à l'un d'entre eux de se rétracter. Les éléments d'une société créée de fait entre les membres d'un couple pourraient certes toujours être constatés par le juge. Néanmoins, l'institution ne devrait en aucun cas être dévoyée aux fins de reconstituer entre les membres d'un couple une communauté qu'ils n'ont pas souhaité adopter. De même, dans la mesure où les membres d'un couple non marié ont la possibilité de déterminer par avance ce qui relève, dans leurs rapports patrimoniaux, du gratuit d'une part, et de l'onéreux d'autre part, toute tentative de présomption libérale ou, à l'inverse, de présomption d'onérosité devrait être écartée¹²³⁹, en particulier lorsqu'un conflit surgit, relatif à la qualification juridique de la remise de sommes de l'un à l'autre. En dehors des aspects réglementés par un éventuel régime de participation à l'enrichissement, les couples non mariés, comme les couples mariés, devraient être soumis aux règles du droit commun de la preuve. Ainsi, à défaut de choix d'un régime communautaire, tous les biens sur lesquels l'un des intéressés ne pourra prouver sa propriété exclusive seront réputés indivis ainsi que les revenus desdits biens, tandis que chacun conservera les biens dont il démontrera être seul propriétaire, les revenus de ces biens ainsi que ceux de son travail.

636. Une seconde conséquence à tirer de la consécration législative d'un droit commun négocié de la participation à l'enrichissement au sein du couple serait la suppression des présomptions d'indivision dans le pacs, telles qu'elles sont actuellement conçues.

D'une part, elles devraient naturellement être écartées dans l'hypothèse où les partenaires choisiraient d'adopter un régime de communauté ou de participation aux acquêts, lesquels ne sauraient coexister avec celui de l'indivision.

¹²³⁹ V. *supra*, n°515 et s.

D'autre part, même en l'absence de régime de biens communautaire, les présomptions d'indivision devraient être réformées. Si l'on accorde aux partenaires la possibilité d'adopter un régime communautaire, et que ces derniers n'usent pas de cette possibilité, les présomptions d'indivision ne sauraient être conçues comme des présomptions à vocation générale tentant d'imiter la présomption de communauté. En revanche, la présomption d'indivision pourrait être conservée, mais à titre de présomption à vocation subsidiaire, identique à la présomption d'indivision dans le régime de séparation de biens (C. civ., art. 1538, al. 3)¹²⁴⁰. Reste que, dans cette hypothèse, on décèle mal la différence avec le droit commun de la preuve qui, d'une part, fait peser la charge de la preuve de la propriété d'un bien sur la personne qui s'en prétend seule propriétaire et, d'autre part, est réduit à présumer le bien indivis lorsqu'aucune des personnes en revendiquant la propriété ne parvient à rapporter la preuve de sa propriété exclusive.

637. Conclusion de la Section 1 – En droit prospectif, une première adaptation de la communauté pourrait consister à en élargir le recours aux membres d'un couple non marié, afin de satisfaire le désir de certains d'entre eux de mettre des biens en commun, dans le but de faire participer le moins fortuné d'entre eux à l'enrichissement de l'autre. L'élargissement du recours à la communauté ne saurait cependant être l'œuvre du juge, par le biais d'une communauté de fait ou par celui d'une société créée de fait calquée sur la communauté réduite aux acquêts. Nécessairement réalisé par le législateur, l'élargissement au couple non marié du recours à la communauté ne serait pas imposé, mais proposé. En outre, un choix entre les différents régimes de participation à l'enrichissement devrait être offert au couple non marié : régime de communauté et ses diverses variantes ou participation aux acquêts. La réforme réaliserait ainsi un droit commun conventionnel de la participation à l'enrichissement au sein du couple.

Parmi ceux des couples non mariés qui choisiraient de se soumettre à un tel régime de biens, il est probable qu'une grande majorité opterait pour le régime de communauté qui présente l'avantage d'une participation immédiate à la propriété et à la gestion des acquêts. Or ce régime recèle des dangers dont les époux eux-mêmes ne sont souvent pas conscients. Dès lors, eu égard à la majorité de couples mariés soumis au régime de communauté et à notre proposition d'élargir son recours au couple non marié, une réflexion sur le perfectionnement de la communauté s'impose.

¹²⁴⁰ Sur la distinction entre les présomptions à vocation générale et les présomptions à vocation subsidiaire, V. H. FULCHIRON, « Les présomptions d'indivision et de communauté dans le couple (Pour une interprétation raisonnée... ou une réforme des présomptions d'indivision dans le P.A.C.S.) », *Defrénois* 2001, art. 37391, p. 949.

Section 2. - Le perfectionnement de la communauté

638. Le régime de communauté suscite fréquemment deux critiques. La première tient à l'inclusion, dans la masse commune, des fonds professionnels créés ou acquis à titre onéreux durant le régime par l'un des époux et, corrélativement, à leur partage à la dissolution du régime¹²⁴¹. A cette première critique, aucun perfectionnement de la communauté n'est cependant susceptible de répondre. La critique s'adresse en effet à la mise en commun des acquêts – au nombre desquels peuvent figurer les biens professionnels – laquelle est de l'essence de tout régime de participation à l'enrichissement. S'agissant de la seconde critique, relative à l'effet spoliateur de l'article 1413 du Code civil, un perfectionnement de la communauté pourrait en revanche intervenir.

639. Eu égard aux risques de ruine engendrés par l'application de l'article 1413 du Code civil, particulièrement criants dans l'hypothèse où une procédure collective est ouverte contre l'un des époux communs en biens¹²⁴², une partie de la doctrine suggère une modification des règles des procédures collectives. Un auteur propose ainsi de conférer à l'époux *in bonis* la possibilité de se joindre à la procédure diligentée contre son conjoint, sans exiger que les conditions d'application des techniques d'extension de la procédure soient réunies, comme s'il y avait confusion des patrimoines entre les deux époux¹²⁴³. Cette proposition, si elle peut se révéler utile, est toutefois insuffisante en tant qu'elle se limite à

¹²⁴¹ Grâce au mécanisme de l'attribution préférentielle, le partage ne s'exerce qu'en valeur. La soule incombant au professionnel peut cependant se révéler lourde, conduisant parfois à la vente de tout ou partie des éléments du fonds.

A la critique liée au partage des biens professionnels s'ajoute également celle relative à la cogestion imposée pour les actes les plus graves portant sur le fonds. Sur l'incertitude des règles de gestion du fonds libéral à propos duquel la jurisprudence distingue le titre de la finance, V. *supra*, n°548.

¹²⁴² V. *supra*, n°583.

¹²⁴³ P. RUBELLIN, « Le sort de la communauté lorsque les deux époux sont successivement mis en liquidation judiciaire (A propos de trib. com. Romans, 4 octobre 2000) », *Defrénois* 2001, art. 37345, p. 500, n°12. La communauté est un « aigle à deux têtes » (A. COLOMER et G. CHAMPENOIS, « La loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux », *Defrénois* 1986, art. 33711, p. 545) ; dès lors, « si le corps de l'aigle est soumis à la procédure, ses deux têtes ne devraient-elles pas suivre le même sort ? » s'interroge Monsieur RUBELLIN. Une proposition identique a été adoptée lors du 98^{ème} Congrès des Notaires de France. V. M.-C. LEPROUST-LARCHER et J.-C. CHEVALLIER, « Deuxième commission : prévenir les risques », *J.C.P.* 2002, éd. N, 1632 (proposition n°1). V. également L. GRIFFON, « L'extension de la procédure collective au conjoint du débiteur », *Defrénois* 2003, art. 37709, p. 493.

Cette proposition participe de l'idée selon laquelle la communauté entraîne une imbrication telle entre les patrimoines des époux qu'il convient de traiter leur situation de façon globale, tout comme en matière de surendettement des particuliers où la commission de la Banque de France préconise la « globalisation des ressources et des dettes du ménage » (circ. Banque de France n°90-30 du 27 février 1990, Annexe IV).

l'hypothèse d'une procédure collective ; c'est en effet sur le fonctionnement du régime de communauté lui-même qu'il convient de réfléchir. Les données économiques défavorables, la volonté sociale de lutter contre l'endettement ainsi que l'extension souhaitable du recours à la communauté au couple non marié, invitent à réfléchir à une logique différente s'agissant du régime de communauté.

L'effet spoliateur de la communauté résultant de l'affectation maximale des biens communs au crédit des époux¹²⁴⁴, le perfectionnement de la communauté conduit alors inévitablement à modifier, en droit prospectif, l'étendue de l'affectation des biens communs au crédit des époux. Une distinction peut dès lors s'opérer entre les modifications à rejeter (§ 1.) et les modifications à envisager (§ 2.).

§ 1. Les modifications à rejeter

640. Certaines améliorations du régime de communauté doivent être exclues car, en raison de leur caractère ponctuel, elles sont insuffisantes à préserver la masse commune de la ruine. D'autres modifications, plus radicales, doivent également être rejetées car le cloisonnement patrimonial qui constitue leur fondement est difficile à envisager et à mettre en œuvre. Les modifications ponctuelles (A.) ainsi que le recours au cloisonnement des patrimoines (B.) devraient ainsi être écartées.

A. Le rejet des modifications ponctuelles

641. Parce qu'elles ne concernent que certains couples ou ne poursuivent qu'un objectif isolé, les modifications ponctuelles des règles du passif provisoire commun ne suffiraient pas à préserver le patrimoine commun des époux. La carence de ces modifications se manifeste à deux égards. Certains de ces remaniements n'apportent pas de solution à tous les couples mariés sous le régime de la communauté légale, mais seulement à ceux qui auront entrepris une démarche en ce sens. L'objection conduit ainsi au rejet des modifications conventionnelles (1.). D'autres modifications ne font que limiter le jeu de l'article 1413 du Code civil sans toucher à sa logique même. Il en est ainsi du renforcement du dispositif mis en place par l'article 1415 du Code civil, qui doit par conséquent également être rejeté (2.).

¹²⁴⁴ Par commodité de langage, et même si nous suggérons que le recours à la communauté puisse être élargi au couple non marié, nous utiliserons les termes d'« époux » ou de « conjoints ». Du reste, une réflexion sur les dangers de la communauté et ses palliatifs paraît nécessaire, même si le recours à la communauté est réservé au couple marié.

1. Le rejet des modifications conventionnelles

642. Les règles du passif provisoire commun peuvent, en premier lieu, être modifiées dans le contrat entre l'époux commun en biens et son créancier. La Cour de cassation admet en effet que le texte de l'article 2092 du Code civil n'est pas d'ordre public, de sorte que, par dérogation expresse aux prescriptions de celui-ci, les parties peuvent prévoir dans leur contrat des clauses portant limitation du droit de gage général du créancier. Des auteurs se prononcent ainsi en faveur de la mise à l'abri de la poursuite de certains créanciers de certains biens, définis en valeur ou en nature¹²⁴⁵.

Une telle protection est toutefois subordonnée à l'accord du créancier. Concrètement, l'époux débiteur n'est donc en mesure de l'imposer que si l'entreprise est prospère. Or il est probable que l'époux professionnel ne songe à une modification qu'en cas de difficulté financière de son entreprise, auquel cas le créancier la refusera très certainement. Nécessitant une démarche de l'époux débiteur, limitée au passif contractuel et subordonnée à l'accord du créancier, la restriction conventionnelle de l'assiette du gage de ce dernier est ainsi incapable de préserver le patrimoine commun de la ruine.

643. Pour éviter les inconvénients de la restriction de gage conventionnelle, on peut, en second lieu, envisager de modifier les règles du passif commun provisoire dans le contrat de mariage. Certains auteurs se prononcent ainsi en faveur de la validité d'une clause stipulant que les biens professionnels ne sont pas engagés par les dettes nées du chef de l'époux qui n'exerce pas la profession considérée, à condition que le contrat de mariage définisse avec une précision suffisante cette catégorie de biens¹²⁴⁶. Toutefois, cette clause limite la protection à certains biens communs. De surcroît, elle ne saurait être opposée à tous les créanciers du conjoint de l'époux professionnel. En effet, même si les créanciers peuvent être informés des clauses restreignant l'étendue de leur gage par la publicité donnée au contrat de mariage, il semble que les possibilités de dérogation par contrat de mariage aux règles du passif commun provisoire soient limitées par la règle de la corrélation entre actif et passif. En revanche, pour écarter tout doute sur la validité ou l'opposabilité des clauses dérogeant aux règles de l'obligation à la dette, il peut être conseillé au ménage dont l'un des membres exerce une activité professionnelle qui comporte des risques financiers d'adopter le régime de séparation de biens tempéré par une société d'acquêts, le contrat de mariage

¹²⁴⁵ P. SIMLER, « Patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement », J.C.P. 1987, éd. N, p. 201.

¹²⁴⁶ B. BEIGNIER, « Séparation de biens avec société d'acquêts : la solution québécoise », Dr. Fam. 1997, chr. n°1.

précisant alors que cette dernière ne saurait inclure les biens affectés à l'exercice de la profession des conjoints.

Outre les inconvénients susvisés, la modification par contrat de mariage des règles du passif commun provisoire ne peut être présentée comme la solution destinée à parer l'effet spoliateur de l'article 1413 du Code civil. Elle suppose en effet la rédaction d'un contrat de mariage. Or, compte tenu du faible attrait de ce dernier – seuls 10 % des époux y recourent – c'est le régime légal lui-même qu'il convient de modifier. Une partie de la doctrine suggère alors de renforcer le dispositif mis en place par l'article 1415 du Code civil. Plus séduisante puisqu'elle s'appliquerait à tous les couples communs en biens, la modification n'en doit pas moins être rejetée.

2. Le rejet du renforcement du dispositif mis en place par l'article 1415 du Code civil

644. S'agissant des actes dangereux que sont les emprunts et les cautionnements, un auteur a pu regretter qu'un système de cogestion pur et simple n'ait pas été institué, qui ouvrirait au conjoint une action en nullité lorsque l'acte décidé à la légère par un seul des époux se révèle dangereux pour la communauté¹²⁴⁷. La solution ne saurait cependant être envisagée eu égard aux inconvénients de la cogestion.

En premier lieu, la cogestion est un système lourd, qui soumettrait l'époux exploitant au bon vouloir de son conjoint en ce qui concerne les opérations d'investissement pour l'entreprise, quelle que soit l'importance de ces actes. En deuxième lieu, un auteur constate que les emprunts et les cautionnements sont des actes par lesquels une personne offre en garantie son patrimoine, prolongement de sa personnalité. Dès lors, interdire à un époux de s'engager par un tel acte constituerait une atteinte à la personnalité de celui-ci et le frapperait d'une « véritable incapacité de jouissance (...) proprement intolérable »¹²⁴⁸. En troisième lieu, un tel système pénaliserait le mariage au profit des autres formes de vie en couple, dont la capacité d'endettement des membres ne connaît pas de limitation. En dernier lieu, l'article 1415 du Code civil est interprété dans un sens très protecteur pour les époux par la

¹²⁴⁷ M. DE GAUDEMARIS, Régime matrimonial et entreprise. Contribution à l'étude du choix législatif d'un régime matrimonial légal au regard des intérêts des époux notamment entrepreneurs, Thèse Grenoble II, 1986, n°590.

¹²⁴⁸ L. MAYAUX, L'altération du contrat conjugal, Thèse Lyon III, 1988, p. 272, n°361.

Sur le rejet d'une cogestion généralisée sur les biens communs proposée par certains avant la loi du 23 décembre 1985, V. A. COLOMER, « La réforme de la réforme des régimes matrimoniaux ou : vingt ans après (premières réflexions sur la loi du 23 décembre 1985) », D. 1986, chr. 49.

jurisprudence¹²⁴⁹ ; il constitue dès lors un dispositif efficace auquel la cogestion n'apporterait pas grand chose.

645. Une partie de la doctrine en vient même à s'interroger sur les effets pervers de ce protectionnisme instauré par l'article 1415. En pratique, il est en effet mis à néant en raison de la pression exercée sur les candidats à l'emprunt par les créanciers professionnels, avertis de l'existence de l'article 1415 du Code civil ; concrètement, à défaut de signature du conjoint, le prêt n'est pas accordé. Dans cette hypothèse, l'intégralité des biens communs est engagée. A l'inverse, le créancier ignorant du mécanisme, qui ne sollicite donc pas l'accord du conjoint de son débiteur, voit son gage réduit à une peau de chagrin. Devant cette politique du tout ou rien (ou presque), des auteurs en viennent alors à se demander si le droit exerce réellement sa mission de protéger la justice, laquelle « *dans les rapports contractuels, naît toujours d'un équilibre proportionné des droits et des obligations de chaque partie, dès lors que la convention qui les unit résulte de leur volonté libre et éclairée* »¹²⁵⁰.

A cet égard, un projet de loi, discuté et adopté en première lecture par l'Assemblée nationale en 1979, puis abandonné par la suite, mériterait peut-être d'être revisité. Ce projet prévoyait de distinguer selon que le cautionnement ou l'emprunt est contracté ou non pour les besoins de l'activité professionnelle de l'époux. Dans cette dernière hypothèse, et à défaut du consentement du conjoint de l'époux contractant, « *seule la partie des biens communs affectée à l'exercice de cette activité peut être donnée en garantie ou poursuivie pour remboursement de la dette* »¹²⁵¹. Ce système préserverait de la sorte le crédit de l'époux professionnel dans la mesure où le créancier verrait son gage élargi à une partie des biens communs. Ainsi rassuré, le créancier serait peut-être moins enclin à solliciter le consentement du conjoint.

646. En tout état de cause, la seule rénovation de l'article 1415 du Code civil paraît impuissante à résoudre l'ensemble des difficultés et notamment le risque de ruine pour le conjoint *in bonis* qu'entraîne l'ouverture d'une procédure collective contre l'époux débiteur. L'idée vient alors de cloisonner les différents patrimoines, afin que les biens affectés à la satisfaction des charges de la vie commune ne puissent plus être saisis, du moins en totalité, par les créanciers professionnels de l'un des époux. Pourtant, le recours au cloisonnement des patrimoines doit être également rejeté.

¹²⁴⁹ V. *supra*, n°484.

¹²⁵⁰ B. BEIGNIER, note sous Civ. 1^{ère} 19 novembre 2002 ; Com. 13 novembre 2002, Dr. Fam. 2003, comm. n°14.

¹²⁵¹ Projet n°278, J.O. Sénat, séance du 4 avril 1979, p. 568. Une proposition semblable a été adoptée lors du 98^{ème} Congrès des Notaires de France. V. M.-C. LEPROUST-LARCHER et J.-C. CHEVALLIER, « Deuxième commission : prévenir les risques », J.C.P. 2002, éd. N, 1632 (proposition n°3).

B. Le rejet du recours au cloisonnement des patrimoines

647. Le cloisonnement des patrimoines s'entend de deux techniques différentes. Il peut, tout d'abord, viser à isoler au sein du patrimoine de chacun des époux différentes masses autonomes constituant autant de patrimoines d'affectation. L'actif du patrimoine d'affectation professionnel répondrait alors exclusivement des dettes professionnelles, l'actif du patrimoine d'affectation ménager répondant exclusivement des autres dettes. Le cloisonnement des patrimoines peut, ensuite, concerner uniquement la communauté. Le cloisonnement consiste alors à isoler deux masses communes d'acquêts selon l'époux qui en est l'auteur, chacun ne pouvant engager que la masse dont il est le gérant. Tel est le système de la communauté à gestion séparée.

En dépit d'aspects séduisants, la fragmentation du patrimoine en patrimoines d'affectation (1.) tout comme la communauté à gestion séparée (2.) méritent toutes deux d'être rejetées.

1. Le rejet de la fragmentation du patrimoine en patrimoines d'affectation

648. En droit positif, la masse commune et la masse des biens affectés à une entreprise individuelle ne constituent pas des universalités de droit, définies comme « *un ensemble de biens et de dettes formant un tout (...) dont les éléments actifs et passifs sont inséparablement liés* »¹²⁵². Aucune de ces masses n'est en effet caractérisée par l'existence d'un passif propre, critère de l'autonomie patrimoniale¹²⁵³. D'une part, les biens communs professionnels répondent de toute dette commune, et pas seulement des dettes liées à l'exercice de la profession. D'autre part, la masse commune répond, au stade de l'obligation à la dette, de toute dette née depuis la naissance du régime, et non exclusivement des dettes d'intérêt commun¹²⁵⁴. Telle est la raison pour laquelle le passif professionnel d'un époux peut absorber l'intégralité de l'actif commun, y compris les biens communs affectés à l'exercice d'une profession séparée du conjoint.

¹²⁵² G. CORNU (sous la dir. de), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, P.U.F., 9^{ème} éd., 2002, V^o *Universalité, Patrimoine*.

¹²⁵³ Dès lors qu'une masse de biens se trouve affectée au paiement d'un passif propre, elle constitue une universalité de droit, même si elle n'est pas seule à répondre de ce passif. V. F. COHET-CORDEY, Patrimoine et entreprise, Thèse Grenoble II, 1993, p. 224, n^o264.

¹²⁵⁴ L'autonomie patrimoniale de la masse commune n'apparaît qu'au stade de la contribution à la dette, à la dissolution de la communauté, lorsque l'établissement du compte de récompenses permet de n'imputer à titre définitif à la communauté que les dettes d'intérêt commun.

On peut dès lors imaginer qu'un cloisonnement étanche entre la partie du patrimoine de l'époux affectée à l'exercice de la profession et la partie affectée à la satisfaction des charges de la vie commune constituerait le remède aux difficultés actuellement rencontrées par les époux communs en biens. Si le patrimoine d'affectation professionnel était consacré, seuls les biens affectés à l'exercice de la profession répondraient des dettes de celle-ci. La masse commune, quant à elle, constituerait un patrimoine d'affectation ménager, dont l'actif ne répondrait que des dettes autres que professionnelles.

L'étude des difficultés théoriques (a) et pratiques (b) liées à la reconnaissance de ces deux universalités de droit conduit cependant à leur rejet.

a). Les difficultés théoriques

649. La reconnaissance de patrimoines d'affectation heurte de front le principe d'unicité du patrimoine dégagé par AUBRY et RAU. La seule possibilité consisterait dès lors à faire de la communauté, d'une part, et du patrimoine affecté à la profession, d'autre part, une personne morale. Une partie de la doctrine admet cependant la possibilité de reconnaître en droit français le patrimoine d'affectation. Toutefois, dans chacune de ces thèses, des difficultés théoriques s'opposent au cloisonnement des patrimoines, qu'il s'agisse de la théorie classique du patrimoine (*1er*) ou des théories du patrimoine d'affectation (*2e*).

1er). La théorie classique du patrimoine

650. L'axiome fondamental de la théorie classique du patrimoine est l'union intime du patrimoine et de la personne. Selon AUBRY et RAU, le patrimoine constitue un prolongement de l'individualité de l'homme. La dépendance entre ces deux notions a alors conduit ces auteurs à leur conférer les mêmes qualités juridiques, à savoir l'inaliénabilité et l'indivisibilité¹²⁵⁵, ce dernier caractère interdisant toute division du patrimoine en universalités distinctes. La doctrine classique ne saurait donc admettre qu'un époux divise son patrimoine pour en consacrer une partie à la satisfaction des besoins du ménage et une autre partie à son activité professionnelle.

Pour ne pas enfreindre le dogme de l'unité du patrimoine, la tentation est alors grande de personnifier les masses de biens dont on souhaite qu'elles soient isolées du patrimoine général de leur titulaire.

¹²⁵⁵ C. AUBRY et C. RAU, Cours de droit civil français, Tome 5, Marchal et Billard, 5^{ème} éd., 1897, § 573, p. 2 et s.

651. Le législateur a ainsi créé l'E.U.R.L., société d'un seul dotée de la personnalité morale, qui permet d'isoler la masse de biens professionnels du patrimoine général du professionnel¹²⁵⁶. Une telle innovation a cependant bouleversé tout à la fois la notion de société et celle de personnalité morale¹²⁵⁷. En revanche, le législateur n'a pas personnifié la communauté. La personnification de la communauté par les textes (C. civ., art. 1401, 1403, 1411, 1412, 1417), fréquemment soulevée au soutien de la personnalité de celle-ci, n'apparaît en effet que comme une commodité de langage, dont le Code civil offre d'autres exemples¹²⁵⁸. En outre, l'article 1832-2 du Code civil semble exclure la personnalité morale de la communauté puisqu'en cas d'apport de biens communs, ce n'est pas la communauté qui a la qualité d'associé, mais l'époux apporteur ainsi que son conjoint s'il en fait la demande. Au regard de la théorie de la fiction, aux termes de laquelle la personnalité morale n'est qu'une création du législateur, la communauté entre époux n'est donc pas une personne morale¹²⁵⁹.

Il semble que la communauté ne remplisse pas non plus les critères de la théorie de la réalité des personnes morales, aux termes de laquelle « *la personnalité morale n'est pas une création de la loi mais appartient à tout groupement pourvu d'une expression collective pour la défense d'un intérêt distinct et digne d'être juridiquement protégé* »¹²⁶⁰. D'éminents auteurs ont certes soutenu la thèse de la personnalité de la communauté¹²⁶¹ ; ils n'ont

¹²⁵⁶ Certains auteurs soutiennent que ce sont davantage des considérations liées à la difficulté de créer de toutes pièces le régime du patrimoine d'affectation qui en ont détourné le législateur que le strict respect du principe de l'unité du patrimoine. Le projet de loi relatif à la fiducie témoigne du reste que l'unité du patrimoine ne semble pas représenter un obstacle pour le législateur. En ce sens, F. ZENATI, obs. sous Com. 22 juin 1993, R.T.D. Civ. 1994, p. 888.

¹²⁵⁷ En effet, la société n'est plus nécessairement un contrat ; elle peut être « *instituée* » par un acte unilatéral de volonté (C. civ., art. 1832). Ainsi, l'existence d'un groupement de personnes n'est plus de son essence. S'il n'y a plus mise en commun et partage de bénéfices, la question se pose désormais de savoir si l'on peut toujours véritablement parler de société, et ce, indépendamment du fait que l'on y voit un contrat ou une institution. Du reste, l'absence de pluralité d'associés est également inconciliable avec la théorie de la réalité de la personnalité morale, consacrée par l'arrêt du 28 janvier 1954 (D. 1954, 217, note G. LEVASSEUR), fondée sur l'existence d'un intérêt collectif et donc d'une pluralité de membres. V. Y. GUYON, Droit des affaires, Tome 1, Droit commercial général et sociétés, Economica, 11^{ème} éd., 2001, p. 138, n°134 et p. 550, n°510-1 ; P. SERLOOTEN, « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », D. 1985, chr. 185. Même les auteurs favorables à l'E.U.R.L. conviennent des bouleversements engendrés. V. J. PAILLUSSEAU, « L'E.U.R.L. ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », J.C.P. 1986, éd. G, I, 3242.

¹²⁵⁸ En ce sens, F. TERRE et P. SIMLER, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 202, n°268. Ces auteurs citent ainsi les articles 701, 702 et 705 du Code civil qui traitent le fonds servant de « *débiteur* » de la servitude.

¹²⁵⁹ Sur les différentes théories de la personnalité morale, V. J. CARBONNIER, Droit civil, Tome 1, Les personnes, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2000, n°199, p. 411 et s.

¹²⁶⁰ Civ. 28 janvier 1954, précit.

¹²⁶¹ J. CARBONNIER, Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association, Thèse Bordeaux, 1932 ; G. CORNU, « La réforme des régimes matrimoniaux », J.C.P. 1967, éd. G, I, 2128, n°16 et s. ; G. CORNU, Les régimes matrimoniaux, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 9^{ème} éd., 1997, n°38, p. 245 et s. Pour ces auteurs, la communauté est une société civile, dotée, au moins sous une forme atténuée, de la personnalité morale.

cependant pas convaincu la majorité de la doctrine. Il n'existe en effet qu'un embryon de séparation des patrimoines¹²⁶². De plus, la communauté est dépourvue de capacité juridique. C'est ainsi que le pouvoir d'un époux commun en biens ne saurait être assimilé à celui d'un gérant ou d'un organe d'une personne morale puisqu'il n'engage jamais tous les biens communs, les gains et salaires de son conjoint échappant au gage des créanciers. Et, de fait, la plupart des auteurs favorables à la personnification de la communauté ne soutiennent pas que la communauté pourrait constituer une personne morale au même titre que les principaux groupements de droit privé. Ces auteurs se prononcent en faveur d'une personnalité morale atténuée, ayant essentiellement une vertu explicative des règles de fonctionnement interne de la communauté, mais qui ne trouverait pas de prolongement dans les relations de la communauté avec les tiers¹²⁶³.

652. La question se pose alors de savoir s'il serait souhaitable que le législateur consacre la personnalité morale de la communauté. Il ne s'agit plus alors d'interprétation doctrinale mais d'un problème purement législatif¹²⁶⁴. Dans cette perspective, « *au moment de conseiller au législateur de lancer d'un seul coup dans la circulation juridique plusieurs millions d'êtres moraux supplémentaires il est permis de se recueillir, d'hésiter, en sentant peser sur soi un peu les responsabilités de l'apprenti sorcier. Il faudra que les nécessités qui imposent le principe de la personnalité morale de la communauté soient bien pressantes, que les conséquences qui pourront en être tirées soient exemptes du plus lointain danger, pour que l'on puisse en conscience recommander semblable réforme législative* »¹²⁶⁵.

A cet égard, reconnaître ou attribuer une personnalité morale atténuée à la communauté, dépourvue d'effet dans les relations avec les tiers, pour expliquer certaines règles du fonctionnement interne de la communauté, ne présente aucune utilité. Le recours à la personnification de la communauté est ainsi superflu pour justifier les règles de gestion active de la communauté¹²⁶⁶.

Le seul intérêt de la personnification résiderait dans la reconnaissance d'un passif propre et dans la protection corrélatrice de son actif contre les poursuites de créanciers non ménagers. C'est ainsi que Monsieur CARBONNIER justifiait, en 1950, l'opportunité d'une

¹²⁶² V. *supra*, n° 648.

¹²⁶³ J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 240, n° 251.

¹²⁶⁴ Un projet de réforme législative envisagea ainsi de doter la famille de la personnalité morale. V. R. SAVATIER, « Rapport sur le projet de loi sur la famille personne morale », Bulletin de la société d'Etudes législatives, 1940-46, p. 143.

¹²⁶⁵ J. CARBONNIER, « La communauté entre époux est-elle une personne morale ? », in Journées de droit de Pavie et de Milan, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome 8, Dalloz, 1955, p. 280.

¹²⁶⁶ Point n'est besoin de qualifier les époux de gérants de la communauté personne morale ; la théorie des pouvoirs y pourvoit. V. *supra*, n° 559 et s.

telle intervention législative. Dans cette perspective, l'éminent auteur démontrait que toute l'évolution de notre appréhension du crédit et de la famille conduit à consacrer la communauté patrimoine d'affectation ménager et, pour ce faire, à lui attribuer la personnalité morale¹²⁶⁷. Le XIX^{ème} siècle fut en effet celui du droit du crédit et des créanciers. C'est la raison pour laquelle la communauté fut construite et interprétée pour offrir le crédit le plus large aux créanciers, au prix du sacrifice éventuel de la famille. Dans ce contexte, aucun élément ne justifiait que la communauté soit dotée de la personnalité morale, ce qui explique que la jurisprudence l'ait exclue¹²⁶⁸. Le contexte contemporain est cependant différent. La tyrannie du crédit ne prévaut plus et la tendance est à l'utilisation des techniques juridiques permettant de restreindre le gage des créanciers. Parallèlement, la communauté est de plus en plus entendue comme « *un fonds de réserve, d'épargne, destiné à faire face aux besoins tant soit peu exceptionnels de l'existence du ménage et de l'éducation des enfants. Sans doute ce fonds est-il destiné à capitaliser (...). Mais il est aussi destiné à dépenser pour accomplir son but, pour remplir son affectation* »¹²⁶⁹. Instaurer la communauté personne morale permettrait dès lors de concrétiser ces deux aspirations sociales. Parce que la communauté serait une personne morale, son actif pourrait être réservé au paiement des dettes d'intérêt commun et ne pourrait, dès lors, être saisi par les créanciers professionnels des époux¹²⁷⁰.

653. D'un point de vue théorique, la solution paraît séduisante. En revanche, la technique l'est moins. La personnalité morale de la communauté suscite en effet certaines réticences.

La première d'entre elles est relative à l'existence d'un intérêt propre de la personne morale, lequel ne se résume pas à l'addition des intérêts individuels de ses membres¹²⁷¹. A cet égard, l'affectation des biens communs aux dépenses d'intérêt commun pourrait être identifiée comme un intérêt distinct, dont la poursuite ne se confond pas, par exemple, avec l'exercice d'une activité professionnelle¹²⁷². Le but d'une personne morale peut en effet

¹²⁶⁷ J. CARBONNIER, « La communauté entre époux est-elle une personne morale ? », in Journées de droit de Pavie et de Milan, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome 8, Dalloz, 1955, p. 282 et s.

¹²⁶⁸ Civ. 18 avril 1860, D.P. 1860, 1, 185 ; Civ. 28 février 1886, S. 1887, 1, 213.

¹²⁶⁹ J. CARBONNIER, art. précit., p. 286.

¹²⁷⁰ Les conséquences que Monsieur CARBONNIER tirait de la reconnaissance législative de la personnalité morale de la communauté étaient différentes. Les créanciers personnels de chacun des époux, dont la dette est née pendant la communauté, conservaient en effet la possibilité de saisir les biens communs ; ils étaient néanmoins primés par les créanciers véritablement communs, dont la créance est affectée aux besoins du ménage, créanciers au sein desquels Monsieur CARBONNIER proposait de faire figurer les créanciers professionnels de chacun des époux (art. précit., p. 291).

¹²⁷¹ Sur la notion d'intérêt, V. notamment A. TRIBES, Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile, Thèse Paris, 1975.

¹²⁷² Selon certains auteurs, la personnification est inconcevable en raison de l'hétérogénéité et de l'antagonisme des intérêts rendant impossible la mise en valeur de l'intérêt général « *censé les sublimer* ». En ce sens,

consister à donner satisfaction à des intérêts qui touchent personnellement ses membres, à condition que ces intérêts se spécialisent et se distinguent nettement de tous ceux qui peuvent constituer l'ensemble de leur vie juridique individuelle¹²⁷³.

Toutefois, une seconde réticence dans l'utilisation de la personnalité morale comme technique de cloisonnement des patrimoines conduit à son rejet. Elle tient au sentiment selon lequel une telle technique dépasse les individus, qu'elle est quelque chose qui se détache d'eux et qui peut subsister avec d'autres individus que les membres initiaux. Or, la communauté ne saurait survivre à la rupture du couple et se poursuivre avec de nouveaux époux. Du reste, le droit positif français n'admet pas la communauté continuée entre l'époux survivant et les héritiers du *de cuius*. Par son envergure, la notion de personnalité morale ne semble donc pas adaptée à la communauté. Celle-ci n'a en effet pas besoin de devenir un nouveau sujet de droit, doté d'une existence propre, de droits propres et d'obligations propres ; seul le cloisonnement des patrimoines est recherché. La personnalité morale constituerait ainsi un « *luxu excessif* »¹²⁷⁴, voire encombrant pour la communauté.

654. L'un des reproches fait à la théorie classique du patrimoine réside ainsi dans la multiplication artificielle de personnes morales, dans le seul but d'obtenir une séparation des patrimoines. Compte tenu des difficultés théoriques liées à la reconnaissance de la personnalité morale de la communauté, seule voie de cloisonnement des patrimoines conforme à la théorie classique de l'unité du patrimoine, il conviendrait de rompre avec cette théorie pour envisager une autre voie de cloisonnement des patrimoines, celle du patrimoine d'affectation.

2e). Les théories du patrimoine d'affectation

655. La théorie classique du patrimoine est à la source du droit positif français. Il faut cependant observer que l'autonomie patrimoniale n'est pas le privilège des seuls

E. GAILLARD, La notion de pouvoir en droit privé, Economica, Coll. Droit civil, 1985, n°295 et 303. Pour d'autres, il n'y aurait pas d'intérêt distinct car « *dans le mariage c'est votre vie que vous mettez, (...) tout ce que vous faites individuellement est pour le ménage* » (L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, discussion faisant suite au rapport de Monsieur CARBONNIER, *op. cit.*, p. 301).

¹²⁷³ R. SALEILLES, De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1910, p. 429 et s.

¹²⁷⁴ J. PATARIN, « Les groupements sans personnalité juridique en droit civil français », in Les groupements et organismes sans personnalité juridique, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome 21, Dalloz, 1969, p. 38. La personnalité morale apparaît souvent comme un avantage pour le groupement. Néanmoins, la mise en jeu de la responsabilité civile ou pénale des personnes morales constitue un inconvénient non négligeable de la personnification.

groupements personnifiés. AUBRY et RAU, eux-mêmes, admettaient l'existence de certaines divisions du patrimoine : le bénéfice d'inventaire, le droit de retour légal, les substitutions fidéicommissaires ou le patrimoine de l'absent après l'envoi en possession. D'autres auteurs ont, par la suite, démontré l'autonomie patrimoniale d'autres masses de biens : celle de l'indivision post-héréditaire et post-communautaire ou celle de la fortune de mer¹²⁷⁵. Or, « *s'il est de la nature même du patrimoine d'être indivisible comme la personne humaine dont on en fait un reflet, comment les droits positifs peuvent-ils réaliser cette division ?* »¹²⁷⁶. Cette critique a conduit à l'élaboration des théories du patrimoine d'affectation.

La théorie allemande du patrimoine sans sujet élaborée par BRINZ et BEKKER¹²⁷⁷ doit être rejetée tant elle ne saurait justifier l'existence d'un patrimoine ménager entre les époux, ni l'existence d'un patrimoine professionnel. En effet, le patrimoine ménager ne serait pas sans sujet puisqu'il appartiendrait aux deux époux. De la même façon, le patrimoine d'affectation professionnel appartiendrait au professionnel.

En revanche, les doctrines française et belge du patrimoine d'affectation ont su concilier la théorie classique et la théorie allemande, en organisant la notion de patrimoine autour des deux idées de but et de personne. Selon les tenants de cette thèse, les biens sont considérés par le droit dans leurs relations avec les fins poursuivies par l'homme : ces fins pouvant être multiples, une théorie unitaire du patrimoine ne saurait suffire. Cependant, le lien entre le patrimoine et la personnalité demeure, toute personne ayant vocation à être titulaire d'un patrimoine général, destiné à satisfaire ses besoins personnels. Aux termes de cette théorie, l'existence du patrimoine d'affectation repose sur deux justifications, qui sont autant de critères cumulatifs : l'affectation à un but et l'affectation à une communauté d'intérêts.

656. Selon les partisans de la théorie du patrimoine d'affectation, ce qui fait l'unité et l'individualité du patrimoine n'est pas uniquement la personne ; ce peut être l'affectation à un but. GAZIN proposa ainsi, comme critère de création d'un patrimoine d'affectation, l'existence d'un but nouveau au caractère positif¹²⁷⁸. Le premier critère d'existence du patrimoine d'affectation est donc incontestablement rempli s'agissant du patrimoine d'affectation ménager, le but nouveau au caractère positif étant la satisfaction maximale des charges de la vie commune du couple commun en biens. Le but du patrimoine d'affectation

¹²⁷⁵ V. S. GUINCHARD, L'affectation des biens en droit français, L.G.D.J., 1976, p. 324, n°374 et s.

¹²⁷⁶ H. GAZIN, Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique, L.G.D.J., 1910, p. 242.

Sur les critiques actuelles de la théorie classique du patrimoine, V. F. TERRE et P. SIMLER, Droit civil, Les biens, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2002, p. 25, n°21.

¹²⁷⁷ V. H. GAZIN, *op. cit.*, p. 428.

¹²⁷⁸ *Op. cit.*, p. 260 et s. : un « *intérêt nouveau qui ne puisse se ramener entièrement à la destination qui réunit les autres éléments du patrimoine* », un « *centre autour duquel viendraient se ranger toutes les valeurs positives ou négatives concourant à un titre quelconque à la réalisation de ce but* ».

professionnel pourrait, quant à lui, être constitué par l'exploitation de l'entreprise¹²⁷⁹. Pour GAZIN, il ne s'agit cependant pas d'un but réellement distinct de celui du patrimoine général de la personne, à savoir la satisfaction de ses besoins personnels¹²⁸⁰. En réalité, cet auteur préfigurait le second critère doctrinal du patrimoine d'affectation.

En effet, les études suivantes consacrées au patrimoine d'affectation ne se satisfont pas du seul critère du but nouveau positif. Le patrimoine d'affectation doit, en outre, être affecté à une communauté d'intérêts¹²⁸¹. Cette dernière notion a été systématisée par Monsieur DELHAY¹²⁸². Distincte de la notion d'intérêt commun, elle naîtrait de la propriété collective et entraînerait la création d'un groupement de personnes. Entre les époux, la communauté d'intérêts trouve ainsi son plein épanouissement dans le régime de communauté¹²⁸³. Le second critère d'existence du patrimoine d'affectation est par conséquent satisfait pour le patrimoine ménager. Il ne l'est pas en revanche pour le patrimoine d'affectation professionnel, qui n'est pas affecté à une communauté d'intérêts, mais à un intérêt purement personnel¹²⁸⁴.

¹²⁷⁹ Telle est la position des auteurs qui prônent actuellement la reconnaissance législative du patrimoine d'affectation professionnel. V. J. AUSSEDT, « Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation », *Revue des sociétés* 1974, p. 221. Des avis et rapports officiels concluent également en ce sens. V. C. CHAMPAUD, « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée. Rapport du groupe d'étude chargé de la possibilité d'introduire l'E.P.R.L. dans le droit français », *R.T.D. Com.* 1979, p. 579 et s. ; Avis du Conseil économique et social sur l'entreprise individuelle, rendu le 28 avril 1993, Doc. Sénat, Avis n°246, p. 14.

Le patrimoine d'affectation professionnel est également préconisé par certains auteurs aux fins de résoudre le problème particulier des dangers du régime légal de communauté. V. par exemple, C. D'HOIR-LAUPETRE, « Le conjoint du chef d'entreprise : la nécessité d'une plus grande autonomie patrimoniale dans le respect de l'intérêt de tous les créanciers », *Droit et patrimoine* n°56, janvier 1998, p. 20.

¹²⁸⁰ Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique, L.G.D.J., 1910, p. 357.

¹²⁸¹ S. GUINCHARD, L'affectation des biens en droit français, L.G.D.J., 1976, p. 337, n°391.

Nous retiendrons ce critère de préférence à celui de l'affectation à une institution, prôné par RAYNAUD (La nature juridique de la dot. Essai de contribution à la théorie générale du patrimoine, Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 261 : la thèse de RAYNAUD consiste à démontrer que la dot constitue un patrimoine d'affectation qui trouve sa justification dans son affectation à l'institution que constitue la famille), en raison des critiques que peut susciter la notion fuyante d'institution et l'idée selon laquelle la famille constituerait une ébauche de personnalité morale.

¹²⁸² La nature juridique de l'indivision. Contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de société civile et de personnalité morale, L.G.D.J., 1969, p. 430, n°290.

¹²⁸³ F. DELHAY, *op. cit.*, p. 407, n°274.

¹²⁸⁴ En ce sens, S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 337, n°392 et s. V. cependant, P. CHAUVEAU, « Le fonds de commerce. Patrimoine d'affectation ? Propos sur le contrat de gérance libre », *D.H.* 1939, chr. 37.

Les tenants de la théorie du patrimoine d'affectation sont également unanimes quant à la nécessaire connaissance par les tiers, pour leur sécurité, de la division que crée l'affectation. Pour certains auteurs, la publicité de la division que crée l'affectation doit être prévue de façon obligatoire par la loi. En ce sens, C. BOUCHARD, La personnalité morale démythifiée. Etude de droit comparé franco-québécois sur les notions de personnalité morale et de patrimoine d'affectation, L.G.D.J., Presses universitaires de Laval, 1997, p. 227. Cette dernière condition serait assurément remplie s'agissant du patrimoine ménager résultant de l'application du régime matrimonial légal.

657. De l'analyse des critères doctrinaux indispensables à la reconnaissance d'un patrimoine d'affectation, il résulte que seule la masse commune issue du régime de communauté, parce qu'elle est affectée à une communauté d'intérêts, est susceptible de devenir un patrimoine d'affectation¹²⁸⁵. La masse des biens affectés à l'exercice de la profession, parce qu'elle n'est affectée qu'à l'intérêt individuel de l'entrepreneur, ne saurait y parvenir.

Au-delà des difficultés théoriques, ce sont également les difficultés pratiques que la mise en place de ces patrimoines d'affectation, dotés ou non de la personnalité morale, susciterait qui entraînent leur rejet.

b). Les difficultés pratiques

658. A titre préliminaire, il convient d'observer que les conséquences pratiques de la reconnaissance de la communauté comme universalité de droit ne sauraient se limiter à instaurer un principe de subsidiarité, tel qu'il peut exister dans le droit des sociétés civiles.

Dans ce système, les biens communs répondraient en premier lieu du passif social, c'est-à-dire des dettes d'intérêt commun, tandis que les biens propres n'en répondraient que subsidiairement. Réciproquement, les biens propres répondraient en premier lieu du passif extrasocial, c'est-à-dire des dettes d'intérêt personnel, définies comme celles qui n'incombent pas à titre définitif à la communauté, les biens communs ne pouvant être saisis que subsidiairement.

Or, le principe de subsidiarité ne permettrait pas d'éviter que l'endettement de l'un des époux ne ruine la communauté. En effet, en cas d'insuffisance, voire d'absence de biens propres, les biens communs seraient irrémédiablement saisis par les créanciers du débiteur¹²⁸⁶. De surcroît, si l'entreprise exploitée par l'un des époux est un bien commun, les

¹²⁸⁵ La communauté patrimoine d'affectation fait étrangement écho à la théorie de la communauté propriété en main commune. Des auteurs anciens proposèrent en effet d'appliquer à la communauté la notion de droit allemand de la *Gesamte Hand*. V. les références citées par J. MONNET, J.-Cl. Civ., art. 1400 à 1403, fasc. 10, 2001, p. 12, n°41. V. également R. SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1910, p. 161 et s. La propriété dont il s'agit n'entre pas, même en partie, dans le patrimoine des personnes concernées. Le rapprochement avec le patrimoine d'affectation est patent dans la mesure où l'analyse de la propriété en main commune n'est compréhensible que si l'on admet qu'une personne a la possibilité de détenir plusieurs patrimoines.

¹²⁸⁶ Un système comparable a été instauré par l'article 47 de la loi MADELIN du 11 février 1994. La loi opère une distinction entre les éléments du patrimoine nécessaires à l'activité professionnelle et les autres éléments qui composent le patrimoine du chef d'entreprise. Pour autant, il n'y a pas création d'un ou de plusieurs patrimoines d'affectation. L'entrepreneur individuel demeure en effet tenu sur l'ensemble de son patrimoine. Cependant, son patrimoine professionnel est appréhendé en priorité, s'il le décide, que ce soit pour la prise de sûretés ou pour sa saisie. Sur l'exposé des dispositions de l'article 47 de la loi MADELIN et les critiques qu'elles

dettes nécessaires à sa vitalité pourraient incontestablement être recouvrées sur les biens communs.

La reconnaissance de la communauté comme universalité de droit doit par conséquent conduire à un cloisonnement étanche entre, d'une part, le patrimoine affecté à l'entretien du ménage et, d'autre part, celui affecté à l'activité professionnelle. Un tel cloisonnement n'est cependant pas exempt de difficultés pratiques.

659. Une première difficulté tient au fait que l'entreprise individuelle, pour devenir patrimoine d'affectation ou E.U.R.L., nécessite l'accomplissement d'une démarche. Or, comme il l'a été exposé précédemment, toute solution qui n'est qu'offerte au couple commun en biens n'en est pas une, dans la mesure où, faute d'information ou de conseil, les époux ne sont pas conscients des risques que représente la coexistence d'une entreprise individuelle et d'un régime de communauté. Rien ne garantit dès lors qu'ils useront de la possibilité qui leur est offerte d'isoler le patrimoine professionnel de l'un d'entre eux.

660. Une deuxième difficulté pratique – sans doute dirimante – concerne la délimitation de l'actif de chacune des universalités de droit et, corrélativement, de la délimitation du gage des créanciers des époux.

L'actif du patrimoine professionnel – en admettant que celui-ci soit théoriquement possible, mais les difficultés sont les mêmes s'agissant de l'E.U.R.L.¹²⁸⁷ – se composerait des biens affectés à la profession, tandis que le patrimoine ménager se composerait des biens affectés à la satisfaction des besoins ménagers. La notion de biens affectés à la profession est une notion connue en législation : malgré une part de flou inévitable tenant à ce qu'elle est une donnée de fait, le faible contentieux qu'elle suscite dans les différents domaines où elle est utilisée tend à prouver que la détermination des biens professionnels ne soulève pas de difficulté particulière¹²⁸⁸. Des interrogations n'en surgissent pas moins, en particulier dans la

suscitent, V. P. RUBELLIN, « L'étrange protection des biens non nécessaires à l'exploitation d'un entrepreneur individuel. Remarques sur l'article 47 de la loi « Madelin » du 11 février 1994 », J.C.P. 1995, éd. G, I, 3856, n°11.

¹²⁸⁷ P. SERLOOTEN, « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », D. 1985, chr. 187, spéc. n°23.

¹²⁸⁸ En droit fiscal, la distinction entre biens professionnels et biens non professionnels, nécessaire à la délimitation de l'assiette de l'impôt, repose sur la volonté de l'exploitant (C.G.I., art. 885 N et s.). En tant qu'il est purement subjectif, ce critère ne saurait, par conséquent, être le seul à permettre la détermination de l'actif du patrimoine d'affectation professionnel. Ce dernier doit reposer sur des bases objectives, même s'il subsiste une part de subjectivité dans la mesure où l'affectation professionnelle d'un bien est une donnée de fait que l'entrepreneur peut librement faire cesser. La notion de « biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi » que l'article 14 de la loi du 9 juillet 1991 déclare insaisissables est, quant à elle, beaucoup trop restrictive pour aider à la définition. Les biens visés sont en effet seulement ceux strictement nécessaires à la survie du saisi et non tous les biens nécessaires à une exploitation normale.

coordination de l'actif professionnel avec l'actif ménager. D'une part, si l'actif professionnel englobe l'ensemble des biens affectés objectivement et subjectivement à la profession d'un époux, il est à craindre que, dans de nombreuses hypothèses, l'actif ménager ne soit réduit à la portion congrue. En effet, les biens affectés à la profession constituent fréquemment une partie appréciable de la richesse du couple. D'autre part, la nature juridique des gains professionnels et des biens acquis grâce à l'exploitation des biens professionnels doit être précisée. Enfin, il convient d'envisager le sort des biens à usage mixte, tel un véhicule automobile servant tout à la fois aux besoins de l'entreprise et à ceux de la famille.

Si la priorité était accordée à l'actif professionnel, par exemple par l'intégration des gains professionnels à cette masse, le gage des créanciers ménagers serait dépourvu de toute substance et, dès lors, le régime de communauté ne pourrait plus assurer son rôle de technique d'affectation au crédit ménager. Inversement, si la priorité était donnée à l'actif ménager incluant les gains professionnels, les créanciers professionnels ne devraient accorder le crédit nécessaire à l'entrepreneur qu'à la condition que ce dernier offre en gage tout ou partie de son patrimoine personnel, ce qu'il ne pourrait faire qu'en obtenant l'autorisation de son conjoint. Pour tous actes professionnels engageant l'actif ménager, quelle que soit leur importance, un système de cogestion serait instauré, système dont la lourdeur et le caractère attentatoire à la personnalité de chacun ne sont plus à démontrer. Le point d'équilibre nécessaire à la viabilité économique du système serait ainsi extrêmement difficile à saisir.

661. Le troisième et dernier obstacle pratique au cloisonnement des patrimoines réside dans l'absence de comptabilité précise que la communauté de vie entraîne le plus souvent. La séparation de biens en est un exemple patent. Fondée sur l'indépendance des patrimoines, elle nécessite pourtant le plus souvent une liquidation en raison de l'importance qualitative et quantitative des biens indivis entre les époux, faute de preuve de la propriété exclusive de l'un d'eux. En pratique, il semble ainsi difficile d'interdire à l'entrepreneur de faire transiter des biens de l'un à l'autre de ses patrimoines ou d'utiliser un bien d'un patrimoine dans l'intérêt de l'autre ainsi que de contrôler la consistance des patrimoines affectés afin de la porter à la connaissance des tiers. En théorie, tous les mouvements affectant les biens de chacun des patrimoines pourraient faire l'objet d'une publicité. En

La notion de biens affectés à la profession est un critère commode pour déterminer ce que les actes nécessaires à l'exercice d'une profession séparée par le conjoint visés par l'article 1421, alinéa 2, du Code civil, recouvrent dans la mesure où la plupart de ces actes porte sur de tels biens. V. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 350, n°359 et s. L'article 47 de la loi MADELIN, qui vise les biens professionnels notamment pour qu'ils soient prioritairement saisis par les créanciers professionnels, semble ne donner lieu à aucun contentieux s'agissant de la détermination de ces biens.

pratique, un tel procédé est facteur de complexité, de ralentissement de la vie des affaires et, dans la vie quotidienne du couple, risque fort d'être inefficace.

L'introduction de l'E.U.R.L. en droit français est ainsi révélatrice des difficultés du cloisonnement du patrimoine, et des sanctions encourues de ce fait. L'efficacité du cloisonnement patrimonial suppose en effet une très grande discipline de l'associé unique qui ne peut pas gérer la société comme une entreprise individuelle. Faute de respecter une séparation absolue entre le patrimoine de la société et son patrimoine personnel, l'associé unique risque de perdre le bénéfice de la limitation de sa responsabilité. En effet, en cas de cessation des paiements, si l'associé unique gérant a commis des fautes de gestion, le tribunal peut le condamner à payer les créanciers sociaux sur ses biens personnels (C. com., L. 624-3). En outre, s'il a confondu le patrimoine social avec son patrimoine personnel, le tribunal a la possibilité de le mettre personnellement en redressement judiciaire (C. com., L. 624-5)¹²⁸⁹. Enfin, le mécanisme légal de limitation de responsabilité est fréquemment dénaturé dans la mesure où les créanciers demandent systématiquement à l'associé unique de cautionner les dettes de la société.

662. Outre les difficultés pratiques et théoriques qu'il suscite, le recours au cloisonnement étanche des patrimoines se révèle insuffisant à pallier les dangers du régime de communauté tel qu'il est organisé en droit positif. L'insuffisance de cette technique tient à ce qu'elle ne s'attache qu'aux risques résultant de l'activité professionnelle d'un époux, lorsqu'elle est exercée sous la forme individuelle. Si de tels risques sont aujourd'hui emblématiques de la dangerosité du régime de communauté, ils ne sont pas les seuls. La technique du cloisonnement des patrimoines serait ainsi impuissante à protéger l'un des époux contre les dettes souscrites par son conjoint dans son intérêt exclusif, dettes qui sont, en vertu de l'article 1413 du Code civil, exécutoires sur les biens communs. L'idée progresse alors d'une communauté à gestion séparée, qui doit pourtant, en raison des inconvénients qu'elle présente, être écartée.

2. Le rejet de la communauté à gestion séparée

663. Dans la communauté à gestion séparée, chacun des époux administre et engage les biens devenus communs de son seul chef. Tel était le cas de l'ancien régime de communauté, qui distinguait les biens communs ordinaires – gérés par le mari et engagés

¹²⁸⁹ V. les références citées par P. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2001, p. 237, n°235.

seulement par les dettes de celui-ci – et les biens communs réservés – gérés par la femme et engagés par les dettes de cette dernière¹²⁹⁰ – avant que la loi du 23 décembre 1985 opte pour une gestion concurrente sur une masse commune unifiée. La communauté à gestion séparée fut également l'objet de l'une des propositions de réforme de la loi du 23 juillet 1965, la proposition de loi JOZEAU-MARIGNE¹²⁹¹. En droit positif, on retrouve l'esprit d'un tel système dans les principes qui régissent les gains et salaires de chacun des époux ainsi que dans l'article 1415 du Code civil. Enfin, le régime de la communauté à gestion séparée est, sous le nom de société d'acquêts, le régime légal au Québec depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code civil en 1994.

Cinq masses de biens coexistent dans ce régime : les biens propres à chacun des époux, les acquêts de chacun des époux et une masse constituée d'acquêts dont on ne peut établir lequel des époux en est l'auteur ou d'acquisitions faites par les deux époux ensemble. Chaque époux a l'administration, la jouissance et la disposition de ses propres et de ses acquêts, sous réserve de quelques limites, variables selon les systèmes : interdiction de disposer de ses acquêts entre vifs à titre gratuit sans le consentement de son conjoint, sauf sommes modestes et présents d'usage, voire nécessité du consentement du conjoint tant pour les actes à titre gratuit que pour les actes à titre onéreux jugés graves.

De prime abord, le principe selon lequel chacun des époux n'engage que ses biens propres et les acquêts nés de son chef paraît résoudre les difficultés qu'entraîne l'application de l'article 1413 du Code civil dans le régime de communauté tel qu'il existe en droit positif. Les apparences sont cependant trompeuses. Ce régime présente en effet l'inconvénient de priver l'époux non créateur d'acquêts de tout crédit, sans pour autant neutraliser les dangers de l'actuel régime de communauté.

¹²⁹⁰ Les deux fractions du patrimoine commun n'étaient pas rigoureusement égales, et ce au profit de la communauté ordinaire gérée et engagée par le mari. Cette dernière incluait en effet non seulement les biens acquis avec les revenus du mari, mais aussi les biens provenant du travail de la femme – soit que celle-ci n'exerçait pas de profession séparée de celle de son mari, soit qu'elle n'ait pu établir le caractère réservé du bien en l'absence de présomption de bien réservé – les biens acquis avec les deniers propres de l'épouse lorsque les formalités de remploi n'avaient pas été effectuées et, enfin, pour certains auteurs, les économies faites par celle-ci sur les revenus de ses biens propres. V. G. CHAMPENOIS, « Quelques observations sur l'obligation à la dette et la rénovation de la communauté », in *Études offertes à J. Flour*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 33, n°6.

Il va de soi que l'instauration d'un système de gestion séparée de la communauté ne reproduirait pas ces inégalités.

¹²⁹¹ Sénat, 1^{ère} session ordinaire 1976-1977, n°148, annexe au procès-verbal de la séance du 10 décembre 1976. Sur l'exposé de ce projet, V. G. CHAMPENOIS, art. précit., p. 33 ; M. DE GAUDEMARIS, *Régime matrimonial et entreprise. Contribution à l'étude du choix législatif d'un régime matrimonial légal au regard des intérêts des époux notamment entrepreneurs*, Thèse Grenoble II, 1986, n°434 et s.

664. Parmi les finalités précédemment recensées du régime actuel de communauté, deux d'entre elles seraient maintenues au sein du régime de communauté à gestion séparée. Dans ce régime, les biens communs seraient toujours affectés, d'une part, à l'enrichissement de l'époux le moins fortuné et, d'autre part, au règlement des dépenses d'intérêt commun. Le principe selon lequel les dépenses d'intérêt commun incombent à titre définitif à la masse commune, tous acquêts confondus, pourrait en effet être conservé. En revanche, l'une des finalités de l'actuel régime de communauté disparaîtrait puisque les biens communs ne seraient plus affectés au crédit des époux, chacun d'eux n'engageant que ses biens propres et les biens devenus communs de son chef.

Le régime de la communauté à gestion séparée présente ainsi l'inconvénient fondamental de priver de tout crédit l'époux ne disposant ni de biens propres ni de revenus du travail lui permettant de constituer des acquêts de son chef. Il est certes concevable que le consentement d'un époux à l'obligation de l'autre ait pour effet d'engager la totalité du patrimoine commun, mais non les biens propres du donneur de consentement¹²⁹². Cependant, une telle technique porterait atteinte à l'autonomie de l'époux, obligé de requérir le consentement de son conjoint pour obtenir du crédit. On peut également imaginer, pour préserver l'affectation des biens communs au crédit ménager, que les dettes destinées à l'entretien du couple, même non solidaires en vertu de l'article 220 du Code civil, soient exécutoires sur l'ensemble des biens communs¹²⁹³. Malgré tout, l'égalité entre les époux serait plus formelle que réelle lorsque l'un d'entre eux est économiquement plus fort. En effet, la règle qui donne à chaque époux le droit de disposer de sa part des biens signifie que celui qui est économiquement fort prendra toutes les décisions patrimoniales familiales.

665. Ce grave inconvénient qu'est la perte de tout crédit par l'époux resté au foyer pourrait être compensé par la neutralisation des dangers de l'actuel régime de communauté. Tel ne serait cependant pas le cas, l'endettement de l'un des époux pouvant toujours entraîner la ruine de la communauté.

¹²⁹² La proposition de loi JOZEAU-MARIGNE prévoyait que le consentement de l'époux à l'obligation de son conjoint entraînait engagement solidaire des époux. V. G. CHAMPENOIS, « Quelques observations sur l'obligation à la dette et la rénovation de la communauté », in *Études offertes à J. Flour*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 46, n°14.

¹²⁹³ Telle est la solution retenue dans la société d'acquêts québécoise : « *l'époux qui contracte pour les besoins de la vie courante de la famille engage aussi pour le tout son conjoint non séparé de corps. Toutefois, le conjoint n'est pas engagé à la dette s'il avait préalablement porté à la connaissance du contractant sa volonté de n'être pas engagé* » (C. civ. québécois, art. 397).

L'affectation au crédit ménager subsistera en partie en ce que, quel que soit le régime adopté, les dettes solidaires engageront toujours, en vertu de l'article 220 du Code civil, l'intégralité du patrimoine des époux, y compris les acquêts du conjoint de l'auteur de la dette.

Dans l'hypothèse où l'époux endetté est seul à exercer une profession ou si son conjoint exerce une profession peu rémunératrice, la masse commune née du chef du premier devrait constituer l'essentiel du patrimoine familial. Concrètement, la réalisation des biens communs nés de son chef, en particulier si une procédure collective est ouverte, devrait alors conduire à ruiner le patrimoine commun.

Dans une autre configuration, dans laquelle chacun des époux exerce une profession à la rémunération semblable, le risque de ruine tient à l'existence d'une masse commune intermédiaire, composée des acquêts faits ensemble ou dont l'auteur ne peut être déterminé. Quantitativement et qualitativement, cette masse risque d'être la plus importante. Tel serait le cas si la présomption de communauté joue en sa faveur. De plus, il est probable qu'en pratique, dans de nombreux cas, un époux ne serait pas en mesure d'établir que tel ou tel bien est entré dans la masse commune de son chef. Cette solution présenterait ainsi l'inconvénient fondamental de généraliser les difficultés de preuve auxquelles la femme s'est toujours heurtée dans le gouvernement de ses biens réservés¹²⁹⁴. Enfin, les biens de valeur sont fréquemment acquis à l'aide des gains et salaires des deux conjoints.

666. En réalité, le risque de ruine dépend du régime juridique que le législateur décide d'appliquer à la masse commune intermédiaire.

Les biens la constituant peuvent, en premier lieu, former une masse indivise. Telle est la solution adoptée au Québec¹²⁹⁵. Les règles du passif pesant sur les biens indivis protègent incontestablement la masse commune intermédiaire, les créanciers personnels des coindivisaires ne disposant que de la possibilité de provoquer le partage et de saisir la part revenant à leur débiteur. En revanche, l'indivision présente de nombreux inconvénients. La lourdeur de la gestion des biens indivis est patente. En outre, les règles de l'indivision se concilient mal avec l'affectation des biens communs, en particulier à l'enrichissement de l'époux le moins fortuné¹²⁹⁶.

Si l'on rejette le caractère indivis, la masse commune intermédiaire pourrait, en second lieu, être soumise au régime de communauté, tel que le connaît le droit positif français. Se reposeraient dès lors les mêmes problèmes que pour la masse commune unifiée, les biens soumis à la gestion concurrente des époux pouvant être engagés par les dettes de l'un ou de l'autre. On peut certes y voir un avantage. Le gage des créanciers personnels ou professionnels des époux serait en effet accru sur le patrimoine le plus intensément commun,

¹²⁹⁴ En ce sens, A. COLOMER, « La réforme de la réforme des régimes matrimoniaux ou : vingt ans après (premières réflexions sur la loi du 23 décembre 1985) », D. 1986, chr. 49.

¹²⁹⁵ Article 460 du Code civil québécois. V. B. BEIGNIER, « Séparation de biens avec société d'acquêts : la solution québécoise », Dr. Fam. 1997, chr. n°1.

¹²⁹⁶ V. *supra*, n°504 et s.

lequel serait ainsi utilisé comme réserve de crédit sans pour autant menacer la zone d'indépendance de chaque époux¹²⁹⁷. On peut également y voir un inconvénient. Indépendamment de toute procédure collective, les biens composant la masse commune intermédiaire pourraient en effet être saisis, dans leur intégralité, par les créanciers personnels ou professionnels de l'un ou l'autre des époux. Compte tenu de son importance qualitative et quantitative, c'est également la majeure partie du patrimoine familial qui serait engloutie, dénaturant ainsi le principe de gestion séparée. La communauté à gestion séparée devrait par conséquent être rejetée.

667. Les modifications ponctuelles du régime légal étant insuffisantes, le cloisonnement des patrimoines difficile à mettre en œuvre et la communauté à gestion séparée non satisfaisante, le perfectionnement de la communauté devrait emprunter d'autres voies, qu'il convient à présent d'envisager.

§ 2. *Les modifications à envisager*

668. Les modifications à envisager sont au nombre de deux. La première consiste à modifier l'étendue de l'affectation des biens communs au crédit des époux. Dans cette perspective, l'assiette du gage des créanciers communs pourrait être réduite. La seconde solution est beaucoup plus radicale. Elle consiste à envisager que les biens communs cessent d'être affectés au budget des époux. Dans cette hypothèse, la communauté ne serait plus une institution organisant la vie en couple. Différée à la dissolution du régime, elle ne serait plus qu'un système d'affectation à l'enrichissement de l'époux le moins fortuné. Ainsi, la réduction de l'assiette du gage des créanciers communs (A.) et la communauté différée (B.) pourraient constituer deux voies de perfectionnement de la communauté.

¹²⁹⁷ En ce sens, la proposition de loi JOZEAU-MARIGNE, V. G. CHAMPENOIS, « Quelques observations sur l'obligation à la dette et la rénovation de la communauté », in *Etudes offertes à J. Flour*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 55, n°24.

La proposition prévoyait que les biens formant cette masse intermédiaire devaient être gérés conjointement par les époux. Sur le risque de dénaturation du principe de la gestion séparée en raison de l'apparition d'une importante masse d'acquêts cogérés, V. M. DE GAUDEMARIS, *Régime matrimonial et entreprise. Contribution à l'étude du choix législatif d'un régime matrimonial légal au regard des intérêts des époux notamment entrepreneurs*, Thèse Grenoble II, 1986, n°444.

A. La réduction de l'assiette du gage des créanciers communs

669. A l'instar de la pratique de certains liquidateurs, lesquels remettent au conjoint *in bonis* un chèque représentant la moitié du produit de la vente d'un bien commun¹²⁹⁸, l'idée consiste à limiter le droit de poursuite des créanciers de l'un des époux à la moitié de la valeur des biens communs. Une telle réforme suppose alors, en premier lieu, de suggérer quelques unes des modalités de réduction du gage des créanciers communs (1.) et, en second lieu, d'indiquer des parades aux critiques que la proposition ne devrait pas manquer de susciter (2.).

1. Les modalités de réduction du gage des créanciers communs

670. Tous les créanciers communs pourraient être concernés, à moins de prouver que la dette dont le paiement est réclamé est une dépense d'intérêt commun dont la communauté a la charge définitive. Il paraît en effet logique qu'une dette incombant à titre définitif à la communauté puisse être exécutée sur l'intégralité des biens communs. Dans cette perspective, l'affectation des biens communs au crédit personnel ou professionnel des époux ne serait que réduite.

S'agissant de l'affectation des biens communs aux dépenses d'intérêt commun, tout dépend de la personne sur laquelle pèse la charge de la preuve. Si la destination à l'intérêt commun est présumée, le crédit commun des époux n'est pas menacé. Rassurés par la présomption d'intérêt commun qui leur permettrait de saisir l'intégralité des biens communs, les créanciers devraient accorder à chacun des époux le crédit nécessaire aux dépenses d'intérêt commun. En revanche, si la charge de la preuve pèse sur le créancier, le crédit des époux serait quelque peu réduit. Néanmoins, le fait que le créancier ait la garantie de pouvoir se payer au minimum sur la moitié des biens communs permet de pallier les critiques. En tout état de cause, vouloir réduire les risques liés à l'affectation maximale des biens communs au crédit des époux implique nécessairement une diminution du crédit de ces derniers.

671. Une définition plus restrictive des créanciers dont le gage est limité à la moitié des biens communs peut toutefois être envisagée. Une proposition de réforme de l'article

¹²⁹⁸ V. D. TARDIEU-NAUDET, Compte rendu des débats, faisant suite à l'intervention de Monsieur SIMLER, intitulée « Les interférences des régimes matrimoniaux et des procédures collectives », P.A. 17 juin 1998, n°72, p. 28, spéc. p. 39.

1413 du Code civil suggère ainsi que la limitation du gage des créanciers à la moitié des biens communs ne puisse être demandée que pour les dettes du conjoint du chef d'un passif professionnel. Le paiement des dettes professionnelles d'un époux n'engagerait ainsi que la moitié de la communauté, à moins que l'engagement n'ait été contracté avec le consentement exprès de l'autre conjoint, ce consentement n'ayant pas pour conséquence de l'obliger personnellement¹²⁹⁹. Afin de sanctionner efficacement cette règle, un bénéfice de spécialité serait offert au conjoint du débiteur qui n'aurait pas consenti à la dette, lui permettant de s'opposer à une saisie de biens communs excédant la moitié de la valeur de la communauté. Ainsi que le suggère Monsieur TERRE, l'article 1413 du Code civil pourrait être complété par un alinéa 2 ainsi rédigé : «*Toutefois, le paiement des dettes professionnelles d'un époux n'engage que la moitié de la communauté, à moins qu'elles n'aient été contractées avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses propres. A cet effet, chaque époux a un bénéfice de spécialité, lui permettant de s'opposer à une saisie de biens communs excédant la moitié en valeur de la communauté. L'époux bénéficiaire peut alors, dans un délai de huit jours, soit indiquer au créancier saisissant sur quels autres biens il peut exercer des poursuites, soit provoquer le partage, même partiel, de la communauté, qui doit alors être réalisé dans un délai raisonnable. A défaut, le créancier recouvre l'intégralité de son gage* »¹³⁰⁰.

Au terme de cette proposition, le paiement des dettes professionnelles sur la moitié seulement des biens communs est envisagée comme une exception au principe selon lequel les biens communs répondent, dans leur intégralité, des dettes nées postérieurement à la naissance de la communauté. Seule l'étendue de l'affectation des biens communs au crédit professionnel des époux serait réduite, ce qui est logique dans la mesure où ce sont les dettes professionnelles qui, le plus fréquemment, entraînent la ruine de la communauté. En revanche, cette proposition laisse intacte l'affectation des biens communs au crédit personnel ou ménager des époux. Pour ces deux raisons, elle est peut-être préférable à la première.

¹²⁹⁹ A l'actif de cette proposition, il faut également ajouter son influence possible sur le mécanisme de l'article 1415 du Code civil, dont les possibles excès ont été précédemment exposés (V. *supra*, n°644). On peut en effet imaginer la modification suivante de l'article 1415 : toutes créances seraient exécutoires sur la moitié des biens communs, y compris celles provenant d'un emprunt ou d'un cautionnement souscrit par un seul des époux. Toutefois, s'agissant de ces dernières, l'article 1415 pourrait prévoir que le consentement du conjoint aurait pour effet d'augmenter le gage du créancier à la totalité de la masse commune. Rassurés par la possibilité de pouvoir saisir la moitié des biens communs, les créanciers seraient peut-être moins enclins à requérir le consentement du conjoint de leur débiteur. En outre, le créancier ignorant du mécanisme de l'article 1415 serait, en toute hypothèse, garanti de pouvoir se payer sur la moitié des biens communs.

¹³⁰⁰ F. TERRE (sous la dir. de), *Le droit de la famille*, Rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques, P.U.F., Cahier des sciences morales et politiques, 1^{ère} éd., 2002, p. 24.

672. Nonobstant la définition des créanciers dont le gage serait réduit, la question se pose de savoir ce qu'il doit advenir de la part de communauté du conjoint du débiteur. Celle-ci pourrait former une masse commune réservée aux créanciers du conjoint du débiteur ou, à l'inverse, être à nouveau divisible, en cas de saisie ultérieure.

Pour un maximum d'efficacité d'une telle mesure de protection, Monsieur SIMLER propose que, dans certaines hypothèses, il soit procédé à un partage anticipé de la communauté, autrement dit à une dissolution du régime¹³⁰¹. Ainsi, en cas de saisie des biens communs par les créanciers d'un époux, le conjoint de ce dernier pourrait, à condition de prouver que les dettes sont d'intérêt personnel, professionnelles ou non, solliciter le partage anticipé de la communauté. De cette manière, l'affectation maximale des biens communs au budget des époux serait préservée, tout en ménageant une réserve de crédit à l'époux débiteur puisque la moitié des biens communs répondrait des dettes d'intérêt personnel. En outre, l'ouverture d'une procédure collective ou d'une procédure de surendettement pourrait emporter de plein droit séparation de biens et partage anticipé de la communauté¹³⁰².

A la suite à ce partage anticipé, on peut imaginer de soumettre les époux à une séparation de biens. Il serait cependant préférable, après apurement des comptes, de leur permettre d'alimenter à nouveau une masse commune.

673. Le système proposé n'est certes pas exempt de critiques. Pour certaines d'entre elles, des palliatifs peuvent toutefois être imaginés.

2. Les parades aux critiques suscitées par la réduction du gage des créanciers communs

674. Tout d'abord, la réduction du gage de certains créanciers communs à la moitié des biens communs est susceptible de favoriser les abus et les fraudes. Pour les prévenir, Monsieur SIMLER suggère que soit étendue la disposition de l'article L. 621-112 du Code de commerce, actuellement réservée à l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure collective contre l'un des époux¹³⁰³. Les créanciers de l'époux défaillant, ou leur représentant, pourraient ainsi être admis à prouver par tous moyens que les biens acquis pendant la période suspecte l'ont été avec des valeurs provenant de cet époux. Une telle action ne

¹³⁰¹ « Pour un autre régime matrimonial légal », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, P.U.F., Ed. du Juris-Classeur, 1999, p. 455.

¹³⁰² En droit suisse, les époux communs en biens peuvent se voir imposer, de plein droit ou par décision du juge, un régime extraordinaire de séparation de biens, par exemple en cas de faillite d'un époux (C. civ. suisse, art. 185 à 192).

¹³⁰³ art. précit., p. 455.

pourrait cependant être exercée que pour les biens acquis durant les cinq années précédant la cessation des paiements ou la défaillance.

En revanche, la proposition de cet auteur de présumer que les biens acquis pendant la période suspecte l'ont été avec des fonds provenant de l'époux défaillant¹³⁰⁴ nous semble très excessive. En effet, ou bien le conjoint du débiteur exerce une activité professionnelle ou dispose de biens propres frugifères lui permettant d'acquérir des biens, auquel cas il n'y a pas de raison de présumer que les biens ont été acquis avec des fonds provenant de l'époux défaillant ; ou bien le conjoint du débiteur ne dispose d'aucun revenu, ni professionnel, ni du capital, auquel cas il sera très facile de rapporter la preuve que les biens acquis pendant la période suspecte l'ont été à l'aide de fonds provenant de l'époux débiteur.

675. Ensuite, il pourrait être soutenu que cette réduction de la responsabilité patrimoniale de chacun des époux sur les biens communs déroge au principe de la corrélation fondamentale entre l'étendue des prérogatives juridiques dont est titulaire une personne et l'étendue de la responsabilité qu'engendre l'exercice de ces prérogatives.

En vertu de l'adage *ubi emolumentum, ibi onus*, au pouvoir d'administration illimité doit en effet correspondre une responsabilité elle-aussi illimitée¹³⁰⁵. Dans la mesure où les époux conservent leurs pleins pouvoirs sur les biens communs mais ne les engagent plus que pour la moitié par leurs dettes professionnelles, la corrélation pouvoir-responsabilité est rompue¹³⁰⁶.

Toutefois, l'existence de ce principe fondamental n'a pas empêché le législateur d'y apporter des exceptions aux fins de favoriser le crédit des époux. En droit positif, les créanciers communs peuvent ainsi saisir les fruits et revenus du capital propre du conjoint de leur débiteur, alors même que ce dernier n'a aucun pouvoir de gestion active sur ceux-ci. Dès lors, si les exigences du crédit ont, à une époque, autorisé le législateur à déroger à la règle pouvoir-responsabilité, les exigences de protection d'une partie au moins du patrimoine commun pourraient, aujourd'hui, légitimement commander des dérogations à la règle¹³⁰⁷.

¹³⁰⁴ P. SIMLER, « Pour un autre régime matrimonial légal », in L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, P.U.F., Ed. du Juris-Classeur, 1999, p. 455.

¹³⁰⁵ Sur l'exposé de cette théorie, ses justifications et ses applications en droit positif, notamment au sein du régime de la communauté légale, V. B. FROMION-HEBRARD, « Plaidoyer pour une nouvelle approche juridique du patrimoine », P.A. 19 mai 2000, n°100, p. 30.

¹³⁰⁶ La situation est différente s'agissant de l'indivision. En effet, si les créanciers personnels de chaque indivisaire ne peuvent saisir les biens indivis, c'est précisément parce que leur débiteur ne possède pas de prérogatives privatives sur ces mêmes biens, telles que les époux communs en biens possèdent sur les biens communs.

¹³⁰⁷ En ce sens, P. SIMLER, art. précit., p. 458.

676. Nul doute, en revanche, que l'amélioration proposée retarderait considérablement le règlement définitif des créanciers. Les problèmes suscités par la liquidation d'un régime de communauté qui a un tant soit peu duré sont souvent redoutables et nécessitent des recherches longues et approfondies. En faire dépendre le règlement des dettes aggraverait certainement les retards, déjà trop grands, apportés au paiement des créanciers¹³⁰⁸. Cette critique est malheureusement très pertinente et seul un délai imposé aux époux pour liquider leur régime est susceptible d'y pallier.

Il est ainsi possible d'imaginer qu'un délai de l'ordre de six mois soit accordé aux époux, son non-respect entraînant déchéance de la protection et, en cas de fraude, application des sanctions prévues par le droit des procédures collectives¹³⁰⁹. Dans l'hypothèse d'une liquidation complexe, ainsi qu'en attesterait le notaire saisi, le délai initialement prévu pourrait cependant être allongé, à condition que des opérations aient d'ores et déjà permis de satisfaire, au moins en partie, les créanciers.

