
M.E.S., Numéro 126, Janvier - Février 2023
<https://www.mesrids.org>
Dépôt légal : MR 3.02103.57117
N°ISSN (en ligne) : 2790-3109
N°ISSN (impr.) : 2790-3095
Mise en ligne le 09 février 2023



Revue Internationale des Dynamiques Sociales
Mouvements et Enjeux Sociaux
Kinshasa, janvier - février 2023

PACTE CIVIL DE SOLIDARITE ET CONCUBINAGE EN DROIT : Deux solutions à la problématique de l'union libre en RD Congo

par

Richard MUKWALA MUZAMA

*Avocat près la Cour
Professeur Associé, Faculté de Droit
Université de Kinshasa*

Résumé

En référence à la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 telle que modifiée et complétée par la loi n°16/008 du 15 juillet 2016 portant code de la famille, le mariage est le seul mode de vie en couple qui fonde la famille. Cependant, dans la pratique, il se révèle malheureusement que d'autres familles sont issues des unions libres, phénomènes ignorés par la législation congolaise quand bien même que ces relations occupent une place de choix dans la société congolaise.

Dans cette optique, il convient de noter qu'en France, l'évolution des mentalités et la hardiesse législative ont permis de consacrer de nouveaux modes de conjugalité que sont le concubinage et le pacte civil de solidarité. Ces deux types d'unions hors mariage ont souffert de bannissement et de dédain pendant de longues années en France avant leur reconnaissance juridique.

A cet égard, et à comparer l'accroissement des unions libres en RDC, il serait donc indiqué au législateur congolais de s'inspirer des modèles d'unions hors mariage Françaises en vue de les adopter aux réalités sociologiques congolaises.

Keywords : *pacte civil de solidarité, concubinage, droit, : union libre, RD Congo*

INTRODUCTION

Parmi les concepts émergents contemporains, la conjugalité¹ revendique une autonomie par rapport au mariage, oubliée de sa racine latine «conjugalis» qui signifie ce qui est relatif au mariage. A ce jour, le couple ne serait plus obligatoirement le couple marié et il aurait abusé de définir l'union à partir du seul mariage. Certes, le mot est conservé mais son sens est modifié². La conjugalité ou les diverses formes de conjugalité recouvrent, outre le mariage, le Pacte civil de solidarité et le concubinage.

Condamnée sous les époques de droit religieux ou ignorée par la loi civile, l'union hors mariage a pourtant existé de tout temps et existe encore, soit par le choix des intéressés, soit par la force des choses (usages sociaux dans certains milieux défavorisés, état civil incertain, existence d'un mariage non dissous ou d'autres empêchements, discrimination religieuse). En France, la révolution du XXI^e siècle issue de l'évolution sociologique et de l'épanouissement des droits de l'homme, a conduit en 1999 non seulement à l'aboutissement du mouvement de reconnaissance des Unions libres, mais encore à la création d'un modèle juridique, alternative au mariage, le PACS. Ces formes d'unions sont aujourd'hui pleinement intégrées au droit de la famille, au point qu'elles relèvent du même juge aux affaires familiales depuis la loi du 12 mai 2009³.

A l'instar du mariage, lesdites formes d'union produisant, à des degrés beaucoup d'effets dans les rapports quotidiens entre les couples, mais ces rapports en revanche, ne touchent pas les familles des intéressés et ne créent donc pas une véritable alliance à l'instar du mariage et de l'union libre en RDC. Aussi, étant donné la nature précaire de ces unions, elles ne produisent à ce juste titre pas d'effets d'ordre successoral.

Si le droit français a donné solution aux questions des unions hors mariage, à travers le

¹ Selon le dictionnaire Larousse, la conjugalité est la situation de quelqu'un est marié, <http://larousse.fr/dictionnaire/français/conjugalit>, consulté le 25 décembre 2015.

² BARRIERE BROUSSE (E.) et DOUCHY-OU DOT (M.), Les contentieux familiaux. Droit interne, international et Européen, Lextenso éditions, Paris, 2014, p.16.

³ BENABENT (A.), Droit de la famille, 3^e éd., LGDJ, Paris, 2014, p.277.

pacte civil de solidarité et le concubinage la République démocratique du Congo pour sa part, ne semble pas donner une position quant à la reconnaissance juridique de l'union libre. Dans la pratique, le phénomène union libre occupe une place considérable. Ce qu'il convient par ailleurs de souligner est le fait que tant en milieu urbain que rural, les unions libres sont de plus en plus perceptibles et de ces unions naissent de multiples problèmes de société qui sont réglés suivant les règles du droit commun de contrat, très souvent au détriment de la femme et des enfants.

Face au silence, mieux à l'indifférence du législateur congolais à apporter des réponses adéquates à la problématique de l'union libre, nous nous posons les questions de savoir, est-il possible que d'adoptées les deux formes d'unions hors mariage institutionnalisées en droit français en se fondent sur les mœurs, mentalités et cultures congolaises ?

Comment sont organisés le pacte civil de solidarité et le concubinage en droit français ? Quels sont les faits de ressemblances et dissemblances entre les deux unions hors mariage (pacte civil solidarité et concubinage) et le mariage.

I. LE PACTE CIVIL DE SOLIDARITE (PACS)

I.1. Historique

Comme on peut s'en rendre compte, à l'origine, le PACS a été créé pour permettre aux homosexuels des s'unir autrement que par le mariage. Fort heureusement, il a rencontré un succès y compris des couples hétérosexuels, désireux de bénéficier d'un cadre juridique, plus souple que le mariage, ou d'un préalable à celui-ci, plus encadré que le concubinage.

La loi de 1999 s'étant attachée davantage à réglementer l'accès à cette nouvelle union qu'à en définir les effets et le régime de sa rupture. Lors de sa création, le PACS a été conçu avant tout comme un contrat d'ordre patrimonial. Les notaires ont dénoncé les insuffisances des textes sur les points majeurs, notamment sa publicité et le régime des biens, c'est pourquoi, la loi du 23 juin 2006 a remédié à ces insuffisances du texte pré-rappelé à l'effet de rapprocher considérablement le PACS du mariage, sauf en ce qui concerne les dispositions relatives à la publicité pour lesquelles il existe des dispositions transitoires spécifiques. Des modifications mineures pour renforcer les pouvoirs des notaires ont été apportées par la loi du 28 mars 2011.

En définition, il convient de noter que le régime mis en place en 1999 s'est rapidement révélé inadapté et insuffisamment protecteur des intérêts patrimoniaux des partenaires. La loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités a corrigé certaines lacunes et rapproché les effets du PaCS de ceux du mariage. Elle est applicable aux PaCS conclus depuis le 1^{er} janvier 2007 (sauf certaines dispositions particulières applicables à tous les PACS en cours). Les personnes ayant conclu un PaCS ayant cette date peuvent toutefois demander d'en bénéficier des nouvelles dispositions⁴.

Par définition, le Pacte civil de solidarité (PaCS) est « un contrat conclu par deux personnes physique majeurs, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ».⁵ De cette définition, il ressort que l'accent est ainsi mis d'emblée sur la contractuelle du lien juridique créé.

Ce qu'il faut noter est que le Pacte civil de solidarité est un contrat. A la différence du mariage que l'on peut définir comme une institution à base contractuelle, le PACS n'est pas une institution bien qu'il soit aussi de nature contractuelle. Il est régi par le droit commun des contrats et quelques règles propres⁶, le législateur de 1999, soucieux d'éviter toute confusion entre PACS et mariage, l'avait maintenu à l'écart des actes de l'état civil, mais il a fallu organiser en conséquence une sorte d'état civil parallèle pour en assurer la publicité (aux greffes des tribunaux d'instance), de tenir des registres spéciaux et des procédures aux transcriptions

⁴ BRUSORIO-ALLARD (M.), *Droit des personnes et de la famille*, éd., Larmier, Paris, 2012, p.241.

⁵ Art. 515-1 du C. civ.

⁶ MALAURIE (P.) et FULCHIRON (H.) Op. cit., p. 184 voy aussi HAUSER (J.), « Le PACS à l'épreuve du droit de contrats. Le PACS est-il un organisme génétiquement modifié ? », in *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Colloque du LIRAP, avant-propos de F. DEVEUWER-DEFOSSEZ, LGDJ, 2002, p. 51.

nécessaires selon des modalités plus ou moins copiées sur celles de l'état civil.

Pour s'assurer que le PACS est un contrat, indépendamment des stipulations contenues dans le contrat passé entre les partenaires, le PACS produit un certain nombre de solidarités de dettes ménagères, le statut des biens, de logement, etc.

Le PACS n'est pas un simple arrangement entre amis, il suppose une vie commune. Or, comme pour le mariage, la vie commune ne se réduit pas à la cohabitation. Dans sa décision interprétative, le Conseil constitutionnel a maintes fois été amené à se référer à cette nature contractuelle, n'hésitant pas à énoncer que « les dispositions générales du code civil relatives aux contrats et aux obligations conventionnelles auront vocation à s'appliquer, sous le contrôle du juge, sauf en ce qu'elles ont de nécessairement contraire à la présente loi », Cette dernière réserve n'altère pas en elle-même la nature contractuelle.

