

Recueil Dalloz 2008 p. 1786

Droit des couples

mars 2007 - avril 2008

Jean-Jacques Lemouland, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, Directeur du Master Droit notarial

Daniel Vigneau, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, Directeur du Master Droit notarial

L'essentiel

« *Les personnes en couple vivent plus longtemps* » (Insee première, août 2007). Peu importe, semble-t-il, de quelle façon, en fait et même en droit. Le PACS poursuit sa progression statistique au même rythme que les années précédentes et le mariage continue son repli (Bilan démographique 2007, Insee, Bull. n° 1170, janv. 2008). Le premier apparaît clairement, pour les couples hétérosexuels qu'il concerne de façon majoritaire (Infostat justice 2007, n° 97), comme une alternative au second. En droit, l'évolution est plus confuse. Le mariage demeure une référence dont les valeurs fondamentales sont reconnues et protégées. Ses effets ne souffrent guère de discussions. A l'inverse, le concubinage reste largement hors de l'emprise de la jurisprudence. C'est le PACS qui crée la confusion en se rapprochant par saccades du mariage dans un mouvement qui, s'il se poursuit, devra conduire à se poser la question du sens des mots.

I - Mariage

A - Principes fondamentaux

1 - Conventions internationales

La **loi n° 2007-1163 du 1 août 2007** (JO 2 août) a autorisé l'adhésion de la France à la convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages. Cette convention, élaborée dans le cadre de l'ONU, avait été signée par la France dès son adoption en 1962, mais la procédure de ratification a connu plusieurs échecs et a été suspendue en raison de la persistance à Mayotte, en Nouvelle Calédonie et à Wallis-et-Futuna de coutumes incompatibles avec ses dispositions. En effet, la convention qui rappelle en préambule le droit au mariage prévu par l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, pose trois principes fondamentaux : 1) l'exigence d'un consentement libre exprimé en personne par les futurs époux, en présence d'une autorité compétente et de témoins, après une publicité suffisante ; une dérogation à la présence de l'un des époux est permise en raison de circonstances exceptionnelles, 2) une condition d'âge minimum qu'il appartient à chaque Etat de spécifier, sauf dispense accordée par l'autorité compétente, 3) l'exigence d'inscription des mariages sur un registre officiel. Comme cela a été souligné dans le cadre des travaux parlementaires (Y. Pozzo di Borgo, Rapport Sénat 21 juin 2007, n° 345 ; J.-P. Baquet, Rapport Ass. nat. 18 juill. 2007, n° 81), la ratification de la convention ne soulève pas de difficulté au regard du code civil français. Celui-ci satisfait amplement aux principes qu'elle pose : il exige un consentement dont la liberté est d'ailleurs mieux garantie depuis la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs (JO 5 avr., p. 5097 ; art. 146 et 180 c. civ.) ; il pose clairement le principe de la présence des futurs époux lors de la

célébration (art. 146-1 c. civ.) ; il exige une célébration par un officier de l'état civil en présence de témoins (art. 75 c. civ.) et après publicité (art. 63 c. civ.) ; il pose une condition d'âge dont la portée a été récemment renforcée pour les jeunes filles (art. 144 c. civ., mod. L. 4 avr. 2006) ; il satisfait à l'exigence d'un enregistrement officiel du mariage par le biais de l'état civil. Néanmoins, la France a prévu d'assortir la ratification de deux déclarations interprétatives : l'une pour limiter les dérogations possibles à la présence des époux aux seuls cas prévus par le droit français, c'est-à-dire, d'une part, en cas de mariage posthume (art. 171 c. civ.), et d'autre part, dans le cas de mariage sans comparution personnelle des militaires (art. 96-1 et 96-2 c. civ., mod. Ord. n° 2007-465, 29 mars 2007 sur laquelle V. *infra*) ; l'autre pour prévoir que la publicité suffisante exigée par la convention ne s'opposera pas aux possibilités de dispense que prévoit le droit français (art. 169 c. civ.) dont le récent mariage du Président de la République vient de donner une illustration pour le moins inattendue et discutable. Les spécificités du droit local mahorais, mélange de droit coutumier et de droit musulman qui régissent 90 % des Français de Mayotte, ont longtemps empêché la ratification de la convention par la France. Ces spécificités ont été progressivement réduites, tant en ce qui concerne l'âge minimum du mariage que pour les modalités de la célébration et l'expression du consentement par la future épouse. Il reste que la condition de publicité n'est toujours pas remplie puisque le mariage coutumier à Mayotte n'exige aucune publication de bans, même si les pratiques locales permettent de garantir une certaine publicité. Il conviendrait de s'assurer que cela est suffisant ou d'adapter sur ce point le droit local avant le dépôt des instruments de ratification auprès de l'Organisation des Nations Unies.

## 2 - Clauses restrictives de la liberté du mariage

La liberté du mariage, en raison de la protection attentive dont elle est l'objet, est parfois invoquée à l'encontre de clauses accusées de lui porter atteinte. La question a eu ses heures de gloire, il y a quelques années, à propos de clauses inscrites dans les contrats de travail. Elle s'est aujourd'hui largement apaisée, mais elle demeure posée par rapport à des clauses ou conditions susceptibles d'assortir le versement d'une prestation compensatoire. Un arrêt de la Cour de cassation (**Civ. 1, 13 mars 2007, n° 06-12.419**, D. 2008. Pan. 807, obs. G. Serra et L. Williatte-Pellitteri ; RTD civ. 2007. 320, obs. J. Hauser) donne l'occasion d'y revenir dans une affaire où le juge, en application de l'article 275, alinéa 2, du code civil dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, avait différé les effets du divorce pour garantir au créancier le versement effectif du capital alloué à titre de prestation compensatoire. Saisie sur le fondement de l'article 12 de la Convention EDH, la Cour de cassation a estimé que cette modalité n'instaurait pas un empêchement à mariage et que les juges du fond pouvaient, en raison de la situation modeste de la créancière de la prestation, subordonner la décision de divorce au versement effectif de la prestation compensatoire. Cette décision ne présente plus guère d'intérêt en elle-même, la loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 ayant fait disparaître fort heureusement cette disposition de la panoplie des garanties pouvant assortir le versement de la prestation compensatoire et auxquelles peut être subordonné le prononcé du divorce (art. 274, 1° et art. 277 c. civ.). Car il n'est pas évident, quoi qu'en dise la Cour de cassation, qu'elle aurait trouvé grâce devant la Cour européenne (en ce sens obs. T. Garé, RJPF 2007/6, p. 17) dont la jurisprudence récente ne semble pas empreinte d'une grande bienveillance à l'égard de tout ce qui est susceptible d'apparaître comme une entrave au mariage (CEDH 13 sept. 2005, *B. et L. c/ Royaume-Uni*, D. 2006. Pan. 1414, spéc. 1418, et nos obs. ; RTD civ. 2005. 735, obs. J.-P. Marguénaud, et 758, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 2005, n° 234, note A. Gouttenoire et M. Lamarche). On se souvient que la Suisse, dont la législation permettait au juge d'assortir la décision de divorce d'une interdiction temporaire de remariage à l'encontre de l'époux fautif, a été condamnée sur ce point par la Cour européenne (CEDH 18 déc. 1987, *F. c/ Suisse*, JDI 1988. 892). On peut certes jouer sur les mots, mais différer les effets du divorce jusqu'au versement de la prestation compensatoire revient bien à interdire le remariage pendant ce laps de temps. La question ramène indirectement à celle de la validité d'une condition de non remariage qui viendrait assortir le versement d'une prestation compensatoire (nul besoin de clause si les ex-époux se remarient ensemble, la prestation compensatoire devient d'elle-même caduque, Civ. 1, 17 oct. 2007, D. 2008. Jur. 200, note G. Raoul-Cormeil, et Pan. 807, obs. G. Serra et L. Williatte-Pellitteri ; AJ fam. 2007. 475, obs. S. David ; RTD civ. 2008. 88, obs J. Hauser). La jurisprudence, s'appuyant principalement sur le caractère forfaitaire de la prestation

compensatoire, se montre depuis longtemps hostile à une telle condition lorsqu'elle est posée par le juge (Civ. 2, 2 mai 1984, Bull. civ. I, n° 76). En revanche, la loi (et avant elle, la jurisprudence, Civ. 2, 2 avr. 1997, RTD civ. 1997. 638, obs. J. Hauser) laisse aux époux toute latitude, dans le cadre d'une prestation compensatoire fixée de façon conventionnelle, pour prévoir « *que le versement de la prestation compensatoire cessera à compter de la réalisation d'un événement déterminé* » (art. 278, al. 2, c. civ. ; cette disposition est applicable en dehors même du divorce par consentement mutuel, dès lors que les époux soumettent à l'homologation du juge une convention relative à la prestation compensatoire, art. 279-1 c. civ.). Il est fréquent, lorsque la prestation compensatoire est fixée sous forme de rente, qu'elle soit assortie d'une clause de non remariage ou de non concubinage et la jurisprudence n'y voit pas d'objection. En dépit d'une différence de régime peu compréhensible, la solution dégagée pour les prestations compensatoires convenues peut sans doute espérer perdurer, du moins dans son principe. Le sceau de l'accord des volontés devrait lui permettre d'échapper aux foudres de la Cour européenne. Et en interne, on aura beau jeu de faire observer qu'après tout, une telle clause n'interdit pas pour autant au créancier de la prestation de se remarier (en ce sens à propos du présent arrêt, J. Hauser, RTD civ. 2007. 320, préc.). Il convient néanmoins de faire preuve d'une certaine prudence dans la prévision d'une telle clause et de proscrire tout élément qui pourrait laisser à penser que sa cause a pu être inspirée par l'intention de brider la liberté du remariage. De façon plus générale, les clauses susceptibles d'assortir le versement d'une prestation compensatoire trouvant leur limite dans le respect de l'ordre public, la montée en puissance de la liberté du mariage ne permet pas d'exclure, sur ce point, une évolution de la jurisprudence.