677. En fin de compte, la modification de l'article 1413 du Code civil dans le sens d'une réduction de l'assiette du gage de certains des créanciers communs rapprocherait très largement le régime de communauté d'une indivision, mais d'une indivision dotée d'une affectation précise : la satisfaction des dépenses d'intérêt commun et la participation du moins fortuné des membres du couple à l'enrichissement de l'autre¹³¹⁰. Dans ce système, les biens communs pourraient ainsi être saisis pour le tout et en nature si la dette est d'intérêt commun, tout comme les biens indivis peuvent être saisis pour le tout et en nature s'il s'agit d'une dette de l'indivision. A l'inverse, s'agissant d'une dette d'intérêt personnel, si le conjoint du débiteur sollicite un partage des biens communs, les créanciers pouvant alors se payer sur la quote-part revenant à leur débiteur, on retrouve la même situation que lorsque les créanciers personnels d'un indivisaire ont l'obligation de solliciter le partage du bien indivis, pour saisir la quote-part revenant à leur débiteur. La spécificité de la communauté tiendrait cependant en ce que le partage anticipé n'est pas obligatoire. Enfin, une dernière analogie avec l'indivision pourrait être constatée, après le partage des biens communs : les époux disposeraient en effet de la possibilité d'alimenter une nouvelle masse commune, tout comme les coïndivisaires ont la possibilité d'alimenter une nouvelle masse indivise.

¹³⁰⁸ F. DERRIDA, « Le sort du passif né du chef du conjoint en cas de redressement judiciaire d'un époux sous le régime de la communauté légale », in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec, 1993, p. 160.

¹³⁰⁹ Sur ces sanctions, V. Y. GUYON, *Droit des affaires*, Tome 2, *Entreprises en difficulté, redressement judiciaire, faillite*, Economica, 8^{ème} éd., 2001, p. 423 et s.

¹³¹⁰ Nous avons précédemment constaté que l'indivision, présente dans les couples sans communauté, n'était dotée d'aucune affectation précise, ce qui explique qu'elle ne soit pas une technique d'affectation aux charges de la vie commune et ne puisse, ainsi, être comparée au régime de communauté. V. *supra*, n°474.

Un tel rapprochement met alors en lumière le fait que l'article 1413 du Code civil est une pièce maîtresse du régime de communauté ; dès lors, modifier ce seul article revient à modifier en profondeur ce régime. Si, malgré la réduction du gage, les biens communs restent affectés au crédit personnel et professionnel de chacun des époux, l'affectation n'est plus maximale. De même, l'affectation au crédit pour les dépenses d'intérêt commun s'en ressent. Ces dernières pourraient certes toujours être recouvrées sur l'intégralité des biens communs. Toutefois, dans la mesure où les créanciers devraient s'interroger sur la destination de la dépense pour être certains de bénéficier du gage le plus large, l'affectation au crédit ménager ne serait plus aussi absolue que dans le régime de communauté tel qu'il existe en droit positif.

L'idée naît alors de modifier plus radicalement le régime de communauté. Si le problème est celui de l'affectation au crédit du couple, il est envisageable de supprimer le problème à la source, autrement dit de supprimer l'affectation des biens communs au crédit des époux. Tel serait le cas si la communauté était différée.

B. La communauté différée

678. Dans le système de la communauté différée, adopté par un certain nombre de législations étrangères¹³¹¹, les époux sont indépendants pendant la durée du mariage. En effet, durant la vie en couple, deux patrimoines seulement coexistent. Chacun des époux est donc propriétaire des biens de toute nature et de toute origine et répond par conséquent seul de ses dettes sur l'intégralité de son patrimoine. Les biens dont on ne pourrait prouver l'acquisition par l'un ou par l'autre, ou les biens acquis conjointement, forment une masse indivise entre les époux, soumise au régime légal de l'indivision, à défaut d'aménagement conventionnel.

Une distinction est toutefois établie entre les biens qui demeurent personnels aux époux et ceux qui ont vocation à entrer dans une masse commune reconstituée, en nature, à la fin du régime, pour être partagée entre les époux ou entre le conjoint survivant et les héritiers du *de cuius* en cas de dissolution par décès. Pour préserver la masse des acquêts destinés au partage, ces derniers sont alors susceptibles de faire l'objet d'une gestion contrôlée par leur auteur. Monsieur SIMLER propose ainsi que les actes de disposition les plus graves soient subordonnés à l'accord du conjoint ou, à défaut, du juge¹³¹².

¹³¹¹ V. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 716, n°759.

¹³¹² « Pour un autre régime matrimonial légal », in L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, P.U.F., Ed. du Juris-Classeur, 1999, p. 466.

679. Une telle conception de la communauté constituerait, en France, une véritable révolution puisqu'elle signifierait que le régime de communauté cesserait d'être une institution organisant la vie en couple. La communauté ne constituerait plus désormais qu'un système de participation à l'enrichissement de l'époux le moins fortuné.

Toute affectation des biens communs au crédit des époux étant supprimée, le problème lié aux difficultés financières de l'un des époux au cours de la communauté le serait également.

De surcroît, contrairement au système de la communauté à gestion séparée, dont le principe était susceptible d'être dénaturé par l'existence d'une masse commune intermédiaire¹³¹³, la masse indivise dans le régime de communauté différée, dont on peut également augurer l'importance quantitative et qualitative¹³¹⁴, ne conduirait pas au même résultat. En effet, dans la mesure où toute affectation des biens communs au budget des époux est écartée, la masse intermédiaire ne saurait être régie par les règles de l'actuelle communauté. La soumission au régime de l'indivision et, en particulier, aux règles du passif sur les biens indivis, devrait préserver ces derniers – à tout le moins la moitié en valeur – des créanciers de l'un ou l'autre des époux. Dans le système de la communauté différée, les difficultés financières de l'un des époux ne devraient donc pas entraîner la ruine de l'autre¹³¹⁵.

Naturellement, corrélativement à la disparition de l'affectation des biens communs au crédit des époux, celui d'entre eux qui ne dispose pas de revenus ou de biens ne dispose pas de crédit. Cet inconvénient n'est cependant que la contrepartie logique de la disparition du risque de ruine.

680. Toute la question est alors de savoir si cette modification en profondeur de la communauté est envisageable dans le paysage juridique mais également économique et sociologique français.

En premier lieu, rappelons que la suppression de la communauté réduite aux acquêts comme régime matrimonial légal n'entraîne pas nécessairement sa disparition comme régime conventionnel. Libre aux époux, informés des risques par leur notaire, d'adopter un tel régime.

¹³¹³ V. *supra*, n°663 et s.

¹³¹⁴ Pour les mêmes raisons exposées précédemment au sujet de la masse commune intermédiaire dans le régime de communauté à gestion séparée, V. *supra*, n°663 et s.

¹³¹⁵ La séparation des patrimoines devrait, en outre, faciliter l'évaluation de l'actif disponible et du passif exigible de l'époux en difficulté financière, auquel on songe à appliquer une procédure collective ou de surendettement.

En deuxième lieu, la suppression de la communauté comme institution d'organisation de la vie en couple ne nous semble pas un obstacle dirimant. Les règles impératives d'affectation des biens des époux aux charges de la vie commune, qui composent le droit commun impératif de la vie en mariage, organisent en effet de façon très satisfaisante la vie en couple.

En troisième et dernier lieu, une telle rénovation de la communauté se situerait dans la mouvance de libéralisation initiée par la loi du 23 décembre 1985. Cette dernière avait en effet introduit le principe de la gestion concurrente des biens communs et rendu licite tout contrat entre époux. Dans son prolongement, l'instauration de la communauté différée comme régime légal rendrait les époux soumis à ce régime pleinement indépendants dans leur vie quotidienne, sous réserve des dispositions composant le droit commun imposé de la vie en couple, sans pour autant que soit perdu l'idéal communautaire consistant à faire participer son conjoint à son enrichissement.

681. Conclusion de la Section 2 – Une alternative s'offre au législateur désireux de réformer la communauté pour éviter que la ruine de l'un de ses membres n'entraîne celle de l'autre. Le législateur peut, d'une part, souhaiter conserver le régime de communauté en tant qu'institution d'organisation de la vie en couple. La solution consiste alors à réduire l'affectation des biens communs au crédit des époux en limitant le gage des créanciers personnels d'un époux à la moitié des biens communs. Le législateur peut, d'autre part, souhaiter tarir la source du problème et supprimer de la communauté toute dimension d'organisation de la vie en couple. Dans cette hypothèse, les biens communs ne sont plus affectés au budget de leurs titulaires, mais seulement, à la dissolution du régime, à l'enrichissement du moins fortuné d'entre eux. La communauté serait alors une communauté différée.

Le choix entre ces deux branches dépend du caractère que revêt la communauté. Si, comme nous le suggérons, les régimes matrimoniaux peuvent être adoptés conventionnellement par le couple non marié, il est fort probable que ses membres opteront le plus souvent pour la communauté. Il n'y a pas dès lors à choisir entre les deux types de modification de la communauté, mais à les offrir toutes deux : communauté traditionnelle avec réduction du gage des créanciers communs personnels ou communauté différée. Quant au couple marié, la question se pose de savoir, à condition que le caractère supplétif de volonté soit justifié, si le régime légal doit être celui de la communauté traditionnelle réduite aux acquêts, auquel cas il apparaît nécessaire d'imposer la réduction du gage des créanciers

communs, ou s'il est envisageable de changer de régime légal, communauté différée ou participation aux acquêts, dans lesquels le risque de ruine n'existe pas¹³¹⁶.

682. Conclusion du Chapitre 2 – En droit prospectif, l'adaptation de la communauté pourrait prendre le visage de deux réformes différentes.

683. En premier lieu, l'adaptation de la communauté pourrait s'entendre d'un élargissement de son recours au couple non marié. Plus largement, le législateur pourrait mettre à la disposition du couple non marié l'ensemble des régimes de biens, actuellement réservés au couple marié. Dans cette perspective, l'accès à ces régimes « *patrimoniaux* » de couple¹³¹⁷ constituerait un élément d'un droit commun conventionnel de la participation à l'enrichissement au sein du couple.

Dans le Titre X du Code civil intitulé « Du couple », dans une Section 2nde consacrée aux dispositions communes conventionnelles, une disposition pourrait ainsi autoriser les membres d'un couple non marié à adopter, par convention notariée, le régime de communauté, le régime de participation aux acquêts, voire celui de séparation de biens. La disposition pourrait ainsi renvoyer respectivement aux articles 1400 à 1435 du Code civil pour le régime de communauté et ses diverses variantes, aux articles 1569 à 1581 du Code civil pour le régime de participation aux acquêts, et aux articles 1536 à 1543 du même code pour la séparation de biens¹³¹⁸. En outre, afin d'assurer un minimum d'indépendance aux membres d'un couple non marié sur leurs gains et salaires et sur leurs biens propres ou personnels quel que soit le régime de biens adopté, le droit commun impératif de la vie en couple devrait être complété par deux dispositions équivalentes aux articles 223 et 225 du Code civil. Celles-ci pourraient alors figurer dans la Section 1^{ère} du Titre X du Code civil, consacrée aux dispositions communes impératives de la vie en couple¹³¹⁹.

684. En second lieu, l'adaptation de la communauté pourrait s'entendre d'un perfectionnement technique. Le régime de communauté, tel qu'il est organisé en droit positif, se caractérise en effet, pendant la vie en couple, par une affectation maximale des

¹³¹⁶ Sur les avantages du régime de participation aux acquêts qui réalise l'association dans le meilleur... sans le pire, V. M. DE GAUDEMARIS, Le régime matrimonial de la participation aux acquêts, P.U.G., 1988.

¹³¹⁷ L'expression de « *régime patrimonial* » a été proposée par Monsieur SIMLER (« Le « régime matrimonial » des concubins », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 75).

¹³¹⁸ Cette disposition succèderait, dans cette perspective, aux dispositions consacrées au bien de couple, V. *supra*, n°283.

¹³¹⁹ Section dans laquelle figureraient également l'obligation civile des membres du couple de contribuer, proportionnellement à leurs facultés respectives aux charges de la vie commune, ainsi que la solidarité des dettes ménagères. V. *supra*, n°150.

biens communs au crédit des époux. Lourde de risques, particulièrement criants dans un contexte économique défavorable, l'étendue de l'affectation pourrait alors être réformée. S'agissant de la communauté traditionnelle, entendue de la communauté telle qu'elle existe aujourd'hui, l'article 1413 du Code civil pourrait être complété par un alinéa 2 ainsi rédigé : « *Toutefois, le paiement des dettes professionnelles d'un époux n'engage que la moitié de la communauté, à moins qu'elles n'aient été contractées avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses propres* ».

685. Conclusion du Titre 1 – Au terme de cette étude, il apparaît opportun, techniquement et symboliquement possible d'offrir aux membres d'un couple non marié la possibilité de soumettre leurs relations patrimoniales à l'un des régimes de biens originellement réservés au couple marié. L'accès du couple, quelle que soit la forme d'union, à des régimes identiques de participation à l'enrichissement conduirait alors à la consécration d'un droit commun conventionnel de la participation à l'enrichissement au sein du couple, favorisant une entraide maximale entre ses membres.

686. A cet égard, la constatation historique et sociologique selon laquelle vie commune et biens communs sont souvent étroitement liés semble confortée. Le lien n'est certes pas absolu ; il est cependant logique dès lors que les membres d'une communauté souhaitent établir des solidarités de vie, de travail ou de profit. Cette constatation a longtemps été topique au sein des communautés familiales ou quasi-familiales¹³²⁰. Le déclin de ces dernières, dû à des facteurs d'ordre politique, économique et sociologique, s'analyse alors davantage comme un rétrécissement aux communautés de couple, marié tout d'abord, indépendamment de sa forme ensuite. Or, de même que les communautés familiales ont servi de modèle aux institutions de mise en commun des biens dans le couple marié aux fins d'une solidarité maximale, ces dernières pourraient aujourd'hui servir de référence pour le couple désireux de s'inscrire dans une entraide maximale, indépendamment de son statut.

687. Un auteur a pu démontrer qu'il existe des degrés dans le mariage¹³²¹ ; la même expression peut être adoptée à propos du couple en général. Plusieurs combinaisons pourraient en effet être offertes à ses membres : engagement personnel et régime de participation à l'enrichissement ; engagement personnel sans régime de participation à l'enrichissement ; absence d'engagement personnel et régime de participation à l'enrichissement ; absence d'engagement personnel et absence de régime de participation à l'enrichissement. Le dénominateur commun à tous ces couples serait la soumission à des règles minimales d'organisation de la vie en couple ou de liquidation de la vie du couple. Au-delà de ces règles communes imposées, les membres d'un couple auraient toute liberté d'intensifier leur union, tant sur le plan personnel que pécuniaire.

¹³²⁰ J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, Petite bibliothèque sociologique internationale, Ed. Marcel Rivière et Cie, 1963.

¹³²¹ M. LAMARCHE, *Les degrés du mariage*, Thèse Bordeaux IV, 1997.

Proposer des modèles d'intensification de l'entraide au sein du couple pourrait apparaître vain aux yeux de certains, compte tenu de l'ignorance patente des Français relativement aux conséquences patrimoniales de la vie en couple et de leur organisation. A l'évidence, une telle réforme devrait être accompagnée d'une information juridique plus solide que celle actuellement diffusée¹³²².

688. D'un point de vue patrimonial, l'accès à un régime cohérent et efficace de participation à l'enrichissement témoignerait de la volonté du législateur de promouvoir l'entraide maximale dans le couple. La question se pose alors de savoir si la faveur législative pour la participation à l'enrichissement au sein du couple devrait être étendue à l'ensemble des modalités susceptibles d'atteindre cet objectif. Autrement dit, le problème est celui du choix des modalités de participation à l'enrichissement.

¹³²² Sur les carences de l'information juridique en France, V. *infra*, note 1335. A cet égard, l'information pourrait utilement être relayée par les Caisses d'allocations familiales ou encore les offices H.L.M.

TITRE 2. Le choix des modalités de participation à l'enrichissement

689. La faveur législative pour la participation à l'enrichissement au sein du couple marié et son influence sur le choix des modalités de participation à l'enrichissement est patente en droit positif. Tout d'abord, le choix est parfois exercé par le législateur à la place des époux, à défaut de manifestation contraire de leur part. Le caractère supplétif de la participation à l'enrichissement traduit ainsi la volonté du législateur de promouvoir l'entraide maximale dans le couple marié. Ensuite, les époux disposent de toute une gamme de modalités privilégiées de transfert de richesses, le choix s'opérant alors en fonction des privilèges accordés.

690. La problématique consiste dès lors à se demander dans quelle mesure la faveur législative pour la participation à l'enrichissement dans le mariage se justifie et, corrélativement, dans quelle mesure certaines de ces dispositions destinées à promouvoir l'entraide maximale au sein de l'union matrimoniale ne pourraient pas être étendues à tout couple, indépendamment de son statut. Cette étude devrait ainsi permettre de compléter les dispositions d'un droit commun de l'entraide maximale au sein du couple ou, à l'inverse, d'en identifier les limites.

691. La réflexion sera menée à l'aune des deux visages que la faveur législative pour la participation à l'enrichissement au sein du couple marié revêt actuellement. Ainsi, après avoir envisagé la question du caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement au sein du couple (**Chapitre 1.**), il sera nécessaire d'opérer, selon les couples, la sélection des dispositions privilégiant la participation à l'enrichissement (**Chapitre 2.**).

Chapitre 1. La question du caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement

Chapitre 2. La sélection des dispositions privilégiant la participation à l'enrichissement

Chapitre 1. La question du caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement

692. Dans la mesure où l'association à l'enrichissement n'est pas de l'essence du couple, elle ne saurait être imposée¹³²³. Dans la perspective d'une entraide maximale négociée, la faveur législative pour la participation à l'enrichissement peut alors se traduire par le caractère supplétif de volonté de certaines de ses modalités.

Tel est le cas au sein du couple marié. A défaut de contrat de mariage, les époux sont en effet soumis au régime légal de la communauté réduite aux acquêts. De même, lors de la dissolution du couple par décès, le conjoint survivant bénéficie de droits successoraux *ab intestat*, substantiellement accrus par la loi du 3 décembre 2001. Tel est également le cas, mais dans une moindre mesure, lorsque les concubins sont unis par un pacs. Les présomptions d'indivision qui conduisent parfois, indirectement, l'un des partenaires à participer à l'enrichissement de l'autre, sont en effet supplétives de volonté. En revanche, les partenaires d'un pacs n'héritent pas l'un de l'autre¹³²⁴. S'agissant enfin des concubins simples, aucune modalité de participation à l'enrichissement n'est supplétive de volonté.

693. Ce constat de diversité conduit à s'interroger sur la justification du caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement. Corrélativement, la question se pose de savoir si le rapprochement entre les différents couples devrait conduire la loi à favoriser la participation à l'enrichissement au sein du couple, marié ou non, en imprégnant à certaines de ses modalités un caractère supplétif de volonté. Quelques unes des justifications parfois avancées au soutien du régime matrimonial légal communautaire ou des droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant semblent plaider en ce sens. Ces justifications se révèlent cependant inadéquates (**Section 1.**). Il apparaît en effet que le caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement trouve sa justification exclusivement dans l'engagement de mariage (**Section 2.**).

Section 1. Les justifications inadéquates

Section 2. La justification dans l'engagement de mariage

¹³²³ Sur le rejet du caractère impératif de la participation à l'enrichissement, V. *supra*, n°612 et s.

¹³²⁴ Le gouvernement a ainsi rejeté un amendement parlementaire tendant à étendre aux partenaires d'un pacs le régime successoral du conjoint survivant : J.O. A.N. C.R., 6 février 2001, p. 113 et s.

Section 1. - Les justifications inadéquates

694. Pour reprendre une formule utilisée de façon récurrente lors des travaux et débats parlementaires préalablement à l'adoption de la loi du 3 décembre 2001, il s'est agi, pour régler la dévolution légale des successions, de passer d'une logique du sang à une logique de l'affection¹³²⁵. S'il est alors certain que l'affection n'est pas l'apanage du mariage, il est douteux qu'elle parvienne, à elle-seule, à justifier le caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement au sein du couple, indépendamment de la diversité des statuts.

695. La volonté tacite de faire participer son conjoint à son enrichissement ou la création de concert de l'enrichissement ont alors souvent été invoquées au soutien du régime matrimonial légal communautaire et des droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant. Si elles étaient retenues, ces justifications permettraient d'envisager le caractère supplétif de volonté de certaines modalités d'association à l'enrichissement entre concubins, partenaires d'un pacs ou non.

Ni l'une ni l'autre de ces justifications n'expliquent cependant le caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement au sein du couple marié. Par conséquent, elles ne sauraient davantage fonder un élargissement de la faveur législative au couple non marié. Doivent ainsi être rejetées la volonté tacite de participation à l'enrichissement, d'une part (§ 1.) et la création de concert de l'enrichissement, d'autre part (§ 2.).

§ 1. *La volonté tacite de participation à l'enrichissement*

696. Les dispositions légales dont les particuliers peuvent, par convention, écarter l'application sont parfois dénommées lois interprétatives de volonté. Dans cette optique, l'on tend parfois à considérer que l'application de la règle correspond à une volonté implicite des cocontractants. La volonté tacite des époux d'associer chacun d'entre eux à l'enrichissement de l'autre expliquerait de la sorte le caractère supplétif de volonté du régime matrimonial légal de communauté et des droits successoraux *ab intestat*. Il apparaît cependant que le caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement au sein de l'union matrimoniale n'est pas une règle interprétative de volonté mais une loi dispositive, laquelle

¹³²⁵ V. *supra*, n°459.

traduit la volonté du législateur de favoriser la participation à l'enrichissement, excluant par conséquent toute volonté tacite de ses destinataires. Ainsi, après avoir décrit la thèse de la volonté tacite (A.), les motifs de son rejet seront exposés (B.).

A. La thèse de la volonté tacite

697. Longtemps, le régime matrimonial dit légal, qui s'applique automatiquement aux époux qui n'ont pas établi de convention matrimoniale, a été envisagé comme un régime conventionnel tacite. Cette analyse, courante au XIX^{ème} siècle, s'inscrivait dans le contexte particulier de l'impérialisme de la théorie de l'autonomie de la volonté¹³²⁶. Les époux ayant la possibilité de rejeter par contrat de mariage le régime légal, il était alors tout naturel de considérer, en l'absence de convention contraire, que c'était bien lui qu'ils avaient convenu d'adopter. La terminologie légale reflétait du reste cet état d'esprit. Dans le Code civil de 1804, les régimes matrimoniaux étaient en effet réglementés au Titre V du Livre III, sous l'intitulé *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*.

Selon cette thèse, puisque le régime légal est un régime communautaire, la soumission au régime légal pourrait être constitutive d'une volonté tacite des époux de participer à l'enrichissement l'un de l'autre.

L'idée peut être reprise à propos des droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant. Il est ainsi fréquemment soutenu que la succession *ab intestat*, qui vise à remédier à l'absence de volonté exprimée par le défunt, repose sur la volonté présumée de ce dernier¹³²⁷. L'idée de testament présumé, avancée au cours des travaux préparatoires du Code civil de 1804, était courante à l'époque où dominait la doctrine de l'autonomie de la volonté. Aujourd'hui, il est également usuel de souligner le rôle des affections présumées comme fondement de la succession *ab intestat*, lequel se serait traduit en particulier par la promotion ininterrompue du conjoint survivant, dont le point d'orgue serait la loi du 3 décembre 2001. En n'utilisant pas la possibilité d'exhérer son conjoint, le *de cuius* aurait ainsi tacitement manifesté sa volonté de communiquer à celui-ci une partie de ses richesses, afin de lui garantir le maintien de son train de vie. L'argument peut également être invoqué

¹³²⁶ L'origine de la thèse remonte cependant à plus loin. V. V. RANOUIL, L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept, P.U.F., 1980.

¹³²⁷ En ce sens, M. GRIMALDI, Droit civil, Successions, Litec, 6^{ème} éd., 2001, p. 37, n°40.

V. également l'idée de testament tacite chez certains jusnaturalistes, à l'occasion de la réflexion philosophique sur l'héritage et, en particulier, sur le droit de tester. V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les successions. Les libéralités, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1997, p. 18, n°18.

selon lequel près des deux tiers des successions dont connaissent les notaires comportent une disposition en faveur du conjoint survivant¹³²⁸.

698. Dans cette perspective, il ne serait pas exclu d'adapter la thèse de la volonté tacite aux présomptions d'indivision dans le pacs. Ainsi, le fait pour l'un des partenaires de ne pas écarter la présomption d'indivision pourrait être analysé comme une volonté implicite d'acquérir le bien en commun, dans le dessein de faire participer son compagnon de vie à son enrichissement. Cette analyse rejoint celle adoptée par le gouvernement lorsqu'il affirme que le financement de la part indivise d'un partenaire par l'autre doit être analysé comme une donation, à moins d'apporter la preuve contraire d'un prêt¹³²⁹.

Dans l'hypothèse particulière dans laquelle se prononçait le ministère de la Justice, l'acquisition ou la souscription est réalisée à l'insu du partenaire de l'acquéreur. Il est alors impossible d'affirmer qu'une donation ou un prêt des deniers nécessaires à l'acquisition de la part indivise a uni les partenaires. En effet, la donation et le prêt sont des contrats qui nécessitent le consentement des deux parties. En l'absence de consentement, puisque l'acquisition a été faite par l'un à l'insu de l'autre, il faut en déduire que la conclusion même du pacs s'analyse comme un consentement tacite, donné par avance : consentement tacite du partenaire acquéreur et consentement tacite de son compagnon.

Dans la réponse ministérielle, la difficulté tient cependant à ce que le consentement s'analyserait parfois comme un consentement à une donation et parfois comme un consentement à un prêt¹³³⁰. Compte tenu de ces difficultés, la solution pourrait consister à analyser le consentement au pacs comme une volonté tacite de faire participer son partenaire à son enrichissement, celle-ci ne cédant que devant une manifestation contraire expresse, autrement dit devant l'exclusion de la présomption d'indivision dans la convention de pacs s'agissant des meubles meublants, ou dans l'acte d'acquisition ou de souscription s'agissant des autres biens acquis à titre onéreux depuis la conclusion du pacte. Dès lors, chaque fois que la présomption d'indivision n'a pas été écartée expressément, le financement du bien par un seul des partenaires devrait s'analyser comme une donation tacite des deniers nécessaires, sans que la preuve d'un prêt puisse être rapportée.

¹³²⁸ V. M.-C. CATALA DE ROTON, *Les successions entre époux*, Economica, 1990, resp. p. 97, n°109 et p. 101, n°114 et s.

¹³²⁹ R.M. n°23816, Dr. Fam. 2001, comm. n°27, obs. H. LECUYER.

¹³³⁰ En ce sens, H. LECUYER, obs. sous R.M. n°23816, Dr. Fam. 2001, comm. n°27 : « *comment un consentement global pourrait-il par la suite se décliner différemment pour un acte et pour un autre à propos desquels un consentement spécifique n'est pas donné ?* ».

699. On aperçoit d'ores et déjà le caractère artificiel de la volonté tacite, fondement du caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement entre les partenaires d'un pacs. Toutefois, c'est de manière générale que la thèse de la volonté tacite doit être rejetée comme fondement du caractère supplétif de volonté de l'association à l'enrichissement au sein du couple.

B. Le rejet de la thèse de la volonté tacite

700. La thèse de la volonté tacite a depuis longtemps été rejetée par la doctrine.

Un argument commun au régime légal et aux droits successoraux légaux tient à ce qu'ils s'appliquent, non seulement lorsque les époux n'ont pas conclu de contrat de mariage ou n'ont pas testé, mais également lorsque les époux ont conclu un contrat nul ou lorsque le testament est nul, toutes hypothèses où la volonté est dénuée d'effets. Le régime légal peut ainsi, dans ce cas, être fort éloigné des intentions des époux, comme les droits successoraux légaux peuvent être fort éloignés de la volonté du défunt.

Quant à la place assignée au régime légal dans le Code civil de 1804 – sous l'intitulé *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*¹³³¹ – elle n'était sans doute pas très révélatrice compte tenu du « *caractère empirique et très peu scientifique du plan du Code civil* »¹³³². En tout état de cause, ce dernier argument est caduque. La loi du 13 juillet 1965 a en effet modifié le Titre V du Code civil, désormais intitulé *Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux*.

L'idée de testament présumé doit également être exclue dans la mesure où la volonté présumée du *de cuius*, qui fonde la succession, est en réalité une volonté présumée par interprétation de la loi, de façon abstraite et qui lui sied¹³³³ : les affections présumées sont celles définies et favorisées par le législateur. En 1804, il était ainsi patent que la dévolution légale était fondée sur les affections présumées du défunt telles que les entendait le législateur, à savoir les membres de la famille par le sang. Aujourd'hui, si l'on s'accorde sur le fait que la dévolution légale correspond davantage aux véritables affections présumées du défunt, rien ne permet cependant d'y déceler une volonté tacite. En effet, fonder les droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant sur l'affection présumée du défunt ne correspond à aucune réalité si les époux étaient engagés dans une procédure de divorce lorsque le décès de l'un d'eux est intervenu. Il est ainsi communément admis que le

¹³³¹ V. *supra*, n°697.

¹³³² A. COLOMER, *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, Litec, 11^{ème} éd., 2002, p. 7, n°4.

¹³³³ V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les successions. Les libéralités*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1997, p. 10, n°12 et s.

fondement des affections présumées, qui évoque une volonté tacite, doit être combiné avec celui des devoirs de famille, qui l'exclut. Les personnes désignées par l'affection présumée du défunt sont dès lors les mêmes que les bénéficiaires des devoirs de famille¹³³⁴. Simplement, ces devoirs de famille ont été étendus au-delà de la famille par le sang, pour englober le conjoint survivant.

701. Un dernier argument milite en faveur du rejet de la volonté tacite. D'un point de vue sociologique, fonder la participation à l'enrichissement résultant de l'application du régime légal ou des droits successoraux *ab intestat* sur la volonté tacite des époux n'a guère de sens. Il est en effet manifeste que dans l'immense majorité des cas, les époux ignorent tout du statut qui régit leurs relations patrimoniales, qu'il s'agisse du régime matrimonial ou des droits successoraux¹³³⁵. De même, on peut craindre qu'un grand nombre de partenaires d'un pacs ne soit aucunement conscient de l'existence des présomptions d'indivision. Les constructions juridiques qui se fondent sur cette volonté tacite ne peuvent, par conséquent, qu'être artificielles. Ainsi, la construction précédemment proposée pour l'analyse des présomptions d'indivision dans le pacs n'est qu'accumulation de présomptions et d'interprétations de volonté sans grande valeur scientifique.

Fonder systématiquement les lois applicables à défaut de manifestation de volonté contraire sur la volonté implicite de leurs destinataires figure, du reste, parmi les excès auxquels conduisit le dogme de l'autonomie de la volonté et sur lesquels le droit français est très largement revenu en raison du caractère artificiel qu'ils pouvaient revêtir, mais

¹³³⁴ Sur le fondement de la dévolution légale et son évolution, V. M. GRIMALDI, Droit civil, Successions, Litec, 6^{ème} éd., 2001, p. 43, n°50 et s.

¹³³⁵ Ce qui relève, pour une bonne partie, de la responsabilité de la société. En ce sens, M. BRAZIER, « Réforme du divorce : améliorer ou trahir la loi de 1975 ? », *Gaz. Pal.* 1999, doct., 1, p. 710 : « *notre Société considère avoir rempli son devoir d'information et d'éducation civique, en instituant un régime matrimonial ou en permettant le choix d'autres conventions et en obligeant l'officier d'état civil à lire quelques articles du Code civil dans l'atmosphère mondaine et euphorique du mariage... C'est un peu léger pour induire une autonomie responsable chez les futurs époux* ». V. aussi F. DE SINGLY, cité par M. BRAZIER, « Le nouveau divorce : l'échec conjugal sans faute », *Gaz. Pal.* 2002, doct., 1, p. 303 : « *aujourd'hui les personnes qui se marient ne font pas une démarche volontaire en vue du choix d'un régime matrimonial : elles sont complètement prises par l'aspect affectif et non par l'aspect matériel... Il faudrait une préparation plus sérieuse au mariage... Alors que la logique est contractuelle la plupart des gens se désintéressent du contrat de mariage, ce qui est complètement fou !* ».

Prenant conscience de ces lacunes, le législateur a prévu, dans la loi du 3 décembre 2001, la délivrance aux futurs époux d'une information sur le droit de la famille. Les modalités de délivrance ainsi que la teneur de l'information pré-nuptiale, déterminées par décret, ne garantissent cependant pas une information complète et effective. V. G. GRILLON, « L'information pré-nuptiale. Décret n°2002-1556 du 23 décembre 2002 », *J.C.P.* 2003, éd. G, *Aperçu rapide* 87.

Sur les résultats des enquêtes d'opinion, en particulier celle de 1965, et la méconnaissance des Français des règles matrimoniales et successorales, V. M.-C. CATALA DE ROTON, Les successions entre époux, *Economica*, 1990, p. 21, n°33 et s.

également des dangers auxquels ils pouvaient donner lieu¹³³⁶. L'appellation de lois supplétives de volonté plutôt qu'interprétatives de volonté est ainsi préférable.

702. Affinant le raisonnement, la doctrine distingue les lois dispositives des lois supplétives ou interprétatives : « *il y a loi dispositive lorsque le législateur, sans soumettre les particuliers à un régime impératif, donc en leur laissant une grande liberté de choix, leur indique que, s'ils n'usent pas de cette liberté, ils seront soumis à un ensemble de règles dont le contenu ne correspondra pas nécessairement – que ce soit de manière expresse ou tacite – à leur volonté. Bien mieux il se pourra que ces lois dispositives leur soient appliquées, alors qu'ils ont pu manifester la volonté d'y échapper, mais sans avoir pu ou su exprimer régulièrement cette volonté d'élimination* »¹³³⁷. Au vu de cette définition, il faut conclure avec Messieurs TERRE et SIMLER que le caractère supplétif du régime de la communauté réduite aux acquêts trouve son origine dans « *l'existence d'une loi dispositive – et non pas seulement interprétative de volonté – tendant à favoriser le régime légal* »¹³³⁸. L'analyse est identique s'agissant des droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant. Le régime matrimonial légal de communauté et les droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant témoignent ainsi de la faveur de la loi pour la participation à l'enrichissement au sein du couple marié.

En revanche, il est plus difficile d'affirmer que la loi a voulu promouvoir la participation à l'enrichissement entre les partenaires d'un pacs, par le biais des présomptions d'indivision. Incontestablement, les conditions restrictives dans lesquelles le partenaire peut écarter la présomption¹³³⁹ témoignent du fait que la loi a souhaité encourager la mise en commun de biens. Toutefois, dans la mesure où la loi ne présume pas l'intention libérale en cas de financement par un seul de l'acquisition indivise, la participation à l'enrichissement n'est pas supplétive de volonté entre les partenaires d'un pacs. En droit positif, les présomptions d'indivision ne sauraient par conséquent être analysées comme participant d'une loi dispositive, destinée à favoriser la participation à l'enrichissement entre les partenaires.

703. Si le caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement au sein du couple marié ne repose pas sur la volonté implicite des époux mais témoigne de la

¹³³⁶ Sur la thèse de l'autonomie de la volonté, ses insuffisances et les tempéraments qui lui ont été apportés, V. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 5^{ème} éd., 2000, p. 304, n°282.

Dans notre contexte, la thèse de la volonté implicite autoriserait ainsi tous les excès, tel celui qui consiste à présumer l'intention libérale dans les relations au sein d'un couple (V. *supra*, n°514 et s.), ce qui reviendrait fréquemment à imposer la participation à l'enrichissement.

¹³³⁷ F. TERRE, *op. cit.* p. 453, n°425.

¹³³⁸ *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 18, n°18.

¹³³⁹ V. *supra*, n°527.

faveur législative pour la participation à l'enrichissement, la question se pose de la justification de cette faveur. L'explication pourrait alors résider dans la création de concert de l'enrichissement.

§ 2. *La création de concert de l'enrichissement*

704. L'idée a pu être avancée selon laquelle le régime légal de la communauté réduite aux acquêts et les droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant seraient légitimés par la contribution de chaque époux à la conservation et à l'accroissement du patrimoine de l'autre ou du patrimoine commun. La création de concert de l'enrichissement justifierait ainsi la faveur de la loi pour la participation de chacun des époux à l'enrichissement de l'autre, par le biais du caractère supplétif de volonté de cette dernière. L'idée doit cependant être rejetée tant pour le régime légal de la communauté réduite aux acquêts (A.) que pour les droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant (B.).

A. Le rejet de la création de concert de l'enrichissement, fondement du régime légal de la communauté réduite aux acquêts

705. Il est parfois soutenu que le caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement au sein du couple marié, réalisée par le régime légal de la communauté réduite aux acquêts, serait justifié par la participation des deux époux à l'enrichissement respectif l'un de l'autre. L'idée repose sur le postulat selon lequel les biens acquis à titre onéreux après que l'union des personnes a été scellée proviennent de l'activité commune de ses deux membres. L'enrichissement trouverait ainsi sa source dans le travail de chacun. Dans cette perspective, puisque chaque membre contribue par son industrie à l'enrichissement de l'autre, il semble juste qu'il en recueille les fruits et qu'il soit intéressé aux bénéfices¹³⁴⁰. Cette idée semble du reste confortée par l'article 1442, alinéa 2, du Code civil, selon lequel la date de dissolution de la communauté doit être reportée, dans les rapports entre époux, au jour de la cessation de la cohabitation et de la collaboration, entendue comme la collaboration à la gestion des acquêts mais également à leur création¹³⁴¹.

706. Il paraît cependant douteux de fonder le caractère supplétif du partage à parts égales des biens communs dans le régime de la communauté réduite aux acquêts sur l'idée

¹³⁴⁰ V. par exemple M. TROPLONG, *Du contrat de mariage*, Tome 1, Hingray Ed., 1850, p. CXVII et s.

¹³⁴¹ V. par exemple C.-I. FOULON-PIGANIOL, note sous Civ. 1^{ère} 28 février 1978, D. 1979, 597.

de justice, qui conduit à partager l'enrichissement lorsque les époux ont tous deux contribué à sa création. Du reste, s'il est juste de partager à parts égales l'enrichissement réalisé de concert, la justice ne devrait-elle pas imposer le régime de communauté réduite aux acquêts dès lors qu'il est avéré que l'enrichissement est l'œuvre de plusieurs, au sein d'un couple marié comme entre toutes personnes ?

En réalité, il ne suffit pas de dire qu'il est juste de partager l'enrichissement créé de concert pour justifier que la communauté réduite aux acquêts soit le régime légal. Il existe en effet deux sortes de justice, développées par ARISTOTE¹³⁴². Pour qui s'attache à la justice commutative, le partage de l'enrichissement devrait être fondé sur une appréciation objective, arithmétique, de la contribution de chacun des époux à l'enrichissement commun. Telle n'est pas la règle dans le régime légal dans la mesure où le partage de la masse commune n'est pas proportionnel à la contribution de chacun des époux à l'alimentation de celle-ci¹³⁴³. Il faudrait alors, pour fonder le partage de la communauté sur la justice commutative, présumer irréfragablement que les époux ont contribué à parts rigoureusement égales à l'alimentation de la masse commune. Une présomption irréfragable n'est cependant pas autre chose qu'une règle de fond. C'est dire que le partage à parts égales de l'enrichissement dans le régime légal ne repose pas sur la justice commutative et la création de concert de l'enrichissement, mais sur la justice distributive, qui vise, quant à elle, à opérer entre les personnes la meilleure répartition des richesses. Et, selon le législateur, la meilleure répartition des richesses entre les époux est le partage à parts égales des acquêts, indépendamment de la contribution respective des époux à la masse commune. Tels sont, du reste, l'origine et l'avantage de la communauté : assurer un émolument à l'époux qui n'a pas travaillé pour son profit personnel, voire n'a pas travaillé du tout¹³⁴⁴. Se vérifie donc l'assertion selon laquelle le régime légal – loi dispositive – témoigne de la faveur législative pour la participation à l'enrichissement au sein du couple marié. En revanche, la création de concert de l'enrichissement n'en constitue pas le fondement.

Il pourrait certes être argué que l'intensité des relations entre époux conduit le plus fréquemment à la réalisation commune de l'enrichissement, sans qu'il soit possible d'identifier précisément la contribution de chacun. Néanmoins, la fréquence de la situation ne saurait, à elle seule, justifier l'application du régime légal à tous les couples mariés sans contrat et la faveur législative qu'elle traduit pour ce mode de répartition des richesses. En outre, la question se poserait d'une inégalité de traitement entre couple marié et couple non marié, dans la mesure où il y est également très fréquent, ainsi qu'en témoignent les recueils

¹³⁴² Sur les notions de justice commutative et distributive, V. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 5^{ème} éd., 2000, p. 14, n°12 et p. 139, n°133.

¹³⁴³ V. *supra*, n°506.

¹³⁴⁴ V. J. MONNET, J.-Cl. Civ., art. 1400 à 1403, fasc. 10, 2001, spéc. n°10.

de jurisprudence, que les deux membres du couple contribuent à l'enrichissement l'un de l'autre.

707. Insuffisante pour justifier le caractère supplétif de volonté du régime de la communauté réduite aux acquêts, la création de concert de l'enrichissement ne parvient pas davantage à fonder le bénéfice des droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant.

B. Le rejet de la création de concert de l'enrichissement, fondement des droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant

708. L'idée de la création de concert de l'enrichissement est souvent invoquée au soutien des droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant, « *l'artisan naturel de la fabrication du patrimoine familial et, par conséquent, le bénéficiaire naturel de la transmission de celui-ci* »¹³⁴⁵. Deux auteurs affirment ainsi que « *si le conjoint hérite, c'est parce que la loi postule qu'il a participé à la vie de son conjoint, qu'il l'a aidé à accumuler et à gérer de la richesse (même si, en réalité, il n'en est rien)* ». Et d'en conclure que « *pour peu qu'une union d'un autre type revête les caractères du mariage qui fondent les droits de succession du conjoint survivant (stabilité du lien, communauté de vie, etc.), on voit mal comment dans vingt ans (le temps de maturation de la loi du 3 décembre 2001) on pourrait refuser les mêmes droits à un concubin ou à un pacsé* »¹³⁴⁶.

709. Incontestablement, l'argument selon lequel le patrimoine contemporain se compose davantage de biens acquis à titre onéreux – au financement desquels les deux époux contribuent fréquemment – que de biens acquis à titre gratuit notamment par succession, a pesé lourd en faveur de l'accroissement de la vocation successorale du conjoint survivant. Toutefois, la création de concert de l'enrichissement ne parvient pas à justifier le principe même de l'octroi de droits successoraux au conjoint survivant, dans la mesure où ces droits ne s'exercent pas seulement sur les biens acquis à titre onéreux par le *de cujus* pendant la durée du mariage, au financement desquels le conjoint survivant a pu contribuer, mais sur l'intégralité du patrimoine du défunt. En cas de communauté, les droits successoraux du conjoint survivant s'exercent en effet sur la part de biens communs revenant au défunt, ainsi

¹³⁴⁵ M. BEAUBRUN, « Droits du conjoint survivant : une réforme pour le plaisir (A propos de la proposition de loi n°2867) », *Defrénois* 2001, art. 37386, p. 899.

¹³⁴⁶ F. BELLIVIER et J. ROCHFELD, « Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 », *R.T.D. Civ.* 2002, p. 162.

que sur son patrimoine propre¹³⁴⁷. C'est dire que, lorsqu'elle vise les droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant, l'expression de participation à l'enrichissement doit être entendue dans le sens large de participation à la richesse du défunt, indépendamment de la date ou du mode de constitution de celle-ci¹³⁴⁸.

Un autre argument témoigne également du fait que les droits successoraux *ab intestat* sont distincts de la réalisation de concert de l'enrichissement : le survivant d'un mariage de courte durée bénéficie de droits successoraux identiques en tous points à ceux du survivant d'un mariage ayant duré de longues années. Placé en concours avec des descendants communs, le conjoint survivant bénéficie ainsi, quelle que soit la durée du mariage, de la possibilité d'opter entre l'usufruit de la totalité et la pleine propriété du quart de la succession (C. civ., art. 757).

Dans la mesure où les droits successoraux du conjoint survivant sont distincts de la création de concert de l'enrichissement, ce dernier argument ne saurait, par conséquent, en légitimer le caractère supplétif.

710. La question se poserait sans doute en des termes légèrement différents s'il existait une corrélation entre les droits successoraux du conjoint survivant et les droits que ce dernier tire de l'application du régime matrimonial. Il est en effet envisageable d'accroître les droits tirés d'un régime matrimonial communautaire en cas de dissolution par décès¹³⁴⁹. Le fait que les droits successoraux *ab intestat* portent sur la masse commune constituée

¹³⁴⁷ L'absence de lien entre les droits successoraux *ab intestat* et la création de concert de la richesse est poussée à son extrême dans l'hypothèse du concours entre le conjoint survivant et les frères ou sœurs du défunt. Le conjoint survivant a en effet vocation à l'intégralité de la succession, y compris à la moitié des biens de famille qui se retrouvent en nature, seule l'autre moitié étant dévolue aux frères et sœurs du *de cuius* (C. civ., art. 757-3). Pour une appréciation critique de cette disposition, V. G. GOUBEUX, « Réforme des successions : l'inquiétant concours entre collatéraux privilégiés et conjoint survivant (A propos de l'article 757-3 du Code civil) Pourquoi faire simple ?... », *Defrénois* 2002, art. 37519, p. 427.

¹³⁴⁸ Ce ne sont donc que des raisons de commodité qui nous autorisent à utiliser l'expression de participation à l'enrichissement pour désigner indifféremment la finalité du régime matrimonial de la communauté réduite aux acquêts ou celle des droits successoraux *ab intestat*.

¹³⁴⁹ En ce sens, V. G. PEYRARD, « Conjoint survivant : une réforme successorale inutile », *D.* 2001, Point de vue 3539. Selon cet auteur, une autre voie, meilleure que celle adoptée en droit positif, permettrait au conjoint survivant d'occuper dans la succession la place qui lui convient. L'idée de départ est la suivante : « *les deux époux se sont associés dans la recherche des meilleures conditions pour l'entretien et l'éducation des enfants et pour atteindre l'épanouissement matériel et moral de toute la famille. Qu'ainsi sont réunies les conditions d'une association qui a eu pour objectif la sécurité matérielle et la recherche d'une existence heureuse, au-delà de la seule période de vie commune dont ils ignorent la durée, comme ils ignorent lequel des deux aura à supporter la séparation* ». Par conséquent, « *la meilleure manière de répondre aux aspirations des conjoints c'est de tirer les conséquences de leurs efforts communs. Il faut prévoir un partage inégalitaire, avantageant le survivant, dès lors que la communauté s'est faite par décès. Il n'y aura ainsi nulle injustice vis-à-vis de la génération suivante qui, en raison de l'allongement de la durée de vie, aura elle-même construit l'essentiel du cadre de son existence, ni atteinte à la règle de la protection des biens de famille, la communauté se réduisant aux acquêts, ni nécessité de modifier, toujours maladroitement, notre droit successoral* ». Concrètement, l'auteur suggère d'attribuer les trois quarts de la masse commune au survivant.

pendant le mariage serait certes d'autant moins justifié par la création de concert de l'enrichissement, que le partage ne serait pas proportionnel à la contribution de chacun des époux à la création de la masse commune. La présomption d'alimentation commune contribuerait en revanche à légitimer la primauté du conjoint survivant sur les autres héritiers.

En droit positif, l'absence de corrélation entre les droits successoraux *ab intestat*¹³⁵⁰ du conjoint survivant et le régime matrimonial est du reste remarquable car elle témoigne de la force de la faveur législative pour la participation à l'enrichissement au sein du couple marié. Reconnaître des droits de succession *ab intestat* au conjoint survivant, c'est en effet, au cas de communauté légale ou conventionnelle, ajouter à ce que son régime matrimonial lui octroie. La participation à l'enrichissement est donc renforcée¹³⁵¹. Dans la situation inverse de choix d'un régime matrimonial séparatiste, en dépit de l'exclusion par les époux de la participation à l'enrichissement, la loi laisse ouverte une voie, celle des droits successoraux *ab intestat*, afin qu'une partie de la richesse du défunt soit, à défaut de disposition contraire, communiquée au survivant¹³⁵². A nouveau, l'absence de corrélation entre régime matrimonial et droit successoral témoigne de la volonté du législateur de promouvoir la participation à l'enrichissement au sein du couple marié.

711. Le partage à parts égales des acquêts et le bénéfice des droits successoraux *ab intestat* ne sont donc pas fondés sur la justice commutative qui conduit à partager les fruits de l'enrichissement lorsqu'il a été créé de concert. Il s'agit donc bel et bien de conférer un

¹³⁵⁰ L'absence de corrélation ne signifie pas l'absence de relation entre régime matrimonial et vocation successorale du conjoint. Historiquement, les deux méthodes ont ainsi été alternativement utilisées pour protéger le conjoint survivant. Récemment encore, avant la loi du 3 décembre 2001, la soumission de 90 % des époux au régime de communauté apparaissait, aux yeux de certains, comme une contrepartie équitable à la faible étendue des droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant. Sur ces éléments, V. *supra*, n°408.

¹³⁵¹ L'opinion contraire peut être soutenue selon laquelle le conjoint ne saurait recevoir des deux côtés à la fois. Tel était le système jadis en vigueur au Québec qui prévoyait que, pour succéder à son conjoint, l'époux devait, au préalable, renoncer à ses droits dans la communauté ou dans la société d'acquêts (C. civ. Bas-Canada, art. 624-c). Dans un système tel que celui-ci, la participation à l'enrichissement au sein du couple marié n'est pas autant favorisée qu'elle ne l'est dans le système français.

¹³⁵² Néanmoins, si les époux ont choisi un régime séparatiste, il peut être soutenu qu'ils ont entendu exclure toute association à la prospérité l'un de l'autre, tout droit successoral *ab intestat* devant par conséquent être écarté.

Cette position nous semble très critiquable si elle ne repose que sur la volonté tacite des époux (V. *supra*, n°700 et s.). Il est ainsi fréquent que des époux adoptent un régime séparatiste lorsque l'un d'entre eux exerce une activité professionnelle à risques. Le choix de la séparation de biens est alors celui de la séparation des passifs plutôt que celui de la non-communication des richesses. Rien ne permet donc d'en déduire la volonté tacite des époux séparés de biens d'exclure toute association à la richesse l'un de l'autre, en particulier en cas de dissolution du mariage par décès.

En revanche, l'exclusion des droits successoraux *ab intestat* pour le conjoint survivant séparé de biens serait davantage compréhensible s'il traduisait la moindre faveur du législateur pour la participation à l'enrichissement au sein du couple marié.

avantage. La question n'est par conséquent toujours pas résolue de savoir pourquoi la communication des richesses n'est favorisée qu'au sein du couple marié, par le biais du caractère supplétif de volonté de certaines des modalités qu'elle revêt.

712. Conclusion de la Section 1 – Dans les faits, il est possible, voire fréquent, que l'un des époux ait tacitement voulu, par la soumission au régime légal ou par l'absence d'exhérédation de son conjoint, faire participer ce dernier à son enrichissement ou encore que l'enrichissement ait effectivement été réalisé de concert par le travail des deux membres du couple. Ces éléments de fait ne sauraient toutefois suffire à fonder le caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement au sein du couple. D'une part, la thèse de la volonté tacite est insuffisante car la loi supplétive de volonté n'est pas interprétative de volonté mais dispositive : elle traduit la faveur de la loi pour la participation à l'enrichissement entre les époux. D'autre part, la thèse de la création de concert de l'enrichissement n'explique pas davantage la faveur législative pour la participation à l'enrichissement dont bénéficie, en droit positif, le couple marié. Celle-ci ne trouve en effet sa justification que dans l'engagement de mariage.

Section 2. - La justification dans l'engagement de mariage

713. Ainsi que l'observe Monsieur CARBONNIER, « *tout régime matrimonial que la loi déclare applicable de plein droit aux ménages qui n'ont pas manifesté de volonté contraire a la signification d'un modèle social, d'un modèle où la société exprime son idéal quant aux relations pécuniaires entre les époux* »¹³⁵³. L'idée peut être reprise s'agissant des droits successoraux. Les droits successoraux *ab intestat*, dont bénéficie le conjoint survivant en l'absence de volonté contraire exprimée, ont la signification du modèle¹³⁵⁴ où la société exprime son idéal quant aux relations pécuniaires entre époux lors du décès de l'un d'eux.

Or le modèle des relations patrimoniales entre les époux réside dans la communication des richesses : partage par moitié des biens créés ou acquis à titre onéreux depuis le mariage et partage de la richesse de l'un des époux à son décès afin de maintenir le niveau de vie du survivant. Ce modèle n'est pas imposé par la loi car « *un modèle est un idéal dessiné à partir d'un consensus. Mais il n'est pas de consensus qui n'ait ses dissidences, pas d'idéal qui n'essouffle le réel* »¹³⁵⁵. Témoin du pluralisme législatif, la loi offre ainsi aux couples mariés la possibilité d'opter pour d'autres types d'organisation de leurs relations patrimoniales, dans lesquels ils peuvent accentuer ou, au contraire, rejeter le partage de leurs richesses. S'il existe ainsi des degrés dans le mariage¹³⁵⁶, il demeure que la société s'est forgée une vision idéale des relations patrimoniales entre les époux, qu'elle favorise en conférant un caractère supplétif de volonté aux modalités destinées à réaliser cet idéal.

714. La question se pose alors de savoir pourquoi l'entraide maximale n'est favorisée, en droit positif, que dans le mariage et, corrélativement, si elle ne devrait pas, en droit prospectif, constituer le modèle dans tout couple.

L'hypothèse que nous nous proposons de vérifier est la suivante : en dépit du rapprochement entre les modes de vie des différents couples, le mariage conserve une spécificité qui justifie que seules les relations patrimoniales entre époux fassent l'objet d'un idéal se traduisant par le caractère supplétif de volonté de certaines modalités de participation à l'enrichissement. Il conviendra toutefois de s'interroger sur le devenir de la

¹³⁵³ *Essais sur les lois*, Répertoire du Notariat Defrénois, 2^{ème} éd., 1995, p. 42.

¹³⁵⁴ Modèle au sens de « *référence, comme un étalon normatif des comportements* » (F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 281).

¹³⁵⁵ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 50.

¹³⁵⁶ M. LAMARCHE, *Les degrés du mariage*, Thèse Bordeaux IV, 1997.

spécificité du mariage, en particulier dans le contexte des différents projets portant réforme du divorce.

Ainsi, après avoir démontré que le caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement est l'expression de l'idéal social des relations pécuniaires dans le couple marié (§ 1.), l'évolution possible de cet idéal sera envisagée (§ 2.).

§ 1. *Le caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement, expression de l'idéal social des relations pécuniaires dans le couple marié*

715. Le fait que la société ait un idéal quant aux relations pécuniaires entre les époux, que la loi exprime par le caractère supplétif de volonté de certaines modalités de participation à l'enrichissement, pourrait s'expliquer par l'existence, entre les époux, d'un engagement juridique et social. La tentation serait alors grande d'étendre aux partenaires d'un pacs le régime légal de communauté et les droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant. La seule existence d'un engagement pris publiquement ne suffit cependant pas à justifier que la société favorise l'entraide maximale entre ses membres ; seule la particularité de l'engagement de mariage y parvient. Après avoir évoqué la spécificité de l'engagement de mariage (A.), on pourra en conclure l'insuffisance de l'engagement de couple, autre que le mariage (B.).

A. La spécificité de l'engagement de mariage

716. Le Code civil régit le mariage mais ne le définit pas. Il en donne toutefois les principales composantes à travers les nombreuses conditions qu'il pose pour sa formation, dont il est possible de tirer une définition technique : le mariage est « *un acte juridique solennel par lequel un homme et une femme établissent entre eux une union dont la loi civile règle impérativement les conditions, les effets et la dissolution* »¹³⁵⁷. A côté de cette définition technique, une autre définition peut être donnée du mariage, davantage orientée vers la particularité de l'engagement : « *acte de liberté engageant la liberté, acte d'une gravité quasi-religieuse, il est aussi un pacte doublement fondateur, même s'il ne dure pas toujours autant que la vie, et c'est ce qui fait sa spécificité par rapport à toute autre forme d'union* »¹³⁵⁸. De cette définition se dégagent trois caractéristiques du mariage – dont le

¹³⁵⁷ F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes. La famille. Les incapacités*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 1996, n°326.

¹³⁵⁸ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Le démariage consensuel », *Revue des sciences morales et politiques* 1995, p. 175.

cumul ne peut être observé dans aucune autre forme de couple – qui manifestent la spécificité de l'union matrimoniale et justifient que la société exprime un idéal quant aux relations patrimoniales entre ses membres. L'engagement de mariage crée un lien de famille (1.), s'inscrit dans la pérennité (2.) et, enfin, revêt un caractère transcendant (3.).

1. Un engagement créateur d'un lien de famille

717. Une remarque préliminaire s'impose, liée au fait que la famille constitue tout à la fois « *un phénomène de droit et un phénomène de mœurs* »¹³⁵⁹. A cet égard, nul doute qu'un grand nombre de couples non mariés considère qu'ils forment une cellule familiale et que chacun est entré dans la famille de l'autre, en particulier si des enfants sont nés de leur union. Ce lien relève cependant des mœurs, de la morale¹³⁶⁰. Or, seul le lien juridique de famille qui unit les époux est susceptible de justifier, pour partie, que la société exprime un modèle des relations pécuniaires entre les conjoints par le biais du caractère supplétif de volonté de certaines des modalités de participation à l'enrichissement.

Il apparaît certain en droit interne, que seul le mariage crée un lien juridique de famille entre les membres d'un couple (a). La notion européenne de « *vie familiale* » suscite néanmoins des interrogations (b).

a). La certitude en droit interne

718. En droit positif français, deux liens de famille coexistent : le lien de parenté – qui est en principe un lien du sang – et le lien d'alliance. Il semble admis, comme une évidence, que le mariage crée un lien d'alliance entre les époux¹³⁶¹. Nulle part positivement

¹³⁵⁹ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2001, p. 287.

¹³⁶⁰ Le couple non marié n'est du reste pas le seul cercle de relations propice au développement de liens à ce point intenses que les intéressés les assimilent à des liens de famille. Il en est également ainsi dans ce que l'on a coutume d'appeler les familles nourricières.

¹³⁶¹ L'argument est ainsi fréquemment invoqué au soutien de la nature institutionnelle du mariage. V. par exemple F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes. La famille. Les incapacités*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 1996, p. 270, n°337.

Il est certes fréquent de trouver sous la plume de la doctrine, en particulier pour justifier la faiblesse des droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant, qu'à l'époque du Code civil, le conjoint n'était pas considéré comme faisant partie de la famille en raison de l'absence de lien du sang. L'affirmation ne doit cependant pas être portée trop loin. L'histoire est en réalité celle d'un déplacement de la primauté des types de famille : de la famille-lignage, organisée autour du lien du sang, à la famille-foyer, organisée autour de la communauté de vie des époux et de leurs enfants. Ainsi, à l'époque du Code Napoléon, le modèle prégnant était celui de la famille-lignage tandis que, depuis des années, le modèle prégnant est celui de la famille-foyer. Mais cela ne signifie nullement que l'un excluait l'autre. Les deux types de famille ont en effet toujours coexisté. Toutefois, si le législateur devait opérer un choix entre les deux types de famille, son choix se portait sur le modèle dominant.

et expressément inscrit dans le Code civil¹³⁶², le principe peut cependant être inféré de trois éléments qui caractérisent l'engagement de mariage, et dont le cumul ne peut être observé dans aucune autre forme de vie en couple.

719. Le premier élément est l'existence d'un engagement juridique. En effet, dans les sociétés occidentales, « *fonder une famille est un acte de volonté, parce que c'est un acte de responsabilité* »¹³⁶³. Le propos doit certes être nuancé. L'acte de volonté n'est pas toujours nécessaire pour établir un lien de parenté ; il l'est en revanche pour créer le lien d'alliance.

De l'absence d'engagement juridique dans le couple de concubins simples, il convient ainsi de déduire que ses membres ne sont pas unis par un lien juridique de famille. L'argument ne vaut pas, en revanche, s'agissant des partenaires d'un pacs, lesquels ont publiquement souscrit un engagement juridique. Toutefois, les deux autres éléments qui concourent à définir le lien de mariage comme un lien de famille sont absents du pacs.

720. Le deuxième élément qui permet d'affirmer que le mariage crée un lien de famille entre les époux réside dans la portée de l'engagement de mariage. En effet, le mariage fait entrer le conjoint dans la famille de l'autre. En témoignent l'obligation alimentaire entre beaux-enfants et beaux-parents (C. civ., art. 206) ou encore les empêchements à mariage entre alliés en ligne directe (C. civ., art. 161)¹³⁶⁴. Si les époux entrent, par alliance, dans la famille l'un de l'autre, il est alors un truisme d'en déduire qu'un lien d'alliance les unit.

A cet égard, la portée du pacs est moindre puisque les partenaires n'entrent pas dans la famille l'un de l'autre¹³⁶⁵. Rien ne s'oppose ainsi à la conclusion d'un pacs entre l'un des anciens partenaires et un enfant de l'autre. Dans cette perspective, la prohibition de la

Ainsi, s'agissant des droits successoraux *ab intestat*, son choix s'était porté sur la famille-lignage au détriment du conjoint survivant. A l'inverse, l'augmentation de la vocation successorale du conjoint survivant par la loi du 3 décembre 2001, au détriment de la parenté plus lointaine, s'inscrit dans le mouvement qui, depuis la fin du XIX^{ème} siècle, offre une place grandissante à la famille-foyer dont les époux sont les deux membres fondateurs.

¹³⁶² Seule une interprétation *a contrario* de l'article 213 du Code civil, aux termes duquel « *Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille* », conduit à analyser le lien unissant les époux comme un lien de famille.

¹³⁶³ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2001, p. 292.

¹³⁶⁴ La prohibition de l'empêchement à mariage entre alliés en ligne directe est à ce point rigoureuse qu'une dérogation ne peut être obtenue que du Président de la République, pour des causes graves, et à condition que la personne qui a créé l'alliance soit décédée (C. civ., art. 164).

¹³⁶⁵ Selon un auteur, « *l'adjectif mutuel* [dans la notion d'aide mutuelle et matérielle de l'article 515-4, alinéa 2, du Code civil] signifie que, à la différence non négligeable du mariage, le devoir d'aide ne s'étend pas aux parents et alliés » (T. FOSSIER, « Le pacte civil de solidarité et le tribunal », in *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 124).

conclusion d'un pacs entre proches parents ou alliés (C. civ., art. 515-2) ne s'expliquerait aucunement par imitation du mariage, mais par la prohibition de l'inceste. Ce dernier n'étant pas une interdiction familiale mais une interdiction sexuelle, la conclusion d'un pacs en contradiction avec cette règle rendrait sa cause illicite, contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs (C. civ., art. 6)¹³⁶⁶.

721. Enfin, la nature plénière de l'engagement de mariage plaide pour la nature familiale du lien unissant les époux. En effet, le mariage n'est pas seulement une association où les époux s'engagent à une solidarité juridique patrimoniale. L'engagement de mariage est également et essentiellement extrapatrimonial, union des chairs et des âmes. En témoignent les obligations personnelles auxquelles s'engagent les époux : obligations de fidélité, d'assistance (C. civ., art. 212) et de communauté de vie (C. civ., art. 215, al. 1^{er}). Dénuées de sanctions coercitives, désormais inenvisageables, leur violation n'en donne pas moins lieu à des sanctions répressives : condamnation à des dommages-intérêts sur le fondement des articles 266 ou 1382 du Code civil ou prononcé d'un divorce pour faute.

A l'inverse, la nature de l'engagement de pacs ne milite pas en faveur de la qualification familiale des relations entre les partenaires. Destiné à organiser la vie commune de ces derniers (C. civ., art. 515-1), le pacs se limite en effet à instaurer une solidarité juridique de nature exclusivement patrimoniale. Ni fidélité, ni assistance, ni communauté de vie ne semblent unir les partenaires d'un pacs, en tant qu'elles sont conçues comme des obligations juridiquement sanctionnées. Il est ainsi certain que le pacs n'impose expressément aucun devoir de fidélité aux partenaires. Dans cette perspective, l'interdiction de conclure simultanément plusieurs pacs ne devrait pas être analysée comme une forme d'exclusivité sexuelle ; seules les difficultés pratiques inextricables qui résulteraient de la coexistence de plusieurs pactes justifieraient qu'un pacs ne puisse être conclu qu'avec une seule personne¹³⁶⁷. Une ordonnance du président du tribunal de grande instance de Lille semble toutefois imposer aux partenaires d'un pacs une obligation de fidélité, au titre de l'exécution de bonne foi des conventions, sur le fondement de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil¹³⁶⁸.

¹³⁶⁶ En ce sens, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », R.T.D. Civ. 2001, p. 529.

¹³⁶⁷ En ce sens, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, art. précit., p. 541.

¹³⁶⁸ T.G.I. Lille (ord.) 5 juin 2002, Dr. Fam. 2003, comm. n°57, note B. BEIGNIER ; R.T.D. Civ. 2003, p. 270, obs. J. HAUSER ; D. 2003, 515, note X. LABBEE : « Vu les articles 145 du nouveau Code de procédure civile, 515-1 et 1134 du Code civil, attendu qu'il découle de l'article 515-1 du Code civil une obligation de vie commune entre partenaires d'un pacte civil de solidarité, qui doit être exécutée loyalement. Que le devoir d'exécuter loyalement le devoir de communauté de vie commande de sanctionner toute forme d'infidélité entre partenaires. Que le manquement à l'obligation de vie commune justifie une procédure en résiliation de PACS aux torts du partenaire fautif ».

Si cette jurisprudence devait se confirmer, l'engagement de pacs se rapprocherait indéniablement de celui du mariage. La convergence serait toutefois limitée. En effet, le devoir d'assistance qui unit les époux ne semble pas trouver d'équivalent dans le pacs. L'interprétation de l'idiome « *aide mutuelle et matérielle* » (C. civ., art. 515-4, al. 1^{er}) semble en effet exclure de cette obligation la dimension personnelle que revêt le devoir d'assistance de l'article 212¹³⁶⁹. De surcroît, les partenaires d'un pacs ne sont pas obligés à une communauté de vie comme les époux. Outre l'absence d'obligation expresse, la liberté de rompre le pacs à tout moment interdit en effet de considérer comme fautive la cessation de la cohabitation. L'absence de sanction juridique d'une obligation conduit alors à refuser d'y voir une obligation juridique¹³⁷⁰. De tous ces éléments, il résulte que le pacs « *ne ressort pas du domaine de la famille en tant qu'institution du temps long, des liens durables et des identités structurantes* »¹³⁷¹.

722. En dépit des arguments présentés, propres à exclure la nature familiale des liens entre concubins, une interrogation pourrait naître à la lecture des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme relatives au respect de la « *vie familiale* ».

b). Les interrogations suscitées par la notion européenne de « *vie familiale* »

723. Si l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme fait directement référence au modèle classique de la cellule familiale créée par le mariage¹³⁷², la notion de famille figure également dans l'article 8 de la C.E.D.H. qui assure à toute personne le respect de sa vie familiale. Les instances de Strasbourg reconnaissent ainsi d'autres modèles de familles au nom du droit de toute personne au respect de sa vie familiale. La question se pose alors légitimement de savoir si la reconnaissance d'une vie familiale au sein du couple non marié, et sa protection à l'aune des droits de l'homme, sont susceptibles

Plus généralement, sur le devenir de l'obligation de fidélité, V. C. PHILIPPE, « Quel avenir pour la fidélité ? », Dr. Fam. 2003, chr. n°16.

¹³⁶⁹ Sur la signification de l'idiome « *aide mutuelle et matérielle* », V. *supra*, n°54.

Il est admis que « *les époux ont le devoir de s'entraider. Ils doivent se soutenir mutuellement, dans les difficultés de l'existence ; s'aider à porter le poids de la vie* » (G. CORNU, Droit civil, La famille, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2001, p. 58, n°30). L'assistance « *symboliserait l'aspect affectif du mariage* » (C. PHILIPPE, Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale, L.G.D.J., 1981, p. 37).

¹³⁷⁰ Sur le rejet d'une obligation de communauté de vie imposée par le pacs, V. *supra*, n°249.

¹³⁷¹ En ce sens, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », R.T.D. Civ. 2001, p. 545.

¹³⁷² Sur l'article 12 de la C.E.D.H., V. F. VASSEUR-LAMBRY, La famille et la Convention européenne des droits de l'homme, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2000, p. 23 et s.

d'entraîner l'application à ses membres de la participation à l'enrichissement supplétive de volonté.

724. La jurisprudence strasbourgeoise retient que « *la notion de vie familiale visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens familiaux de facto lorsque les personnes cohabitent en dehors du mariage. Bien qu'en règle générale une cohabitation puisse constituer une condition d'une telle relation, exceptionnellement d'autres facteurs peuvent aussi servir à démontrer qu'une relation a suffisamment de constance pour créer des liens familiaux de facto* »¹³⁷³. La Cour reconnaît ainsi l'existence d'une vie familiale entre les membres d'un couple non marié hétérosexuel, à condition que leur relation soit effective¹³⁷⁴, qu'ils soient les auteurs communs d'un enfant ou non¹³⁷⁵. La vie familiale est cependant réservée aux couples composés d'un homme et d'une femme.

La Commission européenne, seule instance à s'être prononcée en la matière, refuse ainsi de reconnaître le concubinage homosexuel en tant qu'institution juridique bénéficiant du droit au respect de la vie familiale, au motif que la relation qui unit ces couples relève exclusivement du domaine de la vie privée¹³⁷⁶. Une évolution n'est cependant pas à exclure dans la mesure où le silence des auteurs de la Convention européenne sur la nature et sur la composition de la vie familiale visée par l'article 8 témoignerait de leur volonté de laisser le soin aux instances de Strasbourg d'interpréter cet article « *d'une façon progressiste, c'est-à-dire à la lumière des conditions sociales au moment et en tenant compte de l'évolution des mœurs dans les Etats membres du Conseil de l'Europe* »¹³⁷⁷. Néanmoins, actuellement, seuls

¹³⁷³ Cour E.D.H. 27 octobre 1994, *Kroon c/ Pays-Bas*, série A, n°297-C ; Berger n°135 ; J.C.P. 1995, éd. G, I, 3823, obs. F. SUDRE.

¹³⁷⁴ Sur l'exigence de l'effectivité des liens unissant les membres du couple, V. F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2000, p. 261, n°353 et s.

L'effectivité des liens constitue, de manière générale, la pierre angulaire de la reconnaissance d'une vie familiale, ainsi qu'en témoignent les théorèmes proposés par Monsieur SUDRE : « *vie familiale = parenté + effectivité du lien interpersonnel* » ou « *vie familiale = effectivité du lien interpersonnel + apparence de famille* » (« Rapport introductif », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de F. SUDRE, Bruylant, Coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2002).

¹³⁷⁵ La présence d'enfant ne constitue en effet qu'un élément de preuve parmi d'autres, à défaut de cohabitation, de l'effectivité d'une vie familiale. V. P. MURAT, « Filiation et vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 168 et s.

¹³⁷⁶ V. par exemple Comm. E.D.H. 14 mai 1986, Req. n°11716/85, D.R. 47/274 ; Comm. E.D.H. 15 mai 1996, *Rössli c/ R.F.A.*, Req. n°28318/95, D.R. 85/149.

« *L'admission du mariage des transsexuels par la Cour européenne devrait cependant entraîner une évolution de cette conception restrictive de la vie familiale laquelle devrait s'appliquer au moins au couple de transsexuels mariés* » (F. SUDRE et alii, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, P.U.F., Coll. Thémis Les grandes décisions de jurisprudence, 1^{ère} éd., 2003, p. 375).

¹³⁷⁷ F. VASSEUR-LAMBRY, *op. cit.*, p. 245, n°333.

les couples hétérosexuels constituent une cellule familiale. Dès lors, seuls ces derniers nous intéressent s'agissant d'une éventuelle extension au couple non marié du caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement, actuellement réservé aux époux.

725. Dès lors qu'il existe une vie familiale effective, ses membres se voient reconnaître le bénéfice de l'article 8 de la C.E.D.H. Or, le droit au respect de la vie familiale n'emporte pas seulement l'obligation négative des Etats de ne pas porter atteinte aux relations familiales ; il entraîne également l'obligation positive de promouvoir cette vie familiale¹³⁷⁸. La protection de la vie familiale des époux n'emporte certes pas la reconnaissance d'une obligation de prestation mise à la charge de l'Etat : celui-ci n'a donc pas à assurer les ressources financières et matérielles d'un ménage sous prétexte que les époux sont mariés¹³⁷⁹. En revanche, la protection de la vie familiale induit en principe la reconnaissance d'une obligation de légiférer afin de garantir l'effectivité de la vie familiale. A cet égard, la vie familiale ne se limite pas seulement à des relations à caractère social, moral ou culturel ; elle englobe également des intérêts matériels. Ainsi, dans l'arrêt *Marckx c/ Belgique*, la Cour affirme que le domaine des successions et des libéralités, ainsi que celui des obligations alimentaires, est intimement associé à la vie familiale¹³⁸⁰. Il semble néanmoins résulter du même arrêt que les relations patrimoniales ne seraient pas protégées en tant que telles par l'article 8 de la C.E.D.H., la reconnaissance d'une vie familiale n'impliquant pas, notamment, celle d'un droit à hériter¹³⁸¹. S'agissant de la participation à l'enrichissement au sein du couple – résultant d'un régime légal de biens ou de droits successoraux *ab intestat* – le moyen fondé sur le seul respect de la vie familiale ne devrait donc pas être accueilli.

Le moyen pourrait, en revanche, être déclaré recevable sur le fondement de la violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la C.E.D.H. La reconnaissance d'une vie familiale entre les membres d'un couple non marié suscite en effet la question de l'égalité entre ces derniers et le couple marié, l'article 14 de la C.E.D.H. prohibant toute discrimination dans la jouissance et l'exercice des droits garantis par la Convention. Or, la combinaison entre l'article 14 et un autre droit est appréciée de manière assez souple par les organes de la

¹³⁷⁸ V. par exemple Cour E.D.H. 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, série A, n°31, Berger n°132, § 31 : l'article 8 de la C.E.D.H. ne se contente pas « d'astreindre l'Etat à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale ». Sur les obligations positives, V. L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (sous la dir. de), *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} éd., 1999, p. 305 et s., par C. RUSSO.

¹³⁷⁹ V. par exemple Cour E.D.H. 27 mars 1998, *Petrovic c/ Autriche*, Rec. 1998-II, 579.

¹³⁸⁰ Cour E.D.H. 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, précit., § 52.

¹³⁸¹ Cour E.D.H. 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, précit., § 53.

convention. L'applicabilité de l'article 14 est en effet soumise à la seule condition que « *la matière du litige n'échappe pas entièrement à l'empire du texte qui se combine avec l'article 14* »¹³⁸² ou encore que la violation « *se situe dans le domaine du droit garanti* »¹³⁸³, peu importe que le respect du droit en cause implique une simple abstention de l'Etat ou une action positive. Le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Marckx* peut ainsi être repris, aux termes duquel si les limitations à la vocation successorale de l'enfant ne se heurtent pas à la Convention en elle-même, la distinction établie entre enfants naturels et enfants légitimes pose en revanche un problème sur le terrain des articles 14 et 8 combinés¹³⁸⁴. S'agissant du couple, l'argumentation pourrait dès lors être la suivante : le défaut d'association à l'enrichissement dans le couple prévue par la loi à titre supplétif de volonté ne se heurte pas à la Convention en elle-même, en revanche, la distinction établie à cet égard entre couple non marié et couple marié est susceptible de poser problème sur le terrain des articles 8 et 14 combinés.

726. Des arrêts se sont d'ores et déjà prononcés contre l'extension au couple non marié du statut familial, défini comme l'ensemble des droits et obligations que possède la famille légitime.

L'arrêt de référence s'agissant du rejet de l'assimilation des couples non mariés aux couples mariés est l'arrêt *Johnston*¹³⁸⁵. La Cour s'est en effet interrogée sur la question de savoir si un respect effectif de la vie familiale pouvait entraîner pour l'Etat irlandais l'obligation positive d'améliorer le statut des requérants. La Cour a rejeté cette possibilité considérant qu'il n'est pas possible de dégager de l'article 8 l'obligation positive, à la charge de l'Irlande, de doter les couples non mariés d'un statut analogue à celui des couples non mariés. En l'espèce, les requérants n'avaient cependant pas soulevé la question de la violation de l'article 8 combiné avec l'article 14.

¹³⁸² Cour E.D.H. 23 novembre 1993, *Van der Musselle c/ Belgique*, série A, n°70, Berger n°16.

¹³⁸³ Cour E.D.H. 28 mai 1985, *Abdulaziz et a. c/ Royaume-Uni*, série A, n°94, Berger n°144.

Ainsi, l'article 8 n'implique pas un droit à prestation de la part de l'Etat. Toutefois, pour statuer sur le fondement de l'article 14, le juge européen a relié au droit au respect de la vie familiale le droit à une allocation de congé parental : Cour E.D.H. 27 mars 1998, *Petrovic c/ Autriche*, Rec. 1998-II, 579. Sur cet arrêt et, plus généralement sur le lien de rattachement de l'article 14 à un droit substantiel garanti par la Convention, V. F. SUDRE *et alii*, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, P.U.F., Coll. Thémis Les grandes décisions de jurisprudence, 1^{ère} éd., 2003, p. 74.

¹³⁸⁴ Cour E.D.H. 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, série A, n°31, Berger n°132, § 54. Cette solution, entérinée par l'arrêt *Vermeire c/ Belgique* du 29 novembre 1991, avait pu paraître menacée par l'arrêt *Mazurek c/ France*, lequel avait placé la question dont il était saisi sur le seul terrain de l'atteinte au droit des biens. L'incertitude a cependant été levée, notamment par l'arrêt *Camp et Bourimi* du 3 octobre 2000 aux termes duquel la différence de traitement subie par un enfant naturel en matière de succession relève de l'article 14 combiné avec l'article 8 (arrêts cités par F. SUDRE *et alii*, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 379).

¹³⁸⁵ Cour E.D.H. 18 décembre 1986, *Johnston et autres c/ Irlande*, série A, n°112, Berger n°130.

Un tel grief a été invoqué dans l'affaire *G.A.B. c/ Espagne*¹³⁸⁶ : la requérante se plaignait du rejet par les juridictions espagnoles de sa demande de pension de réversion alors qu'elle avait vécu longtemps avec le *de cuius* dont elle avait eu deux enfants. La Commission a alors estimé que la différence de traitement poursuit un but légitime et s'appuie sur une justification objective et raisonnable : la protection de famille légitime. La solution a été entérinée par la Cour européenne à l'occasion d'une affaire ayant trait au refus des autorités espagnoles d'attribuer à la requérante, à la suite de sa séparation d'avec son concubin, le logement qu'ils avaient partagé, au motif qu'un tel droit ne pouvait naître que du mariage¹³⁸⁷. La Cour s'estime en effet incompétente pour dicter ou indiquer aux Etats les mesures à prendre relativement à l'existence d'unions stables entre un homme et une femme, constitutives d'une vie commune pleine, mais qui ne s'insèrent pas dans le cadre juridique du mariage. A ce titre, elle réaffirme que cette question relève de la marge nationale d'appréciation des Etats pour autant qu'ils respectent la vie familiale des intéressés.