Du point de vue de son objet, le PACS n'est pas loin du mariage, son rapprochement continu du mariage, qui en fait un « quasi-mariage » et d'ailleurs, à travers la loi du 12 mai 2009, le législateur a pris acte en transférant au juge aux affaires familiales le contentieux relatif au PACS.⁷

I.2. Conditions de formation, modification et preuve du PACS

La formation du PACS est soumise à deux conditions majeures à savoir, les conditions de fond et de forme que nous allons analyser dans les lignes qui suivent.

A. Conditions de fond

Conformément à l'article 515-5 du code civil, le PACS est un contrat, soumis aux règles communes à tous les contrats. Mais parce qu'il intéresse l'état des personnes, il relève de règles particulières partiellement copiées sur celles du mariage, pour qu'il soit valable, les partenaires doivent être capables, consentir, absence d'empêchements, avoir un objet et une cause.

1. Capacité des parties

Le code civil français en son article 515-1 précise sans ambages que « un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune »⁸. Il va sans dire que, contrairement au mariage, aucune dispense n'est prévue pour les mineurs, même avec l'accord des parents, c'est-à-dire que le PACS n'est pas ouvert aux mineurs, même en cas d'émancipation.

La conclusion d'un PACS par un majeur en tutelle est subordonnée à l'autorisation préalable du juge ou du conseil de famille après audition des futurs partenaires et avis « des parents et de l'entourage »⁹. Ensuite, pour la conclusion du PACS proprement dit, le majeur protégé est assisté de son tuteur, mais aucune assistance ni autorisation n'est en revanche requise pour le majeur en curatelle¹⁰.

La loi interdit en outre le PACS à toute personne mariée¹¹ pour éviter une violation de l'obligation de fidélité (Conseil constitutionnel, considérant 26), ainsi qu'à toute personne déjà liée par un PACS¹², bien que le même motif ne joue plus ici puisqu'il n'y a pas d'obligation de fidélité.

S'agissant des mineurs émancipés, le docteur est partagé. D'un côté, l'article 413-6 du code civil prévoit que ces derniers sont capables, comme les majeurs, de tous les actes de la vie civile mais doivent, pour se marier ou se donner en adoption, actes particulièrement graves, observer les mêmes règles que les mineurs non émancipés. Cela revient à dire que seul le mariage et l'adoption étant expressément exclus, le PACS semble être autorisé. D'un autre côté, l'article 515-1 du code civil ne vise que les personnes majeures. Or, les mineurs émancipés, s'ils sont « comme » des personnes majeures, ne sont pas des personnes majeures. La jurisprudence

⁷ BENABENT (A.), Op. cit., p.283.

⁸ Art. 515-1 du C. civ.

⁹ Art. 462, al.1 du C. civ.

¹⁰ Art. 461 du C. civ.

¹¹ Art. 515-2-2° du C. civ.

¹² Art. 515-2 du C. civ.

n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer¹³.

2. Consentement des parties

Comme tout contrat, il convient d'appliquer au PACS les règles de droit commun des contrats. Dans sa décision du 9 novembre 1999, le conseil constitutionnel insiste sur ce point en précisant à travers les articles 1109 et suivants du code civil relatifs au consentement sont applicables au pacte civil de solidarité (considérât 28). Il s'agit d'une référence au droit commun contractuel et non pas aux règles de consentement en matière de mariage.

Le consentement doit donc exister et être exempt de vice (erreur, je croyais me pacser avec une personne de mon sexe ; mon partenaire se révèle être un transsexuel qui avait obtenu son changement de sexe à l'état civil), violence et dol (à la différence du mariage, en PACS. il ne trompe qui peut)¹⁴.

Ainsi donc, l'absence total de consentement serait sanctionnée par la nullité absolue, tandis que l'erreur, le dol et la-violence par la nullité relative.

3. Objet et cause du PACS

Etant régi par le droit commun des obligations, le PACS doit en principe avoir un objet et une cause.

En tout état de cause, l'objet du contrat conclu entre les partenaires comme le précis bien l'article 515-1 du code civil français est d' « organiser leur vie commune », ce dont d'autres dispositions précise le contenu. Il s'agit ;

- d'une résidence commune¹⁵ ;
- d'une entraide matérielle¹⁶;
- d'un éventuel patrimoine commun dont le contrat peut organiser le régime¹⁷.

Dans la direction tracée par la loi explicitée ci-avant, les partenaires sont interdits de se soustraire aux règles impératives édictées par la loi, c'est dire qu'ils doivent respecter scrupuleusement l'obligation de cohabitation, d'aide matérielle et d'assistance réciproque, de solidarité pour les dettes de la vie courante et limiteraient leur liberté par la création d'une obligation de fidélité, de-même qu'ils ne peuvent accroître la force du lien en écartant les modes de rupture prévus par la loi, c'est-à-dire, ils doivent respecter les conditions et les modalités de sa rupture.

Quant à la cause, la théorie de la cause illicite et immorale doit être relativisée car il serait vain de prétendre par exemple attaquer un PACS sous prétexte qu'il a été passé en vue de rémunérer, directement ou indirectement, des relations sexuelles car la Cour de cassation française a renoncé à exercer ce genre de contrôle¹⁸. Néanmoins, on peut invoquer l'absence de cause ou la fausse cause en cas, notamment d'instrumentalisation du PACS.

En effet, la mise en jeu soit de l'absence totale de l'objet (résidence commune, entraide matérielle, éventuel patrimoine commun), soit de la notion de cause contractuelle rend le pacte nul d'une nullité absolue.

B. Conditions de forme PACS

Le PACS se construit en trois phases ci-après :

(i). Rédaction du contrat et constitution du dossier (phase préparatoire)

Quoique souvent plus rapide que pour le mariage, cette phase préparatoire est plus exigeante en ce sens qu'elle nécessite obligatoirement la rédaction d'une convention écrite (contrairement au mariage où les futurs époux n'ont qu'une faculté de procéder par écrit) et ce,

¹³ Art. 515-1 du C. civ.

¹⁴ MALAURIE (P.) et AYNES (L.), Op.cit., p.187.

¹⁵ Art. 55-3, al.1^{er}du C. civ.

¹⁶ Art. 515-4, al.1^{er}du C. civ.

¹⁷ Art. 515-5 du C. civ.

¹⁸ MALAURIE (P.) et FILCHIRON (H.), Op.cit., p.188.

conformément à l'article 515-3, al. 1^{er}. Cette convention peut être un acte notarié ou un simple acte sous seing privé, c'est-à-dire que l'acte doit être obligatoirement écrit. Mais il convient de noter qu'aucune forme particulière n'est requise, il peut s'agir d'un acte sous seing privé élaboré par les concubins eux-mêmes, ou préparé sous les auspices des professionnels du droit.

En pratique, les greffes des tribunaux d'instance en fournissent des modèles. La forme notariée est souvent conseillée à la fois pour assurer l'information et le conseil des futurs partenaires et en même temps, pour garantir contre les risques ultérieurs de perte ou de falsification de l'acte.

Outre cette convention, les partenaires doivent produire un certain nombre de pièce, énumérées à l'article 1^{er} du Décret n°2006-1806 du 23 décembre 2006 pour justifier de leur identité et de leur capacité à conclure un PACS en l'occurrence, les pièces d'état civil attestant l'absence d'empêchement familiale, leur âge, l'absence de tutelle, de mariage et de PACS antérieur non dissous¹⁹.

(ii). Déclaration et l'enregistrement au greffe : phase solennelle

L'accomplissement de cette formalité donne une forme véritable au PACS et confère aux parties la qualité juridique de «partenaires». Elle, est primordiale dans la naissance d'un PACS.

Après vérification de sa recevabilité, le greffier Inscrit la déclaration conjointe des partenaires sur un registre spécial tenu au tribunal d'instance. Certes, le PACS n'est pas un acte de l'état civil, mais sa publicité utilise le support des actes de l'état civil parce que la mention en est portée en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire²⁰. La déclaration du PACS non seulement peut être effectuée au greffe du tribunal d'instance, mais encore tout simplement devant un notaire qui procède alors à toutes les formalités subséquentes²¹.

En effet, la déclaration du PACS est faite au greffe du tribunal du lieu de la résidence commune que fixent les parties²² et la conclusion du PACS exige la présence personnelle des partenaires car sans être explicitement exigée, cette conditionnalité se déduit des termes de l'article pré rappelé (art 515-3) qui précise que ; « les personnes qui concluent un pacte civil de solidarité en font la déclaration conjointe au greffe » et du décret qui exige que pour le « notaire qui recueille la déclaration conjointe ».