## B - Conditions du mariage

### 1 - Engagements antérieurs à la célébration

#### a - Fiançailles

Parmi les difficultés auxquelles la rupture des fiançailles donne encore lieu, de temps à autre, figure en bonne place celle du sort de la bague de fiançailles. Aujourd'hui, la bague de fiançailles est généralement considérée comme un présent d'usage (sur cette notion, Malaurie et Aynès, *Les successions, les libéralités*, 3 éd., Defrénois, 2008, n° 161) qui peut être conservé par la fiancée en cas de rupture par dérogation à l'article 1088 du code civil, sauf lorsque sa valeur excède les possibilités financières respectives des époux ou lorsqu'il s'agit d'un bijou de famille (*Droit de la famille*, Dalloz Action, 2008-2009, dir. P. Murat, n° 111-77). Dans ces deux dernières hypothèses, la bague doit être restituée. La Cour de cassation vient de rappeler que lorsque la bague est un bijou de famille, elle ne peut être donnée à un tiers ; elle peut seulement faire l'objet d'un prêt à usage. Sur le fondement de l'article 1875 du code civil, la Cour casse un arrêt d'appel qui avait admis que la bague ait pu faire l'objet d'un don manuel par le mari à sa concubine après séparation d'avec son épouse à laquelle la bague avait été remise dans un premier temps (**Civ. 1, 30 oct. 2007, n° 05-14.258**, Dr. fam. 2008, Comm. n° 23, note V. Larribau-Terneyre). Si on laisse de côté le contexte familial agité dans lequel elle s'inscrit, la décision ne constitue pas une première. Elle se situe dans le droit fil d'une jurisprudence établie de la Cour de cassation qui, s'appuyant sur l'analyse de la doctrine (J. Carbonnier, *Le statut des bijoux dans le droit matrimonial*, Defrénois 1950, art. 26885) évince la qualification de don manuel au profit de celle du commodat s'agissant des bijoux ou souvenirs de famille (Civ. 1, 20 juin 1961, D. 1961. Jur. 641, note R. Savatier ; JCP 1961. II. 12352, note A. Ponsard ; 23 mars 1983, JCP 1984. II. 20202, obs. J.-F. Barbieri). Ces bijoux doivent revenir dans le patrimoine familial dès lors que la vie commune qui constituait la cause du prêt a disparu (en ce sens J.-F. Barbieri, obs. préc.). Il convient de noter que la formule très générale adoptée, en l'espèce, par la Cour de cassation, ne fait aucune réserve tenant en particulier à la valeur du bien alors que cet élément s'invite souvent dans le débat sur la restitution du bijou de famille (Douai, 17 sept. 1985, D. 1986. Jur. 301, note J.-P. Langlade) au point de conduire les juges du fond, à tort selon nous, à en modifier la qualification (Paris, 25 oct. 2001, Dr. fam. 2002, Comm. n° 24, note B. B.).

#### b - Courtage matrimonial

La Cour de cassation n'est pas tendre avec les agences matrimoniales et le droit de la

consommation, dont relève désormais le courtage matrimonial, lui donne les moyens de sa sévérité (L. n° 89-421, 23 juin 1989, JO 29 juin, p. 8047). Une agence spécialisée dans les unions internationales vient d'en faire la douloureuse expérience dans deux arrêts rendus à un mois d'intervalle. Dans la première affaire (**Civ. 1, 19 juin 2007, n° 05-18.541**), la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir prononcé la résiliation du contrat de courtage en raison de son inexécution partielle, l'agence matrimoniale n'ayant pas fait toutes diligences pour mettre son client en relation avec le nombre de candidates annoncées (... deux au lieu de douze ; l'arrêt d'appel est cependant cassé, sur un autre moyen, ayant malencontreusement condamné l'agence à réparer le préjudice moral résultant de l'encaissement d'un chèque qui avait été demandé « à titre de garantie »). En vain l'agence a-t-elle invoqué le fait que son client aurait dû s'aviser que ses faibles revenus ne lui permettraient pas de faire face aux dépenses indispensables pour rencontrer les candidates pressenties. Cet arrêt conforte la position adoptée dans un arrêt antérieur d'où l'on pouvait déjà déduire que l'obligation du courtier matrimonial était susceptible de dépasser le stade de l'information pour s'étendre à une obligation de conseil portant sur l'opportunité même de l'engagement pris par le client (Civ. 1, 13 avr. 1999, D. 1999. Somm. 371, et nos obs. ; RTD civ. 1999. 607, obs. J. Hauser ; RJPF 1999/5, p. 16, obs. J. Vassaux). Assurément, l'obligation du courtier ne saurait être pour autant une obligation de résultat sous peine de contrarier la liberté du mariage et d'exposer ainsi le contrat de courtage, selon une jurisprudence traditionnelle, à une nullité d'ordre public (sur ce point note V. Larribau-Terneyre, Dr. fam. 2007, Comm. n° 161 ; LPA 25 juill. 2007, note E. Garaud).

La même agence était assignée dans une autre affaire où le client invoquait la nullité du contrat au motif que n'y était pas portée la mention de la faculté de rétractation dans un délai de sept jours prévue par l'article 6, II, de la loi du 23 juin 1989 et plus généralement, que l'agence n'avait pas respecté le dispositif protecteur des droits des consommateurs prévu par la loi. Les juges du fond avaient débouté le demandeur en observant que la loi n'impose pas la mention écrite de la faculté de rétractation sur le contrat principal. Mais, ils avaient relevé que le jour même de la signature du contrat principal, le client avait signé une offre préalable de crédit accessoire à la prestation de services proposée. Sans se prononcer sur l'absence de mention écrite du délai, la Cour de cassation estime que la signature de l'offre de crédit est une forme de paiement de nature à faire obstacle à la faculté de rétractation et justifie la nullité du contrat. En effet, l'article 6, II, de la loi précitée interdit au professionnel de recevoir un paiement ou un dépôt sous quelque forme que ce soit avant expiration du délai de rétractation (**Civ. 1, 12 juill. 2007, n° 05-14.715**). La chambre criminelle avait déjà adopté une position similaire s'agissant du paiement de prestations annexes intervenu avant expiration du délai de sept jours (Crim. 20 mars 2001, D. 2001. AJ. 1871, obs. C. Rondey, et 2002. Somm. 534, nos obs. ; RTD civ. 2001. 564, obs. J. Hauser, et 2002. 96, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2001. 795, obs. B. Bouloc ; RJPF 2001/7-8, p. 15, obs. S. Valory). Cette rigueur n'est pas propre au contrat de courtage matrimonial. Elle se retrouve dans tous les cas où la conclusion d'un contrat est assortie d'un délai de rétractation (Lamy Droit économique, n° 4982).

2 - Conditions de fond. Consentement des futurs époux. Erreur sur les qualités essentielles  
Au rang des conditions de fond du mariage, le code civil exige de la part des futurs époux un consentement exempt de vices. Spécialement, l'un des époux peut demander la nullité du mariage s'il a commis une erreur sur la personne de son conjoint ou sur ses qualités (art. 180, al. 2, c. civ.). La nullité pour erreur sur les qualités a été ajoutée à l'occasion de la réforme du divorce par la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 ; antérieurement, seule l'erreur sur la personne était visée. Le tribunal de grande instance de Lille vient de faire une application surprenante de ces dispositions en prononçant la nullité d'un mariage, à l'initiative du mari auquel sa femme avait avoué la nuit des noces avoir eu une liaison antérieure alors qu'il croyait qu'elle était vierge (**TGI Lille, 1 avril 2008, n° 07-08458**, D. 2008. Jur. 1389, note P. Labbé). Après avoir déclaré la demande recevable au regard des nouveaux délais de prescription prévus par l'article 181 modifié par la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006, le tribunal estime que l'acquiescement de l'épouse à la demande de nullité permet de déduire que la virginité était bien une qualité essentielle déterminante du consentement du mari et qu'il convient de faire droit à la demande de nullité. Pourtant, une recherche rapide aurait permis aux juges de

constater qu'une jurisprudence très homogène ne se satisfait pas du caractère subjectivement déterminant de l'erreur invoquée aux fins de nullité mais exige que soit vérifié le caractère objectivement essentiel de la qualité visée (*contra* P. Labbé, note préc.) ; ce que reconnaît d'ailleurs le jugement au détour d'un attendu sans en tirer la moindre conséquence (V. récemment à propos d'une erreur sur l'état de santé de l'un des époux qui était atteint d'une infection VIH, TGI Dinan, 4 avr. 2006, D. 2007. AJ. 1510 ; RTD civ. 2007. 550, obs. J. Hauser). Bien que le critère de délimitation des qualités objectivement essentielles ait pu donner lieu à discussion, aucun des critères proposés par la doctrine et retenus par la jurisprudence ne permet aujourd'hui de considérer que l'erreur sur la virginité de la future épouse puisse être qualifiée d'erreur sur une qualité essentielle au regard du mariage civil, le seul évidemment en considération duquel le juge étatique puisse se prononcer. Le fait même pour le mari d'avoir ignoré la grossesse antérieure de sa future épouse a été rarement retenu comme cause de nullité (sauf une décision isolée dont on notera la date, T. civ. Chaumont, 9 juill. 1858, DP 1861. 5. 305). Et si l'erreur sur l'existence d'une liaison antérieure est parfois prise en considération, c'est à la condition que cette liaison n'ait pas été rompue et que l'intention de rompre au moment même du mariage soit douteuse (en revanche, si la liaison a été rompue, la jurisprudence n'est guère favorable à la nullité ; pour le refus d'annulation d'un mariage alors que la femme soutenait avoir découvert, le soir de son mariage, que son mari avait entretenu une liaison avec une femme mariée, Civ. 1, 13 déc. 2005, D. 2006. IR. 100, et Pan. 1414, spéc. 1417, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2006. 75, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2006. 285, obs. J. Hauser). La légèreté de la décision lilloise est donc absolument consternante. Peut-être permettra-t-elle du moins de prendre conscience des effets dévastateurs de la contractualisation rampante du droit de la famille (dans laquelle beaucoup de praticiens voient la panacée, C. Butruille-Cardew, *Le couple et la mondialisation*, AJ fam. 2008. 67) et du raisonnement qui, dans un tel domaine, consiste à inciter les juges à couvrir de leur sceau le simple accord des volontés privées.