De cette jurisprudence, il convient ainsi de conclure que le principe de l'égalité de traitement entre les couples mariés et les couples mariés n'est aujourd'hui avéré qu'en ce qui concerne la relation verticale de parent à enfant¹³⁸⁸. En l'absence d'enfant, la protection des liens familiaux dans le couple semble n'emporter que des obligations réduites à la charge des Etats¹³⁸⁹.

¹³⁸⁶ Req. n°21173/93, décision du 30 août 1993, non publiée, citée par F. VASSEUR-LAMBRY, La famille et la Convention européenne des droits de l'homme, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2000, p. 372, n°505, note 569.

¹³⁸⁷ Cour E.D.H. 19 janvier 1999, *Saudeco Gomez c/ Espagne*, Req. n°37784/9, non publiée, citée par F. VASSEUR-LAMBRY, *op. cit.*, p. 372, n°505, note 573.

¹³⁸⁸ En effet, dès lors que se trouve établi un lien familial avec l'enfant, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer en accordant une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille. V. P. MURAT, « Filiation et vie familiale », in Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, sous la dir. de F. SUDRE, Bruylant, Coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2002, p. 175 et s.

¹³⁸⁹ Le droit au respect de la vie familiale serait ainsi en mesure de contrarier une mesure de non-admission, de refoulement ou d'expulsion d'un étranger. Sur cette question, V. L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (sous la dir. de), La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, Economica, 2^{ème} éd., 1999, p. 348, par V. COUSSIRAT-COUSTERE ; B. DE LAMY, « Une frontière du droit au respect de la vie familiale : l'éloignement des délinquants étrangers du territoire français », *Dr. Fam.* 1998, chr. n°8.

En droit positif français, le respect de la vie privée et familiale conduit également l'Etat à délivrer une carte de séjour temporaire portant mention « vie privée et familiale » « à l'étranger dont les liens personnels et familiaux en France sont tels que le refus d'autoriser son séjour porterait à son droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée au regard des motifs du refus » (Art. 12 bis, 7°, de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, pour l'obtention d'un titre de séjour). Sur l'influence du concubinage et du pacs sur l'appréciation de ces liens, V. F.-J. PANSIER, obs. sous R.M. n°36632 et n°19479, R.J.P.F. mai 2000, p. 10.

La reconnaissance d'une vie familiale dans le couple non marié est également susceptible d'applications lorsque l'un de ses membres est détenu.

727. Néanmoins, la question de l'égalité entre couples non mariés et couples mariés n'a – semble-t-il – encore jamais été portée sur le terrain de la participation à l'enrichissement au sein du couple, *via* le régime légal de biens ou les droits successoraux *ab intestat*. S'agissant de l'union libre, la violation des articles 8 et 14 ne devrait pas être accueillie. Il ne devrait pas être possible, en effet, de considérer que les concubins simples sont dans une situation équivalente à celle des époux, compte tenu de l'absence d'engagement. La question pourrait, en revanche, faire naître davantage d'hésitations s'agissant des partenaires d'un pacs, qui, à l'instar des époux, ont souscrit un engagement juridique.

728. S'agissant du régime légal de biens associant l'un des membres du couple à l'enrichissement de l'autre, il est probable que la Cour européenne ne condamnera pas la France : le système des présomptions d'indivision du pacs devrait en effet lui apparaître, à l'instar du régime légal communautaire, comme un vecteur, supplétif de volonté, de participation à l'enrichissement. En revanche, le moyen pourrait être plaidé, d'une discrimination entre époux et partenaires d'un pacs, s'agissant des droits successoraux *ab intestat*, les seconds en étant totalement dépourvus. Tout dépend sans doute de l'état du consensus européen relativement aux droits successoraux des protagonistes d'un partenariat enregistré, lequel consensus contribue à réduire la marge d'appréciation des Etats s'agissant des différences de traitement des modèles familiaux.

En effet, bien que l'article 14 ne comporte pas de clause de restriction équivalente à celle que l'on retrouve au second paragraphe des articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention, la jurisprudence européenne a admis le principe des discriminations légitimes : « *l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification peut s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens et le but visé* »¹³⁹⁰. De l'arrêt *Marckx* à l'arrêt *Mazurek*, la

¹³⁹⁰ Cour E.D.H. 23 juillet 1968, *Linguistique belge*, série A, n°6, Berger n°194.

Sur les conditions de la licéité de l'ingérence au sens de l'article 8 § 2 de la C.E.D.H. – légitimité du but, nécessité dans une société démocratique de l'ingérence, étendue du contrôle européen de l'ingérence, contrôle de proportionnalité, marge d'appréciation reconnue aux Etats – et l'emprunt qui peut en être fait s'agissant de la licéité des traitements différents, V. L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (sous la dir. de), *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} éd., 1999, p. 323 et s., par V. COUSSIRAT-COUSTERE ; A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2002, p. 99, n°87 et s. et p. 109, n°97 et s.

Cour a affirmé à de nombreuses reprises que la protection de la famille légitime constitue un but légitime¹³⁹¹. La question se pose cependant de savoir si la différence de traitement apparaît proportionnée au but poursuivi. En l'absence de consensus européen, un large pouvoir d'appréciation est alors conféré à l'Etat, ce qui devrait être le cas à l'heure actuelle, compte tenu de l'absence de conceptions communes s'agissant d'une part, de l'existence même de partenariats enregistrés et, d'autre part, de l'octroi de droits successoraux *ab intestat* au contractant d'un partenariat enregistré¹³⁹².

Si, toutefois, la majorité des Etats membres de la Convention européenne s'accordait sur la consécration de partenariats enregistrés ainsi que sur l'attribution de droits successoraux *ab intestat* au survivant d'un partenariat enregistré, la marge d'appréciation des Etats serait plus réduite, seules de très fortes raisons pouvant amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur l'existence d'un mariage. Pour autant, il ne serait pas exclu que les Etats conservent le droit de limiter certains avantages aux formes de familles qu'ils jugent les meilleures et, notamment, le caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement. Les Etats devraient donc toujours avoir la possibilité de favoriser, par l'octroi de droits successoraux *ab intestat*, un modèle de cellule familiale : celui qui crée un lien juridique de famille entre les membres du couple, en particulier du fait d'obligations personnelles réciproques, au détriment de celui qui n'en crée pas¹³⁹³. Ainsi, la reconnaissance d'une vie familiale au sein du couple non marié ne devrait pas conduire la France à modifier sa législation dans le sens d'une extension de droits successoraux *ab*

¹³⁹¹ Cour E.D.H. 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, série A, n°31, Berger n°132, § 40 ; Cour E.D.H. 1^{er} février 2000, *Mazurek c/ France*, J.C.P. 2000, éd. G, II, 10286, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE, § 50.

¹³⁹² Sur la diversité entre les législations européennes relativement à l'existence ou non de partenariats enregistrés et, parmi les législations qui ont consacré un tel partenariat, sur l'absence de standard européen relativement à l'octroi de droits successoraux *ab intestat* au survivant, V. F. GRANET, « Concubinages, partenariats enregistrés et mariages entre homosexuels en Europe », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 375 et s. Il semble néanmoins que, dans le groupe des Etats qui ont consacré un partenariat enregistré, la plupart réserve des droits successoraux au partenaire survivant (Pays-Bas, Etats scandinaves, provinces autonomes espagnoles, telle la Catalogne, ou encore Allemagne).

¹³⁹³ Le Conseil d'Etat l'a récemment rappelé récemment : s'il appartient au pouvoir réglementaire de tirer toutes les conséquences de l'introduction du pacs dans le droit positif en apportant, dans un délai raisonnable, les modifications à la réglementation applicable, le principe d'égalité n'impose pas que les situations nées du mariage et du pacs soient traitées de manière identique dans tous les cas (C.E. 12 juin 2002, D. 2002, I.R. 2236 ; R.T.D. Civ. 2002, p. 785, obs. J. HAUSER).

On peut même se demander si obligation ne pourrait leur être faite sur le fondement de l'article 14, lorsque celui-ci conduit à instituer un traitement différent, ainsi qu'il résulte d'un récent arrêt de la Cour. V. Cour E.D.H. 6 avril 2000, *Thlimmenos c/ Grèce* : « le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes » (cité par J.-P. MARGUENAUD, « L'égalité des droits patrimoniaux de la famille », in Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, sous la dir. de F. SUDRE, Bruylant, Coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2002, p. 350)

intestat au partenaire survivant d'un pacs, spontanément ou suite à une condamnation de la Cour européenne¹³⁹⁴. La condamnation serait d'autant moins probable si le droit positif français élargissait les dispositions protectrices du partenaire survivant – tel le transfert du droit au bail prévu par l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989¹³⁹⁵ – et consacrait un droit à la soutenance en cas de décès au profit du survivant des membres de tout couple, indépendamment de son statut¹³⁹⁶. Dans cette hypothèse en effet, l'Etat français assurerait à la cellule familiale naturelle le traitement successoral minimum, marquant ainsi son respect pour la forme naturelle de la vie familiale, réservant le traitement maximum – droits successoraux *ab intestat* susceptibles d'associer le survivant à l'enrichissement de l'autre – à la cellule familiale créée par le couple marié.

729. La faveur législative pour le mariage, exprimée sous la forme du caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement, serait d'autant plus légitime qu'un second élément spécifique au mariage justifie que la société traduise en termes juridiques le modèle qu'elle se fait des relations patrimoniales entre époux : l'engagement de mariage s'inscrit dans la pérennité.

2. *Un engagement inscrit dans la pérennité*

730. Parce qu'il crée un lien juridique de famille, parce qu'il est volonté d'unir deux vies et parce qu'il est conclu pour la vie même s'il ne dure pas toujours autant, le mariage s'inscrit dans le temps long. Autrement dit, l'engagement de mariage s'inscrit dans la pérennité. Les exemples sont nombreux qui témoignent de cette idée. Pour n'en citer qu'un, même si l'époux qui a créé l'alliance est décédé, il est nécessaire de solliciter du Président de la République une autorisation pour lever la prohibition de l'empêchement à mariage entre alliés en ligne directe (C. civ., art. 164). L'institution du mariage est donc tournée vers l'avenir, au-delà de la vie commune, au-delà de la mort¹³⁹⁷.

¹³⁹⁴ Sur l'influence de la C.E.D.H. sur les sources du droit civil, V. A. DEBET, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2002, p. 27, n°22 et s.

¹³⁹⁵ V. *supra*, n°228.

¹³⁹⁶ V. *supra*, n°399 et s.

¹³⁹⁷ Dans les dispositions du Code civil consacrées à la famille, le champ lexical de la mort est du reste très important. V. M. BORDEAUX, « Quand le temps dévore l'espace : temps et espace, facteurs de normalisation dans le Code civil (1804) », in Religion, société et politique, Mélanges en hommage à Jacques Ellul, P.U.F., 1983, p. 185, spéc., p. 188 et s.

731. Il n'en découle pas pour autant qu'en l'absence d'engagement de mariage, le temps est ignoré dans les autres formes de couple. De fait, « *le temps de l'amour se veut stable même en union libre* »¹³⁹⁸. La stabilité et la durée du concubinage ont ainsi contraint le droit à l'appréhender. Dans un premier temps, le droit n'a appréhendé le temps du concubinage que pour revenir sur le passé. L'on pouvait alors affirmer que le concubinage n'apparaissait qu'à l'instant où il mourait¹³⁹⁹. Rapidement cependant, et dans un deuxième temps, le droit en est venu à attacher, ponctuellement, des effets au temps présent du concubinage. Point d'orgue de cette évolution, le législateur a offert aux membres d'un couple non marié la possibilité d'anticiper sur le temps, en concluant un pacte civil de solidarité destiné à organiser, par avance, le temps de leur vie commune. Dans un troisième temps, le droit pourrait, par la mise en place d'un droit commun du couple, accentuer la prise en considération du temps du concubinage.

Une chose est alors de ne pas ignorer la réalité de la stabilité et de la durée des couples, mariés ou non, ce qui conduit à l'instauration de règles communes ; autre chose est cependant de nier la spécificité des uns et des autres. Un auteur a ainsi avancé l'hypothèse d'une gradation entre l'organisation du temps et l'appropriation de sa durée, laquelle caractériserait seule le mariage¹⁴⁰⁰. Ce n'est pas en effet que les couples non mariés n'appréhendent pas le temps, mais leur appréhension est différente de celle du couple marié : « *on dit « oui » à son mariage, on dit « on verra » à son concubinage* »¹⁴⁰¹. La conclusion d'un pacs ne bouleverse pas cette vision des choses car organiser, même par avance, le temps n'est pas s'approprier la durée, de même qu'organiser le temps de la vie commune n'est pas inscrire l'engagement dans la mort. En d'autres termes, « *si dans l'union libre la durée sédimente le couple, en mariage elle est promesse* »¹⁴⁰², même si l'usure du temps

¹³⁹⁸ E. PUTMAN, « Le temps et le droit », Droit et patrimoine n°78, janvier 2000, p. 43.

¹³⁹⁹ Ainsi que l'affirma Monsieur CARBONNIER (« Terre et ciel dans le droit français du mariage », in Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle : études offertes à Georges Ripert, Tome 1, Etudes générales. Droit de la famille, L.G.D.J., 1950, p. 341).

¹⁴⁰⁰ J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, P.U.F., Ed. du Jurisclasseur, 1999, p. 452 : « *risquons l'hypothèse que la multiplication des solutions partielles reposant sur l'introduction d'une morale minimum du concubinage, abus dans la rupture, enrichissement sans cause, gestion d'affaires, etc. ont contribué à lui fournir un début de finalité qui pour autant n'est en aucune façon celle du mariage (de l'organisation du temps à l'appropriation de la durée ?)* ».

¹⁴⁰¹ J. HAUSER, obs. sous Versailles, 28 avril 1994, R.T.D. Civ. 1995, p. 331.

¹⁴⁰² O. GRANDSIRE, « L'érosion de la volonté matrimoniale », in Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 396.

Dès les années 1980, un auteur observait que « *rien dans le mode de vie ne distingue le couple légal du couple extra-légal. Seul le projet qui les sous-tend est différent : le mariage implique un projet d'éternité* » (D. GANANCIA, « Droits et obligations résultant du concubinage », Gaz. Pal. 1981, doct., 1, p. 16.). La distinction entre couple légal et couple extra-légal apparaît certes anachronique. Depuis la loi du 15 novembre 1999, le terme de couple extra-légal n'est plus susceptible de qualifier le couple de concubins dans la mesure où, d'une part, le concubinage est défini légalement (C. civ., art. 515-8) et, d'autre part, il est proposé aux

peut avoir raison de la promesse. La particularité de l'appréhension du temps dans chacune des formes de couple conduit alors à enfermer les règles communes dans des limites raisonnables, respectueuses de cette particularité.

732. La spécificité du mariage ne doit ainsi pas être niée, pour elle-même mais également pour les conséquences juridiques qu'elle entraîne. Dès la célébration, les époux inscrivent leur couple dans la pérennité et, dès cet instant, à défaut de volonté contraire, la société impose son modèle idéal des relations patrimoniales entre ses membres.

Il est à noter que la loi prévoit des adaptations du modèle. L'article 1442, alinéa 2, du Code civil prend ainsi en considération la cessation de la cohabitation et de la collaboration pour empêcher le partage de l'enrichissement acquis depuis lors¹⁴⁰³. L'adaptabilité légale est également présente s'agissant des droits successoraux *ab intestat* puisque le conjoint survivant contre lequel la séparation de corps a été prononcée n'est pas successible (C. civ., art. 732). En revanche, en dehors de ces hypothèses, peu importe que les époux fussent au moment du décès en mauvais termes ou séparés de fait, l'engagement au-delà de la mort n'est pas pour autant dissous¹⁴⁰⁴.

Indéniablement, les droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant expriment cette inscription dans la mort et, corrélativement, l'idéal du maintien du train de vie du survivant. A cet égard, la vocation successorale du conjoint survivant, telle qu'elle résulte de la loi du 3 décembre 2001, témoigne de la volonté du législateur d'assurer au survivant une véritable maintenance¹⁴⁰⁵. La multiplication des divorces ne saurait être invoquée au soutien d'une suppression des droits successoraux du conjoint survivant puisque la vocation successorale du conjoint survivant suppose l'absence de divorce (C. civ., art. 732). L'argument porte même en sens inverse : là où le mariage a tenu bon, il semble logique que la loi exprime en termes juridiques le modèle social des relations pécuniaires entre époux.

Même si les droits successoraux traduisent, plus que tous autres, l'inscription dans la mort du couple marié, le partage de la communauté réduite aux acquêts participe également du système. La combinaison des droits issus du régime matrimonial légal et des droits

couples non mariés l'adoption d'un pacs, contrat légalement prévu, organisant la vie commune. En outre, le terme de couple extra-légal serait d'autant plus inadapté si, comme nous le suggérons, le législateur consacrait légalement la notion de couple pour en faire découler un certain nombre de règles minimales formant un droit commun impératif du couple. Une fois adapté, le constat semble plus que jamais d'actualité.

¹⁴⁰³ V. *supra*, n°578.

¹⁴⁰⁴ Lorsqu'à titre exceptionnel, le conjoint survivant est réservataire, il est défini plus restrictivement par la loi. Il est en effet « le conjoint survivant non divorcé, contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée et qui n'est pas engagé dans une instance en divorce ou en séparation de corps » (C. civ., art. 914-1, al. 1^{er}). Dans cette hypothèse, la dévolution n'est cependant plus supplétive, mais impérative.

¹⁴⁰⁵ Sur la signification de ce terme, V. *supra*, n°290.

successorales conduit en effet à conjuguer les chances, pour le survivant, de conserver sa condition patrimoniale antérieure au décès du prémourant.

733. S'agissant du couple non marié, que la loi offre à ses membres les instruments juridiques qui permettent de maîtriser le temps, qu'elle lui facilite l'utilisation de ces instruments et lui donne la possibilité d'adhérer aux institutions qui optimisent la participation à l'enrichissement, y compris pour anticiper la mort, nous paraît légitime. La tendance s'inscrirait ainsi dans le mouvement contemporain précédemment décrit de la prise en considération croissante, par le droit, de la durée du concubinage. En revanche, dans la mesure où l'inscription dans le temps et notamment dans la mort n'est pas de l'essence du couple non marié, il est logique que la société ne se soit pas forgé un modèle idéal des relations patrimoniales entre les concubins, calqué sur celui du couple marié. Il n'appartient pas en effet à la société d'intégrer l'aléa du temps, d'anticiper sur la mort à la place des membres d'un couple qui n'ont pas choisi d'inscrire leur union dans la pérennité.

734. Aux deux éléments précédemment décrits qui justifient l'idéal social quant aux relations patrimoniales entre époux s'ajoute un troisième : le caractère transcendant de l'engagement de mariage.

3. Un engagement transcendant

735. La dernière caractéristique de l'engagement de mariage – et non des moindres – est l'aura de sacralité qui l'entoure. Le mariage a toujours été considéré comme un acte grave. Il en était déjà ainsi dans les sociétés primitives. A Rome, le mariage s'accompagnait toujours de cérémonies tendant à associer l'époux aux cultes domestiques de la famille. Au X^{ème} siècle, il devint un sacrement. Et les Révolutionnaires, en laïcisant le mariage, au lieu de supprimer toute cérémonie, accrurent la rigueur des formalités exigées¹⁴⁰⁶.

736. La sacralité du mariage perdure aujourd'hui : malgré la concurrence de l'union libre, on ne saurait parler de son « *crépuscule* »¹⁴⁰⁷. Elle découle naturellement de la création d'un lien de famille et de l'inscription dans la mort. Elle tient cependant à autre

¹⁴⁰⁶ Sur les origines et l'histoire de l'institution du mariage, V. G. DUBY, *Le chevalier, la femme et le prêtre*, Ed. Robert Laffont, 1997 ; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, Ed. du Cerf, 1987.

¹⁴⁰⁷ Terme employé par NAST dans le titre d'un article intitulé « Vers l'union libre ou le crépuscule du mariage légal », D.H. 1938, chr. 37.

chose, que tout un chacun ressent, mais que nul ne parvient à définir, qui s'inscrit dans le fond des âges et qui explique que l'institution du mariage « *en dépit des courants contraires, superficiels ou profonds, a, pour l'essentiel, maintenu son sérieux, sa gravité, sa transcendance* »¹⁴⁰⁸. La tradition catholique française a sans nul doute exercé une influence sur cette conception du mariage. Toutefois, le sentiment du caractère transcendant du mariage n'est pas nécessairement religieux, il est également moral et laïque : « *il y a une dignité, une sainteté du mariage qui ne dépend pas des religions établies. Même ceux pour qui il n'est plus un sacrement n'ont pas cessé d'y voir quelque chose de sacré* »¹⁴⁰⁹.

737. Ce sentiment communément partagé du sérieux, de la gravité, de la dignité, voire de la transcendance du mariage semble ainsi relever d'un autre système normatif que le droit. Il trouve pourtant des traductions juridiques patentes.

La solennité du mariage semble ainsi participer du caractère transcendant du mariage¹⁴¹⁰. Les expressions anglo-saxonnes qui désignent l'union libre par des formules telle celle de *informal marriage* sont dès lors trompeuses. Elles suggèrent en effet qu'il y a presque mariage à la solennité près. La solennité ne constitue cependant pas un élément accessoire du mariage : au contraire, elle symbolise le rite qui scelle l'engagement de mariage et perpétue ainsi la dimension transcendante de ce dernier.

De même, le caractère transcendant du mariage conduit les hommes à exprimer un idéal des relations patrimoniales entre les personnes qu'il unit, et un idéal qui ne peut que refléter l'intensité de ces liens. Dans le respect de l'indépendance des époux et de la préservation des droits de la famille par le sang, le législateur a ainsi élaboré un compromis pour traduire juridiquement cet idéal social : le partage des acquêts à parts égales ainsi qu'une vocation légale suffisante pour permettre le maintien du train de vie du survivant des époux.

¹⁴⁰⁸ J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle : études offertes à Georges Ripert, Tome 1, Etudes générales. Droit de la famille, L.G.D.J., 1950, p. 325.

¹⁴⁰⁹ J. CARBONNIER, art. précit., p. 339.

Sur les particularités de l'alliance conclue par les époux, marquée par l'exclusivité et la réciprocité du don de soi, V. A. SERIAUX, « Concubinage formel et mariage informel », in La notion juridique de couple, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, Economica, 1998, p. 43 et s.

¹⁴¹⁰ Le caractère transcendant du mariage est ainsi menacé par la banalisation de l'acte : « *c'est avec excès qu'entre 1902 et nos jours, tout un mouvement a voulu simplifier à l'extrême les formes du mariage. Ses promoteurs ont pensé moraliser la société en les allégeant. Ils ont voulu ainsi conduire les jeunes gens au mariage sans les efforts qui en marqueraient l'importance et en souligneraient les conditions* ». Toutefois, « *en voulant trop simplifier le mariage, on risque d'en réduire l'impression à celle d'un acte banal qui ne se gravera pas dans les souvenirs. Ce n'est pas la vraie figure juridique du contrat fondateur d'une famille. Le mariage est un acte sérieux en même temps que joyeux. Il prend son sens dans l'heureuse conscience des responsabilités qui naissent de l'engagement pris* » (R. SAVATIER, Le droit, l'amour et la liberté, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1963, p. 34).

738. Des développements qui précèdent, il ne faudrait toutefois pas conclure que l'union libre est une union de second ordre. Le choix de l'union libre est en soi parfaitement respectable. Il est du reste porteur de valeurs fortes. L'union libre repose en effet sur la parole donnée qui se suffit à elle-même, sur l'engagement privé, la liberté, la responsabilité. Elle n'en demeure pas moins distincte du mariage, non point inférieure mais différente.

La conclusion d'un pacs par des concubins perturbe alors quelque peu la dichotomie binaire que l'on est tenté de construire entre le couple marié d'une part, dont l'engagement justifie le caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement et l'union libre, d'autre part, dont l'absence d'engagement justifie l'absence de participation à l'enrichissement supplétive de volonté. L'existence d'un engagement entre les partenaires d'un pacs pourrait en effet conduire à envisager une participation à l'enrichissement supplétive de volonté dans les couples engagés, par opposition aux unions libres. L'engagement de couple autre que le mariage est, cependant à lui seul, insuffisant à justifier le caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement.

B. L'insuffisance de l'engagement de couple, autre que le mariage

739. Depuis la loi du 15 novembre 1999, le droit offre aux membres d'un couple un autre engagement juridique et social que le mariage : le pacte civil de solidarité. Par la conclusion d'un pacs, les partenaires adhèrent notamment à un système de présomptions d'indivision, dont on ne peut, en dépit des fortes critiques qui peuvent lui être faites, dénier la volonté d'imitation du régime légal de la communauté réduite aux acquêts¹⁴¹¹. Maladroitement, il faut en convenir, le législateur a voulu reproduire entre les partenaires d'un pacs, le système d'une participation à l'enrichissement supplétive de volonté. En revanche, il n'a pas été prévu de communication des richesses supplétive de volonté dans le cadre du droit successoral. Le partenaire d'un pacs n'hérite pas, en effet, de son défunt compagnon. Pourtant, depuis de nombreuses années, des droits successoraux sont accordés au concubin survivant en Israël, en Suède, dans certaines provinces du Canada, dans plusieurs Etats d'Australie, au Mexique¹⁴¹². De même, la plupart des propositions de partenariat antérieures à l'adoption du pacs – C.U.C., C.U.S. et C.U.C.S. – prévoyaient que le survivant héritait de manière identique au conjoint survivant dans le cadre de la succession

¹⁴¹¹ Sur la volonté d'imitation du régime légal de la communauté réduite aux acquêts par le système des présomptions d'indivision et les critiques adressées à ces dernières, V. *supra*, n°527 et s., n°537 et s.

¹⁴¹² V. J. RUBELLIN-DEVICHI (sous la dir. de), *Les concubinages en Europe, aspects socio-juridiques*, Ed. du C.N.R.S., 1989 ; *Des concubinages dans le monde*, Ed. du C.N.R.S., 1990.

ab intestat, sous réserve de l'expiration d'un délai d'une année depuis la conclusion du contrat¹⁴¹³.

740. L'analyse du système mis en place par la loi du 15 novembre 1999 pourrait ainsi être la suivante. Dès lors qu'un engagement juridique et social unit les membres d'un couple, la société exprime un idéal quant aux relations patrimoniales qui les lient, dont l'un des points d'orgue serait le caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement. Toutefois, conformément aux degrés de l'engagement pris, la traduction juridique du modèle serait, elle aussi, susceptible de degrés.

Plénier, l'engagement de mariage emporterait logiquement plénitude d'effets : régime légal de biens conduisant au partage à parts égales des acquêts et droits successoraux *ab intestat* emportant transfert d'une partie des richesses du défunt au survivant afin de maintenir le train de vie de ce dernier.

Limité, l'engagement de pacs n'entraînerait quant à lui qu'une participation à l'enrichissement supplétive de volonté également limitée, circonscrite au partage de l'enrichissement créé ou acquis à titre onéreux depuis la conclusion du pacs. Dans cette optique, le système des présomptions d'indivision pourrait être réformé afin qu'il réalise une véritable participation du partenaire le moins fortuné à l'enrichissement de l'autre. On pourrait même imaginer l'application aux partenaires d'un pacs du régime légal de la communauté réduite aux acquêts, sauf convention contraire notariée. L'exclusion de droits successoraux serait en revanche justifiée par la moindre portée de l'engagement de pacs, ce dernier ne créant pas de lien de famille entre les partenaires, n'inscrivant pas leur couple dans la pérennité et ne revêtant pas un caractère transcendant.

741. Cette analyse et les propositions qu'elle engendre doivent cependant être rejetées. Les caractéristiques de l'engagement de mariage n'expliquent pas seulement l'idéal social du maintien du train de vie du survivant, réalisé par le transfert au bénéfice de ce dernier d'une partie des richesses du défunt. La particularité de l'engagement de mariage justifie également que la société impose, à défaut de volonté contraire, le partage de l'enrichissement réalisé depuis le mariage. Or, seule l'intensité des liens que le mariage tisse entre les époux légitime une telle atteinte à la liberté et à l'indépendance de ces derniers. A cet égard, nulle comparaison ne peut être menée entre le mariage et le pacs. Ce dernier offre uniquement à des concubins la possibilité d'organiser le temps de leur vie commune.

¹⁴¹³ V. I. THERY, « Le contrat d'union sociale en question », Revue Esprit octobre-décembre 1997, Annexe II, « Les différentes propositions de contrat et le mariage : analyse juridique comparée », par M. SCHULZ, p. 198. Dans ces propositions, le régime de biens était celui de la communauté réduite aux acquêts, sauf convention contraire.

L'union est dès lors précaire et « *porte en elle moins un vœu d'éternité que la conscience de sa propre vulnérabilité* »¹⁴¹⁴. L'absence d'intensité des liens entre les partenaires justifie ainsi non seulement l'exclusion de droits successoraux *ab intestat* mais, de manière générale, celle du caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement. Il conviendrait, par conséquent, de supprimer les présomptions générales d'indivision du pacs ou, à tout le moins, de les ramener à des présomptions subsidiaires. S'agissant de la présomption d'indivision sur les meubles meublants qui vise davantage à résoudre des problèmes de preuve qu'à exprimer la vocation de chaque partenaire à participer à l'enrichissement de l'autre, la masse ménagère indivise au sein des couples sans communauté, dont nous avons proposé la création comme corollaire de l'obligation de contribution aux charges de la vie commune¹⁴¹⁵, nous semble pouvoir aisément la remplacer.

742. La découverte d'obligations personnelles entre les partenaires d'un pacs contribuerait certes à brouiller les différences entre les modèles de couples. En effet, si l'obligation de fidélité, d'assistance ou de communauté de vie étaient imposées par la jurisprudence aux partenaires d'un pacs¹⁴¹⁶, les différences entre mariage et pacs s'estomperaient. L'assimilation n'en serait pas réalisée pour autant, d'autres éléments permettant de distinguer les deux institutions.

Légitimement, la faveur législative pour la participation à l'enrichissement au sein du couple marié, lorsqu'elle se traduit par le caractère supplétif de volonté de certaines de ses modalités, ne se contente donc pas, et ne devrait pas se contenter, du seul engagement des membres du couple. Malgré la concurrence d'un autre engagement juridique et social qui, selon un éminent auteur, conduit à un affaiblissement du mariage qui aurait perdu « *sa majesté d'institution normative* »¹⁴¹⁷, l'engagement de mariage demeure celui qui crée un lien de famille juridique entre les deux membres d'un couple, qui inscrit ce dernier dans la pérennité et qui revêt un caractère transcendant. C'est dire que le pacs, en l'état actuel du droit positif, ne conduit aucunement à remettre en cause la faveur législative dont bénéficie la participation à l'enrichissement au sein du couple marié, la faveur s'exprimant par le caractère supplétif de volonté de cette entraide maximale.

Le risque de remise en cause de la spécificité du mariage est en revanche bien plus manifeste à la lecture de certaines propositions destinées à réformer les cas de divorce.

¹⁴¹⁴ F. SAUVAGE, « PACS : la protection du partenaire survivant », R.J.P.F. mai 2001, p. 6.

¹⁴¹⁵ V. *supra*, n°129.

¹⁴¹⁶ V. *supra*, n°721.

¹⁴¹⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple*, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 748.

Celles-ci pourraient en effet conduire à une évolution possible de l'idéal social des relations pécuniaires entre époux.

§ 2. *L'évolution possible de l'idéal social des relations pécuniaires dans le couple marié*

743. Un système reposant sur des règles de droit supplétives de volonté postule une mise à jour constante, a affirmé Monsieur CARBONNIER¹⁴¹⁸. L'assertion se vérifie d'autant plus si les règles supplétives de volonté traduisent en des termes juridiques un idéal social. Ce dernier est en effet rarement figé ; il est le plus souvent évolutif, tant dans sa mise en œuvre (A.) que dans son principe (B.).

A. L'évolution de l'idéal dans sa mise en œuvre

744. La réflexion relative à la mise en œuvre de l'idéal social des relations patrimoniales entre les époux est toujours possible. Le compromis que le législateur a pour mission de réaliser entre, d'une part, la volonté de faire participer les époux aux richesses l'un de l'autre et, d'autre part, le respect de l'indépendance des époux et des droits des autres membres de la famille est en effet susceptible d'évoluer, qu'il s'agisse des droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant ou du régime légal de participation à l'enrichissement.

745. S'agissant des droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant, la réflexion concernant les moyens d'assurer à ce dernier, dans la mesure du possible, le maintien de son train de vie par le transfert à son profit d'une partie des richesses du défunt, a connu une première étape dans la loi du 9 mars 1891 qui accorda au conjoint survivant des droits en usufruit allant croissant avec l'éloignement des héritiers par le sang. D'autres étapes ont suivi, qui toutes se sont inscrites dans une promotion ininterrompue du sort du conjoint survivant, en lui permettant de concourir avec des parents dans l'hypothèse de la vacance d'une ligne, voire en lui permettant d'exclure certains parents¹⁴¹⁹. Dans son dernier état, le droit a établi le compromis suivant entre, d'une part, l'objectif de maintenir les conditions d'existence du conjoint survivant et, d'autre part, les droits de la famille du

¹⁴¹⁸ Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, L.G.D.J., 8^{ème} éd., 1995, p. 314.

¹⁴¹⁹ Resp. lois du 3 décembre 1930 et du 26 mars 1957.

défunt : à titre impératif, le conjoint s'est vu attribuer un droit à la soutenance¹⁴²⁰ ; à titre supplétif, une vocation successorale dont l'étendue témoigne de l'objectif de lui garantir, davantage qu'auparavant mais toujours dans la mesure du possible, le maintien de son train de vie¹⁴²¹.

De multiples facteurs ont ainsi concouru à l'évolution de la mise en œuvre technique de l'idéal du maintien du train de vie du conjoint survivant. Il en est ainsi du rétrécissement de la famille autour du noyau conjugal ou de l'allongement de l'espérance de vie¹⁴²². L'évolution d'un autre facteur, celui de la multiplication des secondes noces, pourrait néanmoins susciter une réflexion quant à la nécessité d'une mise en œuvre différente de la vocation successorale du conjoint survivant. En droit positif, le compromis entre les droits des enfants d'un premier lit et ceux du conjoint survivant est le suivant : le conjoint survivant ne dispose pas de la possibilité d'opter pour l'usufruit de la totalité des biens existants, il ne peut qu'opter pour un quart des biens en pleine propriété (C. civ., art. 757). Dans les années qui vont suivre, les notaires devront alors avoir à cœur d'observer les résultats pratiques de l'application de la nouvelle loi et de vérifier que les intérêts de chacun des protagonistes sont préservés. Il est à craindre, en effet, qu'en raison de la multiplication des familles recomposées, le conjoint survivant soit fréquemment réduit au quart en pleine propriété, lequel pourrait bien ne pas assurer sa maintenance. La plupart des héritages ne comptant guère que 91 500 euros de biens immobiliers et 15 000 euros de biens mobiliers¹⁴²³, le conjoint survivant pourrait bien se retrouver doté de 22 800 euros, une fois les biens vendus. D'autres solutions de compromis pourraient alors être envisagées, telle la possibilité de cantonner sur les seuls acquêts réalisés au cours du mariage les droits en propriété du conjoint ou d'organiser un droit de retour légal au bénéfice de l'enfant du précédent mariage qui recueillerait, à l'exclusion du second conjoint, les biens que le défunt aurait reçus dans la succession du premier¹⁴²⁴.

¹⁴²⁰ V. *supra*, n°399 et s.

¹⁴²¹ Dans l'hypothèse la moins favorable au conjoint survivant, celle du concours avec des descendants du *de cuius* non communs aux époux, il lui est accordé un quart en pleine propriété des biens du défunt (C. civ., art. 757), auquel le législateur espère que s'ajoute la moitié de la masse des acquêts puisqu'il favorise le régime de la communauté réduite aux acquêts en lui conférant un caractère supplétif de volonté. Et, de fait, dans l'immense majorité des cas, le conjoint survivant pourra combiner droits successoraux *ab intestat* et partage de la masse commune, ce qui lui permettra de conserver le train de vie mené avant le décès de son conjoint. Sur le compromis réalisé par le législateur entre les différents objectifs et intérêts en présence, au fil des propositions de réforme des droits successoraux du conjoint survivant, V. P. REMY, « Les droits du conjoint survivant dans le projet de réforme des successions. Regards sur la *lex ferenda* », in Droit civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à Gérard Cornu, P.U.F., 1994, p. 377 et s.

¹⁴²² Sur ces éléments, V. *supra*, n°401 et s.

¹⁴²³ V. les chiffres donnés par A. VIDALIES, rapport n°2910, fait sous la proposition de loi relative aux droits du conjoint survivant, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1^{er} février 2002.

¹⁴²⁴ En ce sens, M. GRIMALDI, Droit civil, Successions, Litec, 6^{ème} éd., 2001, p. 184, n°178.

746. Modifié en dernier lieu par la loi du 13 juillet 1965 qui a réduit la masse commune aux seuls acquêts, le régime légal des époux pourrait également faire l'objet d'une réflexion quant à son devenir. Tout en conservant l'idée du partage de l'enrichissement créé ou acquis à titre onéreux depuis le mariage, il est en effet envisageable de supprimer la masse commune en nature, dont les dangers ne sont plus à démontrer¹⁴²⁵, pour y substituer une créance de participation. Le régime légal ne serait plus, dès lors, celui de la communauté réduite aux acquêts mais celui de la participation aux acquêts, lequel présente, entre autres avantages, celui d'éviter les dangers de l'affectation des biens communs au crédit des époux¹⁴²⁶. La thèse a ses défenseurs et ses détracteurs.

D'un côté, il importe que le régime légal corresponde à l'idéal social. Or il apparaît que les Français sont, pour une large majorité, très attachés à l'idée d'une masse commune, d'une propriété et d'une gestion communes et immédiates des acquêts¹⁴²⁷. En France, une longue tradition fait en effet de la communauté de biens la traduction patrimoniale naturelle de l'association conjugale : « *droit commun de la France, le régime légal forme un emblème national, le régime-vedette, régime-témoin. France, pays de communauté* »¹⁴²⁸. Pourtant,

Les débats sur la nature et l'étendue des droits du conjoint survivant en présence d'enfants d'un premier lit ont été nombreux. La Commission présidée par Madame DEKEUWER-DEFOSSEZ préconisait de reconnaître au conjoint survivant un usufruit portant sur la totalité de la succession, mais en donnant à chaque héritier la possibilité d'exiger sa réserve en pleine propriété moyennant l'abandon de ses droits dans la quotité disponible. V. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (sous la dir. de), Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, 1999, p. 147 et s. Sur les critiques suscitées par cette proposition, V. P. CATALA, « Le problème du droit successoral », Perspectives de réformes en droit de la famille, Dr. Fam. Hors série, décembre 2000, p. 35.

¹⁴²⁵ V. *supra*, n°678 et s.

¹⁴²⁶ En 1932, le projet RENOULT prônait l'adoption comme régime légal d'une participation aux acquêts, d'inspiration scandinave. Ce projet se heurta à l'hostilité du Sénat. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, un vigoureux mouvement favorable à la participation aux acquêts se développa. Sur ces deux éléments, V. P. JOUSSELIN, « Rapport de la Commission chargée de l'étude des régimes matrimoniaux », Bulletin de la Société d'Etudes Législatives 1939, p. 86. ; L. ZAJTAY, « Quelques projets de réforme du régime matrimonial légal en France, Belgique et Allemagne », R.I.D.C. 1955, p. 572 et s.

Sur les objections, V. A. COLOMER, « La réforme de la réforme des régimes matrimoniaux ou : vingt ans après (premières réflexions sur la loi du 23 décembre 1985) », D. 1986, chr. 49 ; P. SIMLER, « Pour un autre régime matrimonial légal », in L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, P.U.F., Ed. du Jurisclasseur, 1999, p. 460.

¹⁴²⁷ Il faut cependant se garder des enquêtes d'opinion publique. La communauté universelle est ainsi fréquemment plébiscitée par les Français comme le régime idéal. Paradoxalement, elle reste très marginale quantitativement – 9 % des contrats de mariage d'après un sondage réalisé en 1996 (Droit et patrimoine, n°44, janvier 1997, p. 12). Surtout, imposer la communauté universelle comme régime légal serait éminemment dangereux, ne serait-ce qu'au regard des règles relatives aux dettes des époux. Ce seul exemple incite à relativiser le sens de l'expression de l'opinion publique, laquelle doit être analysée en tenant compte des lacunes juridiques des intéressés.

¹⁴²⁸ G. CORNU, « La réforme des régimes matrimoniaux », J.C.P. 1967, éd. G, I, 2128, n°1.

également fondées sur un idéal de participation à l'enrichissement, d'autres techniques sont envisageables¹⁴²⁹.

D'un autre côté en effet, la solidarité dans le malheur comme dans le bonheur n'apparaît plus ni idéale, ni naturelle. Une solution de compromis pourrait alors être trouvée dans la modification du seul article 1413 du Code civil, en réduisant le gage de certains des créanciers communs à la moitié seulement des biens communs¹⁴³⁰.

747. Certaines des propositions de modification de la mise en œuvre de l'idéal social des relations patrimoniales entre les époux traduisent d'ores et déjà une évolution du modèle. Ainsi, la tentation d'un nouveau régime légal, destiné entre autres avantages, à dissocier les époux s'agissant de leurs dettes respectives témoigne d'une évolution du modèle puisqu'il n'apparaît plus idéal d'associer un époux à la mauvaise fortune de son conjoint. Plus radicalement cependant, l'idéal social des relations patrimoniales entre les époux pourrait être remis en cause dans son principe même. L'évolution pourrait alors s'accompagner d'une remise en cause du caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement, faisant tomber une des limites au droit commun de la participation à l'enrichissement au sein du couple.

B. L'évolution de l'idéal dans son principe

748. La question de la remise en cause, dans son principe, du modèle social des relations pécuniaires entre les époux s'inscrit dans une réflexion relative au maintien de la spécificité du mariage dans l'hypothèse de la suppression du divorce pour faute et de la consécration d'un droit subjectif au divorce (1.). En effet, l'hypothèse, si elle était réalisée par le législateur, entraînerait inéluctablement des conséquences sur le caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement dans le couple marié (2.).

¹⁴²⁹ Il convient en effet de distinguer, d'une part, l'idée de la communauté qui s'exprime par la reconnaissance d'un droit à chacun des époux sur les acquêts et, d'autre part, la technique même de communautarisation au sens participatif. En France, sur l'idée ancienne de la communauté qui s'exprimait à travers la reconnaissance d'un droit de la veuve sur les acquêts, il fut bâti un régime de communauté en nature et immédiate. V. J. MONNET, *J.-Cl. Civ.*, art. 1400 à 1403, fasc. 10, 2001, n°6 et s. Sur cette même idée, d'autres techniques de mise en œuvre sont cependant envisageables.

¹⁴³⁰ V. *supra*, n°669 et s.

1. *L'hypothèse de la suppression du divorce pour faute et de la consécration d'un droit subjectif au divorce*

749. Une proposition de loi, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 10 octobre 2001, suggère la suppression du divorce pour faute et la consécration d'un droit subjectif au divorce. L'objet des présents développements ne consiste pas tant à porter un jugement sur cette proposition qu'à en examiner les conséquences sur la particularité de l'engagement de mariage¹⁴³¹. L'examen est nécessaire même si la proposition de loi COLCOMBET semble abandonnée – un nouveau projet de loi relatif au divorce, qui ne reprend pas l'idée de la suppression du divorce pour faute, a été déposé au Sénat le 9 juillet 2003 – car les propositions qu'il contenait ne sont pas isolées et participent au contraire d'une évolution qui tend à alléger les conséquences de la faute dans le droit du mariage¹⁴³².

750. La réforme proposée ne conservait que deux formes de divorce : le divorce par consentement mutuel, moyennant l'accord des époux sur tous les points de leur séparation, et le divorce pour rupture irrémédiable du lien conjugal, à la demande des deux ou seulement de l'un des époux, qui consacrait un droit au divorce. Motif pris principalement, d'une part, du caractère destructeur du divorce pour faute, tant pour les époux que pour les enfants et, d'autre part, du postulat selon lequel le divorce n'est pas la sanction d'une faute mais le constat d'une faillite du couple imputable à ses deux membres¹⁴³³, le divorce pour faute était donc supprimé. En revanche, la faute conservait un rôle à deux égards. Tout d'abord, une sorte de réparation morale était offerte au conjoint bafoué, humilié, trompé, battu. Ce dernier pouvait en effet demander au juge de constater dans le jugement prononçant le divorce que « *des faits d'une particulière gravité, procédant notamment de violences physiques ou morales, commis au cours du mariage* » sont imputables à l'autre époux. Ensuite, deux actions en dommages-intérêts étaient prévues,

¹⁴³¹ Sur cette proposition, et les commentaires doctrinaux qu'elle suscite, V. *supra*, note 269.

¹⁴³² V. par exemple A. BENABENT, *Droit civil, La famille*, Litec, 10^{ème} éd., 2001, p. 138, n°230.

Sur le lien très étroit entre le recul de la faute cause de divorce et la consécration d'un droit au divorce - l'affaiblissement de l'exigence de la faute et le détachement observé entre la sanction et la faute qui en était le fondement initial manifestant un basculement général de l'institution en cause sous l'influence de la subjectivisation des droits jusqu'à la création d'un droit au divorce - V. C. DESNOYER, *L'évolution de la sanction en droit de la famille*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2001.

¹⁴³³ Les deux arguments cités sont les principaux. D'autres éléments sont également invoqués au soutien de la suppression du divorce pour faute. Cette dernière permettrait ainsi aux époux de se concentrer sur l'organisation de leur avenir, et de celui de leurs enfants, plutôt que sur le passé. Pour certains auteurs, le divorce pour faute ne serait qu'une « *survivance anachronique de l'indissolubilité du mariage* », la faute dans le droit du mariage s'analysant comme la « *traduction laïque du péché* » (D. GANANCIA, « Enfin un divorce du XXI^{ème} siècle », *Gaz. Pal.* 2001, doct., 2, p. 1808). Pour une approbation totale et sans limites de la proposition de réforme du divorce, V. D. GANANCIA, art. précit.

l'une sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, l'autre sur le fondement d'un nouvel article 266 du même code, réservée à « *celui qui n'a pas pris l'initiative du divorce* » et pour lequel « *la dissolution du mariage aurait des conséquences d'une exceptionnelle gravité* ».

751. La suppression du divorce pour faute a fait l'objet de vives critiques eu égard aux fonctions de la faute.

En premier lieu, la reconnaissance de la faute par le droit aurait une vertu thérapeutique. Le divorce pour faute aurait ainsi « *une fonction, symbolique et pratique, de sanction-réparation-exemple* »¹⁴³⁴. Le divorce pour faute permettrait en effet de sanctionner l'époux coupable, de réparer le préjudice de l'époux victime et de servir d'exemple à la société.

En second lieu, la reconnaissance de la faute par le droit permet de sanctionner la violation d'un engagement. Ce dernier point est capital lorsque l'on s'interroge sur l'influence qu'une telle réforme pourrait avoir sur la particularité de l'engagement de mariage et les conséquences que la société tire de cette spécificité s'agissant de la participation à l'enrichissement au sein du couple marié. Les obligations du mariage ne constituent en effet des obligations juridiques que dans la mesure où elles sont susceptibles d'être sanctionnées. Supprimer le divorce pour faute ne reviendrait-il pas, dès lors, à admettre que les obligations, notamment personnelles, du mariage ne seraient plus sanctionnées ? Dans la mesure où ces obligations personnelles participent de l'intensité et de la particularité du lien qui unit les époux, la question se pose alors de savoir si la suppression de leur sanction ne conduirait pas la société à remettre en cause l'idéal qu'elle s'est forgé des relations patrimoniales entre les époux. Madame FLOUR estime ainsi « *qu'un mariage dans lequel il n'y aurait plus d'obligation de fidélité perdrait quand même une grande partie de sa signification* »¹⁴³⁵.

752. Dans cette perspective, le mouvement de rapprochement entre les différents couples serait inverse de celui qui, jusqu'alors, nous a conduit à élaborer des règles communes. Dans la majorité des cas en effet, le constat était celui d'une imitation, plus ou moins grossière, par le couple non marié des règles applicables au couple marié ou, à tout le moins, d'une convergence de résultats, sur le modèle des résultats au sein du couple marié, à l'aide de règles différentes. Présentement, le mouvement serait inverse dans la mesure où, dépourvues de sanctions, les obligations personnelles des époux se rapprocheraient de celles, purement morales, qui peuvent unir les concubins. La convergence se ferait également sur la

¹⁴³⁴ H. LECUYER, « Brèves observations sur la proposition de loi « portant réforme du divorce » », Dr. Fam. 2001, chr. n°26.

¹⁴³⁵ Citée par M. BRAZIER, « Le nouveau divorce : l'échec conjugal sans faute », Gaz. Pal. 2002, doctr., 1, p. 306.

liberté de rupture, caractéristique de la relation de concubinage, si un droit subjectif au divorce était consacré. Il y aurait alors un curieux paradoxe à analyser si la jurisprudence persévérerait dans la découverte d'obligations personnelles à la charge des partenaires d'un pacs tandis que les obligations personnelles du mariage ne seraient plus sanctionnées juridiquement.

Certains objecteront pourtant que la faute serait toujours sanctionnée, mais sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile délictuelle. Néanmoins, se tourner vers le droit commun de la responsabilité, n'est-ce pas oublier que le lien conjugal est un lien qui crée des rapports spécifiques entre les personnes ? D'autant que si, comme semblait le suggérer la proposition de loi COLCOMBET, seules les fautes caractérisées, d'une particulière gravité, sont susceptibles de donner lieu à réparation, le rapprochement est patent avec le couple non marié. Les travaux préparatoires citent en effet l'hypothèse des violences conjugales. Or, nul doute qu'un concubin puisse d'ores et déjà obtenir une indemnisation pour un tel préjudice. Il importe peu, à cet égard, que la violence soit conjugale ou non. Le mouvement de rapprochement entre les différents couples résiderait ainsi dans le recours au droit commun des obligations aux fins, tout à la fois, d'identifier et de sanctionner les obligations dans le couple¹⁴³⁶.

Une autre objection au rapprochement entre le couple marié et le couple non marié tiendrait à son caractère factice. Il pourrait en effet être argué que la distinction entre les couples subsisterait, dans la mesure où les obligations personnelles des époux demeureraient des obligations civiles, inscrites dans le Code civil, tandis que leurs équivalents, entre concubins, relèveraient toujours du domaine de la morale. L'argument serait cependant spécieux car l'engagement juridique renvoie à la notion d'obligation, autrement dit à un droit subjectif assorti d'une sanction juridique. Même inscrite dans le Code civil, si elle est dépourvue de sanction, l'obligation personnelle ne constituerait plus une obligation juridique¹⁴³⁷.

753. On peut discuter de l'opportunité d'une réforme du mariage qui consisterait dans un repli du droit s'agissant des obligations personnelles entre les époux sur d'autres normes, telles les mœurs, la morale ou encore la religion : « *la loi, constatant son impuissance à régir un domaine devenu par trop psychologique, par trop délicat pour elle,*

¹⁴³⁶ En ce sens, V. X. LABBEE, note sous T.G.I. Lille (ord.) 5 juin 2002, D. 2003, 515 : l'auteur suggère en effet un statut de base des obligations personnelles du couple, inspiré des principes généraux des contrats.

¹⁴³⁷ A moins de plaider sur le terrain contractuel, ainsi que le suggère Monsieur HAUSER : « *si l'on supprime demain le divorce pour faute, plaignons alors la violation de l'article 1147 du Code civil : quel juge osera dire que la violation du dernier des contrats peut engendrer des dommages-intérêts alors que la violation des obligations du mariage ne le pourrait pas ?* » (obs. sous Civ. 2^{ème} 15 mars 2001 et 26 octobre 2000, R.T.D. Civ. 2001, p. 566, n°7).

l'aurait abandonné, non pas au chaos d'un vide normatif, mais aux régulations moins mécanistes que les hommes ont toujours su se donner en dehors de l'autorité publique »¹⁴³⁸. L'échange entre les différents systèmes normatifs, qui consiste à faire prendre en charge par le droit des conduites précédemment régies par les mœurs et inversement, est du reste une caractéristique de la société¹⁴³⁹.

Dans l'hypothèse d'un désengagement du droit relativement aux obligations personnelles du mariage et d'une liberté de rompre le mariage, la question serait alors posée du maintien de la spécificité de l'engagement de mariage et de ses conséquences sur le caractère supplétif de la participation à l'enrichissement dans le couple marié.

2. Les conséquences sur le caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement dans le couple marié

754. On pourrait imaginer une banalisation complète des rapports entre époux, laquelle entraînerait une remise en cause totale de la spécificité du mariage. Dès lors, en l'absence de pluralisme de la vie en couple, aucune limite au droit commun du couple fondée sur le mariage ne se justifierait. En particulier, toute participation à l'enrichissement supplétive de volonté – régime légal de participation à l'enrichissement et droits successoraux *ab intestat* – devrait être supprimée. Tous les couples convergeraient alors au sein d'un droit commun de l'entraide maximale exclusivement conventionnel.

755. Toutefois, il est également possible d'envisager que le seul fait que les obligations personnelles des époux ne soient plus des obligations civiles puisse ne pas conduire à la suppression de la particularité de l'engagement de mariage. Ce dernier pourrait en effet continuer à créer un lien de famille entre les époux. De même, le mariage pourrait conserver l'aura de sacralité qui l'entoure dans la mesure où ce caractère puise au premier et trouve son origine dans d'autres systèmes normatifs que le droit. L'hypothèse mérite d'être privilégiée au regard de l'analyse historique et anthropologique du mariage. Celle-ci témoigne en effet de l'existence d'une constante sociale, selon laquelle toute société, à

¹⁴³⁸ V. J. CARBONNIER, Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, L.G.D.J., 8^{ème} éd., 1995, p. 259.

V. par exemple D. GANANCIA, « Enfin un divorce du XXI^{ème} siècle », *Gaz. Pal.* 2001, doct., 2, p. 1811 : « *il n'appartient pas à la société de garantir un « parcours sans faute ». Ce qui ressort de « l'aléa conjugal » ne peut être juridiquement sanctionné, pas plus que les erreurs de casting... (...) La sanction des manquements au respect de l'autre époux – notion qui recouvre l'ensemble des devoirs et obligations du mariage – sera acquise par la faculté de divorcer de celui qui s'estime non respecté. Mais il en sera seul juge, car la société n'a pas à dire la morale conjugale* ».

¹⁴³⁹ J. CARBONNIER, Essais sur les lois, Répertoire du Notariat Defrénois, 2^{ème} éd., 1995, p. 88.

quelque époque et en quelque lieu que ce soit, connaît l'existence d'un type d'union particulière, intrinsèquement différente de toutes autres formes d'union, la spécificité découlant de la création d'un lien d'alliance entre ses membres et les familles respectives de ces derniers ainsi que des rites – domestiques, religieux ou légaux – qui accompagnent la célébration de l'union¹⁴⁴⁰. Dans cette perspective, la société pourrait continuer à exprimer un idéal des relations patrimoniales entre les époux, en dépit du recul de la sanction juridique des obligations personnelles et de la liberté de rupture. Néanmoins, cet idéal serait nécessairement modifié.

Combinée à des revendications d'indépendance, l'évolution pourrait ainsi conduire à la limitation du caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement aux droits successoraux¹⁴⁴¹. Dans cette optique, les époux ne seraient plus soumis à un régime légal associant chacun d'entre eux à l'enrichissement de l'autre. Dans l'hypothèse d'un régime de biens de participation à l'enrichissement conventionnellement adopté, on devrait logiquement en déduire la suppression du rôle de la faute sur les donations et avantages matrimoniaux entre époux, sauf à instaurer une clause négative d'équité, qui permettrait au juge, ce « *prudent ministre d'équité* »¹⁴⁴², de réduire ou supprimer le bénéfice des donations et avantages matrimoniaux lorsqu'il lui paraîtrait gravement inéquitable de les maintenir en l'état¹⁴⁴³.

L'octroi de droits successoraux *ab intestat* au conjoint survivant manifesterait en revanche la faveur de la société, et de la loi, pour les couples mariés qui sont allés jusqu'au bout de leur engagement, dont l'histoire commune n'a été interrompue que par la mort. L'hypothèse d'une liberté de rupture pourrait cependant conduire à une redéfinition du conjoint survivant. Il serait en effet anormal que l'époux qui a engagé une procédure de divorce, au terme de laquelle il est garanti d'obtenir la dissolution de son union, puisse bénéficier de droits successoraux *ab intestat* de son conjoint décédé au cours de l'instance. Il pourrait ainsi être envisagé de définir plus restrictivement le conjoint survivant, à l'instar du conjoint survivant bénéficiaire de la réserve de l'article 914-1 du Code civil : non divorcé,

¹⁴⁴⁰ V. M.-T. MEULDERS-KLEIN, La personne, la famille et le droit. 1968-1998. Trois décennies de mutation en Occident, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 1999, p. 14 et s., p. 36 et s., et les références historiques et anthropologiques citées par l'auteur.

¹⁴⁴¹ Monsieur CARBONNIER l'avait déjà imaginé : « *la logique de l'idée d'indépendance réciproque des époux va plus loin que n'importe quel régime matrimonial. Elle va au fond plus loin que le régime de séparation de biens. A la limite, et ce n'est pas une vue démentielle, c'est simplement peut-être une utopie d'aujourd'hui, à la limite il ne faudrait plus de régime matrimonial. (...) Est-ce à dire qu'il n'y aura rien entre les deux conjoints ? Si !... Le conjoint sera entré dans la famille... de l'autre. Il y aura un droit successoral... Et on en arrive à cette idée que l'on pourrait supprimer le régime matrimonial en ne laissant plus subsister qu'un droit de succession en pleine propriété au profit du conjoint survivant, avec une réserve héréditaire* » (« Rapport de synthèse du 75^{ème} Congrès des Notaires de France », J.C.P. 1978, éd. N, p. 402).

¹⁴⁴² J. CARBONNIER, Essais sur les lois, Répertoire du Notariat Defrénois, 2^{ème} éd., 1995, p. 190.

¹⁴⁴³ Sur une proposition comparable, relative à l'attribution d'une prestation compensatoire, V. *supra*, n°356.

contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée et qui n'est pas engagé dans une instance en divorce ou en séparation de corps. A tout le moins, chacun des époux engagé dans une procédure de divorce devrait être informé de la possibilité d'exhérer son conjoint.

756. Conclusion de la Section 2 – En droit positif, le caractère supplétif de volonté de la communauté réduite aux acquêts et des droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant se justifie exclusivement par l'engagement de mariage. Celui-ci présente en effet des particularités qu'aucun autre engagement ne présente : création d'un lien de famille entre les époux, inscription du couple marié dans la pérennité et sacralité. Cette particularité de l'engagement de mariage légitime que la société se soit forgé un modèle des relations patrimoniales entre les époux, lequel se traduit juridiquement par le caractère supplétif de volonté du partage de l'enrichissement créé ou acquis depuis le mariage et de la communication d'une partie des richesses du défunt au conjoint survivant afin de maintenir, dans la mesure du possible, le train de vie de ce dernier.

Dès lors, même si un rapprochement des couples non mariés vers le couple marié était opéré en droit prospectif, en particulier par la possibilité pour les premiers d'adopter l'un des régimes de biens jusqu'alors réservés au second afin d'optimiser leur volonté de participation à l'enrichissement, ce rapprochement ne devrait pas conduire à nier la particularité de l'engagement de mariage.

Toutefois, dans un mouvement inverse de rapprochement du couple marié vers les autres couples, l'hypothèse du recul, voire de la suppression de la faute comme sanction des obligations du mariage, pourrait entraîner une remise en cause de l'idéal social des relations patrimoniales entre les époux, et conduire ainsi à la suppression du caractère supplétif de volonté de l'une, voire des deux modalités de participation à l'enrichissement.

757. Conclusion du Chapitre 1 – La question du caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement au sein du couple a mis en évidence la nécessité d'envisager des limites à la consécration d'un droit commun patrimonial du couple, favorisant une entraide maximale.

Dans notre proposition de créer un droit commun patrimonial du couple imposant à ses membres une entraide minimale, c'est fréquemment l'engagement entre les membres d'un couple qui permettait d'en tracer les frontières. S'agissant d'un droit commun favorisant la participation à l'enrichissement, ce n'est plus le seul engagement mais l'engagement particulier de mariage qui impose des limites. Il est en effet apparu que la spécificité de l'engagement de mariage a conduit la société à traduire en termes juridiques l'idéal qu'elle s'est forgé des relations patrimoniales entre époux. Cet idéal est le suivant : partage à parts égales des biens créés ou acquis à titre onéreux après le mariage et partage de la richesse du

défunt afin de maintenir, dans la mesure du possible, le niveau de vie du survivant. La traduction juridique de ce modèle est le caractère supplétif de volonté de ces deux modalités de communication des richesses.

Si l'on réserve le caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement au couple marié, il faut en conclure que le droit commun de la participation à l'enrichissement au sein du couple serait exclusivement conventionnel et aucunement supplétif.

758. Réservée aux époux lorsqu'elle se traduit par le caractère supplétif de volonté de certaines modalités de communication des richesses, la faveur législative pour la participation à l'enrichissement au sein du couple est cependant susceptible d'emprunter d'autres canaux qui, tous, s'analysent comme des privilèges légaux. Pour chacun d'eux, il convient alors de se demander s'ils devraient intégrer les règles d'un droit commun conventionnel du couple ou si, à l'inverse, ils devraient être réservés à certaines formes de couple. En d'autres termes, il est nécessaire d'opérer une sélection entre les diverses dispositions privilégiant la participation à l'enrichissement.

Chapitre 2. La sélection des dispositions privilégiant la participation à l'enrichissement

759. Lorsque la société trouve un intérêt particulier à un type d'acte, il arrive qu'elle mette en œuvre une politique d'incitation à sa conclusion, qui se traduit par l'octroi de privilèges exorbitants du droit commun. Les différentes techniques associant l'un des membres du couple à l'enrichissement de l'autre semblent incontestablement profitables à la société, qui a tout à gagner à l'extension des solidarités privées. L'exemple type est celui de l'acte d'anticipation destiné à mettre à l'abri du besoin le survivant d'entre eux. Socialement utiles, ces techniques pourraient de la sorte bénéficier de toute la faveur législative, civile ou fiscale. Tel n'est pourtant pas toujours le cas.

La loi semble en effet établir une hiérarchie entre les différents couples. Au sommet de la hiérarchie se trouve le couple marié, au sein duquel la participation à l'enrichissement bénéficie de toute une série de privilèges. Au milieu de la hiérarchie se situe le pacs auquel ont été étendues, mais dans une moindre mesure, certaines des faveurs fiscales originellement réservées au couple marié. Enfin, au bas de la hiérarchie, la participation à l'enrichissement au sein des couples de concubins semble ne bénéficier d'aucun privilège.

Ainsi présenté, le tableau serait cependant inexact. En effet, le régime de certains des actes destinés à faire participer l'un des époux à l'enrichissement de l'autre n'apparaît plus, s'il l'a jamais été un jour, favorable au couple marié. Leur caractère désavantageux est d'autant plus patent que les autres formes de couple, non mariés, n'y sont pas soumis.

760. Dans le contexte d'un rapprochement entre les différents couples, *de lege lata* et *de lege ferenda*, la question se pose de la légitimité du maintien de la particularité du traitement de la participation à l'enrichissement au sein du couple marié. Si elle est justifiée, la spécificité doit être maintenue, marquant ainsi les limites d'un droit commun conventionnel de la participation à l'enrichissement au sein du couple. A l'inverse, si le traitement particulier n'est pas justifié par le fait que le couple est marié, il doit être étendu aux autres couples, les dispositions dérogatoires venant ainsi compléter les dispositions d'un droit commun conventionnel de la participation à l'enrichissement au sein du couple.

Pour répondre à ces questions, il convient d'étudier successivement les privilèges du droit civil (**Section 1.**) et les privilèges du droit fiscal (**Section 2.**).

Section 1. Les privilèges du droit civil

Section 2. Les privilèges du droit fiscal

Section 1. - Les privilèges du droit civil

761. L'étude des interférences entre le droit des obligations et le droit du mariage¹⁴⁴⁴ conduit traditionnellement à mettre en exergue l'incidence de la particularité du lien matrimonial sur les obligations entre époux. Parmi celles-ci, les actes destinés à faire participer l'un des époux à l'enrichissement de l'autre sont soumis à un régime civil dérogatoire sur le devenir duquel il est nécessaire de s'interroger, dans la perspective d'une délimitation des contours d'un droit commun de la participation à l'enrichissement au sein du couple.

762. Le régime dérogatoire au droit commun de la participation à l'enrichissement au sein du couple marié ne se traduit pas seulement par des privilèges civils. Héritières de la traditionnelle méfiance du droit à l'égard des actes juridiques entre époux, qui persiste lorsqu'ils sont revêtus d'une aura de gratuité¹⁴⁴⁵, certaines des règles dérogatoires ne s'inscrivent pas en effet dans un contexte favorable à la participation à l'enrichissement au sein du couple marié. Tel est le cas de la libre révocabilité des donations entre époux.

A l'inverse, la particularité du lien matrimonial se traduit parfois par l'octroi d'un régime de faveur pour les actes réalisant une communication des richesses entre les époux. Il en est ainsi de la possibilité consistant à faire échapper la participation à l'enrichissement, à condition qu'elle résulte du régime matrimonial, au régime des actes à titre gratuit.

763. Ignorées en droit positif des couples non mariés, chacune de ces dérogations au droit commun des actes juridiques soulève la question de sa légitimité dans le contexte d'un rapprochement entre les différents couples. Dans la perspective de la promotion de l'entraide maximale au sein du couple, un double mouvement pourrait alors être amorcé. D'une part, il apparaît nécessaire que le droit supprime les restrictions à la participation à l'enrichissement, dérogatoires au droit commun, imposées au couple marié. Le mouvement souhaitable est dès lors celui d'une plus grande neutralité du droit à l'égard de la participation à l'enrichissement au sein du couple marié (§ 1.). D'autre part, des privilèges civils pourraient être accordés au couple, indépendamment de son statut, afin de favoriser la

¹⁴⁴⁴ V. H. LECUYER, La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille, Thèse Paris II, 1993.

¹⁴⁴⁵ S'agissant des contrats à titre onéreux, longtemps prohibés, le progrès de la liberté contractuelle entre époux est certain : validité des sociétés, de la vente ou encore du contrat de travail entre époux. V. F. TERRE et P. SIMLER, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 6, n°6.

communication des richesses entre ses membres. Globalement, le mouvement souhaitable est alors celui d'une plus grande faveur du droit civil pour la participation à l'enrichissement au sein de tout couple (§ 2.).

§ 1. *La neutralité nécessaire du droit civil à l'égard de la participation à l'enrichissement au sein du couple marié*

764. L'idée d'adaptation est essentielle s'agissant de la participation à l'enrichissement. La diversité des situations familiales ne peut en effet être correctement prise en compte par la loi, laquelle ne vise que le *plerumque fit*, lorsqu'elle impose certaines modalités de participation à l'enrichissement à titre supplétif de volonté. Les membres du couple sont ainsi certainement les mieux placés pour assurer la distribution de leur patrimoine en fonction de la composition de ce dernier et de la structure de leur famille. Or, certaines des règles applicables au couple marié constituent un frein à l'adaptation conventionnelle de la participation à l'enrichissement. Il en est ainsi des libéralités entre vifs empreintes d'instabilité, ainsi que du contrôle judiciaire du changement de régime matrimonial. Dès 1978, le Congrès des Notaires de France préconisait la suppression de la révocabilité des donations de biens présents entre époux ainsi que de l'homologation judiciaire du contrat de mariage opérant changement de régime¹⁴⁴⁶. C'est dire que le débat n'est pas nouveau sur la suppression de la défaveur du droit civil qui pèse sur les époux *via* ces deux règles.

Paradoxalement, la faveur législative pour la participation à l'enrichissement ne devrait pas ici se traduire par la soumission à des règles dérogatoires mais, au contraire, par un retour au droit commun des actes juridiques, tant en ce qui concerne le traitement des donations de biens présents (A.) que celui du changement de régime de biens (B.).

A. Le traitement des donations de biens présents

765. La défiance traditionnelle du droit envers les rapports contractuels entre époux se manifeste tout particulièrement dans le domaine des donations. Celles que se consentent les époux sont en effet librement révocables (C. civ., art. 1096) par dérogation à la règle de l'irrévocabilité ordinaire des contrats (C. civ., art. 1134). Entre outre, lorsqu'elles sont déguisées ou effectuées par personne interposée, elles sont nulles (C. civ., art. 1099,

¹⁴⁴⁶ V. J. CARBONNIER, « Rapport de synthèse du 75^{ème} Congrès des notaires de France », J.C.P. 1978, éd. N, p. 400.

al. 2) contrairement au droit commun des libéralités¹⁴⁴⁷. L'instabilité de la participation à l'enrichissement qui en résulte est regrettable tant dans les rapports entre époux¹⁴⁴⁸ que pour la sécurité juridique. Elle l'est du reste d'autant plus qu'elle n'apparaît plus justifiée, ni de façon interne dans les rapports entre époux, ni de façon externe lorsque l'on compare la situation des époux à celle des membres d'un couple non marié. Il convient donc de proposer la suppression à la fois de la révocabilité des donations de biens présents (1.) et de la nullité des donations déguisées entre époux (2.).

1. Pour la suppression de la révocabilité des donations de biens présents entre époux

766. La règle de la révocabilité des donations entre vifs entre époux¹⁴⁴⁹ connaît traditionnellement trois justifications : la protection des descendants, l'immutabilité du régime matrimonial et la crainte de l'influence abusive d'un époux sur l'autre. Aucun de ces éléments ne convainc plus aujourd'hui, à tel point que l'on peut affirmer que la règle de la révocabilité n'a plus de fondement¹⁴⁵⁰.

Protégés par l'institution de la réserve, les descendants n'ont pas besoin d'une défense supplémentaire. Aucune référence à la protection des descendants n'a du reste jamais été évoquée au soutien d'une révocabilité des donations entre les membres d'un couple non marié.

L'argument de l'immutabilité du régime matrimonial est également en perte de vitesse depuis que la loi du 13 juillet 1965 a consacré une immutabilité tempérée – d'aucuns diront une mutabilité contrôlée – du régime matrimonial puisque, sous réserve du respect d'un certain nombre de conditions, les époux ont la possibilité de le modifier en tout ou en partie.

¹⁴⁴⁷ Sur la validité en droit commun des donations déguisées, V. H. BLAISE, « La formation au XIX^{ème} siècle de la jurisprudence sur les donations déguisées », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 89.

L'interprétation de l'article 1099 du Code civil fut très controversée, car il a été fréquemment soutenu que le législateur avait entendu rendre les donations déguisées entre époux réductibles à la quotité disponible et non pas nulles pour le tout. V. G. FERRON, « Les donations déguisées ou par personnes interposées dans l'article 1099 du Code civil », *Revue critique* 1911, p. 41 et p. 168. Cette opinion libérale n'allait pas être accueillie favorablement par la jurisprudence. Seul un arrêt de la Cour de Grenoble du 21 mars 1870 s'y était rallié (S. 1870, 2, 240). Selon cet arrêt, il résulte du premier alinéa de l'article 1099 que la loi a voulu interdire aux époux de se consentir des donations au-delà de la quotité disponible, que le second alinéa devait par conséquent être interprété à la lumière du premier et que, par conséquent, les donations déguisées entre époux ne devaient être annulées que pour la part qui excédait la quotité disponible. L'arrêt est cependant resté isolé. Dès 1855, la Cour de cassation a affirmé que la nullité prévue par l'article 1099 du Code civil s'étend à la donation toute entière (D.P. 1855, 1, 193).

¹⁴⁴⁸ Sur les conséquences particulières de la révocabilité des donations en cas de divorce, et l'impossibilité d'apprécier rigoureusement la disparité dans les conditions de vie respectives des époux aux fins de fixer la prestation compensatoire, V. *supra*, n°349.

¹⁴⁴⁹ Sur la donation de biens à venir, V. *infra*, n°796 et s.

¹⁴⁵⁰ V. C. RIEUBERNET, *Les donations entre époux, étude critique*, Thèse Toulouse I, 1997, p. 263.

L'argument devrait perdre davantage encore de portée si, comme nous le suggèrerons, le contrôle judiciaire du changement de régime matrimonial était supprimé¹⁴⁵¹.

Reste l'argument de la crainte de l'influence abusive d'un époux sur l'autre, encore invoqué récemment au soutien du maintien de la révocabilité des donations entre époux¹⁴⁵². Dans les rapports entre époux, l'argument n'est cependant pas imparable. Les époux étant désormais dotés l'un et l'autre d'une pleine capacité juridique, l'appréciation de l'intention de donner devrait en effet être analysée, comme en droit commun, au jour de la conclusion de l'acte, sans qu'il soit possible d'y revenir. La dérogation à la règle de l'irrévocabilité ordinaire des contrats est d'autant plus sujette à contestation que la crainte que la donation ait été consentie sous l'influence d'une passion non raisonnée pour son partenaire, voire sous la pression intéressée de ce dernier ne semble pas caractériser uniquement le couple marié et pourrait tout aussi bien être invoquée au soutien de la révocabilité des donations entre les membres d'un couple non marié.

767. Eu égard à la concurrence non justifiée entre le mariage et le non mariage à l'avantage de ce dernier¹⁴⁵³, d'autant plus marquée depuis que les donations entre concubins ne connaissent plus aucun risque d'annulation en raison du concubinage¹⁴⁵⁴, deux solutions radicalement inverses l'une de l'autre s'offrent alors au législateur¹⁴⁵⁵.

Craignant que les sentiments amoureux n'obscurcissent la conscience du donateur, le législateur pourrait, en premier lieu, décider d'étendre la règle de la révocabilité à toutes les libéralités au sein du couple. Cette dernière viendrait ainsi compléter les règles d'un droit commun conventionnel de la participation à l'enrichissement au sein du couple. Monsieur CARBONNIER a ainsi suggéré d'affecter les libéralités entre concubins de la même révocabilité que les donations entre époux, par analogie puisque, dans les deux cas, elles sont inspirées par un sentiment d'amour¹⁴⁵⁶. La jurisprudence s'y est cependant toujours

¹⁴⁵¹ V. *infra*, n°774.

¹⁴⁵² Au parlementaire qui attirait l'attention du Garde des Sceaux sur cette question, il fut répondu que la révocabilité des donations entre époux s'expliquait par « *le souci de protéger le donateur à la fois d'un éventuel acte irréfléchi de sa part et d'un abus d'influence de l'époux donataire* » (R.M. n°17168, J.O. A.N. 19 septembre 1994, p. 4684).

¹⁴⁵³ V. J. HAUSER, « La concurrence des formes juridiques de vie en couple », Perspectives de réformes en droit de la famille, Dr. Fam. Hors série, décembre 2000, p. 20.

¹⁴⁵⁴ Sur la validité des libéralités entre concubins, V. *supra*, n°10.

¹⁴⁵⁵ La solution médiane qui consisterait à rendre inopposable la révocation clandestine ne serait pas suffisante. En faveur de cette solution, G. PEYRARD, « Conjoint survivant : une réforme successorale inutile », D. 2001, Point de vue 3539.

¹⁴⁵⁶ Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2002, p. 722.

refusée¹⁴⁵⁷. En revanche, le projet de C.U.C. étendait les articles 1091 à 1100 du Code civil relatifs aux donations et legs entre époux, y compris la règle la révocabilité des donations¹⁴⁵⁸.

A l'inverse, le législateur pourrait, en second lieu, estimer que l'influence abusive n'est pas plus à craindre au sein d'un couple qu'entre toutes autres personnes liées par des sentiments d'affection, que le droit commun comporte les instruments nécessaires pour sanctionner s'il y a lieu le vice du consentement et, qu'en tout état de cause, le risque n'est pas proportionné aux inconvénients de la révocabilité des donations entre vifs. L'inconvénient majeur de la révocabilité *ad nutum* tient en effet à ses conséquences sur la condition du bien qui en est l'objet et, corrélativement, à la menace qu'elle représente pour la sécurité juridique. De fait, la règle de la révocabilité rend le bien objet de la donation indisponible et constitue dès lors un obstacle à la circulation des richesses¹⁴⁵⁹. L'absence de proportionnalité entre le fondement de la révocabilité et les inconvénients qu'elle engendre conduit ainsi à souhaiter la suppression de l'article 1096 du Code civil et la soumission des donations de biens présents entre époux au droit commun des conventions.

768. La suppression de la règle de la révocabilité des libéralités entre vifs devrait naturellement trouver son prolongement dans le droit du divorce¹⁴⁶⁰. La disparition de l'affection ne saurait en effet justifier la révocation de la donation. Pas plus qu'un concubin, partenaire d'un pacs ou non, ne peut reprendre ce qu'il a donné, on ne voit pas pourquoi un époux pourrait remettre en cause l'intention libérale qui existait au jour de l'acte.

La révocation de plein droit des donations pourrait cependant être conservée, aux fins de stigmatiser l'époux fautif, demandeur au divorce pour rupture de la vie commune ou aux torts exclusifs duquel le divorce est prononcé. Imposée par la loi à titre de sanction, elle ne remettrait pas en cause la soumission des libéralités entre vifs au droit commun des libéralités. Toutefois, dans le contexte actuel du recul de la faute, il pourrait être envisagé de supprimer la sanction que représente la perte automatique des donations¹⁴⁶¹.

¹⁴⁵⁷ Civ. 1^{ère} 29 janvier 2002, Defrénois 2002, art. 37548, p. 681, n°22, obs. J. MASSIP.

¹⁴⁵⁸ V. J.-M. FLORAND et K. ACHAOU, « Vers un nouveau modèle d'organisation familiale : le contrat d'union civile », P.A. 9 avril 1993, n°43, p. 11.

¹⁴⁵⁹ Cet inconvénient ne jouant effectivement que pour les biens présents, il ne devrait pas conduire à supprimer la révocabilité des donations de biens à venir entre époux. Sur le devenir de la donation de biens à venir entre époux, V. *infra*, n°803 et s.

¹⁴⁶⁰ Sur le sort des donations en cas de divorce, V. *supra*, n°349.