Quant à l'enregistrement du pacte, ce dernier se traduit par deux actes suivants :

- Son inscription sur un registre, dont le traitement informatisé est régi par un second décret (n°2006-1807 du 23 décembre 2006), rendu après avis de la CNIL ;
- L'apposition d'un visa doté sur le document (original pour un acte sous seing privé; expédition pour un acte notarié), ensuite restitué aux partenaires pour leur servir de preuve de la convention et de son enregistrement, c'est justement cette date d'enregistrement qui fixe le point de départ des effets du pacte entre les partenaires.

(iii). Mention du PACS en marge de l'acte de naissance : phase de publicité

Si la loi 1999, adoptée dans une optique concernant principalement les pactes homosexuels, avait eu pour souci de préserver la discrétion en évitant que quiconque puisse découvrir à la lecture de l'acte de naissance l'existence d'un PACS révélateur d'une orientation sexuelle (souci aussi souligné par la décision du Conseil constitutionnel : considérant 75), par contre, la réforme de 2006, rapprochant ici encore le PACS du mariage, a prévu que l'existence d'un PACS et l'identité du partenaire font désormais l'objet d'une mention en marge de l'acte de naissance. Ainsi devenue un élément de l'état civil, l'existence d'un PACS pourra être aisément connue des tiers tout comme celle d'un mariage ou d'une mesure de tutelle et c'est seulement à dater de cette mention que le PACS sera opposable aux tiers²³.

En définitive, les conditions de forme du PACS sont déterminées dans le code civil en ses

¹⁹ Art. 1^{er} du Décret n°2006-1806 du décembre 2006.

²⁰ Art. 515-3-1 du C. civ.

²¹ BENABENT (A.), Op.cit., p.291.

²² Art. 515-3 du C. civ.

²³ Art. 515-3-1 du C. civ.

articles 515-3 et 513-3-1 elle décret n°2006-10806 du 23 décembre 2006.

C. Modification et preuve du PACS

Il peut arriver que les parties souhaitent apporter telle ou telle modification au PACS, la loi, à travers les articles 515-3 al. 4 et 515-3-1, autorise implicitement toute modification du pacte, concernant par nature ses effets d'ordre patrimonial.

Quant à la condition de fond de cette modification, elle est de droit commun, c'est-à-dire, la convention modificative appelée parfois « avenant » exige les mêmes conditions que la convention initiale (si le majeur a été placé sous tutelle, l'article 462 du code civil lui impose l'assistance du tuteur et l'autorisation du conseil de famille).

S'agissant de la forme, il faut de nouveau suivre les formalités prévues par le pacte initial en s'adressant au greffe du tribunal d'instance qui avait enregistré celui-ci ou au notaire qui l'avait afin d'y être enregistrée²⁴.

Il est possible de procéder par une déclaration écrite conjointe adressée par une lettre recommandée avec avis de réception²⁵. La mention de la convention modificative est aussi portée en marge de l'acte de naissance de charge partenaire.

La preuve de l'existence du PACS se fait à travers la production d'un extrait l'acte de naissance, chacun des partenaires peut faire la preuve de sa situation matrimoniale ou paramatrimoniale. De même, les tierces créancières peuvent obtenir copie de l'acte de naissance à l'effet de connaître l'identité du partenaire de leur débiteur ou de leur futur contractant.

I.3. Effet du PaCS

Tant il est vrai que le PACS prend effet entre les parties à compter de son enregistrement, mais son opposabilité aux tiers à la date du jour de l'accomplissement des formalités de publicité comme explicité précédemment, le pacte comme le mariage, produit des effets d'ordre personnel et d'ordre patrimonial.

Les partenaires liés par un Pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproque. Si les partenaires n'en disposent pas autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives²⁶.

La lecture de cette disposition juridique nous invite de noter avec Alain BENABENT que, il se dégage d'une part, des effets Internes sur le plan personnel entre les partenaires, marquées par l'existence des devoirs réciproques rapprochant de ceux issus du mariage, et d'autre part, une absence quasi-totale d'effets du PACS vis-à-vis des tiers ou de la société.

En revanche, en République démocratique du Congo, le concubinage ou phénomène « yaka to fanda » non seulement produit des effets interpersonnels entre époux c'est-à-dire devoirs réciproques d'aide matérielle, d'assistance et de communauté de vie, mais également elle fait naître l'obligation alimentaire.

Le PACS produit en réalité peu d'effets personnels entre les partenaires. Il est sur ce point proche du concubinage que du mariage. Pour tout dire, le PACS a d'effets limités entre les partenaires, on peut entre-autres citer, le non usage du nom de famille du partenaire, ne permet pas d'adopter conjointement, les homosexuels sont interdits de recourir à l'assistance médicale à la procréation, le PACS n'a pas non plus, d'effets spécifiques en matière de nationalité²⁷.

Nonobstant cette limitation d'effets personnels, les partenaires s'obligent à une vie commune et de respect, d'assistance et à une aide matérielle. En effet, en intégrant la vie commune, l'article 515-1 en fait un engagement réciproque similaire à celui résultant du mariage, la vie commune est l'objet même du PACS. La vie commune mentionnée par loi suppose, outre une vie commune, une vie de couple²⁸.

Cette obligation trouve d'ailleurs son écho dans les dispositions protectrices du logement

²⁴ Art. 515-3 et 515-3-1 du C. civ.

²⁵ Art. 2 du Décret n°2006-1806 du 23 décembre 2006.

²⁶ Art. 515-4, al. 1^{er} du C. civ.

²⁷ BRUSORIO AILLARD (M.), Op. cit., p.245.

²⁸ Art. 515-1 du C. civ.

des partenaires et dans le fait que, les mesures spéciales de protection contre les violences conjugales prises par la loi du 09 juillet 2009 (art 515-9 et s) s'appliquent aussi bien aux partenaires qu'aux époux traduisant que le devoir de respect mutuel concerne les uns comme les autres.

Dans sa décision du 09 novembre 1999, le Conseil constitutionnel avait souligné que l'engagement pris ne se réduisait pas « à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes », mais qu'elle supposait « outre une résidence comme, une vie de couple »²⁹.

Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 515-4 du code civil, « les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproque. Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnellement à leurs facultés respectives³⁰.

Cette obligation d'assistance a été insérée par la loi de 2006. Cela renvoie, comme pour les époux, à une aide morale, un soutien dans les moments pénibles de la vie, en particulier en cas de difficultés professionnelles, de maladie.

Le législateur de 2006 n'a imposé aucune obligation de fidélité aux pacsés, ce qui explique l'absence de présomption de paternité soutenue dans le mariage. Pour autant, il n'est pas interdit aux partenaires d'être fidèles. Mais il ne peut s'agir que d'un engagement moral que les intéressés sont libres de prendre ou de ne pas prendre l'un envers l'autre. Tout au plus, les circonstances pourraient-elles conduire le juge à mettre en œuvre la responsabilité d'un partenaire sur le fondement de l'article 1134, al. 3 du code civil, relatif à la bonne foi dans les contrats.

Quoi qu'il en soit, comme la question de divorce ne se pose pas, l'enjeu est limité d'éventuels dommages-intérêts, voir une résolution judiciaire. Les pacsés ne sont donc pas soumis « à un devoir de fidélité inhérent au PACS » mais à « un devoir de loyauté inhérent à tout contrat, dont peut découler un devoir de fidélité ».

Le pacte ne produit pas d'effets envers la société, la famille et les enfants et cela de manière suivante ;

Vis-à-vis de la société, le PACS ne produit aucun effet sur la situation personnelle de chacun des partenaires envers la société qui continue de le regarder comme individu isolé, car le PACS est un acte privé entre les partenaires. De ce fait, il n'emporte donc aucune conséquence sur le nom pour la simple raison qu'aucun des partenaires n'acquiert un droit d'user de celui de l'autre comme c'est le cas pour le mariage.

Il en est de même pour la nationalité, le PACS ne conférant aucun droit à cet égard, mais il peut servir pour apprécier les « liens personnels en France » permettant d'obtenir une carte de séjour temporaire³¹.

Pour ce qui est de la famille, le PACS ne crée pas un quelconque lien d'alliance famille de l'autre. Les obligations envers les beaux-parents ou beaux-enfants n'existent donc pas (obligations alimentaires), pas plus que les restrictions qui peuvent résulter d'une alliance, par conséquent, le PACS ne crée pas d'empêchement au mariage avec ces beaux-parents ou beaux-enfants.

Pour les enfants naissant durant le cours du PACS, celui-ci n'emporte aucune présomption de paternité semblable à celle que l'article 312 du code civil attache au mariage (aucun désaveu n'étant en conséquence concevable). Leur filiation sera établie selon les modes ordinaires, notamment reconnaissance, possession d'état, action en recherche de paternité.

Quant au recours à la procréation médicalement assistée, le couple homosexuel n'a pas droit à la procréation, la loi n'a pas d'effet sur la mise en œuvre des dispositions légales 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.

²⁹ MALAURIE (P.) et FILCHIRON (H.), Op.cit., p.195.

³⁰ Art. 515-4, al.1^{er} du C. civ.

³¹ Art. L. 313-11 du code de l'entrée et du séjour des étrangers.