### 3 - Conditions de forme

#### *a - Certificat médical prénuptial*

Entre les préoccupations de santé publique et la peur des dérives eugéniques, le droit français a toujours été hésitant. Du bout des lèvres, le législateur avait repris en 1945 des dispositions instaurées pendant la seconde guerre mondiale imposant aux futurs époux un examen médical à l'issue duquel était délivré un certificat attestant, sans autre indication, que l'intéressé avait été examiné en vue du mariage. Un décret n° 92-143 du 14 février 1992 n'avait guère été plus audacieux en prévoyant qu'un test de dépistage de l'immunodéficience devrait être « proposé » aux futurs époux. Finalement, une loi du 20 décembre 2007 (**L. n° 2007-1787, 20 déc. 2007** relative à la simplification du droit, JO 21 déc., art. 8) tire les conséquences logiques de cette indécision et, dans la droite ligne d'une évolution qui tend, depuis plus d'un siècle, si l'on excepte la phobie des mariages de complaisance, à réduire les conditions de forme du mariage, supprime l'exigence du certificat prénuptial (sans toucher aux actions de prévention dont bénéficie la femme enceinte, art. L. 2122-1 s. CSP). L'article 63 du code civil est modifié pour faire disparaître le certificat médical de la liste des pièces devant être remises à l'officier de l'état civil avant la publication. La loi abroge également les deux derniers alinéas de l'article 169 du code civil qui prévoyaient, l'un la possibilité pour le procureur de la République de dispenser les futurs époux ou l'un d'eux de la remise du certificat médical, l'autre une dérogation à l'exigence du certificat en cas de péril imminent de mort lorsque l'officier de l'état civil est amené à célébrer un mariage *in extremis*. Dans le code de la santé publique, le chapitre relatif à l'examen médical prénuptial est abrogé (art. L. 2121-1 s.). La loi ménage néanmoins la possibilité pour les futurs époux de se soumettre à un examen prénuptial et inscrit dans les missions du conseil général l'édition et la diffusion de supports d'information sanitaire destinés aux futurs conjoints (art. L. 2112-2, 6°, CSP). Cette simplification est bienvenue, mais elle ne sera sans doute pas suffisante pour redresser la courbe des mariages.

#### *b - Formes particulières. Mariage posthume*

Depuis quelques années, le mariage posthume alimente de façon inquiétante les colonnes des

gazettes juridiques : trois arrêts pour la seule année 2007 dont deux arrêts de la Cour de cassation, c'est beaucoup. L'une des raisons se trouve sans doute dans l'évolution libérale de la politique suivie par les services du Président de la République en la matière. Lorsque le mariage posthume a été introduit dans le code civil en 1960, il était destiné, dans le prolongement des textes particuliers adoptés à l'occasion des grands conflits mondiaux, à répondre à des situations exceptionnelles de guerre ou de catastrophe. Depuis, il semble que les motifs graves pouvant justifier l'autorisation d'un tel mariage aient été appréciés avec davantage de bienveillance et que cela ait entraîné une augmentation des demandes. Dès lors, les refus d'autorisation eux-mêmes sont mal vécus et donnent lieu à contestation. Tel était le cas dans une affaire où la demanderesse sollicitait l'annulation de la décision de refus du Président de la République au prétexte qu'elle n'était pas motivée et qu'elle se référait simplement à une proposition de rejet de la requête émanant de la Chancellerie (**Civ. 1, 17 oct. 2007, n° 06-11.887**, D. 2007. AJ. 2811 ; AJ fam. 2007. 436, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2008. 84, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 2007, Comm. n° 197, note V. Larribau-Terneyre). La Cour de cassation observe que la lettre du Chef de l'Etat énonçait que le rejet était motivé par l'absence de formalités officielles marquant sans équivoque la volonté matrimoniale du défunt et que l'avis du garde des Sceaux y était annexé. La demanderesse soutenait en outre que ce refus était injustifié car des formalités avaient été accomplies. La Cour de cassation, reprenant sa jurisprudence antérieure, rappelle qu'il appartient, certes, au juge judiciaire de vérifier l'existence de formalités officielles mais que le Chef de l'Etat apprécie souverainement si ces formalités sont de nature à traduire le consentement au mariage de l'époux décédé et qu'en l'espèce, les juges du fond avaient constaté qu'il n'existait aucun document officiel traduisant les démarches entreprises en vue du mariage. Cet arrêt confirme donc la répartition des compétences entre le Président de la République et l'autorité judiciaire sur le contentieux du mariage posthume ainsi que la volonté du juge judiciaire de s'en tenir à une appréciation stricte de l'existence des formalités officielles nécessaires au soutien de la demande. Il convient cependant de rappeler qu'au-delà de l'existence des formalités officielles, le juge judiciaire a récemment étendu sa compétence pour apprécier la persistance du consentement de l'époux prédécédé jusqu'au moment de son décès (Civ. 1, 28 févr. 2006, D. 2006. Jur. 2085, note G. Raoul-Cormeil, et Pan. 1414, spéc. 1417, nos obs ; AJ fam. 2006. 206, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2006. 283, obs. J. Hauser ; sur renvoi la cour d'appel a estimé, dans cette affaire où l'existence même des formalités officielles aurait pu aussi être mise en doute, que l'intention du futur époux de mener à son terme le projet de mariage n'était pas établie et elle a confirmé l'annulation du mariage, Grenoble, 27 juin 2007, RTD civ. 2008. 84, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 2007, Comm. n° 217, note V. Larribau-Terneyre).

Outre la question de répartition des compétences, le mariage posthume a posé une difficulté inattendue liée à sa date d'effet (**Civ. 1, 22 mai 2007, n° 05-18.582**, AJ fam. 2007. 398, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2007. 756, obs. J. Hauser). Dans cette affaire, l'épouse posthume avait obtenu le versement d'un capital-décès que la caisse primaire d'assurance maladie avait versé une première fois aux deux enfants du mari, issus d'un premier mariage, juste après son décès. Par la suite, la caisse a assigné l'épouse en répétition de l'indu. Elle soutenait que le capital-décès avait été régulièrement versé aux enfants en l'absence, à l'époque, de conjoint survivant et que la célébration ultérieure du mariage ne pouvait priver les enfants, au profit du conjoint survivant, de droits qu'ils avaient régulièrement acquis. Elle a été déboutée par les juges du fond et son pourvoi est rejeté. La Cour de cassation constate qu'aux termes de l'article 171 du code civil, les effets du mariage posthume remontent à la date du jour précédant celui du décès de l'époux et que, selon le code de la sécurité sociale, le capital-décès doit être attribué au conjoint survivant par préférence aux descendants. Elle en déduit que l'épouse avait droit au capital-décès et qu'il importait peu que celui-ci ait été précédemment versé aux enfants du défunt. En effet, les textes sont sans ambiguïté et spécialement la lettre de l'article 171 qui, de façon fictive, fait remonter les conséquences du mariage posthume au jour précédant le décès pour ménager les apparences d'un échange des consentements et éviter les conflits entre le survivant et sa belle famille. La présente affaire montre que l'objectif est loin d'être atteint. La fiction de la rétroactivité fait planer une insécurité fâcheuse sur le sort d'actes qui ont pu être accomplis dans une parfaite ignorance d'un mariage qui n'a pas encore été célébré. La difficulté n'est pas complètement inédite. Elle est déjà apparue à diverses reprises dans le cas de mariages « par procuration » pour lesquels il est prévu, de façon comparable, que les effets du mariage remontent à la date à

laquelle le consentement du futur époux a été reçu (art. 96-2 c. civ., V. ci-dessous). Et dans le cas d'un mariage posthume, la chambre sociale de la Cour de cassation a été moins respectueuse de la lettre des textes en estimant que le calcul des délais pour le versement de l'allocation veuvage devait se faire en considération de la date du mariage et non de celle du décès (Soc. 15 févr. 2001, D. 2001. Somm. 2451, obs. X. Prétot, et 2002. Somm. 535, nos obs ; RTD civ. 2001. 563, obs. J. Hauser). Nul doute pourtant qu'en l'état actuel des textes, la position de la première chambre civile soit la plus pertinente (J. Massip, obs. Defrénois 2007. 1309). Mais elle révèle un problème qui, dans l'esprit des créateurs du mariage posthume, n'aurait pas dû se poser puisque ce mariage n'était pas destiné à produire des effets patrimoniaux. Il reste que la rédaction de l'article 171 est moins catégorique : il est prévu simplement que ce mariage n'entraîne aucun droit de succession *ab intestat* et qu'aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé entre les époux, ce qui laisse la porte ouverte à la tentation d'en réclamer tous les autres avantages sociaux ou fiscaux en particulier que le mariage peut procurer. La solution ne nous paraît pas être dans la suppression du mariage posthume ni dans l'éradication de tous ses effets patrimoniaux (en ce sens s'agissant des prestations sociales, note A. Devers, Dr. fam. 2007, Comm. n° 160) qui, dans certaines situations, n'aurait pas de raison d'être, mais plutôt dans une meilleure maîtrise de la délivrance des autorisations.