¹⁴⁶¹ En ce sens le projet de loi relatif au divorce déposé au Sénat le 9 juillet 2003 (www.senat.fr) : il est prévu que le sort des donations et avantages matrimoniaux entre époux ne dépende plus de l'existence d'une faute de l'un des conjoints. Le principe retenu est celui de leur maintien lorsqu'ils portent sur des biens présents. Quant aux dispositions à cause de mort, elles sont révoquées de plein droit par le prononcé du divorce, sauf volonté contraire de l'époux qui les a consenties (C. civ., art. 265 nouveau).

769. La suppression de la libre révocabilité des donations de biens présents entre époux emporterait d'autres conséquences¹⁴⁶². Elle pourrait ainsi entraîner dans son sillage la possibilité d'une révocation de la libéralité pour survenance d'enfant (C. civ., art. 960 à 966).

On sait qu'en matière de donation entre époux, la survenance d'enfant ne constitue pas une cause de révocation de plein droit des libéralités (C. civ., art. 1096, al. 2). Dans le cas d'époux, la révocation *ad nutum* suffit en effet à protéger, en tant que de besoin, donateur et enfant, ce qui n'existe pas pour les donations entre concubins¹⁴⁶³. Dès lors, si l'on supprime la règle de la révocabilité des donations, il faut envisager l'extension au couple marié de la révocation de la donation pour survenance d'enfant¹⁴⁶⁴.

Un rapprochement entre les différents couples en résulterait indiscutablement dans la mesure où la participation à l'enrichissement réalisée par donation serait affectée de la même précarité. La règle ne devrait cependant pas intégrer les dispositions d'un droit commun de la participation à l'enrichissement au sein du couple puisqu'il ne s'agit pas d'une règle spécifique au couple mais d'une règle du droit commun des libéralités. De même, la soumission des donations de biens présents entre époux à la règle de l'irrévocabilité des conventions rapprocherait le couple marié des couples non mariés. Pour autant, puisqu'il s'agit d'une règle du droit commun des actes juridiques, elle ne saurait rejoindre les règles,

¹⁴⁶² V. par exemple *infra*, n°832, l'insertion dans le Code civil de la donation au dernier vivant entre époux, librement révocable.

¹⁴⁶³ En ce sens, D. CORON et F. LUCET, « Assurance-vie, union libre et révocation pour survenance d'enfant », *Defrénois* 2000, art. 37183, p. 691. Cet argument est préférable à celui selon lequel le traitement de faveur fait au couple marié se justifie par le fait qu'il est indifférent aux enfants que les biens appartiennent à l'un ou l'autre de leurs parents puisqu'ils en hériteront un jour. Il en est en effet tout autrement lorsqu'un premier mariage sans enfant a été dissous et que le donateur se remarie et a des enfants de sa seconde union. Or, la jurisprudence a exclu, même dans ce cas, la révocation pour survenance d'enfant. V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les successions. Les libéralités*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1997, p. 434, n°541.

¹⁴⁶⁴ L'intervention législative pourrait également être mise à profit pour supprimer la discrimination que l'article 960 du Code civil consacre au détriment des enfants naturels du donateur. Si l'on admet que l'article 960 est fondé sur la protection de l'enfant, on ne voit pas en effet pourquoi tous les enfants ne seraient pas protégés. Or, si, pour les enfants « existants », qui font obstacle à une future révocation, le texte ne précise rien, pour les enfants « survenants » après la donation, il est bien précisé qu'il doit s'agir d'enfants légitimes ou légitimés par mariage subséquent. Pour Monsieur HAUSER, dans les deux cas, l'assimilation de l'enfant naturel à l'enfant légitime ne doit plus être mise en doute, la discrimination étant contraire à l'article 334, alinéa 1^{er}, du Code civil et le combat « étant obsolète depuis l'arrêt *Mazurek* » (« Révocation des donations pour survenance d'enfants : quelles donations et quels enfants ? », *Defrénois* 2001, art. 37437, p. 1386). V. également F. TERRE et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 424, n°528. Il est vrai que le couple marié constitue en droit une structure d'accueil des enfants, en particulier du fait de la présomption de paternité. On peut en déduire que la donation a été consentie en prenant en considération la survenance ultérieure d'enfants. Toutefois, quand on sait qu'un tiers des enfants naît hors mariage, l'argument ne tient plus.

Un argument d'ordre statistique pourrait néanmoins conduire à la suppression de la révocation de plein droit des donations pour survenance d'enfant : la tardiveté des naissances. V. L. TOULEMON et M. MAZUY, « Les naissances sont retardées mais la fécondité reste stable », *Revue Population, I.N.E.D.*, 2001, n°4, p. 611 et s. Du fait de la fréquence des naissances tardives, les Français réalisent des actes de prévoyance bien avant la survenance d'enfants. La révocation de plein droit des donations ne conduit-elle pas alors trop souvent à déjouer les prévisions de l'auteur de l'acte et à menacer la sécurité juridique ?

spécifiques au couple, dont la réunion pourrait former un droit commun conventionnel de la participation à l'enrichissement au sein du couple.

770. Un raisonnement comparable à celui qui a été mené aux fins de justifier la suppression de la règle de la révocabilité des donations entre époux conduit à proposer la suppression de la nullité des donations entre époux lorsqu'elles sont déguisées ou effectuées par personne interposée.

2. *Pour la suppression de la nullité des donations déguisées entre époux*

771. Traditionnellement, la nullité des donations entre époux consenties par personne interposée avait pour objectif d'éviter que les époux contournent les limites de la quotité disponible spéciale lorsque, en présence d'enfant d'un premier lit du donateur, elle était inférieure à la quotité disponible ordinaire. L'argument ne peut plus aujourd'hui être invoqué dans la mesure où les lois du 13 juillet 1965 et du 3 janvier 1972 permettent en toute hypothèse au conjoint survivant de recueillir le disponible ordinaire au titre de l'article 1094-1 du Code civil. Ces lois ont ainsi fait perdre pratiquement tout intérêt à la donation entre époux par personne interposée : pourquoi donner à un tiers interposé alors lorsque l'on peut aujourd'hui donner la même chose, et plus encore, directement à son conjoint¹⁴⁶⁵ ? L'argument pourrait alors conduire à la suppression de la nullité des donations entre époux par personne interposée.

Un premier pas en direction du démantèlement de la nullité des donations entre époux faites par personne interposée a été effectué par le législateur qui, dans la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, a discrètement abrogé les présomptions d'interposition de personnes de l'article 1100 du Code civil¹⁴⁶⁶. Ce dernier, réputant donation faite à personne interposée les donations consenties par un époux aux enfants de l'autre époux issus d'un précédent mariage, était en effet unanimement critiqué car il constituait un obstacle quasi-insurmontable aux libéralités consenties aux beaux-enfants.

Plus largement, c'est la nullité des donations déguisées entre époux qui devrait être supprimée.

772. Les inconvénients et les dangers de la nullité des donations déguisées ne sont plus à démontrer : injustices liées à la remise en cause de la participation à l'enrichissement,

¹⁴⁶⁵ En ce sens, G. CHAMPENOIS, obs. sous Civ. 1^{ère} 2 avril 1996, Defrénois 1996, art. 36358, p. 824, n°84.

¹⁴⁶⁶ V. F. SAUVAGE, « La discrète abrogation de l'article 1100 du Code civil », J.C.P. 2002, éd. N, 1347.

incertitudes sur sa qualification¹⁴⁶⁷ accentuées par les « gymnastiques juridiques »¹⁴⁶⁸ destinées à empêcher la nullité, et impossibilité de confirmer la nullité compte tenu de son caractère d'ordre public. La suppression de la nullité des donations déguisées se révèle d'autant plus nécessaire qu'à ces dangers ne semble correspondre aucun fondement certain¹⁴⁶⁹.

Si le fondement est la protection des héritiers réservataires contre la fraude présumée des époux, on se demande en effet pour quelle raison la nullité atteint la libéralité en son entier, indépendamment du fait que la libéralité porte ou non atteinte à la réserve.

La protection de l'un des époux contre l'autre est également invoquée au soutien de la nullité de la donation déguisée. On s'interroge alors vainement sur la légitimité du caractère absolu d'une nullité qui ne serait que de protection.

Enfin, l'argument selon lequel les donations déguisées sont nulles pour empêcher les époux de chercher à détourner la règle de la révocabilité succombe si cette dernière est supprimée. En tout état de cause, on ne voit pas guère en quoi l'action en nullité ajoute à la révocabilité *ad nutum*.

Quant à l'argument selon lequel les époux auraient recours à la donation déguisée afin d'échapper aux droits de mutation à titre gratuit, il semble que l'administration fiscale dispose des instruments et des moyens nécessaires pour sanctionner de telles manœuvres¹⁴⁷⁰.

773. Ainsi, « le cumul des explications ne saurait masquer leurs insuffisances. Celles-ci sont probablement le signe auquel on peut s'attacher pour proposer l'abandon de la prohibition »¹⁴⁷¹. Vestige de l'interdiction des actes à titre onéreux entre époux et du temps de l'immutabilité absolue du régime matrimonial, la nullité des donations déguisées ne se justifie plus désormais. Les actes à titre onéreux ne sont en effet plus interdits entre époux et l'immutabilité des régimes matrimoniaux n'est plus un principe absolu. A cet égard, une plus grande neutralité du droit est également souhaitable s'agissant du traitement du changement de régime de biens.

¹⁴⁶⁷ Sur les critères de distinction entre donation indirecte et donation déguisée, V. F. LUCET, Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux, Thèse Paris II, 1987, p. 51, n°35 et s.

¹⁴⁶⁸ J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les grandes réformes en cours dans le droit de la famille en France », in Droit comparé des personnes et de la famille, Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 661. Les tribunaux requalifient en effet l'acte quand ils le peuvent et décident qu'il s'agit d'une rémunération pour la collaboration apportée par son bénéficiaire à l'auteur de l'acte. Les gymnastiques juridiques auxquelles les tribunaux sont parfois contraints ne sont pas cependant sans danger pour le droit.

¹⁴⁶⁹ Sur « ces risques disproportionnés à des fondements incertains », V. P. CATALA, « Couple et modernité : gestion et transmission du patrimoine. Rapport de synthèse présenté au 84^{ème} Congrès des Notaires », Defrénois 1988, art. 34305, p. 982 et s. V. aussi F. LUCET, *op. cit.*, p. 243, n°174 et s.

¹⁴⁷⁰ V. *infra*, n°828.

¹⁴⁷¹ V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les successions. Les libéralités, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1997, p. 451, n°557, et les références citées par ces auteurs.

B. Le traitement du changement de régime de biens

774. « *Le régime matrimonial n'est pas un bloc de granit : il est au service des époux et de la société* » affirme Monsieur CATALA à propos de l'adaptation du régime¹⁴⁷². L'adaptation nécessaire du régime matrimonial à l'évolution du patrimoine de chacun des époux, de la situation professionnelle de ces derniers ou de la composition de la famille a ainsi conduit la loi du 13 juillet 1965 à supprimer l'immutabilité absolue du régime matrimonial pour y substituer une mutabilité contrôlée¹⁴⁷³. La controverse sur la libération du changement de régime matrimonial porte désormais sur la nécessité du contrôle judiciaire de la conformité du changement à l'intérêt de la famille, imposé par l'article 1397, alinéa 1^{er}, du Code civil. Actuel, le débat prend un relief particulier au regard de la proposition précédemment exposée d'élargir au couple non marié la possibilité d'adopter conventionnellement l'un des régimes de biens actuellement réservés au couple marié. La même interrogation, relative aux conditions de modification du régime de biens, se pose en effet, ainsi que celle, corrélative, de la légitimité d'un régime différent selon que le couple est marié ou non. *De lege lata*, l'encadrement judiciaire est certes protecteur (1.) ; sa suppression devrait cependant être envisagée *de lege ferenda*, sous réserve d'un certain encadrement de la liberté (2.).

1. De lege lata, un encadrement protecteur

775. L'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial a ses adeptes¹⁴⁷⁴ et les arguments qu'ils présentent sont convaincants. *De lege lata*, l'encadrement du changement matrimonial par le juge est indéniablement protecteur de la famille. De manière générale, l'existence d'un contrôle judiciaire stigmatise l'importance de l'acte. Le passage devant le juge permet en effet d'en mesurer l'importance et d'éviter des

¹⁴⁷² « Couple et modernité : gestion et transmission du patrimoine. Rapport de synthèse présenté au 84^{ème} Congrès des Notaires », Defrénois 1988, art. 34305, p. 980.

¹⁴⁷³ L'immutabilité du régime matrimonial a souvent été présentée comme une nécessaire protection des tiers. Il est pourtant facile d'inventer un système d'information des modifications, ainsi qu'en témoigne le droit positif qui admet désormais la mutabilité du régime matrimonial. « *La justification profonde était ailleurs dans l'idée d'une adhésion instantanée à un statut définitif, dans l'idée d'une volonté épuisant instantanément son pouvoir créateur immédiatement pris en relais par la norme objective* » (J. HAUSER, « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », in *Religion, société et politique, Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, P.U.F., 1983, p. 505). Or, la tendance du droit à tout ramener à un instant, sans prise en considération de la durée, est parfois excessive. Elle est particulièrement critiquable s'agissant du régime matrimonial qui s'inscrit dans le temps long du couple.

¹⁴⁷⁴ V. par exemple, J. THIERRY, « Faut-il supprimer le contrôle judiciaire du changement de régime matrimonial ? », D. 2000, chr. 68.

changements intempestifs. En particulier, le contrôle judiciaire de la conformité du changement à l'intérêt de la famille est protecteur des différents membres de cette dernière. Il protège en premier lieu les époux. L'homologation peut de la sorte être refusée si le changement est susceptible de porter atteinte à l'intérêt de l'un d'entre eux¹⁴⁷⁵. Le contrôle judiciaire protège, en second lieu, les descendants de l'un ou des deux époux. Il en est ainsi lorsque l'homologation est refusée au motif que le changement porterait une atteinte trop grave à leurs intérêts, en particulier s'il y a suspicion que l'un des deux époux, s'il venait à survivre, dilapiderait le patrimoine ainsi reçu¹⁴⁷⁶. Même si l'homologation est accordée, le juge a, en outre, la possibilité d'informer les descendants non communs aux époux de l'existence de l'action en retranchement destinée à protéger l'intégrité de leur réserve. Enfin, la transmission de l'action en révision aux héritiers de l'époux victime d'une fraude de son conjoint permet la remise en cause du régime¹⁴⁷⁷.

Le contrôle judiciaire de l'intérêt de la famille est parfois critiqué au motif que la notion dépendrait « *de la personnalité et des habitudes des juges et du Parquet ; comme l'Equity du Chancelier anglais, elle varie avec la longueur des pieds du magistrat* »¹⁴⁷⁸. La critique est peut-être excessive. La notion d'intérêt de la famille est certes une « *notion à contenu variable* »¹⁴⁷⁹. Toutefois, la variabilité a précisément été voulue par le législateur pour permettre l'adaptation de la notion à l'évolution de la société et à la situation particulière de chaque famille. Il convient, dès lors, de s'en remettre à la sagesse, au discernement et à l'expérience des magistrats.

776. Les arguments présentés par les tenants du maintien de l'homologation judiciaire sont en revanche nettement moins convaincants s'agissant de la protection des tiers par le contrôle judiciaire du changement de régime matrimonial.

La publicité de la requête permet certes d'informer les tiers du changement projeté. Leur audition par le juge est également possible afin de déterminer si le changement est manifestement empreint de fraude, auquel cas le juge refusera d'homologuer la convention.

¹⁴⁷⁵ V. par exemple Paris, 18 novembre 1997, Defrénois 1998, art. 36884, p. 1222, note J.-M. PLAZY.

¹⁴⁷⁶ V. par exemple Paris, 16 février 1999, Dr. Fam. 1999, comm. n°85, note B. BEIGNIER.

¹⁴⁷⁷ Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, J.C.P. 1999, éd. G, II, 10094, note J. CASEY ; J.C.P. 1999, éd. G, I, 154, obs. G. WIEDERKEHR ; Dr. Fam. 1999, comm. n°17, note B. BEIGNIER ; R.J.P.F. avril 1999, p. 14, note F. VAUVILLÉ ; Defrénois 1999, art. 37017, p. 805, n°59, obs. G. CHAMPENOIS.

¹⁴⁷⁸ P. MALAURIE, « Changement conventionnel de régime matrimonial et suppression de l'homologation judiciaire », Defrénois 1998, art. 36845, p. 913.

¹⁴⁷⁹ J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in Les notions à contenu variable en droit, sous la dir. de C. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 99 et s.

Sur les avantages du recours à la notion d'intérêt de la famille, V. R. THERY, « L'intérêt de la famille », J.C.P. 1972, éd. G, I, 2485.

Toutefois, changer n'est pas frauder. Le plus souvent, et les recueils de jurisprudence en témoignent, c'est la liquidation et le partage du précédent régime matrimonial qui réalisent la fraude aux créanciers. Certes, les créanciers pourront former une tierce-opposition contre le jugement d'homologation si la fraude s'est matérialisée dans le partage. Cependant, l'action est enfermée dans le délai préfix d'une année (C. civ., 1397, dernier al.). En tout état de cause, ce n'est donc pas l'homologation judiciaire du changement qui protège les créanciers. Dans la plupart des cas, ils ne sont protégés que par les actions de droit commun qu'ils vont pouvoir exercer, postérieurement, contre le partage : action paulienne et action en rescision du partage pour lésion par voie oblique¹⁴⁸⁰.

777. En dépit des arguments propices à l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, un courant favorable à sa suppression s'est fait jour. *De lege ferenda*, la liberté des époux devrait malgré tout être encadrée.

2. De lege ferenda, la liberté à encadrer

778. Depuis la réforme des régimes matrimoniaux de 1965, trois obstacles continuent à faire échec à la mutabilité absolue du régime matrimonial, laquelle transformerait le contrat de mariage en un contrat de droit commun, modifiable du seul consentement mutuel des parties.

Le premier d'entre eux est le recours obligatoire à un notaire. En dépit de son coût, l'étape semble indispensable et ne devrait pas être supprimée. Ainsi, lorsqu'il a été suggéré d'offrir au couple non marié les moyens d'optimiser la participation à l'enrichissement en adoptant l'un des régimes de biens originellement réservés au couple marié, la proposition a été subordonnée au recours obligatoire à un notaire¹⁴⁸¹. La nécessité de l'acte notarié constituerait ainsi une première limite à la liberté des époux – et, plus généralement, des membres d'un couple – de changer de régime de biens.

Le deuxième obstacle tient à l'exigence de l'expiration d'un délai de deux ans depuis la conclusion du dernier contrat de mariage. Cette seconde limite devrait également être conservée, et ce pour deux raisons. En premier lieu, la charte du couple ne devrait pas

¹⁴⁸⁰ Sur les conditions d'exercice de ces actions, V. F. VAUVILLE, « Protection des créanciers et changement de régime matrimonial », J.C.P. 1999, éd. N, p. 715.

¹⁴⁸¹ Sur les raisons essentielles du recours obligatoire à un notaire, V. *supra*, n°631.

Il pourrait même être envisagé de recourir, en cas de suppression de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, à la présence de deux notaires.

pouvoir être modifiée de façon intempestive dans l'intérêt des tiers. En second lieu, le délai de deux ans permettrait aux membres du couple d'en éprouver l'efficacité.

779. Le troisième obstacle à la mutabilité absolue du changement de régime matrimonial est l'homologation judiciaire, subordonnée à la conformité du changement à l'intérêt de la famille (C. civ., art. 1397, al. 1^{er}). La controverse sur la libération du changement de régime matrimonial ne porte que sur cette dernière limite. L'exigence du contrôle judiciaire pour les couples franco-français est plus fortement encore remise en question depuis qu'une loi du 28 octobre 1997 autorise les époux, dès lors qu'ils relèvent de la Convention de la Haye du 4 janvier 1978 relative à la loi applicable aux régimes matrimoniaux, à modifier librement, en cours de mariage, leur régime matrimonial¹⁴⁸². La réflexion est également alimentée par la mise en regard des formalités de changement de régime matrimonial avec l'absence de toute formalité nécessaire à la modification d'un pacs¹⁴⁸³.

780. L'argument essentiel¹⁴⁸⁴ en faveur de la suppression du contrôle judiciaire est de laisser à la libre-disposition des époux l'organisation de leurs relations patrimoniales, la liberté accordée leur permettant d'adapter leur régime de biens à l'évolution de leur patrimoine, de leurs situations professionnelles ou encore de la composition de leur famille¹⁴⁸⁵. Conseillés par leur notaire, les époux sont en effet certainement à même

¹⁴⁸² Le vœu portant sur la suppression de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial a été émis à de nombreuses reprises par les notaires. Voté lors du 75^{ème} Congrès des Notaires de France, réitéré lors du 84^{ème}, il fut également adopté par le 95^{ème}. V. Demain la famille, 95^{ème} Congrès des Notaires de France, Marseille 9-12 mai 1999, Maury-Imprimeur, 1999, p. 197. Dans le même sens, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (sous la dir. de), Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, La documentation française, 1999, p. 163 et s. Une importante fraction de la doctrine se prononce également en ce sens. V. par exemple, S. FREMEAUX, « L'avenir de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial », *Defrénois* 2000, art. 37166, p. 529 ; P. MALAURIE, « Changement conventionnel de régime matrimonial et suppression de l'homologation judiciaire », *Defrénois* 1998, art. 36845, p. 913 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les grandes réformes en cours dans le droit de la famille en France », in Droit comparé des personnes et de la famille, Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 661.

¹⁴⁸³ La modification du pacs n'est pas suspendue à un quelconque contrôle ; elle n'a pas non plus à être motivée par la volonté d'œuvrer dans le sens de tel ou tel intérêt. Sur les modalités de modification du pacte, V. H. LECUYER, « Le pacs (désormais) sous toutes ses coutures », *Dr. Fam.* 2000, chr. n°1.

¹⁴⁸⁴ D'autres arguments peuvent être invoqués au soutien de la suppression du contrôle judiciaire du changement de régime matrimonial. Il en est ainsi de l'exemple des législations étrangères qui ont abandonné la mutabilité contrôlée pour une mutabilité absolue ou encore de l'encombrement des tribunaux. Ces arguments sont cependant accessoires. L'argument du droit comparé ne vaut en effet que si le système juridique français et le système étranger pris en exemple sont identiques en tous points ou presque. Quant au désengorgement des tribunaux, cet élément ne doit être envisagé que comme une conséquence heureuse de la suppression de l'homologation, en aucun cas cependant comme un motif principal.

¹⁴⁸⁵ Sachant qu'un minimum d'association et un minimum d'indépendance sont garantis par l'application du régime primaire impératif. Un minimum d'association serait également garanti dans le couple non marié si le

d'apprécier l'intérêt de modifier en tout ou en partie leur régime matrimonial. En outre, l'expérience prouve que les jeunes époux sont fréquemment ignorants des régimes matrimoniaux et des conséquences qui en découlent, ce qui relève, pour une bonne part, de la responsabilité de la société¹⁴⁸⁶. Non soumise au contrôle judiciaire lourd et onéreux, l'adaptation serait plus simple et, par conséquent, plus fréquente, en particulier à titre d'alternative aux dispositions à cause de mort. L'anticipation successorale, socialement utile, en serait favorisée. S'agissant de la validité de la convention, les ressources du droit commun devraient permettre de la faire respecter. La convention notariée pourrait ainsi être annulée pour vice du consentement ou fraude dans l'hypothèse où l'un des époux aurait dissimulé à son conjoint l'existence d'un enfant.

S'agissant de la modification du régime de biens, les couples, mariés ou non, pourraient donc être, *de lege ferenda*, soumis aux mêmes règles : la confection d'un acte notarié et l'expiration d'un délai de deux ans depuis l'adoption du dernier contrat, à l'exclusion de tout contrôle judiciaire. La liberté de modification devrait toutefois être strictement encadrée, dans le souci de la sécurité juridique et de la protection des descendants des membres du couple.

781. La sécurité juridique impose, d'une part, l'absence de rétroactivité du nouveau régime à l'égard des tiers et, d'autre part, de lier le changement de régime à une liquidation amiable, afin d'éviter les enchevêtrements des régimes successifs. Deux solutions sont alors envisageables¹⁴⁸⁷. La première consiste à subordonner l'adoption du nouveau régime à une liquidation amiable du régime antérieur. Toute la difficulté de cette première solution tient au temps que peuvent nécessiter certaines liquidations complexes. Mieux vaudrait, dès lors, adopter la solution de la Convention de la Haye, qui présenterait, en outre, l'avantage d'une mise en conformité du droit français avec cette convention internationale. La solution consiste à distinguer selon que le régime matrimonial antérieur a été ou non liquidé. Si tel est le cas, le nouveau régime opère sans rétroactivité. En revanche, si le régime antérieur n'a pas été liquidé, le nouveau régime s'applique rétroactivement, mais uniquement dans les rapports entre époux.

législateur décidait de consacrer un droit commun impératif de la vie en couple. V. *supra* : Partie 1. Un minimum d'indépendance le serait également si l'on ajoutait au droit commun impératif de l'organisation de la vie en couple deux dispositions équivalentes aux articles 223 et 225 du Code civil, afin de préserver en toute hypothèse l'indépendance de chacun des membres du couple sur ses gains et salaires et ses biens propres ou personnels. Sur cette proposition, V. *supra*, n°683.

¹⁴⁸⁶ L'information prénuptiale, dont les modalités ont été fixées par un décret du 23 décembre 2002, devrait cependant améliorer cette situation, à condition que les mairies ne se limitent pas à une délivrance de l'information verbale ou par voie d'affichage. V. *supra*, n°701.

¹⁴⁸⁷ V. P. MALAURIE, « Changement conventionnel de régime matrimonial et suppression de l'homologation judiciaire », Defrénois 1998, art. 36845, p. 913.

La sécurité juridique impose, enfin, que les créanciers des membres du couple soient informés de la modification apportée au régime de biens. Pour ce faire, il suffit de conserver les mêmes exigences de publicité de la convention modificative, indépendantes de l'exigence d'une homologation. Informés de la modification, les créanciers disposeraient ensuite des actions de droit commun qui, d'ores et déjà, sont les seules à leur assurer une protection efficace¹⁴⁸⁸.

782. S'agissant de la protection des descendants du couple, il n'est pas concevable de requérir leur consentement. Le but de la convention est en effet de régir l'organisation du groupement patrimonial formé par le couple, sans que les descendants ne disposent d'un quelconque droit actuel sur les biens appartenant à leurs auteurs. Ce n'est donc qu'au décès de ce dernier et par les moyens du droit des successions et du droit des libéralités que leurs intérêts doivent être protégés. Ouverte depuis la loi du 3 décembre 2001 à tous les enfants qui ne sont pas communs aux époux (C. civ., 1527, al. 2), l'action en retranchement y pourvoit¹⁴⁸⁹. S'agissant de la protection des descendants d'un couple non marié, tout devrait dépendre de la nature juridique des avantages résultant de l'adoption d'un régime de biens. S'ils devaient revêtir une nature gratuite, l'institution de la réserve devrait suffire à protéger leurs descendants, communs ou non. En revanche, s'ils devaient être considérés, par faveur de la loi, comme revêtant une nature onéreuse, il serait nécessaire d'ouvrir l'action en retranchement aux descendants de l'un des membres d'un couple non marié¹⁴⁹⁰.

783. Des propositions qui précèdent, il résulte un rapprochement entre les différents couples. Toutes ne sont cependant pas destinées à intégrer les règles d'un droit commun patrimonial, favorisant une entraide maximale dans le couple. Seule la conclusion d'un acte notarié pour modifier le régime de biens du couple ainsi que la condition d'application pendant deux années au minimum du précédent régime, à l'exclusion de tout

¹⁴⁸⁸ En ce sens, F. VAUVILLE, « Protection des créanciers et changement de régime matrimonial », J.C.P. 1999, éd. N, p. 715.

¹⁴⁸⁹ Avec rétroactivité dans la mesure où un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 29 janvier 2002, rendu en application du droit antérieur à la réforme du 3 décembre 2001, a ouvert le bénéfice de l'action en retranchement aux enfants naturels : Civ. 1^{ère} 29 janvier 2002, Dr. Fam. 2002, comm. n°45, note B. BEIGNIER ; R.J.P.F. mai 2002, p. 14, note J. CASEY ; D. 2002, 1938, note A. DEVERS ; J.C.P. 2002, éd. G, I, 167, n°12, obs. P. SIMLER.

Un auteur regrette, en outre, que le législateur n'ait pas ouvert la tierce-opposition contre le jugement d'homologation à tous les enfants, au lieu de continuer à la réserver aux créanciers : J. CASEY, « Droit des successions : commentaire de la loi du 3 décembre 2001 », R.J.P.F. janvier 2002, p. 6.

¹⁴⁹⁰ Sur la nature juridique de la participation à l'enrichissement découlant de l'adoption d'un régime de biens, V. *infra*, n°785.

contrôle judiciaire, devraient rejoindre les dispositions d'un droit commun de la participation à l'enrichissement au sein du couple.

En revanche, la suppression de la révocabilité des donations entre vifs et de la nullité des donations déguisées entre époux s'analyse comme un retour au droit commun des libéralités. La suppression des obstacles à la participation à l'enrichissement au sein du couple marié ne favorise alors qu'indirectement la participation à l'enrichissement. Il est en revanche des privilèges qui s'analysent comme une faveur directe du droit civil pour la participation à l'enrichissement au sein du couple, dont il convient à présent d'envisager la nécessité.

§ 2. *La faveur nécessaire du droit civil pour la participation à l'enrichissement au sein de tout couple*

784. Socialement utile, en particulier lorsqu'elle s'analyse comme un acte d'anticipation successorale, la participation à l'enrichissement au sein du couple a vocation à bénéficier de privilèges civils, définis comme des dérogations aux règles du droit commun des actes juridiques aux fins de favoriser certains d'entre eux. En droit positif, le couple marié en connaît plusieurs, inconnus du couple non marié : la possibilité de soustraire la participation à l'enrichissement au régime des libéralités en adoptant un régime matrimonial communautaire, la donation de biens à venir et, enfin, l'existence d'une quotité disponible spéciale.

Conformément à la ligne directrice de l'étude, il est nécessaire de s'interroger sur la justification du maintien de ces privilèges au profit du seul couple marié. Il apparaît alors que le traitement privilégié de la participation à l'enrichissement résultant du régime de biens pourrait être étendu à toutes les unions, par faveur pour le couple (A.). En revanche, la spécificité du couple marié semble commander que la faveur que constitue le traitement privilégié des libéralités à cause de mort lui soit réservée (B.).

A. La faveur pour le couple : le traitement privilégié de la participation à l'enrichissement résultant du régime de biens

785. En droit positif, la participation à l'enrichissement, lorsqu'elle résulte du régime matrimonial, n'est pas considérée en principe comme un acte à titre gratuit. Le privilège, exceptionnel, consiste donc à faire échapper la communication des richesses au régime des libéralités. Après avoir délimité l'étendue du privilège civil offert au couple marié (1.), son analyse conduira à envisager la légitimité de son extension aux membres d'un couple non marié (2.).

1. L'étendue du privilège civil offert au couple marié

786. Le privilège civil, qui réside dans la possibilité de soustraire la participation à l'enrichissement au régime des libéralités, résulte expressément de la loi lorsqu'elle affirme que les avantages matrimoniaux « *que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses d'une communauté conventionnelle, ainsi que ceux qui peuvent résulter de la confusion du mobilier et des dettes, ne sont point regardés comme des donations* » (C. civ., art. 1527, al. 1^{er}). La présomption est irréfragable puisqu'il est impossible d'apporter la preuve que les époux étaient animés d'une intention libérale¹⁴⁹¹. Autrement dit, la non gratuité de l'avantage matrimonial est une règle de fond. Cette règle ne connaît que deux exceptions : les avantages matrimoniaux sont considérés comme des donations, sans que la preuve contraire ne puisse être rapportée, en présence d'enfants non communs aux deux époux, d'une part, et en cas de divorce, d'autre part.

La première exception se justifie exclusivement par la protection des enfants non communs aux deux époux. L'avantage matrimonial est en effet susceptible de priver l'enfant d'un premier lit du *de cuius* de tout droit à succession si son auteur décède en premier, puisqu'il n'a pas de vocation successorale dans la succession du conjoint de son auteur. Pour éviter cette injustice, l'alinéa 2 de l'article 1527 du Code civil lui réserve le bénéfice d'une action en retranchement, en ajoutant que « *au cas où il y aurait des enfants qui ne seraient pas issus des deux époux, toute convention qui aurait pour conséquence de donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée à l'article 1094-1, au titre « Des donations entre vifs et des testaments », sera sans effet pour l'excédent* ». En d'autres termes, en présence d'enfants issus d'un premier lit, la partie de l'avantage matrimonial qui excède la quotité disponible est considérée comme une libéralité. La précision de la jurisprudence selon laquelle l'article 1527, alinéa 2, du Code civil ne peut être invoqué par l'administration fiscale pour percevoir des droits de mutation, démontre bien que la soumission de l'avantage matrimonial au régime des actes à titre gratuit a pour objectif de protéger les enfants non communs aux époux¹⁴⁹².

¹⁴⁹¹ Telle est l'analyse dominante de la doctrine. V. par exemple A. COLOMER, Droit civil, Régimes matrimoniaux, Litec, 11^{ème} éd., 2002, p. 633, n°1164.

De même, lorsque l'avantage matrimonial est, par exception, considéré comme un acte à titre gratuit, la présomption est irréfragable puisque la preuve de l'onérosité ne peut être rapportée.

¹⁴⁹² Civ. 1^{ère} 6 mai 1997, J.C.P. 1997, éd. N, p. 939, note S. PIEDELIÈVRE ; R.T.D. Civ. 1998, p. 179, obs. B. VAREILLE.

De même, les avantages matrimoniaux ne sont plus considérés comme des libéralités si les bénéficiaires de l'action en retranchement renoncent à la succession ou en sont écartés pour indignité. V. par exemple Civ. 1^{ère} 9 mars 1983, J.C.P. 1984, éd. G, IV, 163.

En revanche, la seconde exception au principe selon lequel les avantages matrimoniaux ne sont point considérés comme des donations ne s'analyse pas comme une disposition protectrice d'une catégorie de tiers. En cas de divorce ou de séparation de corps¹⁴⁹³, avantage matrimonial et donation sont soumis au même régime juridique. Les avantages matrimoniaux sont ainsi révoqués de plein droit pour l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce a été prononcé (C. civ., art. 267) ainsi que pour le demandeur dans un divorce pour rupture de la vie commune (C. civ., art. 269), le conjoint conservant le bénéfice des avantages matrimoniaux. Dans ces deux hypothèses, la gratuité s'explique incontestablement par la volonté de pénaliser l'époux fautif. La justification est différente dans les autres cas de divorce puisque l'avantage peut être perdu même par un époux non fautif. En effet, en cas de divorce aux torts partagés ou de divorce sur double aveu, l'avantage peut être révoqué unilatéralement (C. civ., art. 267-1 et 268-1) et, en cas de divorce sur requête conjointe, conventionnellement (C. civ., art. 268). L'origine de ces dispositions réside sans doute dans l'idée que seul un mariage réussi, autrement dit dissous par décès, justifie une répartition des richesses supérieure au partage à parts égales des acquêts, lequel ne revêt jamais une nature gratuite.

787. De la lettre du Code civil, il résulte en effet que le traitement de faveur du droit civil pour la répartition des richesses résultant de l'adoption d'un régime matrimonial ne se limite pas aux avantages matrimoniaux. La loi est cependant moins explicite à cet égard, alors pourtant que le privilège est considérable. L'alinéa 2 de l'article 1527 du Code civil précise que « *les simples bénéfiques résultant de travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants d'un premier lit* ». De prime abord, cet article ne semble apporter qu'une précision, négative, relative à la définition de l'avantage matrimonial. La participation à l'enrichissement, strictement entendue du partage à parts égales des acquêts¹⁴⁹⁴, ne constituerait pas un avantage matrimonial. De la formulation de cette disposition, il résulte pourtant un autre élément, essentiel. Il n'est pas écrit en effet que l'avantage qui résulte du partage des acquêts indépendamment de la contribution de chacun des époux à leur création ou à leur acquisition n'est pas un avantage matrimonial, mais que

¹⁴⁹³ Pour la séparation de corps, l'article 304 du Code civil renvoie aux règles du divorce. *Brevitatis causa*, nous ne raisonnerons que sur ce dernier cas.

¹⁴⁹⁴ La majorité de la doctrine refuse en effet d'étendre cette disposition aux clauses de partage inégal des bénéfices de la communauté. V. les références citées par A. COLOMER, *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, Litec, 11^{ème} éd., 2002, p. 635, n°1170, note 82. La jurisprudence, rare, est dans le même sens. V. par exemple Civ. 1^{ère} 20 novembre 1958, J.C.P. 1960, éd. G, II, 11383, note P. VOIRIN.

cet avantage n'est pas réductible. Autrement dit, la participation à l'enrichissement strictement entendue ne peut jamais revêtir une nature gratuite.

Le traitement de faveur de la participation à l'enrichissement au sein du couple marié, à condition qu'elle résulte du régime matrimonial, se subdivise dès lors en deux règles distinctes. D'une part, le partage égal des acquêts, en nature dans la communauté ou en valeur dans la participation aux acquêts, échappe définitivement et sans exception possible au régime des libéralités. D'autre part, les avantages matrimoniaux, qui excèdent le partage égal des acquêts, ne revêtent pas, en principe, une nature gratuite. Ils ne la revêtent qu'à titre exceptionnel, dans les deux hypothèses limitativement énumérées par la loi.

788. De l'analyse de l'article 1527 du Code civil et du double privilège qui en découle pour les époux, il faut également déduire que la liste des avantages matrimoniaux de l'alinéa 1^{er} n'est pas limitative, qui ne vise que les avantages résultant des clauses d'une communauté conventionnelle – telles la clause permettant le prélèvement d'un bien sans indemnité, la clause de stipulation de parts inégales ou la clause d'attribution intégrale à la communauté – et de la confusion du mobilier ou des dettes. L'alinéa 1^{er} doit être interprété à la lumière de l'alinéa 2. D'autres régimes matrimoniaux permettent en effet une répartition des richesses, supérieure au seul partage à parts égales des acquêts. Il en est ainsi de la clause de participation inégale aux acquêts dans le régime de la participation aux acquêts¹⁴⁹⁵ ou encore de la clause de présomption de propriété dans un régime séparatiste lorsqu'elle s'analyse comme une fiction destinée à octroyer un avantage à l'un des époux. S'agissant des avantages matrimoniaux, le privilège ne devrait donc pas être cantonné aux seules communautés conventionnelles, même si, indéniablement, elles constituent son domaine d'élection¹⁴⁹⁶.

En revanche, l'exemple de la communauté fournit un précieux guide d'interprétation. En effet, puisque le régime légal de la communauté réduite aux acquêts ne permet que de simples bénéfices résultant de travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs des époux, ce régime doit être considéré comme le « *niveau zéro de l'avantage matrimonial* »¹⁴⁹⁷. Tout enrichissement supérieur, qui résulte de la modification des règles

¹⁴⁹⁵ S'agissant des aménagements conventionnels de la participation aux acquêts, la doctrine se prononce ainsi majoritairement en faveur de la qualification d'avantage matrimonial. En ce sens, F. TERRE et P. SIMLER, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p. 683, n°860, et les références citées par ces auteurs.

¹⁴⁹⁶ En ce sens, J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 669, n°718.

Contra, A. COLOMER, Droit civil, Régimes matrimoniaux, Litec, 11^{ème} éd., 2002, p. 631, n°1161.

¹⁴⁹⁷ F. LUCET, Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux, Thèse Paris II, 1987, p. 535, n°1161.

relatives à la composition des masses, au partage, au régime d'obligations entre la masse commune et les patrimoines propres ou de la confusion du mobilier et des dettes, s'analyse dès lors comme un avantage matrimonial. Généralisée, la directive est dès lors la suivante : il y a avantage matrimonial, échappant en principe au régime des libéralités, chaque fois qu'une modification de la participation fixée par la loi dans chaque régime type entraîne une participation à l'enrichissement supérieure à celle qu'aurait dégagé le régime étalon. La définition de l'avantage matrimonial de Monsieur LUCET doit ainsi être reprise : « *le profit résultant du fonctionnement de dispositions du régime matrimonial, qui écartent les règles participant, dans chaque régime de référence, à la répartition des richesses* »¹⁴⁹⁸.

Ainsi, le régime de participation aux acquêts des articles 1569 et suivants du Code civil constitue le régime étalon de tout régime de participation aux acquêts. Dès lors, tout profit supérieur à celui qui aurait été obtenu, tel celui qui résulterait d'une modification du mode de calcul de la créance de participation susceptible d'opérer un transfert de richesses, doit être analysé comme un avantage matrimonial. S'agissant d'un régime séparatiste, le régime étalon est celui de la séparation de biens définie aux articles 1536 et suivants du Code civil. Toute participation à l'enrichissement, qu'elle résulte d'une clause de propriété ou de l'adoption d'une société d'acquêts, devrait par conséquent constituer un avantage matrimonial.

789. L'étendue du traitement privilégié de la communication des richesses entre les époux est ainsi plus large que ne semble le sous-entendre la lettre de la loi. Lorsqu'elle n'est que l'application des règles d'un régime matrimonial type, la participation à l'enrichissement strictement entendue n'est en effet jamais considérée comme une libéralité. Quant à la répartition des richesses supérieure à la participation à l'enrichissement fixée par le régime type, sous l'appellation d'avantage matrimonial, elle échappe en principe à la qualification d'acte à titre gratuit. L'analyse de ce double privilège conduit à en envisager l'extension au couple non marié.

2. *L'analyse du privilège civil et la légitimité de son extension au couple non marié*

790. Le privilège consiste à faire échapper la participation à l'enrichissement au régime des actes à titre gratuit, défavorable pour l'époux bénéficiaire. En effet, si l'avantage était analysé comme une libéralité, il serait réductible en cas d'atteinte à la réserve,

¹⁴⁹⁸ F. LUCET, Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux, Thèse Paris II, 1987, p. 680, n°503.

rapportable à la succession du prémourant et imputable sur la vocation successorale légale du conjoint survivant¹⁴⁹⁹.

Pour autant, écarter la qualification d'acte à titre gratuit ne conduit pas à analyser systématiquement la participation à l'enrichissement en un acte à titre onéreux. Lorsque la clause assure un équilibre que l'application des règles légales romprait, telle une clause de partage inégal destinée à compenser l'inégalité des apports, il est certes possible de l'analyser comme un acte à titre onéreux car il apparaît que les époux ont placé leurs relations dans un rapport d'équivalence et ont considéré leurs apports respectifs comme subjectivement équivalents¹⁵⁰⁰. Toutefois, le plus souvent, l'avantage matrimonial répond véritablement au concept de libéralité. Certaines clauses du contrat de mariage qui ont pour objectif d'avantager un époux nommément désigné, sans contrepartie, sont ainsi visiblement imprégnées d'intention libérale. Il faut donc se garder d'opter pour « *une vision monolithique* » de la nature juridique de l'avantage matrimonial¹⁵⁰¹.

Le fondement aujourd'hui assigné par la plupart des auteurs aux présomptions irréfragables de gratuité ou d'onérosité de l'avantage matrimonial est alors essentiellement pragmatique. Le souci du législateur de prévenir toute discussion sur la nature exacte de l'avantage l'aurait ainsi conduit, pour trancher les incertitudes, à recourir à des présomptions, la qualification étant en principe, par faveur pour le couple marié, la plus favorable au bénéficiaire de la clause¹⁵⁰². Incontestable, le fondement manque toutefois de souffle théorique.

Sans que les conséquences pratiques soient en rien modifiées, ce souffle lui a été redonné par l'analyse très fine de Monsieur LUCET du privilège offert aux époux. Celui-ci consisterait dans la possibilité de « *tracer le périmètre d'application de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux* »¹⁵⁰³. La véritable dérogation au droit commun des actes juridiques réside

¹⁴⁹⁹ Le propos doit cependant être nuancé dans la mesure où la loi du 3 décembre 2001, réformant le droit des successions, n'a pas repris la règle traditionnelle selon laquelle les libéralités adressées au conjoint s'imputent sur les droits qu'il tient de la loi, et les absorbent à due concurrence (C. civ. ancien, art. 767, al. 6). La plupart des auteurs estime par conséquent que cette imputation n'est plus nécessaire. V. par exemple S. FERRE-ANDRE, « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2002, art. 37572, n°20 ; Y. FLOUR, « Les nouveaux droits *ab intestat* du conjoint survivant », *Gaz. Pal.* 2002, doctr., 2, p. 1412 ; F. SAUVAGE, « Les donations entre époux restrictives après la loi du 3 décembre 2001 », *J.C.P.* 2003, éd. N, 1102 ; H. MAZERON-GABRIEL, « Le conjoint successible : un héritier comme les autres ? », *J.C.P.* 2003, éd. N, 1215 ; A. BOITELLE, « L'articulation des droits légaux avec les droits conventionnels du conjoint survivant », *J.C.P.* 2003, éd. N, 1243. V. aussi J. HAUSER et P. DELMAS SAINT HILAIRE, « Les quotités disponibles et la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2003, art. 37749, p. 739, qui se prononcent contre le cumul au-delà des quotités disponibles spéciales.

¹⁵⁰⁰ Sur les critères de la gratuité, par opposition à ceux de l'onérosité, V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les successions. Les libéralités*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1997, p. 210, n°249 et s.

¹⁵⁰¹ A. COLOMER, *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, Litec, 11^{ème} éd., 2002, p. 633, n°1164.

¹⁵⁰² V. A. COLOMER, *op. cit.*, p. 633, n°1164, et les références citées par cet auteur.

¹⁵⁰³ F. LUCET, *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux*, Thèse Paris II, 1987, p. 738, n°556.

ainsi dans la possibilité d'échapper aux critères de qualification des actes gratuits ou onéreux. Dans l'hypothèse de la soumission au régime légal de la communauté réduite aux acquêts, la loi fixe elle-même le domaine reconnu à la distinction du titre gratuit et du titre onéreux entre les conjoints ; tandis qu'en cas d'adoption d'un régime conventionnel, il appartient aux époux de fixer le domaine de la distinction. Puisque « *tous les régimes matrimoniaux, légaux ou conventionnels, adoptés lors du mariage ou par convention homologuée, ont pour effet nécessaire de tracer entre époux la frontière du domaine réservé à la distinction du titre gratuit et du titre onéreux* », il faut en conclure avec Monsieur LUCET, que « *nul transfert trouvant son origine dans les règles strictement matrimoniales ne saurait être qualifié au regard de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux* »¹⁵⁰⁴.

791. Dans la mesure où il a été précédemment proposé d'offrir aux membres d'un couple non marié la possibilité d'optimiser la participation à l'enrichissement en adoptant, conventionnellement, l'un des régimes de biens originellement réservé au couple marié, la question se pose naturellement de l'extension du privilège accordé en droit positif au seul couple marié. L'extension du privilège consistant à pouvoir tracer les limites de la distinction entre gratuité et onérosité en échappant aux critères légaux apparaît légitime pour deux raisons.

La première est que cette faveur ne semble pas justifiée par la spécificité de l'engagement de mariage. En effet, ni la création d'un lien de famille, ni l'inscription dans la pérennité, ni le caractère transcendant de l'engagement ne plaident particulièrement en faveur du privilège. Certes, ils y participent : il ne paraît pas anormal de favoriser la solidarité patrimoniale dans un groupement où la solidarité personnelle est à ce point intense. En outre, dans la mesure où les caractéristiques de l'engagement de mariage sont à l'origine

L'idée est proche de celle selon laquelle les époux sont « *maîtres de l'affectation qu'ils entendent donner aux biens communs* » (J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 671, n°720).

¹⁵⁰⁴ F. LUCET, Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux, Thèse Paris II, 1987, p. 747, n°567.

L'idée a souvent été développée selon laquelle la division bipartite entre actes gratuits et actes onéreux serait insuffisante à couvrir l'ensemble des actes juridiques. V. par exemple J. CHAMPEAUX, Essai sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français, Thèse Strasbourg, 1931, p. 206 et s. Reprenant l'idée et le critère dégagé dans sa thèse par Madame MEAU-LATOUR, Monsieur LUCET en conclut que la distinction entre actes gratuits et onéreux ne peut trouver sa place s'agissant du régime matrimonial. La distinction ne concernerait en effet que les actes qui comportent des sacrifices antagonistes placés par les parties dans un rapport d'équivalence. Or, la notion d'antagonisme des sacrifices est étrangère au régime matrimonial, qui ne comporte ni rivalité, ni lutte, ni appréciation dans un rapport objectif ou subjectif d'équivalence (F. LUCET, *op. cit.*, p. 702, n°524 et s.).

Cette analyse justifie ainsi la position jurisprudentielle aux termes de laquelle le choix initial du régime ne saurait constituer une libéralité. V. par exemple Civ. 1^{ère} 16 décembre 1975, Bull. civ. I, n°373. L'analyse devrait être identique s'agissant du changement de régime.

du caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement strictement entendue¹⁵⁰⁵, il semble pour le moins logique que le modèle imposé aux époux à défaut de volonté contraire ne soit pas pénalisé par la soumission au régime des actes à titre gratuit. Néanmoins, la faveur pour la participation à l'enrichissement semble se trouver ailleurs. Elle nous paraît résider dans le caractère socialement utile de la participation à l'enrichissement lorsqu'elle est inscrite dans un système dont les règles sont fixées par avance.

Telle est, semble-t-il, la seconde raison qui plaide en faveur de l'extension au couple non marié du traitement privilégié de la participation à l'enrichissement lorsqu'elle résulte de la soumission à un régime de biens. De manière générale, le choix d'un régime de biens profite à la collectivité car il fixe par avance les règles relatives aux pouvoirs et à la propriété des biens, tant entre les membres du couple qu'à l'égard des tiers. De la sorte, le régime de biens présente l'avantage de désamorcer les conflits qui pourraient surgir lors de la rupture du couple. En particulier, le choix d'un régime de biens qui, d'une façon ou d'une autre, réalise un transfert de richesses présente un intérêt pour la société car il prévoit par avance, et de manière définitive, la mesure de la solidarité entre les cocontractants. Or, le contexte du couple et le contexte économique contemporain militent en faveur de la promotion de l'entraide. La vie en couple favorise en effet la création de situations de dépendance de l'un des membres par rapport à l'autre. Le cas le plus évident est celui où il existe des enfants, l'un des parents renonçant alors à l'exercice d'une profession pour se consacrer à leur éducation. De manière générale et indépendamment de l'existence d'enfants, la solidarité, de droit ou de fait qui existe entre les membres du couple, entraîne souvent le moins fortuné ou le moins diplômé d'entre eux à se reposer, financièrement s'entend, sur l'autre. D'où les incidences parfois dramatiques de la rupture. La difficulté tient à ce que l'Etat n'a pas les moyens d'assurer la survie de tous ses citoyens en état de vulnérabilité économique. La création d'un droit à la soutenance en cas de rupture ou de décès réglerait certes une grande partie des problèmes¹⁵⁰⁶. Toutefois, cette proposition devrait s'inscrire dans une politique générale d'encouragement des solidarités privées. Et, dans la mesure où toutes ne peuvent pas faire l'objet d'un traitement de faveur, on peut imaginer que soit encouragée la solidarité privée lorsqu'elle est intégrée dans un système dont les règles sont fixées par avance. Les privilèges de droit civil résultant de la non gratuité de la participation à l'enrichissement, en particulier la non réductibilité pour atteinte à la réserve, devraient ainsi constituer une puissante incitation à souscrire un régime de biens¹⁵⁰⁷.

¹⁵⁰⁵ V. *supra*, n°713 et s.

¹⁵⁰⁶ Sur cette proposition, V. *supra*, n°289 et s.

¹⁵⁰⁷ L'avantage de l'absence d'imputabilité des avantages matrimoniaux sur les droits successoraux légaux est réservé au seul survivant d'un couple marié puisque seul ce dernier bénéficie de droits successoraux *ab intestat*.

La soustraction de la participation à l'enrichissement au régime des actes à titre gratuit, à condition qu'elle trouve sa source dans les règles du régime de biens, devrait ainsi s'ajouter aux règles d'un droit commun du couple, favorisant une entraide maximale entre ses membres. Dans cette perspective, la notion d'avantage matrimonial pourrait être rebaptisée avantage « communautaire ».

792. La question se pose cependant des limites d'un tel droit commun.

En premier lieu, l'extension du privilège au couple non marié nécessite d'ouvrir l'action en retranchement aux descendants non communs au couple.

En second lieu, il serait nécessaire d'envisager le rôle de la faute dans le traitement des avantages « communautaires » en cas de rupture du couple. Si la notion de faute et d'échec continuent, dans le droit futur, à imprégner le droit du divorce, le traitement des avantages matrimoniaux en cas de divorce devrait incontestablement constituer une limite au droit commun de la participation à l'enrichissement au sein du couple. En revanche, si le droit devait consacrer un recul de la faute, les limites pourraient être moins marquées. Elles le seraient d'autant moins si la révocabilité des donations de biens présents entre époux et, corrélativement, les règles de révocabilité unilatérale ou conventionnelle des avantages matrimoniaux en cas de divorce étaient supprimées¹⁵⁰⁸. Cependant, même si les obligations personnelles du mariage étaient reléguées dans le domaine de la morale, toute incidence de la faute ne saurait être supprimée du traitement des avantages « communautaires ». Il est en effet délicat de se débarrasser d'une notion si inhérente à la nature humaine. Que le couple soit marié ou non, il pourrait ainsi apparaître profondément injuste que l'un des membres bénéficie d'avantages « communautaires » alors qu'il s'est rendu coupable de graves manquements à ses obligations. A cet égard, il serait possible d'offrir au juge, comme en matière de soutenance, une clause négative d'équité¹⁵⁰⁹, laquelle lui permettrait, à titre exceptionnel, de réduire ou de supprimer les avantages « communautaires ».

793. Par faveur pour le couple, indépendamment de son statut, le privilège qui consiste à adopter un régime de biens communautaire afin d'échapper aux critères de qualification du gratuit et de l'onéreux pourrait être étendu au couple non marié. En revanche, un autre privilège de droit civil réservé en droit positif aux époux ne devrait pas

Nul doute cependant que c'est la possibilité de transmettre une partie de son patrimoine en franchise des droits de mutation à titre gratuit qui constituerait une solide motivation pour les couples non mariés au soutien de l'adoption d'un régime de biens communautaire. Sur les privilèges fiscaux, V. *infra*, n°809.

¹⁵⁰⁸ V. *supra*, n°766 et s.

¹⁵⁰⁹ V. *supra*, n°356.

être étendu aux autres formes de couple car il s'analyse véritablement comme une faveur pour le couple marié. Il s'agit du traitement privilégié des libéralités à cause de mort.

B. La faveur pour le couple marié : le traitement privilégié des libéralités à cause de mort

794. Les libéralités à cause de mort se regroupent en deux grandes familles : l'institution contractuelle, d'une part, la forme testamentaire, d'autre part.

La description des privilèges accordés en droit positif au seul couple marié (1.) conduit à en étudier les justifications afin d'envisager la légitimité de leur extension, en droit prospectif, au couple non marié (2.).

1. La description des privilèges accordés au couple marié

795. Entre époux, le régime de faveur des libéralités à cause de mort se traduit par l'octroi de deux privilèges : la validité de la donation de biens à venir entre époux (a) et l'existence d'une quotité disponible spéciale (b).

a). La validité de la donation de biens à venir entre époux

796. Le premier privilège accordé au couple marié tient à la validité de la donation de biens à venir, entendus des biens que le donateur laisse à son décès¹⁵¹⁰. Chacun des époux a ainsi la possibilité d'instituer contractuellement son conjoint comme héritier.

Le privilège est exceptionnel dans la mesure où l'institution contractuelle est prohibée par l'article 943 du Code civil¹⁵¹¹. En outre, l'institution contractuelle porte atteinte à la prohibition des pactes sur succession future, prescrite par les articles 722 et 1130, alinéa 2, du Code civil.

¹⁵¹⁰ La notion de biens à venir s'entend également des biens sur lesquels le donateur est dépourvu de droit lors de la donation : biens appartenant à autrui ou biens futurs. La donation de la chose d'autrui ou de biens futurs est cependant exclue de notre étude car aucune faveur pour le couple marié ne s'y manifeste. Sur la donation de la chose d'autrui ou de biens futurs, V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les successions. Les libéralités*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1997, pp. 356 et 357, n°438 et 439.

¹⁵¹¹ La prohibition des donations de biens à venir résulte également de l'article 893 du Code civil qui dispose que l'« on ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament ». Cette formule limitative exclut en effet la donation à cause de mort, acte hybride qui tient de la donation par son origine contractuelle, mais du testament par ses effets puisqu'elle est subordonnée au décès du donateur et révocable librement par celui-ci.

797. Entre époux, l'institution contractuelle peut revêtir deux formes.

Logée dans le contrat de mariage, la donation de biens à venir participe de la mise en place de la charte conjugale et revêt à ce titre, comme toutes les donations inscrites dans le contrat de mariage, un caractère immuable. Irrévocable, la donation de biens à venir constitue alors une institution contractuelle, dont la validité est expressément inscrite dans le Code civil (C. civ., art. 1093)¹⁵¹². La dérogation au droit commun des libéralités est alors double. En premier lieu, l'institution contractuelle entre époux déroge à la règle de l'irrévocabilité spéciale des donations qui justifie la prohibition de la donation de biens à venir. L'institué n'a en effet jamais l'assurance que les biens donnés se trouvent dans la succession du donateur au jour du décès de celui-ci¹⁵¹³. En second lieu, l'institution contractuelle entre époux inscrite dans leur contrat de mariage déroge à la prohibition des pactes sur succession future. Entre époux, l'atteinte à la liberté de tester¹⁵¹⁴, qui justifie la prohibition générale des pactes sur sa propre succession, est même plus forte que dans n'importe quelle autre institution contractuelle puisque le seul consentement mutuel des époux est insuffisant à la révoquer. Une révocation par consentement mutuel n'est en effet possible que dans les formes prescrites par l'article 1397 du Code civil pour le changement de régime matrimonial, et est donc soumise en particulier au contrôle judiciaire de la conformité de la convention notariée à l'intérêt de la famille.

La donation de biens à venir peut également être consentie entre époux au cours du mariage. Plus communément appelée, dans la pratique, donation au dernier vivant lorsqu'elle est réciproque, la validité de l'institution contractuelle consentie en cours de mariage constitue un privilège accordé aux époux puisqu'elle est une exception à la prohibition des donations de biens à venir. Le privilège ne s'analyse pas, en revanche, comme une dérogation à la prohibition des pactes sur succession future. Il n'y a en effet pacte sur

¹⁵¹² Les donations incluses dans le contrat de mariage consenties par un tiers à un seul des deux époux ou aux deux obéissent, quant à leur irrévocabilité, à un régime différent de celui des donations de droit commun. D'une part, elles échappent à la règle de l'irrévocabilité spéciale des donations (C. civ., art. 947 et 1086). D'autre part, l'irrévocabilité ordinaire des contrats, à laquelle elles sont soumises, est renforcée par l'immutabilité tempérée des conventions matrimoniales.

Ces dérogations constituent incontestablement un privilège pour le couple marié. Ce régime de faveur se justifie par le fait que la libéralité est destinée à favoriser la famille qui se crée en lui fournissant un capital. V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les successions. Les libéralités*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1997, p. 427, n°535 et s. Le rapprochement entre les différents couples soulève la question de la légitimité du maintien de ce privilège accordé au couple marié. En dépit de son intérêt, cette question doit cependant être évacuée de nos développements en tant qu'ils sont axés sur la recherche d'un droit commun de la participation à l'enrichissement entre les membres du couple eux-mêmes.

¹⁵¹³ Sur l'irrévocabilité spéciale des donations, V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 350, n°428 et s.

¹⁵¹⁴ Lorsque l'institution contractuelle est logée dans le contrat de mariage, l'instituant ne perd pas seulement sa liberté de tester. S'il conserve en effet la possibilité de disposer de ses biens à titre onéreux, en revanche, doctrine et jurisprudence se prononcent en faveur de la perte du droit de disposer de ses biens à titre gratuit. V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 443, n°549.

succession future que si l'instituant se dépouille irrévocablement de son pouvoir de léguer¹⁵¹⁵. Or, librement révocable comme toutes les donations que se consentent les époux au cours du mariage, la donation au dernier vivant ne constitue pas une entrave à la liberté de tester¹⁵¹⁶. Du reste, puisque la prohibition des donations de biens à venir est justifiée par la règle de l'irrévocabilité spéciale des donations, la règle contraire applicable aux donations consenties entre époux pendant le mariage implique logiquement la validité de la donation de biens à venir entre époux. La licéité de la donation au dernier vivant s'impose donc comme une conséquence de la révocabilité, dont l'article 1096 du code civil marque toutes les donations entre époux. Sans doute est-ce la raison pour laquelle la donation au dernier vivant n'a jamais fait l'objet d'une validation expresse par le législateur.

798. D'après les enquêtes réalisées, deux tiers des successions comportent des dispositions en faveur du conjoint survivant et, parmi elles, 96,4 % sont des donations de biens à venir¹⁵¹⁷. Le succès de la donation de biens à venir invite alors à s'interroger sur ses avantages, en particulier par rapport au testament.

En raison de son irrévocabilité, la donation de biens à venir insérée dans le contrat de mariage place le conjoint survivant dans la même situation qu'un héritier réservataire, les droits de l'institué étant d'origine conventionnelle alors que ceux du réservataire sont d'origine légale. En outre, le rang de réduction lui est favorable puisqu'il aura lieu à sa date et non au marc le franc avec les legs¹⁵¹⁸. Dans la pratique, l'institution contractuelle prévue dans le contrat de mariage est cependant fortement déconseillée par les notaires, car son caractère irrévocable gêne l'adaptation des patrimoines aux nouvelles exigences familiales¹⁵¹⁹. Elle n'est donc que rarement adoptée. La suppression du contrôle judiciaire du changement de régime matrimonial, précédemment suggérée¹⁵²⁰, ne devrait pas les favoriser davantage dans la mesure où la révocation, voire la seule modification de l'institution contractuelle, demeurerait subordonnée au consentement mutuel des deux époux.

Le succès pratique de la donation de biens à venir entre époux est en réalité celui de la donation au dernier vivant, consentie pendant le mariage. Ses avantages tiennent à la forme tout autant qu'au fond. Le testament rédigé sous la forme olographe apparaît de prime abord

¹⁵¹⁵ V. M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, Litec, 6^{ème} éd., 2001, p. 344, n°346.

¹⁵¹⁶ L'instituant ne perd pas non plus le droit de disposer à titre gratuit des biens objet de l'institution, l'usage de cette faculté pouvant être analysé en une révocation tacite de l'institution. V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les successions. Les libéralités*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1997, p. 448, n°553.

¹⁵¹⁷ M.-C. CATALA DE ROTON, *Les successions entre époux*, Economica, 1990, p. 97, n°109.

¹⁵¹⁸ Sur l'ordre selon lequel s'effectue l'imputation de l'institution contractuelle, V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 824, n°1021 et s.

¹⁵¹⁹ M.-C. CATALA DE ROTON, *op. cit.*, p. 50, n°67.

¹⁵²⁰ V. *supra*, n°774 et s.

attractant : simplicité des formes, secret, absence de frais¹⁵²¹. Ces avantages constituent cependant autant d'inconvénients, que pallie la donation de biens à venir. La solennité permet en effet, d'une part, d'assurer la conservation de l'acte et, d'autre part, de limiter les risques de remise en cause de l'acte pour vice du consentement ou incapacité, le notaire s'assurant de la réunion des conditions de validité. En outre, la présence d'un notaire conduit à ce que l'acte soit précédé d'une étude complète de la situation des époux. Enfin, la donation de biens à venir présente l'avantage de sa connaissance réciproque par les époux. Aux avantages liés à la forme de l'acte s'ajoutent des avantages tenant au fond. Investi par un acte authentique, l'époux bénéficiaire est dispensé de la formalité de l'envoi en possession prescrite par l'article 1008 du Code civil. En revanche, le rang de réduction est moins favorable que ne l'est celui de l'institution contractuelle insérée dans un contrat de mariage, car la Cour de cassation attache à la donation au dernier vivant, en raison de sa révocabilité, les effets d'un legs pour l'application des règles d'imputation et de réduction¹⁵²². Quant à l'instituant, la donation au dernier vivant lui confère une grande liberté puisque, du fait de sa révocabilité, il n'est pas plus lié qu'il ne le serait s'il avait fait un testament. Cette liberté lui confère ainsi la possibilité de recomposer au fur et à mesure de l'évolution de sa situation personnelle et familiale.

799. Outre la validité de la donation de biens à venir, les libéralités à cause de mort entre époux connaissent un autre privilège : l'existence d'une quotité disponible spéciale.

b). L'existence d'une quotité disponible spéciale entre époux

800. En présence d'ascendants, le *de cuius* peut disposer au bénéfice de son conjoint non seulement de ce dont il pourrait disposer au bénéfice d'un étranger, mais également de la nue-propriété de la réserve des ascendants (C. civ., art. 1094). Selon que ses deux lignes ascendantes ou une seule d'entre elles sont représentées, il peut donc gratifier son conjoint à concurrence de la moitié en pleine propriété et de la moitié en nue-propriété ou des trois quarts en pleine propriété et un quart en nue-propriété.

801. En présence de descendants, la quotité disponible est multiforme. L'article 1094-1 du Code civil énonce en effet qu'en présence de descendants, la quotité disponible entre époux est égale soit au disponible ordinaire, soit à un quart en propriété et aux autres

¹⁵²¹ Sur ces éléments, V. M.-C. CATALA DE ROTON, Les successions entre époux, *Economica*, 1990, p. 47, n°65 et s.

¹⁵²² V. Civ. 1^{ère} 10 février 1998, J.C.P. 1999, éd. G, I, 132, obs. R. LE GUIDECC.

trois quarts en usufruit, soit à la totalité en usufruit¹⁵²³. Le vœu du législateur a été double : la faveur pour le conjoint survivant est en effet à la fois quantitative et qualitative.

D'une part, la loi permet que le conjoint survivant puisse recevoir autant qu'un étranger, voire davantage. Ainsi, en présence de trois enfants ou plus, la quotité disponible spéciale est plus favorable que la quotité disponible ordinaire. Le disponible spécial est en effet formé du disponible ordinaire, soit un quart en pleine propriété, majoré de l'usufruit de la réserve.

D'autre part, la loi permet au conjoint de recevoir, non pas plus, mais autre chose qu'un étranger : « *en aménageant le disponible spécial, le vœu du législateur a été de créer non pas une disponibilité systématiquement plus importante, mais une disponibilité différente, originale* »¹⁵²⁴. L'option pour un quart en pleine propriété et trois quarts en usufruit ou pour la totalité en usufruit assure ainsi la jouissance par le conjoint survivant de l'intégralité de la succession, maintenant incontestablement son train de vie.

La faveur pour le conjoint survivant tient en outre aux modalités d'exercice de l'option. Le principe est que l'option entre les différentes quotités appartient au disposant, permettant ainsi à ce dernier d'adapter la libéralité à la configuration de son patrimoine ou de sa famille. Le disposant peut cependant déléguer à son conjoint la faculté de choisir, le moment venu. Usuelle¹⁵²⁵, la clause est incontestablement favorable au conjoint à qui il appartient de définir lui-même l'objet de la libéralité dont il est le bénéficiaire. De surcroît, si le disposant n'a pas expressément exercé l'option ou s'il ne l'a pas expressément déléguée à son conjoint, il est généralement admis que le choix appartient à l'époux avantagé¹⁵²⁶. Le libre-choix des biens composant le disponible et la réserve est, en droit commun du legs universel, un avantage que le testateur peut seulement déléguer au légataire. L'accorder de plein droit au survivant si le défunt n'y a pas lui-même procédé constitue, par conséquent, un bénéfice extraordinaire.

802. Après sa description, la recherche des justifications de la faveur faite au couple marié est à présent indispensable pour rejeter son extension au couple non marié.

¹⁵²³ Le Code Napoléon s'était montré moins généreux : la quotité disponible entre époux était égale soit à un quart en propriété et un quart en usufruit, soit à la moitié en usufruit (C. civ., art. 1094 ancien). La quotité actuelle fut fixée en 1963.

¹⁵²⁴ M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, Litec, 6^{ème} éd., 2001, p. 300, n°307.

¹⁵²⁵ V. M. IWANESKO, « L'exécution de la donation entre époux », *Defrénois* 2000, art. 37125, p. 352.

¹⁵²⁶ V. par exemple, M. GRIMALDI, *op. cit.*, p. 302, n°309.

2. La justification de la faveur faite au couple marié

803. Le traitement privilégié des libéralités à cause de mort entre les époux tient à une seule et unique justification : favoriser les dispositions volontaires destinées à maintenir le train de vie du conjoint survivant.

Le souci de la maintenance du conjoint survivant, qui découle de l'inscription du couple marié dans la pérennité¹⁵²⁷, n'a certes pas conduit le législateur à consacrer une liberté testamentaire totale au *de cuius* afin que celui-ci ait la possibilité de transmettre l'intégralité de son patrimoine à son conjoint. L'avenir ne devrait pas non plus voir consacrée une remise en cause de l'équilibre nécessaire entre succession légale et succession testamentaire¹⁵²⁸. L'institution de la réserve est en effet justifiée, tant à l'égard des descendants que des ascendants du défunt. Conçue comme une expression de la solidarité familiale, destinée à assurer l'égalité entre les descendants du défunt, elle est également affectée à combattre une volonté testamentaire suspecte, perturbatrice, tyrannique, abusée ou folle¹⁵²⁹.

La nécessité de la faveur législative pour les libéralités à cause de mort entre époux a cependant évolué. En 1804, la nécessité était absolue dans la mesure où, pour compenser la position médiocre du conjoint survivant dans la dévolution légale, la loi s'en était complètement remise au disposant. La nécessité de la faveur législative sur le terrain de la dévolution volontaire n'a pas pour autant disparu avec la promotion des droits du conjoint survivant ; les libéralités à cause de mort entre époux ne sont condamnées ni par l'octroi de droits impératifs ni par l'accroissement des droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant¹⁵³⁰. Si tous les descendants sont communs, le conjoint survivant bénéficie certes de l'option entre l'usufruit de la totalité des biens existants et le quart en pleine propriété (C. civ., art. 757). Indéniablement, l'option en faveur de l'usufruit de la totalité des biens existants devrait permettre au conjoint survivant, dans la plupart des cas, de conserver un train de vie comparable à celui dont il bénéficiait avant son veuvage. En revanche, en cas d'existence d'enfants qui ne sont pas issus des deux époux, les droits du conjoint sont limités à un quart en pleine propriété des biens existants, lequel n'assure pas nécessairement le maintien du train de vie¹⁵³¹. L'établissement d'une donation au dernier vivant ou d'un legs

¹⁵²⁷ Sur cette spécificité du couple marié, V. *supra*, n°730.

¹⁵²⁸ Sur cette question, V. M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, Litec, 6^{ème} éd., 2001, p. 36, n°39 et s.

¹⁵²⁹ M. GRIMALDI, *op. cit.*, p. 40, n°47.

¹⁵³⁰ Les libéralités peuvent ainsi être « *augmentatives* » – destinées à conférer des droits plus élevés au conjoint survivant ou mieux adaptés à sa situation – « *organisatrices* » – destinées à aménager les droits du conjoint survivant – ou « *éliminatoires* » – destinées à conférer au survivant moins que ce que lui offre la loi : V. J. HAUSER et P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Vive les libéralités entre époux ! », *Defrénois* 2002, art. 37645, p. 3, spéc. p. 9 sur l'articulation des libéralités entre époux avec les droits légaux du conjoint survivant.

¹⁵³¹ Il résulte en effet de l'article 758-5, alinéa 2, du Code civil que le conjoint survivant, s'il a une vocation théorique d'un quart d'une masse de calcul comprenant les biens donnés en avancement d'hoirie, n'a de

universel devrait ainsi continuer à permettre d'améliorer la situation du conjoint survivant¹⁵³². Les époux – et leur notaire – devraient alors avoir à cœur de profiter de la liberté d'aménagement pour rédiger des conventions *ad hoc*, adaptées à leur situation patrimoniale et familiale¹⁵³³.

804. A cet égard, dans la mesure où la suppression de la règle de la révocabilité des donations entre époux a été précédemment proposée, il conviendrait d'introduire dans le Code civil une disposition précisant que les donations de biens à venir consenties au cours du mariage sont librement révocables. L'argument de la sécurité juridique qui a conduit à proposer la suppression de la règle de la révocabilité des donations entre époux ne vaut en effet que pour les donations de biens présents¹⁵³⁴. Nécessaire à l'adaptabilité, la révocabilité des donations de biens à venir devrait quant à elle être conservée et consacrée. Cette précision présenterait en outre l'avantage d'introduire dans le Code civil la donation au dernier vivant « *dont la vitalité justifie cette consécration* »¹⁵³⁵. La disposition pourrait ainsi figurer au Titre II du Livre III du Code civil consacré aux donations entre vifs et aux testaments.

805. Le souci de maintenir, dans la mesure du possible, le train de vie du survivant des membres d'un couple apparaît légitime et digne, par conséquent, d'être favorisé par la loi *via* l'octroi de privilèges. Intuitivement, la tendance est alors à l'extension du traitement de faveur des libéralités à cause de mort entre époux au couple non marié et ce, d'autant plus que les membres de ce dernier ne disposent d'aucune vocation successorale légale. Le président de la première commission du 95^{ème} Congrès des Notaires de France s'est ainsi prononcé en faveur de l'extension au couple non marié de la quotité disponible spéciale entre époux¹⁵³⁶.

vocation effective que sur les biens existants et dans la mesure du résidu de la quotité disponible, après déduction de ce qui est nécessaire pour composer la réserve et de tout ce qui a été légué.

¹⁵³² Pour une comparaison détaillée des droits *ab intestat* et du disponible entre époux, V. B. THOMAS-DAVID, « La réforme des droits du conjoint survivant en présence de descendants et le maintien de l'utilité des dispositions à cause de mort entre époux », J.C.P. 2002, éd. N, 1242.

¹⁵³³ Il est en effet souvent reproché aux libéralités à cause de mort entre époux d'être un peu trop standardisées. En ce sens, J.-F. SAGAUT, « Pour une approche moderne de la pratique des libéralités à cause de mort ou comment remettre sans cesse son métier sur l'ouvrage », Droit et patrimoine n°102, mars 2002, p. 24. L'auteur propose ainsi d'inclure une clause de révocation en cas de dissolution de l'union pour une autre cause que le décès, de limiter la disposition à cause de mort à une quotité définie dans la libéralité, sans option pour le conjoint ou encore d'utiliser la possibilité de préciser la nature des droits conférés en fonction de celle des biens.

¹⁵³⁴ V. *supra*, n°766.

¹⁵³⁵ M.-C. CATALA DE ROTON, *Les successions entre époux*, Economica, 1990, p. 164, n°193.

¹⁵³⁶ B. BONIFACE, P.A. 28 avril 1999, n°84, p. 19.

La tentation d'extension doit cependant être rejetée car l'objectif de la maintenance du conjoint survivant découle d'une caractéristique de l'engagement de mariage, ignorée des autres formes de couple : l'inscription dans la mort¹⁵³⁷. Elle seule légitime en effet les dérogations au droit commun des libéralités à cause de mort. Elle seule justifie ainsi la validité exceptionnelle de l'institution contractuelle. Si l'on observe aujourd'hui une multiplication des pactes successoraux licites, validés par une intervention législative, il ne faudrait pas en déduire que la prohibition des pactes sur succession future a disparu. La protection de l'héritier et la sauvegarde de la liberté fondamentale de tester justifient encore le maintien de la prohibition générale¹⁵³⁸. Les pactes successoraux licites ne sont par conséquent que des dérogations à cette prohibition, justifiées par des considérations particulières et précises, que l'on classe traditionnellement en trois groupes : faveur pour la famille, sécurité du commerce juridique ou intérêt des entreprises¹⁵³⁹. L'inscription de la famille dans le temps, du couple marié dans la mort, constituent à cet égard des intérêts très forts au soutien de la dérogation au droit commun, que l'on ne retrouve pas, en revanche, dans le couple non marié.

806. Du reste, ce dernier n'est pas dénué de moyens d'assurer, par des dispositions volontaires, la maintenance du survivant de ses membres¹⁵⁴⁰. Outre les avantages « communautaires » résultant de l'adoption d'un régime de biens qu'il a été proposé d'étendre aux concubins, partenaires d'un pacs ou non¹⁵⁴¹, les membres d'un couple non

¹⁵³⁷ Sur l'absence de ce trait caractéristique dans le couple non marié, uni ou non par un pacs, V. *supra*, n°739 et s.

¹⁵³⁸ S'agissant de l'institution contractuelle entre les membres d'un couple, seule l'atteinte à la liberté de tester justifie la prohibition des pactes sur succession future. En effet, les autres arguments traditionnellement invoqués au soutien de la prohibition générale des pactes sur succession future ne convainquent plus guère aujourd'hui dans la mesure où, d'une part, toute dévolution successorale, même légale, peut susciter le *votum mortis* et, d'autre part, il existe des spéculations, autorisées et même favorisées par la loi, telle l'assurance-vie, qui sont autrement susceptibles de favoriser le *votum mortis* ou l'abus d'influence. La protection des héritiers du *de cuius* est hors de cause dans la mesure où l'institution de la réserve les protège contre toute libéralité excessive, pacte successoral, donation ou testament. Deux arguments légitiment aujourd'hui réellement la prohibition des pactes sur succession future. La protection de l'héritier qui pourrait renoncer à ses droits ou céder ses expectatives à un tiers, hors de cause dans l'hypothèse d'une institution contractuelle entre les membres d'un couple, justifie la prohibition des pactes sur la succession d'autrui. Et la sauvegarde de la liberté de tester justifie la prohibition des pactes par lesquels une personne dispose de sa propre succession. Telle est la véritable justification de la prohibition de l'institution contractuelle. V. M. GRIMALDI, Droit civil, Successions, Litec, 6^{ème} éd., 2001, p. 337, n°339 et s.

¹⁵³⁹ V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, p. 355, n°355 et s.

¹⁵⁴⁰ Le rejet de l'extension au couple non marié du traitement privilégié des libéralités à cause de mort entre époux est, en outre, d'autant moins douloureux que nous avons proposé l'extension au couple non marié du droit à la soutenance en cas de rupture consécutive au décès, dans des conditions et suivant des modalités comparables à celles du droit à la soutenance accordé au conjoint survivant depuis la loi du 3 décembre 2001. V. *supra*, n°399 et s.

¹⁵⁴¹ Au nombre desquels figure l'adoption d'une communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au survivant, laquelle constituerait, par conséquent, un nouveau pacte sur succession future autorisé par la loi.

marié disposent d'ores et déjà de techniques propres à assurer, dans la mesure du possible, la maintenance du survivant, dans des conditions proches de celles du couple marié.

La Cour de cassation a ainsi admis que la donation de biens avec réserve d'usufruit réversible sur la tête du survivant ne constitue pas une donation de biens à venir, mais une donation de biens présents sous condition, donc permise en dehors du mariage sans tomber sous la prohibition des pactes sur succession future¹⁵⁴².