Quant à l'adoption, le pacte n'emporte aucun effet : chaque partenaire pourra adopter en tant que célibataire, mais il n'y aura ni adoption en commun comme précisé à l'article 346 ni lieu d'appliquer les dispositions relatives à l'adoption de l'enfant du conjoint³².

Dans leurs rapports relatifs aux biens, les partenaires sont tenus à une certaine solidarité : bien que le principe est désormais la séparation des biens, ce qui correspond sans doute mieux à l'esprit d'indépendance des partenaires, et étant obligés à une certaine solidarité, ils peuvent opter pour une indivision conventionnelle. Au demeurant, si la preuve d'une propriété personnelle n'est pas rapportée, le bien, réputé indivis, sera partagé par moitié.

Comme le précise l'article 515-4 du code civil, « les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques. Si les partenaires n'en disposent pas autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives. Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Toutefois, cette solidarité n'a pas lieu pour les dépenses manifestement excessives.

(i). Solidarité des dettes ménagères

Suivant l'article 515-4, al 2 du code civil, «les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante » ; à l'exception des dépenses manifestement excessives ; des achats à tempérament et des emprunts excédant, les besoins de la vie courante³³. Le fond de dettes solidaires est à peu près le même dans le mariage et dans le PACS, tant il est vrai que la vie à deux donne naissance au même type de besoins.

On retrouve ici la transposition de l'article 220 du code civil avec le même objectif de faciliter la vie quotidienne des partenaires en permettant, en pratique à chacun de contracter seul sans se heurter à la méfiance d'un contractant réclamant la double signature que la loi oblige les deux aux engagements souscrits par un seul. La loi de 2006 a supprimé dans cette catégorie les dettes communes, les dépenses relatives au logement commun. La raison en est uniquement pour exclure celles concernant un bien appartenant à un seul et affecté au logement qui nécessite les remboursement d'emprunt.

La loi du 24 mars 2014 étant sur ce-point, le bénéfice de l'article 1751 du code civil en attachant au PACS la cotitularité du bail conclu par un seul. Il n'en demeure pas moins qu'on se trouve en présence de la situation paradoxale suivante :

- Lors de la rupture, le partenaire bénéficie quasiment des mêmes protections qu'un époux c'est-à-dire, il a droit au transfert du bail s'il s'agit d'un logement locatif, droit à l'attribution préférentielle s'il s'agit d'un logement indivis (art 515-6), droit au logement graduait durant un an après le décès s'il s'agit d'un logement appartenant au partenaire défunt, mais aucun droit à un bail forcé dans les autres cas de dissolution³⁴.
- Durant le cours du PACS, il n'existe qu'une protection imparfaite pour celui des partenaires qui ne dispose pas de titre sur le logement et cela de manière du suivante : si, en cas de logement locatif, le bail est désormais étendu au profit du partenaire du locataire, en revanche, au cas où le logement appartient en propre à l'un des partenaires, celui-ci conserve le droit d'en disposer seul³⁵.

En revanche, en cas de bien propriété indivise ou de logement locatif, les charges ou le loyer sont évidemment des dépenses assurées pour les besoins de la vie courante.

Chacun des partenaires est réputé pouvoir en disposer librement envers les tiers sur les meubles détenus individuellement, ce qui évite que ceux-ci exigent systématiquement par prudence un double consentement³⁶.

³² Art. 346 et 345-1 du C. civ.

³³ Art. 515-4, al 2 du C. civ.

³⁴ Art. 515-6, du C. civ.

³⁵ BENABBENT (A.), Op. cit., p.301.

³⁶ Art. 515-5, dernier alinéa du C. civ.

Concernant l'incidence fiscale et sociale, il convient ici de noter que le traitement fiscal du PACS s'est rapproché de celui du mariage, jusqu'à aboutir à une assimilation totale, tant en ce qui concerne l'impôt sur le revenu que les droits sur donations ou libéralité.

Aussi, les partenaires peuvent, dans la convention initiale ou dans la convention modificative, choisir de soumettre au régime de l'indivision les biens qu'ils acquièrent, ensemble ou séparément, à compter de l'enregistrement de ces conventions. Ces biens sont alors réputés indivis par moitié, sans recours de l'un des partenaires contre l'autre au titre d'une contribution inégale³⁷.

(ii). La propriété des-biens : indépendances du patrimoine

L'article 515-5 transpose au PACS les règles du régime de séparation de biens telles qu'énoncées aux articles 1536 et suivants sur le mariage.

En effet, sauf dispositions contraires de la convention visée au deuxième alinéa de l'article 515-3, chacun des partenaires conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Chacun d'eux reste seul tenu des dettes personnelles nées avant ou pendant le pacte, à l'exception des dettes contractées pour les, à l'égard de son partenaire que des tiers, qu'il a la propriété exclusive d'un bien. Les biens sur lesquels aucun des partenaires ne put justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié.

Comme le régime étant celui de la séparation de biens, les créances que les partenaires peuvent rembourser (d'emprunts, à l'accroissement ou à la conservation de ses biens) font l'objet d'une évaluation modelée sur celle des récompenses entre époux³⁸.

Le partenaire qui détient individuellement un bien meuble est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seul sur ce bien tout acte d'administration, de jouissance et de disposition³⁹.

L'article 515-5-2 du code civil énumère désormais la propriété exclusive de chaque partenaire d'un certain nombre de biens suivants :

- 1° Les deniers perçus par chacun des partenaires, à quelque titre que ce soit, postérieurement à la conclusion du pacte et non employés à l'acquisition d'un bien ;
- 2° Les biens créés et leurs accessoires¹ ;
- 3° Les biens à caractère personnel ;
- 4° Les biens ou portions de biens acquis au moyen de deniers appartenant à un partenaire antérieurement à l'enregistrement de la convention initiale ou modificative aux termes de laquelle ce régime a été choisi ;
- 5° Les biens ou portions de biens acquis au moyen de deniers reçus par donation ou succession ;
- 6° Les portions de biens acquises à titre de licitation de tout ou partie d'un bien dont l'un des partenaires étaient propriétaire au sein d'une indivision successorale ou par suite d'une donation.

L'emploi de derniers tels que définis aux 4^e et 5^e fait l'objet d'une mention dans l'acte d'acquisition. A défaut, le bien est réputé indivis par moitié et ne donne lieu qu'à une créance entre partenaire⁴⁰.

A défaut de dispositions contraires dans la convention, chaque partenaire est gérant de l'indivision et peut exercer les pouvoirs reconnus par les articles 1873-6 à 1873-8 du code civil pour l'administration des biens indivis, les-partenaires peuvent conclure une convention relative à l'exercice de leurs droits indivis dans les conditions du droit commun de l'indivision conventionnelle énoncées aux articles 1873-1 à 1873-15. A peine d'inopposabilité, cette

³⁷ Art. 515-5-1 du C. civ.

³⁸ Art. 515-7 du C. civ.

³⁹ Art. 515-5 du C. civ.

⁴⁰ Art. 515-5-2 du C. civ.

convention est, à l'occasion de chaque acte d'acquisition d'un bien soumis à publicité foncière, publiée au fichier immobilier⁴¹.

(iii). Droit du partenaire survivant à la succession de l'autre

Les personnes liées par un PACS n'ont aucun droit ab intestat dans la succession de l'une ou de l'autre, sauf si l'une d'elles en a émis le souhait au moyen de donation ou legs, notamment par le biais d'un testament.

Il convient de relever ici qu'un PACS ne peut pas contenir de dispositions testamentaires, un testament par nature, constitue un acte juridique unilatéral alors que le PACS est un contrat synallagmatique.

Le patrimoine transmis entre partenaires par donation est exonéré de droits de mutation jusqu'à 80.724 euros.

En tout état de cause, l'article 515-6 du code civil permet au partenaire survivant de bénéficiaire de l'attribution préférentielle du logement et des meubles le garnissant prévue par testament. De plus, l'article précité en son alinéa 3 étend au partenaire survivant le bénéfice de deux premiers alinéas de l'article 763 du code civil édicté pour le conjoint survivant, c'est-à-dire que si à l'époque du décès, le conjoint successible occupe effectivement, à titre d'habitation principale, un logement appartenant aux époux ou dépendant totalement de la succession, il a de plein droit, pendant une année, la jouissance gratuite de logement, ainsi que du mobilier, compris dans la succession qui le garantit⁴².

De même, par application de l'article 763 al 2, si l'habitation du partenaire survivant était assurée au moyen d'un bail à loyer ou d'un logement appartenant pour partie indivise au défunt, les loyers ou indemnités d'occupation lui en seront remboursés par la succession pendant l'année, au fur et à mesure de leur acquittement.

Ainsi donc, après avoir parlé des rapports juridiques entre partenaires du PACS notre égard est porté à la dissolution du PACS.