#### *c - Formes particulières. Mariage des militaires et marins*

Une ordonnance du 29 mars 2007 (**Ord. n° 2007-465, 29 mars 2007** relative au personnel militaire, modifiant et complétant la partie législative du code de la défense et du code civil, JO 30 mars) contient plusieurs dispositions relatives au mariage des militaires. D'abord, ce texte complète l'article L. 4142-4 du code de la défense pour préciser que l'autorisation nécessaire aux militaires servant à titre étranger, pendant les cinq premières années de leur service actif, pour contracter mariage ou conclure un pacte civil de solidarité ne peut être refusée que pour des motifs tirés de l'intérêt de la défense nationale. L'ordonnance transpose ainsi dans les textes la jurisprudence du Conseil d'Etat qui avait estimé que seuls les motifs tirés de l'intérêt de la défense nationale pouvaient permettre au ministre de la Défense de refuser une autorisation à mariage (CE 15 déc. 2000, D. 2002. Somm. 533, nos obs. ; RTD civ. 2001. 335, obs. J. Hauser ; RFDA 2001. 725, concl. C. Bergeal, et 730, obs. J. Gourdou et S. Perdu). Les militaires servant à titre étranger sont d'ailleurs désormais les seuls à devoir obtenir une telle autorisation, l'article L. 4121-1 du code de la défense posant le principe que les militaires jouissent de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens. Et si l'exercice de certains droits leur est interdit ou est limité, cela ne concerne plus le mariage.

D'autre part, l'ordonnance précitée du 29 mars 2007 modifie les articles 93 et suivants du code civil qui traitent des actes de l'état civil concernant les militaires et les marins dans certains cas spéciaux et ajoute dans ce chapitre deux articles relatifs au mariage sans comparution personnelle. Ces dispositions reprennent très largement celles qui résultaient d'un décret-loi du 9 septembre 1939 dont la portée avait été progressivement étendue mais qui nécessitaient d'être activées pour être applicables, par exemple pour des militaires en opération à l'étranger (V. sur ce point *Droit de la famille*, dir. P. Murat, Dalloz Action, 2008-2009, n° 113.163). L'ordonnance abroge le décret du 9 septembre 1939 et donne donc à ces dispositions un caractère permanent. Le nouvel article 96-1 du code civil prévoit que dans le cas de guerre ou d'opérations militaires en dehors du territoire national, le ministre de la Justice et le ministre de la Défense peuvent autoriser, pour causes graves, le mariage d'un militaire sans comparution personnelle de celui-ci et alors même qu'il serait décédé, le mariage sans comparution personnelle aboutissant alors à un mariage posthume. Le texte déroge ainsi à l'exigence générale de présence des futurs époux lors de la célébration posée par l'article 146-1 du code civil. Il faut cependant que le consentement de l'époux concerné soit constaté dans des formes particulières : soit par acte de l'officier de l'état civil de sa résidence s'il se trouve sur le territoire national, soit par un officier de l'état civil militaire désigné par arrêté du ministre de la Défense s'il se trouve hors du territoire national ou si l'on est dans une situation où, sur le territoire national, le service de l'état civil ne peut plus être régulièrement assuré par suite de mobilisation ou de siège (art. 93 c. civ., mod. ord. 29 mars 2007). Lorsqu'il s'agit de militaires prisonniers de guerre ou internés, le consentement peut être recueilli par les agents diplomatiques ou consulaires ou par deux officiers ou

sous-officiers français ou par un seul officier ou sous-officier français assisté de deux témoins de même nationalité. L'acte de consentement ainsi recueilli sera lu au moment de la célébration du mariage mais les effets du mariage remonteront de façon rétroactive à la date à laquelle le consentement a été reçu. Les effets du mariage n'étant pas ici limités comme dans le cas de mariage posthume proprement dit, la jurisprudence a dû résoudre ponctuellement quelques difficultés cantonnées néanmoins par le caractère très exceptionnel de tels mariages (M. Lamarche et J.-J. Lemouland, Rép. civ., v° Mariage, 2° Conditions de formation, n° 652).

#### *d - Formes particulières. Mariages célébrés à l'étranger*

Un décret du 10 mai 2007 vient préciser les conditions d'application des articles 171-1 à 171-8 du code civil relatifs aux mariages de Français célébrés à l'étranger (**Décr. n° 2007-773, 10 mai 2007** pris pour l'application de la loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages et modifiant diverses dispositions relatives à l'état civil, JO 11 mai). En effet, la loi du 14 novembre 2006 (sur laquelle V. nos obs. D. 2007. Pan. 1561, spéc. 1564 et les réf. citées ; *adde*, M. Revillard, Le contrôle de la validité des mariages : incidences de droit international privé, Defrénois 2007. 847) a instauré un dispositif complexe dans lequel les autorités diplomatiques et consulaires, les officiers de l'état civil du lieu de résidence des futurs époux en France et le procureur de la République peuvent intervenir à deux niveaux, soit au stade préalable de la délivrance du certificat de capacité à mariage, soit au stade ultérieur de la transcription du mariage célébré à l'étranger. L'article 1056-1 du code de procédure civile est modifié pour préciser que, dans tous les cas, le procureur de la République territorialement compétent pour s'opposer à la célébration du mariage célébré à l'étranger, se prononcer sur sa transcription ou en demander l'annulation est celui du lieu où est établi le service d'état civil du ministère des Affaires étrangères, c'est-à-dire celui de Nantes. S'agissant ensuite des formalités préalables, le décret précise que la saisine du procureur de la République en raison d'indices laissant présumer une cause de nullité du mariage (art. 171-4 c. civ.) doit conduire l'autorité diplomatique à surseoir à la délivrance du certificat de capacité à mariage et à en informer les futurs époux. Si le procureur de la République, dans un délai de deux mois à compter de sa saisine, ne s'est pas opposé à la célébration, l'autorité diplomatique doit délivrer le certificat de capacité. En revanche, si le procureur de la République s'oppose à la célébration, il doit en informer l'autorité diplomatique et l'acte d'opposition sera notifié aux futurs époux (art. 5 à 7). Au stade de la transcription, si l'autorité diplomatique décide de ne pas procéder à une audition malgré l'absence de certificat de capacité (art. 171-7, al. 1, c. civ.), la décision motivée est versée aux pièces annexes. Si elle procède à une audition et saisit le procureur de la République pour qu'il se prononce sur la transcription ou demande la nullité du mariage, la saisine doit mentionner le délai de six mois dont dispose le procureur de la République pour donner suite (art. 171-8 c. civ.). Réciproquement, le procureur de la République doit informer l'autorité diplomatique de sa décision d'autoriser ou de refuser la transcription. Dans ce dernier cas, la décision est notifiée également à chaque époux qui est informé du droit dont il dispose de saisir le tribunal de grande instance pour qu'il soit statué sur la transcription. Un système aussi complexe, outre l'alourdissement des tâches qu'il entraîne, nous paraît de nature à favoriser les vices de procédure et les contentieux.

#### *e - Opposition à mariage*

Lorsque le procureur de la République est informé par l'officier de l'état civil ou par les autorités diplomatiques du soupçon de complaisance qui pèse sur un projet de mariage, il peut former opposition. L'article 175-2 du code civil lui permet de le faire dans tous les cas où il pourrait demander la nullité du mariage et donc, entre autres, pour défaut de consentement (art. 146 c. civ.). En réaction, les futurs époux peuvent demander la mainlevée de l'opposition en saisissant le tribunal de grande instance qui doit alors se prononcer dans les dix jours (art. 177 c. civ.). Comme lorsque la nullité du mariage est demandée pour défaut de consentement, le débat judiciaire se déroule alors essentiellement sur le terrain de la preuve. Il appartient à celui qui invoque le défaut de consentement de l'un des époux d'en rapporter la preuve. Cette preuve est toujours délicate, les juges du fond, soucieux de préserver la liberté du mariage, ne se laissant pas aisément convaincre d'un défaut d'intention réelle des époux



(V. Caen, 11 janv. 2007, dans une affaire où les juges ont considéré que l'homosexualité de l'épouse et l'impuissance du mari ne constituaient pas un obstacle à la fondation d'un foyer dès lors que l'intention des deux époux était de fonder une famille afin qu'ils se prodiguent mutuellement affection, soutien et assistance, Dr. fam. 2007, Comm. n° 101, note V. Larribau-Terneyre). Même lorsque leur opinion est faite, ils doivent être attentifs à la motivation suffisante de leur décision sous peine de cassation. Un arrêt récent de la première chambre civile (**Civ. 1, 4 juill. 2007, n° 06-11.232**) illustre cette recommandation en cassant un arrêt de la cour d'appel de Versailles qui avait rejeté la demande de mainlevée et estimé que la future épouse n'avait d'autre but que celui de régulariser sa situation administrative en se fondant sur un compte rendu de visite retranscrit dans un procès-verbal d'enquête qui pouvait faire douter de l'existence d'une vie commune. La Cour de cassation casse l'arrêt en reprochant à la cour d'appel de n'avoir pas précisé dans sa motivation sur quels éléments du compte rendu de visite elle se fondait pour dénier l'existence d'une vie commune. Elle reproche également à la cour d'appel de n'avoir pas examiné les attestations établies par les membres de la famille du futur époux qui témoignaient de l'existence d'une vie de couple et d'autres éléments qui avaient conduit les premiers juges, au contraire de la cour d'appel, à ordonner la mainlevée de l'opposition. Accessoirement, on se permettra de rappeler que la vie commune dont tout le monde semblait ici faire grand cas, est une obligation qui résulte du mariage et non qui le précède.