S'agissant de l'inconvénient de la réduction simultanée et proportionnelle des legs, avant toute donation, la règle n'est pas impérative à tous égards. La règle de l'irrévocabilité des donations n'impose en effet la réduction en priorité des legs que lorsqu'ils sont intervenus postérieurement aux donations. En revanche, si le testament est antérieur à la donation, la règle prescrivant la réduction des legs préalablement à celle des donations est supplétive de volonté, le donateur pouvant prévoir que la donation sera réduite avant les legs qui l'ont précédée. De même, la règle de la réduction simultanée et proportionnelle des legs est supplétive de volonté. Le testateur peut ainsi toujours prévoir qu'un legs sera acquitté de préférence à un autre¹⁵⁴³.

S'agissant du fonds professionnel que le couple exploitait en commun, son attribution préférentielle au survivant de ses membres permet parfois d'assurer à ce dernier les moyens de conserver son train de vie. Dans cette hypothèse, toutes dispositions doivent être prises pour rendre cette attribution préférentielle possible. Si le bien est commun du fait de l'adoption d'un régime communautaire, les articles 1476 ou 1542 du Code civil renvoient à l'article 832 du même code qui autorise l'attribution préférentielle. Dans l'hypothèse inverse, le *de cuius* doit faire de son partenaire auquel il était lié par un pacs un légataire universel ou à titre universel, en pleine propriété ou en nue-propriété, afin que ce dernier puisse solliciter l'attribution préférentielle des biens visés par l'article 832¹⁵⁴⁴. A cet égard, le renvoi de l'article 515-6 du Code civil à l'article 832 du même code témoigne du souci du législateur d'assurer au partenaire survivant d'un pacs les moyens de conserver son train de vie. En revanche, l'exclusion du domaine de l'attribution préférentielle au profit du partenaire d'un pacs des biens du secteur agricole illustre le caractère inachevé de la réforme, fruit d'un compromis politicien¹⁵⁴⁵.

En toute hypothèse, il doit être recommandé aux membres d'un couple non marié de recourir, d'une part, aux conseils d'un notaire qui proposera une rédaction adaptée à la

¹⁵⁴² Civ. 1^{ère} 21 avril 1997, R.T.D. Civ. 1998, p. 937, obs. F. ZENATI.

¹⁵⁴³ Sur l'ordre selon lequel s'effectue l'imputation des libéralités et leur réduction, V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les successions. Les libéralités*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1997, p. 820, n°1018 et s.

¹⁵⁴⁴ Sur les conditions de l'attribution préférentielle, V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 749, n°936 et s. Les concubins simples sont en revanche exclus du bénéfice de l'attribution préférentielle en l'état actuel du droit, ce qui se révèle fort critiquable. V. *supra*, n°427.

¹⁵⁴⁵ La rumeur court selon laquelle cette restriction était destinée à ne pas choquer le monde rural.

situation patrimoniale et personnelle des intéressés et, d'autre part, à la solennité de l'acte notarié, dont les avantages ont précédemment été décrits¹⁵⁴⁶.

807. Conclusion de la Section 1 – En droit civil, la faveur pour la participation à l'enrichissement au sein du couple est susceptible de revêtir deux formes.

Paradoxalement, la première forme est celle d'une plus grande neutralité du droit à l'égard de certaines des modalités de participation à l'enrichissement au sein du couple marié. Favoriser la participation à l'enrichissement au sein du couple marié requiert en effet de supprimer le traitement de défaveur qui l'accompagne parfois. A cette fin, la suppression de la révocabilité des donations de biens présents entre époux, de la nullité des donations déguisées entre époux et, enfin, du contrôle judiciaire du changement de régime matrimonial devrait être envisagée. Dans la mesure où ces propositions s'inscrivent dans un retour au droit commun des actes juridiques, elles ne sauraient intégrer un droit commun favorisant l'entraide maximale dans le couple.

La seconde manière de favoriser la participation à l'enrichissement consiste à la faire bénéficier de privilèges civils. L'un d'entre eux devrait être octroyé au couple, indépendamment de son statut, venant ainsi compléter les dispositions d'un droit commun du couple favorisant l'entraide maximale entre ses membres. Il s'agit du traitement privilégié de la participation à l'enrichissement lorsqu'elle résulte des règles du régime de biens, qui échappe en principe au régime des actes à titre gratuit. En revanche, le traitement privilégié des libéralités à cause de mort entre époux devrait être réservé à ce dernier, marquant ainsi les limites du droit commun du couple favorisant une entraide maximale.

808. Il reste désormais à envisager si ce droit commun conventionnel du couple pourrait comporter, parmi ses dispositions, des privilèges fiscaux.

¹⁵⁴⁶ V. *supra*, n°631.

S'agissant des donations réductibles en cas d'atteinte à la réserve, si la réduction des legs ne suffit pas à la reconstituer, dans la mesure où la réduction s'effectue des plus récentes aux plus anciennes, il doit être recommandé aux membres du couple, marié ou non, de procéder à un acte notarié pour leur donner date certaine. A défaut, la donation prendra effet à la date du décès du donateur et sera donc réductible parmi les premières.

Section 2. - Les privilèges du droit fiscal

809. La doctrine le relève fréquemment : « *c'est souvent au travers du filtre de la fiscalité que l'on juge l'intérêt d'un nouveau statut* »¹⁵⁴⁷. La faveur législative pour l'entraide maximale dans le couple pourrait ainsi se traduire par l'octroi de privilèges fiscaux à la participation de l'un de ses membres à l'enrichissement de l'autre.

En droit positif, le transfert des richesses entre époux bénéficie d'ores et déjà de privilèges fiscaux substantiels. Certains d'entre eux ont été étendus aux partenaires d'un pacs, mais dans une moindre mesure. En revanche, entre concubins simples, la participation à l'enrichissement ne bénéficie d'aucun traitement fiscal de faveur¹⁵⁴⁸. La hiérarchie observée entre les différents couples conduit ainsi à s'interroger sur ses fondements et sur son maintien dans le droit futur. En filigrane, la question est toujours celle de l'étendue d'un droit commun conventionnel de la participation à l'enrichissement au sein du couple, dont certaines des règles, témoins de la faveur législative pour l'entraide maximale dans le couple, pourraient consister en des privilèges fiscaux.

810. Les droits perçus lors des mutations à titre gratuit portant sur le capital constituent un impôt sur la fortune. Malgré les controverses qu'il alimente, cet impôt est incontestablement paré de vertus. Economiques et sociales, tout d'abord, puisque les héritiers sont amenés, pour acquitter les droits, à vendre une partie de l'actif, autrement dit à faire circuler les richesses. Vertus de justice, ensuite, puisqu'il opère une certaine redistribution des richesses qui vient, en partie, compenser les inégalités non fondées sur le talent qu'engendre un système de succession privée. Les controverses ne portent donc pas tant sur le principe des droits de mutation à titre gratuit que sur leur aménagement, autrement dit sur la question de l'octroi de privilèges fiscaux et sur leur taux, souvent qualifié d'excessif. L'étude de ces deux aspects controversés conduit, dans leur application à la participation à l'enrichissement au sein du couple, à approuver que certains couples seulement bénéficient d'un traitement fiscal privilégié. Le véritable problème ne siège pas là : il est celui d'un taux de mutation à titre gratuit entre étrangers parfaitement excessif.

L'étude du traitement fiscal de la participation à l'enrichissement au sein du couple conduit ainsi, en premier lieu, à justifier le bien-fondé d'une distributivité des privilèges

¹⁵⁴⁷ P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « PACS. Aspects fiscaux », J.C.P. 2000, éd. N, p. 458.

¹⁵⁴⁸ Sur le calcul des droits de succession – le régime fiscal des donations suivant, en règle générale, trait pour trait celui des successions – abattements et tarifs des droits de mutation à titre gratuit, V. F. DOUET, Précis de droit fiscal de la famille, Litec, 2^{ème} éd., 2002-2003, p. 480, n°2420 et s.

fiscaux accordés aux couples (§ 1.) et, en second lieu, à dénoncer le caractère confiscatoire des droits de mutation à titre gratuit entre étrangers (§ 2.).

§ 1. Le bien-fondé de la distributivité des privilèges fiscaux accordés aux couples

811. Comme celui de tout impôt, l'aménagement des droits de mutation à titre gratuit reflète une politique du législateur¹⁵⁴⁹. S'agissant de ces derniers, la difficulté tient à ce que toute transmission des richesses d'une personne à une autre est la manifestation d'une solidarité privée, bénéfique à la société. Il est par conséquent insuffisant d'affirmer que la participation à l'enrichissement au sein du couple est socialement utile pour justifier l'octroi de privilèges fiscaux, indépendamment de la forme du couple ou de la technique adoptée. L'octroi éventuel de privilèges fiscaux suppose nécessairement que l'on opère des choix.

812. En droit positif, la participation à l'enrichissement entre les époux bénéficie d'un traitement de faveur lorsqu'elle résulte de l'application du régime matrimonial, puisqu'elle échappe en principe aux droits de mutation à titre gratuit. En outre, les libéralités entre époux sont soumises à des droits de mutation nettement inférieurs aux droits de mutation entre étrangers. Cette dernière faveur a été étendue, dans une moindre mesure, aux libéralités entre les partenaires d'un pacs. De ces éléments, deux critères semblent se dégager pour justifier l'octroi de privilèges fiscaux à la participation à l'enrichissement au sein des couples : l'engagement entre ses membres et la technique de transfert des richesses utilisée. Ces critères constituent un guide précieux afin de déterminer la répartition optimale des privilèges fiscaux selon les couples, dans le droit futur.

En effet, par faveur pour le mode d'enrichissement au sein du couple que l'adoption d'un régime de biens est susceptible de réaliser, la participation à l'enrichissement qui en résulte devrait bénéficier d'un traitement privilégié (A.). En revanche, lorsque la participation à l'enrichissement n'emprunte pas cette voie, seul l'engagement entre les membres du couple devrait justifier la diminution des droits de mutation à titre gratuit (B.).

¹⁵⁴⁹ Ainsi, les exonérations relatives aux immeubles d'habitation acquis neufs ou en état de futur achèvement témoignent d'une politique d'incitation fiscale à la construction (C.G.I., art. 793-2-4°).

A. Le traitement privilégié de la participation à l'enrichissement résultant du régime de biens

813. En droit positif, la participation à l'enrichissement au sein du couple marié bénéficie d'un traitement fiscal de faveur exceptionnel lorsqu'elle trouve sa source dans les règles du régime matrimonial. En effet, elle échappe en principe à la taxation des mutations à titre gratuit. Ce privilège résulte de l'article 1527 du Code civil et de l'interprétation large qu'il convient de lui donner¹⁵⁵⁰. De cette disposition, il est en effet possible de conclure, d'une part, que la participation à l'enrichissement strictement entendue, prévue par les règles de la communauté réduite aux acquêts ou de la participation aux acquêts, échappe en toute hypothèse aux droits de mutation à titre gratuit et que, d'autre part, tout transfert de richesses qui résulte de la modification de la participation fixée par la loi dans chaque régime type n'est pas taxé au titre des mutations à titre gratuit, sauf si les enfants non communs aux époux exercent une action en retranchement contre ces avantages matrimoniaux. Dans cette hypothèse, seule la part excédant la quotité disponible entre époux supporte les droits de mutation à titre gratuit.

814. Ce privilège fiscal n'a pas été étendu au transfert de richesses entre les partenaires d'un pacs résultant de l'application des présomptions d'indivision. Même si le système des présomptions d'indivision n'est pas ordonné à la participation du moins fortuné des partenaires à l'enrichissement de l'autre, il a cependant pu être observé que les difficultés de preuve de la nature de l'acte de financement du bien indivis peuvent conduire, de manière résiduelle, à un partage de l'enrichissement¹⁵⁵¹. En effet, si le bien indivis a été financé par un seul des partenaires, lequel ne peut justifier de l'existence d'un prêt, il y aura bien participation du partenaire qui n'a rien financé à l'enrichissement de l'autre¹⁵⁵².

Le législateur aurait alors pu, par faveur pour ce pseudo-régime de biens et la participation à l'enrichissement entre les partenaires qui peut en résulter, étendre à cette dernière le traitement fiscal privilégié des transferts de richesses entre époux. Le régime de référence ne prévoyant pas une participation à l'enrichissement, tout transfert de richesses entre les partenaires aurait pu être assimilé à un avantage matrimonial, échappant en principe aux droits de mutation à titre gratuit. Le régime de biens entre les partenaires se serait alors

¹⁵⁵⁰ V. *supra*, n°786 et s.

¹⁵⁵¹ Sur les insuffisances des présomptions d'indivision, V. *supra*, n°527.

¹⁵⁵² Rappelons que, conformément au droit commun de l'acquisition d'un bien, le partenaire ayant financé la part indivise de son compagnon a la possibilité de rapporter la preuve qu'il l'a fait en vertu d'un prêt (V. *supra*, n°508). Dans cette hypothèse, il n'y a donc aucune participation à l'enrichissement, aucune mutation à titre gratuit et, corrélativement, aucun droit de mutation à titre gratuit.

sensiblement rapproché d'un régime de séparation de biens assorti d'une société d'acquêts, dont le contenu serait défini soit dès la convention de pacs initiale, soit ponctuellement au gré des acquisitions et souscriptions ultérieures.

Il faut toutefois déduire du silence de la loi à cet égard que la participation à l'enrichissement qui résulterait de l'application du système des présomptions d'indivision est bel et bien soumise aux droits de mutation à titre gratuit. C'est également en ce sens que s'est prononcé le gouvernement, dans l'hypothèse particulière mais au demeurant fréquente où le bien indivis aurait été acquis par un seul des partenaires à l'insu de l'autre¹⁵⁵³. Ce dernier pourra donc être contraint d'acquiescer de lourds droits de mutation à titre gratuit. Même si leur taux a été allégé¹⁵⁵⁴, la pression fiscale risque malgré tout d'être lourde et mal vécue.

Une autre faveur fiscale pour le partage de l'enrichissement entre les époux a été refusée aux partenaires d'un pacs. En principe, les partages de biens meubles et immeubles sont assujettis à un droit d'enregistrement ou à une taxe de publicité foncière de 1 % sur l'actif net partagé (C.G.I., art. 746). En outre, si le partage donne lieu au paiement d'une soulte, cette dernière est, en principe, réputée fiscalement translatrice de propriété et supporte, en tant que telle, des droits de mutation à titre onéreux (C.G.I., art. 747). La seule exception est prévue à l'article 748 du même code pour les soultes payées dans le cadre d'un partage de succession ou de communauté conjugale, la soulte étant seulement taxée à 1 %¹⁵⁵⁵.

¹⁵⁵³ R.M. n°23816, Dr. Fam. 2001, comm. n°27, note H. LECUYER. Le Garde des Sceaux indiqua en effet à cette occasion que si le prix du bien indivis, acquis à l'insu de l'un des partenaires, a été payé en totalité à l'aide de deniers personnels de l'acquéreur, la part revenant à l'autre partenaire constitue une donation indirecte ou déguisée, assujettie aux règles civiles et fiscales des libéralités, à moins que l'acquéreur ne prouve l'existence d'un prêt.

Les partenaires devront à cet égard se garder de dissimuler le transfert de richesses sous l'apparence d'un prêt, dont il serait convenu entre eux qu'il ne serait jamais remboursé. Le pouvoir de requalification et de sanction de l'administration fiscale risque en effet de les soumettre à une taxation plus forte encore : droits de mutation à titre gratuit éludés, auxquels s'ajoutent une amende de 80 % calculés sur ce même montant. Il faut cependant noter que dans la mesure où les libéralités ne se présument pas, il incombe à l'administration de rapporter la preuve de l'intention libérale. Toutefois, « *il pèse sur les partenaires, ce que le droit civil appellerait une présomption d'amour (...) et qui se traduit, dans le droit « fiscal non dit » par une présomption de libéralité menaçant tous les règlements d'intérêt pécuniaire des partenaires* » (P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « PACS. Aspects fiscaux », J.C.P. 2000, éd. N, p. 461).

¹⁵⁵⁴ V. *infra*, n°818.

¹⁵⁵⁵ En dépit de la lettre de l'article 748 du Code général des impôts, qui ne vise que les communautés conjugales, le bénéfice de la mesure de faveur a été élargi par la jurisprudence aux époux séparés de biens pour le partage des biens acquis en cours de mariage. V. Com. 21 avril 1992, J.C.P. 1993, éd. N, p. 1, note J. LAFOND.

Les aspects fiscaux du partage intervenant entre époux mariés sous le régime de la participation aux acquêts diffèrent dans la mesure où, en principe, le règlement de la créance de participation donne lieu à paiement en argent. Un tel règlement entraîne alors la perception du droit fixe des actes innomés. Toutefois, par exception, la créance de participation peut donner lieu à un règlement en nature (C. civ., art. 1576, al. 2). Ce règlement est alors considéré comme une opération de partage (C. civ., art. 1576, al. 3). Par faveur pour le partage en nature de biens qui auraient constitué des acquêts dans le régime de communauté, lorsque les biens attribués n'étaient

815. En droit prospectif, les avantages fiscaux dont bénéficie la participation à l'enrichissement résultant des règles du régime matrimonial pourraient être étendus au couple non marié. Cette extension est naturellement subordonnée au fait que le législateur offre aux membres d'un couple non marié les moyens civils d'optimiser la participation à l'enrichissement l'un de l'autre, autrement dit à la condition que les régimes de biens originellement réservés au couple marié puissent être adoptés par les membres d'un couple de concubins¹⁵⁵⁶. Dans l'hypothèse d'une telle réforme, il a d'ores et déjà été proposé que les transferts de richesses réalisés conformément aux règles du régime de biens échappent, par faveur pour ce mode de transmission, à la qualification civile d'acte à titre gratuit, dans les mêmes conditions que le couple marié. Or la faveur civile serait dotée d'une bien moindre portée sans son corollaire fiscal.

Il pourrait cependant être argué du principe de l'autonomie du droit fiscal¹⁵⁵⁷, qui autorise le législateur à opter expressément pour des qualifications fiscales différentes de celles du droit civil. Le législateur pourrait ainsi décider de faire échapper à la qualification civile d'acte à titre gratuit le partage des richesses résultant de l'adoption d'un régime de biens, octroyant ainsi au couple non marié le bénéfice de tous les privilèges civils découlant de la non gratuité, tout en réservant au seul couple marié le privilège d'échapper à la qualification fiscale d'acte à titre gratuit. Cette solution médiane devrait cependant être écartée car les mêmes arguments qui militent en faveur de la non gratuité du transfert de richesses résultant du régime de biens en droit civil plaident en faveur de la non gratuité en droit fiscal. Les privilèges civils et fiscaux qui résultent de la non gratuité ne semblent pas, en effet, exclusivement justifiés par l'existence d'un engagement de mariage. Même si

pas compris dans le patrimoine originaire, le droit de partage de 1 % est dû sur la valeur de ces biens dans les conditions prévues par les articles 746 et 747 du Code général des impôts. En revanche, sans doute par souci de conservation des biens dans la famille, si les biens attribués en règlement de la créance de participation dépendaient du patrimoine originaire, un tel règlement entraîne la perception des droits de mutation à titre gratuit calculés au tarif applicable entre époux.

La loi du 15 novembre 1999 n'a pas rendu l'article 748 du Code général des impôts applicable aux partenaires ayant conclu un pacs. Le partage de l'indivision est donc soumis au droit commun du partage. V. R.M. n°39459, Dr. Fam. 2001, comm. n°12, obs. F. DOUET.

¹⁵⁵⁶ Sur cette proposition, V. *supra*, n°617 et s.

¹⁵⁵⁷ « L'ordonnement juridique est constitué par l'ensemble des règles juridiques en vigueur à un moment donné. Il s'agit d'un ensemble unique au sein duquel les règles peuvent être regroupées par branches en fonction de leur objet. Ces différentes branches procèdent d'un même ensemble à l'origine duquel se trouve le législateur. A défaut de volonté contraire de celui-ci, aucune raison ne justifie qu'une même situation soit qualifiée différemment au regard des différentes branches du droit » (F. DOUET, Précis de droit fiscal de la famille, Litec, 2^{ème} éd., 2002-2003, p. 8, n°33).

De même, le principe du réalisme fiscal ne devrait pas autoriser l'administration fiscale et le juge de l'impôt à requalifier le transfert de richesses en acte à titre gratuit. Ce pouvoir ne doit en effet être exercé que si l'acte est également improprement qualifié en droit privé, ce qui ne serait pas le cas si le législateur choisissait de faire échapper le transfert de richesses résultant du régime de biens à la qualification de libéralité. Sur les conditions d'application du principe du réalisme du droit fiscal, V. F. DOUET, *op. cit.*, p. 8, n°34.

l'existence de ce dernier n'est pas indifférent, la faveur fiscale devrait pouvoir être légitimée par le mode de partage des richesses. L'adoption d'un régime de biens est en effet socialement utile, en particulier si celui-ci réalise un transfert de richesses entre ses membres¹⁵⁵⁸. Or il ne fait aucun doute que le transfert des richesses en franchise de tout droit de mutation à titre gratuit constituerait une solide motivation au soutien de l'adoption, par les membres d'un couple non marié, d'un régime de biens communautaire.

816. Des auteurs contestent néanmoins l'idée selon laquelle la fiscalité peut être utilisée comme un outil destiné à orienter le choix de vie des hommes¹⁵⁵⁹. En outre, s'agissant en particulier des avantages fiscaux liés au choix d'un régime communautaire, un éminent auteur soutient qu'*« il n'est pas normal que les avantages matrimoniaux soient placés hors succession sur le plan fiscal, cela crée une différence de régime selon que l'avantage provient du régime matrimonial ou du testament ; cette règle instaure ainsi une sorte de « délit d'initiés » au profit des époux qui connaissent le mécanisme, et désavantage les autres »*¹⁵⁶⁰. L'argument porterait davantage encore si le traitement fiscal exceptionnellement favorable de la participation à l'enrichissement résultant des règles du régime de biens était étendu au couple non marié, s'inscrivant ainsi parmi les dispositions d'un droit commun favorisant une entraide maximale dans le couple.

L'argument doit cependant être rejeté dans la mesure où le système de fiscalité productive, qui caractérise la France depuis le début du XX^{ème} siècle, a pour conséquence nécessaire que le choix d'une structure ou d'un acte juridiques est motivé, pour une grande partie, par des raisons d'ordre fiscal¹⁵⁶¹. Inhérentes au système, les techniques d'optimisation fiscale ne sauraient par conséquent être condamnées. En outre, les vertus de ce système ne devraient pas être niées qui consistent à accorder des avantages fiscaux aux structures ou actes juridiques utiles à la collectivité.

Le recours par les membres d'un couple non marié à un régime de biens pour organiser le partage des richesses entre eux serait d'autant plus légitime que les autres privilèges fiscaux ne devraient légitimement être octroyés qu'au couple engagé.

¹⁵⁵⁸ V. *supra*, n°791.

¹⁵⁵⁹ En ce sens, M. MARTEAU-PETIT, « Le PACS et le fisc », Dr. Fam. 2001, chr. n°8, n°23 : *« il apparaît regrettable que, pour des raisons fiscales, des couples se marient, divorcent, refusent de se marier et maintenant, se lient ou refusent de se lier par un pacs »*.

¹⁵⁶⁰ M. GRIMALDI, audition par la Commission de réforme du droit de la famille, présidée par F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, le 19 octobre 1998, inédit.

¹⁵⁶¹ Sur cette caractéristique du système fiscal français, V. F. DOUET, *Précis de droit fiscal de la famille*, Litec, 2^{ème} éd., 2002-2003, p. 1, n°3 et s.

B. Le traitement privilégié de la participation à l'enrichissement entre les membres d'un couple engagé

817. Les privilèges fiscaux relatifs aux actes à titre gratuit ne consistent pas nécessairement dans l'exclusion pure et simple des droits de mutation à titre gratuit. Ils peuvent également prendre la forme d'une réduction de leur taux, actuellement fixé entre personnes non parentes à 60 % (C.G.I., art. 777), ou d'abattements.

En droit positif, deux formes de couple bénéficient de taux réduits des droits de mutation à titre gratuit et d'abattements spécifiques : les époux et les partenaires d'un pacs. Si la loi du 15 novembre 1999 a introduit une définition du concubinage dans l'article 515-8 du Code civil, elle n'y associe aucune disposition fiscale particulière en ce qui concerne les libéralités que les concubins simples pourraient se consentir. Ces derniers sont ainsi considérés fiscalement comme des tiers, c'est-à-dire comme des étrangers l'un par rapport à l'autre, pour l'application des taux de mutation à titre gratuit¹⁵⁶².

Le point commun des couples privilégiés réside donc dans l'engagement juridique et social qui lie leurs membres. L'exposé des privilèges qui leur sont accordés conduit à constater qu'ils vont grandissant selon l'intensité de l'engagement, les libéralités entre époux bénéficiant de taux plus réduits que celles consenties entre partenaires d'un pacs. Ce constat soulève naturellement la question de la légitimité de l'avantage fiscal lié à l'engagement entre les membres d'un couple et, corrélativement, celle de son maintien dans le contexte actuel et futur de rapprochement entre les différents couples.

818. La question de la fiscalité des libéralités consenties entre partenaires d'un pacte civil de solidarité était essentielle. En effet, dès lors que la loi du 15 novembre 1999 ne confère au partenaire survivant aucun droit successoral *ab intestat*, la seule façon d'avantager à titre gratuit son partenaire, notamment s'il survit, consiste à lui consentir une libéralité. La loi portant adoption du pacs a ainsi retenu, pour les libéralités consenties entre

¹⁵⁶² De légers palliatifs peuvent être recensés. Ainsi, les droits de mutation sont en principe à la charge du donataire. Toutefois, si, par exception, ils sont à la charge du donateur, cette prise en charge ne s'analyse pas en une libéralité taxable. En outre, dans la mesure où la réunion de l'usufruit à la nue-propriété ne donne lieu à aucun droit de mutation, la donation de la nue-propriété permet de réduire l'assiette des droits de mutation à titre gratuit. Sur ces palliatifs, V. F. DOUET, « Les apports du pacte civil de solidarité sur la situation fiscale des concubins ou les charmes fiscaux discrets du pacte civil de solidarité », Dr. Fam. 1999, chr. n°10, spéc. p. 39 et s.

Compte tenu du caractère confiscatoire des droits de mutation à titre gratuit, les concubins sont tentés de recourir au don manuel, à la donation indirecte ou à la donation déguisée. Néanmoins, les articles 757 et 784 du Code général des impôts énumèrent diverses hypothèses d'assujettissement des dons manuels au droit des libéralités. En outre, les donations déguisées ou indirectes exposent le donataire à des poursuites sur le terrain de l'abus de droit par simulation (C.G.I., art. 1727 et 1729).

partenaires, une fiscalité avantageuse, encourageant en cela les concubins à conclure un pacs. Le régime de faveur dont bénéficient les partenaires d'un pacs est double. D'une part, les partenaires d'un pacs bénéficient d'un barème spécifique des droits de mutation à titre gratuit applicable aux donations et aux successions. Les concubins liés par un pacs se voient en effet accorder une réduction du taux des droits de mutation à titre gratuit : 40 % pour la fraction n'excédant pas 15 000 euros, 50 % pour le surplus (C.G.I., art. 777 bis). D'autre part, et pour la perception de ces droits, il est effectué un abattement de 57 000 euros sur la part du partenaire lié au donateur ou au testateur par un pacte civil de solidarité. Enfin, la règle du non rappel des donations consenties depuis plus de dix ans s'applique aux signataires d'un pacs (C.G.I., art. 790), en vertu de laquelle l'abattement effectué sur la part du donataire ou du légataire est reconstitué tous les dix ans. Toutefois, l'octroi du tarif préférentiel en matière de droits fiscaux pour les donations est subordonné à la condition que les partenaires soient liés par le pacte depuis au moins deux ans (C.G.I., art. 767 bis, al. 2)¹⁵⁶³.

Le régime fiscal applicable aux transmissions à titre gratuit entre partenaires d'un pacs reste cependant moins attrayant que celui appliqué entre époux, et ce tant en ce qui concerne le taux d'imposition – 5 % jusqu'à 7 600 euros, 10 % jusqu'à 15 000 euros, puis 15 % jusqu'à 30 000 euros, 20 % entre 30 000 et 520 000 euros, 30 % entre 520 000 et 850 000 euros, 35 % entre 850 000 et 1 700 000 euros et, enfin, de 40 % au-delà – que le montant de l'abattement, les époux bénéficiant d'un abattement de 76 000 euros. En outre, l'octroi d'un régime de faveur est instantané pour les couples mariés, aucun délai de carence ne leur étant imposé.

819. Un auteur s'interroge alors : « *est-il moralement et politiquement acceptable de perdre des dizaines de milliards de francs de recettes fiscales en ces temps de difficultés budgétaires où on plafonne les prestations familiales et où on a du mal à subvenir aux besoins essentiels des pauvres et des chômeurs ?* »¹⁵⁶⁴. Indéniable source d'enrichissement

¹⁵⁶³ Sur ce délai de carence et les critiques qu'il engendre, V. F. COURTRAY, « Pacte civil de solidarité : une occasion manquée », R.D. sanit. et soc. 2000, p. 9.

Compte tenu de ce handicap, les partenaires opteront sans doute plutôt pour le legs, lequel n'est pas taxé comme une donation entre étrangers, mais comme une donation entre partenaires, sans qu'il soit besoin de satisfaire au délai de deux ans.

¹⁵⁶⁴ P. MALAURIE, « Un statut légal du concubinage ? Cuc, Pic, Pacs et autres avatars du mariage », Defrénois 1998, art. 36838, p. 877. La critique était adressée par l'éminent auteur aux privilèges fiscaux très importants, plus ou moins calqués sur ceux du mariage, auxquels aurait donné droit la conclusion d'un P.I.C. Il avait en effet été proposé que les membres d'un P.I.C. bénéficient d'un abattement de 150 000 francs pour les droits d'enregistrement, à condition que le P.I.C. ait duré au minimum trois ans. En outre, les partages et les soultes entre les membres d'un P.I.C. n'auraient été soumis qu'à un droit de 1 %, à l'instar des partages et soultes intervenant entre époux. Monsieur MALAURIE s'était alors insurgé contre « *ces faveurs, qu'aucun intérêt public*

de la société, les droits de mutation à titre à gratuit ne peuvent en effet être réduits qu'à la condition que les situations visées méritent d'être particulièrement favorisées. A cet égard, le critère de distributivité des privilèges fiscaux accordés au couple qui réside dans l'engagement juridique et social entre ses membres apparaît satisfaisant dans son principe. Facteur de stabilité, créateur de liens particuliers entre les membres du couple et d'obligations de solidarité, l'existence d'un engagement apparaît digne d'être récompensée.

La faveur apparaît nécessaire s'agissant du couple marié tant les caractéristiques de l'engagement de mariage invitent à un traitement privilégié. Des auteurs insistent en particulier sur la création d'un lien de famille entre les époux qui caractérise l'engagement de mariage : « *ce qui justifie, véritablement, l'application de tarifs moins élevés (...) entre conjoints, c'est le souci de préserver la famille* »¹⁵⁶⁵. Pour autant, le lien de famille qui unit les époux n'est pas le seul à militer en faveur du traitement privilégié des libéralités au sein du couple marié. L'inscription dans la pérennité de ce dernier et le souci du législateur qui en découle de favoriser la maintenance du survivant y contribuent également activement.

Si l'octroi de privilèges fiscaux aux époux semble ainsi parfaitement légitime eu égard aux caractéristiques de l'engagement de mariage¹⁵⁶⁶, les privilèges fiscaux accordés aux concubins unis par un pacs suscitent davantage d'interrogations. Pour certains auteurs, le fait que le pacs ne crée pas de lien de famille entre les partenaires devrait exclure tout traitement de faveur des libéralités entre eux¹⁵⁶⁷. L'argument ne semble cependant pas dirimant dans la mesure où la politique d'incitation fiscale ne se limite pas aux relations familiales¹⁵⁶⁸. Le législateur doit ainsi pouvoir favoriser la conclusion d'un engagement de couple s'il se révèle profitable pour la collectivité. D'aucuns argueront alors de l'inutilité de la conclusion d'un pacs pour la société et, corrélativement, de l'illégitimité d'une taxation préférentielle entre ses membres. N'en déplaise à ses détracteurs, l'utilité du pacs est cependant indéniable en droit positif, et ce pour deux raisons. D'une part, le pacs est le seul engagement juridique et social offert aux concubins homosexuels désireux d'inscrire leur relation dans une solidarité reconnue par le droit. D'autre part, le pacs impose ou favorise l'entraide dans le

ne justifie, [qui] entraîneraient une diminution considérable des impôts, sans parler du facile, énorme et frauduleux détournement fiscal qui en résulterait ».

¹⁵⁶⁵ En ce sens, M. MARTEAU-PETIT, « Le PACS et le fisc », Dr. Fam. 2001, chr. n°8, n°9.

¹⁵⁶⁶ Engagement créant un lien de famille, engagement inscrit dans la pérennité, engagement transcendant, V. *supra*, n°715 et s.

¹⁵⁶⁷ En ce sens, M. MARTEAU-PETIT, art. précit., n°9 : « *à partir du moment où le pacs se contente d'organiser la vie commune de deux êtres, sans considération aucune de la famille et de sa survie, le rapprochement opéré en matière de droits de successions entre les partenaires et les époux, apparaît, une nouvelle fois encore, sujet à discussion, voire même, peut-être, constitutif d'une atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques* ».

¹⁵⁶⁸ La politique d'incitation fiscale intervient dans d'autres domaines, tel le mécénat ou encore la construction immobilière.

couple, entraide utile à la collectivité, même si les sujétions pesant sur les partenaires sont moindres que celles issues du lien matrimonial. Au grief de rupture d'égalité devant les charges publiques, le Conseil constitutionnel a ainsi répondu que le principe d'égalité était sauf parce que les partenaires liés par un pacs sont « *soumis à certaines obligations, qu'ils se doivent en particulier une aide mutuelle et matérielle* »¹⁵⁶⁹. En outre, la moindre portée des avantages fiscaux accordés aux libéralités entre les partenaires par rapport aux époux témoigne d'une gradation dans le traitement de faveur, fonction de l'intensité de l'engagement. Enfin, l'expiration du délai de carence doit être analysée comme le gage d'une union sincère et réelle, du moins faut-il l'espérer.

820. Légitime en droit positif, le traitement fiscal de faveur des libéralités entre partenaires d'un pacs le serait-il toujours dans nos perspectives de modifications législatives ? Dans le droit futur tel que nous l'avons organisé, le seul fait de vivre en couple donnerait en effet naissance à un certain nombre d'obligations impératives qui semblent faire perdre la majeure partie de son utilité au pacs¹⁵⁷⁰. Au surplus, le pacs ne trouve pas davantage de spécificité au sein d'un droit commun conventionnel du couple, favorisant une entraide maximale entre ses membres. Dès lors, la suppression du pacs entraînerait la suppression des avantages fiscaux accordés aux libéralités entre les partenaires. D'un point de vue fiscal, le droit commun conventionnel de la participation à l'enrichissement au sein du couple pourrait ainsi se limiter à l'exclusion de principe de la qualification à titre gratuit du transfert de richesses résultant de l'adoption d'un régime de biens communautaire. Une limite à ce droit commun résiderait dans les privilèges fiscaux accordés aux libéralités entre époux, justifiés par l'intensité et les caractéristiques de l'engagement de mariage. En revanche, dans cette hypothèse, les libéralités consenties entre les membres d'un couple non marié seraient soumises au taux des droits de mutation à titre gratuit entre personnes étrangères l'une à l'autre, comme le sont les concubins simples en droit positif.

En tout état de cause, ce qui est contestable n'est pas la soumission au taux de droit commun ou la faveur accordée à certains couples eu égard à leur spécificité, mais le caractère confiscatoire des droits de mutation à titre gratuit entre étrangers.

¹⁵⁶⁹ V. *supra*, n°21.

¹⁵⁷⁰ Sur un droit commun impératif du couple, V. la première partie de nos développements.

§ 2. *Le caractère confiscatoire des droits de mutation à titre gratuit entre étrangers*

821. Les différents projets de contrats de couple et le pacs, ensuite adopté, ont fréquemment été critiqués relativement à la finalité essentiellement utilitariste qu'ils poursuivaient, consistant à octroyer aux concubins les mêmes droits sociaux et successoraux que les époux. Et, de fait, s'il est légitime de vouloir se transmettre des biens par la voie des libéralités sans passer sous les fourches caudines du fisc, on ne saurait pour autant réformer la législation fiscale par le droit civil¹⁵⁷¹. C'est dire que les débats préalables à l'adoption du pacs auraient pu être l'occasion de réfléchir sur le taux, confiscatoire, des droits de mutation à titre gratuit entre personnes étrangères l'une à l'autre. L'illégitimité de la taxation (A.) est en effet la seule et unique source des abus recensés (B.).

A. L'illégitimité de la taxation

822. Sur toute succession et, plus généralement, sur toute transmission à titre gratuit, l'Etat perçoit son écot. L'existence de droits de mutation à titre gratuit n'est pas contestable en elle-même. Des raisons idéologiques militent en faveur de tels droits, comme la volonté d'assurer une certaine redistribution des richesses afin de favoriser une meilleure égalité des chances¹⁵⁷². Reste que ces raisons idéologiques sont teintées de considérations très pragmatiques : procurer des recettes au Trésor public, de la manière la plus indolore possible. Non contestable dans son principe, la taxation de mutations à titre gratuit le devient en revanche lorsque les taux portent atteinte à la liberté de disposer à titre gratuit et à l'idée de succession privée¹⁵⁷³.

823. Tel est le cas en France où les droits de mutation à titre gratuit entre personnes non parentes et entre parents au-delà du quatrième degré atteignent 60 % (C.G.I., art. 777). Dans ce cas de figure, le bénéficiaire de l'acte à titre gratuit « *a l'impression de concourir avec l'Etat, et de ne pas être le mieux loti : l'Etat lui paraît être le principal héritier* »¹⁵⁷⁴. Sans doute les droits fiscaux ne confèrent-ils pas à l'Etat les mêmes

¹⁵⁷¹ En ce sens, B. BEIGNIER, « Une nouvelle proposition de loi relative au contrat d'union sociale : copie à revoir », *Dr. Fam.* 1997, chr. n°5.

¹⁵⁷² Sur l'histoire et les fonctions des droits de mutation à titre gratuit, V. F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les successions. Les libéralités*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1997, p. 188, n°220 et s.

¹⁵⁷³ La succession publique postule la transmission des biens du *de cuius* à l'Etat tandis que la succession privée postule leur transmission à certains individus. Depuis longtemps, le consensus est établi en droit français sur la nécessité et le bien-fondé d'une succession privée. Sur cette question, V. M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, Litec, 6^{ème} éd., 2001, p. 21, n°24 et s.

¹⁵⁷⁴ M. GRIMALDI, *op. cit.*, p. 238, n°242.

prérogatives que des droits héréditaires. L'Etat n'est en effet pas coïndivisaire et ne vient pas au partage des biens. Toutefois, compte tenu des taux pratiqués, il faut admettre, « *qu'on le veuille ou non, [que] l'impôt successoral réalise une succession publique indirecte, détournée. Et il y aurait hypocrisie à l'accroître continûment tout en proclamant son attachement à l'héritage* »¹⁵⁷⁵.

Les critiques sont ainsi fréquentes et vives sur le sujet : « *est-il juste de voir aujourd'hui encore l'Etat piller les successions par le prélèvement de droits qui tient d'une fiscalité d'une autre époque (...). Il n'est pas anormal que l'Etat taxe la transmission successorale, mais cela le devient lorsqu'il y procède d'une manière, d'une part, discriminatoire et, d'autre part, léonine (...) violation flagrante des dispositions constitutionnelles sur la protection de la propriété que sont les droits d'enregistrement spoliateurs* »¹⁵⁷⁶. Le vœu a ainsi parfois été exprimé « *qu'une refonte totale du régime fiscal de la transmission à titre gratuit entre vifs et à cause de mort, notamment entre étrangers, soit réalisée pour harmoniser notre fiscalité avec celle des pays européens où elle est plus favorable* »¹⁵⁷⁷. Pourtant, peu de propositions en ce sens ont vu le jour.

824. La plupart des propositions ne vise pas en effet à réformer dans son entier le système de la taxation des actes à titre gratuit. Elles se limitent le plus souvent à quelques aménagements, positifs au demeurant, mais dénués de vision d'ensemble. Ainsi, le 10 mars 1999, à quelques jours de l'examen par le Sénat de la proposition de loi relative au pacs, la commission des lois a proposé d'instituer un legs électif permettant à toute personne de léguer à la personne de son choix une somme de 300 000 francs – soit 45 734 euros – en franchise totale de droits, sans toutefois porter atteinte aux règles de la réserve successorale. Il était également proposé de relever de 500 000 à 1 million de francs – soit 152 450 euros – le seuil de la valeur de l'habitation principale achetée par deux personnes en tontine – permettant au survivant de bénéficier des droits de mutation à titre onéreux¹⁵⁷⁸ – et d'autoriser l'application de ces droits, quelle que soit la valeur de l'habitation, pour la part de sa valeur inférieure au seuil¹⁵⁷⁹. Intéressantes, ces propositions ne font cependant qu'éluder le problème de l'ampleur des taux de mutation à titre gratuit.

¹⁵⁷⁵ M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, Litec, 6^{ème} éd., 2001, p. 33, n°36.

¹⁵⁷⁶ B. BEIGNIER, « Une nouvelle proposition de loi relative au contrat d'union sociale : copie à revoir », *Dr. Fam.* 1997, chr. n°5.

¹⁵⁷⁷ Tel était l'un des vœux du 84^{ème} Congrès des Notaires de France. V. P. CATALA, « Couple et modernité : gestion et transmission du patrimoine. Rapport de synthèse présenté au 84^{ème} Congrès des Notaires », *Defrénois* 1988, art. 34305, p. 988.

¹⁵⁷⁸ Depuis le 1^{er} janvier 2002, le seuil est de 76 000 euros. Sur le traitement fiscal de la tontine, V. *infra*, n°827.

¹⁵⁷⁹ R.J.P.F. mars 1999, p. 1.

825. Le caractère confiscatoire du taux des droits de mutation à titre gratuit conduit les intéressés, qui le ressentent comme une injustice – et en particulier les concubins, soucieux d'assurer la maintenance du survivant sans en verser 60 % à l'Etat – à recourir à toutes sortes de manœuvres pour y échapper. L'illégitimité de la taxation est ainsi source d'abus.

B. L'illégitimité, source d'abus

826. Eu égard au taux des droits de mutation à titre gratuit entre personnes non parentes, on comprend que la question de la transmission du patrimoine des membres d'un couple soit essentiellement dominée par des questions d'ordre fiscal. Il est donc pour le moins difficile de reprocher aux contribuables de rechercher les techniques d'optimisation fiscale, tels le mariage ou la conclusion d'un pacs, ou encore l'adoption par un couple, en droit prospectif, d'un régime de biens communautaire afin de réduire le coût fiscal de la transmission à titre gratuit. Envisagée comme une technique d'optimisation fiscale, la vie en couple se rapproche alors considérablement des communautés taisibles médiévales constituées en vue d'échapper au droit de mainmorte du seigneur¹⁵⁸⁰. L'illégitimité de la taxation est ainsi à l'origine de la position clémente de la Cour de cassation, laquelle a estimé que la recherche du moindre coût fiscal peut constituer une cause légitime de l'acte, la disparition de cette dernière pouvant même justifier la nullité de l'acte¹⁵⁸¹.

Néanmoins, « trouverait-on normal la situation actuelle, où les individus les mieux intentionnés doivent multiplier les actes notariés pour détourner une loi dont ils n'ont plus aucune bonne raison de respecter la lettre ni l'esprit ? »¹⁵⁸². D'autant que, de la technique d'optimisation fiscale à l'abus, il n'y a parfois qu'un pas, rapidement franchi par l'administration fiscale. Quelques exemples particulièrement prisés par les concubins en témoignent.

En faveur de la limitation des droits de mutation à titre gratuit au décès de l'un des coacquéreurs en tontine, V. également P. CATALA, « Couple et modernité : gestion et transmission du patrimoine. Rapport de synthèse présenté au 84^{ème} Congrès des Notaires », Defrénois 1988, art. 34305, p. 990.

¹⁵⁸⁰ Dans le droit féodal, les serfs ne pouvaient laisser de succession à leurs enfants. Ils étaient en effet frappés de mainmorte. Les communautés familiales, rassemblant plusieurs ménages, étaient ainsi destinées, en partie, à pallier le droit de mainmorte puisqu'il devenait impossible pour le seigneur, du fait de la communauté de vie, d'identifier la part du serf décédé dans les biens de la communauté. V. R. SZRAMKIEWICZ, Histoire du droit de la famille, Dalloz, 1995, p. 31 et les références citées *supra*, n°10.

¹⁵⁸¹ A propos d'une donation-partage causée par la recherche d'un avantage fiscal supprimé rétroactivement, Civ. 1^{ère} 11 février 1986, Bull. civ. I, n°25.

¹⁵⁸² I. THERY, « Le contrat d'union sociale en question », Revue Esprit octobre-décembre 1997, p. 186.

827. Les concubins ont ainsi eu l'idée d'assortir l'acquisition d'un immeuble d'une clause de tontine, aux termes de laquelle seul le survivant des partenaires est considéré comme propriétaire du bien au décès de l'autre¹⁵⁸³. En l'absence de toute transmission de l'immeuble, aucun droit de mutation n'était en conséquence exigé. La loi du 18 janvier 1980 mît un terme à cette forme d'évasion fiscale. Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, l'administration fiscale est en effet fondée à exiger le paiement de droits de mutation à titre gratuit sur la moitié de l'immeuble recueilli en vertu d'une clause d'accroissement, à moins que la valeur globale de l'habitation principale commune soit, au jour de la réalisation des conditions de décès et de survie des tontiniers, inférieure à 76 000 euros (C.G.I., art. 754-A). Dans cette hypothèse, la part du survivant est uniquement passible du droit exigible en matière de vente d'immeubles. En revanche, au-delà de ce seuil de 76 000 euros, les droits de mutation à titre gratuit sont exigibles au taux de 60 % dès le premier euro.

Des concubins, version moderne de ANANIAS et SAPHIRA¹⁵⁸⁴, imaginèrent alors d'insérer une clause de réversion dans une société, dans la mesure où le Code général des impôts ne vise que les clauses contenues dans un contrat d'acquisition en commun. La parade est alors la suivante : une S.C.I., détenue à parts égales par les concubins, fait l'acquisition d'un immeuble ; les statuts stipulent que le survivant des associés sera considéré comme propriétaire de la totalité des parts sociales. Les fiscalistes conseillent cependant de manier le subterfuge avec d'innombrables précautions. Les concubins ne devraient certes pas payer de leur mort cette tentative d'échapper à la taxation à titre gratuit ; néanmoins, le « *spectre de l'abus de droit* » plane, ainsi que ses sanctions financières exorbitantes¹⁵⁸⁵.

Lorsque la loi ou l'administration fiscale tentent de couper court au recours à la tontine, l'abus en question est un abus dans la recherche de l'optimisation fiscale, source de perte de recettes pour le Trésor. Dans d'autres hypothèses cependant, l'abus peut réellement être constitué en droit civil en ce sens qu'un acte ou une institution sont détournés de leur finalité ou font l'objet d'une utilisation abusive¹⁵⁸⁶. Dans ce cas, l'administration fiscale est

¹⁵⁸³ Sur la clause de tontine ou d'accroissement, V. *supra*, n°225, 255.

¹⁵⁸⁴ « *Ananias et Saphira furent, aux temps apostoliques, les prototypes, homme et femme de cette résistance frauduleuse aux prélèvements sur le capital. Symbole funèbre, exemple destiné à frapper les peuples d'épouvante, ce couple parfait paya d'une double mort subite sa tentative misérable de dissimuler à Pierre – à la première Eglise, à la collectivité – le prix du champ qu'il avait vendu. (...) Pierre avait bien deviné où était le cœur de leur fraude : pourquoi vous êtes-vous concertés... ? Il ne leur reprochait point tant d'avoir menti que d'avoir menti ensemble – dans une de ces complicités conjugales qui mettent en déroute les autorités* » (J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2001, p. 269).

¹⁵⁸⁵ F. DOUET, *Précis de droit fiscal de la famille*, Litec, 2^{ème} éd., 2002-2003, p. 306, n°1557.

¹⁵⁸⁶ Sur la distinction entre abus et détournement, V. J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, P.U.F., Ed. du Jurisclasseur, 1999, p. 449 et s. Dénonçant l'utilitarisme en droit de la famille, Monsieur HAUSER distingue les deux formes que celui-ci peut revêtir : l'abus d'une institution ou son détournement. Le détournement serait la sanction objective du dérangement de l'ordre juridique, lorsqu'une institution a été utilisée pour une autre finalité que celle qui lui a

légitimement fondée à en tirer toutes les conséquences. Il en est ainsi lorsque la différence d'âge entre les tontiniers, couplée à une disproportion manifeste entre les financements de chacun, au profit du plus jeune d'entre eux, fait disparaître l'aléa¹⁵⁸⁷. D'autres exemples de montages destinés à optimiser la pression fiscale témoignent cependant de la fluidité de la frontière entre technique d'optimisation fiscale et abus d'un acte ou d'une institution, contribuant ainsi « à affaiblir le raisonnement civil avec parfois des retours fâcheux des impératifs du droit »¹⁵⁸⁸.

828. Le premier exemple de montage est celui de l'adoption simple entre concubins, à laquelle certains d'entre eux ont parfois eu recours en dépit de ses vertus fiscales utopiques¹⁵⁸⁹. Constitutive d'un abus¹⁵⁹⁰ de l'adoption, l'utilisation de cette technique est susceptible d'être sanctionnée, non seulement d'un point de vue fiscal mais également d'un point de vue civil.

Le deuxième exemple est celui de l'assurance-vie. En vertu de la stipulation pour autrui, le capital versé par l'assureur au bénéficiaire n'a jamais fait partie du patrimoine du souscripteur. En l'absence de toute mutation, les sommes versées en vertu d'un contrat d'assurance-vie devraient donc logiquement être exonérées de tout droit de mutation¹⁵⁹¹. Le législateur fiscal contemporain n'a cependant eu de cesse de limiter la source d'évasion

été légalement attribuée, tandis que l'abus serait la sanction subjective des intentions de l'intéressé et du dommage causé, lorsque le droit utilisé n'est pas clairement finalisé. Le détournement condamnerait ainsi « une atteinte objective aux catégorisations juridiques », tandis que l'abus ne réprimerait « qu'une atteinte subjective aux droits d'autrui ».

¹⁵⁸⁷ V. *supra*, n° 509.

¹⁵⁸⁸ J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, P.U.F., Ed. du Jurisclasseur, 1999, p. 441.

¹⁵⁸⁹ L'adopté simple a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits successoraux qu'un enfant légitime. Toutefois, pour la perception des droits de mutation à titre gratuit, il n'y a en principe pas lieu de tenir compte du lien de parenté résultant de l'adoption simple (C.G.I., art. 786, al. 1^{er}). Ainsi, en cas d'adoption extrafamiliale, le tarif à retenir est celui applicable entre personnes non parentes, les exceptions à ce principe n'étant que rarement applicables dans l'hypothèse d'une adoption entre deux concubins. Sur ces exceptions, V. F. DOUET, *Précis de droit fiscal de la famille*, Litec, 2^{ème} éd., 2002-2003, p. 499, n° 2515.

¹⁵⁹⁰ V. J. HAUSER, art. précit., p. 449 et s. Dans la mesure où, selon l'éminent auteur, l'adoption simple est une « technique assez indifférenciée permettant de se fabriquer des héritiers pour des motifs très divers », ce n'est pas tant le procédé utilisé qui est discuté que les conditions de son exercice. Son utilisation doit par conséquent faire l'objet d'un contrôle en cas d'abus.

Sur cette question, V. aussi P. RAYNAUD, « Un abus de l'adoption simple : les couples adoptifs », D. 1983, chr. 39.

¹⁵⁹¹ Jusqu'en 1959, le capital versé à son bénéficiaire était réputé, fiscalement, faire partie de la succession. La loi du 28 décembre 1959 a abrogé l'article 765 du Code général des impôts et soumis le régime fiscal des sommes versées en exécution d'un contrat d'assurance-vie aux règles du droit commun résultant du Code des assurances. En vertu de l'article L. 132-12 du Code des assurances, les sommes payées lors du décès de l'assuré, à un bénéficiaire déterminé ou à ses héritiers, ne font pas partie de la succession de l'assuré. Aucun droit de succession n'était donc dû.

fiscale qu'étaient susceptibles de constituer les contrats d'assurance-vie¹⁵⁹². En dernier lieu, la loi de finances pour l'année 1999 a institué, pour les contrats souscrits à compter du 13 octobre 1998 et pour les primes versées sur les contrats en cours à compter de cette date, un prélèvement spécifique de 20 % sur les sommes excédant 152 500 euros. En outre, la fraction des primes versées après l'âge de soixante-dix ans est soumise aux droits de mutation à titre gratuit si elle excède 30 500 euros¹⁵⁹³. La perspective d'une transmission d'un capital en franchise d'impôt a également incité les compagnies d'assurance à créer toute une série de produits financiers sur le modèle de l'assurance-vie. Leur développement est aujourd'hui considérable. D'un point de vue civil, l'éloignement de ces produits financiers de l'assurance-vie traditionnelle, caractérisée par l'aléa, conduit de nombreux auteurs ainsi que la jurisprudence à remettre en cause, pour ces contrats dits de capitalisation, les privilèges civils accordés aux sommes versées en vertu de ces contrats, en particulier dans le règlement successoral¹⁵⁹⁴. D'un point de vue fiscal, l'administration tente de plus en plus souvent d'établir que le contrat d'assurance-vie souscrit par le défunt ne revêt pas le caractère d'un contrat aléatoire à titre onéreux. Tantôt elle invoque l'abus de droit (L.P.F., art. L. 64) et prétend que l'opération dissimule une donation du capital versé. Tantôt elle

¹⁵⁹² Sur les différents moyens utilisés et les parades imaginées, pour chacun d'eux, par les assureurs, V. S. CHAINE et M. IWANESKO, « Aspects fiscaux de l'assurance-vie », J.C.P. 2000, éd. N, p. 872.

¹⁵⁹³ Sur le traitement fiscal des sommes transmises en vertu d'un contrat d'assurance-vie, V. F. DOUET, Précis de droit fiscal de la famille, Litec, 2^{ème} éd., 2002-2003, p. 573, n°2850 et s.

¹⁵⁹⁴ Les débats se cristallisent essentiellement sur la remise en cause de l'application de l'article L. 132-13 du Code des assurances aux termes duquel « *Le capital ou la rente payables au décès du contractant à un bénéficiaire déterminé ne sont soumis ni aux règles du rapport à succession, ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve. Ces règles ne s'appliquent pas non plus aux sommes versées par le contractant à titre de primes, à moins que celles-ci n'aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés* ».

V. le célèbre arrêt *Leroux*, aux termes duquel les dispositions des articles L. 132-12 et L. 132-13 du Code des assurances ne s'appliquent pas aux opérations de pure capitalisation, et les divergences d'interprétation qu'il suscite : Civ. 1^{ère} 18 juillet 2000, Dr. Fam. 2000, comm. n°149, note M. LEROY ; M. GRIMALDI, « L'assurance-vie et le droit des successions (à propos de Cass. civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000, arrêt Leroux) », *Defrénois* 2001, art. 37276, p. 3 ; P. JULIEN SAINT-AMAND et J.-M. COQUEMA, « Coup de pied dans la fourmillière, l'arrêt « Leroux » du 18 juillet 2000 », *Droit et patrimoine* n°89, janvier 2001, p. 28 ; J. GHESTIN et M. BILLIAU, « Contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », J.C.P. 2001, éd. G, I, 329 ; P. BUFFETEAU, « D'épargne et d'assurance-vie », J.C.P. 2001, éd. N, p. 507 ; C. CHARBONNEAU et F.-J. PANSIER, « Le contrat d'assurance-vie à la croisée des qualifications : entre assurance épargne et capitalisation, l'assurance balance », *Gaz. Pal.* 2001, doct., 1, p. 394. V. en dernier lieu Civ. 1^{ère} 29 janvier 2002, J.C.P. 2002, éd. G, I, 178, n°11, obs. R. LE GUIDEC : la Cour de cassation persiste dans sa volonté d'exclure les opérations de pure capitalisation du domaine d'application des dispositions spécifiques du Code des assurances, mais sans faire progresser la mise en œuvre de la distinction entre contrats d'assurance-vie et contrats de capitalisation.

Sur l'évolution des contrats d'assurance-vie et le maintien de leur soumission aux dispositions dérogoires de la loi du 13 juillet 1930, V. H. LECUYER, « Assurance-vie, libéralité et droit des successions : retour sur une question controversée », *Dr. Fam.* 1999, chr. n°18 ; M.-E. BICHON LEFEUVRE, « De l'insaisissabilité des fonds placés en assurance-vie », J.C.P. 1999, éd. N, p. 1010 ; A.-F. ZATTARA, « L'assurance-vie à la croisée du droit des assurances et du droit patrimonial de la famille », *Dr. Fam.* 2000, chr. n°22. V. également les propositions de la quatrième commission du 96^{ème} Congrès des notaires de France, *Defrénois* 2000, Actualités, p. 114 ; M. GIRAY, « L'assurance-vie hors succession : la mort d'une fiction ? », *Droit et patrimoine* n°89, janvier 2001, p. 24.

démontre que le contrat d'assurance-vie réalise une donation indirecte du défunt au bénéficiaire, soumis en tant que tel à l'obligation de rappel des donations antérieures (C.G.I., art. 784). Il en est ainsi essentiellement lorsque l'état de santé de l'assuré lors de la conclusion du contrat laisse présager une issue fatale dans un bref délai ce qui enlève tout caractère aléatoire au contrat, en particulier si le bénéficiaire désigné est un héritier ou un légataire. Dans cette hypothèse, l'administration fiscale, approuvée par la jurisprudence, considère que la souscription du contrat n'a d'autre utilité que de permettre au bénéficiaire d'échapper au paiement des droits de mutation à titre gratuit¹⁵⁹⁵. De même, le démembrement d'un contrat d'assurance-vie lors de sa souscription est une opération risquée au regard de la présomption édictée par l'article 751 du Code général des impôts et de la notion d'abus de droit¹⁵⁹⁶. Si le co-souscripteur en usufruit paye tout ou partie des primes ou cotisations incombant normalement au co-souscripteur en nue-propiété, l'administration fiscale peut en effet établir l'existence d'une donation indirecte et réclamer, par conséquent, le paiement des droits de mutation à titre gratuit, assorti des intérêts de retards et d'une majoration pouvant aller jusqu'à 80 %.

Le dernier exemple d'abus, engendré par l'illégitimité du taux confiscatoire des droits de mutation à titre gratuit, est celui de la conclusion d'un pacte civil de solidarité uniquement motivée par des considérations fiscales¹⁵⁹⁷. Deux situations doivent cependant être distinguées. Si un couple de concubins conclut un pacs, non par volonté de reconnaissance sociale ou pour les obligations auxquelles il donne naissance, mais pour que le transfert de richesses de l'un à l'autre ou au profit du survivant d'entre eux bénéficie d'un traitement fiscal privilégié, il s'agit alors d'une technique d'optimisation fiscale, non contestable dans le système fiscal contemporain. En revanche, si le pacs est de pur complaisance car ses cocontractants ne vivent pas en couple, il s'agit là d'un abus – voire d'un détournement – de l'institution, susceptible d'être sanctionné. L'exigence de l'expiration d'un délai de carence joue à cet égard un rôle préventif. Toutefois, la fraude est à craindre. D'un point de vue fiscal, il est sans doute très difficile pour l'administration de procéder à des enquêtes

¹⁵⁹⁵ V. S. CHAINE et M. IWANESKO, « Aspects fiscaux de l'assurance-vie », J.C.P. 2000, éd. N, p. 875 et s.

¹⁵⁹⁶ Sur les aspects fiscaux du démembrement d'un contrat d'assurance-vie lors de sa souscription, V. F. DOUET, *Précis de droit fiscal de la famille*, Litec, 2^{ème} éd., 2002-2003, p. 589, n°2906 et s.

¹⁵⁹⁷ La conclusion d'un mariage pour des motivations fiscales existe. Il n'est qu'à observer, *a contrario*, l'augmentation du nombre des mariages dans l'année qui suit l'abrogation de l'avantage fiscal résultant pour les concubins de l'octroi d'une demi-part supplémentaire pour chaque enfant à charge. V. les statistiques citées in *Demain la famille*, 95^{ème} Congrès des Notaires de France, Marseille 9-12 mai 1999, Maury-Imprimeur, 1999, p. 15.

La conclusion d'un mariage pour des motifs exclusivement fiscaux est cependant sans doute moins à craindre, tant les justiciables sont conscients de l'ampleur des obligations engendrées par le mariage et, en particulier, de l'absence d'un droit au divorce. Ils semblent en revanche parfaitement ignorants des lourdes conséquences de la conclusion d'un pacs, cette ignorance étant dès lors susceptible de les amener à conclure un tel contrat uniquement pour bénéficier de droits de mutation à titre gratuit réduits.

destinées à vérifier la réalité de la communauté de vie entre les partenaires, sans porter atteinte à la vie privée de ces derniers¹⁵⁹⁸. D'un point de vue civil, un pacs de complaisance, exclusivement motivé par des considérations fiscales, pourrait être annulé pour défaut d'objet ou de cause, avec tous les inconvénients de l'annulation d'un contrat à exécution successive pour laquelle il n'a pas été prévu de tempérament semblable à celui de la putativité dans le droit du mariage.

829. Tous ces subterfuges destinés à échapper à la taxation confiscatoire des libéralités ont en commun un caractère dangereux, à la fois pour ses utilisateurs et pour le droit.

Les dangers de l'acquisition en tontine en cas de désaccord des coacquéreurs sont connus. S'agissant de l'assurance-vie, si le bénéficiaire du contrat en accepte le bénéfice, le souscripteur ne peut plus ni modifier la clause bénéficiaire ni même procéder au rachat de son contrat sans obtenir préalablement l'accord du bénéficiaire¹⁵⁹⁹. On imagine alors aisément les conflits en cas de mésentente du souscripteur et du bénéficiaire, en particulier s'ils formaient un couple, disparu depuis lors.

Outre les dangers qu'ils présentent pour leurs utilisateurs, ces subterfuges menacent le droit lui-même, qui n'a rien à gagner aux abus et détournements de ses institutions.

Un tel constat, présentement réalisé par l'observation des pratiques des concubins, n'est cependant pas limité au couple. Il n'est qu'une illustration de la nécessité d'une réflexion sur la législation fiscale et, en particulier, sur le taux des droits de mutation à titre gratuit entre personnes non parentes.

830. Conclusion de la Section 2 – La faveur législative pour certaines modalités de transfert de richesses au sein du couple pourrait se manifester par l'octroi de privilèges fiscaux. L'octroi de privilèges fiscaux n'est cependant légitime qu'à la condition qu'il favorise un acte ou une structure juridiques présentant un intérêt particulier pour la collectivité. En droit prospectif, la faveur législative pour la participation à l'enrichissement résultant de l'adoption d'un régime de biens communautaire pourrait ainsi être étendue à tout couple ayant adopté un régime communautaire. Cette disposition viendrait alors compléter les dispositions d'un droit commun du couple favorisant une entraide maximale entre ses membres. En revanche, si la consécration d'un droit commun du couple devait conduire à la

¹⁵⁹⁸ V. M. MARTEAU-PETIT, « Le PACS et le fisc », *Dr. Fam.* 2001, chr. n°8, n°19 et s.

¹⁵⁹⁹ V. par exemple T.G.I. Paris 22 mars 2001 ; T.G.I. Bourges 17 juin 1999, *J.C.P.* 2002, éd. N, p. 402, note J. BIGOT.

disparition de l'institution du pacte civil de solidarité, seul le couple marié bénéficierait, du fait de l'engagement qui unit ses membres, de droits de mutation à titre gratuit réduits.

Toutefois, la véritable réforme d'envergure serait celle relative au taux de droit de mutation à titre gratuit entre étrangers, dont le caractère excessif et confiscatoire contraint les concubins, entre autres justiciables, à recourir des subterfuges dont le droit ne sort pas grandi.

831. Conclusion du Chapitre 2 – L'identification des privilèges, civils ou fiscaux, accordés en droit positif à la participation à l'enrichissement au sein des couples a conduit à en étudier la légitimité et à en envisager l'extension au couple, indépendamment de sa forme.

Ce dernier pourrait en effet compter, parmi ses dispositions, la non gratuité de principe du transfert de richesses entre les membres d'un couple, s'il n'est que l'application des règles d'un régime de biens. L'octroi de ces différents privilèges devrait ainsi favoriser l'adoption d'un régime de biens par les couples de concubins.

Les développements du présent chapitre permettent également de dessiner les limites d'un droit commun du couple favorisant une entraide maximale entre ses membres. La spécificité de l'engagement de mariage justifie en effet le maintien à son seul profit d'un certain nombre de privilèges civils et fiscaux. Il en est ainsi, en droit civil, de la possibilité de conclure une donation de biens à venir ainsi que de la quotité disponible spéciale entre époux. En droit fiscal, il a été démontré que les taux de mutation à titre gratuit réduits et les abattements spécifiques sont justifiés par l'engagement des membres du couple. Dès lors, si l'institution du pacte de solidarité est maintenue, la limite au droit commun conventionnel du couple, constituée par le traitement fiscal préférentiel des libéralités, serait commune dans son principe, mais non dans sa mise en œuvre, au mariage et au pacs. En revanche, si le pacs disparaissait du paysage juridique français, la limite ne concernerait plus que le mariage.

832. L'étude de la faveur législative pour la participation à l'enrichissement au sein du couple nous a également conduit à formuler des propositions, qui ont pour conséquence de rapprocher les différents couples mais qui ne s'insèrent pas pour autant parmi les dispositions d'un droit commun conventionnel du couple. Ces propositions visent en effet à réintégrer certaines des techniques de participation à l'enrichissement du couple marié dans le droit commun des actes juridiques. Parmi les propositions qui sont faites, nombreuses ont déjà été suggérées. La réflexion ne s'est toutefois pas limitée aux rapports entre époux : elle a entendu, au contraire, intégrer la justification de ces propositions dans la perspective de l'élaboration d'un droit commun de la participation à l'enrichissement au sein du couple.

Il s'agirait, en premier lieu, de supprimer le contrôle judiciaire du changement de régime matrimonial, lequel ne devrait plus relever d'une procédure exceptionnelle mais de

l'aménagement normal du cadre juridique et patrimonial de la gestion et de la transmission des biens. L'alinéa 1^{er} de l'article 1397 pourrait être ainsi rédigé : « *Après deux années d'application du régime matrimonial, les époux pourront convenir dans l'intérêt de la famille de le modifier, ou même d'en changer entièrement, par un acte notarié* ». Cet article serait applicable, en tant que de raison, aux concubins désireux de modifier le régime de biens conventionnellement adopté.

En second lieu, il conviendrait de supprimer la règle de la nullité des donations déguisées entre époux (C. civ., art. 1099, al. 2) ainsi que celle de la révocabilité des donations de biens présents (C. civ., art. 1096). Corrélativement à la suppression de cette dernière règle, il conviendrait, d'une part, d'inscrire dans le Titre II du Livre III du Code civil consacré aux donations entre vifs et aux testaments, la possibilité pour les époux de conclure en cours de mariage une donation de biens à venir librement révocable et, d'autre part, de supprimer dans le droit du divorce la libre révocabilité des donations, auxquelles sont assimilés pour l'occasion les avantages matrimoniaux.

833. Conclusion du Titre 2 – L'étude de la faveur législative pour la participation à l'enrichissement au sein du couple a conduit à en étudier les différentes formes, le plus souvent sur le modèle de référence du mariage et, pour chacune d'elles, à en envisager la consécration au profit du couple, indépendamment de son statut. En effet, ainsi que le souligne Monsieur BEIGNIER, « *donner des droits à ceux qui vivent et partagent une vie, en relevant les défis de leur propre existence, ce n'est pas une marque de décadence mais de justice. Distinguer entre ceux dont l'union est fondée sur la parole donnée et destinée à perpétuer l'espèce humaine et les autres, ce n'est pas une faille dans l'égalité mais bien davantage la traduction d'un strict souci de justice* »¹⁶⁰⁰.

834. L'octroi de privilèges, civils ou fiscaux, à la participation à l'enrichissement au sein du couple sur le modèle du mariage est certes apparu tentant, en particulier dans le contexte d'un rapprochement considérable entre les couples, obéissant à quelques règles impératives identiques et pouvant se soumettre aux mêmes régimes de biens.

La tentation d'unité ne devait cependant pas abuser le juriste. Il est en effet une constante des sociétés qui admettent le pluralisme des couples : « *la pluralité des modèles s'est toujours accompagnée d'une inégalité juridique. Entre les différentes formes d'unions, il y en a forcément de « meilleures » que les autres et la gradation envisagée dans le Code civil – concubinage, pacs, mariage – ne fait pas exception à cette logique hiérarchique* »¹⁶⁰¹. De la sorte, dégager un droit commun du couple ne devait pas conduire à nier la spécificité de chacune de ses formes, lesquelles sont la cause et la conséquence du degré de l'engagement.

Dans cette perspective, il a été nécessaire d'opérer une distribution de la faveur législative. Certaines des dispositions législatives favorisant la participation à l'enrichissement entre les époux ont ainsi légitimement pu être étendues au couple, indépendamment de son statut. En revanche, d'autres ont dû être réservées au couple engagé, voire au seul couple marié. Les contours d'un droit commun conventionnel de l'entraide maximale dans le couple ont ainsi pu être tracés, tant quant à son contenu que quant à ses limites.

¹⁶⁰⁰ « Aspects civils », Le Pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 31.

¹⁶⁰¹ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « A propos du pluralisme des couples et des familles », P.A. 28 avril 1999, n°84, p. 33.

835. Conclusion de la Partie 2 – De même que l'on avait pu constater, dans la première partie, l'ébauche d'un régime primaire chez les couples non mariés, l'esquisse d'un régime conventionnel ordonné autour de l'idée de faire participer son compagnon de vie à sa richesse a pu être observée. Les techniques alternatives de communautarisation, conventionnelles, jurisprudentielles ou légales, offertes aux couples non mariés sont multiples – achats en tontine ou en indivision, sociétés créées de fait ou sociétés civiles en général, présomptions d'indivision ou encore libéralités – mais leurs résultats plus ou moins satisfaisants.

Afin de pallier les insuffisances et les inconvénients de ces techniques, il est proposé d'offrir à tout couple, indépendamment de sa forme, la possibilité d'optimiser la participation à l'enrichissement l'un de l'autre en permettant à ses membres d'adopter conventionnellement l'un des régimes de biens originellement réservés au couple marié : régimes de communauté, de participation aux acquêts ou de séparation de biens. Un droit commun de la participation à l'enrichissement au sein du couple pourrait ainsi être organisé autour de l'idée de régimes communs de biens.

Cette proposition n'entraîne pas cependant l'extension à tout couple de l'intégralité du régime favorable de la participation à l'enrichissement au sein du couple marié. En premier lieu, un droit commun de la participation à l'enrichissement au sein du couple devrait revêtir un caractère exclusivement conventionnel, la spécificité de l'engagement de mariage imposant que le caractère supplétif de volonté de certaines modalités de participation à l'enrichissement lui soit réservé. En second lieu, si le droit commun conventionnel du couple est susceptible de s'enrichir d'un certain nombre de privilèges civils et fiscaux, ces derniers sont essentiellement liés à l'adoption d'un régime de biens, tous autres étant réservés au couple marié eu égard à la particularité de l'engagement entre ses membres. Le régime de biens apparaît bien ainsi comme le vecteur particulier du transfert de richesses, de l'entraide maximale dans le couple.

836. A l'évidence, le choix de l'une ou l'autre des formes de couple relève de l'ordre du privé. La liberté matrimoniale est à cet égard comprise à la fois comme la liberté de se marier et celle de ne pas se marier. Cela n'empêche toutefois pas que l'Etat puisse interférer dans les choix privés des couples, en proposant à leurs membres de s'apporter une entraide maximale et en les incitant à réaliser celle-ci par le biais de privilèges civils ou fiscaux.

Dans cette perspective, l'édification de la faveur législative pour la participation à l'enrichissement au sein du couple a pu s'opérer, la plupart du temps, par référence aux règles applicables aux couples mariés, en raison de leur achèvement technique. Un certain nombre de techniques ou institutions originellement matrimoniales pourraient ainsi relever

désormais du modèle de couple. Il n'en demeure pas moins que le mariage devrait demeurer le modèle des couples. La solennité et l'intensité de l'engagement entre les époux justifient alors l'application de règles spécifiques, comme celles qui favorisent tout particulièrement la participation à l'enrichissement entre les conjoints.

837. S'agissant du pluralisme des couples, les développements relatifs à la consécration d'un droit commun conventionnel du couple conduisent, à l'instar de la première partie, à s'interroger sur la pertinence de l'institution du pacte civil de solidarité. Le pseudo système des présomptions d'indivision est assurément voué à l'échec ; dépourvu de philosophie communautaire, source de dangers considérables pour les partenaires et leurs cocontractants, il devrait par conséquent être supprimé.

Le pacs devrait donc être amendé. Cependant, son amendement ne devrait-il pas conduire à sa suppression pure et simple ? Il semble qu'une telle suppression offrirait davantage de lisibilité parmi les modèles de couple, la distinction s'opérant entre les époux qui ont pris un engagement solennel, créant un lien de famille, d'une part, et les concubins, sans engagement, d'autre part. D'autant que les clivages qui sont apparus tout au long des développements consacrés aux transferts de richesses entre les membres d'un couple – mariage ou non, manifestation de volonté ou non – semblent ne laisser que peu de place à l'institution intermédiaire qu'est le pacs. Si l'on ajoute à ce constat la perte d'intérêt du pacs dans l'hypothèse de la consécration d'un droit commun impératif du couple, il est loin d'être certain, réserve faite de la reconnaissance sociale que le pacs offre aux concubins homosexuels, que le pacs doive être conservé à l'avenir.

CONCLUSION GENERALE

838. La vocation de cette étude était de s'interroger sur les dénominateurs communs de la réglementation des relations patrimoniales dans le couple, indépendamment de la nature des liens unissant ses membres.

Cette réflexion a déjà été amorcée lors des débats précédant l'adoption du pacte civil de solidarité. A cette occasion, le législateur a en effet été confronté à trois enjeux : la volonté de reconnaissance sociale des couples de même sexe, les transformations contemporaines des couples et des liens de solidarité entre leurs membres et, enfin, les liens de solidarité sociale hors couple. Les différentes versions du pacs témoignent de la tentative des parlementaires de répondre à ces trois questions par une même institution. En fin de compte, le pacs, tel qu'il a été adopté, ne vise pas à répondre à la dernière, relative aux liens extra-conjugaux de solidarité. Il tend en revanche à régler tout à la fois la question de la reconnaissance sociale des couples homosexuels et celle des liens néo-conjugaux de solidarité. A vouloir tout appréhender, le législateur a cependant échoué. Si le pacs est souvent perçu comme un engagement symbolique par les couples homosexuels qui y recourent, la question de la reconnaissance de liens personnels et familiaux entre leurs membres n'est pas réglée pour autant. Le pacs n'a pas non plus satisfait aux attentes légitimes de voir régner la justice dans les rapports entre concubins, pendant leur vie en couple et lors de leur rupture. Le statut auquel les partenaires sont soumis encourt en effet de graves reproches, en raison de nombreuses imperfections techniques, largement dénoncées, et que l'intervention constructive du Conseil constitutionnel n'est pas parvenue à régler.

Quant aux concubins simples, à défaut d'adhésion à un pacs, ils sont purement et simplement renvoyés dans le non-droit¹⁶⁰².

Pour notre part, nos développements ont consisté à proposer, dans une « *philosophie du possible* »¹⁶⁰³, une réponse à la question relative aux liens patrimoniaux, conjugaux et néo-conjugaux, de solidarité¹⁶⁰⁴. Cette réponse ne se traduit pas par la création d'un statut du concubinage mais par la consécration d'un droit commun patrimonial du couple, ce dernier étant défini comme le lien qui allie deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, entre lesquelles les liens sexuels sont socialement autorisés, unies par une communauté de vie revêtant un caractère de stabilité, automatiquement déduite d'un engagement juridique de couple ou, à défaut, réalisée à l'expiration d'un délai d'un an et un jour de communauté de vie.

839. Le droit commun patrimonial du couple qui pourrait être consacré par le législateur se décomposerait alors en deux volets.

Le premier serait composé de règles imposant aux membres du couple de s'apporter une aide minimale, constituant en quelque sorte l'« *irréductible minimum communautaire* »¹⁶⁰⁵ du couple. Durant la vie de ce dernier, les dispositions communes impératives auraient essentiellement pour objet la satisfaction équitable des charges de la vie commune. Il est ainsi proposé d'exiger des membres d'un couple, d'une part, la contribution aux charges de la vie commune proportionnellement à leurs facultés respectives et, d'autre part, la solidarité pour les dettes de la vie courante destinées au ménage. Après la disparition du couple, il est suggéré qu'un soutien minimum de l'un des membres du couple puisse être mis à la charge de l'autre. Les conditions d'attribution et les modalités de l'institution que nous avons proposé de baptiser *soutenance* devraient néanmoins être envisagées différemment selon que la disparition du couple est consécutive à sa rupture ou au décès de l'un de ses membres. En cas de rupture, une prestation compensatoire pourrait être accordée à celui des membres du couple qui, du fait d'un sacrifice consenti pendant l'union, souffre de la disparité observée dans les conditions de vie respectives des anciens compagnons. Octroyée en principe sous la forme d'une indemnité de réinsertion, la *soutenance* ne viserait dès lors qu'à offrir à son bénéficiaire les moyens de recouvrer son autonomie financière. En cas de décès, la *soutenance* pourrait prendre la forme d'un minimum successoral garanti au survivant des

¹⁶⁰² V. I. THERY, « Pacs, sexualité et différence des sexes », Revue Esprit octobre 1999, p. 139.

¹⁶⁰³ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 8^{ème} éd., 1995, p. 260.

¹⁶⁰⁴ Sur les adjectifs « néo-conjugal » et « extra-conjugal », empruntés à Monsieur ROLAND, V. *supra*, n°12.

¹⁶⁰⁵ Pour reprendre la formule que d'éminents auteurs ont utilisée à propos du régime primaire impératif des époux : J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1993, p. 784.

membres du couple, essentiellement sous la forme de droits temporaires et viagers sur le logement.