I.4. De la dissolution du PACS

Les causes et modalités de dissolution du PACS sont prévues à l'article 515-7 du code civil. Selon cet article, le pacte prend fin par décès de l'un des partenaires (1), en cas de mariage des partenaires ou de l'un d'eux (2), par déclaration conjointe des partenaires (consentement mutuel) (3), et par volonté unilatérale (4). Outre ces quatre causes énumérées, une cinquième cause titrée du jeu du droit commun de l'article 1884 du code civil mérite d'être prise en compte.

1. Dissolution par décès

La première cause de dissolution du PACS envisagée par la loi précitée est le décès de l'un des partenaires. A l'instar du mariage comme pour tout contrat dominé par l'intuitu personae, le décès met fin immédiatement au PACS et l'officier de l'état civil qui porte la mention en marge de l'acte de naissance doit en informer aussitôt le greffe qui avait enregistré le pacte, lequel doit faire procéder à la publicité et en outre informer le partenaire survivant pour le cas où il ne le serait pas déjà.

Ainsi, les effets du PACS cessent immédiatement, sauf envers les tiers auxquels la dissolution ne devient opposable qu'à dater des formalités de publicité (ce qui entraîne par exemple, la solidarité des dettes contractées entre le décès et la publication). Le partenaire survivant n'a pas de vocation successorale. Mais il peut, comme tout tiers, bénéficier d'une donation ou d'un testament, dans la limite de la quotité disponible ordinaire et non la quotité spéciale entre époux.

Il n'a pas non plus de droit alimentaire sur la succession ou sur les parents et les enfants de l'autre comme c'est le cas du veuf dans le mariage qui bénéficie des droits alimentaires c'est-à-dire, qui a droit à la pension de retraite qu'aurait perçue son conjoint s'il avait survécu, droit alimentaire contre ses anciens beaux-parents dans le cas où il existe des enfants issus du mariage, droits à une créance alimentaire contre la succession de son conjoint prédécédé et ce,

⁴¹ Art. 515-5-3 du C. civ.

⁴² Art. 515-6 du C. civ.

conformément à l'article 767 du code civil.⁴³

En revanche, le partenaire survivant bénéficie des droits spécifiques relatifs au logement ouvert au conjoint survivant spécifiés aux articles 515-6, al 2 et 831-3 du code civil.

2. Dissolution par consentement mutuel

Les partenaires peuvent aussi mettre fin d'un commun accord au PACS, ce qui correspond non seulement au divorce par consentement mutuel, mais également à la faculté de résiliation amiable ouverte aux parties pour tout contrat⁴⁴. L'accord des partenaires s'exprime dans une déclaration conjointe écrite. Aucune forme particulière n'est exigée.

Pour le partenaire sous tutelle, aucune assistance ni représentation ne sont requises pour l'accomplissement des formalités relatives à la rupture par déclaration conjointe⁴⁵. En revanche, le partenaire en tutelle sera représenté par son tuteur pour les opérations de liquidation⁴⁶.

Pour tout dire, que les partenaires sous tutelle ou curatelle, ils ont pleine capacité de consentir à une rupture par consentement mutuel sans assistance ni représentation. La dissolution du PACS par consentement mutuel se fait, comme expliciter ci-avant, par une déclaration conjointe écrite remise ou adressée par lettre recommandée au greffe du tribunal d'instance ou au notaire qui a reçu le pacte⁴⁷. Ce greffier en avisera sans délai le greffe du tribunal d'instance du lieu de naissance de chacun.

Conformément à l'article 515-7, al 8 du code civil, la dissolution du pacte civil de solidarité prend effet dans les rapports entre les partenaires à la date de son enregistrement au greffe. A l'égard des tiers, elle est opposable à partir du jour où les formalités de publicité ont été accomplies, c'est-à-dire à la date à laquelle mention de dissolution est portée en marge de l'acte de naissance des partenaires⁴⁸.

3. Dissolution par rupture unilatérale

Etant un contrat à durée indéterminée, le pacte peut être résilié à tout moment par la volonté unilatérale d'un des partenaires signifiée à l'autre par acte d'huissier⁴⁹. Ici, le partenaire signifie à l'autre sa décision et adresse copie de cette signification au greffe du tribunal d'instance qui a reçu l'acte l'enregistrement du pacte.

Ici comme dans le cas de la dissolution par consentement mutuel, le majeur sous tutelle peut librement rompre le PACS par volonté unilatérale. Cette rupture unilatérale peut également être demandée par le tuteur⁵⁰. Ce dernier doit également représenter le majeur sous tutelle dans les opérations de liquidation du PACS.

Quant aux effets de la dissolution du PACS par volonté unilatérale, dans les rapports entre les partenaires, ces effets courent à dater de l'enregistrement au greffe ayant reçu l'acte initial, tandis que vis-à-vis des tiers, c'est au jour où les formalités de publicité ont été accomplies (mention de la dissolution portée en marge de l'acte de naissance des partenaires).

Faute d'accord entre les partenaires, le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture unilatérale, sans préjudice des réparations du dommage éventuellement subi⁵¹. En effet, comme il ne saurait y avoir de faute à rompre, il en résulte, selon le conseil constitutionnel Français que, « le partenaire auquel la rupture est imposée pourra demander réparation éventuellement subi notamment en cas de faute tenant aux conditions de la rupture en l'occurrence, brutalité de la rupture, maladie du partenaire abandonné, voies de fait, etc. Dans ce cas, il si probable que les tribunaux s'inspirèrent plus de la jurisprudence relative à la rupture

⁴³ Art. 515-7 du C. civ.

⁴⁴ Art. 1131, al.2 du C. civ.

⁴⁵ Art. 462, al.6 du C. civ.

⁴⁶ Art. 462, al.7 du C. civ.

⁴⁷ Art. 515-, al du C. civ.

⁴⁸ Art. 515-7, al.8 du C. civ.

⁴⁹ Art. 515-7, al.5 du C. civ.

⁵⁰ Art. 462, al.5 du C. civ.

⁵¹ Art. 515-7 al.77 du C. civ.

des fiançailles ou de l'union libre que celle des contrats civils et commerciaux en vertu de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Il en est de même de l'article 1382 du code civil.

4. Dissolution par le mariage

Le PACS prend fin automatiquement en cas de mariage des partenaires ou de l'un d'eux. C'est dire que les partenaires peuvent se marier entre eux et ce mariage met fin au pacte. Dans ce cas, la dissolution du pacte intervient à la date du mariage. Cependant, le greffe du lieu de déclaration et l'officier de l'état civil du lieu de naissance sont avisés pour transcrire la dissolution et sa date.

En outre, même si à priorités effets du mariage sont plus larges et vont venir absorber ceux du pacte, il n'en est pas toujours ainsi. En particulier, le régime matrimonial qui va prendre le relais du régime pascal entre partenaires ne fonctionnera pas nécessairement de la même façon et pourra même révéler plus séparatiste à certains égards, ce qui ne sera pas sans conséquence envers les tiers⁵². Aussi, le mariage d'un partenaire met fin immédiatement et de plein droit au pacte, sans qu'aucune formalité préalable soit nécessaire.

Cette disposition, selon le Conseil constitutionnel, met en œuvre le principe de valeur constitutionnelle de la liberté du mariage, et est en conséquence d'ordre public, mais supporte le même tempérament de la responsabilité civile, « le droit du partenaire à réparation » étant réservé « dans tous les cas de rupture unilatérale, y compris le mariage. Cette responsabilité civile repose, comme explicité ci-avant, seulement sur la brusque rupture. Ce cas pourra s'envisager notamment lorsque le partenaire qui se marie n'a pas informé le projet à l'autre qui n'apprend la dissolution du pacte qu'après coup, par l'avis que doit lui adresser le greffier du lieu d'enregistrement en même temps qu'il informe l'état civil.

Le pacte étant un contrat auquel le Conseil constitutionnel a précisé que s'appliquent les dispositions générales du code civil relatives aux contrats et aux obligations conventionnelles telles que précisés dans le considérant 28, rien ne permet d'écarter le jeu de la résolution pour inexécution⁵³. Il semble donc possible :

- à un partenaire d'agir en résolution judiciaire du pacte sur le fondement de l'article 1184 en invoquant des manquements de l'autre à ses obligations de cohabitation et d'entraide, voire à son obligation plus générale de loyauté et de bonne foi⁵⁴;
- aux parties d'insérer dans le pacte une clause résolutoire dont la mise en œuvre suivra le régime général dégagé par la jurisprudence pour ces clauses. L'intérêt de cette voie (dissolution pour faute) réside outre l'intérêt moral que certains verront pour faire reconnaître leur innocence et c'est cet argument principal qui justifie encore le maintien du divorce pour faute, deux conséquences matérielles peuvent en résulter :

1° Le prononcé de la résolution peut s'accompagner de dommages et Intérêts réparant le préjudice né des fautes constatées ;

2° La date d'effet de la résolution ne sera pas la même qu'en cas de rupture par déclaration unilatérale car il faudra compter avec la rétroactivité, limité il est vrai puisqu'il s'agit d'un contrat à exécution successive, mais qui peut remonter à la date des manquements constatés.