## C - Effets du mariage

### 1 - Contribution aux charges du mariage

L'article 214 du code civil impose aux époux, quel que soit leur régime matrimonial, l'obligation de contribuer aux charges du mariage. Ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives, à défaut de convention réglant cette question. Si d'ordinaire cette obligation donne lieu à une exécution pécuniaire et au jour le jour, la jurisprudence admet aussi bien, et depuis longtemps, une exécution en nature ; notamment par l'activité qu'un époux, dépourvu de revenus, peut déployer au foyer. Telle est la solution que rappelle un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 4 juillet 2007 (**Civ. 1, 4 juill. 2007, n° 05-21.022**, AJ fam. 2007. 399, obs. P. Hilt). En l'espèce, une femme mariée sous le régime de la séparation de biens, s'était mise en disponibilité pendant près d'une dizaine d'années pour élever au foyer les quatre enfants du couple. Le mari, quant à lui, avait réglé seul en numéraire les charges du mariage, ainsi que l'impôt sur ses revenus comme ceux de sa femme, et cela pendant toute la durée du mariage. Leur divorce fut l'occasion, comme c'est souvent le cas, d'un acerbé règlement de comptes. Le mari s'avisait de tenir pour nulle la participation de sa femme à l'obligation de contribution aux charges du mariage pour lui réclamer le remboursement de versements faits pour elle. Il lui réclama, en outre, le remboursement de la part des impôts qu'il avait payée à sa place. Sur le premier point, la Haute juridiction approuve les juges du fond d'avoir considéré que l'épouse avait, en l'espèce, mené au foyer une activité excédant son obligation aux charges du mariage, et que cet excédent constituait la cause des versements effectués par le mari. Il résulte de cette analyse que l'exécution de l'obligation pouvait bien avoir lieu en nature et qu'à concurrence de l'excédent, la qualification de libéralité pour les versements provenant du mari ne pouvait être retenue, faute d'absence de contrepartie. En revanche, sur le second point, la décision des juges du fond est cassée. Ces derniers avaient en effet refusé au mari le remboursement des impôts payés pour sa femme en les analysant comme des charges du mariage dont le règlement pouvait être, en faveur de l'épouse, présumé avoir eu lieu au jour le jour, et sans quittance, en application d'une clause du contrat de mariage prévoyant cette modalité de contribution. Or, pour la Haute juridiction, et la solution n'est pas nouvelle (V. déjà, Civ. 1, 22 févr. 1978, D. 1978. Jur. 602, note D. Martin ; Defrénois 1979. 1667, obs. G. Champenois), l'impôt sur le revenu constituait en l'espèce une charge personnelle, et non une charge du mariage à laquelle chacun des époux était réputé, en vertu de leur convention matrimoniale, avoir fourni sa part contributive au jour le jour. En somme, si fiscalement les époux séparés de biens demeurent, comme tous les époux, tenus solidairement au paiement de l'impôt sur les revenus du foyer (art. 1691 *bis* CGI), civilement, chacun doit supporter la charge de

l'impôt frappant ses revenus personnels. La solution civile est différente en régime communautaire. En effet, l'impôt sur les revenus perçus pendant la durée de la communauté constitue une dette commune à titre définitif, et il n'ouvre pas droit à récompense s'il est payé avec des deniers communs (Civ. 1, 19 févr. 1991, D. 1991. IR. 72 ; Defrénois 1991. 1130, obs. G. Champenois ; 17 sept. 2003, D. 2003. IR. 2409 ; AJ fam. 2003. 429, obs. S. D.-B. ; RTD civ. 2004. 134, obs. B. Vareille).

Si les époux sont tenus de contribuer aux charges du mariage, cette obligation, lorsqu'elle est acquittée en numéraire, ne doit pas pour autant être comprise comme occultant les règles de preuve de la propriété des biens ; spécialement celles de la propriété des fonds déposés sur un compte joint entre époux séparés de biens. C'est ce que rappelle la Cour de cassation dans un arrêt de sa première chambre du 2 avril 2008 (**Civ. 1, 2 avr. 2008, n° 07-13.509**). En l'espèce, un époux séparé de biens était décédé en laissant sa seconde épouse et des enfants de son premier mariage. Le règlement de sa succession avait alors soulevé diverses difficultés. Les enfants du *de cujus* avaient, entre autres, revendiqué l'attribution de fonds déposés sur des comptes joints entre les époux dont ils entendaient démontrer par tous moyens la propriété exclusive de leur auteur, conformément aux dispositions de l'article 1538 du code civil. Les juges d'appel les avaient déboutés au motif que l'existence de comptes joints en présence d'un régime de séparation de biens manifestait l'intention des parties d'affecter ces comptes aux dépenses engagées tant par le mari que par la femme, qu'il s'agissait donc « *d'un mode d'exécution de la contribution aux charges du mariage* », peu important l'origine des fonds, et que les dispositions de l'article 1538 du code civil n'avaient pas à s'appliquer en l'espèce. La Cour de cassation, par l'arrêt rapporté, censure fermement cette décision pour violation de l'article 1538. La cassation était selon nous inévitable tant il est vrai que la présomption d'indivision résultant de ce texte, certes applicable aux sommes déposées sur un compte joint (V. Civ. 1, 19 févr. 1991, Bull. civ. I, n° 68), ne joue qu'en l'absence de preuve par tous moyens de la propriété exclusive des biens. Le principe de la liberté de la preuve de la propriété exclusive s'applique en outre tant à l'égard du conjoint que des tiers. Il était donc inopérant, en l'espèce, de déduire de la seule existence de comptes « joints » une affectation de ces comptes à la contribution aux charges du mariage rendant indifférente toute preuve de l'origine des fonds déposés sur ces comptes.

## 2 - Solidarité légale pour dette ménagère

L'obligation solidaire des époux aux dettes ménagères visée à l'article 220 du code civil, qui constitue un volet essentiel de l'obligation aux charges du mariage, reste l'objet d'un important contentieux matrimonial. Un contentieux parfois surprenant, il est vrai, comme en témoigne un arrêt inédit de la première chambre civile de la Cour de cassation du 26 septembre 2007 (**Civ. 1, 26 sept. 2007, n° 05-17.076**), qui vient rappeler une nouvelle fois aux juges du fond que l'article 220 n'est pas destiné à régler une question de contribution à la dette entre les époux, mais une question d'obligation à la dette, et donc de rapports des époux à l'égard des tiers. Dans d'autres cas, le contentieux donne quand même à la jurisprudence l'occasion d'apporter d'utiles précisions ou correctifs. Ainsi en est-il d'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 4 juin 2007 (**Civ. 1, 4 juin 2007, n° 05-15.351**, D. 2007. AJ. 1790, obs. P. Guiomard ; AJ fam. 2007. 403, obs. F. C. ; RTD com. 2007. 573, obs. D. Legeais ; RTD civ. 2007. 617, obs. B. Vareille ; Dr. fam. 2007, n° 139, obs. V. Larribau-Terneyre). En l'espèce, des époux avaient demandé à leur gendre, sur le fondement de l'article 220 du code civil, le remboursement de prêts consentis à leur fille. En principe, les emprunts ménagers n'obligent solidairement les époux que s'ils ont été conclus du consentement des deux. La solidarité joue néanmoins pour de tels emprunts, quoique conclus du consentement d'un seul époux, lorsqu'ils « *portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante* ». Les juges du fond avaient en l'occurrence débouté les demandeurs en s'appuyant sur l'absence de démonstration de la nécessité des emprunts, tant dans l'économie familiale qu'au regard des moyens de la fille de couvrir autrement l'ensemble des dépenses de la vie courante. C'était là, ajouter à l'article 220 des conditions qui n'y figurent pas pour rétablir, s'agissant des emprunts, la solidarité passive, et la cassation était donc inévitable. Il n'était pas possible en effet d'imposer aux parents créanciers d'établir la nécessité des emprunts au regard de la vie du « ménage débiteur » et de son aptitude à assumer les dépenses courantes autrement que par de tels emprunts. Mais

l'arrêt rapporté est surtout intéressant par la précision de sa motivation et son visa. Il est souligné que les juges du fond avaient seulement à rechercher « *si les avances consenties portaient sur des sommes modestes destinées à satisfaire les besoins de la vie courante* ». Et dans son visa, la Cour de cassation prend soin d'énoncer qu'il résulte de l'article 220, alinéas 1 et 3 combinés, que « *les emprunts souscrits par un époux pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants sans le consentement de l'autre engagé solidairement les deux époux lorsqu'ils portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante* ». En usant de termes respectueux de la lettre de la loi, la Haute juridiction corrige en même temps une lecture plus discutable du texte qu'elle avait elle-même livrée il y a quelques années en laissant entendre que c'étaient les emprunts, et non les sommes modestes, qui devaient être nécessaires aux besoins de la vie courante (Civ. 1, 27 nov. 2001, D. 2002. Jur. 2910, note M.-P. Baudin-Maurin ; AJ fam. 2002. 32 ; RTD civ. 2002. 558, obs. B. Vareille ; à rapprocher Civ. 1, 28 sept. 2004, D. 2005. Pan. 809, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; RTD civ. 2005. 170, obs. B. Vareille).