Le second volet d'un droit commun patrimonial du couple rassemblerait les institutions et les techniques destinées à favoriser une entraide maximale entre les membres d'un couple, laquelle consiste à associer son compagnon de vie à son enrichissement. A ce titre, il est proposé d'offrir à tous les couples l'accès, par convention notariée, à l'un des régimes de biens originellement réservés au couple marié : régimes de communauté, de participation aux acquêts ou encore de séparation de biens. La faveur législative pour la participation à l'enrichissement au sein du couple devrait également se manifester par l'octroi de privilèges civils et fiscaux substantiels, essentiellement liés à la non gratuité de la participation à l'enrichissement lorsqu'elle trouve sa source dans les règles d'un régime de biens communautaire. Ordonné autour des régimes de biens désormais communs à tous les couples, le droit commun de l'entraide maximale au sein du couple ne saurait cependant être imposé, ni à titre impératif, ni à titre supplétif de volonté. Le transfert de richesses entre les membres d'un couple, quelle que soit la technique empruntée, constitue en effet une solidarité maximale à laquelle les membres du couple doivent librement consentir. Le droit commun de la participation à l'enrichissement au sein du couple serait donc un droit exclusivement conventionnel.

Le droit commun patrimonial du couple apparaît ainsi comme une fusée à deux étages¹⁶⁰⁶ : le premier est inamovible, socle d'ordre public composé des règles imposant une entraide minimale ; le second est auxiliaire, étage facultatif rassemblant les règles favorisant une entraide maximale dans le couple.

840. Ainsi, la réforme envisagée ne se traduirait ni par un désengagement du droit, qui ne laisserait la place qu'aux mœurs, ni par un repli sur le tout contractuel¹⁶⁰⁷. En distinguant un droit commun patrimonial imposé d'un droit commun patrimonial négocié, nous espérons en effet contribuer à établir un équilibre entre absence et excès d'encadrement juridique. L'instauration d'un droit flexible à maints égards, conférant au juge des pouvoirs

¹⁶⁰⁶ L'expression est empruntée à Madame DEKEUWER-DEFOSSEZ, qui avait qualifié le couple de « *fusée à trois étages* » (« A propos du pluralisme des couples et des familles », P.A. 28 avril 1999, n°84, p. 29).

¹⁶⁰⁷ Il convient à cet égard de rejeter la tendance à la diabolisation du statut ainsi que le postulat selon lequel toute l'évolution du droit serait celle du statut au contrat. A la fin du XIX^{ème} siècle, l'historien MAINE, appliquant à la théorie du droit les principes de l'évolution historique, résuma le sens de celle-ci en une phrase désormais célèbre : « *si donc on emploie le mot statut pour signifier les seules conditions personnelles, en évitant d'appliquer ce terme aux conditions qui sont le résultat immédiat ou lointain d'un accord, on peut dire que le mouvement des sociétés dynamiques, par rapport aux sociétés statiques, a été jusqu'ici un mouvement du statut au contrat* » (H. MAINE, cité par V. M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », in La personne, la famille et le droit. 1968-1998. Trois décennies de mutation en Occident, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., 1999, p. 140).

de conciliateur et de négociateur s'inscrit également dans cette perspective. Toutefois, c'est de la controverse que naît la solution juste, et celle-ci demeure ouverte à la suite de cette étude dont les conclusions peuvent susciter des objections. En outre, une construction éthérée se heurte nécessairement à des difficultés pratiques. PORTALIS affirmait ainsi que « *s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir* »¹⁶⁰⁸.

841. Ne le dissimulons pas : le droit commun patrimonial du couple tel que nous le suggérons a été élaboré sur le modèle de référence du mariage. Il était en effet légitime de s'inspirer d'un modèle construit par des siècles de réflexion. La tentation était, en outre, d'autant plus compréhensible que le couple marié constitue l'espèce plénière du genre couple.

Toute la difficulté a alors consisté à distinguer, entre les différentes dispositions du modèle, celles qui sont justifiées par la nécessité d'organiser la communauté de vie de celles qui résultent de l'engagement de mariage. C'est dire que déduire de cette réflexion un droit commun patrimonial du couple ne conduit en aucun cas à nier la particularité du mariage – non plus que celle des couples non mariés – dont les reliefs sont apparus à maints endroits de l'étude. Ces derniers ont alors permis de dessiner les limites d'un droit commun patrimonial du couple.

Le vœu posé en introduction apparaît ainsi respecté : la recherche ne devait pas dévaloriser l'institution du mariage, au risque d'entraîner la disparition de celle-ci. Aucun « *contresens de l'histoire* »¹⁶⁰⁹ ne résulte donc de la découverte d'un droit commun patrimonial du couple dans la mesure où subsiste « *la summa divisio des règles sociales humaines en matière familiale* » laquelle, « *à quelque époque et en quelque lieu que ce soit, pour autant que nous en ayons trace, réside dans la frontière qui sépare « union légitime » et « unions libres »* »¹⁶¹⁰.

Plus encore, l'étude a permis de mettre en lumière l'aspect transcendant de l'engagement de mariage, qui procède d'abord « *d'un lien affectif (c'est la cause profonde) institué*

¹⁶⁰⁸ J.-E.-M. PORTALIS, Discours et rapports sur le Code civil, Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1989, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », p. 5.

¹⁶⁰⁹ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Mariage et concubinage ou les sens et contresens de l'histoire », in La personne, la famille et le droit. 1968-1998. Trois décennies de mutation en Occident, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., 1999, p. 14.

¹⁶¹⁰ M.-T. MEULDERS-KLEIN, art. précit., p. 32 : « *la nécessité du mariage semble en définitive venir de la nature humaine elle-même, volontariste et avide impénitente d'éternité plus que d'un utopique souci de moralité publique. Acte de volonté capable, quoiqu'on en dise, d'inauguration éternelle dans la sincérité et la fidélité librement décidées, il reste union voulue perpétuelle, même s'il ne dure pas toujours autant que la vie* ».

socialement (c'est la teneur essentielle du lien) et auquel se greffent ensuite des conséquences patrimoniales (c'est l'effet dérivé). Un mariage unit deux êtres avant d'unir deux patrimoines »¹⁶¹¹. A cet égard, la remise en cause de la particularité du mariage proviendrait bien moins de la consécration d'un droit commun patrimonial du couple que d'une remise en cause des obligations personnelles des époux telle qu'elle découle de certaines propositions portant réforme du divorce.

842. L'institution d'un droit commun patrimonial du couple pourrait cependant conduire à une expansion de l'emprise du droit, contestable *a priori* dès lors que l'hypothèse fondamentale de la sociologie juridique théorique est qu'« *il y a plutôt trop de droit* »¹⁶¹².

Néanmoins, les règles de droit sont justifiées si elles permettent d'éviter les injustices, ou la dénaturation du droit commun pour pallier celles-ci. Elles le sont également dans la mesure où elles visent à désamorcer ou simplifier les conflits à venir.

En outre, tout un volet du droit commun du couple est conventionnel, laissant dès lors ses membres libres de s'y soumettre ou non.

Enfin, il est maintes fois apparu dans nos développements que le pacte civil de solidarité perdrait la majeure partie de sa pertinence si un droit commun patrimonial du couple était consacré. Un droit commun patrimonial du couple ne remet certes pas en cause le pluralisme des couples. Il n'empêche pas, en particulier, une gradation des diverses formes de couple selon leur forme, cette dernière étant la cause et la conséquence du degré d'engagement entre les membres. Toutefois, autant le clivage entre mariage et concubinage simple, entre une communauté de vie qui comporte un engagement, notamment d'entraide, et l'autre qui n'en comporte pas, est manifeste, autant il est difficile de percevoir le degré de l'engagement des partenaires d'un pacs, à mi-chemin entre ces deux modèles. Par conséquent, l'accroissement de règles de droit par la consécration d'un droit commun patrimonial du couple pourrait être, en quelque sorte, contrebalancé par la suppression de l'institution intermédiaire entre couple marié et couple non marié que constitue le pacs.

843. Toute la difficulté tient à ce que le pacs ne peut raisonnablement être supprimé en l'état actuel du droit. En effet, malgré les critiques qu'il a pu susciter, le pacs constitue pour l'heure le seul engagement juridique et social offert aux concubins homosexuels. Certains pourraient alors suggérer de réserver le pacs au couple homosexuel.

¹⁶¹¹ D. FENOUILLET, « La suppression du divorce pour faute ou feu le pluralisme en droit de la famille », A.J. Fam. décembre 2001, p. 85.

¹⁶¹² J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2001, p. 9. V. aussi P. MALAURIE, « L'effet pervers des lois », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à G. Cornu*, P.U.F., 1994, p. 309 : « *trop de droit tue le droit* ».

La possibilité de conclure un contrat destiné à organiser d'un point de vue exclusivement patrimonial la vie commune ne résoudrait cependant pas le problème d'un engagement personnel et familial revendiqué. En outre, il a été démontré que l'existence d'une structure intermédiaire entre mariage et concubinage serait perturbatrice.

Il est par conséquent indispensable d'engager une réflexion sur la nécessité de consacrer, au profit des couples homosexuels, un engagement identique ou comparable, dans son intensité et dans sa solennité, à celui du mariage¹⁶¹³. Une fois cette réflexion menée, une alternative pourrait alors s'offrir au législateur. S'il se révèle nécessaire d'offrir aux couples homosexuels un engagement semblable au mariage, l'adoption de celui-ci devrait alors conduire à l'abrogation du pacs. Dans le cas inverse, il serait admis que les couples homosexuels ne nécessitent qu'une organisation patrimoniale, le pacs pourrait donc être supprimé puisque ses membres seraient soumis au droit commun patrimonial du couple.

844. L'existence d'un droit commun patrimonial du couple pourrait susciter une dernière critique : celui d'avoir brouillé les frontières du droit patrimonial de la famille.

Dans la recherche d'un droit commun patrimonial du couple, il est en effet apparu indispensable de faire appel à des mécanismes du droit patrimonial de la famille, ceux du droit commun étant par trop imprégnés d'individualisme pour assurer une justice distributive. Seuls les régimes matrimoniaux se révèlent ainsi aptes à réaliser, dans les conditions optimales, la participation du moins fortuné des membres du couple à l'enrichissement de l'autre. En outre, le triptique égalité, liberté, solidarité qui a guidé notre recherche rappelle inévitablement la « *triple trinité* » de l'évolution du droit de la famille¹⁶¹⁴. N'y aurait-il pas là un argument en faveur de l'extension de la notion de famille, dont le couple constituerait, à côté de l'enfant, le nouvel élément décisif ?

Les enjeux ne sont pas négligeables, d'un point de vue théorique autant que pratique. Pour ne citer qu'un exemple, dans un certain nombre de textes relatifs à l'autorité parentale,

¹⁶¹³ La nécessité de la réflexion est du reste rendue indispensable par l'extension, aux Pays-Bas et en Belgique, du mariage aux couples homosexuels. L'affirmation de la Cour européenne des droits de l'homme, selon laquelle « *la Cour n'est pas convaincue que l'on puisse aujourd'hui continuer d'admettre que ces termes [ceux de l'article 12 de la C.E.D.H.] impliquent que le sexe doive être déterminé selon des critères purement biologiques* » devrait également contribuer à alimenter les débats. Le revirement relatif au droit des transsexuels d'épouser une personne du sexe opposé à leur nouveau sexe ne devrait pas en effet, selon ses annotateurs, faire illusion : « *en abandonnant l'interprétation de l'article 12 qui réservait le mariage aux personnes de sexe biologiquement différent, c'est non seulement aux transsexuels opérés, mais également aux homosexuels que la Cour européenne des droits de l'homme vient d'entrouvrir les portes des mairies* » (J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD, obs. sous Cour E.D.H. 11 juillet 2002, R.T.D. Civ. 2002, p. 865, n°2). V. aussi A. GOUTTENOIRE-CORNUT, note sous Cour E.D.H. 11 juillet 2002, Dr. Fam. 2002, comm. n°133 ; J. HAUSER, obs. sous Cour E.D.H. 11 juillet 2002, R.T.D. Civ. 2002, p. 782, n°3.

¹⁶¹⁴ P. CATALA, *Famille et patrimoine*, P.U.F., Doctrine juridique, 1^{ère} éd., 2000, p. 96 et s.

les membres de la famille disposent de prérogatives que n'ont pas les tiers ordinaires¹⁶¹⁵. Il est alors intéressant de se demander si le membre du couple non-parent pourrait être reconnu comme membre de la famille du parent et bénéficiaire, à ce titre, des prérogatives accordées à cette fonction.

Tel n'est pas notre sentiment. Une conception moderne de la famille – « *famille d'élection, d'engagement au service du bien-être et de l'épanouissement de ses membres* »¹⁶¹⁶ – pourrait certes englober tous liens de solidarité. Parce que la famille est incontestablement le lieu de solidarités internes, on peut en effet être tenté de généraliser la famille partout où existent des liens d'entraide. L'unité ne serait cependant acquise qu'au prix de l'absence de distinction entre des situations diverses : couple et parentalité notamment. Ce serait oublier, en outre, qu'il existe un aspect de permanence dans la notion de famille, au-delà des vicissitudes de la vie, qui ne nous semble pas s'accorder à toutes les situations. En dépit d'une tendance croissante à voir dans la famille « *avant tout l'entité domestique dans laquelle on vit (parfois provisoirement), indépendamment des liens juridiques existant par ailleurs* »¹⁶¹⁷, tous les lieux et les liens de solidarité ne devraient donc pas, juridiquement tout au moins, constituer une famille. Il n'en demeure pas moins que, prenant appui sur les apports de la sociologie et de l'anthropologie, la famille pourrait évoluer, le lien de parenté étant avant tout considéré comme un « *rapport social* » qui ne résulte pas seulement des liens de naissance¹⁶¹⁸.

Le couple ne saurait donc être conçu comme l'élément décisif de la définition de la notion juridique de famille – si tant est qu'il soit souhaitable de la définir. Le couple tel que nous l'avons défini est en effet une notion trop large ; quant à d'autres notions de couple, comme celle de couple parental, elles apparaissent trop étroites pour qu'il soit souhaitable d'y recourir¹⁶¹⁹.

¹⁶¹⁵ V. H. BOSSE-PLATIERE, « PACS et autorité parentale », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 203.

¹⁶¹⁶ J. et A. POUSSON, L'affection et le droit, Ed. du C.N.R.S., 1990, p. 117.

¹⁶¹⁷ J. SOSSON, « Analyse comparée des liens juridiques fondant la solidarité alimentaire légale dans les pays occidentaux », in Obligation alimentaire et solidarités familiales. Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales, sous la dir. de L.-H. CHOQUET et I. SAYN, L.G.D.J., 2000, p. 79.

¹⁶¹⁸ La parenté « *indique l'appartenance à un groupe. Ce rapport peut résulter des liens de naissance. Mais il existe aussi ce qu'on appelle abusivement (en vertu de cette prédominance presque exclusive de la parenté du sang considérée comme la seule « naturelle ») des « parentés artificielles* ». Il s'agit en réalité de parentés qui s'établissent selon des procédures religieuses, magiques ou juridiques (parfois en combinant plusieurs d'entre elles) : *communion au sang de celui qui devient un « frère », repas pris en commun, échange de présents, adoption à titre d'enfant ou de frère, etc.* » (J. GAUDEMET, Les communautés familiales, Petite bibliothèque sociologique internationale, Ed. Marcel Rivière et Cie, 1963, p. 30).

¹⁶¹⁹ « *La notion de couple parental ne suffit pas à donner de la substance à la cellule familiale : il est nécessaire de souligner l'importance de la relation entre l'homme et la femme qui la portent* » (C. BRUNETTI-PONS, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille », *Dr. Fam.* 2003, chr. n°15, n°18).

845. En revanche, les instruments et les particularités du droit patrimonial de la famille ne seraient-ils pas ceux d'un droit commun de l'entraide ? La question devrait à tout le moins être soulevée lorsque sera abordée celle des liens extra-conjugaux de solidarité sociale. L'étude des effets de la cohabitation lorsque les cohabitants forment un couple engendre en effet une réflexion sur les conséquences de la cohabitation lorsque les cohabitants ne forment pas un couple. Ainsi que le souligne Monsieur HAUSER, « *et si la valeur c'était de ne pas vivre seul mais à plus d'un ou à plusieurs ?* »¹⁶²⁰.

Grenoble, le 1^{er} septembre 2003

¹⁶²⁰ J. HAUSER, « La concurrence des formes juridiques de vie en couple », Perspectives de réformes en droit de la famille, Dr. Fam. Hors série, décembre 2000, p. 24.

Ainsi, au Portugal, une loi du 11 mai 2001 a offert diverses mesures de protection aux personnes partageant une vie commune autre que de couple : le bénéfice de ces mesures est ainsi attribué lorsque deux ou trois personnes, voire davantage, habitent ensemble de façon ininterrompue depuis deux années, partagent ainsi un logement, des dépenses d'ordre ménager et s'entraident. V. F. GRANET, « Concubinages, partenariats enregistrés et mariages entre homosexuels en Europe », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 392.

INDEX

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

- A -

Abattement : 817

V. Fiscalité

Abus : 28, 81, 279, 307, 556, 674, 766, 828

- d'adoption : 828

- de la personnalité morale : 653

Accident : V. Responsabilité

Accroissement : V. Clause d'accroissement

Acte :

- de communauté de vie : 35

- notarié : 631, 778

- nul : V. Nullité

Adoption : 828

Adultère : 6, 77

V. Fidélité

Affectation :

- notion : 41

- au crédit : 153 et s.

- à l'entretien : 49 et s.

V. Contribution aux charges de la vie commune

- au logement : 214 et s.

V. Logement

- à la participation à l'enrichissement : 472 et s. V.

Régime matrimonial

- à la soutenance : 288 et s.

V. Prestation compensatoire ; Minimum successoral

Affectio societatis : 141, 600, 603

Affection : 70, 352, 603

- dans la définition du couple : 35

- dans le droit des successions : **412 et s.**, 615, 694, 697, **700**, 767

Aide :

- bénévole : V. Enrichissement sans cause

- mutuelle matérielle : **54 et s.**, **111 et s.**, 188, 299

V. Contribution aux charges de la vie commune

Aliments : **57 et s.**, 89, 103, 110, 275, 311, 313, 358, 362, 370, 426, 428, 435, **442**, 445, **448**, 497

Alliance : 386, 624, **718**, 730, 755

V. Famille

Analogie : 19, **108**, 151, 171, 335, 337, 469, 677, 767

Apparence : 60, 90, **168**, 189, 205, 517, 596, 608

Appauvrissement :

V. Enrichissement sans cause

Associé : V. Société

- de dissolution de la communauté : 578

- de dissolution du pacs : 328

Assurance-vie : 325, 436, **828**

V. Enrichissement sans cause

Attribution préférentielle : **427**, 439, 450, **537 et s.**, 548, 572-573, 806

Célibataire : 259, 260, 544

Autorité parentale : **21**, 771, 844

Certificat :

- de vie commune : 35

Avantage matrimonial :

- extension : 791 et s.

- notion : 787 et s.

- traitement civil : 787 et s.

- traitement fiscal : 813 et s.

Clause d'accroissement : V. Tontine

Cohabitation : 34

Ayant droit : 403

Collaboration professionnelle :
V. Enrichissement sans cause ; Société créée de fait

- B -

Bail d'habitation :

- continuation : 228

- cotitularité : 227, 229

- maintien dans les lieux : 248, 426 et s.

V. aussi Logement

Communauté :

- adaptabilité : 566 et s.

- avantage matrimonial : V. ce mot

- de fait : 587 et s.

- de lit : 34

- délimitation des biens communs : 532 et s.

- délimitation des biens propres : 545 et s.

- différée : 678 et s.

- élargissement : 617 et s.

- gestion active : 559 et s., 568 et s.

- gestion passive : 478 et s., 496 et s.

- légale : 692 et s.

- de vie : 34

- participation à l'enrichissement : 504 et s.

- perfectionnement : 638 et s.

- personnalité morale : 651

Biens communs : V. Communauté ;
Indivision

- C -

Capital-décès : 397, 404, 427

Carte de séjour : 726

Communautarisation :

- notion : 470

- techniques alternatives : 475

Cause : 77, 339, 349, 350, 769, 841

- du pacs : **249**, 720

Compte-joint : 489

Concubinage :

- adoption : V. Abus de l'adoption
- apparence : V. ce mot
- attribution préférentielle : V. ce mot
- bail : V. ce mot
- certificats : V. ce mot
- cohabitation : V. ce mot
- collaboration :
- V. Enrichissement sans cause, Société créée de fait
- concubinat : 6
- contrat de : 62, 88, 144, 302, **524**, 620, 632
- définition : 10, 34
- droit comparé : 13
- enrichissement sans cause :
- V. ce mot
- fiscalité : V. ce mot
- homosexuel : **10**, 13, 168, 176, 419, 428, 625, 724, 819, 838, 843
- indemnisation après rupture :
- V. Responsabilité
- indivision : V. ce mot
- libéralités : V. ce mot
- logement : V. ce mot
- notoriété : 35, 243
- obligation naturelle : V. ce mot
- preuve : 35
- quasi-contrat : **18**, 466
- rupture libre : 299
- solidarité : V. Solidarité ménagère
- statistiques : 6
- stupre : 6
- succession : V. ce mot
- tontine : V. ce mot

Conseil constitutionnel : 10, 12, 18, 56, 111, 171, 176, 299, 625, 819

Contrat :

- d'assurance-vie : V. ce mot
- de concubinage : V. Concubinage
- de mariage : V. Régime matrimonial
- de pacs : V. Pacs
- de société : V. Société

Contribution aux charges de la vie commune :

- aux charges du mariage : 55, 58, 109
- obligation alimentaire (rejet) : 57 et s.
- obligation civile : 95 et s.
- obligation d'ordre public : 55 et s.
- obligation naturelle : 63 et s., 84 et s.
- mesure : 111 et s.
- sanctions : 124 et s.

Convention européenne des droits de l'homme : 366, **723**

Couple :

- notion : 34-36
- parental : 21
- vie en couple : 47 et s., 478 et s.
- disparition du couple : 288 et s.

Cour européenne des droits de l'homme : 22, **723**, 843

Créancier :

- communs : 437 et s., 495 et s., 582, 639 et s.
- de l'indivision : 147, 487, 501, 608
- ménagers : 136, 154, 216, 244, 252, 576, 652
- sociaux : 491, 502

Crédit :

- solidarité ménagère : V. ce mot
- dans le régime de communauté : 479 et s.

C.U.C., C.U.C.S., C.U.S. : 59, 156, 428, 625, 739, 767

- D -**Date certaine :** 807

- du contrat de pacs : 16

Décès :

- accidentel : V. Responsabilité
- V. Logement du couple
- V. Succession

Déclaration sur l'honneur : 346**Délai :** 347, 365, 382, 442, 671, 676, 778

- de carence : 818 et s., 828
- de concubinage : 34

Dépenses :

- relatives au logement commun : 163
- relatives à l'entretien du ménage : 117 et s., 161, 193

Descendant : 402, 414, 416, **439**, 454, 457-458, 501, 709, 766, 775, **782**, 801

Dettes ménagères : V. Solidarité

Devoir d'assistance : 24, 54, **721**

Devoir de conscience : 79 et s., 426

Devoir de reconnaissance : 518

Discrimination : 9, 39, 259, **725**

Dissolution :

- de l'engagement : 34, 44, 100, 145, 206, 208, 212, 227, 316, 351, 386
- du régime de biens : 472, 488, 571, 577, 578, 630, 672

Divorce :

- pour faute : 339, 391, 721, **749 et s.**
- effets : V. Prestation compensatoire
- pour rupture de la vie commune : 311, 314, 390
- sur requête conjointe : 347, **376**, 786

Domicile : V. Logement

Dommages-intérêts : 66, **292 et s.**, **304 et s.**, 361, 721, 750

Donation :

- de biens à venir : 351, **796 et s.**, 806
- de biens présents : **349, 766 et s.**, 806
- déguisées : 349 et s., 518, **771 et s.**
- don manuel : 74, 513, 817
- indirectes : 772, 828
- intention libérale : **69 et s.**, **513 et s.**, 615, 768, 786
- par personne interposée : 771

Droit :

- administratif : 41
- Ancien droit : 154, 291, 424, 603
- comparé : **13**, 297, 355, 383, 385, 429, 728
- fiscal : 60, 86, 111, 154, 276, 366, **809 et s.**
- pénal : 125
- romain : 39, 76, 603, 624

- social : **25**, 28, 86

Droit commun des obligations :

- assurance-vie : V. ce mot
- enrichissement sans cause : V. ce mot
- gestion d'affaires : V. ce mot
- insuffisances : 88 et s., 91 et s., 486 et s., 500 et s., 507, 508, 523 et s., 537 et s.
- société créée de fait : V. ce mot
- tontine : V. ce mot

Droits de mutation à titre gratuit : 518, 772, **811** et s.

- **E** -

Egalisation des niveaux de vie : 105 et s., 129

Egalité : **12**, **14**, **38**, 105, 259, 325, 334, 454, 506, 512, 558, 568, 664, **725**, 819, 844

Empêchements :

- à mariage : 720
- à pacs : 10, 720

Enfant : **21-22**, 30, 37, 98, **119**, **160**, **176**, **196**, 209, 300, 317, 377, 402, 409, 720, 726, 745, 769, 771, 783, 786
V. Descendant

Engagement :

- unilatéral de volonté : 77 et s.

Enrichissement sans cause : **68** et s., 86, 92, 304, 309, 343, 516

Entreprise : 98, 308, 322, 569, 601, 614, 642, 648, **656** et s.

Erreur : 205, 380

Espérance de vie : 34, 326, **402**

Etranger : 726, 821 et s.

Evasion fiscale : 826 et s.

Exploitation : 308, 428, 482, 492, 539-540, 552, 565, 576, 656

Extension de procédure collective : 639

- **F** -

Famille : 8, 21, 119, 386, 406, 420, **717** et s., 745

- bien de famille : 265
- intérêt (de la) : 126, 223, 775

Faute : 103, 296, **299**, **307**, 317, 337, **339**, 352, **356**, **389** et s., 560, 721, 791, 792

- divorce pour faute : 338, **749** et s.

Fiction : 29, 446, 651, 788

Fidélité : 25, 284, 307, 386, 391, 419, **721**, 751

Filiation : V. Enfant

Fiscalité : 811 et s.

- abattement : V. ce mot
- droits de mutation à titre gratuit : V. ce mot
- impôt de solidarité sur la fortune : 315
- impôt foncier : 276, 498

- impôt sur le revenu : 61, 86, 111, 154, 440

Fonds de commerce : 530, 548, 552, 564, 572

V. Exploitation

Fonds libéral : 131

Foyer fiscal : V. Fiscalité

Fraude : 248, 253, 260, 274 et s., 346, 483, 484, 560, 661, 674, 772, 776, 780, 828

- G -

Gains et salaires : 123, 365, 481, 530, 534, 560, 627, 663, 683

Gestion d'affaires : 93, 18, 148, 168

Greffe : 16, 134, 385, 487

- H -

Habitation : V. Logement

Héritier :

- réservataire : V. Réserve

Hétérosexualité : 6, 7, 10, 12, 89, 160, 168, 176, 242, 622, 724

Homologation : 365, 376, 380, 382, 765, 764, 775 et s.

Homosexualité : 6, 7, 12, 13, 66, 86, 89, 168, 176-177, 428, 625, 724, 843

- I -

Immutabilité du régime matrimonial : 766, 773, 774 et s.

Impossibilité de se procurer un écrit : 88, 513

Impôt : V. Fiscalité

Imputation : 790, 798, 806

Indisponibilité : 127, 217 et s., 255, 269-270, 446, 560

Indissolubilité du mariage : 320 et s.

Indivision :

- adaptabilité : 573, 576

- de fait : 587

- délimitation des biens indivis : 131, 527-529, 537 et s.

- gestion active : 147-148, 562 et s.

- gestion passive : 487, 501

- participation à l'enrichissement : 508, 513, 515, 523, 537 et s.

- attribution préférentielle : V. ce mot.

Insaisissabilité : 251 et s., 481, 534

Intérêt :

- de la famille : V. Famille, intérêt

- de la personne morale : 653

- J -**J.A.F.** : 35, 346, 377**- L -****Légitime romaine** : 423, 454, **457 et s.****Lésion** : 380-381, 776**Libéralités :**

- libéralités rémunératoires : 517-518
- intention libérale : V. donation
- traitement fiscal : V. droits de mutation à titre gratuit

Liberté matrimoniale : 307, 836**Liberté des conventions matrimoniales** : 568 et s., 612 et s.**Liquidation :**

- de la vie du couple : 288 et s.
- rôle du juge : 374 et s., 436

Logement :

- bail : V. ce mot
- cotitularité : 220 et s.
- familial : 232 et s.
- indisponibilité : 217
- insaisissabilité : 251 et s.

- M -**Mandat** : 175, 184, 559, 563**Masse :**

- commune : V. Communauté
- ménagère indivise : 129 et s.

Mariage :

- alliance : V. ce mot
- célébration : 351, 545, 731, **755**
- contribution aux charges du mariage : V. Contribution
- empêchements : V. ce mot
- liberté matrimoniale : V. ce mot
- modèle : **6, 39**, 45, 110 et s., 174, 192 et s., 410, 432 et s., 474 et s., 686, **713 et s.**, 833, 834, 837, **841**
- putatif : 16, 597, 603
- spécificité : V. modèle
- solidarité : V. Solidarité ménagère
- transsexuel : V. Transsexualisme

Meubles meublants : 131, 134, **232**, 261, **527-528**, 551, 698, 742**Minimum successoral : 396 et s.**

- aliments : 442
- analyse : 444 et s.
- garantie : 452 et s.
- légitimité : 399 et s.
- logement : 439-440
- mise en œuvre : 421 et s.

Modèle de communauté :

- élargissement : 585 et s.
- finalités : 476 et s.
- fonctionnement : 542 et s.
- perfectionnement : 638

- N -**Nom de famille** : 21**Notaire** : 35, 98, 136, 171, 223, 290, 346, 455, 529, 548, 623, **631**, 676, 680, **745**, **778**, 798, 803, **806****Notoriété** : **35**, 243**Nullité** : 16, 56, 222, 236, 244, 273, 335, 349, 380, 457, 560, 574, 597, 603, 633, 700, 771, 781**- O -****Obligations** :

- de fidélité : V. ce mot
- naturelle : V. ce mot
- de secours : 30, 44, **58**, **101 -102**, 321, 338, 386, 419, **447**, 451

Obligation naturelle :

- de contribution aux charges de la vie commune : 62 et s.
- de secours : 64, 80-81
- fondement : 76 et s.
- insuffisances : 88 et s.

Officium pietatis : 423 et s., 458-459**- P -****Pacs** :

- aide mutuelle : V. Contribution aux charges de la vie commune

- alliance : V. ce mot
- attribution préférentielle : V. ce mot
- cohabitation : V. ce mot
- communauté de lit : V. Communauté
- communauté de vie : V. Communauté
- droit comparé : 13
- enfant : V. ce mot
- fidélité : V. ce mot
- fiscalité : : V. ce mot
- indivision : V. ce mot
- libéralité : V. ce mot
- logement : V. ce mot
- rupture libre : 299
- solidarité : V. ce mot
- statistiques : 12
- succession : : V. ce mot

Pacte sur succession future : 797, 803, 806**Patrimoine** :

- cloisonnement : 647 et s.
- confusion des patrimoines : 135, 615, 639
- d'affectation : 655 et s.

Pension alimentaire : 23, 49, 89, 103, 292, 314, 370, 421, **442**, 443**Pension de réversion** : 403, 726**Personnalité morale** : 138, 255, 482, **651 et s.****Personne à charge** : 25**Philosophie communautaire** : 532**P.I.C.** : 289, 818**Possession d'état** : 29, 39, 113

Préjudice : V. Responsabilité civile

- **R** -

Prescription : 382

Récompense : 347, 499, 501, 552, 608

Présomption :

- d'amour : 411 et s.
- d'intention libérale : 71 et s., 516 et s.
- d'onérosité : 71 et s., 518 et s.

Régime de biens :

- accès : 471 et s.
- changement : 774 et s.
- communautarisation : V. ce mot
- indivision : V. ce mot
- matrimonial : 472 et s.
- société créée de fait : V. ce mot

Présomptions d'indivision : 136, 406, 469, **527 et s.**, **539 et s.**

Prestation compensatoire : 312 et s.

Régime primaire : 44 et s., 47, 286, 467

Preuve : 35, 66, 73, **88-89**, 105, 135-136, 145, 147, 200, 204, 343, 415, 443, **476**, 489, 508, 511, **513 et s.**, 523, **527**, **535**, 608

Remariage : 314, 326, 356

Procédure collective : 583, 639

Répertoire civil : 208, 632

Promesse d'exécution : 87, 91

Répudiation : 326

Publicité : 35, 204, 206, 244, 269, 271, 631, 632-633, 643, 776, 781

Réserve : **453 et s.**, 615, 755, 766, 782

Responsabilité civile : 66, 171, 292, 299, 304-305, **307**, **337 et s.**, 752

Retraites : 403

- **Q** -

Quasi-contrat : 18, 23, 96, 466

V. Gestion d'affaires, Enrichissement sans cause

Revenu minimum d'insertion : 86, 300, 314

Révocation : 81

- des avantages matrimoniaux : 347
- des donations pour survivance d'enfant : 769
- des libéralités : **350 et s.**, 517, 768

Quotité disponible : 455

- réserve : V. ce mot
- spéciale entre époux : 408, 771, 786, **800**

- **S** -

Salaire différé : 337, 449

Séparation de corps : 102, 207-208, 229, 414, 454, 489, 577, 732, 755, 786

Séparation de fait : 99 et s., 206 et s., 235, 248, 288, 356, 446, 577

Société :

- civile immobilière : 224, 492
- créée de fait : 16, 93, 135, 304, 308, 491 et s., 507, 512, 520, 526, 540, 562, 599 et s., 635
- de coexploitation : 493
- en participation : 255, 527
- en sommeil : 208
- EURL : 651, 659 et s.
- *societas omnium bonorum* : 603
- *societas quaestus* : 603
- universelle de gains : 599-600

Solidarité ménagère :

- apparence : V. ce mot
- disparition : 205 et s.
- finalité de la dette solidaire : 160 et s., 193 et s.
- nature de la dette solidaire : 166 et s., 198 et s.
- naissance : 203 et s.
- objectifs : 182 et s.

Soutenance :

- notion : 291
- en cas de rupture : V. Prestation compensatoire
- en cas de décès : V. Minimum successoral

Stabilité : 6, 10, 34, 216, 258 et s., 731, 819

Stipulation pour autrui : V. Assurance-vie

Subsidiarité : V. Enrichissement sans cause

Succession :

- droits successoraux *ab intestat* : 692 et s.
- légitime romaine : V. ce mot
- minimum successoral : V. ce mot
- privée : 810, 822
- réserve : V. ce mot
- taxation : V. Fiscalité

Suicide : 426

Supplétif de volonté : 692 et s., 702

Surendettement : 129, 258, 279, 672

Système :

- notion : 521
- de participation à l'enrichissement : 522 et s.

- T -

Testament : 408, 417, 421, 425-426, 454, 459, 615, 697, 700, 798, 803, 806

Tontine : 40, 225, 255, 271, 509, 824, 827, 829

Transsexualisme : 724, 843

Travail : V. Collaboration professionnelle, Contribution

- U -

Usufruit : 236, 371, 397, **409**, 426, 439,
745, 801, 806

Universalité : 645
- de droit : 648 et s.

Utilitarisme : 31

- V -

Vie :

- commune : V. Cohabitation

- familiale : 14, 723 et s.

- privée : 14, 89, **178**, 632, **725**, 828

Vocation successorale : V. Succession

INDEX DES DECISIONS DE JURISPRUDENCE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

- 1860 -

Civ. 18 avril 1860, *D.P. 1860, I, 185* : **652**

- 1870 -

Grenoble, 21 mars 1870, *S. 1870, 2, 240* : **765**

- 1886 -

Civ. 28 février 1886, *S. 1887, I, 213* : **18**

- 1892 -

Civ. 15 juin 1892, *D.P. 1892, I, 596* : **652**

- 1893 -

Dijon, 30 juin 1893, *S. 1894, 2, 195*, note
R. Saleilles : **535, 551**

- 1908 -

Req. 23 novembre 1908, *D.P. 1912, I, 217*,
note *G. Ripert* : **92**

- 1914 -

Civ. 11 mars 1914, *D.P. 1914, I, 257*, note
L. S. : **601**

- 1922 -

Trib. civ. de la Seine 3 mai 1922, *D. 1924, 2,*
9, note *R. Savatier* : **492, 512**

- 1923 -

Paris, 21 novembre 1923, *Gaz. Pal. 1924,*
jurispr., I, p. 187 : **168**

- 1932 -

Paris, 23 juillet 1932, *Gaz. pal. 1932, jurispr.,*
2, p. 423 : **168**

- 1933 -

Aix-en-Provence, 28 décembre 1933, *D.P.*
1935, 2, 41, note *M. Nast* : **71**

- 1934 -

Civ. 28 juin 1934, *S. 1934, I, 377* : **338**

- 1936 -

Rouen, 16 juillet 1936, *S. 1937, 2, 169*,
obs. *P. Esmein* : **71**

- 1937 -

Req. 12 janvier 1937, *D.H. 1937, 145* : **304,**
426

- 1939 -

Civ. 28 mars 1939, *Gaz. Pal. 1939, jurispr., I,*
p. 879 : **74**

- 1940 -

Paris, 6 décembre 1940, *J.C.P. 1941, II, 1688*,
note *L. Aulagnon* : **512**

- 1946 -

Req. 8 janvier 1946, *J.C.P. 1946, II, 3053*,
note *J. Hémar*d : **308**

- 1952 -

Civ. 1^{ère} 1^{er} décembre 1952, *D. 1953*, 90 : **492**

- 1953 -

Soc. 20 juillet 1953, *Bull. civ. V*, n°588 : **243**

- 1954 -

- Civ. 28 janvier 1954, *D. 1954*, 217, note
G. Levasseur : **651**

- Trib. Paix Lagny 4 juin 1954, *D. 1955*,
somm. 24 : **168**

- 1955 -

Soc. 25 octobre 1955, *J.C.P. 1956*, éd. *G, IV*,
19 : **243**

- 1956 -

Civ. 16 octobre 1956, *S. 1957*, 43, note *E. de*
Montera : **426**

- 1957 -

Paris, 9 avril 1957, *D. 1957*, 455 : **88**

- 1958 -

- Civ. 30 janvier 1958, *D. 1958*, 689, note
G. Cornu : **59, 80, 110**

- Civ. 1^{ère} 20 novembre 1958, *J.C.P. 1960*,
éd. *G, II*, 11383, note *P. Voirin* : **787**

- 1959 -

Civ. 1^{ère} 6 octobre 1959, *J.C.P. 1959*, éd. *G*,
II, 11305, note *P. Esmein* : **304**

- 1961 -

Civ. 1^{ère} 19 avril 1961, *Bull. civ. I*, n°216 : **492**

- 1962 -

A.P. 13 décembre 1962, *D. 1963*, 277, note
J. Calay-Auloy : **168**

- 1966 -

Civ. 1^{ère} 27 avril 1966, *Bull. civ. I*, n°253 :
492, 540

- 1967 -

- Civ. 1^{ère} 3 janvier 1967, *Bull. civ. I*, n°4 :
492

- Civ. 1^{ère} 9 mai 1967, *Bull. civ. I*, n°160 : **58**

- T.G.I. Saint Briec 1^{er} juin 1967, *D.S. 1967*,
somm. 89 : **126**

- 1968 -

Cour E.D.H. 23 juillet 1968, *Linguistique*
belge, série A, n°6, *Berger n°194* : **728**

- 1969 -

- Civ. 1^{ère} 29 avril 1969, *D. 1970*, 23, note *M.-*
T. Calay-Auloy : **168**

- Civ. 1^{ère} 14 mai 1969, *Bull. civ. I*, n°183 :
492

- 1970 -

T.G.I. Paris 16 décembre 1970, *D. S. 1971*,
somm. 61 : **236**

- 1971 -

- Civ. 1^{ère} 24 mars 1971, *D. 1972*, 360, note
E. Abitbol : **170**

- Civ. 2^{ème} 24 juin 1971, *Bull. civ. II*, n°234 :
362

- 1972 -

- Civ. 3^{ème} 8 février 1972, *Bull. civ. III*, n°88 :
74

- Civ. 1^{ère} 1^{er} mars 1972, *Defrénois* 1973, art. 30378, p. 815, obs. J.-L. Aubert ; *D.* 1973, 57, note A. Besson ; *J.C.P.* 1973, éd. G, II, 17311, note J. P. : **117**
- Paris, 10 juillet 1972, *D.* 1974, 172, note R. Savatier : **253**

- 1973 -

- Civ. 2^{ème} 5 janvier 1973, *Bull. civ. II*, n°3 : **58**
- Civ. 1^{ère} 14 mars 1973, *D.* 1974, 453, note P. Rémy : **146**
- Civ. 1^{ère} 26 juin 1973, *J.C.P.* 1973, éd. G, IV, 310 : **540**
- Lyon, 18 décembre 1973, *D.* 1974, somm. 73 : **64, 304**

- 1974 -

- Civ. 1^{ère} 29 janvier 1974, *D.* 1974, 345, note R. Savatier : **253**
- T.G.I. Paris 30 avril 1974, *D.* 1975, 14, note R. Savatier : **253**
- Civ. 1^{ère} 7 juin 1974, *J.C.P.* 1975, éd. G, II, 17974, note J. Patarin : **123**
- Civ. 1^{ère} 2 octobre 1974, *Bull. civ. I*, n°249 : **492**
- Civ. 1^{ère} 22 octobre 1974, *J.C.P.* 1975, éd. G, II, 18041, note Y. Chartier ; *D.* 1975, 645, note C.-I. Foulon-Piganiol ; *R.T.D. Civ.* 1975, p. 295, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi ; *Defrénois* 1975, art. 30954, p. 907, obs. H. Souleau : **237, 424**
- Paris, 19 novembre 1974, *Defrénois* 1975, art. 31032, p. 1594, note J.-F. Vouin : **518**

- 1975 -

- Civ. 2^{ème} 18 juin 1975, *D.* 1975, I.R. 208 : **338**

- Civ. 1^{ère} 16 décembre 1975, *Bull. civ. I*, n°373 : **790**
- Com. 16 décembre 1975, *D.* 1978, 292, note H. Temple : **492, 608**

- 1976 -

- Amiens, 2 février 1976, *J.C.P.* 1978, éd. G, IV, 324 : **71**
- Civ. 1^{ère} 27 octobre 1976, *Bull. civ. I*, n°314 : **58**

- 1977 -

- Paris, 19 janvier 1977, *D.* 1977, I.R. 332 : **304, 426**
- T.G.I. Bobigny 19 janvier 1977, *Gaz. Pal.* 1977, jurispr., 2, p. 466, note L. B : **254**
- Civ. 1^{ère} 24 octobre 1977, *D.* 1978, 290, note E. Poisson-Drocourt : **560**

- 1978 -

- Civ. 1^{ère} 31 janvier 1978, *Bull. civ. I*, n°39 : **299**
- Civ. 1^{ère} 8 février 1978, *Defrénois* 1978, art. 31764, p. 879, n°39, obs. G. Champenois ; *D.* 1978, I.R. 238, obs. D. Martin ; *R.T.D. Civ.* 1979, p. 592, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi : **534**
- Civ. 1^{ère} 22 février 1978, *Defrénois* 1979, art. 36162, p.1667, n°100, obs. G. Champenois, *D.* 1978, 603, note D. Martin : **118**
- Civ. 1^{ère} 28 février 1978, *D.* 1979, 597, note C.-I. Foulon-Piganiol : **705**
- Civ. 1^{ère} 14 juin 1978, *R.T.D. Civ.* 1982, p. 131, obs ; R. Nerson et J. Rubellin-Devichi : **518**
- Civ. 1^{ère} 21 juin 1978, *Defrénois* 1979, art. 31936, p. 487, n°18, obs. G. Champenois ;

- D.* 1979, 479, note *Y. Chartier* ; *R.T.D. Civ.* 1978, p. 130, obs. *R. Nerson et J. Rubellin-Devichi* : **253**
- Civ. 1^{ère} 4 juillet 1978, *Defrénois* 1979, art. 31936, p. 487, n°18, obs. *G. Champenois* ; *J.C.P.* 1980, éd. *G.* II, 19368, note *J.-C. Labbouz* ; *D.* 1979, *I.R.* 75, obs. *D. Martin* : **253, 560**
- Civ. 1^{ère} 24 octobre 1978, *Defrénois* 1979, art. 32038, p. 945, n°40, obs. *G. Champenois* ; *J.C.P.* 1979, éd. *G.* II, 19220, note *J. Patarin* : **71, 122, 517**
- Mulhouse, 9 novembre 1978, *J.C.P.* 1981, éd. *N.*, p. 144 : **161**
- Civ. 1^{ère} 21 novembre 1978, *J.C.P.* 1979, éd. *G.* II, 19204, note *J. Patarin* : **263**
- 1979 -
- Civ. 1^{ère} 23 janvier 1979, *Defrénois* 1979, art. 31954, p. 624, note *A. Colomer* : **552**
- Civ. 1^{ère} 6 février 1979, *Defrénois* 1980, art. 32363, p. 958, n°55, obs. *G. Champenois* : **560**
- Cour E.D.H. 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique, série A*, n°31, *Berger* n°132 : **725, 728**
- 1980 -
- Civ. 1^{ère} 3 janvier 1980, *R.C.D.I.P.* 1980, p. 331, obs. *H. Batiffol* : **421**
- Civ. 2^{ème} 23 avril 1980, *Bull. civ. II*, n°79 : **89**
- 1981 -
- Civ. 1^{ère} 22 avril 1981, *Bull. civ. I*, n°127 ; *Gaz. Pal.* 1981, *jurispr.*, 2, p. 583, note *E.-S. de la Marnierre* : **117**
- Civ. 1^{ère} 20 mai 1981, *Defrénois* 1981, art. 32750, p. 1323, n°101, obs. *G. Champenois* ; *R.T.D. Civ.* 1982, p. 784, obs. *J. Patarin* : **118, 517**
- Civ. 1^{ère} 17 juin 1981, *J.C.P.* 1982, éd. *G.* II, 19809, note *J. Patarin* : **560**
- Soc. 1^{er} juillet 1981, *Bull. civ. V*, n°631 : **168**
- Civ. 1^{ère} 15 juillet 1981, *J.C.P.* 1982, éd. *G.* II, 19796, note *P. Rémy* : **555**
- Civ. 1^{ère} 17 novembre 1981, *D.* 1982, *I.R.* 475, obs. *D. Martin* : **253**
- 1982 -
- Civ. 1^{ère} 27 avril 1982, *Bull. civ. I*, n°145 : **498**
- Montpellier, 8 juin 1982, *D.* 1983, 607, note *O. Dhavernas* : **492**
- Civ. 1^{ère} 26 octobre 1982, *J.C.P.* 1983, éd. *G.* II, 19993, note *F. Terré* : **71**
- 1983 -
- Civ. 1^{ère} 9 mars 1983, *J.C.P.* 1984, éd. *G.* IV, 163 : **786**
- Civ. 1^{ère} 4 octobre 1983, *Defrénois* 1983, art. 33180, p. 1595, n°132, obs. *G. Champenois* ; *J.C.P.* 1984, éd. *G.* II, 20188, note *Y. Chartier* : **235, 253**
- Civ. 1^{ère} 18 octobre 1983, *D.* 1984, 289, note *D. Rambure* : **501**
- Civ. 1^{ère} 25 octobre 1983, *Defrénois* 1984, art. 33298, p. 647, obs. *J. Honorat* : **492, 512**
- 1984 -
- Civ. 1^{ère} 11 janvier 1984, *Defrénois* 1984, art. 33354, p. 935, n°69, obs. *G. Champenois* ; *Defrénois* 1984, art. 33368, p. 1003, n°73, obs. *J. Massip* ; *R.T.D. Civ.* 1985, p. 171, note *J. Mestre* : **168**

- Civ. 2^{ème} 25 janvier 1984, *J.C.P. 1986*, éd. G, II, 20540, note A. Batteur ; *D. 1984*, 442, note C. Philippe : **362**
 - Civ. 1^{ère} 31 janvier 1984, *Bull. civ. I*, n°38 : **483**
 - Civ. 1^{ère} 29 février 1984, *Defrénois 1984*, art. 33379, p. 1074, n°37, obs. G. Champenois ; *J.C.P. 1985*, éd. G, II, 20443, note R. Le Guidec ; *D. 1984*, 601, note D. Martin ; *R.T.D. Civ. 1985*, p. 721, obs. J. Rubellin-Devichi : **534**
 - Civ. 1^{ère} 10 octobre 1984, *R.T.D. Civ. 1984*, p. 733, obs. J. Mestre : **513**
 - Civ. 1^{ère} 16 octobre 1984, *Defrénois 1985*, art. 33477, p. 322, n°2, obs. J. Massip : **103**
 - Reims, 13 décembre 1984, *Juris-Data n°043111* : **170**
- 1985 -
- Crim. 8 janvier 1985, *J.C.P. 1986*, éd. G, II, 20588, note G. Endréo : **34**
 - Civ. 1^{ère} 8 janvier 1985, *Bull. civ. I*, n°7 : **253**
 - Civ. 1^{ère} 5 février 1985, *Defrénois 1986*, art. 33662, p. 186, note P. Théry : **253**
 - Paris, 20 mai 1985, *Juris-Data n°026281* : **161**
 - Cour E.D.H. 28 mai 1985, *Abdulaziz et a. c/ Royaume-Uni*, série A, n°94, *Berger n°144* : **725**
 - Civ. 1^{ère} 18 juin 1985, *D. 1986*, 485, note J. Mouly : **253, 262**
 - Civ. 2^{ème} 27 juin 1985, *D. 1986*, 230, note C. Philippe : **316**
 - Civ. 1^{ère} 2 octobre 1985, *D. 1986*, 325, note A. Breton : **71, 343, 517**
 - Paris, 29 octobre 1985, *D. 1985*, I.R. 126 : **243**
- 1986 -
- Civ. 1^{ère} 21 février 1986, *Bull. civ. I*, n°25 : **826**
 - Comm. E.D.H. 14 mai 1986, *Req. n°11716/85*, *D.R. 47/274* : **724**
 - Civ. 1^{ère} 1^{er} juillet 1986, *Bull. civ. I*, n°191 : **253**
 - A.P. 12 décembre 1986, *J.C.P. 1987*, éd. G, II, 20960, concl. J. Cabannes, note L. Boyer ; *D. 1987*, 269, note J. Ghestin : **560**
 - Cour E.D.H. 18 décembre 1986, *Johnston et autres c/ Irlande*, série A, n°112, *Berger n°130* : **726**
- 1987 -
- Civ. 1^{ère} 6 janvier 1987, *Defrénois 1987*, art. 34120, p. 1506, n°120, obs. G. Champenois : **517**
 - Paris, 14 janvier 1987, *D. 1987*, I.R. 36 : **65**
 - Civ. 1^{ère} 3 février 1987, *D. 1987*, I.R. 37 : **109**
 - Civ. 1^{ère} 31 mars 1987, *Bull. civ. I*, n°114 : **498**
 - Paris, 27 avril 1987, *D. 1987*, I.R. 123 : **117**
 - Civ. 1^{ère} 7 juillet 1987, *D. 1987*, I.R. 189 : **70, 74**
 - Civ. 2^{ème} 14 octobre 1987, *Lamyline n°86-15-094* : **103**
 - Civ. 1^{ère} 8 décembre 1987, *J.C.P. 1989*, éd. G, II, 21336, note P. Simler : **548**
 - Civ. 3^{ème} 16 décembre 1987, *Revue Loyers et copropriété février 1998*, comm. n°58 : **243**
- 1988 -
- Paris, 9 février 1988, *D. 1988*, I.R. 69 : **161**

- Civ. 2^{ème} 8 mai 1988, *R.T.D. Civ. 1989*, p. 58, obs. J. Rubellin-Devichi ; *D. 1989*, 289, note J. Massip : **362**
- Civ. 1^{ère} 31 mai 1988, *Bull. civ. I*, n°164 : **58**
- Civ. 1^{ère} 7 juin 1988, *D. 1989*, 141, note A. Breton : **427**
- Versailles, 30 septembre 1988, *R.T.D. Civ. 1991*, p. 384, obs. F. Lucet et B. Vareille : **534**
- Paris, 7 décembre 1988, *D. 1989*, somm. comm. 215, obs. A. Honorat : **615**

- 1989 -

- Civ. 2^{ème} 20 mars 1989, *D. 1989*, 582, note J. Massip : **337**
- Soc. 11 juillet 1989, *J.C.P. 1990*, éd. G, II, 21553, note M. Meunier : **7**
- Bordeaux, 18 septembre 1989, *R.T.D. Civ. 1990*, p. 584, obs ; F. Lucet ; *J.C.P. 1991*, éd. N, p. 57, note P. Simler : **161, 183, 208**
- Civ. 2^{ème} 4 octobre 1989, *Bull. civ. II*, n°156 : **101**
- Civ. 1^{ère} 8 novembre 1989, *Bull. civ. I*, n°341 : **58**
- Civ. 1^{ère} 8 novembre 1989, *D. 1989*, somm. 118 : **89**

- 1990 -

- T.G.I. Brives 19 janvier 1990, *Gaz. Pal. 1991*, jurispr., 2, p. 659 : **377**
- Colmar, 16 mai 1990, *J.C.P. 1991*, éd. N, p. 17, note P. Simler ; *Defrénois 1990*, art. 34917, p. 1361, n°136, obs. H. Souleau : **506**
- Nancy, 20 septembre 1990, *R.T.D. Civ. 1992*, p. 68, obs. J. Hauser : **168**
- Civ. 2^{ème} 3 octobre 1990, *Defrénois 1991*, art. 35119, p. 1126, n°86, obs. G. Champenois : **208**

- Civ. 1^{ère} 9 octobre 1990, *Defrénois 1991*, art. 35119, p. 1126, n°86, obs. G. Champenois ; *R.T.D. Civ. 1990*, p. 584, note F. Lucet et B. Vareille : **160, 161, 183, 208**
- Civ. 1^{ère} 23 octobre 1990, *R.T.D. Civ. 1991*, p. 299, n°8, obs. J. Hauser ; *D. 1991*, 214, note C. Mascala ; *Defrénois 1991*, art. 34980, p. 283, n°1, obs. J. Massip ; *J.C.P. 1991*, éd. G, II, 21774, note F. Monéger : **335**

- 1991 -

- Civ. 1^{ère} 5 février 1991, *Defrénois 1991*, art. 35047, p. 667, °33, obs. J. Massip : **123**
- Civ. 1^{ère} 19 février 1991, *Defrénois 1991*, art. 35119, p. 1130, n°87, obs. G. Champenois : **555**
- Civ. 1^{ère} 19 mars 1991, *Defrénois 1991*, art. 35088, p. 942, n°63, obs. J. Massip : **62**
- Civ. 1^{ère} 28 mai 1991, *R.T.D. Civ. 1991*, p. 709, obs. J. Hauser ; *D. 1992*, 121, note J. Massip : **597**
- Dijon, 25 juin 1991, *D. 1993*, somm. comm. 217, obs. F. Lucet : **165**
- Paris, 3 juillet 1991, *D. 1991*, I.R. 259 : **279**
- Civ. 1^{ère} 9 octobre 1991, *R.T.D. Civ. 1992*, p. 169, obs. F. Lucet et B. Vareille ; *J.C.P. 1992*, éd. N, p. 201, obs. G. Wiederkehr : **165, 166**
- Civ. 2^{ème} 13 novembre 1991, *Bull. civ. II*, n°303 : **380**
- Civ. 1^{ère} 3 décembre 1991, *Defrénois 1992*, art. 35220, p. 396, n°38, obs. G. Champenois : **254**

- 1992 -

- Civ. 1^{ère} 18 février 1992, *D. 1993, somm. comm.* 217, obs. F. Lucet : **165**
- Civ. 1^{ère} 31 mars 1992, *Defrénois 1992, art. 35348, p. 1121, obs. G. Champenois ; R.T.D. Civ. 1992, p. 632, note F. Lucet et B. Vareille ; J.C.P. 1993, éd. G, II, 22041, note A. Tisserand : 534, 555*
- Civ. 3^{ème} 15 avril 1992, *Bull. civ. III, n°127 : 243*
- Com. 21 avril 1992, *J.C.P. 1993, éd. N, p. 1, note J. Lafond : 814*
- Civ. 1^{ère} 13 octobre 1992, *J.C.P. 1993, éd. G, II, 22047, note J. Hauser : 207, 208*
- Civ. 1^{ère} 27 octobre 1992, *R.T.D. Civ. 1993, p. 181, obs. F. Lucet et B. Vareille ; D. 1993, 422, note C. Philippe : 123*
- Rennes, 9 novembre 1992, *Juris-Data n°049849 : 600*
- Crim. 10 novembre 1992, *R.T.D. Civ. 1993, p. 330, obs. J. Hauser : 66*
- 1993 -
- Civ. 1^{ère} 5 avril 1993, *Bull. civ. I, n°139 : 344*
- Civ. 1^{ère} 16 juin 1993, *Defrénois 1993, art. 35663, p. 1363, n°120, obs. J. Massip : 350*
- Com. 22 juin 1993, *R.T.D. Civ. 1994, p. 888, obs. F. Zénati : 651*
- Civ. 1^{ère} 9 novembre 1993, *R.T.D. Civ. 1994, p. 595, obs. J. Mestre ; R.T.D. Civ. 1994, p. 662, obs. J. Patarin ; J.C.P. 1994, éd. N, p. 357, note C. Philippe ; R.T.D. Civ. 1995, p. 173, obs. B. Vareille : 71, 350, 518*
- Cour E.D.H. 23 novembre 1993, *Van der Mussele c/ Belgique, série A, n°70, Berger n°16 : 725*
- 1994 -
- Riom, 6 janvier 1994, *J.C.P. 1995, éd. G, IV, 96 : 70*
- Civ. 1^{ère} 12 janvier 1994, *D. 1994, 311, note R. Cabrillac : 548*
- Limoges, 24 janvier 1994, *Juris-Data n°043774 : 492*
- Reims, 27 janvier 1994, *J.C.P. 1995, éd. G, IV, 891 : 62*
- Aix-en-Provence, 1^{er} mars 1994, *Juris-Data n°051793 : 71*
- Civ. 1^{ère} 9 mars 1994, *D. 1995, somm. comm. 44, obs. M. Grimaldi : 447*
- Civ. 1^{ère} 9 mars 1994, *J.C.P. 1994, éd. G, I, 3785, obs. A. Tisserand : 506*
- Aix-en-Provence, 7 avril 1994, *Juris-Data n°041128 : 70*
- Versailles, 28 avril 1994, *R.T.D. Civ. 1995, p. 331, obs. J. Hauser : 85, 118, 731*
- Angers, 18 mai 1994, *Juris-Data n°053197 : 70*
- Rouen, 14 juin 1994, *J.C.P. 1995, éd. G, I, 3821, n°5, obs. P. Simler.*
- Civ. 1^{ère} 12 juillet 1994, *J.C.P. 1995, éd. G, II, 22425, note A. Sériaux ; D. 1995, 623, note M. Tchendjou : 517*
- Civ. 1^{ère} 5 octobre 1994, *J.C.P. 1995, éd. G, I, 3821, n°23, obs. M. Storck : 552*
- Cour E.D.H. 27 octobre 1994, *Kroon c/ Pays-Bas, série A, n°297-C, Berger n°135 ; J.C.P. 1995, éd. G, I, 3823, note F. Sudre : 22, 724*
- Civ. 1^{ère} 15 novembre 1994, *Defrénois 1995, art. 36040, p. 434, n°45, obs. G. Champenois : 209*
- 1995 -

- Civ. 1^{ère} 17 janvier 1995, *J.C.P. 1995, éd. G, II*, 22407, note A. Bénabent ; *D. 1995, somm. comm.* 329, obs. M. Grimaldi ; *R.T.D. Civ. 1995, p. 348, obs. J. Hauser ; Defrénois 1995, art. 36145, p. 1022, n°93, obs. J. Massip ; J.C.P. 1995, éd. N, p. 1087, note F. Monéger ; J.C.P. 1996, éd. N, p. 179, note J.-F. Pillebout : 103, 447*

- Toulouse, 13 février 1995, *Juris-Data n°042575 : 62*

- Civ. 1^{ère} 14 février 1995, *D. 1995, somm. comm.* 325, obs. F. Lucet ; *R.T.D. Civ. 1996, p. 223, obs. B. Vareille : 209*

- Bordeaux, 15 mars 1995, *Juris-Data n°040558 : 343*

- Toulouse, 15 mars 1995, *Juris-Data n°043572 : 492*

- Angers, 20 mars 1995, *Juris-Data n°045741 : 89*

- Limoges, 20 avril 1995, *R.T.D. Civ. 1995, p. 867, n°9, obs. J. Hauser : 471, 513*

- T.G.I. Belfort 25 juillet 1995, *P.A. 2 mars 1998, n°26, p. 13, note I. Corpart : 66*

- Civ. 1^{ère} 10 octobre 1995, *D. 1997, 155, note G. Pignarre : 77, 88*

- Com. 26 novembre 1995, *D. 1997, somm. comm.* 231, obs. J.-C. Hallouin : 608

- 1996 -

- Pau, 21 février 1996, *J.C.P. 1996, éd. G, IV*, 1458 : 509

- Bordeaux, 26 mars 1996, *Dr. Fam. 1996, comm. n°11 ; Le couple en 200 décisions, Dr. Fam. Hors série, novembre 2001, comm. n°174, note H. Lécuyer : 317, 344*

- Civ. 1^{ère} 2 avril 1996, *Defrénois 1996, art. 36358, p. 824, n°84, obs. G. Champenois : 771*

- Civ. 1^{ère} 16 avril 1996, *R.T.D. Civ. 1996, p. 584, obs. J. Hauser ; J.C.P. 1996, éd. G, I*, 3962, n°3, obs. G. Wiederkehr : 161

- Comm. E.D.H. 15 mai 1996, *Röösli c/ R.F.A., Req. n°28318/95, D.R. 85/149 : 724*

- Com. 1^{er} octobre 1996, *D. 1997, somm. comm.* 231, obs. J.-C. Hallouin : 493

- Civ. 1^{ère} 15 octobre 1996, *R.T.D. Civ. 1997, p. 102, obs. J. Hauser ; D. 1997, somm. comm.* 177, obs. R. Libchaber ; *Defrénois 1997, art. 36620, p. 923, note O. Milhac : 304, 343*

- 1997 -

- Civ. 1^{ère} 11 février 1997, *J.C.P. 1997, éd. G, I*, 4045, obs. M. Farge ; *J.C.P. 1997, éd. G, II*, 22820, note T. Garé ; *Dr. Fam. 1997, comm. n°56 ; Le couple en 200 décisions, Dr. Fam. Hors série, novembre 2001, comm. n°34, note H. Lécuyer ; Defrénois 1997, art. 36620, p. 923, note O. Milhac : 492, 512, 540*

- Civ. 2^{ème} 19 février 1997, *Dr. Fam. 1997, comm. n°105, note H. Lécuyer : 317*

- Civ. 1^{ère} 4 mars 1997, *Dr. Fam. 1997, comm. n°67, note H. Lécuyer : 73, 516*

- Civ. 2^{ème} 12 mars 1997, *D. 1998, somm ; comm.* 242, obs. C. Willmann : 314

- Paris, 13 mars 1997, *Dr. Fam. 1997, comm. n°171, note H. Lécuyer : 70*

- Civ. 1^{ère} 21 avril 1997, *R.T.D. Civ. 1998, p. 937, obs. F. Zénati : 806*

- Civ. 1^{ère} 6 mai 1997, *J.C.P. 1997, éd. N*, p. 939, note S. Piedelièvre ; *R.T.D. Civ. 1998, p. 179, n°3, obs. B. Vareille : 786*

- Com. 10 juin 1997, *Defrénois 1998, art. 36815, p. 715, n°54, obs. J. Massip : 366*

- Civ. 2^{ème} 2 juillet 1997, *Defrénois 1998, art. 36815, p. 713, n°52, obs. J. Massip : 89*

- C.E. 3 septembre 1997, *Dr. Fam. 1998*, *comm. n°146*, note D. Grillet-Ponton : **548**
 - Bordeaux, 10 septembre 1997, *Juris-Data n°049514* : **70**
 - Aix-en-Provence, 26 septembre 1997, *Dr. Fam. 1998*, *comm. n°128*, note H. Fulchiron : **524**
 - Paris, 14 octobre 1997, *Dr. Fam. 1998*, *comm. n°19* ; *Le couple en 200 décisions*, *Dr. Fam. Hors série*, novembre 2001, *comm. n°26*, note H. Lécuyer : **93**
 - Civ. 1^{ère} 21 octobre 1997, *Dr. Fam. 1998*, *comm. n°14*, note B. Beignier ; *J.C.P. 1998*, éd. G, I, 135, n°17, obs. M. Storck : **492, 607**
 - Bordeaux, 29 octobre 1997, *Dr. Fam. 1998*, *comm. n°131*, note H. Lécuyer : **537**
 - Civ. 1^{ère} 18 novembre 1997, *R.T.D. Civ. 1998*, p. 884, obs. J. Hauser : **255**
 - Civ. 1^{ère} 18 novembre 1997, *Defrénois 1998*, art. 36884, p. 1222, note J.-M. Plazy : **775**
 - Bourges, 8 décembre 1997, *Dr. Fam. 1998*, *comm. n°89*, note B. Beignier : **189**
 - Nancy, 15 décembre 1997, *Dr. Fam. 1999*, *comm. n°2*, note H. Lécuyer : **189**
 - Civ. 3^{ème} 17 décembre 1997, *J.C.P. 1998*, éd. G, II, 10093, note A. Djigo ; *Dr. Fam. 1998*, *comm. n°36*, note H. Lécuyer ; *D. 1998*, 111, concl. J.-F. Weber : **7, 242**
- 1998 -
- Com. 13 janvier 1998, *Revue des sociétés 1998*, p. 103, note P. Le Cannu : **608**
 - Toulouse, 13 janvier 1998, *Dr. Fam. 1998*, *comm. n°149*, note H. Lécuyer : **492**
 - Civ. 2^{ème} 14 janvier 1998, *R.T.D. Civ. 1999*, p. 172, n°1, obs. B. Vareille : **346**
 - Paris, 20 janvier 1998, *D. 1998*, 309, note I. Najjar : **350**
 - Civ. 1^{ère} 27 janvier 1998, *J.C.P. 1999*, éd. N, p. 1815 : **489**
 - Civ. 1^{ère} 10 février 1998, *Dr. Fam. 1998*, *comm. n°53*, note H. Lécuyer : **358**
 - Civ. 1^{ère} 10 février 1998, *Defrénois 1998*, art. 36866, p. 1119, note O. Milhac : **548**
 - Civ. 1^{ère} 10 février 1998, *J.C.P. 1999*, éd. G, I, 132, obs. R. Le Guidec : **798**
 - Civ. 2^{ème} 11 février 1998, *R.T.D. Civ. 1999*, p. 68, n°9, obs. J. Hauser ; *Dr. Fam. 1998*, *comm. n°154*, note H. Lécuyer ; *Defrénois 1999*, art. 36920, p. 16, note P. Malaurie : **103**
 - Basse-Terre, 9 mars 1998, *Dr. Fam. 1998*, *comm. n°149*, note H. Lécuyer : **492**
 - Civ. 1^{ère} 10 mars 1998, *Gaz. Pal. 5-6 mars 1999*, p. 27, note P. Bosgiraud : **209**
 - Cour E.D.H. 27 mars 1998, *Petrovic c/ Autriche*, *Rec. 1998-II*, 579 : **725**
 - Civ. 1^{ère} 7 avril 1998, *R.T.D. Civ. 1998*, p. 884, obs. J. Hauser ; *Dr. Fam. 1998*, *comm. n°81*, note H. Lécuyer ; *Defrénois 1998*, art. 36895, p. 1385, n°125, obs. J. Massip : **293, 304, 307**
 - Com. 7 avril 1998, *Dr. Fam. 1998*, *comm. n°82*, note H. Lécuyer : **492**
 - Toulouse, 30 avril 1998, *Dr. Fam. 1998*, *comm. n°121*, note B. Beignier : **166**
 - Versailles, 7 mai 1998, *Gaz. Pal. 4-5 novembre 1998*, *somm. jurispr.*, p. 15 : **89**
 - Civ. 1^{ère} 27 mai 1998, *Dr. Fam. 1998*, *comm. n°154*, note H. Lécuyer : **103**
 - Civ. 3^{ème} 27 mai 1998, *J.C.P. 1999*, éd. G, I, 154, obs. G. Wiederkehr : **206**
 - Rennes, 4 juin 1998, *R.T.D. Civ. 1999*, p. 819, n°9, obs. J. Hauser : **492**
 - Paris, 11 juin 1998, *J.C.P. 1999*, éd. G, I, 101, n°1, obs. H. Bosse-Platière ; *Dr. Fam.*

- 1998, *comm. n°166*, note H. Lécuyer : **88, 304, 362, 426**
- Civ. 1^{ère} 16 juin 1998, *R.T.D. Civ. 1998*, p. 885, obs. J. Hauser ; *Dr. Fam. 1998*, *comm. n°114*, note H. Lécuyer : **73, 516**
 - Bordeaux, 17 juin 1998, *Dr. Fam. 1999*, *comm. n°1*, note H. Lécuyer : **65, 112, 117**
 - Civ. 1^{ère} 30 juin 1998, *Defrénois 1999*, art. 36936, p. 180, note D. Bignon ; *Alinéa n°3*, p. 16, note J. Casey ; *R.T.D. Civ. 1998*, p. 887, n°10, obs. J. Hauser ; *P.A. 19 mai 1999*, n°99, p. 13, note J. Massip : **102**
 - Grenoble 30 juin 1998, *J.C.P. 1999*, éd. G, I, 101, n°1, obs. H. Bosse-Platière : **512**
 - Civ. 1^{ère} 12 novembre 1998, *Dr. Fam. 1999*, *comm. n°12*, note H. Lécuyer : **71, 516**
 - Soc. 12 novembre 1998, *R.J.P.F. avril 1998*, p. 63, obs. M. Buy : **403**
 - Civ. 1^{ère} 1^{er} décembre 1998, *D. 1999*, *somm. comm. 284*, obs. C. Willmann : **279**
 - Civ. 1^{ère} 8 décembre 1998, *Defrénois 1999*, art. 37031, p. 935, n°64, obs. J. Massip : **319**
 - Civ. 3^{ème} 16 décembre 1998, *J.C.P. 1999*, éd. G, II, 10105, note T. Garé : **206, 208**
- 1999 -
- Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, *Dr. Fam. 1999*, *comm. n°17*, note B. Beignier ; *J.C.P. 1999*, éd. G, II, 10094, note J. Casey ; *Defrénois 1999*, art. 36690, p. 432, n°28, obs. G. Champenois ; *R.J.P.F. avril 1999*, p. 14, note F. Vauvillé ; *J.C.P. 1999*, éd. G, I, 154, obs. G. Wiederkehr : **775**
 - Paris, 15 janvier 1999, *Dr. Fam. 1999*, *comm. n°111* ; *Le couple en 200 décisions*, *Dr. Fam. Hors série*, novembre 2001, *comm. n°27*, note H. Lécuyer : **65, 73, 112, 587**
 - Civ. 1^{ère} 3 février 1999, *Dr. Fam. 1999*, *comm. n°54*, note B. Beignier ; *J.C.P. 1999*, éd. G, II, 10084, note M. Billiau ; *J.C.P. 1999*, éd. G, I, 160, obs. H. Bosse-Platière ; *R.J.P.F. avril 1999*, p. 27, note J. Casey ; *Defrénois 1999*, art. 37017, p. 814, n°62, obs. G. Champenois ; *D. 1999*, *somm. comm. 307*, obs. M. Grimaldi ; *R.T.D. Civ. 1999*, p. 817, n°8, obs. J. Hauser ; *D. 1999*, *somm. comm. 377*, obs. J.-J. Lemouland ; *Defrénois 1999*, art. 36998, p. 680, n°30, obs. J. Massip ; *Defrénois 1999*, art. 37008, p. 738, n°37, obs. D. Mazeaud ; *J.C.P. 1999*, éd. N, p. 1430, note F. Sauvage ; *D. 1999*, 267, rapp. X. Savatier : **10, 77, 304, 349, 518**
 - Grenoble, 8 février 1999, *Juris-Data n°0461310* : **300**
 - Civ. 2^{ème} 11 février 1999, *R.T.D. Civ. 1999*, p. 366, n°15, obs. J. Hauser : **361**
 - Paris, 16 février 1999, *Dr. Fam. 1999*, *comm. n°95*, note H. Lécuyer : **65, 117, 511, 513**
 - Paris, 16 février 1999, *Dr. Fam. 1999*, *comm. n°85*, note B. Beignier : **775**
 - Civ. 1^{ère} 16 mars 1999, *Dr. Fam. 1999*, *comm. n°82*, note B. Beignier ; *Defrénois 1999*, art. 37017, p. 811, n°61, obs. G. Champenois : **560**
 - Lyon, 18 mars 1999, *Dr. Fam. 2000*, *comm. n°5*, note H. Lécuyer : **350**
 - Civ. 1^{ère} 30 mars 1999, *J.C.P. 2000*, éd. G, II, 10274, note P. Cagnoli : **513**
 - Paris, 2 avril 1999, *D. 1999*, *somm. comm. 379*, obs. J.-J. Lemouland : **73**
 - Paris, 2 avril 1999, *D. 1999*, *I.R. 121* : **117, 118**
 - Civ. 1^{ère} 5 mai 1999, *J.C.P. 2000*, éd. G, I, 245, n°23, obs. A. Tisserand : **102**

- Civ. 1^{ère} 26 mai 1999, *Dr. Fam.* 1999, *comm.* n°83, *note B. Beignier* ; *D.* 2000, 703, *note V. Brémond* ; *Defrénois* 2000, art. 37145, p. 439, n°23, *obs. G. Champenois* ; *R.T.D. Civ.* 2000, p. 931, *obs. B. Vareille* : **484**
- Rennes, 4 juin 1999, *Dr. Fam.* 2000, *comm.* n°56, *note H. Lécuyer* : **304, 307**
- T.G.I. Bourges 17 juin 1999, *J.C.P.* 2002, *éd. N*, p. 402, *note J. Bigot* : **829**
- Civ. 1^{ère} 6 juillet 1999, *J.C.P.* 2000, *éd. G*, II, 10237, *note J. Casey* ; *D.* 2000, 421, *note R. Le Guidec* ; *R.T.D. Civ.* 2000, p. 388, *obs. B. Vareille* : **484**
- Dijon, 28 septembre 1999, *D.* 2000, *somm. comm.* 421, *obs. J.-J. Lemouland* : **492**
- Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999, *Defrénois* 2000, art. 37145, p. 437, n°22, *obs. G. Champenois* ; *J.C.P.* 2000, *éd. G*, I, 245, n°4, *obs. G. Wiederkehr* : **235**
- Versailles, 22 octobre 1999, *D.* 2000, *somm. comm.* 418, *obs. J.-J. Lemouland* : **513**
- Paris, 16 novembre 1999, *Dr. Fam.* 2000, *comm.* n°56, *note H. Lécuyer* : **307, 340**
- Civ. 1^{ère} 17 novembre 1999, *J.C.P.* 2001, *éd. G*, II, 10458, *note S. Chassagnard* ; *Dr. Fam.* 2000, *comm.* n°19, *note H. Lécuyer* ; *D.* 2000, *somm. comm.* 419, *obs. J.-J. Lemouland* : **77, 80, 304, 362**
- Grenoble, 23 novembre 1999, *J.C.P.* 2000, *éd. G*, I, 245, n°3, *obs. G. Wiederkehr* : **254**
- Civ. 1^{ère} 24 novembre 1999, *J.C.P.* 2000, *éd. G*, II, 10284, *note J. Casey* : **208, 209**
- 2000 -
- Paris, 11 janvier 2000, *R.J.P.F. mai* 2000, p. 16, *note B. Fages* : **577**
- Civ. 1^{ère} 25 janvier 2000, *Dr. Fam.* 2000, *comm.* n°48 ; *Le couple en 200 décisions*, *Dr. Fam. Hors série*, novembre 2001, *comm.* n°29, *note H. Lécuyer* ; *D. Cah. dr. des aff.* 2000, 103, *note A. Lienhard* ; *Defrénois* 2000, art. 37179, p. 652, n°28, *obs. J. Massip* : **380**
- Civ. 1^{ère} 25 janvier 2000, *J.C.P.* 2000, *éd. G*, I, 245, n°16, *obs. P. Simler* : **484**
- Cour E.D.H. 1^{er} février 2000, *Mazurek c/ France* ; *J.C.P.* 2000, *éd. G*, II, 10286, *note A. Gouttenoire et F. Sudre* : **728**
- Civ. 3^{ème} 2 février 2000, *J.C.P.* 2000, *éd. G*, I, 245, n°8, *obs. G. Wiederkehr* : **206**
- Civ. 3^{ème} 2 février 2000, *D.* 2000, I.R. 68 : **208**
- Civ. 1^{ère} 8 février 2000, *R.T.D. Civ.* 2000, p. 888, *obs. B. Vareille* : **235**
- Com. 15 février 2000, *R.J.P.F. juin* 2000, p. 13, *note F. Vauvillé* : **508**
- Toulouse, 28 mars 2000, *Dr. Fam.* 2001, *comm.* n°3, *note H. Lécuyer* : **70, 71**
- Orléans, 25 avril 2000, *Dr. Fam.* 2000, *comm.* n°125, *note H. Lécuyer* : **307**
- Civ. 1^{ère} 3 mai 2000, *J.C.P.* 2001, *éd. N*, p. 26, *note J. Casey* ; *Defrénois* 2000, art. 37242, p. 1185, n°82, *obs. G. Champenois* ; *D.* 2000, 546, *note J. Thierry* ; *J.C.P.* 2001, *éd. G*, I, 309, *obs. A. Tisserand* : **484**
- Civ. 1^{ère} 16 mai 2000, *Dr. Fam.* 2000, *comm.* n°102, *note B. Beignier* : **349**
- Civ. 1^{ère} 16 mai 2000, *Defrénois* 2000, art. 37242, p. 1180, n°80, *obs. G. Champenois* ; *R.T.D. Civ.* 2001, p. 423, n°5, *obs. B. Vareille* : **484**
- Civ. 1^{ère} 16 mai 2000, *Dr. Fam.* 2000, *comm.* n°2, *note B. Beignier* ; *Defrénois* 2001, art. 37341, p. 460, n°28, *obs. G. Champenois* ; *R.T.D. Civ.* 2001, p. 418, n°2, *obs. B. Vareille* ; *R.J.P.F. décembre* 2000, p. 15, *note*