Hormis les causes de dissolutions du pacte civil de solidarité analysées, il se pose le problème des pactes non dissous formellement, ce qui nous amène à la notion de séparation de fait.

5. Séparation de fait

Alors que le concubinage, situation de fait, prend fin par sa cessation même, la situation

⁵² BENABENT (A.), Op. cit., p.309.

⁵³ Art. 1184 du C. civ.

⁵⁴ Art. 815-4 et s du C. civ.

de droit créée par le pacte demeurera tant qu'il ne sera pas dissous ; alors même que les partenaires se seraient déjà séparés depuis très longtemps.

A pareil cas, c'est dans le jeu d'indivision conventionnelle que gît alors la difficulté car les clauses d'indivision continuent de s'appliquer à des acquisitions nouvelles et les règles d'indivision post-communautaires, sous le contrôle et l'arbitrage éventuels du tribunal. Il peut en résulter des situations complexes à l'insu des partenaires qui auraient « oublié » de formaliser leur rupture.

La dissolution du pacte civil de solidarité entraîne des multiples conséquences entre les partenaires tant par rapport à leurs rapports personnels que sur leur patrimoine. C'est pourquoi, il est impérieux de développer dans les lignes qui suivent, les conséquences liées à cette dissolution.

1.5. Conséquences de la dissolution

Avec la dissolution du pacte prennent fin ses effets légaux, notamment solidarité, communauté de vie, obligation d'aide matérielle et d'assistance réciproque, etc... Restent à liquider les intérêts communs et, au besoin, obtenir réparation des préjudices subis.

Pour rappel, la date d'effet de la dissolution par décès ou .par mariage entre les partenaires est la date de l'événement⁵⁵; par contre, en cas de dissolution par déclaration conjointe ou unilatérale, c'est la date de son enregistrement au greffe⁵⁶. Mais en cas de la résolution judiciaire, ce sera celle fixée par le jugement.

Envers les tiers, la loi est moins précise car la dissolution ne leur est opposable qu'à la date de l'accomplissement des formalités de publicité, il semble que ce texte ne se rapporte qu'à la dissolution par décès ou mariage, il n'est pas impossible qu'elle produise effet immédiatement envers les tiers comme pour la dissolution du mariage⁵⁷.

S'agissant de la liquidation des intérêts communs, la loi, à travers l'article 515-7, al 11, laisse aux partenaires le soin de procéder eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations résultants pour eux du pacte. Il ne s'agit pas là d'une obligation, mais les ex-partenaires pourront, s'ils le souhaitent, demeurer dans l'indivision par les biens concernés, il convient à chacun d'eux de prouver, par tous les moyens, qu'il a la propriété exclusive de tel ou tel bien.

Quant à cette liquidation, c'est le droit commun du partage qui s'appliquera. Toutefois, l'article 515-6 rend applicable la plupart des dispositions relatives à l'attribution préférentielle entre époux, quant au logement (en propriété ou en location), ou aux entreprises (agricoles, industrielle, commerciales, artisanales ou libérales). Le partenaire survivant pourra demander écrite attribution préférentielle (qui ne sera cependant de droit que si le défunt l'a prévu par testament)⁵⁸.

Concernant des donations et libéralités, elles suivent le droit commun et non le régime entre époux. A propos, elles ne peuvent excéder la quotité disponible ordinaire et ne sont pas révocables (sauf selon le droit commun strict de la révocation pour ingratitude de l'article 955 du code civil).

Il convient de noter qu'à la dissolution du pacte, le partenaire survivant n'a ni réside la principale opposition entre le mariage et le pacte. C'est exactement à ce niveau que réside la principale opposition entre le mariage et le pacte.

Du point de vue successoral, le partenaire survivant n'a ni vocation légale, mais bénéficie du logement du partenaire prédécédé s'il a été institué légataire par testament, il jouira du même tarif fiscal que le conjoint. Il est également prévu une compensation du déséquilibre des créances qui peuvent en résulter de la vie commune. Sur ce point précis, l'article 515-7, al 10 in fine du code civil dispose que ces créances peuvent être compensées avec les avantages que leur

⁵⁵ Art. 515-7, al. 1^{er} du C. civ.

⁵⁶ Art. 515-7, al.7 du C. civ.

⁵⁷ Art. 515-7, al.8 du C. civ.

⁵⁸ Art. 516-6, al.2 du C. civ.

titulaire a pu retirer de la vie commune notamment en ne contribuant pas à la hauteur de ses facultés aux dettes contractées pour besoins de la vie courante. La règle permet de rétablir l'équité⁵⁹.

En effet, en cas de rupture du vivant des partenaires, aucun texte n'en prévoit (mais l'idée est parfois émise que la prestation devrait être étendue aux partenaires ou concubins lorsqu'au cours d'une union durable, l'un d'eux a sacrifié sa carrière professionnelle aux besoins du ménage et des enfants).

Il reste évidemment loisible aux parties, lors de la liquidation, de compenser volontairement un déséquilibre. Mais est-il possible de prévoir dès l'origine dans le pacte, l'attribution d'une telle quasi-prestation compensatrice? Sauf dans le cas où elle serait fixée à l'avance d'une manière telle qu'elle jouerait le rôle d'une clause pénale pouvant entraver le droit de rupture, une telle prévision semble pouvoir être admise, surtout si elle prend soin de reprendre les paramètres de l'article 271 du code civil.

Pour ce qui est de la mise en jeu de mécanismes de la responsabilité civile, d'enrichissement sans cause et de l'obligation naturelle qui en résulteraient du PACS, l'article 515-7 du code civil réserve le droit à réparation du préjudice éventuellement subi par un des concubins. C'est cette précision qui a permis de sauver la rupture unilatérale du PACS, reste cependant incertaine dans sa portée : s'agit-il de réparer tous les dommages subis par l'un des partenaires, y compris ceux qui auraient été causés pendant la vie du PACS, en raison par exemple de la violation de telle ou telle obligation légale ou contractuelle, ou d'indemniser le partenaire des seuls dommages consécutifs à la rupture ?

La lettre du texte, ainsi que la lecture qui en a été faite par le Conseil constitutionnel, fait pencher en faveur d'indemniser le partenaire des seuls dommages consécutifs à la rupture⁶⁰.

En outre, le jeu de l'enrichissement sans cause et de l'obligation naturelle, voire de la société de fait, doit sans doute être réservé avec le rôle de « soupape » que la jurisprudence leur a reconnu entre époux séparés de biens et entre concubins.

Ainsi donc, le règlement des différends nés de la liquidation suivant l'article 515-7 est, à défaut d'accord, porté devant le juge qui statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture. A cet effet, le juge visé est celui aux affaires familiales institué depuis la loi du 16 janvier 2006⁶¹.

II. CONCUBINAGE

II.1. Evolution et définition du concubinage

A. Evolution

Condamné par le droit canon, le concubinage a été délibérément ignoré par le code civil qui avait une attitude hostile envers les couples non mariés. Le code civil de 1804 méconnaissait le concubinage car il ne l'a ni sanctionné, ni valorisé, le tenant à l'écart du droit (le premier Consul aurait dit : « les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux »)⁶². Depuis plusieurs années, on est passé de la stricte indifférence à une prise en compte partielle du concubinage, ce dernier a fini par s'imposer en tant que situation de fait qui n'est plus regardée comme immorale et dont il a bien fallu régler les conséquences⁶³.

B. Définition du concubinage

Selon l'article 515-8 du code civil issu de la loi du 15 novembre 1999 qui a créé le PaCS, «le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité entre personnes de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple »⁶⁴.

⁵⁹ Art. 515-7, al.10 du C. civ.

⁶⁰ MALAURIE (P.) et AYNES (L.) Op. cit, p.215.

⁶¹ Art. L.213-3 du Code d'organisation et de procédure juridique

⁶² BATTEUR (A.), Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés, 7^e éd., LGDJ, Paris 2013, p.279.

⁶³ BENABENT (A.), Op. cit, p.313.

⁶⁴ Art. 515-8 du code civil

Suivant la lettre et l'esprit de la disposition juridique pré-rappelée, deux expressions (concubinage et union de fait) désignent le même phénomène, à savoir une union hors mariage présentant une certaine stabilité. D'après celle expression, le terme concubinage, plus cru, met l'accent sur l'élément matériel (cum cubare qui signifie coucher avec), tandis que le second sens du phénomène concubinage, fait allusion à l'union libre, plus intellectuel, sur l'élément intentionnel (union libre, sans formalisme et surtout sans lien, susceptible d'être librement rompue).

En effet, il peut exister divers degrés dans les relations hors mariage, notamment aventure passagère, liaison plus stable mais sans cohabitation, enfin vie maritale.

De la définition explicitée ci-avant, on peut déduire que quatre éléments majeurs fondent le concubinage en l'occurrence, l'existence des relations sexuelles, l'absence de condition relative à la différence de sexe la communauté de vie et la stabilité et la durée des relations⁶⁵.