Au moins, au cas considéré, la qualification ménagère de la dette n'était-elle pas contestée. Mais parfois, c'est cette qualification même qui est discutée. Il semble en tout cas, au vu d'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 9 janvier 2008 (**Civ. 1, 9 janv. 2008, n° 06-21.095**, AJ fam. 2008. 128, obs. P. Hilt ; Dr. fam. 2008, n° 24, obs. V. Larribau-Terneyre), que si la destination ou finalité ménagère d'une dette suffit à justifier une qualification l'incluant dans le champ de l'article 220, c'est à la condition toutefois que cette dette ne résulte pas d'une infraction pénale. En l'espèce, un mari, employé de banque, avait détourné des fonds au détriment de son employeur pour satisfaire des besoins d'ordre familial (« *acquisition d'un garage, achat d'un véhicule pour l'épouse, financement de vacances familiales, constitution d'un portefeuille de titres...* »). Le mari fut condamné au pénal pour détournement de fonds, puis au civil à la réparation du préjudice subi par l'employeur. Les juges du fond, considérant cette dette de dommages-intérêts comme ménagère en raison de l'affectation familiale des sommes détournées, la traitèrent alors comme une dette obligeant solidairement l'épouse. C'est cette qualification qui leur vaut une cassation, pour violation de l'article 220, alinéa 1, du code civil. L'épouse n'avait pas à répondre d'une telle dette, pas même sur le terrain de l'obligation à la dette ménagère. Il ne semble pas que l'exclusion de la qualification ménagère de la dette en cause puisse s'expliquer seulement par le fait qu'il s'agissait d'une dette de dommages-intérêts (V. d'ailleurs Soc. 8 juin 2005 admettant la solidarité pour une dette de dommages-intérêts consécutive à un licenciement abusif, D. 2005. Jur. 2509, note J. Mouly, et 2006. Pan. 1414, spéc. 1421, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2005. 324, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2005. 817, obs. B. Vareille). C'est le caractère pénal des faits à l'origine de la dette qui paraît avoir été déterminant pour laisser au mari seul la charge de l'acquitter, même si ce dernier n'avait d'autre souci en tentant d'augmenter malhonnêtement son « pouvoir d'achat » que de satisfaire aux besoins de sa famille.

### 3 - Mesures urgentes

Lorsque l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, l'article 220-1 du code civil permet au juge aux affaires familiales de prescrire certaines mesures urgentes dont l'alinéa 2 du texte fournit quelques exemples non exhaustifs. A l'occasion de la réforme du divorce, la loi du 26 mai 2004 a ajouté dans l'article 220-1 un alinéa 3 qui vise spécialement le cas dans lequel des violences seraient exercées par l'un des époux mettant en danger son conjoint ou les enfants. Le juge peut alors statuer sur la résidence séparée des époux ainsi que sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la contribution aux charges du mariage. Il doit préciser lequel des époux continuera à résider dans le logement conjugal, ce qui aboutira, en principe, à attribuer la jouissance du logement à l'époux victime et à ordonner l'éloignement de l'époux violent. Cette mesure est temporaire : elle devient caduque si une requête en divorce ou en séparation de corps n'est pas déposée dans un délai de quatre mois. Et elle est entourée de garanties procédurales particulières : elle ne peut être formée que par assignation et doit être dénoncée au ministère public au plus tard le jour de sa remise au greffe (art. 1290 c. pr. civ.). Il était prévisible, en raison du caractère exceptionnel d'une telle mesure, que la jurisprudence se montrerait particulièrement attentive au respect des conditions de sa mise en oeuvre. Tel est l'enseignement d'un arrêt de

la Cour de cassation (**Civ. 1, 6 févr. 2008, n° 07-10.622**, D. 2008. AJ. 546, obs. I. Gallmeister ; AJ fam. 2008. 168, obs. F. Chénéde ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 39, note V. Larribau-Terneyre ; RJPF 2008/5, p. 18, note A. Leborgne) dans une affaire où les juges du fond avaient ordonné la mesure prévue par l'article 220-1, alinéa 3, en retenant simplement que l'épouse se trouvait « en état de choc ». La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel, à la fois sur un moyen de procédure (la cour d'appel n'avait pas vérifié elle-même que l'acte d'assignation avait bien été dénoncé au ministère public au plus tard le jour de sa remise au greffe) et sur un moyen au fond (l'absence de constatation de violences exercées par le mari mettant en danger son épouse). Il convient de noter que si les faits commis par l'un des époux sont constitutifs d'une infraction, l'éloignement de la résidence familiale peut être ordonné par le procureur de la République (art. 41-1 c. pr. pén.) ou proposé par lui dans le cadre d'une composition pénale (art. 41-2 c. pr. pén.). Il peut aussi être ordonné par le juge d'instruction ou par le juge des libertés dans le cadre des mesures de contrôle judiciaire. Ces dispositions, à la différence de celles de l'article 220-1 du code civil, sont applicables également au concubin ou au partenaire d'un PACS.

## II - Couples non mariés

### A - Concubinage

La Cour de cassation continue de tenir fermement le cap à propos des sociétés créées de fait entre concubins. Selon une jurisprudence bien établie, l'existence d'une telle société entre concubins exige la réunion des éléments caractérisant tout contrat de société : existence d'apports, intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun et intention de participer aux bénéfices ou aux économies ainsi qu'aux pertes éventuelles pouvant en résulter. Quant à la preuve de ces éléments, non moins rigoureuse, elle nécessite qu'ils soient établis séparément, sans les déduire les uns des autres. C'est ainsi, par exemple, que la preuve de la société créée de fait ne saurait être déduite de la seule communauté de vie entre les concubins (V. Com. 23 juin 2004, Civ. 1, 12 mai 2004, D. 2004. Somm. 2969, obs. D. Vigneau ; AJ fam. 2004. 324, obs. F. Bicheron ; AJDI 2004. 659 ; Rev. sociétés 2005. 131, obs. F.-X. Lucas ; RTD civ. 2004. 487, obs. J. Hauser ; RTD com. 2004. 740, obs. C. Champaud et D. Danet ; Dr. fam. 2004, Comm. n° 168, note V. Larribau-Terneyre). Par un arrêt de sa première chambre civile du 4 juin 2007, la Cour de cassation rappelle qu'elle n'entend nullement virer de bord (**Civ. 1, 4 juin 2007, n° 06-15.249**, Dr. fam. 2007, Comm. n° 185, obs. V. Larribau-Terneyre). En l'espèce, une concubine réclamait, à l'heure de la rupture, le règlement d'une reconnaissance de dette signée par son concubin correspondant à un prêt qu'elle lui avait consenti. Ce dernier avait cependant travaillé sans rémunération dans l'entreprise agricole de sa concubine, et lui opposait en conséquence l'existence d'une société créée de fait entre eux ayant éteint la créance de prêt dont elle entendait recouvrer le montant (68 827,88 euros en l'occurrence). Le concubin fut néanmoins condamné à rembourser sa dette d'emprunt, la Cour de cassation rejetant son pourvoi. Les juges du fond avaient souligné en l'espèce l'insuffisance de la communauté de vie à établir l'intention de mettre en commun les biens du couple, relevé l'absence de preuve d'apports en numéraire, de tenue de comptabilité, et avaient donc pu en déduire, selon la Haute juridiction, qu'aucune société créée de fait n'avait existé entre les deux anciens concubins. Si rigoureuse qu'elle soit, la solution n'est pas moins justifiée. Admettre avec laxisme, sur la base de quelques éléments ou aspects de la vie commune, l'existence d'une société créée de fait entre concubins reviendrait tôt ou tard à transformer cette technique, somme toute d'exception en droit des sociétés, en un substitut de régime matrimonial entre concubins qui, bien souvent, il faut le reconnaître avec honnêteté, ne se découvrent une âme d'associés que rétrospectivement, à l'heure de la rupture et du règlement des comptes.

Cela dit, les juges du fond sont parfois enclins à admettre assez aisément l'existence d'une société créée de fait entre concubins. Tel est le cas, selon nous, de deux arrêts des cours d'appel de Nancy et d'Aix-en-Provence des 3 avril 2006 et 25 janvier 2007 retenant l'existence d'une société créée de fait à propos de la construction d'une maison d'habitation des concubins (Nancy, 3 ch. civ., 3 avr. 2006 ; Aix-en-Provence, 1 ch., 25 janv. 2007, Dr. fam. 2007, Comm. n° 120 et 216, obs. V. Larribau-Terneyre). Dans les deux espèces, la participation d'un concubin en numéraire ou en industrie à la construction de la maison d'habitation sur un terrain appartenant à l'autre ou acheté par lui seul a pu être regardée

comme caractérisant l'existence d'une société créée de fait. Or, malgré l'effort des juges du fond pour caractériser l'existence d'une telle société, l'hésitation reste permise s'agissant d'un bien acquis ou construit pour répondre au besoin du couple d'avoir un toit et donner corps à son intention de vie commune. La société créée de fait procéderait-elle de la nature du concubinage ? En outre, il n'est pas rare, dans les faits, que l'acquisition ou la construction, en général onéreuse, du logement d'habitation aboutisse à un investissement en industrie ou en numéraire des concubins. Le recours à la technique sociétaire risque donc de devenir fréquent et commode en ce domaine pour remédier *a posteriori* à l'absence, à l'origine, d'une acquisition réellement commune, en indivision. Les juges du fond en sont certainement conscients puisque leur jurisprudence est loin de manifester toujours la même faveur dans des circonstances pourtant très comparables (Aix-en-Provence, 30 mai 2007, Dr. fam. 2007, Comm. n° 37, note V. Larribau-Terneyre).