- F. Vauvillé ; J.C.P. 2001, éd. N, p. 464, note B. Vial-Pedroletti : 235, 236*
- Crim. 29 mai 2000, *Droit et patrimoine n°101, février 2002, p. 106, note F. Chabas ; D. 2002, somm. comm. 613, obs. J.-J. Lemouland : 66*
 - Bordeaux, 14 juin 2000, *Dr. Fam. 2001, comm. n°1, note H. Lécuyer : 110*
 - Nîmes, 15 juin 2000, *Dr. Fam. 2001, comm. n°54, note H. Lécuyer : 117*
 - Riom, 4 juillet 2000, *Dr. Fam. 2000, comm. n°48 ; Le couple en 200 décisions, Dr. Fam. Hors série, novembre 2001, comm. n°29, note H. Lécuyer : 65, 492*
 - Douai, 6 juillet 2000, *J.C.P. 2001, éd. G, IV, 2541 : 123*
 - Civ. 1^{ère} 18 juillet 2000, *Dr. Fam. 2000, comm. n°149, note M. Leroy : 828*
 - Orléans, 22 août 2000, *Dr. Fam. 2001, comm. n°54, note H. Lécuyer : 492*
 - Civ. 1^{ère} 17 octobre 2000, *Dr. Fam. 2000, comm. n°139, note B. Beignier ; D. 2001, 497, note R. Cabrillac ; J.C.P. 2001, éd. G, II, 10568, note T. Garé ; R.T.D. Civ. 2001, p. 111, n°9, obs. J. Hauser ; D. 2002, somm. comm. 611, obs. J.-J. Lemouland : 62, 93, 96, 135, 168, 587*
 - Civ. 1^{ère} 24 octobre 2000, *D. 2001, somm. comm. 2936, obs. M. Nicod : 534*
 - Civ. 1^{ère} 7 novembre 2000, *J.C.P. 2001, éd. G, II, 10452, note F. Vialla : 548*
 - Versailles ; 30 novembre 2000, *R.T.D. Civ. 2001, p. 338, n°14, obs. J. Hauser : 365*
 - Riom, 12 décembre 2000, *R.T.D. Civ. 2002, p. 76, n°9, obs. J. Hauser : 103*
 - Paris, 16 janvier 2001, *R.T.D. Civ. 2001, p. 336, n°11, obs. J. Hauser ; D. 2002, somm. comm. 536, obs. J.-J. Lemouland : 35, 243*
 - Bourges, 31 janvier 2001, *R.T.D. Civ. 2002, p. 79, n°15, obs. J. Hauser : 365*
 - Civ. 1^{ère} 6 février 2001, *Defrénois 2001, art. 37353, p. 593, n°31, obs. J. Massip : 308, 508*
 - Toulouse, 14 février 2001, *Dr. Fam. 2001, comm. n°84, note B. Beignier : 88*
 - Lyon, 15 février 2001, *Dr. Fam. 2001, comm. n°92, note H. Lécuyer : 134*
 - Versailles, 16 février 2001, *Dr. Fam. 2001, comm. 111, note B. Beignier : 161*
 - Civ. 1^{ère} 20 février 2001, *R.J.P.F. mai 2001, p. 24, note J. Casey ; R.T.D. Civ. 2001, p. 642, n°3, obs. J. Patarin : 501*
 - Civ. 1^{ère} 6 mars 2001, *J.C.P. 2002, éd. G, II, 103, n°20, obs. M. Storck : 380*
 - Riom, 6 mars 2001, *J.C.P. 2002, éd. G, IV, 1688 : 304, 362*
 - Civ. 2^{ème} 15 mars 2001, *R.T.D. Civ. 2001, p. 566, n°7, obs. J. Hauser : 103, 752*
 - Lyon, 20 mars 2001, *R.T.D. Civ. 2001, p. 341, n°16, obs. J. Hauser : 370*
 - T.G.I. Paris 22 mars 2001, *J.C.P. 2002, éd. N, p. 402, note J. Bigot : 829*
 - Civ. 1^{ère} 3 avril 2001, *J.C.P. 2002, éd. G, II, 10080, note C. Bourdairé ; Defrénois 2001, art. 37453, p. 1519, n°105, obs. G. Champenois ; R.T.D. Civ. 2001, p. 943, n°2, obs. B. Vareille : 484*
 - Civ. 1^{ère} 2 mai 2001, *J.C.P. 2002, éd. G, II, 10009, note R. Cabrillac ; Dr. Fam. 2001, comm. n°79, note L. Perrouin : 168, 189*
 - Civ. 1^{ère} 2 mai 2001, *J.C.P. 2002, éd. G, II, 10062, note O. Barret ; Defrénois 2001, art. 37453, p. 1519, n°105, obs. G. Champenois ; D. 2002, 759, note W. Dross : 548*

- Civ. 1^{ère} 2 mai 2001, *R.T.D. Civ. 2001*, p. 565, n°6, obs. J. Hauser : **513**
 - Civ. 2^{ème} 10 mai 2001, *R.T.D. Civ. 2001*, p. 571, n°9, obs. J. Hauser : **365**
 - Agen, 10 mai 2001, *D. 2003*, 450, note C. Duvert : **339**
 - Civ. 1^{ère} 22 mai 2001, *R.T.D. Com. 2001*, p. 780, n°1, obs. G. Paisant : **279**
 - Pau, 23 mai 2001, *J.C.P. 2002* ; éd. G, I, 101, n°3, obs. H. Bosse-Platière : **344**
 - Civ. 2^{ème} 21 juin 2001, *J.C.P. 2002*, éd. G, I, 101, n°5, obs. H. Bosse-Platière : **346**
 - Grenoble, 25 juin 2001, *Juris-Data* n°150561 : **73**
 - Civ. 1^{ère} 26 juin 2001, *R.T.D. Civ. 2002*, p. 489, obs. J. Hauser ; *Dr.Fam. 2002*, comm. n°28, note H. Lécuyer : **304, 308, 512, 600**
 - Civ. 1^{ère} 3 juillet 2001, *J.C.P. 2002*, éd. N, 1206, note V. Brémond ; *D. 2002*, 1102, note L. Comanges ; *J.C.P. 2002*, éd. G, I, 103, n°17, obs. P. Simler ; *R.T.D. Civ. 2001*, p. 941, obs. B. Vareille : **559**
 - Soc. 4 octobre 2001, *Dr. Fam. 2001*, comm. n°118, note B. Beignier : **165**
 - Com. 9 octobre 2001, *Defrénois 2002*, art. 37536, p. 620, obs. J. Honorat ; *Dr. Fam. 2002*, comm. n°18, note H. Lécuyer : **308, 512**
 - Versailles, 2 novembre 2001, *D. 2003*, somm. comm. 730, obs. N. Pierre : **223**
 - Civ. 1^{ère} 6 novembre 2001, *Dr. Fam. 2002*, comm. n°12, note B. Beignier ; *J.C.P. 2002*, éd. N, 1666, note H. Périnet-Marquet : **487, 608**
 - Civ. 1^{ère} 20 novembre 2001, *J.C.P. 2002*, éd. G, I, 178, obs. R. Le Guidec : **449**
 - Civ. 1^{ère} 27 novembre 2001, *Dr. Fam. 2002*, comm. n°17, note H. Lécuyer : **162**
 - Civ. 1^{ère} 27 novembre 2001, *Defrénois 2002*, art. 37584, p. 1017, n°52, obs. G. Champenois : **134**
 - Versailles, 29 novembre 2001, *R.T.D. Civ. 2002*, p. 341, n°1, obs. J. Patarin : **270**
 - Angers, 11 décembre 2001, *Dr. Fam. 2003*, comm. n°3, note B. Beignier : **484**
 - Pau, 17 décembre 2001, *R.T.D. Civ. 2002*, p. 786, n°6, obs. J. Hauser ; *Dr. Fam. 2002*, comm. n°79, note H. Lécuyer : **18, 70**
 - Lyon, 20 décembre 2001, *Dr. Fam. 2002*, comm. n°125, note H. Lécuyer : **135**
- 2002 -
- Civ. 1^{ère} 8 janvier 2002, *D. 2002*, somm. comm. 2446, obs. J. Revel : **506**
 - Poitiers, 22 janvier 2002, *J.C.P. 2003*, éd. G, I, 111, n°5, obs. G. Wiederkehr : **164**
 - Civ. 1^{ère} 29 janvier 2002, *Defrénois 2002*, art. 37548, p. 681, n°22, obs. J. Massip : **767**
 - Civ. 1^{ère} 29 janvier 2002, *Dr. Fam. 2002*, comm. n°45, note B. Beignier ; *R.J.P.F. mai 2002*, p. 14, note J. Casey ; *D. 2002*, 1938, note A. Devers ; *J.C.P. 2002*, éd. G, I, 167, n°12, obs. P. Simler : **782**
 - Civ. 1^{ère} 29 janvier 2002, *J.C.P. 2002*, éd. G, I, 178, obs. R. Le Guidec : **828**
 - Civ. 1^{ère} 19 février 2002, *R.T.D. Civ. 2002*, p. 489, n°11, obs. J. Hauser ; *Defrénois 2002*, art. 37548, p. 681, n°22, obs. J. Massip : **304**
 - Civ. 2^{ème} 21 février 2002, *Dr. Fam. 2002*, comm. n°100, note H. Lécuyer : **240**
 - Civ. 2^{ème} 21 février 2002, *D. 2002*, I.R. 939 : **240**
 - Bordeaux, 26 février 2002, *J.C.P. 2002*, éd. G, IV, 2373 : **81**
 - Civ. 1^{ère} 19 mars 2002, *D. 2002*, somm. comm. 2240, obs. V. Brémond : **118**

- Civ. 1^{ère} 3 avril 2002, *D. 2002*, 1592, note C. Barberot : **427**
 - Ch. mixte 12 avril 2002, *D. 2002*, 2433, note C. Aubert de Vincelles : **18**
 - Civ. 2^{ème} 7 mai 2002, *Dr. Fam. 2002*, comm. n°87, note H. Lécuyer : **346**
 - Civ. 1^{ère} 15 mai 2002 (3 arrêts), *D. 2002*, 1781, note C. Barberot. ; *Dr. Fam. 2002*, comm. n°90, note B. Beignier ; *Deffrénois 2002*, art. 37611, p. 1322, n°83, obs. G. Champenois ; *J.C.P. 2002*, éd. G, II, 10119, concl. C. Petit ; *J.C.P. 2002*, éd. G, II, 10119, note S. Piedelièvre ; *J.C.P. 2002*, éd. G, I, 167, n°3, obs. P. Simler ; *R.T.D. Civ. 2003*, p. 338, obs. B. Vareille : **484**
 - Civ. 2^{ème} 23 mai 2002, *Dr. Fam. 2002*, comm. n°126, note H. Lécuyer : **316**
 - Civ. 2^{ème} 23 mai 2002, *Dr. Fam. 2002*, comm. n°128, note H. Lécuyer : **382**
 - Civ. 3^{ème} 29 mai 2002, *Deffrénois 2002*, art. 37611, p. 1317, n°81, obs. G. Champenois : **248**
 - Nîmes, 30 mai 2002, *Dr. Fam. 2003*, comm. n°87, note H. Lécuyer : **492**
 - Bourges, 3 juin 2002, *Dr. Fam. 2003*, comm ; n°87, note H. Lécuyer : **492**
 - T.G.I. Lille 5 juin 2002, *Dr. Fam. 2003*, comm. n°57, note B. Beignier ; *R.T.D. Civ. 2003*, p. 270, obs. J. Hauser ; *D. 2003*, 515, note X. Labbé : **249, 339, 721, 752**
 - C.E. 12 juin 2002, *R.T.D. Civ. 2002*, p. 785, obs. J. Hauser ; *R.J.P.F. décembre 2002*, p. 21, note F. Vauvillé : **34, 728**
 - Civ. 2^{ème} 20 juin 2002, *R.T.D. Civ. 2002*, p. 789, n°10, obs. J. Hauser : **358**
 - Cour E.D.H. 11 juillet 2002, *Dr. Fam. 2002*, comm. n°133, note A. Gouttenoire ; *R.T.D. Civ. 2002*, p. 782, n°3, obs. J. Hauser ; *R.T.D. Civ. 2002*, p. 862, n°2, obs. J.-P. Marguénaud et J. Raynard : **843**
 - Ch. mixte 6 septembre 2002, *D. 2002*, 2963, note D. Mazeaud. ; *Contrats, concurrence, consommation 2002*, comm. n°151, note G. Raymond ; *J.C.P. 2002*, éd. E, 1687, note G. Viney : **18**
 - Paris, 22 octobre 2002, *R.T.D. Civ. 2003*, p. 64, obs. J. Hauser : **427**
 - Civ. 1^{ère} 19 novembre 2002, *Dr. Fam. 2003*, comm. n°14., note B. Beignier : **645**
 - Paris, 5 décembre 2002, *Gaz. Pal. 8-9 janvier 2002*, p. 5, note S. Petit : **315**
 - Douai, 12 décembre 2002, *Dr. Fam. 2003*, comm. n°86, note H. Lécuyer : **243**
- 2003 -
- Civ. 1^{ère} 14 janvier 2003, *Dr. Fam. 2003*, comm. n°48, note B. Beignier ; *Deffrénois 2003*, art. 37712, p. 544, n°29, obs. G. Champenois ; *J.C.P. 2003*, éd. G, II, 10019, concl. J. Sainte-Rose : **534**
 - Rouen, 29 janvier 2003, *Dr. Fam. 2003*, comm. n°69, note H. Lécuyer : **307**
 - Civ. 1^{ère} 23 avril 2003, *Dr. Fam. 2003*, comm. n°71, note H. Lécuyer : **362**

BIBLIOGRAPHIE

I - OUVRAGES GENERAUX

AUBERT J.-L. et **BIHR P.**, La location d'habitation (L. 6 juillet 1989 mod. L. 21 juillet 1994), Sirey, 2^{ème} éd., 1994.

AUBRY C. et **RAU C.**, Cours de droit civil français, Marchal et Billard, 5^{ème} éd., 1897.

- Droit civil français, Tome 8, Régimes matrimoniaux, Librairies techniques, 7^{ème} éd., 1973, par A. PONSARD.

BEIGNIER B., Les régimes matrimoniaux, P.U.F., Coll. Que sais-je ?, 1^{ère} éd., 1994.

BENABENT A., Droit civil, La famille, Litec, 10^{ème} éd., 2001.

BERGEL J.-L., Théorie générale du droit, Dalloz, 3^{ème} éd., 1999.

- **BRUSCHI M.** et **CIMAMONTI S.**, Traité de droit civil, Les biens, L.G.D.J., 2000.

BEUDANT C., **BEUDANT R.** et **LEREBOURS-PIGEONNIERE P.**, Cours de droit civil français, Tome 4, Les biens, par P. VOIRIN, Ed. Rousseau et Cie, 1938.

BUFFELAN-LANORE Y., Droit civil, Première année, A. Colin, 12^{ème} éd., 2001.

BUGNET M., Oeuvres complètes de Pothier, Traité du douaire, Plon, 1861.

CABRILLAC R., Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Montchrestien, Domat Droit privé, 4^{ème} éd., 2002.

CARBONNIER J., Sociologie juridique, P.U.F., 1^{ère} éd., 1994.

- Essais sur les lois, Répertoire du Notariat Defrénois, 2^{ème} éd., 1995.

- Droit et passion du droit sous la V^{ème} République, Flammarion, 1996.

- Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, L.G.D.J., 8^{ème} éd., 1995 ; L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2001.

- Droit civil, Tome 1, Les personnes, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 21^{ème} éd., 2000.

- Droit civil, Tome 2, La famille, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 19^{ème} éd., 1998 ; P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, La famille, l'enfant, le couple, 21^{ème} éd., 2002.

- CHATAIN P.-L.** et **FERRIERE F.**, Surendettement des particuliers, Dalloz, 1999.
- COLOMBET C.**, La famille, P.U.F., 6^{ème} éd., 1999.
- COLOMER A.**, Droit civil, Régimes matrimoniaux, Litec, 11^{ème} éd., 2002.
- CORNU G.**, Droit civil, La famille, Montchrestien, Domat, Coll. Droit privé, 7^{ème} éd., 2001.
- Régimes matrimoniaux, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 9^{ème} éd., 1997.
 - (sous la dir. de), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, P.U.F., 9^{ème} éd., 2002.
- COZIAN M.** et **VIANDIER A.**, Droit des sociétés, Litec, 15^{ème} éd., 2002.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ F.** (sous la dir. de), Droit des personnes et de la famille, Lamy, 2000.
- DEMOGUE R.**, Les notions fondamentales du droit privé, Ed. La mémoire du Droit, 2001.
- DOUET F.**, Précis de droit fiscal de la famille, Litec, 2^{ème} éd., 2002-2003.
- FAVOREU L.** (sous la dir. de), Droit constitutionnel, Précis Dalloz, 5^{ème} éd., 2002.
- FENET P.A.**, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome 9, 1822.
- FLOUR J.** et **CHAMPENOIS G.**, Les régimes matrimoniaux, A. Colin, 2^{ème} éd., 2001.
- GENY F.**, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique, Tome 1, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1919.
- Science et technique en droit privé positif, Tome 3, Sirey, 1921.
- GHESTIN J.** et **GOUBEAUX G.**, avec le concours de **FABRE-MAGNAN M.**, Traité de droit civil, Introduction générale, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1994.
- GODFRIN P.**, Droit administratif des biens, A. Colin, 6^{ème} éd., 2001.
- GRIMALDI M.**, (sous la dir. de), Droit patrimonial de la famille, Dalloz Action, 2001-2002.
- Droit civil, Successions, Litec, 6^{ème} éd., 2001.
- GUYON Y.**, Droit des affaires, Tome 1, Droit commercial général et sociétés, Economica, 11^{ème} éd., 2001.
- Droit des affaires, Tome 2, Entreprises en difficulté, redressement judiciaire, faillite, Economica, 8^{ème} éd., 2001.

HAUSER J. et **HUET-WEILLER D.**, Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1993.

- Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille, L.G.D.J., 1991.

LAFOND J. et **F.**, Les baux d'habitation, Litec, 4^{ème} éd., 2000 ; Litec, 5^{ème} éd., 2002.

LAUBADERE (DE) A. et **GAUDEMET Y.**, Traité de droit administratif, Tome 2, Droit administratif des biens, L.G.D.J., 12^{ème} éd., 2002.

LEPOINTE G. et **MONIER R.**, Les obligations en droit romain et dans l'Ancien droit français, Sirey, 1954.

LEVY J.-P. et **CASTALDO A.**, Histoire du droit civil, Précis Dalloz, 1^{ère} éd., 2002.

LINDON R. et **BENABENT A.**, Le droit du divorce, Litec, 1984.

MALAURIE P. et **AYNES L.**, Droit civil, Famille, par P. MALAURIE, Cujas, 6^{ème} éd., 1998-1999.

- Droit civil, Contrats spéciaux, par P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, Cujas, 14^{ème} éd., 2001-2002.

- Droit civil, Les régimes matrimoniaux, par P. MALAURIE, Cujas, 4^{ème} éd., 1999.

MARTIN J.-F., Droit commercial, Lamy, 2002.

MAURY J. (sous la dir. de), Les régimes matrimoniaux, Lamy, 1^{ère} éd., 1995.

MAZEAUD H. J. L. et **CHABAS F.**, Leçons de droit civil, Tome 1, Volume 3, La famille, Montchrestien, 7^{ème} éd., 1995, par L. LEVENEUR.

- Leçons de droit civil, Tome 2, Volume 1, Obligations. Théorie générale, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, par F. CHABAS.

- Leçons de droit civil, Tome 4, Volume 1, Régimes matrimoniaux, Montchrestien, 5^{ème} éd., 1982, par M. DE JUGLART.

MERLE P., Droit commercial. Sociétés commerciales, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2001.

MONIER R., Manuel élémentaire de droit romain, Tome 1, Domat, Montchrestien, 6^{ème} éd., 1947.

- Manuel élémentaire de droit romain, Tome 2, Domat, Montchrestien, 5^{ème} éd., 1954.

MONTESQUIEU C., Mes pensées, œuvres complètes, Gallimard, 1989-1990, Volume 1.

OURLIAC P. et **DE MALAFOSSE J.**, Histoire du droit privé, Tome 1, Les obligations, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 1969.

PATARIN J. et **MORIN G.**, La réforme des régimes matrimoniaux, Tome 1, Statut fondamental et régime légal, Répertoire du Notariat Defrénois, 4^{ème} éd., 1977.

PERELMAN C., Logique juridique. Nouvelle rhétorique, Dalloz, 2^{ème} éd., 1999.

PLANIOL M. et **RIPERT G.**, Traité pratique de droit civil français, Tome 8, Les régimes matrimoniaux, Première partie, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1957, par F. BOULANGER.

- Traité pratique de droit civil français, Tome 8, Les régimes matrimoniaux, Seconde partie, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1960, par F. BOULANGER.

PORTALIS J.-E.-M., Discours et rapports sur le Code civil, Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1989.

RIPERT G., La règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1949.

RIPERT G. et **ROBLOT R.**, Traité de droit commercial, Tome 2, Effets de commerce, banque et bourse, contrats commerciaux, procédures collectives, L.G.D.J., 16^{ème} éd., 2000, par P. DELEBECQUE et M. GERMAIN.

ROUSSEAU D., Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, Domat Droit public, 6^{ème} éd., 2001.

RUBELLIN-DEVICHI J. (sous la dir. de), Droit de la famille, Dalloz Action, 2001-2002.

STARCK B., **ROLAND H.** et **BOYER L.**, Les obligations, Tome 1, Responsabilité délictuelle, Litec, 5^{ème} éd., 1996.

- Les obligations, Tome 2, Le contrat, Litec, 6^{ème} éd., 1998.

SZRAMKIEWICZ R., Histoire du droit français de la famille, Dalloz, Coll. Droit privé, Conn. du droit, 1995.

TERRE F., Introduction générale au droit, Précis Dalloz, 5^{ème} éd., 2000.

- et **FENOUILLET D.**, Droit civil, La famille, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 1996.

- et **LEQUETTE Y.**, Droit civil, Les successions. Les libéralités, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1997.

- et **SIMLER P.**, Droit civil, Les biens, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2002.

- et **SIMLER P.**, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2001.

- **SIMLER P.** et **LEQUETTE Y.**, Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 1999 ; 8^{ème} éd., 2002.

TIMBAL P.-C., Droit romain et Ancien droit français. Régimes matrimoniaux. Successions. Libéralités, Précis Dalloz, 1960.

TROPLONG M., Du contrat de mariage, Tome 1, Hingray Ed., 1850.

II - OUVRAGES SPECIAUX, THESES, OUVRAGES COLLECTIFS

BEAUMEL C., DOISNEAU L., VATAN M., La situation démographique en 2000. Mouvement de la population, I.N.S.E.E., 2002.

BERGER V., Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Sirey, 8^{ème} éd., 2002.

BERTHET P., Les obligations alimentaires et les transformations de la famille, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2000.

BOUCHARD C., La personnalité morale démythifiée. Etude de droit comparé franco-québécois sur les notions de personnalité morale et de patrimoine d'affectation, L.G.D.J., Presses universitaires de Laval, 1997.

BRUNETTI-PONS C. (sous la dir. de), La notion juridique de couple, Economica, 1998.

CAPARROS E., Les lignes de force de l'évolution des régimes matrimoniaux en droits comparé et québécois, Les presses de l'Université de Montréal, 1975.

CARBONNIER J., Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association, Thèse Bordeaux, 1932.

CATALA P., Famille et patrimoine, P.U.F., Coll. Doctrine juridique, 1^{ère} éd., 2000.

CATALA DE ROTON M.-C., Les successions entre époux, Economica, 1990.

CHAMPEAUX J., Essai sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français, Thèse Strasbourg, 1931.

CHARRIER J. L., Code de la Convention européenne des droits de l'homme, Litec, 2003-2004.

CHOQUET L.-H. et SAYN I. (sous la dir. de), Obligation alimentaire et solidarités familiales. Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales, L.G.D.J., 2000.

COHET-CORDEY F., Patrimoine et entreprise, Thèse Grenoble II, 1993.

DEBET A., L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2002.

DEKEUWER A., L'incidence du régime primaire sur les régimes matrimoniaux, Thèse Lille, 1975.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F., J.-Cl. Civ., art. 815 à 815-18, fasc. VI, 1983.

- (sous la dir de), Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, 1999.

DELHAY F., La nature juridique de l'indivision. Contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de société civile et de personnalité morale, L.G.D.J., 1969.

DEMAIN B., La liquidation des biens des concubins, L.G.D.J., 1968.

DERRUPE J., J.-Cl. Soc., fasc. 47-30, 2001.

DESNOYER C., L'évolution de la sanction en droit de la famille, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2001.

DJIDER Z., Femmes et hommes. Regards sur la parité, I.N.S.E.E., 1^{ère} éd., 2001 ; 2^{ème} éd. 2003 (mise à jour de l'édition papier 2001), www.insee.fr.

DOUCHY M., La notion de quasi-contrat en droit positif français, Economica, Coll. Droit civil, 1997.

DUBOIS P., J.-Cl. Civ., art. 216 à 226, fasc. 40, 1989.

- et **LEFEBVRE D.**, J.-Cl. Civ., art. 212 à 215, fasc. 30, 1989.

DUBY G., Le chevalier, la femme et le prêtre, Ed. Robert Laffont, 1997.

FENOUILLET D., La conscience, L.G.D.J., 1993.

- et **DE VAREILLES-SOMMIERES P.** (sous la dir. de), La contractualisation de la famille, Economica, 2001.

FERRAND F., Droit privé allemand, Précis Dalloz, 1997.

GAILLARD E., Le pouvoir en droit privé, Economica, Coll. Droit Civil, 1985.

GAUDEMARIS (DE) M., Régime matrimonial et entreprise. Contribution à l'étude du choix législatif d'un régime matrimonial légal au regard des intérêts des époux notamment entrepreneurs, Thèse Grenoble II, 1986.

- Le régime matrimonial de la participation aux acquêts, P.U.G., 1988.

GAUDEMET J., Les communautés familiales, Petite bibliothèque sociologique internationale, Ed. Marcel Rivière et Cie, 1934.

- Le mariage en Occident, Ed. le Cerf, 1987.

GAZIN H., Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique, L.G.D.J., 1910.

GILLES A.-M., Le couple en droit social, Economica, 1997.

GOBERT M., Essai sur le rôle de l'obligation naturelle, Sirey, 1957.

GRANET F., J.-Cl. Civ., art. 515-8, 2000.

- et **LECUYER H.**, J.-Cl. Civ., art. 515-1 à 515-7, fasc. 10, 2001.

GUINCHARD S., L'affectation des biens en droit français, L.G.D.J., 1976.

LAMARCHE M., Les degrés du mariage, Thèse Bordeaux IV, 1997.

LARRIBEAU-TERNEYRE V., J.-Cl. Civ., art. 212 à 215, fasc. 10, 1998.

LASKINE E. et **DUBRUJEAUD A.**, L'union libre devant la loi et les tribunaux, Omnes, 1935.

LECUYER H., La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille, Thèse Paris II, 1993.

LEFEBVRE C., Le droit des gens mariés, Librairie du recueil Sirey, 1908.

LEFEBVRE D., J.-Cl. Civ., art. 216 à 226, fasc. 20 et 30, 1997.

LEVENEUR L., Situations de fait et droit privé, L.G.D.J., 1990.

LEVY-BRUHL H., Aspects sociologiques du droit, Petite bibliothèque sociologique internationale, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1955.

LUCET F., Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux, Thèse Paris II, 1987.

MAYAUX L., L'altération du contrat conjugal, Thèse Lyon III, 1988.

MEAU-LATOURE H., La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation, Thèse Paris II, 1993.

MEULDERS-KLEIN M.-T., (sous la dir. de) Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines, Travaux des VIII^{èmes} journées d'études juridiques Jean Dabin, L.G.D.J., 1978.

- (sous la dir. de) Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé, L.G.D.J., 1997.
- La personne, la famille et le droit 1968-1998. Trois décennies de mutation en Occident, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., 1999.

MIRAT J., L'obligation alimentaire entre époux en cas de divorce (art. 301 C.C.), Thèse Paris, 1930.

MONNET J., J.-Cl. Civ., art. 1400 à 1403, fasc. 10, 2001.

MONTEILLET-GEFFROY M., Les conditions de l'enrichissement sans cause dans les relations de famille, Doctorat et Notariat, La Mouette, 2001.

NOTAIRES DE FRANCE, Demain la famille, 95^{ème} Congrès, Marseille 9-12 mai 1999, Maury-Imprimeur, 1999.

PERNEY D., La nature juridique de la réserve héréditaire, Thèse Nice, 1976.

PETTITI L.-E., DECAUX E., IMBERT P.-H. (sous la dir. de), La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, Economica, 2^{ème} éd., 1999.

PEYTEL A., L'union libre devant la loi, Thèse Paris, 1905.

PHILIPPE C., Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale, L.G.D.J., 1981.

POUSSON J. et A., L'affection et le droit, Ed. du C.N.R.S., 1990.

RANOUIL V., L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept, Thèse Toulouse I, 1997.

RAYNAUD P., La nature juridique de la dot. Essai de contribution à la Théorie Générale du Patrimoine, Librairie du Recueil Sirey, 1934.

RIEUBERNET C., Les donations entre époux, étude critique, Thèse Toulouse I, 1997.

ROLAND R.-M., Le couple et l'artifice. Droit des néo-conjugalités : mariages fictifs, concubinages, pacs, L'Hermès, 2000.

ROUSSEL L., La famille après le mariage des enfants, P.U.F., 1976.

RUBELLIN-DEVICHI J. (sous la dir. de), Les concubinages. Approche socio-juridique, Ed. du C.N.R.S., 1986.

- Des concubinages dans le monde, Ed. du C.N.R.S., 1990.

RUBELLIN P., Régimes matrimoniaux et procédures collectives, Thèse Strasbourg III, 1999.

SABOURIN F., Les effets patrimoniaux du mariage en droit international privé québécois, Ed. Yvon Blais, Collection Minerve, 1996.

SAEILLES R., De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1910.

SAVATIER R., Le droit, l'amour et la liberté, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1963.

SUDRE F.,

- (sous la dir. de), Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, Coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2002.

- **MARGUENAUD J.-P.**, **ANDRIANTSIMBAZOVINA J.**, **GOUTTENOIRE A.**, **LEVINET M.**, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, P.U.F., Coll. Thémis Les grandes décisions de jurisprudence, 1^{ère} éd., 2003.

TEMPLE H., Les sociétés de fait, L.G.D.J., 1975.

TERRE F. (sous la dir. de), Le droit de la famille, Rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques, P.U.F., Cahier des sciences morales et politiques, 1^{ère} éd., 2002.

THERY I., Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, Ed. Odile Jacob, 1998.

TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil, Tome 7, Ed. E. Douet, Montréal, 1956.

- Journées de droit de Pavie et de Milan, Tome 8, Dalloz, 1955.

- Les situations de fait, Tome 11, Dalloz, 1960.

- Les groupements et organismes sans personnalité juridique, Tome 21, Dalloz, 1969.
- Aspects de l'évolution récente du droit de la famille, Tome 39, Economica, 1988.

TRIBES A., Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile, Thèse Paris, 1975.

VARIN C., Le comité d'entreprise considéré dans ses activités sociales et culturelles, Thèse Grenoble II, 1998.

VASSEUR-LAMBRY F., La famille et la Convention européenne des droits de l'homme, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2000.

VAUVILLE F., Les pouvoirs concurrents en droit de la famille, Thèse Lille II, 1991.

VICH-Y-LLADO D., La désunion libre, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2001.

VILLEY M., Leçons d'histoire sur la philosophie du droit, Dalloz, 1962.

III - ARTICLES ET CHRONIQUES

ABITBOL E., « La contribution aux charges du mariage et son contentieux différé », *in* Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz, 1985, p. 1.

ALFANDARI E., « Droits alimentaires et droits successoraux », *in* Mélanges offerts à René Savatier, Dalloz, 1965, p. 1.

ALLEAUME C., « Achats à crédit et solidarité des époux », *Dr. Fam.* 1999, chr. n°5.

- « « Solidarité contre solidarité ». Etude comparative des avantages respectifs du mariage et du Pacs au regard du droit du crédit », *D.* 2000, chr. 450.

APPERT G., « Commission de révision du Code civil et sous-commissions réunies. Rapport sur les obligations solidaires », *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, Librairie Arthur Rousseau, 1910, p. 150.

ATIAS C. et **LINOTTE D.**, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D* 1977, chr. 251.

AUSSEDAT J., « Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation », *Revue des sociétés* 1974, p. 228.

BARRIERE L.-A., « Penser le(s) concubinage(s). La doctrine française et le concubinage depuis le Code civil », *in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 143.

BARTHEZ A. et **LAFERRERE A.**, « Contrats de mariage et régimes matrimoniaux », *Economie et statistique* 1996, p. 127.

BATTEUR A., « L'indemnité d'occupation et la jouissance exclusive d'un bien indivis par un époux pendant la procédure de divorce », *Dr. Fam.* 2001, chr. n°14 ; *J.C.P.* 2002, éd. N, p. 1332.

- et **RAOUL-CORNEIL G.**, « Fin ou éclatement de la notion de prestation compensatoire ? », *Droit et patrimoine* n°97, octobre 2001, p. 34.

BEAUBRUN M., « La confusion des patrimoines au regard des procédures collectives de liquidation du passif », *R.J. Com.* 1980, p. 41.

- « Droits du conjoint survivant : une réforme pour le plaisir (à propos de la proposition de loi n°2867) », *Defrénois* 2001, art. 37386, p. 900.

- « La loi du 3 décembre 2001 portant réforme du droit des successions », *Defrénois* 2003, art. 37655, p. 73.

BEIGNIER B., « Séparation de biens avec société d'acquêts : la solution québécoise », *Dr. Fam.* 1997, chr. n°1.

- « Une nouvelle proposition de loi relative au contrat d'union sociale : copie à revoir », *Dr. Fam.* 1997, chr. n°5 ; *Le Pacs*, *Dr. Fam Hors série*, décembre 1999, chr. n°1.

- « La restauration de la légitime », *Dr. Fam.* 1998, chr. n°12.

- « PACS : l'heure du droit. Proposition pour un statut unitaire du concubinage », *Dr. Fam.* 1999, chr. n°7 ; *Le Pacs*, *Dr. Fam Hors série*, décembre 1999, chr. n°5.

- « Aspects civils », *Le Pacs*, *Dr. Fam. Hors série*, décembre 1999, p. 31.

- « A propos du décret n°99-1089 du 21 décembre 1999 relatif au Pacte civil de solidarité : problème quant à l'acte authentique », *Defrénois* 2000, art. 37104, p. 211.

- **COMBRET J.** et **FOUQUET A.**, « Pacte civil de solidarité : formule de convention », *Defrénois* 2000, art. 37176, p. 630.

- « Pacte civil de solidarité et indivision : visite aux enfers », *Defrénois* 2000, art. 37175, p. 620.

- « Pacte civil de solidarité : nécessité du double original (A propos d'une réponse ministérielle) », *Defrénois* 2001, art. 37308, p. 232.

- « La loi du 3 décembre 2001 : dispositions politiques. Le droit des successions, entre droits de l'homme et droit civil », *Dr. Fam.* 2002, chr. n°3.

- « La loi du 3 décembre 2001 : achèvement du statut du logement familial », *Dr. Fam.* 2002, chr. n°5.

- « La loi du 3 décembre 2001 : le conjoint héritier », *Dr. Fam.* 2002, chr. n°8.

- « La loi du 3 décembre 2001 : la couverture des prêts immobiliers, par une assurance, en cas de suicide », Dr. Fam. 2002, chr. n°13.
- « Les droits du conjoint survivant pour les successions ouvertes depuis le 1^{er} juillet 2002 », Droit et patrimoine n°115, mai 2003, p. 83.

BELLEIL L., « Le parcours du combattant du créancier de l'article 514-4, alinéa 2, du Code civil », J.C.P. 2000, éd. E, p. 1074.

BELLIVIER F. et **ROCHFELD J.**, « Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 », R.T.D. Civ. 2002, p. 156.

BENABENT A., « Prestation compensatoire : la révision des dupes », D. 2000 (n°17), Point de vue V.

- « Nouvelle prestation compensatoire en nature : compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme ? », D. 2001, Point de vue 1036.

BENOIT A., « Protection sociale et concubinage », Dr. Fam. 1997, chr. n°8.

- « Divorce et prestations sociales », D. 1997, chr. 13.
- « Aspects sociaux », Le Pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 42.

BERTHIAU D., « Le remariage et la prestation compensatoire », Dr. Fam. 2000, chr. n°6.

- « Le remariage et la prestation compensatoire depuis la loi du 30 juin 2000 (et accessoirement depuis celle du 3 décembre 2001 en matière successorale) : chronique d'actualisation », Dr. Fam. 2002, chr. n°20.

BICHON-LEFEUVRE M.-E., « De l'insaisissabilité des fonds placés en assurance-vie », J.C.P. 1999, éd. N, p. 1010.

BLACHER P. et **SEUBE J.-B.**, « Le PACS à l'épreuve de la Constitution », R.D.P. 2000, p. 203.

BLAISE H., « La formation au XIX^{ème} siècle de la jurisprudence sur les donations déguisées », *in Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 89.

BOITELLE A., « L'articulation des droits légaux avec les droits conventionnels du conjoint survivant », J.C.P. 2003, éd. N, 1243.

BOLZE A., « Les rapports patrimoniaux des couples en dehors de la communauté légale », Dr. Fam. 2001, chr. n°5.

BORDEAUX M., « Quand le temps dévore l'espace : temps et espace, facteur de normalisation dans le Code civil (1804) », in Religion, société et politique. Mélanges en hommage à Jacques Ellul, P.U.F., 1983, p. 185.

BORREMANS S., « Vers une réapparition du mariage *sine manu* », in L'union libre, sous la dir. de P. DE PAGE et R. DE VALKENER, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 314.

BOSSE-PLATIERE H., « PACS et autorité parentale », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 193.

BOUDINEAU C., « L'incidence de la situation matrimoniale sur le statut social et la protection sociale », P.A. 3 mars 2000, n°45, p. 6.

BOULANGER F., « Au sujet de la réforme française du divorce : la notion de rupture dans les droits européens et la survie des éléments subjectifs », D. 2002, chr. 590.

BOURRAT-GUEGUEN A., « Les incidences du pacs en droit pénal », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 213.

BOYER L., « Concubinages et concubinats du Code d'Hammourabi au XIX^{ème} siècle », in Les concubinages. Approche socio-juridique, sous la dir. de J. RUBELLIN-DEVICHI, Ed. du C.N.R.S., 1986, p. 127.

BRAZIER M., « Réflexions et propositions sur l'actuelle procédure de divorce », Gaz. Pal. 1997, doct., 1, p. 648.

- « Réforme du divorce : améliorer ou trahir la loi de 1975 ? », Gaz. Pal. 1999, doct., 1, p. 705.
- « Rénover le droit de la famille. C'est aussi mettre fin aux contradictions des textes civils et fiscaux », Gaz. Pal. 1999, doct., 2, p. 1575.
- « Le nouveau divorce : l'échec conjugal sans faute », Gaz. Pal. 2002, doct., 1, p. 300.

BREMOND V., « Remarques sur l'article 214 du Code civil entre époux séparés de biens », J.C.P. 1998, éd. N, 435.

- « Les droits locatifs du conjoint survivant après la loi du 3 décembre 2001 », P.A. 30 juillet 2002, n°151, p. 4.

BRUNET A., « Les incidences de la réforme du divorce sur la séparation de fait entre époux », D. 1977, chr. 191.

BRUNETTI-PONS C., « Couple et durée », in La notion juridique de couple, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, Economica, 1998, p. 29.

- « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », R.T.D. Civ. 1999, p. 27.
- « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille », Dr. Fam. 2003, chr. n°15 et n°17.

BUFFETEAU P., « D'épargne et d'assurance-vie », J.C.P. 2001, éd. N, p. 507.

CABRILLAC R., « Les restrictions au droit de poursuite des créanciers dans le régime de la communauté légale », Droit et Patrimoine n°50, juillet-août 1997, p. 56.

- « Libre-propos sur le P.A.C.S. (après l'adoption du texte en première lecture par l'Assemblée nationale) », D. 1999, chr. 71.
- « Les réformes du droit de la famille et le PACS », Dr. Fam. 2000, chr. n°13.

CABRILLAC S., « L'omission dans les conventions définitives homologuées », Dr. Fam. 2000, chr. n°11.

CADET F., « Chronique de droit espagnol », Dr. Fam. 2003, chr. n°21.

CALAY-AULOY M.-T., « Pour un mariage aux effets limités », R.T.D. Civ. 1988, p. 255.

CAPARROS E., « Le patrimoine familial québécois : une qualification difficile », in Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à G. Cornu, P.U.F., 1994, p. 51.

CAPORALE F., « Société et indivision », Revue des sociétés 1979, p. 265.

CARBONNIER J., « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle : études offertes à Georges Ripert, Tome 1, Etudes générales. Droit de la famille, L.G.D.J., 1950, p. 325.

- « La communauté entre époux est-elle une personne morale ? », in Journées de droit de Pavie et de Milan, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome 8, Dalloz, 1955, p. 280.
- « V^{is} Famille, Législation et quelques autres », in Mélanges offerts à René Savatier, Dalloz, 1965, p. 153.
- « Rapport de synthèse du 75^{ème} Congrès des notaires de France », J.C.P. 1978, éd. N, p. 399.
- « Le mariage par les œuvres ou la légitimité remontante », in Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 255.
- « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in Les notions à contenu variable en droit, Etudes publiées par C. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 99.
- « Sur un air de famille », in La famille, la loi, l'Etat. De la Révolution au Code civil, Textes réunis et présentés par I. THERY et C. BIOT, Ed. du centre Georges Pompidou, 1989, p. XIII.

CASEY J., « Droit des successions : commentaire de la loi du 3 décembre 2001 », R.J.P.F. janvier 2002, p. 6 (1^{ère} partie) ; R.J.P.F. février 2002, p. 6 (2nde partie).

CATALA P., « La transformation du capital dans le droit civil moderne », R.T.D. Civ. 1966, p. 185.

- « L'indivision », Defrénois 1979, 1980, 1981, art. 31874, 31886, 32160, 32172, 32576.
- « L'indivision entre époux », in Mélanges offerts à P. Hébraud, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 185.
- « Couple et modernité : gestion et transmission du patrimoine. Rapport de synthèse présenté au 84^{ème} Congrès des notaires », Defrénois 1988, art. 34305, p. 977.
- « Pour une réforme des successions », Gaz. Pal. 1999, doct., 1, p. 699 ; Defrénois 1999, art. 36964, p. 449.
- « Critique de la raison médiatique », Le Pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 63.
- « Le problème du droit successoral », Perspectives de réformes en droit de la famille, Dr. Fam. Hors série, décembre 2000, p. 37.
- « Proposition de loi relative aux droits du conjoint survivant », J.C.P. 2001, éd. G, Actualité, p. 861.

CHAINE S. et **IWANESKO M.**, « Aspects fiscaux de l'assurance-vie », J.C.P. 2000, éd. N, p. 872.

CHAMPAUD C., « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée. Rapport du groupe d'étude chargé de la possibilité d'introduire l'E.P.R.L. dans le droit français », R.T.D. Com. 1979, p. 579.

CHAMPENOIS G., « Quelques observations sur l'obligation à la dette et la rénovation de la communauté », in Etudes offertes à Jacques Flour, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 33.

- « Les présomptions d'indivision dans le pacs », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 83.

CHARBONNEAU C. et **PANSIER F.-J.**, « *Et in terra PACS*. Commentaire du Pacte civil de solidarité créé par la loi du 14 novembre 1999 et à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel », Gaz. Pal. 1999, doct., 2, p. 1793.

- « *Hominibus bonae voluntatis* (le Pacs II) », Gaz. Pal. 2000, doct., 2, p. 1953.
- « Le contrat d'assurance-vie à la croisée des qualifications : entre assurance épargne et capitalisation, l'assurance balance », Gaz. Pal. 2001, doct., 1, p. 394.

CHARLIN J., « Le contrat de concubinage. Formule », J.C.P. 1991, éd. N, p. 459.

CHARTIER Y., « Domicile conjugal et vie familiale », R.T.D. Civ. 1971, p. 511.

CHAUVEAU P., « Le fonds de commerce. Patrimoine d'affectation ? Propos sur le contrat de gérance libre », D.H. 1939, chr. 37.

C.E.R.F.A.P., « Nouvelle personne, nouvelle famille ? », Dr. Fam. 2003, chr. n°5.

CLAUX P.-J., « Prononcé du divorce et liquidation du régime matrimonial : jusqu'où aller ? », A.J. Fam. décembre 2001, p. 89.

- « Retraite et divorce », A.J. Fam. août-septembre 2002, p. 278.

COGNO-BOURDIEU G. et **MOOS D.**, « Proposition d'une méthode de calcul de la prestation compensatoire », Gaz. Pal. 1998, doct., 2, p. 1718.

COLCOMBET F., « La réforme du divorce », D. 2001, Interview 2901.

COLOMER A., « La réforme des régimes matrimoniaux ou : vingt ans après (premières réflexions sur la loi du 23 décembre 1985) », D. 1986, chr. 49.

- et **CHAMPENOIS G.**, « La loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux », Defrénois 1986, art. 33793, p. 1045.

COMMAILLE J., « La construction du couple par les individus, la société et le politique. Approche sociologique », in La notion juridique de couple, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, Economica, 1998, p. 9.

- « Une sociologie politique du droit de la famille. Des référentiels en tension : émancipation, institution, protection », in Droit comparé des personnes et de la famille, Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 83.

- « Compte rendu du 95^{ème} Congrès des Notaires de France », Defrénois 1999, Actualité, p. 98.

- « Les métamorphoses de la gestion politique de l'univers privé des individus. Du « législateur juridique » au juriste consultant », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 19.

CORNU G., « Du sentiment en droit civil », in L'art du droit en quête de sagesse, P.U.F., Coll. Doctrine juridique, 1^{ère} éd., 1998, p. 71.

- « La réforme des régimes matrimoniaux », J.C.P. 1967, éd. G, I, 2128.

- « Le règne discret de l'analogie », in Mélanges offerts à A. Colomer, Litec, 1993, p. 129.

CORON D. et **LUCET F.**, « Assurance-vie, union libre et révocation pour survenance d'enfant », Defrénois 2000, art. 37183, p. 690.

COURTRAY F., « Pacte civil de solidarité : une occasion manquée », R.D. sanit. soc. 2000, p. 1.

COUZIGOU-SUHAS N., « La prestation compensatoire « formule 2000 » : de quelques illusions perdues », Gaz. Pal. 2000, doct., 2, p. 1926.

CREMONT G., « Faut-il déjudiciariser le divorce sur requête conjointe ? », J.C.P. 1999, éd. N, p. 114.
- « Rupture du couple et médiation familiale », J.C.P. 1999, éd. N, p. 317.

CREST (DU) A., « Le mariage, « pépinière » de l'Etat : politique matrimoniale et discours populationniste au XVIII^{ème} siècle », R.R.J. 2002-3, p. 1495.

DAGOT M., « Réflexions sur le droit à maintenance prévu dans le projet de loi modifiant le Code civil et relatif aux successions », J.C.P. 1994, éd. G, I, 3806.

DAVIAUD P., « La nouvelle indignité successorale. Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 », D. 2002, chr. 1856.

DEBOISSY F. et WICKER G., « La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux », R.T.D. Civ. 2000, p. 225.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « L'indivision dans les sociétés en participation », J.C.P. 1980, éd. G, I, 2970.

- « Illusions et dangers du statut des sociétés créées de fait », D. 1982, chr. 83.
- « Propos hétérodoxes sur les familles naturelles », in Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille, Liber amicorum, L.G.D.J., 1994, p. 67.
- « Séparation des époux et solidarité ménagère », Droit et Patrimoine n°31, décembre 1995, p. 49.
- « Couple et cohabitation », in La notion juridique de couple, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, Economica, 1998, p. 61.
- « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in Mélanges Christian Mouly, Litec, 1998, p. 281.
- « A propos du pluralisme des couples et des familles », P.A. 28 avril 1999, n°84, p. 29.
- « Vers un nouveau droit de la famille ? », Droit et Patrimoine n°75, octobre 1999, p. 6.
- « La nécessité d'une réforme », Perspectives de réformes en droit de la famille, Dr. Fam. Hors série, décembre 2000, p. 17.
- « Divorce et contrat », in La contractualisation de la famille, sous la dir. de D. FENOUILLET et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, Economica, 2001, p. 67.
- « PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », R.T.D. Civ. 2001, p. 529.
- « Commentaire de la loi relative au nom de famille », R.J.P.F. juillet-août 2002, p. 6.

DELBREL Y., « La reconnaissance jurisprudentielle de l'union libre au XIX^{ème} siècle », R.R.J. 2002-3, p. 1513

DELMAS SAINT-HILAIRE P., « PACS – Aspects fiscaux », J.C.P. 2000, éd. N, p. 458.

- « La révision et la transmission de la prestation compensatoire », Droit et patrimoine n°110, décembre 2002, p. 65.

DELORY C. et FRULEUX F., « Aspects fiscaux de la loi du 3 décembre 2001 : les nouveaux droits du conjoint survivant », J.C.P. 2002, éd. N, 1576.

DENEUVILLE C., « Le partenariat à l'étranger », Droit et patrimoine n°81, avril 2000, p. 67.

DEPONDY A., « Le sort des libéralités maintenues après le divorce », Defrénois 1986, art. 33778, p. 897.

- « Droits successoraux du conjoint survivant : l'instruction du 7 avril 2003 », Droit et patrimoine n°115, mai 2003, p. 24.

DERRIDA F., « Le sort du passif né du chef du conjoint en cas de redressement judiciaire d'un époux sous le régime de la communauté légale », in Mélanges offerts à A. Colomer, Litec, 1993, p. 155.

DERRUPE J., « Les droits sociaux acquis avec des biens communs selon la loi du 10 juillet 1982 », Defrénois 1983, art. 33053, p. 521.

DESTAME C., « Anticipons ensemble les effets d'une proposition de loi. Formule-cadre », J.C.P. 1998, éd. N, p. 1536.

DILOY C., « Cause et PACS », R.R.J. 2002-1, p. 115.

DOUET F., « Les apports du pacte civil de solidarité sur la situation fiscale des concubins ou les charmes fiscaux discrets du pacte civil de solidarité », Le Pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 37.

- « Les aspects fiscaux de la loi relative à la prestation compensatoire en matière de divorce », Dr. Fam. 2000, chr. n°18.

DRAGO G., « La constitution « en réserves ». Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 portant sur la loi relative au pacte civil de solidarité », Le Pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 46.

DUMAS-COLNOT M.-F. et LACOSTE G., « Aspects judiciaires de la prestation compensatoire », Droit et patrimoine n°110, décembre 2002, p. 72.

DUPEYROUX J.-J., « Les obligations naturelles, la jurisprudence, le droit. Quelques réflexions en forme de bilan », in Mélanges offerts à Jacques Maury, Tome 2, Droit comparé. Théorie générale du droit et droit privé, Dalloz Sirey, 1960, p. 321.

ESMEIN P., « Le problème de l'union libre », R.T.D. Civ. 1935, p. 745.

FAURE P. et **PASQUALINI C.**, « La réserve », Rapport au 72^{ème} Congrès des Notaires de France, 1975, p. 480.

FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un Code civil européen ? », R.T.D. Civ. 2002, p. 463.

FAVENNEC-HERY F., « Les relations professionnelles entre époux ou le travail sans la subordination. Cass. Soc. 6 novembre 2001, *Bouvard c./ Zanaria* », Dr. Soc. 2002, p. 403.

FAVIER Y., « Les concubins et leurs droits sociaux », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 241.

FEHRENBACH K., « Devoir de secours des époux et pension alimentaire après décès », P.A. 29 décembre 2000, n°260, p. 4.

FEMENIA L.-A., « Le contrat, après la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité », R.R.J. 2002-3, p. 1199.

FENOUILLET D., « La suppression du divorce pour faute ou feu le pluralisme en droit de la famille », A.J. Fam. décembre 2001, p. 82.

FERRE-ANDRE S., « Pour une réforme *a minima* du divorce en général et de la prestation compensatoire en particulier », Defrénois 1998, art. 36863, p. 1082.

- « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 (Analyse raisonnée de quelques difficultés) », Defrénois 2002, art. 37572, p. 863.

FERRON G., « Les donations déguisées ou par personnes interposées dans l'article 1099 du Code civil », Revue critique 1911, p. 41 et p. 168.

FESTY P., « Le déclin du mariage ? », Revue Futuribles n°235, juillet-août 2000, p. 69.

- « La population de la France au seuil des années 2000 », Populations et sociétés n°355, mars 2000.

- « Pacs : l'impossible bilan », Population et sociétés n°369, juin 2001.

FILLETTE J.-L., « A propos des récentes tentatives de résurrection de la séparation de biens avec société d'acquêts. Etude critique, en hommage à M. le professeur Jean Maury », Defrénois 1996, art. 36369, p. 897.

FLAUSS DIEM J., « Couples de même sexe et famille. Version anglaise (à propos de la décision *Fitzpatrick* du 28 octobre 1999) », Dr. Fam. 2000, chr. n°24.

FLORAND J.-M. et **ACHAOUI K.**, « Vers un nouveau modèle d'organisation familiale : le contrat d'union civile », P.A. 9 avril 1993, n°43, p. 11.

FLOUR J., « L'obligation naturelle en droit civil », in La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome 7, Ed. E. Douet, Montréal, 1956, p. 813.

FLOUR Y., « Brèves remarques sur l'indivision entre partenaires d'un pacte civil de solidarité », Gaz. Pal. 1999, doct., 1, p. 284.

- « Le cautionnement et le patrimoine des couples », Droit et patrimoine n°92, avril 2001, p. 80.

- « Les nouveaux droits *ab intestat* du conjoint survivant », Gaz. Pal. 2002, doct., 2, p. 1412.

FOSSIER T., « Le pacte civil de solidarité et le tribunal », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 107.

FREMEAUX S., « L'avenir de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial », Defrénois 2000, art. 37166, p. 529.

FROMION-HEBRARD B., « Plaidoyer pour une nouvelle approche juridique du patrimoine », P.A. 19 mai 2000, n°100, p. 30.

FULCHIRON H., « Les présomptions d'indivision et de communauté dans le couple (Pour une interprétation raisonnée... ou une réforme des présomptions d'indivision dans le P.A.C.S.) », Defrénois 2001, art. 37391, p. 949.

- « L'autorité parentale rénovée (Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale) », Defrénois 2002, art. 37580, p. 959.

- « Couples, mariage et différence des sexes : une question de discrimination ? », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 29.

GANANCIA D., « Droits et obligations résultant du concubinage », Gaz. Pal. 1981, doct., 1, p. 16.

- « Pour un divorce du XXI^{ème} siècle », Gaz. Pal. 1997, doct., 1, p. 662.

- « Enfin un divorce du XXI^{ème} siècle », Gaz. Pal. 2001, doct., 2, p. 1808.

GARÇON J.-P., « Le droit au logement du conjoint survivant en cas de détention indirecte de la résidence principale », J.C.P. 2002, éd. N, 1402.

GARRON R., « Influence de la destination sur le régime juridique des droits », D. 1965, chr. 191.

GAUDU F., « A propos du « contrat d'union civile » : critique d'un profane », D. 1998, chr. 19.

GERNEZ V., « Pour un statut matrimonial unifié, libre, égal et solidaire pour tous », Droit et Patrimoine n°68, février 1999, p. 95.

- « Couple, famille et société : quel droit pour demain ? », P.A. 27 juin 2000, n°127, p. 8.

GHESTIN J.

- et **BILLIAU M.**, « Contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », J.C.P. 2001, éd. G, I, 329.

- « Les données positives du droit », R.T.D. Civ. 2002, p. 11.

GIACOPELLI-MORI M., « L'autonomie de la volonté dans les conventions entre époux divorcés », R.T.D. Civ. 2001, p. 505.

GIBIRILA D., « L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles », Defrénois 1998, art. 36808, p. 625.

GILLES A.-M., « Couple et lien économique », in La notion juridique de couple, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, Economica, 1998, p. 113.

GIRAY M., « L'assurance-vie hors succession : la mort d'une fiction ? », Droit et patrimoine n°89, janvier 2001, p. 24.

GOFFEAUX G., « Liquidation de la communauté et fixation de la prestation compensatoire », Dr. Fam. 2001, chr. n°1.

GOUBEAUX G., « Réforme des successions : l'inquiétant concours entre collatéraux privilégiés et conjoint survivant. (A propos de l'article 757-3 du Code civil). Pourquoi faire simple ?... », Defrénois 2002, art. 37519, p. 427.

GOUTTENOIRE-CORNUT A., « Collaboration familiale et enrichissement sans cause », Dr. Fam. 1999, chr. n°19.

- « Responsabilité civile et rupture unilatérale du concubinage », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 257.

- « La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 », Dr. Fam. 2002, chr. n°24.

GRANDSIRE O., « L'érosion de la volonté matrimoniale », in Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etudes à la mémoire du professeur Algrede Rieg, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 389.

GRANET F., « L'enregistrement des couples non mariés en Europe », *Le Pacs*, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 58.

- « Concubinages, partenariats enregistrés et mariages entre homosexuels en Europe », *in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 375.

GRIFFON L., « L'extension de la procédure collective au conjoint du débiteur », *Defrénois* 2003, art. 37709, p. 493.

GRILLET-PONTON D., « Réflexions autour du thème de la solidarité entre générations », *Dr. Fam.* 1999, chr. n°16.

- « Le renouveau familial du droit d'usage et d'habitation : éclairage civil et fiscal », *Dr. Fam.* 2001, chr. n°20.
- « Quasi-conjugalité, pluri et post-conjugalité : Libres propos sur quelques situations atypiques », *J.C.P.* 2002, éd. G, I, 108.
- « La fiscalité du pacs. Forces et faiblesses du nouveau statut », *in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 271.

GRILLON G., « L'information pré-nuptiale. Décret n°2002-1556 du 23 décembre 2002 », *J.C.P.* 2003, éd. G, *Aperçu rapide* 87.

GRIMALDI M., « Le logement de la famille », *Defrénois* 1983, art. 33120, p. 1117 ; art. 33130, p. 1025.

- « L'assurance-vie et le droit des successions (à propos de Cass. civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000, arrêt Leroux) », *Defrénois* 2001, art. 37276, p. 3.
- « Droits du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle », *A.J. Fam.* février 2002, p. 48.
- « Réflexions sur le pacte civil de solidarité du droit français », *Defrénois* 2003, art. 37763.

GUYOT J.-C., « Prestation compensatoire : la vision d'un sociologue », *A.J. Fam.* avril 2002, p. 140.

HAUSER J., « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », *in Religion, société et politique. Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, P.U.F., 1983, p. 505.

- « Vers une théorie générale du droit familial ? », *D.* 1991, chr. 56.
- « Les communautés taisibles », *D.* 1997, chr. 255.
- « Couple et différence de sexe », *in La notion juridique de couple*, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, *Economica*, 1998, p. 95.
- « Du PIC au PACS : expertise génétique d'une loi », *Le Pacs*, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 15.

- « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré, P.U.F, Dalloz, Ed. du Juris-classeur, 1999, p. 441.
- « PACS – Statut civil des partenaires », J.C.P. 2000, éd. N, p. 411.
- « La concurrence des formes juridiques de vie en couple », Perspectives de réformes en droit de la famille, Dr. Fam. Hors série, décembre 2000, p. 20.
- « Le pacte civil de solidarité est-il un contrat consensuel ou un contrat solennel ? », Defrénois 2001, art. 37362, p. 673.
- « Révocation des donations pour survenance d'enfants : quelles donations et quels enfants ? », Defrénois 2001, art. 37437, p. 1379.
- « Rapport de synthèse », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 619.
- « Les formes de la prestation compensatoire », Droit et patrimoine n°110, décembre 2002, p. 57.
- et **DELMAS SAINT-HILAIRE P.**, « Vive les libéralités entre époux ! », Defrénois 2002, art. 37645, p. 3.
- et **DELMAS SAINT-HILAIRE P.**, « Les quotités disponibles et la loi du 3 décembre 2001 », Defrénois 2003, art. 37749, p. 739.

HENAFF G., « La communauté de vie du couple en droit français », R.T.D. Civ. 1996, p. 551.

- « Le rôle de la possession d'état dans la preuve du couple », P.A. 28 avril 1999, n°84, p. 41.

HENOT F., « L'action *de in rem verso* dans le cadre des relations familiales », R.R.J. 1997-3, p. 905.

HILT P., MATTEI G., RIHM I., « Le sort du logement commun en cas de séparation du couple non marié : éléments de droit comparé », A.J. Fam. mai 2002, p. 174.

HOIR-LAUPRETRE (D') C., « Le conjoint du chef d'entreprise : la nécessité d'une plus grande autonomie patrimoniale dans le respect des intérêts de tous les créanciers », Droit et Patrimoine n°56, janvier 1998, p. 20.

HONORAT J., « Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel », R.T.D. Civ. 1969, p. 653.

HOVASSE-BANGET S., « Assurance vie et régime de communauté », J.C.P. 2001, éd. N, p. 1434.

HUGOT J., « De la substitution d'un capital à une prestation compensatoire fixé sous forme de rente », Dr. Fam. 2000, chr. n°23.

- et **PILLEBOUT J.-F.**, « Prestation compensatoire : l'application de la loi du 30 juin 2000 en chiffres », J.C.P. 2002, éd. N, 1572.

IWANESKO M., « L'exécution de la donation entre époux », Defrénois 2000, art. 37125, p. 352.

JOSSERAND L., « L'avènement du concubinat », D.H. 1932, chr. 46.

JOUSSELIN P., « Rapport de la Commission chargée de l'étude des régimes matrimoniaux », Bulletin de la Société d'Etudes législatives 1939, p. 86.

JUBAULT C., « L'omission d'un bien dans la convention définitive homologuée. », Dr. Fam. 1998, chr. n°9.

JULIEN SAINT AMAND P. et **COQUEMA J.-M.**, « Coup de pied dans la fourmilière, l'arrêt « Leroux », du 18 juillet 2000 », Droit et patrimoine n°89, janvier 2001, p. 28.

KEITA M., « Observations sur le sort des associations inactives », P.A. 19 février 1999, n°36, p. 4.

KHAIRALIAH G., « Les « partenariats organisés » en droit international privé (Propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité) », R.C.D.I.P. 2000, p. 317.

LABRUSSE-RIOU C., « Couple et lien affectif », in La notion juridique de couple, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, Economica, 1998, p. 75.

LAFORST-TACCHINI V., « La procédure de surendettement à l'épreuve du pacte civil de solidarité », Dr. Fam. 2003, chr. n°3.

LAGARDE X., « Prévenir le surendettement des particuliers », J.C.P. 2002, éd. G, I, 163.

LAMY (DE) B., « Une frontière du droit au respect de la vie familiale : l'éloignement des délinquants étrangers du territoire français », Dr. Fam. 1998, chr. n°8.

LANGLADE J.-P., « Dissertation sur un oubli fâcheux de la loi du 23 décembre 1985 : la toilette de l'article 215, alinéa 3, du Code civil », D. 1986, chr. 166.

LARROUMET C., « La libéralité consentie par un concubin adultère », D. 1999, chr. 351.

LECUYER H., « Rapport introductif », in La notion juridique de couple, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, Economica, 1998, p. 1 ; « La notion juridique de couple », Droit et Patrimoine n°53, octobre 1997, p. 62.

- « La prestation du Sénat », Dr. Fam. avril 1998, Repères.
- « Le notaire et la prestation compensatoire : problèmes liés à la durée de la prestation compensatoire », Droit et Patrimoine n°70, avril 1999, p. 46.
- « Assurance-vie, libéralité et droit des successions : retour sur une question controversée », Dr. Fam. 1999, chr. n°18.

- « Le pacs (désormais) sous toutes ses coutures », Dr. Fam. 2000, chr. n°1.
- « La loi n°2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce. Etude de droit civil », Dr. Fam. 2000, chr. n°17.
- « Situation de fait, situation de droit ? », Dr. Fam. juin 2001, Repères.
- « Brèves observations sur la proposition de loi « portant réforme du divorce » », Dr. Fam. 2001, chr. n°26.
- « La déclaration sur l'honneur », Dr. Fam. 2003, chr. n°6.
- « De la prestation compensatoire en général, et de la déclaration sur l'honneur en particulier », Dr. Fam. 2003, chr. n°11.

LEFRANC-HAMONIAUX C., « L'entraide entre les époux à l'épreuve du temps », Dr. Fam. 1999, chr. n°13.

LE GUIDE R., « 30 ans d'application du régime matrimonial légal », Dr. Fam. 1998, chr. n°1.

- « Le pacs et la transmission des biens entre concubins », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 133.

LE LIVEC-TOURNEUX M., « Surendettement des particuliers et régimes matrimoniaux », J.C.P. 1993, éd. N, p. 1.

LEMOULAND J.-J., « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », D. 1997, chr. 133.

- « Présentation de la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité », D. 1999, chr. 483.
- « Formation et dissolution du pacte civil de solidarité », J.C.P. 2000, éd. N, p. 406.
- « Les motifs de la loi [du 30 juin 2000] et son application dans le temps », Droit et patrimoine n°110, décembre 2002, p. 50.
- « Le couple en droit civil », Dr. Fam. 2003, chr. n°22.

LEPROUST-LARCHER M.-C. et CHEVALLIER J.-C., « 98^{ème} Congrès des Notaires de France. Deuxième commission : prévenir les risques », J.C.P. 2002, éd. N, 1632.

LEQUETTE Y., « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar », D. 2002, chr. 2202.

LEVENEUR L., « Les dangers du contrat d'union civile et sociale », J.C.P. 1997, éd. G, I, 4069 ; J.C.P. 1998, éd. N, p. 58 ; Le Pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, chr. n°2.

- « Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ? », J.C.P. 1999, éd. G, I, 152.

- « Le choix des mots en droit des personnes et de la famille », in Les mots de la loi, sous la dir. de N. MOLFESSIS, Economica, 1999, p. 11.

LEVY-BRUHL H., « Réflexions sur la famille », in Aspects sociologiques du droit, Petite bibliothèque sociologique, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1955, p. 143.

LOTTI B., « Le bail conjugal d'habitation », J.C.P. 1995, éd. N, p. 325

LOUSTALET F., « Aspects économiques de la prestation compensatoire », Droit et patrimoine n°110, décembre 2002, p. 76.

MALAURIE P., « Le mariage et les homosexuels », D. 9 octobre 1997, dern. Actualité.

- « Un statut légal du concubinage ? Cuc, Pic, Pacs et autres avatars du mariage », Defrénois 1998, art. 36838, p. 871.
- « Changement conventionnel de régime matrimonial et suppression de l'homologation judiciaire », Defrénois 1998, art. 36845, p. 913.
- « Sur le PACS », Le Pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 30.
- « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », J.C.P. 2002, éd. G, I, 143.

MALECKI C., « Le PACS et le droit des sociétés », Revue des sociétés 2000, p. 653.

MALINVAUD P., « L'impossibilité de la preuve écrite », J.C.P. 1972, éd. G, I, 2468.

- « Réponse – hors délai – à la Commission européenne à propos d'un code européen des contrats », D. 2002, chr. 2542.

MANIGNE M.-C., « La communauté de vie », J.C.P. 1976, éd. G, I, 2803.

MARGUENAUD J.-P., « L'égalité des droits patrimoniaux de la famille », in Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, sous la dir. de F. SUDRE, Bruylant, Coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2002, p. 335.

MARIE C., « Indivisibilité des mesures de redressement judiciaire civil entre des époux et voies de recours (à propos de Civ. 1^{ère} 22 novembre 1994) », Contrats, concurrence, consommation 1994, chr. n°11.

MARTEAU-PETIT M., « Le pacs et le fisc », Dr. Fam. 2001, chr. n°8.

MARTIN SAINT-LEON D., « L'évaluation de la prestation compensatoire ou la recherche de la pierre philosophale », Gaz. Pal. 2002, doct., 2, p. 1576.

- MASSET C.**, « A quel âge mourraient nos ancêtres ? », *Population et sociétés* n°380, juin 2002.
- MASSIP J.**, « Divorce : la réforme des prestations compensatoires », *Defrénois* 2000, art. 37267, p. 1329.
- « La loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille », *Defrénois* 2002, art. 37563, p. 795.
- MAURY J.**, « Le principe participatif en régime matrimonial séparatiste », in Mélanges offerts à A. Colomer, Litec, 1993, p. 243.
- MAYAUX L.**, « Concubinage et assurance : de l'union libre au pacte civil de solidarité », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 293.
- MAZERON-GABRIEL H.**, « Le conjoint successible : un héritier comme les autres ? », *J.C.P.* 2003, éd. N, 1215.
- MEULDERS-KLEIN M.-T.**, « Le démariage consensuel », *Revue des sciences morales et politiques* 1995, p. 175.
- « Les concubinages : diversités et symboliques », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 603.
- MICHON L.**, « La famille et le mariage au temps de la Révolution », in Le maintien de la famille par le droit, 1930, p. 47.
- MIGNOT M.**, « Le partenariat enregistré en droit international privé », *R.I.D.C.* 2001-3, p. 601.
- MOLAS J.-F.**, « La rupture du pacte civil de solidarité », *Droit et patrimoine* n°81, avril 2000, p. 87.
- MOLFESSIS N.**, « L'obligation naturelle devant la Cour de cassation : remarques sur un arrêt rendu par la première Chambre civile, le 10 octobre 1995 », *D.* 1997, chr. 85.
- « Le renvoi d'un texte à un autre », in Les mots de la loi, sous la dir. de N. MOLFESSIS, Economica, 1999, p. 55.
 - « La réécriture de la loi par le Conseil constitutionnel », *J.C.P.* 2000, éd. N, p. 270.
- MONERGER F.**, « PACS – Aspects sociaux », *J.C.P.* 2000, éd. N, p. 452.
- MONTANIER J.-C.**, « L'autorisation de justice en droit matrimonial (proposition pour une interprétation nouvelle de l'art. 217 C. Civ.) », *R.T.D. Civ.* 1984, p. 1.
- MONTEILLET-GEFFROY M.**, « Le notaire et le contentieux du pacs », *J.C.P.* 2001, éd. N, p. 744.

- « L'attribution préférentielle du logement conjugal », J.C.P. 2002, éd. N, 1649.

MONTEIRO E., « A propos des revenus des biens propres des époux dans le régime légal », R.T.D. Civ. 1998, p. 23.

MOOS D., « Des aléas de l'allocation et du calcul de la prestation compensatoire », Gaz. Pal. 1997, doct., 2, p. 1576.

- « Prestation compensatoire : une réforme nécessaire ou chimérique ? », Gaz. Pal. 2000, doct., 1, p. 737.

MORIN G., « Qui, de la communauté ou des époux, doit supporter les charges usufruitaires des biens propres ? », in Mélanges offerts à A. Colomer, Litec, 1993, p. 263.

MOURET-BETELAUD S., « Liquidation complexe – Les clauses de liquidation alternatives des régimes matrimoniaux », Gaz. Pal. 2002, doct., 2, p. 1620.

MULLER M., « L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources », D. 1986, chr. 332.

MULLER-FREIENFELS W., « Les effets du divorce dans le nouveau droit allemand », in Le nouveau droit du divorce en Allemagne et en France, Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques de Strasbourg, Tome 29, L.G.D.J., 1979, p. 95.

MURAT P., « Rattachement familial de l'enfant et contrat », in La contractualisation de la famille, sous la dir. de D. FENOUILLET et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, Economica, 2001, p. 133.

- « Chronique d'une défaite de la raison juridique », in Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle. Etudes offertes à Pierre Catala, Litec, 2001, p. 109.

- « Couple, filiation, parenté », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 53.

- « Filiation et vie familiale », in Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, sous la dir. de F. SUDRE, Bruylant, Coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2002, p. 161.

NAST M., « Vers l'union libre ou le crépuscule du mariage légal », D.H. 1938, chr. 37.

NAUD M., « Bien de famille. Une réforme qui s'impose actuellement », J.C.P. 1987, éd. N, p. 76.

NOBLOT C., « La sincérité dans la formation d'un couple », Droit et patrimoine n°91, mars 2001, p. 94.

NOTTE G., « Les sociétés en sommeil », J.C.P. 1981, éd. G, I, 3022.

OPPETIT B., « Droit commun et droit européen », in L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn, Dalloz, 1994, p. 311.

PAILLUSSEAU J., « L'E.U.R.L. ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », J.C.P. 1986, éd. G, I, 3242.

- « Le droit moderne de la personnalité morale », R.T.D. Civ. 1993, p. 705.

PAISANT G., « Le redressement judiciaire civil à l'essai (Questions sur l'application de la loi surendettement du 31 décembre 1989) », J.C.P. 1991, éd. G, I, 3510.

PANSIER F.-J., « De la contractualisation du droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier », Gaz. Pal. 1999, doct., 1, p. 287.

- « Aspects sociaux du PACS : présentation synthétique », Droit et patrimoine n°81, avril 2000, p. 71.

- « Présentation de la loi adoptée le 21 novembre 2001 sur la réforme des droits successoraux du conjoint survivant et de l'enfant adultérin », Gaz. Pal. 2001, doct., 2, p. 1946.

PARAIN-VIAL J., « La nature du concept juridique et la logique », in Archives de philosophie du droit, 1966, p. 50.

PERNEL C., « Le patrimoine des concubins après la loi du 15 novembre 1999 : indivision ou société créée de fait », Droit et patrimoine n°94, juin 2001, p. 44.

PEYRARD G., « Conjoint survivant : une réforme successorale inutile », D. 2001, Point de vue 3539.

PHILIPPE C., « Quel avenir pour la fidélité ? », Dr. Fam. 2003, chr. n°16.

PIEDELIEVRE S., « Réflexions sur la réforme des successions », Gaz. Pal. 2002, doct., 1, p. 576.

PIERRE S., « La solidarité passive des partenaires du pacs », Dr. Fam. 2000, chr. n°16.

POIVEY-LECLERCQ H., « Observations d'un praticien sur la réforme de la prestation compensatoire », R.J.P.F. septembre 2000, p. 6 (1^{ère} partie) ; octobre 2000, p. 6 (2^{nde} partie).

POUSSON-PETIT J., « L'attitude du législateur face aux concubinages aux Pays-Bas », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 473.

PROTHAIS A., « Dettes ménagères des concubins : solidaires, *in solidum*, indivisibles ou conjointes ? Après Civ. 1^{ère} 11 janvier 1984 », D. 1987, chr. 237.

- « Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux », J.C.P. 1990, éd. G, I, 3440.

PUTMAN E., « Le temps et le droit », Droit et patrimoine n°78, janvier 2000, p. 43.

RADE C., « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », D. 1998, chr. 302.

- « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile », D. 1999, chr. 313.

RAYMOND G., « Nouvelle réforme du surendettement des particuliers et des familles », Contrats, concurrence, consommation 1999, chr. n°10.

- « PACS et droit des contrats », Contrats, concurrence, consommation 2000, chr. n°14.

RAYNAUD P., « Un abus de l'adoption simple : les couples adoptifs », D. 1983, chr. 39.

RAYNAUD DE LAGE N., « La notoriété », D. 2000, chr. 513.

REMY P., « Les droits du conjoint survivant dans le projet de réforme des successions. Regards sur la *lex ferenda* », in Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à Gérard Cornu, P.U.F., 1994, p. 377.

RENCHON J.-L., « Où vont le mariage et le concubinage ? Etat des lieux en Belgique », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 493.

REVEL J., « Les conventions entre époux désunis (Contribution à l'étude de la notion d'ordre public matrimonial) », J.C.P. 1982, éd. G, I, 3055.

REVILLARD M., « Le pacte civil de solidarité en droit international privé », Defrénois 2000, art. 37124, p. 337.

RIVIER M.-C., « La solidarité entre concubins », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 97.

ROCHE-DAHAN J., « La remise de sommes d'argent entre concubins : prêt ou don manuel ? », Droit et patrimoine n°87, novembre 2000, p. 42.

RODIERE R., « Evolution comparative des droits successoraux du conjoint survivant », Bulletin de la Société de législation comparée 1937, p. 304.

RODIERE-GRANGER J.-Y., « De la prestation compensatoire ou du rejet d'un greffon », P.A. 21 avril 2000, n°80, p. 4.

ROEHRIG J.-C., « La famille du troisième millénaire », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 309.

ROLAND R.-M., « Du mariage sans contrat au contrat sans mariage (à propos de la proposition de loi du 23 juillet 1997 sur le C.U.C.S.) », P.A. 6 mars 1998, n°28, p. 12.

ROLLAND B., « Dissolution des sociétés unipersonnelles : une intervention législative opportune ? », J.C.P. 2001, éd. E, p. 1761.

ROVINSKI J., « La révision de la prestation compensatoire. Les risques d'une réforme annoncée », Gaz. Pal. 1999, doct., 1, p. 714.

- « Réflexions sur les articles 283 et 285 du Code civil dans le divorce pour rupture de la vie commune », Gaz. Pal. 2000, doct., 1, p. 579.

ROY A., « Le partenariat civil d'un continent à l'autre », R.I.D.C. 2002-3, p. 759.

RUBELLIN-DEVICHI J., « La famille et le droit au logement », R.T.D. Civ. 1991, p. 247.

- « Les grandes réformes en cours dans le droit de la famille en France », in Droit comparé des personnes et de la famille, Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 661.

- « Présentation de la loi adoptée le 13 octobre 1999 relative au PACS », J.C.P. 1999, éd. G, Actualité, p. 1909.

- « Proposition de réforme de la prestation compensatoire. Etape n°2 », J.C.P. 2000, éd. G, Actualité, p. 507.

- « Après la réforme de la prestation compensatoire : le début de la réforme du divorce », J.C.P. 2001, éd. G, Aperçu rapide, p. 2077.

RUBELLIN P., « L'étrange protection des biens non nécessaires à l'exploitation d'un entrepreneur individuel. Remarques sur l'article 47 de la loi « Madelin » du 11 février 1994 », J.C.P. 1995, éd. G, I, 3856.

- « Le sort de la communauté lorsque les deux époux sont successivement mis en liquidation judiciaire (à propos de trib. com. Romans, 4 octobre 2000) », Defrénois 2001, art. 37345, p. 492.

- « Le pacs à l'épreuve des procédures collectives », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 317.

RZEPECKI N., « Les opérations de crédit et la solidarité ménagère de l'article 220 du Code civil », J.C.P. 1999, éd. G, I, 148.

SAGAUT J.-F., « La clause de révocation de l'institution contractuelle *post nuptias* entre époux en cas de dissolution de l'union par divorce », in *Liber amicorum Georges Daublon*, Répertoire du Notariat Defrénois, 2001, p. 275.

- « Pour une approche moderne de la pratique des libéralités à cause de mort ou comment remettre sans cesse son métier sur l'ouvrage », *Droit et patrimoine* n°102, mars 2002, p. 22.

SAINT-ALARY B., « Régimes matrimoniaux et gestion du recueil du consentement du conjoint », *Droit et patrimoine* n°92, avril 2001, p. 84.

SAINT-ALARY-HOUIN C., « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil », *R.T.D. Civ.* 1979, p. 645.

SAUJOT C., « La séparation de biens accessoire à la séparation de corps », *D.* 1986, chr. 11.