1. L'existence de relations-sexuelles

L'article 515-8 du code civil parle de «vie en couple », ce qui semble supposer l'existence bien entendu de relations sexuelles. Selon Renault-Brahinsky, la doctrine traditionnelle considérait que les relations charnelles faisaient le concubinage. Mais la doctrine actuelle quant à elle est moins catégorique.

En effet, en l'absence de relations sexuelles, il faudra examiner la volonté des deux personnes pour juger si leur situation peut être qualifiée de concubinage. Dans certaines situations, l'existence de relations sexuelles suffit à caractériser le concubinage. Dans d'autres situations, elle est insuffisante, par exemple lorsque deux étudiants vivent ensemble.

Il existe des hypothèses où ce sont les relations sexuelles qui justifient la qualification de concubinage, par exemple, pour le distinguer de la simple cohabitation, notamment lors de l'examen de la condition d'isolement pour l'attribution de l'allocation de parent isolé ou de l'allocation de soutien familial. Dans d'autres cas, la prise en compte du concubinage est fondée avant tout sur la communauté de vie.

2. L'absence de condition relative à la différence de sexe

La jurisprudence des tribunaux français a longtemps refusé de reconnaître une valeur juridique au concubinage homosexuel. Le seul point fixé était qu'il fallait être en présence d'un couple homme-femme. Certes, à mesure que le concubinage ouvrait des droits croissants et que la tolérance sociologique envers l'homosexualité s'élargissait, était apparue une vigoureuse poussée pour voir reconnaître un concubinage homosexuel qui produirait des effets juridiques, mais la Cour de cassation avait repoussé ce mouvement. Par conséquent, le concubinage continuait de s'étendre dans le sens où deux personnes ayant décidé de vivre comme époux, sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme, position fermement réaffirmée en 1997.⁶⁶

Ainsi, pour écarter cette restriction du concubinage entre deux personnes de sexe opposé qui devait d'ailleurs être plus tard condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme que la loi du 15 novembre 1999, en même temps qu'elle instituait le PaCS, a fourni une définition légale du concubinage⁶⁷.

A la comparer à la situation antérieure, cette définition est à la fois plus large et plus exigeante, plus large en ce qu'elle s'étend aux couples homosexuels, plus exigeante en ce qu'elle requiert désormais nécessairement une cohabitation (qui vivent en couple) présentant une certaine stabilité et continuité, ce que la jurisprudence exigeait déjà souvent⁶⁸.

3. La communauté de vie

⁶⁵ RENAULT BRAHINSKY, L'essentiel du droit de la famille, 3^e éd. Lextenso édition, 2014-2015, p.26.

⁶⁶ BENABENT (A.), Op. cit., p. 354.

⁶⁷ L'article 515-8 du C. civ. Définit le concubinage comme étant une union de fait, caractérisé 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.

⁶⁸ BENABENT (A.), Op. cit., p. 315.

La doctrine est unanime pour faire de la communauté de vie, un élément constitutif du concubinage. Certaines règles concernant les concubins ne peuvent s'appliquer que s'il y a résidence commune. Dans ce sens, l'article 515-8 du code civil prévoit également que le concubinage est une union de fait caractérisée par une vie commune. Néanmoins, comme il peut y avoir mariage sans vie commune, il y a des concubinages sans cohabitation (exemple, le concubinage est pris en compte pour calculer l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune même en l'absence de vie commune, ou pour des relations sexuelles tout simplement).

4. La stabilité et la durée des relations

A lire l'article 515-8, la loi du 15 novembre 1999 subordonne l'existence du concubinage à la stabilité et à la continuité de la vie commune. La doctrine et la jurisprudence considèrent également qu'en défaut de vie commune, le concubinage doit se caractériser par une stabilité et une durée des relations. La jurisprudence n'était cependant concubins aient eu l'intention que leur relation soit durable.

Concernant les conditions de sa formation, si le PaCS et le mariage soumis à un formalisme, le concubinage, au regard des deux actes juridiques précités, est de se constater une fois installé. On peut noter l'absence des conditions de formation et de dissolution du concubinage, il n'existe aucun acte juridique qui forme le concubinage à un instant précis, la situation résultant le plus souvent d'une installation progressive dans les faits ; à la sortie, en ce qu'il n'existe corollairement aucun acte fixant une dissolution du concubinage, dont la fin peut aussi être soit vite et instantanée (rupture ou décès), soit effilochée au cours d'un éloignement progressif.

Le caractère du concubinage est donc, par opposition au mariage ou au PaCS, de résider dans le constat d'une situation de fait à laquelle vont s'attacher des effets juridiques divers : son régime ne porte donc que sur lesdits effets. Pour ce qui est de la preuve, étant ainsi un simple fait juridique, le concubinage peut se prouver par tous moyens non seulement par les tiers, mais encore par les concubins eux-mêmes, que ce soit pour en déduire les conséquences l'un contre l'autre ou à l'égard des tiers.

Certaines municipalités facilitent les choses en établissant des certificats de concubinage ou attestations d'unions libres qui n'ont cependant aucune valeur officielle. Mais lorsque cette preuve doit être rapportée par un tiers, on peut se heurter à la barrière de la vie privée.

II.2. Les effets du concubinage : situation pendant le concubinage

Pendant la vie commune, le concubinage fait naître les rapports ou relations personnelles entre les concubins, entre ces derniers avec leurs enfants, les quelques avantages ponctuels entre les concubins et enfin des rapports entre des concubins avec les tiers⁶⁹.

A. Relations personnelles et pécuniaires spécifiques

Les concubins, dans leurs rapports personnels, ne sont guère soumis à des règles car par définition, l'union est libre et ne fait naître d'obligation ni de communauté de vie ni de fidélité, ni d'assistance. Si long et si stable de vie soit-il, le concubinage n'emporte aucun effet d'ordre familial ou touchant à l'état des personnes (droit au nom), pas de lien avec la famille de l'autre, pas de présomption de paternité des enfants ni de droit à adopter conjointement (toutefois, s'il dure depuis deux ans au moins et concerne un homme et une femme, il donne accès à la procréation médicalement assistée) et surtout, il n'emporte aucun devoir naturel que crée le mariage ci-hauts explicités, c'est-à-dire, pas de devoir de fidélité, pas de contribution aux charges de la vie commune selon les facultés de chacun, comme c'est le cas entre époux (chaque concubin doit donc supporter les frais qu'il a exposés sans recours contre l'autre, sauf toutefois accord contraire entre eux), pas d'obligation solidaire pour les dépenses de la vie courante, même pour le loyer, sauf si le bail a été souscrit aux deux noms, à plus forte pour le remboursement d'emprunt pour le logement⁷⁰.

Comme aucun lien de droit ne s'étant créé, il n'y a pas de lien de droit à dissoudre, et donc,

⁶⁹ MALAURIE (P.) et AYNES (L.), Op. cit., p.164.

⁷⁰ BENABENT (A.), Op. cit., p. 318.

aucune faute ne peut être reconnue en cas de rupture. Néanmoins, certains tribunaux ont accordé des dommages-intérêts à des concubines abandonnées. La faute du concubin résidait alors soit dans les circonstances de la rupture, soit dans les circonstances de l'établissement du concubinage.

Au regard du droit, tout concubin est un célibataire, qui n'a donc ni droit (celui d'user du nom de l'autre), ni obligation envers son concubin (pas d'assistance dans la vie quotidienne, pas de communauté de vie imposée. Aucun régime légal ne régit les concubins c'est-à-dire, la loi n'impose pas de solidarité patrimoniale, ni de vocation successorale... les concubins sont des étrangers l'un envers l'autre.

Toutefois, s'il y a un mariage apparent des concubins, la jurisprudence les déclare pris à leur propre jeu et admet que, si les tiers ont légitimement pu croire à un mariage, les concubins seront tenus comme les époux, c'est-à-dire tous deux des dettes contractées par un seul pour l'entretien du ménage. Car il y a là une application de la théorie plus générale de l'apparence que l'on retrouve en droit commercial pour étendre à la concubine la « faillite » du concubin lorsqu'il y a eu exploitation en commun⁷¹. Aussi, dans certains cas d'assimilations ponctuelles qui seront évoqués dans les lignes qui suivent, l'absence de statut général entraîne que selon la rédaction de chaque texte particulier, le concubinage est ou non assimilé au mariage; il s'agit de :

- en matière de protection sociale l'assimilation est fréquente en ce sens que le concubin est un ayant droit bénéficiaire de l'affiliation à la sécurité sociale, de l'assurance maladie et maternité et de nombreuses autres prestations (rente d'accident de travail, capital décès, etc...). Beaucoup de systèmes privés de protection ou de retraite complémentaire prévoient aussi l'assimilation, parfois subordonnée à une certaine durée. Ce qui est important de retenir, c'est que l'assimilation n'est pas présumée et que la jurisprudence ne l'étend pas à des cas non visés par un texte ;
- l'assimilation est rencontrée dans divers autres domaines, notamment en matière fiscale (pour l'assiette de l'ISF et non pour l'impôt sur le revenu ni pour les droits, de mutation à titre gratuit) : en procédure (pour des droits d'assistance-dans la procédure sans avocats (CPC arts 828, 879 et 88.4) ; en droit de séjour des étrangers (pour, le regroupement familial seulement (art D.331-14 du code de l'entrée et du séjour des étrangers) ; en droit pénal (pour la non-dénonciation de crime : art 434-1. pour l'aggravation des peines en cas de violence (arts 132-80 et 221-4)⁷².
- Outre les deux premiers cas soulevés, la présence d'enfants communs déclenche le jeu de certaines règles de la même façon qu'entre époux, en l'occurrence, l'occupation d'un logement appartenant à l'autre ex-concubin ne donnera pas lieu à indemnité si elle peut être regardée comme une forme de contribution à l'entretien des enfants⁷³.