Tout ne semble pas pour autant perdu lorsque se trouve écartée l'existence d'une société créée de fait. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 5 mars 2008 (**Civ. 1, 5 mars 2008, n° 07-13.902**) pose, à la différence des juges du fond dont la décision est censurée, que le rejet de la demande fondée sur l'existence d'un contrat de société rend recevable celle, subsidiaire, fondée sur l'enrichissement sans cause. Quoique non destiné à être publié, cet arrêt n'est pas moins intéressant dans la mesure où il revient sur une jurisprudence qui tendait à exclure l'action *de in rem verso* dès lors qu'elle avait pour effet de tourner les règles évoquées à titre principal tenant à l'existence d'une société créée de fait entre concubins (V. à ce propos : D. 2005. Pan. 809, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau). La solution nous paraît opportune et justifiée car l'on pouvait ne pas être convaincu que le seul fait pour un concubin d'invoquer à titre principal une société non reconnue par le juge fût de nature à priver ce concubin d'un recours subsidiaire à une action mieux fondée sur l'enrichissement sans cause.

Mais la rupture du concubinage peut parfois laisser place à un autre contentieux que celui tiré de l'existence d'une société créée de fait ou d'un enrichissement sans cause. Un arrêt inédit de la première chambre civile de la Cour de cassation du 20 février 2008 (**Civ. 1, 20 févr. 2008, n° 07-15.978**, AJ fam. 2008. 208, obs. F. C.) en fournit un bel exemple. En l'espèce, un concubin avait promis par acte sous seing privé, au moment de la rupture, de verser à sa concubine une somme d'argent (en l'occurrence 400 000 francs, soit environ 60 979 euros) pour lui permettre de financer la construction d'un petit pavillon sur un terrain appartenant à celle-ci. Regrettant sans doute après coup cette forme d'« achat pour autrui » à des fins d'indemnisation, l'ex-concubin s'avisait ensuite de ne pas payer sa dette en se retranchant derrière une prétendue « libéralité » nulle en la forme pour méconnaissance du principe de solennité consacré par l'article 931. L'ex-concubine l'assigna alors en paiement et obtint gain de cause, tant en appel que devant la Cour de cassation, en faisant valoir qu'il n'y avait pas, en l'espèce, d'intention libérale, et donc de libéralité soumise à la forme notariée, mais une promesse de payer une somme dont le montant « *était parfaitement cohérent avec son affectation et proportionné tant aux facultés contributives du promettant qui reprenait sa liberté qu'au bouleversement matériel et moral que la rupture causait aux conditions d'existence de son ex-concubine* ». Si l'on tient pour certaine l'absence d'intention libérale, la solution excluant l'article 931 ne souffre évidemment pas la moindre discussion.

B - Pacte civil de solidarité

1 - Jurisprudence

a - Généralités. Sens du mot « conjoint »

Malgré une tendance lourde au rapprochement du PACS et du mariage, il convient, peut être, de se garder encore de la tentation de voir dans le PACS une copie du mariage de nature à ouvrir systématiquement les mêmes droits. Il n'est pas certain en tout cas que le nivellement des situations se fera de façon linéaire et sans soubresauts. La Cour de cassation prend soin de rappeler, lorsque l'occasion lui en est donnée, le sens des mots. Un arrêt de la deuxième chambre civile (**Civ. 2, 5 mars 2008, n° 08-60.230**, Dr. fam. 2008, Comm. n° 51, obs. V. Larribau-Terneyre) affirme fortement que le terme de conjoints, au sens de la législation française, désigne exclusivement des personnes unies par les liens du mariage ; en

conséquence, les dispositions du code électoral qui permettent l'inscription du conjoint d'un contribuable sur les listes électorales, ne sauraient être étendues, selon la Haute juridiction, aux personnes vivant maritalement et aux partenaires d'un PACS. On devine tout de même que la résistance sera difficile, l'administration fiscale elle-même ne pouvant plus guère faire dans tous les cas, en vertu de la loi, la distinction, par exemple en matière d'impôt sur le revenu. Au demeurant, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt antérieur, avait admis que le partenaire pouvait demander à bénéficier d'une inscription sur les listes électorales en dehors de périodes de révision par application de l'article 30, 1°, du code électoral (Civ. 2, 25 mars 2004, D. 2004. IR. 1125 ; RTD civ. 2004. 489, obs. J. Hauser).

#### *b - Adoption*

La question de l'adoption par l'un de l'enfant de l'autre fournit une autre illustration des distinctions existantes, mais que certains voudraient voir réduites. Par un arrêt du 24 février 2006, la première chambre civile de la Cour de cassation avait admis que l'article 377 du code civil ne s'opposait pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à sa partenaire avec laquelle elle vivait en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigeaient et que la mesure était conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant (H. Fulchiron, D. 2006. Point de vue 876, Jur. 897, note D. Vigneau, Pan. 1139, obs. F. Granet-Lambrechts, et Pan. 1414, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2006. 159, obs. F. Chénéde ; RDSS 2006. 578, note C. Neirinck ; RTD civ. 2006. 297, obs. J. Hauser ; GAJC, 12 éd., 2007, p. 375 ; Dr. fam. 2006, Comm. n° 89, obs. P. Murat ; JCP 2006. I. 199, obs. M. Rebourg). Mais par deux arrêts du 20 février 2007, la Haute juridiction a montré qu'elle n'était pas disposée à aller au-delà et à avaliser le procédé consistant à demander le prononcé d'une adoption simple puis une délégation partage de l'autorité parentale (D. 2007. AJ. 721, obs. C. Delaporte-Carré, Jur. 1047, note D. Vigneau, Pan. 1460, obs. F. Granet-Lambrechts, Pan. 1561, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, et Chron. C. cass. 891, obs. P. Chauvin ; AJ fam. 2007. 182, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2007. 325, obs. J. Hauser ; GAJC, 12 éd., 2007, p. 375). La Cour de cassation, par un arrêt de sa première chambre civile du 19 décembre 2007 (**Civ. 1, 19 déc. 2007, n° 06-21.369**, D. 2008. AJ. 291, obs. F. Luxembourg, Jur. 1028, note L. Mauger-Vielpeau, et Pan. 1371, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2008. 75, obs. F. Chénéde ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 28, obs. P. Murat), confirme cette jurisprudence tout en excluant l'idée que le rejet d'une demande en adoption simple de l'enfant de la partenaire d'un PACS par l'autre membre du couple contredise la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme au motif que la mère de l'enfant perdrait son autorité parentale, alors qu'elle ne manifestait en l'espèce aucun rejet à l'égard de l'enfant, et que la loi n'envisage le partage de l'autorité parentale que dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint.

Au niveau européen, la question pourrait bien toutefois rebondir. Sans doute la Cour européenne des droits de l'homme avait-elle jugé, dans un arrêt du 26 février 2002 (CEDH 26 févr. 2002, *Fretté c/ France*, req. n° 36515/97, D. 2002. Somm. 2024, obs. F. Granet, et Somm. 2569, obs. C. Courtin ; AJ fam. 2002. 142 ; AJDA 2002. 401, obs. I. Poirot-Mazères), que la Convention européenne des droits de l'homme ne garantit pas, en tant que tel, un droit d'adopter, et que le rejet d'une demande d'agrément en vue d'adoption émanant d'une personne homosexuelle pouvait être légitime et non discriminatoire au regard de l'intérêt de l'enfant, tout en reconnaissant une grande marge d'appréciation aux Etats membres. Mais cette jurisprudence paraît bien remise en cause depuis un arrêt plus récent du 22 janvier 2008 (**CEDH 22 janv. 2008, req. n° 43546/02, E.B. c/ France**). En l'espèce, une femme, vivant en couple avec une autre, avait souhaité adopter un enfant. Sa demande d'agrément avait cependant été refusée par les autorités administratives compétentes, pour défaut de repères identificatoires imputable à l'absence de référent paternel et en raison de l'ambiguïté du rôle de la compagne qui ne se sentait pas impliquée dans la procédure d'adoption. Les juridictions françaises avaient, pour ces motifs, confirmé le refus d'agrément. Estimant que son homosexualité avait motivé le rejet de sa demande d'agrément, la requérante avait alors saisi la Cour européenne pour se plaindre d'un traitement discriminatoire fondé sur son orientation sexuelle et portant atteinte à son droit au respect de la vie privée. L'arrêt rapporté admet une violation de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 14 et 8 combinés) en retenant que l'homosexualité de la requérante avait, au moins de façon

implicite, pesé sur l'appréciation de sa demande. Si, par ailleurs, elle juge légitime le motif tiré du comportement de la compagne, en revanche, elle considère la décision de refus d'agrément « contaminée » par le motif tiré de l'absence de référent paternel. Ce dernier, selon la Cour, avait pour conséquence de contraindre la requérante à justifier de la présence d'un référent de l'autre sexe ; vidant ainsi de sa substance le droit reconnu en France à des célibataires de demander un agrément en vue d'adoption. Sans doute convient-il de ne pas donner à cet arrêt une portée qu'il n'a peut être pas. Il intéresse d'ailleurs la procédure d'agrément en vue de l'adoption par un célibataire et non l'adoption elle-même qui, sollicitée par un célibataire ou un couple, reste assujettie à une décision judiciaire rendue après examen de l'intérêt de l'enfant à adopter. Toutefois, il sera peut être plus difficile, dans l'avenir, au juge français, d'examiner une demande d'adoption émanant d'une personne homosexuelle sans craindre une condamnation de la Cour européenne car il ne lui sera guère commode de prendre en compte les conditions de vie du demandeur à l'adoption dont l'homosexualité sera connue sans encourir le grief d'avoir jugé, à un moment ou un autre, fût-ce implicitement, de façon discriminatoire à raison de l'orientation sexuelle de celui-ci. Il est en outre permis de se demander si l'argument tenant au référent de l'autre sexe, encore déterminant en droit français s'agissant de l'adoption par un couple marié (art. 343 c. civ.), pourra peser encore bien longtemps pour exclure l'adoption par un couple homosexuel dès lors que l'illégitimité d'un tel argument se trouve affirmée s'agissant d'un célibataire homosexuel. Il n'est pas sûr non plus que l'argument tenant à l'intérêt supérieur de l'enfant donne au juge un réel moyen de contrôle si, pour reprendre un considérant de l'arrêt rapporté, il suffit de constater que l'intérêt de l'enfant est sauvegardé dès lors que le demandeur présente des qualités humaines et éducatives certaines.