- « Les articles 267 à 269 du Code civil : une apparente simplicité », *Defrénois* 1989, art. 34566, p. 887.

SAUVAGE F., « PACS, mode d'emploi n°2 (à propos de la circulaire du 11 novembre 2000) », *J.C.P.* 2001, éd. N, p. 959.

- « PACS : la protection du partenaire survivant », *R.J.P.F.* mai 2001, p. 6.
- « La discrète abrogation de l'article 1100 du Code civil », *J.C.P.* 2002, éd. N, 1347.
- « Le logement de la veuve », *Droit et patrimoine* n°111, janvier 2003, p. 32.
- « Les donations entre époux restrictives après la loi du 3 décembre 2001 », *J.C.P.* 2003, éd. N, 1102.

SAVATIER R., « Des inconvénients du régime conventionnel de séparation de biens », *D.H.* 1929, chr. 21.

- « L'action des créanciers pour dettes de ménage contre les époux séparés de biens », *D.H.* 1935, chr. 25.
- « L'évolution du régime de la séparation de biens », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1937, p. 58.
- « Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit », *D.H.* 1939, chr. 49.
- « Rapport sur le projet de loi sur la famille personne morale », *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 1940-46, p. 143.

SAVOURE B., « Le PACS : propositions d'interprétation », *Droit et patrimoine* n°81, avril 2000, p. 58.

SCHOETTL J.-E., « Le pacte civil de solidarité à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *P.A.* 1^{er} décembre 1999, n°239, p. 6.

SEERLOOTEN P., « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », *D.* 1985, chr. 185.

SENECHAL M., « L'obligation du conjoint survivant aux dettes du défunt après la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2003, art. 37673, p. 207.

SERIAUX A., « La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris », *R.T.D. Civ.* 1997, p. 53.

- « Concubinage formel et mariage informel », in La notion juridique de couple, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, Economica, 1998, p. 43.
- « Le juriste face au droit de la famille », *Dr. Fam.* 2001, chr. n°13.

SEUBE J.-B., « Dans l'ombre de la loi sur les prestations compensatoires : insuffisances, incertitudes, incohérences, paradoxes, effets pervers », *Dr. Fam.* 2000, chr. n°20.

- « Exécution du pacte civil de solidarité », *Droit et patrimoine* n°115, mai 2003, p. 76.

SIMLER P., « L'indivision entre époux séparés de biens, une quasi-communauté ? », in Mélanges offerts à A. Colomer, Litec, 1993, p. 461.

- « Les interférences des régimes matrimoniaux et des procédures collectives », *P.A.* 17 juin 1998, n°72, p. 28.
- « Patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement », *J.C.P.* 1987, éd. N, p. 201.
- « Pour un autre régime matrimonial légal », in L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, P.U.F., Ed. du Juris-Classeur, 1999, p. 455.
- « Le « régime matrimonial » des concubins », in Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 75.

SINAY H., « Les conventions sur les pensions alimentaires », *R.T.D. Civ.* 1954, p. 228.

SINGLY (DE) F., « Nouvelles familles, nouvelles politiques », in La politique sociale, sous la dir. de J. COMMAILLE et F. DE SINGLY, Problèmes pratiques et sociaux, n°761, La documentation française, p. 48.

SOULEAU-TRAVERS A., « Solidarité légale entre époux et entre partenaires d'un « P.A.C.S. ». (Aspects comparatifs) », *Defrénois* 2002, art. 37533, p. 571.

STORCK M., « Les contrats de concubinage », *Journal des notaires et des avocats* 1988, art. 59366, p. 642.

SUPIOT A., « Les mésaventures de la solidarité civile (Pacte civil de solidarité et système d'échanges locaux) », *Dr. Soc.* 1999, p. 64.

- « La fonction anthropologique du droit », *Revue Esprit* février 2001, p. 151.

TAISNE J.-J., « La loi Neiertz face au droit patrimonial de la famille », Droit et patrimoine n°90, février 2001, p. 30.

TAURAN T., « L'ordre et le droit (Réflexions sur la notion et l'intérêt de « l'ordre » en matière juridique) », R.R.J. 2000-3, p. 1255.

TCHENDJOU M., « La patrimonialisation des actes d'entraide familiale », Gaz. Pal. 2002, doct., 1, p. 52.

TERRE F., « Histoire d'une loi », Le Pacs, Dr. Fam. Hors série, décembre 1999, p. 28.

THERY I., « Le contrat d'union sociale en question », Revue Esprit octobre-décembre 1997, p. 159.

- « Pacs, sexualité et différence des sexes », Revue Esprit octobre 1999, p. 139.
- « Approche sociologique de la « vie familiale » : la question des définitions », in Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme, sous la dir. de F. SUDRE, Bruylant, Coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2002, p. 61.

THERY R., « L'intérêt de la famille », J.C.P. 1972, éd. G, I, 2485.

THIBIERGE C., « Libres-propos sur l'évolution de la responsabilité : vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile », R.T.D. Civ. 1999, p. 560.

THIERRY J., « Faut-il supprimer le contrôle judiciaire du changement de régime matrimonial ? », D. 2000, chr. 68.

THOMAS-DAVID B., « La réforme des droits du conjoint survivant en présence de descendants et le maintien de l'utilité des dispositions à cause de mort », J.C.P. 2002, éd. N, 1242.

TISSERAND A., « L'indésirable indivisibilité dans le divorce sur requête conjointe », in Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille, Liber amicorum, L.G.D.J., 1994, p. 497.

TOULEMON L. et **MAZUY M.**, « Les naissances sont retardées mais la fécondité reste stable », Revue Population, I.N.E.D., 2001, n°4, p. 611 et s.

TREMOSA F. et **BANDRES S.**, « Cas pratique : PACS lors de l'achat de la résidence principale », Droit et patrimoine n°81, avril 2000, p. 94.

VALORY S., « Le point sur le PACS... », R.J.P.F. mars 1999, p. 22.

VASSAUX J., « L'indemnité d'occupation réclamée à l'époux divorçant... ou le mythe de Sisyphe ? », Droit et patrimoine n°112, février 2003, p. 24.

VAUVILLE F., « Protection des créanciers et changement de régime matrimonial », J.C.P. 1999, éd. N, p. 715.

- « La fin du pacte civil de solidarité », Droit et patrimoine n°91, mars 2001, p. 26.
- « PACS et SRU : un mauvais mariage », R.J.P.F. mai 2001, p. 15.
- « Les droits au logement du conjoint survivant », Defrénois 2002, art. 37608, p. 1277.

VIALLETON H., « Famille, patrimoine et vocation héréditaire en France depuis le Code civil », in Mélanges offerts à Jacques Maury, Tome 2, Droit comparé. Théorie générale du droit et droit privé, Dalloz Sirey, 1960, p. 584.

VIAL-PEDROLETTI B., « Le nouvel article 9-1 de la loi du 6 juillet 1989 modifié par la loi SRU : un texte dénué de sens et d'utilité », Loyers et copropriété avril 2001, p. 4.

VIGNEAU D., « Les droits successoraux du conjoint survivant », Le couple : actualité et perspectives, 1^{ères} Rencontre notariat-université Toulouse, P.A. 30 septembre 2002, n°195, p. 11.

VILLACEQUE J., « Réflexions sceptiques d'un praticien sur la réforme du divorce », D. 2001, Point de vue 3355.

VILLA-NYS M.-C., « Réflexions sur le devenir de l'obligation de fidélité dans le droit civil de la famille », Droit et patrimoine n°85, septembre 2000, p. 88.

VON BAR C., « Vers un code civil européen ? », Les annonces de la Seine, 3 juin 2002, n°33, p. 1.

YAMBA G., « Le sort de la solidarité ménagère en cas de séparation des époux », J.C.P. 1996, éd. N, 1505.

ZAJTAY L., « Quelques projets de réforme du régime matrimonial légal en France, Belgique et Allemagne », R.I.D.C. 1955, p. 572.

ZATTARA A.-F., « L'assurance-vie à la croisée du droit des assurances et du droit patrimonial de la famille (à propos de TGI Paris, 5^{ème} ch., 1^{ère} sect., 17 novembre 1999) », Dr. Fam. 2000, chr. n°22.

IV - NOTES, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS SOUS JUGEMENTS ET ARRETS

ABITBOL E., Civ. 1^{ère} 24 mars 1971, D. 1972, 360.

AUBERT J.-L., Civ. 1^{ère} 1^{er} mars 1972, Defrénois 1973, art. 30378, p. 815.

AUBERT DE VINCELLES C., Ch. mixte 12 avril 2002, D. 2002, 2433.

AULAGNON L., Paris, 6 décembre 1940, J.C.P. 1941, II, 1688.

BARBEROT C., Civ. 1^{ère} 3 avril 2002, D. 2002, 1592.

- Civ. 1^{ère} 15 mai 2002 (3 arrêts), D. 2002, 1781.

BARRET O., Civ. 1^{ère} 2 mai 2001, J.C.P. 2002, éd. G, II, 10062.

BATIFFOL H., Civ. 1^{ère} 3 janvier 1980, R.C.D.I.P. 1980, p. 331.

BATTEUR A., Civ. 2^{ème} 25 janvier 1984, J.C.P. 1986, éd. G, II, 20540.

BEIGNIER B., Civ. 1^{ère} 21 octobre 1997, Dr. Fam. 1998, comm. n°14.

- Bourges, 8 décembre 1997, Dr. Fam. 1998, comm. n°89.

- Toulouse, 20 avril 1998, Dr. Fam. 1998, comm. n°121.

- Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, Dr. Fam. 1999, comm. n°17.

- Civ. 1^{ère} 3 février 1999 ; Angers, 23 février 1998, Dr. Fam. 1999, comm. n°54.

- Paris, 16 février 1999, Dr. Fam. 1999, comm. n°85.

- Civ. 1^{ère} 16 mars 1999, Dr. Fam. 1999, comm. n°82.

- Civ. 1^{ère} 26 mai 1999, Dr. Fam. 1999, comm. n°83.

- Civ. 1^{ère} 16 mai 2000, Dr. Fam. 2000, comm. n°102.

- Civ. 1^{ère} 16 mai 2000, Dr. Fam. 2001, comm. n°2.

- Civ. 1^{ère} 17 octobre 2000, Dr. Fam. 2000, comm. n°139.

- Versailles, 16 février 2001, Dr. Fam. 2001, comm. n°111.

- Toulouse, 14 février 2001, Dr. Fam. 2001, comm. n°84.

- Soc. 4 octobre 2001, Dr. Fam. 2001, comm. n°118.

- Civ. 1^{ère} 6 novembre 2001, Dr. Fam. 2002, comm. n°12.

- Angers, 11 décembre 2001, Dr. Fam. 2003, comm. n°3.

- Civ. 1^{ère} 29 janvier 2002, Dr. Fam. 2002, comm. n°45.

- Civ. 1^{ère} 15 mai 2002, Dr. Fam. 2002, comm. n°90.

- T.G.I. Lille 5 juin 2002, Dr. Fam. 2003, comm. n°57.

- Civ. 1^{ère} 19 novembre 2002 ; Dr. Fam. 2003, comm. n°14.

- Civ. 1^{ère} 14 janvier 2003, Dr. Fam. 2003, comm. n°48.

BENABENT A., Civ. 1^{ère} 17 janvier 1995, J.C.P. 1995, éd. G, II, 22407.

BESSON A., Civ. 1^{ère} 1^{er} mars 1972, D. 1973, 57.

BIGNON D., Civ. 1^{ère} 30 juin 1998, Defrénois 1999, art. 36936, p. 180.

BIGOT J., T.G.I. Paris 22 mars 2001 ; T.G.I. Bourges 17 juin 1999, J.C.P. 2002, éd. N, p. 402.

BILLIAU M., Civ. 1^{ère} 3 février 1999, J.C.P. 1999, éd. G, II, 10084.

BOSGIRAUD P., Civ. 1^{ère} 10 mars 1998, Gaz. Pal. 5-6 mars 1999, p. 27.

BOSSE-PLATIERE H., Paris, 11 juin 1998, J.C.P. 1999, éd. G, I, 101, n°1.

- Grenoble, 30 juin 1998, J.C.P. 1999, éd. G, I, 101, n°1.

- Civ. 1^{ère} 3 février 1999, J.C.P. 1999, éd. G, I, 160.

- Pau, 23 mai 2001, J.C.P. 2002, éd. G, I, 101, n°3.

- Civ. 2^{ème} 21 juin 2001, J.C.P. 2002, éd. G, I, 101, n°5.

BOURDAIRE C., Civ. 1^{ère} 3 avril 2001, J.C.P. 2002, éd. G, II, 10080.

BREMOND V., Civ. 1^{ère} 26 mai 1999, D. 2000, 703.

- Civ. 1^{ère} 3 juillet 2001, J.C.P. 2002, éd. N, 1206.

- Civ. 1^{ère} 19 mars 2002, D. 2002, somm. comm. 2240.

- Civ. 3^{ème} 19 juin 2002, Defrénois 2003, art. 37736, p. 672.

BRETON A., Civ. 1^{ère} 2 octobre 1985, D. 1986, 325.

- Civ. 1^{ère} 7 juin 1988, D. 1989, 141.

BUY M., Soc. 12 novembre 1998, R.J.P.F. avril 1999, p. 63.

CABANNES J. (concl. de l'avocat général), A.P. 12 décembre 1986, J.C.P. 1987, éd. G, II, 20960.

CABRILLAC R., Civ. 1^{ère} 12 janvier 1994, D. 1994, 311.

- Civ. 1^{ère} 17 octobre 2000, D. 2001, 497.

- Civ. 1^{ère} 2 mai 2001, J.C.P. 2002, éd. G, II, 10009.

CAGNOLI P., Civ. 1^{ère} 30 mars 1999, J.C.P. 2000, éd. G, II, 10274.

CALAY-AULOY J., A.P. 13 décembre 1962, D. 1963, 277.

CALAY-AULOY M.-T., Civ. 1^{ère} 29 avril 1969, D. 1970, 23.

CASEY J., Civ. 1^{ère} 30 juin 1998, Alinéa n°3, p. 16.

- Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, J.C.P. 1999, éd. G, II, 10094.
- Civ. 1^{ère} 3 février 1999, R.J.P.F. avril 1999, p. 27.
- Civ. 1^{ère} 6 juillet 1999, J.C.P. 2000, éd. G, II, 10237.
- Civ. 1^{ère} 24 novembre 1999, J.C.P. 2000, éd. G, II, 10284.
- Civ. 1^{ère} 3 mai 2000, J.C.P. 2001, éd. N, p. 26.
- Civ. 1^{ère} 20 février 2001, R.J.P.F. mai 2001, p. 24.
- Civ. 1^{ère} 29 janvier 2002, R.J.P.F. mai 2002, p. 14.

CHABAS F., Crim. 29 mai 2001, Droit et patrimoine n°101, février 2002, p. 106.

CHAMPENOIS G., Civ. 1^{ère} 8 février 1978, Defrénois 1978, art. 31764, p. 879, n°39.

- Civ. 1^{ère} 22 février 1978, Defrénois 1979, art. 36162, p. 1667, n°100.
- Civ. 1^{ère} 21 juin 1978 ; Civ. 1^{ère} 4 juillet 1978, Defrénois 1979, art. 31936, p. 487, n°18.
- Civ. 1^{ère} 24 octobre 1978, Defrénois 1979, art. 32038, p. 945, n°40.
- Civ. 1^{ère} 6 février 1979, Defrénois 1980, art. 32363, p. 958, n°55.
- Civ. 1^{ère} 20 mai 1981, Defrénois 1981, art. 32750, p. 1323, n°101.
- Civ. 1^{ère} 4 octobre 1983, Defrénois 1983, art. 33180, p. 1595, n°132.
- Civ. 1^{ère} 11 janvier 1984, Defrénois 1984, art. 33354, p. 935, n°69.
- Civ. 1^{ère} 29 février 1984, Defrénois 1984, art. 33379, p. 1074, n°37.
- Civ. 1^{ère} 6 janvier 1987, Defrénois 1987, art. 34120, p. 1506, n°120.
- Civ. 2^{ème} 3 octobre 1990 ; Civ. 1^{ère} 9 octobre 1990, Defrénois 1991, art. 35119, p. 1126, n°86.
- Civ. 1^{ère} 19 février 1991, Defrénois 1991, art. 35119, p. 1130, n°87.
- Civ. 1^{ère} 3 décembre 1991, Defrénois 1992, art. 35220, p. 396, n°38.
- Civ. 1^{ère} 31 mars 1992, Defrénois 1992, art. 35348, p. 1121.
- Civ. 1^{ère} 15 novembre 1994, Defrénois 1995, art. 36040, p. 434, n°45.
- Civ. 1^{ère} 2 avril 1996, Defrénois 1996, art. 36358, p. 824, n°84.
- Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, Defrénois 1999, art. 36690, p. 432, n°28.
- Civ. 1^{ère} 3 février 1999, Defrénois 1999, art. 37017, p. 814, n°62.
- Civ. 1^{ère} 16 mars 1999, Defrénois 1999, art. 37017, p. 811, n°61.
- Civ. 1^{ère} 26 mai 1999, Defrénois 2000, art. 37145, p. 439, n°23.
- Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999, Defrénois 2000, art. 37145, p. 437, n°22.
- Civ. 1^{ère} 3 mai 2000, Defrénois 2000, art. 37242, p. 1185, n°82.
- Civ. 1^{ère} 16 mai 2000, Defrénois 2000, art. 37242, p. 1180, n°80.
- Civ. 1^{ère} 16 mai 2000, Defrénois 2001, art. 37341, p. 460, n°28.
- Civ. 1^{ère} 3 avril 2001, Defrénois 2001, art. 37406, p. 1129, n°78.
- Civ. 1^{ère} 2 mai 2001, Defrénois 2001, art. 37453, p. 1519, n°105.
- Civ. 1^{ère} 27 novembre 2001, Defrénois 2002, art. 37584, p. 1017, n°52.

- Civ. 1^{ère} 15 mai 2002, Defrénois 2002, art. 37611, p. 1322, n°83.
- Civ. 3^{ème} 29 mai 2002, Defrénois 2002, art. 37611, p. 1317, n°81.
- Civ. 1^{ère} 14 janvier 2003, Defrénois 2003, art. 37712, p. 544, n°29.

CHARTIER Y. (extraits du rapport), Civ. 1^{ère} 22 octobre 1974, J.C.P. 1975, éd. G, II, 18041.

- Civ. 1^{ère} 21 juin et 4 juillet 1978, D. 1979, 479.
- Civ. 1^{ère} 4 octobre 1983, J.C.P. 1984, éd. G, II, 20188.

CHASSAGNARD S., Civ. 1^{ère} 17 novembre 1999, J.C.P. 2001, éd. G, II, 10458.

COLOMER A., Civ. 1^{ère} 23 janvier 1979, Defrénois 1979, art. 31954, p. 624.

COMANGES L., Civ. 1^{ère} 3 juillet 2001, D. 2002, 1102.

CORNU G., Civ. 30 janvier 1958, D. 1958, 689.

CORPART I., T.G.I. Belfort 25 juillet 1995, P.A. 2 mars 1998, n°26, p. 13.

DEVERS A., Civ. 1^{ère} 29 janvier 2002, D. 2002, 1938.

DHAVERNAS O., Montpellier, 8 juin 1982, D. 1983, 607.

DJIGO A., Civ. 3^{ème} 17 décembre 1997, J.C.P. 1998, éd. G, II, 10093.

DROSS W., Civ. 1^{ère} 2 mai 2001, D. 2002, 759.

DUVERT C., Agen, 10 mai 2001, D. 2003, 450.

ENDREO G., Crim. 8 janvier 1985, J.C.P. 1986, éd. G, II, 20588.

ESMEIN P., Rouen, 16 juillet 1936, S. 1937, 2, 169.

- Civ. 1^{ère} 6 octobre 1959, J.C.P. 1959, éd. G, II, 11305.

FAGES B., Paris, 11 janvier 2000, R.J.P.F. mai 2000, p. 16.

FARGE M., Civ. 1^{ère} 11 février 1997, J.C.P. 1997, éd. G, I, 4045.

FOULON-PIGANIOL C.-I., Civ. 1^{ère} 22 octobre 1974, D. 1975, 645.

- Civ. 1^{ère} 28 février 1978, D. 1979, 597.

FULCHIRON H., Aix-en-Provence, 26 septembre 1997, Dr. Fam. 1998, comm. n°128.

GARE T., Civ. 1^{ère} 11 février 1997, J.C.P. 1997, éd. G, II, 22820.

- Civ. 3^{ème} 16 décembre 1998, J.C.P. 1999, éd. G, II, 10105.
- Civ. 1^{ère} 17 octobre 2000, J.C.P. 2001, éd. G, II, 10568.

GHESTIN J., A.P. 12 décembre 1986, D. 1987, 269.

GOUTTENOIRE-CORNUT A.,

- et **SUDRE F.**, Cour E.D.H. 1^{er} février 2000, *Mazurek c/ France*, J.C.P. 2000, éd. G, II, 10286.
- Cour E.D.H. 11 juillet 2002, Dr. Fam. 2002, comm. n°133.

GRILLET-PONTON D., C.E. 3 septembre 1997, Dr. Fam. 1998, comm. n°146.

GRIMALDI M., Civ. 1^{ère} 9 mars 1994, D. 1995, somm. comm. 44.

- Civ. 1^{ère} 17 janvier 1995, D. 1995, somm. comm. 329.
- Civ. 1^{ère} 3 février 1999, D. 1999, somm. comm. 307.

HALLOUIN J.-C., Com. 26 novembre 1995, D. 1997, somm. comm. 231.

- Com. 1^{er} octobre 1996, D. 1997, somm. comm. 231.

HAUSER J., Nancy, 20 septembre 1990, R.T.D. Civ. 1992, p. 68.

- Civ. 1^{ère} 23 octobre 1990, R.T.D. Civ. 1991, p. 299, n°8.
- Civ. 1^{ère} 28 mai 1991, R.T.D. Civ. 1991, p. 709.
- Civ. 1^{ère} 13 octobre 1992, J.C.P. 1993, éd. G, II, 22047.
- Crim. 10 novembre 1992, R.T.D. Civ. 1993, p. 330.
- Versailles, 28 avril 1994, R.T.D. Civ. 1995, p. 331.
- Civ. 1^{ère} 17 janvier 1995, R.T.D. Civ. 1995, p. 348.
- Limoges, 20 avril 1995, R.T.D. Civ. 1995, p. 867, n°9.
- Civ. 1^{ère} 16 avril 1996, R.T.D. Civ. 1996, p. 584.
- Civ. 1^{ère} 15 octobre 1996, R.T.D. Civ. 1997, p. 102.
- Civ. 1^{ère} 18 novembre 1997, R.T.D. Civ. 1998, p. 884.
- Civ. 2^{ème} 11 février 1998, R.T.D. Civ. 1999, p. 68, n°9.
- Civ. 1^{ère} 7 avril 1998, R.T.D. Civ. 1998, p. 884.
- Rennes, 4 juin 1998, R.T.D. Civ. 1999, p. 819, n°9.
- Civ. 1^{ère} 16 juin 1998, R.T.D. Civ. 1998, p. 885.
- Civ. 1^{ère} 30 juin 1998, R.T.D. Civ. 1998, p. 887, n°10.
- Civ. 1^{ère} 3 février 1999, R.T.D. Civ. 1999, p. 817, n°8.
- Civ. 2^{ème} 11 février 1999, R.T.D. Civ. 1999, p. 366, n°15.

- Civ. 1^{ère} 17 octobre 2000 ; Agen, 28 octobre 1999 ; Versailles, 2 novembre 1999 ; Toulouse, 28 mars 2000 ; Toulouse, 29 mars 2000 ; Paris, 8 juin 2000, R.T.D. Civ. 2001, p. 111, n°9.
- Versailles, 30 novembre 2000 ; Lyon, ord. J.A.F., 21 décembre 2000, R.T.D. Civ. 2001, p. 338, n°14.
- Riom, 12 décembre 2000, R.T.D. Civ. 2002, p. 76, n°9.
- Paris, 16 janvier 2001, R.T.D. Civ. 2001, p. 336, n°11.
- Bourges, 31 janvier 2001 ; Paris, 21 novembre 2001, R.T.D. Civ. 2002, p. 79, n°15.
- Civ. 2^{ème} 15 mars 2001 et 26 octobre 2000, R.T.D. Civ. 2001, p. 566, n°7.
- Lyon, 20 mars 2001, R.T.D. Civ. 2001, p. 341, n°16.
- Civ. 1^{ère} 2 mai 2001, R.T.D. Civ. 2001, p. 565, n°6.
- Civ. 2^{ème} 10 mai 2001, R.T.D. Civ. 2001, p. 571, n°9.
- Civ. 1^{ère} 26 juin 2001, R.T.D. Civ. 2002, p. 489.
- Pau, 17 décembre 2001, R.T.D. Civ. 2002, p. 786, n°6.
- Civ. 1^{ère} 19 février 2002 ; Riom, 6 mars 2001 ; Toulouse, 1^{er} février 2002 ; Com. 9 octobre 2001 ; Civ. 1^{ère} 26 juin 2001 ; Com. 12 février 2002, R.T.D. Civ. 2002, p. 489, n°11.
- T.G.I. Lille (ord.) 5 juin 2002, R.T.D. Civ. 2003, p. 270, n°8.
- C.E. 12 juin 2002, R.T.D. Civ. 2002, p. 785.
- Civ. 2^{ème} 20 juin 2002, R.T.D. Civ. 2002, p. 789, n°10.
- Cour E.D.H. 11 juillet 2002, R.T.D. Civ. 2002, p. 782, n°3.
- Paris, 22 octobre 2002, R.T.D. Civ. 2003, p. 64.

HEMARD J., Req. 8 janvier 1946, J.C.P. 1946, II, 3053.

HONORAT A., Paris, 7 décembre 1988, D. 1989, somm. comm. 215.

HONORAT J., Civ. 1^{ère} 25 octobre 1983, Defrénois 1984, art. 33298, p. 647.

- Com. 9 octobre 2001, Defrénois 2002, art. 37536, p. 620.

J. P., Civ. 1^{ère} 1^{er} mars 1972, J.C.P. 1973, éd. G, II, 17311.

LA MARNIERRE (DE) E.-S., Civ. 1^{ère} 22 avril 1981, Gaz. Pal. 1981, jurispr., 2, p. 583.

LABBEE X., T.G.I. Lille (ord.) 5 juin 2002, D. 2003, 515.

LABBOUZ J.-C., Civ. 1^{ère} 4 juillet 1978, J.C.P. 1980, éd. G, II, 19368.

LAFOND J., Com. 21 avril 1992, J.C.P. 1993, éd. N, p. 1.

L. B., T.G.I. Bobigny 19 janvier 1977, Gaz. Pal. 1977, jurispr., 2, p. 466.

L. S., Civ. 11 mars 1914, D.P. 1914, 1, 257.

LE CANNU P., Com. 13 janvier 1998, Revue des sociétés 1998, p. 103.

LECUYER H., Bordeaux, 26 mars 1996, Dr. Fam. 1996, comm. n°11 ; Le couple en 200 décisions, Dr. Fam. Hors série, novembre 2001, comm. n°174.

- Civ. 1^{ère} 11 février 1997, Dr. Fam. 1997, comm. n°56 ; Le couple en 200 décisions, Dr. Fam. Hors série, novembre 2001, comm. n°34.
- Civ. 2^{ème} 19 février 1997, Dr. Fam. 1997, comm. n°105.
- Civ. 1^{ère} 4 mars 1997, Dr. Fam. 1997, comm. n° 67.
- Paris, 13 mars 1997, Dr. Fam. 1997, comm. n°171.
- Paris, 14 octobre 1997, Dr. Fam. 1998, comm. n°19 ; Le couple en 200 décisions, Dr. Fam. Hors série, novembre 2001, comm. n°26.
- Bordeaux, 29 octobre 1997, Dr. Fam. 1998, comm. n°131.
- Nancy, 15 décembre 1997, Dr. Fam. 1999, comm. n°2.
- Civ. 3^{ème} 17 décembre 1997, Dr. Fam. 1998, comm. n°36.
- Toulouse, 13 janvier 1998 et Basse-Terre, 9 mars 1998, Dr. Fam. 1998, comm. n°149.
- Civ. 1^{ère} 10 février 1998, Dr. Fam. 1998, comm. n°53.
- Civ. 1^{ère} 11 février 1998 et 27 mai 1998, Dr. Fam. 1998, comm. n°154.
- Civ. 1^{ère} 7 avril 1998, Dr. Fam. 1998, comm. n°81.
- Com. 7 avril 1998, Dr. Fam. 1998, comm. n°82.
- Paris, 11 juin 1998, Dr. Fam. 1998, comm. n°166.
- Civ. 1^{ère} 16 juin 1998, Dr. Fam. 1998, comm. n°114.
- Bordeaux, 17 juin 1998, Dr. Fam. 1999, comm. n°1.
- Civ. 1^{ère} 12 novembre 1998, Dr. Fam. 1999, comm. n°12.
- Paris, 15 janvier 1999, Dr. Fam. 1999, comm. n°111 ; Le couple en 200 décisions, Dr. Fam. Hors série, novembre 2001, comm. n°27.
- Paris, 16 février 1999, Dr. Fam. 1999, comm. n°95.
- Lyon, 18 mars 1999, Dr. Fam. 2000, comm. n°5.
- Rennes, 4 juin 1999, Dr. Fam. 2000, comm. n°1.
- Paris, 16 novembre 1999, Dr. Fam. 2000, comm. n°56.
- Civ. 1^{ère} 17 novembre 1999, Dr. Fam. 2000, comm. n°19.
- Civ. 1^{ère} 25 janvier 2000, Riom, 4 juillet 2000, Dr. Fam. 2000, comm. n°48 ; Le couple en 200 décisions, Dr. Fam. Hors série, novembre 2001, comm. n°29.
- Toulouse, 28 mars 2000, Dr. Fam. 2001, comm. n°3.
- Orléans, 25 avril 2000, Dr. Fam. 2000, comm. n°125.
- Bordeaux, 14 juin 2000, Dr. Fam. 2001, comm. n°1.
- Nîmes, 15 juin 2000 ; Orléans, 22 août 2000, Dr. Fam. 2001, comm. n°54.
- Lyon, 15 février 2001, Dr. Fam. 2001, comm. n°92.
- Civ. 1^{ère} 26 juin 2001, Dr. Fam. 2002, comm. n°28.

- Com. 9 octobre 2001, Dr. Fam. 2002, comm. n°18.
- Civ. 1^{ère} 27 novembre 2001, Dr. Fam. 2002, comm. n°17.
- Pau, 17 décembre 2001, Dr. Fam. 2002, comm. n°79.
- Lyon, 20 décembre 2001, Dr. Fam. 2002, comm. n°125.
- Civ. 2^{ème} 21 février 2002, Dr. Fam. 2002, comm. n°100.
- Civ. 2^{ème} 7 mai 2002, Dr. Fam. 2002, comm. n°87.
- Civ. 2^{ème} 23 mai 2002, Dr. Fam. 2002, comm. n°126.
- Civ. 2^{ème} 23 mai 2002, Dr. Fam. 2002, comm. n°128.
- Nîmes, 30 mai 2002 et Bourges, 3 juin 2002, Dr. Fam. 2003, comm. n°87.
- Douai, 12 décembre 2002, Dr. Fam. 2003, comm. n°86.
- Rouen, 29 janvier 2003, Dr. Fam. 2003, comm. n°69.
- Civ. 1^{ère} 23 avril 2003, Dr. Fam. 2003, comm. n°71.

LE GUIDE R., Civ. 1^{ère} 29 février 1984, J.C.P. 1985, éd. G, II, 20443.

- Civ. 1^{ère} 10 février 1998, J.C.P. 1999, éd. G, I, 132.
- Civ. 1^{ère} 6 juillet 1999, D. 2000, 421.
- Civ. 1^{ère} 20 novembre 2001, J.C.P. 2002, éd. G, I, 178, n°2.
- Civ. 1^{ère} 29 janvier 2002, J.C.P. 2002, éd. G, I, 178, n°11.

LEMOULAND J.-J., Civ. 1^{ère} 3 février 1999, D. 1999, somm. comm. 377.

- Paris, 2 avril 1999, D. 1999, somm. comm. 379.
- Dijon, 28 septembre 1999, D. 2000, somm. comm. 421.
- Versailles, 22 octobre 1999, D. 2000, somm. comm. 418.
- Civ. 1^{ère} 17 novembre 1999, D. 2000, somm. comm. 419.
- Civ. 1^{ère} 17 octobre 2000, D. 2002, somm. comm. 611.
- Paris, 16 janvier 2001, D. 2002, somm. comm. 536.
- Crim. 29 mai 2001, D. 2002, somm. comm. 613.

LEROY M., Civ. 1^{ère} 18 juillet 2000 ; Pau, 30 mars 2000, Dr. Fam. 2000, comm. n°149.

LEVASSEUR G., Civ. 28 janvier 1954, D. 1954, 217.

LIBCHABER R., Civ. 1^{ère} 15 octobre 1996, D. 1997, somm. comm. 177.

LIENHARD A., Civ. 1^{ère} 25 janvier 2000, D. Cah. dr. des aff. 2000, 103.

LUCET F. et VAREILLE B., Versailles, 30 septembre 1988, R.T.D. Civ. 1991, p. 384.

- Civ. 1^{ère} 9 octobre 1990 ; Bordeaux, 18 septembre 1989, R.T.D. Civ. 1990, p. 584.
- Dijon, 25 juin 1991 ; Civ. 1^{ère} 18 février 1992, D. 1993, somm. comm. 217.
- Civ. 1^{ère} 9 octobre 1991, R.T.D. Civ. 1992, p. 169.

- Civ. 1^{ère} 31 mars 1992, R.T.D. Civ. 1992, p. 632.
- Civ. 1^{ère} 27 octobre 1992, R.T.D. Civ. 1993, p. 181.
- Civ. 1^{ère} 14 février 1995, D. 1995, somm. comm. 325.

MALAUURIE P., Civ. 2^{ème} 11 février 1998, Defrénois 1999, art. 36920, p. 16.

MARGUENAUD J.-P. et **RAYNARD J.**, Cour E.D.H. 11 juillet 2002, R.T.D. Civ. 2002, p. 862, n°2.

MARTIN D., Civ. 1^{ère} 8 février 1978, D. 1978, I.R. 238.

- Civ. 1^{ère} 4 juillet 1978, D. 1979, I.R. 75
- Civ. 1^{ère} 17 novembre 1981, D. 1982, I.R. 475.
- Civ. 1^{ère} 29 février 1984, D. 1984, 601.

MASCALA C., Civ. 1^{ère} 23 octobre 1990, D. 1991, 214.

MASSIP J., Civ. 1^{ère} 11 janvier 1984, Defrénois 1984, art. 33368, p. 1003, n°73.

- Civ. 1^{ère} 16 octobre 1984, Defrénois 1985, art. 33477, p. 322, n°2.
- Civ. 2^{ème} 8 mai 1988, D. 1989, 289.
- Civ. 2^{ème} 20 mars 1989, D. 1989, 582.
- Civ. 1^{ère} 23 octobre 1990, Defrénois 1991, art. 34980, p. 283, n°1.
- Civ. 1^{ère} 5 février 1991, Defrénois 1991, art. 35047, p. 667, n°33.
- Civ. 1^{ère} 19 mars 1991, Defrénois 1991, art. 35088, p. 942, n°63.
- Civ. 1^{ère} 28 mai 1991, D. 1992, 121.
- Civ. 1^{ère} 9 octobre 1991, Defrénois 1992, art. 35212, p. 299, n°1.
- Civ. 1^{ère} 16 juin 1993, Defrénois 1993, art. 35663, p. 1363, n°120.
- Civ. 1^{ère} 17 janvier 1995, Defrénois 1995, art. 36145, p. 1022, n°93.
- Com. 10 juin 1997, Defrénois 1998, art. 36815, p. 715, n°54.
- Civ. 2^{ème} 2 juillet 1997, Defrénois 1998, art. 36815, p. 713, n°52.
- Civ. 1^{ère} 7 avril 1998, Defrénois 1998, art. 36895, p. 1385, n°125.
- Civ. 1^{ère} 30 juin 1998, P.A. 19 mai 1999, n°99, p. 13.
- Civ. 1^{ère} 8 décembre 1998, Defrénois 1999, art. 37031, p. 935, n°64.
- Civ. 1^{ère} 3 février 1999, Defrénois 1999, art. 36998, p. 680, n°30.
- Civ. 1^{ère} 25 janvier 2000, Defrénois 2000, art. 37179, p. 652, n°28.
- Civ. 1^{ère} 6 février 2001, Defrénois 2001, art. 37353, p. 593, n°31.
- Civ. 1^{ère} 29 janvier 2002 ; Civ. 1^{ère} 19 février 2002, Defrénois 2002, art. 37548, p. 681, n°22.

MAZEAUD D., Civ. 1^{ère} 3 février 1999, Defrénois 1999, art. 37008, p. 738, n°37.

- Ch. mixte 6 septembre 2002, D. 2002, 2963.

MESTRE J., Civ. 1^{ère} 11 janvier 1984, R.T.D. Civ. 1985, p. 171.

- Civ. 1^{ère} 10 octobre 1984, R.T.D. Civ. 1984, p. 733.
- Civ. 1^{ère} 9 novembre 1993, R.T.D. Civ. 1994, p. 595.

MEUNIER M., Soc. 11 juillet 1989, J.C.P. 1990, éd. G, II, 21553.

- MILHAC O.**, Civ. 1^{ère} 15 octobre 1996 et 11 février 1997, Defrénois 1997, art. 36620, p. 923.
- Civ. 1^{ère} 10 février 1998, Defrénois 1998, art. 36866, p. 1119.

- MONEGER F.**, Civ. 1^{ère} 23 octobre 1990, J.C.P. 1991, éd. G, II, 21774.
- Civ. 1^{ère} 17 janvier 1995, J.C.P. 1995, éd. N, p. 1087.

MONTERA (DE) F., Civ. 16 octobre 1956, S. 1957, 43.

MOULY C., Civ. 1^{ère} 18 juin 1985, D. 1986, 485.

NAJJAR I., Paris, 20 janvier 1998, D. 1998, 309.

NAST M., Aix-en-Provence, 28 décembre 1933, D.P. 1935, 2, 41.

- NERSON R.** et **RUBELLIN-DEVICHI J.**, Civ. 1^{ère} 22 octobre 1974, R.T.D. Civ. 1975, p. 296.
- Civ. 1^{ère} 8 février 1978, R.T.D. Civ. 1979, p. 592.
 - Civ. 14 juin 1978, R.T.D. Civ. 1982, p. 131.
 - Civ. 1^{ère} 21 juin 1978, R.T.D. Civ. 1978, p. 130.

NICOD M., Civ. 1^{ère} 24 octobre 2000, D. 2001, somm. comm. 2936.

PAISANT G., Civ. 1^{ère} 22 mai 2001, R.T.D. Com. 2001, p. 780, n°1.

- PATARIN J.**, Civ. 1^{ère} 7 juin 1974, J.C.P. 1975, éd. G, II, 17974.
- Civ. 1^{ère} 24 octobre 1978, J.C.P. 1979, éd. G, II, 19220.
 - Civ. 1^{ère} 21 novembre 1978, J.C.P. 1979, éd. G, II, 19204.
 - Civ. 1^{ère} 20 mai 1981, R.T.D. Civ. 1982, p. 784.
 - Civ. 1^{ère} 17 juin 1981, J.C.P. 1982, éd. G, II, 19809.
 - Civ. 1^{ère} 9 novembre 1993, R.T.D. Civ. 1994, p. 662.
 - Civ. 1^{ère} 20 février 2001, R.T.D. Civ. 2001, p. 642, n°3.
 - Versailles, 29 novembre 2001, R.T.D. Civ. 2002, p. 341, n°1

PERINET-MARQUET H., Civ. 1^{ère} 6 novembre 2001, J.C.P. 2002, éd. N, 1666.

PERROUIN L., Civ. 1^{ère} 2 mai 2001, Dr. Fam. 2001, comm. n°79.

PETIT C., (conclusions) Civ. 1^{ère} 15 mai 2002, J.C.P. 2002, éd. G, II, 10119.

PETIT S., Paris, 5 décembre 2002, Gaz. Pal. 8-9 janvier 2002, p. 5.

PHILIPPE C., Civ. 2^{ème} 25 janvier 1984, D. 1984, 442.

- Civ. 2^{ème} 27 juin 1985, D. 1986, 230.
- Civ. 1^{ère} 27 octobre 1992, D. 1993, 422.
- Civ. 1^{ère} 9 novembre 1993, J.C.P. 1994, éd. N, p. 357.

PIEDELIEVRE S., Civ. 1^{ère} 6 mai 1997, J.C.P. 1997, éd. N, p. 939.

- Civ. 1^{ère} 15 mai 2002, J.C.P. 2002, éd. G, II, 10119.

PIERRE N., Versailles, 2 novembre 2001, D. 2003, somm. comm. 730.

PIGNARRE G., Civ. 1^{ère} 10 octobre 1995, D. 1997, 155.

PILLEBOUT J.-F., Civ. 1^{ère} 17 janvier 1995, J.C.P. 1996, éd. N, p. 179.

PLAZY J.-M., Paris, 18 novembre 1997, Defrénois 1998, art. 36884, p. 1222.

POISSON-DROCOURT E., Civ. 1^{ère} 24 octobre 1977, D. 1978, 290.

RAMBURE D., Civ. 1^{ère} 18 octobre 1983, D. 1984, 289.

RAYMOND G., Ch. mixte 6 septembre 2002, Contrats, concurrence, consommation 2002, comm. n°151.

REMY P., Civ. 1^{ère} 14 mars 1973, D. 1974, 453.

- Civ. 1^{ère} 15 juillet 1981, J.C.P. 1982, éd. G, II, 19796.

REVEL J., Civ. 1^{ère} 8 janvier 2002, D. 2002, somm. comm. 2446.

RIPERT G., Req. 23 novembre 1908, D.P. 1912, 1, 217.

RUBELLIN-DEVICHI J., Civ. 1^{ère} 29 février 1984, R.T.D. Civ. 1985, p. 721.

- Civ. 1^{ère} 8 mai 1988, R.T.D. Civ. 1989, p. 58.

SAINTE-ROSE J., (conclusions) Civ. 1^{ère} 14 janvier 2003, J.C.P. 2003, éd. G, II, 10019.

SALEILLES R., Dijon, 30 juin 1893, S. 1894, 2, 195.

SAUVAGE F., Civ. 1^{ère} 3 février 1999, J.C.P. 1999, éd. N, p. 1430.

SAVATIER R., Trib. civ. de la Seine 3 mai 1922, D. 1924, 2, 9.

- Paris, 10 juillet 1972, D. 1974, 172.
- Civ. 1^{ère} 29 janvier 1974, D. 1974, 345.
- T.G.I. Paris 30 avril 1974, D. 1975, 14.

SAVATIER X., (rapport) Civ. 1^{ère} 3 février 1999, D. 1999, 267.

SERIAUX A., Civ. 1^{ère} 12 juillet 1994, J.C.P. 1995, éd. G, II, 22425.

SIMLER P., Civ. 1^{ère} 8 décembre 1987, J.C.P. 1989, éd. G, II, 21336.

- Bordeaux, 18 septembre 1989, J.C.P. 1991, éd. N, p. 57.
- Colmar, 16 mai 1990, J.C.P. 1991, éd. N, p. 17.
- Rouen, 14 juin 1994, J.C.P. 1995, éd. G, I, 3821, n°5.
- Civ. 1^{ère} 25 janvier 2000, J.C.P. 2000, éd. G, I, 245, n°16.
- Civ. 1^{ère} 3 juillet 2001, J.C.P. 2002, éd. G, I, 103, n°17.
- Civ. 1^{ère} 29 janvier 2002, J.C.P. 2002, éd. G, I, 167, n°12.
- Civ. 1^{ère} 15 mai 2002, J.C.P. 2002, éd. G, I, 167, n°3.

SOULEAU H., Civ. 1^{ère} 22 octobre 1974, Defrénois 1975, art. 30954, p. 907.

- Colmar, 16 mai 1990, Defrénois 1990, art. 34917, p. 1361, n°136.

STORCK M., Civ. 1^{ère} 5 octobre 1994, J.C.P. 1995, éd. G, I, 3821, n°23.

- Civ. 1^{ère} 21 octobre 1997, J.C.P. 1998, éd. G, I, 135, n°17.
- Civ. 1^{ère} 6 mars 2001, J.C.P. 2002, éd. G, I, 103, n°20.

SUDRE F., Cour E.D.H. 27 octobre 1994, *Kroon c/ Pays-Bas*, J.C.P. 1995, éd. G, I, 3823.

TCHENDJOU M., Civ. 1^{ère} 12 juillet 1994, D. 1995, 623.

TEMPLE H., Com. 16 décembre 1975, D. 1978, 292.

TERRE F., Civ. 1^{ère} 26 octobre 1982, J.C.P. 1983, éd. G, II, 19993.

THERY P., Civ. 1^{ère} 5 février 1985, Defrénois 1986, art. 33662, p. 186.

THIERRY J., Civ. 1^{ère} 3 mai 2000, D. 2000, 546.

TISSERAND A., Civ. 1^{ère} 31 mars 1992, J.C.P. 1993, éd. G, II, 22041.

- Civ. 1^{ère} 9 mars 1994, J.C.P. 1994, éd. G, I, 3785.
- Civ. 1^{ère} 5 mai 1999, J.C.P. 2000, éd. G, I, 245, n°23.
- Civ. 1^{ère} 3 mai 2000, J.C.P. 2001, éd. G, I, 309.

VAREILLE B., Civ. 1^{ère} 9 novembre 1993, R.T.D. Civ. 1995, p. 173.

- Civ. 1^{ère} 14 février 1995, R.T.D. Civ. 1996, p. 223.
- Civ. 1^{ère} 6 mai 1997, R.T.D. Civ. 1998, p. 179, n°3.
- Civ. 2^{ème} 14 janvier 1998, R.T.D. Civ. 1999, p. 172, n°1.
- Civ. 1^{ère} 26 mai 1999, R.T.D. Civ. 2000, p. 931.
- Civ. 1^{ère} 6 juillet 1999, R.T.D. Civ. 2000, p. 388.
- Civ. 1^{ère} 8 février 2000, R.T.D. Civ. 2000, p. 888.
- Civ. 1^{ère} 16 mai 2000, R.T.D. Civ. 2001, p. 423, n°5.
- Civ. 1^{ère} 16 mai 2000, R.T.D. Civ. 2001, p. 418, n°2.
- Civ. 1^{ère} 3 avril 2001, R.T.D. Civ. 2001, p. 943, n°2.
- Civ. 1^{ère} 3 juillet 2001, R.T.D. Civ. 2001, p. 941.
- Civ. 1^{ère} 15 mai 2002, R.T.D. Civ. 2003, p. 338.

VAUVILLE F., Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, R.J.P.F. avril 1999, p. 14.

- Civ. 1^{ère} 16 mai 2000, R.J.P.F. décembre 2000, p. 15.
- Com. 15 juin 2000, R.J.P.F. juin 2000, p. 13.
- C.E. 12 juin 2002, R.J.P.F. décembre 2002, p. 21.

VIAL-PEDROLETTI B., Civ. 1^{ère} 16 mai 2000, J.C.P. 2001, éd. N, p. 464.

VIALLA F., Civ. 1^{ère} 7 novembre 2000, J.C.P. 2001, éd. G, II, 10452.

VINEY G., Ch. mixte 6 septembre 2002, J.C.P. 2002, éd. E, 1687.

VOIRIN P., Civ. 1^{ère} 20 novembre 1958, J.C.P. 1960, éd. G, II, 11383.

VOUIN J.-F., Paris, 19 novembre 1974, Defrénois 1975, art. 31032, p. 1594.

WEBER J.-F., (conclusions) Civ. 3^{ème} 17 décembre 1997, D. 1998, 111.

WIEDERKEHR G., Civ. 1^{ère} 9 octobre 1991, J.C.P. 1992, éd. N, p. 201.

- Civ. 1^{ère} 16 avril 1996, J.C.P. 1996, éd. G, I, 3962, n°3.
- Civ. 3^{ème} 27 mai 1998, J.C.P. 1999, éd. G, I, 154.
- Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, J.C.P. 1999, éd. G, I, 154.
- Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999, J.C.P. 2000, éd. G, I, 245, n°4.
- Grenoble, 23 novembre 1999, J.C.P. 2000, éd. G, I, 245, n°3.

- Civ. 3^{ème} 2 février 2000 ; J.C.P. 2000, éd. G, I, 245, n°8.
 - Poitiers, 22 janvier 2002, J.C.P. 2003, éd. G, I, 111, n°5.
- WILLMANN C.**, Civ. 2^{ème} 12 mars 1997, D. 1998, somm. comm. 242.
- Civ. 1^{ère} 1^{er} décembre 1998, D. 1999, somm. comm. 284.
- ZENATI F.**, Com. 22 juin 1993, R.T.D. Civ. 1994, p. 888.
- Civ. 1^{ère} 21 avril 1997, R.T.D. Civ. 1998, p. 937.

V - DECISIONS ET ARRETS

- Civ. 18 avril 1860, D.P. 1860, 1, 185.
Grenoble, 21 mars 1870, S. 1870, 2, 240.
Civ. 28 février 1886, S. 1887, 1, 213.
Civ. 15 juin 1892, D.P. 1892, 1, 596.
Paris, 21 novembre 1923, Gaz. Pal. 1924, jurispr., 1, p. 187.
Paris, 23 juillet 1932, Gaz. Pal. 1932, jurispr., 2, p. 423.
Civ. 28 juin 1934, S. 1934, 1, 377.
Req. 12 janvier 1937, D.H. 1937, 145.
Civ. 28 mars 1939, Gaz. Pal. 1939, jurispr., 1, p. 879.
Civ. 1^{ère} 1^{er} décembre 1952, D. 1953, 90.
Soc. 20 juillet 1953, Bull. civ. V, n°588.
Trib. Paix Lagny 4 juin 1954, D. 1955, somm. 24.
Soc. 27 octobre 1955, J.C.P. 1956, éd. G, IV, 19.
Paris, 9 avril 1957, D. 1957, 455.
Civ. 1^{ère} 19 avril 1961, Bull. civ. I, n°216.
Civ. 1^{ère} 27 avril 1966, Bull. civ. I, n°253.
Civ. 1^{ère} 3 janvier 1967, Bull. civ. I, n°4.
Civ. 1^{ère} 9 mai 1967, Bull. civ. I, n°160.
T.G.I. Saint-Brieuc 1^{er} juin 1967, D.S. 1967, somm. 89.
Cour E.D.H. 23 juillet 1968, *Linguistique belge*, série A, n°6, Berger n°194.
Civ. 1^{ère} 14 mai 1969, Bull. civ. I, n°183.
T.G.I. Paris 16 décembre 1970, D.S. 1971, somm. 61.
Civ. 2^{ème} 24 juin 1971, Bull. civ. II, n°234.
Civ. 3^{ème} 8 février 1972, Bull. civ. III, n°88.
Civ. 2^{ème} 5 janvier 1973, Bull. civ. II, n°3.
Civ. 1^{ère} 26 juin 1973, J.C.P. 1973, éd. G, IV, 310.
Lyon, 18 décembre 1973, D. 1974, somm. 73.
Civ. 1^{ère} 2 octobre 1974, Bull. civ. I, n°249.

- Civ. 2^{ème} 18 juin 1975, D. 1975, I.R. 208.
- Civ. 1^{ère} 16 décembre 1975, Bull. civ I, n°373.
- Amiens, 2 février 1976, J.C.P. 1978, éd. G, IV, 324.
- Civ. 1^{ère} 27 octobre 1976, Bull. civ. I, n°314.
- Paris, 19 janvier 1977, D. 1977, I.R. 332.
- Civ. 1^{ère} 31 janvier 1978, Bull. civ. I, n°39.
- Mulhouse, 9 novembre 1978, J.C.P. 1981, éd. N, p. 144.
- Cour E.D.H. 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, série A, n°31, Berger, n°132.
- Civ. 2^{ème} 23 avril 1980, Bull. civ. II, n°79.
- Civ. 1^{ère} 22 avril 1981, Bull. civ. I, n°127.
- Soc. 1^{er} juillet 1981, Bull. civ. V, n°631.
- Civ. 1^{ère} 27 avril 1982, Bull. civ. I, n°145.
- Civ. 1^{ère} 9 mars 1983, J.C.P. 1984, éd. G, IV, 163.
- Civ. 1^{ère} 31 janvier 1984, Bull. civ. I, n°38.
- Reims, 13 décembre 1984, Juris-Data n°043111.
- Civ. 1^{ère} 8 janvier 1985, Bull. civ. I, n°7.
- Paris, 20 mai 1985, Juris-Data n°026281.
- Cour E.D.H. 28 mai 1985, *Abdulaziz et a. c/ Royaume-Uni*, série A, n°94, Berger n°144.
- Paris, 29 octobre 1985, D. 1985, I.R. 126.
- Civ. 1^{ère} 21 février 1986, Bull. civ. I, n°25.
- Comm. E.D.H. 14 mai 1986, Req. n°11716/85, D.R. 47/274.
- Civ. 1^{ère} 1^{er} juillet 1986, Bull. civ. I, n°191.
- Cour E.D.H. 18 décembre 1986, *Johnston et autres c/ Irlande*, série A, n°112, Berger, n°130.
- Paris, 14 janvier 1987, D 1987, I.R. 36.
- Civ. 1^{ère} 3 février 1987, D. 1987, I.R. 37.
- Civ. 1^{ère} 31 mars 1987, Bull. civ. I, n°114.
- Paris, 27 avril 1987, D. 1987, I.R. 123.
- Civ. 1^{ère} 7 juillet 1987, D. 1987, I.R. 189.
- Civ. 2^{ème} 14 octobre 1987, Lamyline n°86-15-094.
- Civ. 3^{ème} 16 décembre 1987, Revue Loyers et copropriété février 1988, comm. n°58
- Paris, 9 février 1988, D. 1988, I.R. 69.
- Civ. 1^{ère} 31 mai 1988, Bull. civ. I, n°164.
- Civ. 2^{ème} 4 octobre 1989, Bull. civ. II, n°156.
- Civ. 1^{ère} 8 novembre 1989, D. 1989, somm. 118.
- T.G.I. Brives 19 janvier 1990, Gaz. Pal. 1991, jurispr., 2, p. 659.
- Paris, 3 juillet 1991, D. 1991, I.R. 259.
- Civ. 2^{ème} 13 novembre 1991, Bull. civ. II, n°303.
- Civ. 3^{ème} 15 avril 1992, Bull. civ. III, n°127.
- Rennes, 9 novembre 1992, Juris-Data n°049849.
- Civ. 1^{ère} 5 avril 1993, Bull. civ. I, n°139.

- Cour E.D.H. 23 novembre 1993, *Van der Musselle c/ Belgique*, série A, n°70, Berger, n°16.
Riom, 6 janvier 1994, J.C.P. 1995, éd. G, IV, 96.
Limoges, 24 janvier 1994, Juris-Data n°043774.
Reims, 27 janvier 1994, J.C.P. 1995, éd. G, IV, 891.
Aix-en-Provence, 1^{er} mars 1994, Juris-Data n°051793.
Aix-en-Provence, 7 avril 1994, Juris-Data n°041128.
Angers, 18 mai 1994, Juris-Data n°053197.
Cour E.D.H. 27 octobre 1994, *Kroon c/ Pays-Bas*, série A, n°297-C, Berger n°135.
Toulouse, 13 février 1995, Juris-Data n°042575.
Toulouse, 15 mars 1995, Juris-Data n°043572.
Bordeaux, 15 mars 1995, Juris-Data n°040558.
Angers, 20 mars 1995, Juris-Data n°045741.
Pau, 21 février 1996, J.C.P. 1996, éd. G, IV, 1458.
Comm. E.D.H. 15 mai 1996, *Rössli c/ R.F.A.*, Req. n°28318/95, D.R. 85/149.
Bordeaux, 10 septembre 1997, Juris-Data n°049514.
Civ. 1^{ère} 27 janvier 1998, J.C.P. 1999, éd. N, p. 1815.
Cour E.D.H. 27 mars 1998, *Petrovic c/ Autriche*, Rec. 1998-II, 579.
Versailles, 7 mai 1998, Gaz. Pal. 4 et 5 novembre 1998, somm. de jurispr., p. 15.
Grenoble, 8 février 1999, Juris-Data n°0461310.
Paris, 2 avril 1999, D. 1999, I.R. 121.
Civ. 3^{ème} 2 février 2000, D. 2000, I.R. 68.
Douai, 6 juillet 2000, J.C.P. 2001, éd. G, IV, 2541.
Riom, 6 mars 2001, J.C.P. 2002, éd. G, IV, 1688.
Civ. 1^{ère} 2 mai 2001, J.C.P. 2001, éd. G, IV, 2121.
Grenoble, 25 juin 2001, Juris-Data n°150561.
Civ. 2^{ème} 21 février 2002, D. 2002, I.R. 939.
Bordeaux, 26 février 2002, J.C.P. 2002, éd. G, IV, 2373.

VI - DIVERS

Réponses ministérielles

- R.M. n°17168, J.O. A.N. 19 septembre 1994, p. 4684.
- R.M. n°19479, J.C.P. 2000, éd. N, p. 621 ; R.J.P.F. mai 2000, p. 10, obs. F.-J. PANSIER.
- R.M. n°23920, Dr. Fam. 2000, comm. n°137, obs. F. DOUET.
- R.M. n°36632, R.J.P.F. mai 2000, p. 10, obs. F.-J. PANSIER.
- R.M. n°44056, J.C.P. 2000, éd. N, p. 1046.
- R.M. n°23816, Dr. Fam. 2001, comm. n°27, obs. H. LECUYER.

- R.M. n°39459, Dr. Fam. 2001, comm. n°12, obs. F. DOUET.
- R.M. n°46367, Dr. Fam. 2001, comm. n°26, obs. B. BEIGNIER.
- R.M. n°47405, Dr. Fam. 2001, comm. n°35, obs. B. BEIGNIER.
- R.M. n°47664, Dr. Fam. 2001, comm. n°13, obs. B. BEIGNIER.
- R.M. n°52514, J.C.P. 2001, éd. N, p. 1396.
- R.M. n°54974, J.C.P. 2001, éd. N, p. 1823.
- R.M. n°52514, Dr. Fam. 2002, comm. n°51, obs. F. DOUET.

Projets

- Proposition de loi n°3315, relative au contrat d'union sociale, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 février 1997, Le Pacs, Dr. Fam Hors série, décembre 1999, p. 66.
- Projet de Pacte d'Intérêt Commun, Le Pacs, Dr. Fam Hors série, décembre 1999, p. 67.

Circulaires

- Circulaire du 10 novembre 1999 relative aux modalités de l'enregistrement des déclarations de pacte civil de solidarité dès la promulgation de la loi, J.C.P. 1999, éd. G, III, 20182.
- Circulaire du ministère de la Justice du 11 octobre 2000 relative aux modalités d'enregistrement de la déclaration conjointe du pacte civil de solidarité, sa modification et sa dissolution, J.C.P. 2001, éd. N, p. 122.

Décrets

- Décrets du 21 décembre 1999 n°99-1089, 99-1090, 99-1091, relatifs à la déclaration, à la modification, à la dissolution du pacte civil de solidarité, et aux conditions dans lesquelles sont traitées, enregistrées et conservées les informations nominatives concernant ces actes, D. 2000, législ. 76.
- Décrets du 3 février 2000, n°2000-97 et 2000-98, portant application de la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 en matière de prestations sociales et de sécurité sociale, D. 2000, législ. 138.

Instructions

- Instructions du 30 décembre 1999 (B.O.I. 5 B-1-00 ; B.O.I. 7 G-1-00) relatives à l'imposition des partenaires d'un pacs, J.C.P. 2000, éd. N, p. 240 et s. et p. 283 ; Defrénois 2000, art. 37131, p. 388 et s.
- Instruction du 23 janvier 2002, apportant des précisions sur le traitement fiscal de l'assurance-vie, Defrénois 2002, art. 36500, p. 338.

- Instruction du 25 avril 2002, relative aux nouvelles règles applicables aux prestations compensatoires versées sous forme de rente en cas de divorce, Defrénois 2002, art. 37567, p. 854.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
1. L'intérêt du sujet : de la réflexion sur le pluralisme des couples	5
2. Le champ de l'étude : de la recherche d'un droit commun du couple fondé sur l'entraide patrimoniale entre ses membres	20
3. L'objet de l'étude : de la vocation du droit à élaborer un droit commun patrimonial du couple sous l'égide de l'entraide et de la définition du couple	25
4. La méthode : de la dualité de la recherche	37
PARTIE 1. LA RECHERCHE D'UN DROIT COMMUN DU COUPLE IMPOSANT UNE ENTRAIDE MINIMALE	45
TITRE 1. UN DROIT COMMUN IMPERATIF DE L'ORGANISATION DE LA VIE EN COUPLE	47
<i>Chapitre 1. L'affectation des biens du couple à son entretien</i>	<i>49</i>
Section 1. - Le principe d'une obligation civile de contribution aux charges de la vie commune.....	51
§ 1. La double acception du caractère obligatoire de la contribution aux charges de la vie commune	52
A. La convergence réelle entre les couples statutaires : le caractère civil de l'obligation de contribution des époux et des partenaires d'un pacs	52
1. Une obligation d'ordre public	53
2. Une obligation de contribution distincte d'une obligation alimentaire	54
B. La convergence naissante entre couples statutaires et non statutaires : le caractère naturel de l'obligation de contribution des concubins simples	58
1. Le mouvement jurisprudentiel favorable à l'assujettissement des concubins à une obligation naturelle de contribution.....	58
a).La reconnaissance expresse de l'obligation naturelle de contribution.....	59
b).La reconnaissance implicite de l'obligation naturelle de contribution dans le contentieux de l'enrichissement sans cause	61
1er).La critique des fondements jurisprudentiels destinés à écarter l'enrichissement sans cause	61
2e).L'obligation de contribution aux charges de la vie commune, cause de l'appauvrissement et de l'enrichissement corrélatifs	65
2. Le fondement moral de l'obligation naturelle de contribution des concubins	67
a).Le rejet de la théorie de l'engagement unilatéral de volonté	68
b).L'obligation naturelle, expression d'un devoir de conscience.....	70

§ 2. La possibilité d'une conception unitaire du caractère obligatoire de la contribution	73
A. Le rejet de l'obligation naturelle pour les couples non statutaires	73
1. La séduction de l'obligation naturelle	73
2. Les insuffisances de l'obligation naturelle	75
a). Les insuffisances inhérentes à l'obligation naturelle	76
b). L'impuissance du droit commun en l'absence d'exécution volontaire de l'obligation naturelle	79
B. L'adoption d'une obligation civile indépendamment du statut du couple	81
1. L'indifférence de l'engagement au regard de l'existence de l'obligation civile de contribution	81
2. L'influence de l'engagement sur la survie du devoir d'entraide après rupture de la communauté de vie	84
Section 2. - Le régime de l'obligation civile de contribution aux charges de la vie commune	89
§ 1. L'unité dans la mise en œuvre : l'égalisation des niveaux de vie dans le couple	89
A. L'extension de l'objectif de l'article 214 du Code civil aux autres couples	90
1. L'objectif de la contribution aux charges du mariage	90
2. L'objectif de la contribution aux charges du mariage, modèle de l'obligation de contribution aux charges de la vie commune dans le couple	92
B. L'extension de la technique de l'article 214 du Code civil	95
1. La mesure de l'affectation	96
a). La hauteur de l'affectation	96
b). La répartition de l'affectation	99
2. Les sanctions du non respect de l'affectation	101
§ 2. L'unité du résultat : la création d'une masse ménagère indivise dans le couple	104
A. L'étendue de la masse ménagère	105
1. L'assiette de la masse ménagère	105
2. L'intérêt de la masse ménagère	107
B. La structure de la masse ménagère	110
1. Le choix de la structure de la masse ménagère	110
2. Le régime juridique de la masse ménagère indivise	112
a). L'existence de la masse ménagère indivise	112
b). Le fonctionnement de la masse ménagère indivise	114
Chapitre 2. <i>L'affectation des biens du couple à son crédit</i>	119
Section 1. - L'absence d'unité de la solidarité ménagère	121
§ 1. Les inconvénients de la diversité	122
A. La diversité, source de contentieux	122
1. Le contentieux relatif à la finalité de la dette solidaire	122

2. Le contentieux relatif à la nature de la dette solidaire.....	127
B. La diversité, source de dangers.....	130
§ 2. La faiblesse des justifications	133
A. L'irréalisme du parti pris politique de ne pas imiter le mariage	134
B. Le manque de perspective dans la volonté de rassurer les créanciers	136
Section 2. - L'unité possible de la solidarité ménagère.....	138
§ 1. L'unité dans les objectifs.....	138
A. L'objectif de crédit	139
B. L'extériorisation de l'affectation des biens du couple à son entretien	141
§ 2. L'unité dans le régime	143
A. Le principe : l'identité des conditions matérielles de la solidarité ménagère	144
1. La finalité de la dette solidaire	144
2. L'origine de la dette solidaire.....	147
B. La limite : la variabilité des conditions temporelles de la solidarité ménagère	148
1. La naissance de la solidarité ménagère	148
2. La disparition de la solidarité ménagère.....	149
Chapitre 3. <i>L'affectation des biens du couple à son logement</i>	157
Section 1. - L'exclusion de l'indisponibilité du logement du couple.....	159
§ 1. La diversité des techniques d'indisponibilité	159
A. L'indisponibilité au prix de la cotitularité	160
1. La cotitularité du droit de propriété.....	160
2. La cotitularité du droit au bail	162
B. L'indisponibilité détachée de la cotitularité	166
1. La modification des pouvoirs des époux.....	166
2. Les limites à la modification des pouvoirs des époux.....	168
§ 2. Le domaine des techniques d'indisponibilité imposées.....	171
A. Le rejet de l'indisponibilité imposée aux concubins simples	172
B. Le rejet de l'indisponibilité imposée aux concubins partenaires d'un pacs.....	176
Section 2. - L'édification de l'insaisissabilité du logement du couple.....	181
§ 1. Une réflexion quant au principe	181
A. L'absence d'un principe	181
B. La création d'un principe.....	185
1. L'insaisissabilité du logement, facteur de stabilité du couple.....	185
2. L'insaisissabilité du logement, règle de droit positif	189
§ 2. Une réflexion quant au domaine.....	192
A. Les bénéficiaires de l'insaisissabilité	192
B. Les tiers intéressés par l'insaisissabilité	196
1. Les créanciers préservés.....	196

2. Les créanciers menacés.....	198
TITRE 2. UN DROIT COMMUN IMPERATIF DE LA LIQUIDATION DE LA VIE DU COUPLE	205
<i>Chapitre 1. L'affectation à la soutenance en cas de rupture</i>	<i>208</i>
Section 1. - La nécessité d'une entraide limitée.....	209
§ 1. La nécessité d'une entraide	209
A. La critique de l'absence d'entraide entre les concubins après la rupture	210
B. La critique des palliatifs jurisprudentiels.....	213
1. La critique positive.....	213
2. La critique négative.....	215
§ 2. La limitation de l'entraide	219
A. L'ambiguïté de la définition légale de la prestation compensatoire	220
1. L'incertitude quant à l'étendue de l'entraide	220
2. L'incertitude quant aux conditions d'existence de l'entraide	223
B. La critique de l'interprétation jurisprudentielle extensive.....	226
1. Le rejet de l'argument de l'indissolubilité du mariage	227
2. Le rejet de l'argument des destinataires principales de la prestation compensatoire.....	229
Section 2. - Les critères d'une entraide limitée.....	233
§ 1. Les règles d'un droit commun de la soutenance en cas de rupture	233
A. La nature réellement indemnitaire de la prestation compensatoire	234
1. Le fondement de la nature indemnitaire de la prestation compensatoire	234
a). La justification	235
b). L'analyse.....	238
2. Les critères d'attribution d'une prestation compensatoire de nature indemnitaire.....	241
a). L'existence d'une disparité dans les conditions de vie respectives	241
1er)..... L'apurement des comptes en application des règles du droit commun impératif de la vie en couple.....	242
2e). La liquidation du régime de biens	244
3e). La détermination du sort des libéralités	247
b). La disparité trouvant sa source dans un sacrifice du demandeur	251
B. Les conséquences de la nature indemnitaire de la prestation compensatoire	254
1. Les modalités d'indemnisation	255
a). Le principe de l'indemnité de réinsertion	255
b). La liberté de choix parmi les modes d'indemnisation	259
2. Les modalités de révision et de transmission	263
§ 2. Les limites d'un droit commun de la soutenance en cas de rupture	266
A. Le caractère judiciaire de la liquidation de la vie du couple marié	266

1. L'ouverture au couple non marié du recours au juge	267
a).La justification	267
b).La réfutation des objections	269
2. Le recours obligatoire au juge pour le couple marié	272
B. L'incidence de la faute dans la liquidation de la vie du couple marié	275
<i>Chapitre 2. L'affectation à la soutenance en cas de décès</i>	<i>280</i>
Section 1. - La légitimité d'un minimum successoral garanti	282
§ 1. La légitimité tenant au contexte socio-économique	282
A. Le contexte socio-économique général	282
B. Le contexte socio-économique du couple.....	286
§ 2. La légitimité tenant à la présomption d'amour.....	290
A. L'influence de l'affection sur le droit des successions	290
1. L'influence de l'affection sur le sort du conjoint survivant	291
2. L'absence d'influence de l'affection sur le sort du concubin survivant.....	294
B. La présomption d'amour, fondement d'un <i>officium pietatis</i>	298
1. L' <i>officium pietatis</i> du défunt à l'égard de son conjoint survivant	299
2. L' <i>officium pietatis</i> du défunt à l'égard de son concubin survivant.....	301
Section 2. - La mise en œuvre d'un minimum successoral garanti	307
§ 1. La définition du minimum successoral.....	307
A. L'étendue de l'affectation de l'hérédité à la soutenance du conjoint survivant	307
1. Le rejet d'un système moniste.....	308
2. Le choix d'un système mixte	311
a).L'affectation de l'hérédité au maintien du cadre de vie, pour besoins présumés.....	311
b).L'affectation de la succession à la subsistance, pour besoins avérés.....	314
B. L'analyse de l'affectation de l'hérédité à la soutenance du conjoint survivant.....	315
1. Le rejet du prolongement du régime primaire impératif	315
2. L'analyse successorale	320
§ 2. La garantie du minimum successoral	325
A. Le rejet du droit réservataire.....	326
B. Le fondement légitimaire.....	328

**PARTIE 2. LA RECHERCHE D'UN DROIT COMMUN DU COUPLE FAVORISANT UNE
ENTRAIDE MAXIMALE.....337**

TITRE 1. L'ACCES A UN REGIME DE PARTICIPATION A L'ENRICHISSEMENT	339
<i>Chapitre 1. L'attraction du modèle de communauté.....</i>	<i>341</i>
Section 1. - L'attrait des finalités de la communauté.....	343
§ 1. L'affectation des biens communs au budget des époux	344
A. L'affectation provisoire des biens communs au crédit des époux.....	345
1. Les règles du passif commun provisoire	345
a). Le principe de l'engagement des biens communs	346
b). Les exceptions à l'engagement des biens communs.....	348
2. L'absence d'équivalent dans les techniques alternatives de communautarisation.....	349
a). L'indivision entre les membres d'un couple sans communauté	350
b). La société entre les membres d'un couple sans communauté.....	352
B. L'affectation définitive des biens communs aux dépenses d'intérêt commun	355
1. Les règles du passif commun définitif	355
2. L'absence d'équivalent dans les techniques alternatives de communautarisation.....	358
§ 2. L'affectation des biens communs à l'enrichissement de l'époux le moins fortuné.....	360
A. Le partage des biens communs sans considération des apports respectifs des époux.....	361
1. L'opposition de principe entre communauté et techniques alternatives de communautarisation	361
2. Les rapprochements conjoncturels limités	364
3. Un rapprochement conceptuel critiquable	367
B. Les avantages d'un système d'affectation à l'enrichissement.....	373
1. L'existence d'un ensemble de règles prédéterminées	373
a). Les techniques alternatives de communautarisation excluant l'idée de système.....	374
b). Les techniques alternatives de communautarisation incluant l'idée de système.....	375
2. L'existence d'une philosophie ordonnant ces règles.....	379
a). La philosophie communautaire.....	379
b). L'absence de philosophie communautaire des techniques alternatives de communautarisation	383
Section 2. - L'attrait du fonctionnement de la communauté.....	388
§ 1. Le respect de l'indépendance des époux	388
A. L'étendue de l'affectation.....	389

1. La délimitation des biens propres.....	389
a).Le respect du lien d'affectation à la personne.....	390
b).Le respect de l'unité et de la consistance du patrimoine propre	393
2. Les degrés dans l'affectation.....	395
B. La gestion active des biens communs.....	398
1. L'indépendance de principe dans la communauté	399
2. L'interdépendance de principe dans les techniques alternatives de communautarisation.....	402
§ 2. L'adaptabilité aux situations de couple	404
A. L'aménagement conventionnel de la communauté	405
1. L'aménagement conventionnel de la gestion des biens affectés	405
2. L'aménagement conventionnel de l'étendue de l'affectation	406
B. La prise en considération de la séparation des époux.....	409
<i>Chapitre 2. L'adaptation du modèle de communauté</i>	<i>413</i>
Section 1. - L'élargissement du recours à la communauté.....	415
§ 1. Le rejet de la réalisation par le juge.....	415
A. Le rejet de la communauté de fait	416
1. La caractérisation difficile de la situation de fait correspondante.....	417
2. L'atteinte au bon fonctionnement de l'ordre juridique	419
B. Le rejet de la société créée de fait.....	422
1. La tentation du concept sociétaire.....	422
2. La dénaturation consécutive du concept sociétaire	427
§ 2. La nécessaire réalisation par le législateur	432
A. Le rejet d'un droit commun impératif de la participation à l'enrichissement.....	432
B. L'adoption d'un droit commun conventionnel de la participation à l'enrichissement.....	436
1. La réfutation des objections théoriques.....	436
a).Précisions sur la création d'un droit commun conventionnel de la participation à l'enrichissement au sein du couple.....	437
b).La critique des obstacles théoriques opposés à la création d'un droit commun conventionnel de la participation à l'enrichissement au sein du couple	439
2. Les aspects pratiques de la réforme.....	444
a).Propositions de mise en œuvre pratique de la réforme	444
b).Conséquences pratiques de la réforme.....	447
Section 2. - Le perfectionnement de la communauté	449
§ 1. Les modifications à rejeter	450
A. Le rejet des modifications ponctuelles	450
1. Le rejet des modifications conventionnelles	451

2. Le rejet du renforcement du dispositif mis en place par l'article 1415 du Code civil.....	452
B. Le rejet du recours au cloisonnement des patrimoines	454
1. Le rejet de la fragmentation du patrimoine en patrimoines d'affectation	454
a).Les difficultés théoriques.....	455
1er).La théorie classique du patrimoine.....	455
2e).Les théories du patrimoine d'affectation	459
b).Les difficultés pratiques.....	462
2. Le rejet de la communauté à gestion séparée	465
§ 2. Les modifications à envisager	469
A. La réduction de l'assiette du gage des créanciers communs	470
1. Les modalités de réduction du gage des créanciers communs	470
2. Les parades aux critiques suscitées par la réduction du gage des créanciers communs	472
B. La communauté différée.....	475
 TITRE 2. LE CHOIX DES MODALITES DE PARTICIPATION A L'ENRICHISSEMENT	483
<i>Chapitre 1. La question du caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement</i>	485
Section 1. - Les justifications inadéquates	486
§ 1. La volonté tacite de participation à l'enrichissement	486
A. La thèse de la volonté tacite	487
B. Le rejet de la thèse de la volonté tacite.....	489
§ 2. La création de concert de l'enrichissement	492
A. Le rejet de la création de concert de l'enrichissement, fondement du régime légal de la communauté réduite aux acquêts	492
B. Le rejet de la création de concert de l'enrichissement, fondement des droits successoraux <i>ab intestat</i> du conjoint survivant.....	494
Section 2. - La justification dans l'engagement de mariage	498
§ 1. Le caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement, expression de l'idéal social des relations pécuniaires dans le couple marié	499
A. La spécificité de l'engagement de mariage	499
1. Un engagement créateur d'un lien de famille	500
a).La certitude en droit interne.....	500
b).Les interrogations suscitées par la notion européenne de « <i>vie familiale</i> »	503
2. Un engagement inscrit dans la pérennité	510
3. Un engagement transcendant	513
B. L'insuffisance de l'engagement de couple, autre que le mariage.....	515

§ 2. L'évolution possible de l'idéal social des relations pécuniaires dans le couple marié.....	518
A. L'évolution de l'idéal dans sa mise en œuvre	518
B. L'évolution de l'idéal dans son principe	521
1. L'hypothèse de la suppression du divorce pour faute et de la consécration d'un droit subjectif au divorce	522
2. Les conséquences sur le caractère supplétif de volonté de la participation à l'enrichissement dans le couple marié.....	525
<i>Chapitre 2. La sélection des dispositions privilégiant la participation à l'enrichissement ..</i>	<i>529</i>
Section 1. - Les privilèges du droit civil	530
§ 1. La neutralité nécessaire du droit civil à l'égard de la participation à l'enrichissement au sein du couple marié.....	531
A. Le traitement des donations de biens présents.....	531
1. Pour la suppression de la révocabilité des donations de biens présents entre époux.....	532
2. Pour la suppression de la nullité des donations déguisées entre époux.....	536
B. Le traitement du changement de régime de biens	538
1. De lege lata, un encadrement protecteur	538
2. De lege ferenda, la liberté à encadrer	540
§ 2. La faveur nécessaire du droit civil pour la participation à l'enrichissement au sein de tout couple.....	544
A. La faveur pour le couple : le traitement privilégié de la participation à l'enrichissement résultant du régime de biens	544
1. L'étendue du privilège civil offert au couple marié	545
2. L'analyse du privilège civil et la légitimité de son extension au couple non marié.....	548
B. La faveur pour le couple marié : le traitement privilégié des libéralités à cause de mort.....	553
1. La description des privilèges accordés au couple marié	553
a). La validité de la donation de biens à venir entre époux.....	553
b). L'existence d'une quotité disponible spéciale entre époux	556
2. La justification de la faveur faite au couple marié	558
Section 2. - Les privilèges du droit fiscal.....	563
§ 1. Le bien-fondé de la distributivité des privilèges fiscaux accordés aux couples	564
A. Le traitement privilégié de la participation à l'enrichissement résultant du régime de biens	565
B. Le traitement privilégié de la participation à l'enrichissement entre les membres d'un couple engagé	569

§ 2. Le caractère confiscatoire des droits de mutation à titre gratuit entre étrangers	573
A. L'illégitimité de la taxation	573
B. L'illégitimité, source d'abus.....	575
CONCLUSION GENERALE.....	587
INDEX	595
INDEX DES DECISIONS DE JURISPRUDENCE	607
BIBLIOGRAPHIE	621
TABLE DES MATIERES	675