#### *c - Droits sociaux*

Il est un autre domaine où la question du rapprochement des situations des couples mariés et non mariés risque également de se poser de façon pressante : celui de la protection sociale du survivant, et tout spécialement celui des pensions de réversion. Il est vrai qu'en son temps, le Conseil d'Etat avait averti le pouvoir réglementaire de la nécessité d'adapter la rédaction des textes à la reconnaissance légale de nouvelles formes d'unions (CE 28 juin 2002, D. 2003. Somm. 1941, obs. J.-J. Lemouland ; AJ fam. 2002. 304, obs. S. D.-B. ; AJDA 2002. 586, obs. F. Donnat et D. Casas ; RFDA 2002. 723, concl. S. Boissard ; RTD civ. 2002. 785, obs. J. Hauser) et donné l'impression que les règles applicables aux époux devaient être transposées systématiquement aux concubins ou partenaires (CE 15 juill. 2004, D. 2005. Pan. 809, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau et les réf. citées ; AJFP 2004. 306 ; AJDA 2004. 1923, obs. C. Landais et F. Lenica ; RFDA 2004. 908, concl. F. Donnat ; 8 juill. 2005, D. 2006. Pan. 1422, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2005. 410, obs. F. C. ; AJDA 2005. 2030 ; RTD civ. 2005. 760, obs. J. Hauser). Mais ensuite, il avait voulu, semble-t-il, marquer le pas. Dans un arrêt du 6 décembre 2006 (CE 6 déc. 2006, n° 262096, D. 2007. AJ. 155 ; AJ fam. 2007. 34, obs. F. Chénéde ; AJDA 2006. 2368, et 2007. 142, concl. L. Vallée ; RTD civ. 2007. 86, obs. J. Hauser ; JCP 2007. II. 10096, note A. Devers) s'agissant d'une affaire dans laquelle le service des pensions civiles et militaires avait refusé à une veuve le bénéfice d'une pension de réversion au motif que la durée du mariage était inférieure à quatre années, le Conseil d'Etat avait considéré que cette condition était fondée sur un critère objectif destiné à faire dépendre la dette de l'Etat de la stabilité du mariage en limitant les risques de fraude. De façon encore plus remarquable, la Haute juridiction affirmait, dans un autre considérant, que la différence de situation dans laquelle se trouvent des époux au regard de la loi par rapport à ceux qui vivent en concubinage justifie la différence de traitement entre les couples vivant en concubinage et ceux unis par les liens du mariage au regard des règles d'attribution des pensions de réversion. Cette affirmation a quelques chances de survie s'agissant du concubinage. Mais son avenir paraît fortement compromis en ce qui concerne le PACS, du moins depuis un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 1 avril 2008 (**CJCE 1 avr. 2008, aff. C-267/06**, D. 2008. AJ. 1213 ; AJ fam. 2008. 215, obs. F. C. ; AJDA 2008. 871, obs. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert). Sans doute s'agissait-il en l'espèce d'un partenariat de droit allemand. La décision n'en demeure pas moins lourde de virtualités sous l'angle du droit français. En l'espèce, deux hommes avaient constitué, conformément à la loi allemande, un partenariat de vie. Au décès de l'un d'eux, le partenaire survivant avait demandé une pension de veuf à l'organisme social auprès duquel l'autre avait cotisé. Sa

demande avait néanmoins été rejetée au motif que les statuts de cet organisme ne prévoyaient pas le versement de cette prestation pour les partenaires de vie survivants, mais seulement au profit des époux survivants. La Cour de justice fut alors saisie d'un recours par la juridiction de renvoi afin de déterminer si le refus d'une pension de veuf à un partenaire de vie constituait une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle prohibée par une directive du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (Dir. 2000/78/CE du Conseil, 27 nov. 2000, JOCE n° L 303, 2 déc. 2000). La Cour de justice relève, dans l'arrêt rapporté, l'absence, en droit allemand, d'accès au mariage des personnes de même sexe. Elle constate néanmoins que l'Allemagne a institué un partenariat de vie dont le régime a été progressivement assimilé à celui du mariage. Elle en conclut que le refus de faire bénéficier les partenaires de vie de la pension de veuf constitue une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle si les époux survivants et les partenaires de vie survivants se trouvent bien dans une situation comparable en ce qui concerne l'octroi de cette pension, condition qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier. Il est à peine besoin de souligner l'impact d'une telle décision si l'on se tourne vers le droit français et le régime applicable aux pensions de réversion. On peut penser que le législateur aura, en ce domaine, une nouvelle occasion de rapprocher les régimes du PACS et du mariage, quitte à faire exploser notre système de protection sociale déjà gravement déficitaire. Dans d'autres domaines, le rapprochement législatif suit d'ailleurs son cours.

## 2 - Textes

Dans d'autres domaines, en particulier celui de la fiscalité, le législateur poursuit son entreprise de rapprochement du PACS et du mariage (D. 2007. Pan. 1561, spéc. 1569, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau). C'est ainsi que la **loi n° 2007-1223 du 21 août 2007** en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat (loi dite TEPA ; JO 22 août), a étendu aux partenaires d'un PACS les mêmes avantages fiscaux que ceux accordés aux époux, en particulier en matière de droits de mutation à titre gratuit. Pour s'en tenir à l'essentiel, on retiendra que sont supprimés les droits de mutation par décès entre époux et entre pacsés (art. 796-0 CGI). En revanche, les droits de donation entre époux et entre pacsés sont maintenus, sauf à souligner un alignement des droits des seconds sur ceux des premiers (notamment quant à l'abattement de 76 000 euros : art. 790 E et 790 F CGI).

Par ailleurs, s'agissant des droits d'enregistrement, la **loi de finances pour 2008 n° 2007-1822 du 24 décembre 2007** (JO 27 déc.) a apporté diverses corrections et modifications en la matière, notamment en ce qui concerne les partages et licitations portant sur des biens indivis ou issus d'une donation-partage acquis par des époux ou des pacsés (art. 747, 748 et 750 CGI), ou bien encore l'actualisation annuelle, oubliée par la loi TEPA, de certains abattements relatifs aux droits de donation, en particulier l'abattement de 76 000 euros applicable entre époux et entre pacsés.

Il convient de souligner que les successions entre époux ayant été exonérées, par la loi TEPA, de droits de mutation par décès, l'exonération avait alors été étendue aux réversions d'usufruit au profit du conjoint survivant (art. 796-0 *quater* CGI) ; ce qui était déjà tout à fait remarquable et opportun si l'on considère que la réversion d'usufruit est analysée en jurisprudence civile comme une donation (de biens présents et à terme : V. encore, en dernier lieu : Cass., ch. mixte, 8 juin 2007, D. 2007. AJ. 1731, obs. C. Delaporte-Carré, et 2008. Pan. 807, obs. G. Serra et L. Williatte-Pellitteri ; AJ fam. 2007. 353, obs. F. Bicheron ; RTD civ. 2007. 588, obs. T. Revet, et 605, obs. M. Grimaldi). Cette règle fiscale avait été votée, à l'époque, dans le but de faire échapper le conjoint survivant usufruitier par réversion aux droits de succession. En revanche, les autres réversions d'usufruit, notamment en faveur du pacsé survivant, n'étaient pas concernées par l'exonération. La loi de finances pour 2008 a finalement supprimé l'exclusivité d'exonération au profit du conjoint survivant pour étendre le bénéfice de cette exonération, dans les successions ouvertes à compter du 1 janvier 2008, à toutes les réversions d'usufruit relevant du régime d'exonération des droits de mutation par décès (art. 796-0 *quater* CGI, nouvelle rédaction). Cette extension, qui bénéficie désormais, entre autres, aux partenaires d'un PACS (art. 796-0 *bis* CGI) a été voulue pour rendre lesdites



réversions d'usufruit fiscalement attrayantes. Les autres bénéficiaires d'une réversion d'usufruit restent, en revanche, assujettis aux droits de succession.

La législation fiscale n'est pas la seule à prendre en compte la place grandissante du PACS, et même parfois du concubinage. C'est ainsi que la **loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007** relative la simplification du droit (JO 21 déc.) a, par son article 2, modifié les dispositions du code de procédure civile déterminant les modalités de représentation et d'assistance devant le tribunal d'instance, la juridiction de proximité, le conseil de prud'hommes, le tribunal paritaire des baux ruraux, le tribunal des affaires de sécurité sociale et le juge de l'exécution. Les parties peuvent désormais être représentées ou assistées par le concubin ou le partenaire du PACS. Ces dispositions de procédure sont d'application immédiate (V. I. Dehan-Chantrier, Nouvelles modalités de représentation et d'assistance en justice, JCP 2008, n° 4, Aperçu rapide).

**Mots clés :**

MARIAGE \* Panorama 2008

Recueil Dalloz © Editions Dalloz 2010