En résumé, le concubinage conféra avantages sociaux et fiscaux. Quelques textes attestent d'une prise en considération du concubinage. Il en est ainsi en matière de bail d'habitation où l'on octroi un droit au maintien dans les lieux au concubin en cas d'abandon de domicile ou de décès d'un des deux partenaires.

C'est en droit social que le concubinage est le plus pris en compte en ce qui concerne exactement le droit aux prestations maladie et maternité ; versement du capital garanti par la sécurité sociale en cas de décès d'un assuré social.

B. Liberté contractuelle des concubins

Bien que la loi française n'ait pas connue des droits patrimoniaux exorbitants aux concubins, ceux-ci peuvent recourir au droit commun pour régler des questions d'ordre financier, ils peuvent éventuellement conclure certains contrats, soumis au droit commun de la validité des conventions, par exemple, des concubins qui désirent acheter une maison en commun peuvent l'acheter en indivision, en assortissant éventuellement leur accord d'une clause de tontine. Ils peuvent aussi constituer une société pour exercer une activité, utilisés

⁷¹ BENABENT (A.), Op. cit., p. 319.

⁷² Ibidem, p.318.

⁷³ Civ. 1^{er} 6 juillet 2011, n°10-27070; note LARRIBAN-TERVEYRE ; RTD civ.2011. 749, obs. HAUSER.

toutes les possibilités offertes par le droit des libertés pour améliorer le sort éventuel d'un survivant en cas de décès (institution du concubin comme légataire universel, donation mutuelles, stipulation d'assurances sur la vie). Ils peuvent librement établir entre eux un contrat de travail ou conclure un contrat de société⁷⁴.

Dans le cas où le contrat bénéficie à un concubin alors que son auteur était marié avec une tierce personne, il existe un risque d'annulation pour cause immorale, sur demande de la « victime » de l'adultère. Les libéralités ne sont plus annulées même si elles ont pour but de maintenir des relations adultères pour des raisons ci-après :

- Pendant de nombreuses années, selon les ternies d'une jurisprudence traditionnelle, la liberté d'une libéralité entre concubins, même adultères, s'appréciait en fonction de la probité qui avait inspiré le disposant. Si ce dernier souhaitait réparer le préjudice causé par la rupture de la relation, la libéralité était validée. Au contraire, était annulée comme contraire aux bonnes mœurs, la libéralité consentie dans le seul objectif d'établir, de maintenir, de reprendre ou de rémunérer de telles relations. L'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 3 février 1999 avait marqué la première étape d'un revirement, la Cour de cassation affirmant dans cette décision que « 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. Puis, dans l'arrêt du 29 octobre 2004, l'Assemblée plénière a franchi une étape supplémentaire en considérant que « n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs, la libéralité consentie d'une relation adultère ». Le principe de la validité d'une libéralité entre concubins, même adultère, est aussi consacré. La cause n'est pas immorale qu'il s'agit de favoriser l'établissement de la liaison, de maintenir ou d'y mettre un terme. Ces arrêts de la Cour de cassation ont suscité de vives réactions, non seulement au regard de la théorie de la cause, mais encore et surtout au regard du contenu du devoir de fidélité. La reconnaissance de la validité d'une telle libéralité se fait en effet au mépris de l'article 22 du code civil imposant un devoir de fidélité⁷⁵.

C. Les rapports des concubins avec les tiers

Lorsqu'un concubin est victime d'un dommage corporel, son partenaire peut obtenir réparation du préjudice qui est subi, il en est le cas lorsque le concubin est tué dans un accident alors qu'il faisait vivre sa concubine, ce préjudice matériel sera indemnisé, la probabilité que le défunt ait continué à subvenir au besoin de sa compagne étant attestée, par l'ancienneté de la situation. Si le défunt entretenait femme « légitime » et concubine, toutes deux peuvent avoir droit à réparation.

D. Rapports juridiques entre concubins sur la personne de leur enfant

A l'égard des enfants, le concubinage n'octroie pas des droits particuliers, les concubins ne peuvent pas adopter conjointement. Seuls les hétérosexuels ont droit de bénéficier d'une mesure d'assistance à la procréation, à condition d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans⁷⁶. Les père et mère exercent les mêmes droits sur leur enfant en ce qui concerne notamment, l'attribution du nom, l'autorité parentale, l'administration légale, qu'ils soient concubins ou non⁷⁷.

II.3. La situation à la fin du concubinage : rupture du concubinage

N'étant pas juridiquement considérés comme des personnes mariées, les concubins sont libres de rompre leur union, ne pouvant invoquer la violation d'obligations qui n'existent pas entre eux. Ainsi, puisqu'aucun des devoirs du mariage ne leur est imposée (devoir de communauté de vie, de fidélité, d'assistance), il n'existe pas d'entrave à la liberté de rompre l'union.

Au niveau des biens, chaque concubin ayant, pendant la durée du concubinage, la

⁷⁴ BATTEUR (A.), Op. cit, p. 282.

⁷⁵ BATTEUR (A.), Op. cit., p.335.

⁷⁶ Art. L.2141-2 CSP

⁷⁷ BRUSORIO-AILLAUD (M.), Op. cit., p.254.

propriété de ses biens et les gérant librement, il ne s'est pas créé de richesse en commun et de passif en commun. En clair, chacun des concubins peut librement mettre fin à la relation sans aucune forme requise. Néanmoins, la rupture peut donner lieu à des dommages intérêts lorsque le concubin délaissé parvient à faire la preuve d'une rupture fautive et de l'existence d'un préjudice⁷⁸.

En tout état de cause, trois conséquences résultent de la rupture du concubinage, à savoir le principe de liberté de rupture, la liquidation des Intérêts communs, les droits propres au concubin survivant, droits propres en cas de rupture, la preuve de concubinage.

A. Le principe de liberté de rupture

La rupture du concubinage est caractérisée par l'absence de tout contrôle judiciaire. Le concubinage s'accommode de la répudiation, A la différence du mariage, le concubinage peut donc toujours et sans contrôle être interrompu⁷⁹.

Parce qu'il n'existe aucun engagement ayant valeur obligatoire entre les concubins, la rupture du concubinage ne confère aucun droit à la concubine abandonnée. Du concubinage dissous entre vifs ne découle donc d'aucune prestation compensatoire équivalente à celle dont peut bénéficier le conjoint divorcé. Si la rupture ne saurait en soi constituer une faute, les circonstances peuvent, dans certains cas, rendre fautif le comportement de celui qui rompt et il en est de même pour les fiançailles.

Comme explicité ci-avant, un des concubins peut ainsi tenter d'obtenir une indemnité sur le fondement du droit commun de la responsabilité, la concubine délaissée, âgée et sans ressources, au profit d'une jeune rivale, ou l'amante abandonnée avec l'enfant né ou à naître.

B. La liquidation des intérêts communs

Toute vie commune entraîne mise en commun de biens et des ressources. Que le concubinage disparaisse en raison du départ ou du décès d'un concubin, il est nécessaire de liquider les intérêts communs. L'absence de régime matrimonial suscite des difficultés. Si le recours au droit commun de la preuve et aux règles de l'indivision permet de fixer le sort des biens acquis par les concubins, la jurisprudence a dû recourir à des palliatifs fragmentaires pour atteindre au moins partiellement un des buts du régime matrimonial, la protection de la femme, et permettre à la concubine, plus rarement au concubin, de participer à la création des richesses qui se sont réalisées pendant la durée de l'union. Il en est le cas lorsqu'un bien a été racheté au nom d'un seul des concubins, mais payé par les deux, ou lorsque l'un des concubins exploite une entreprise commerciale ou agricole avec l'aide de l'autre, sans qu'il y ait une quelconque rémunération, deux théories sont alors applicables : la société de fait et l'enrichissement sans cause.

1. Sort des biens acquis par les concubins.

Certes, en l'absence de contrat et de régime quasi-matrimonial, les concubins sont réputés être demeurés totalement autonomes et séparés sur le plan patrimonial, il arrivera souvent qu'ils auraient en fait entremêlé leurs intérêts (biens et activités), ce qui peut soulever des problèmes de liquidation. Le-règlement de ces problèmes de liquidation donne lieu à un principe de l'autonomie, tempéré par quelques correctifs.

Le principe de l'autonomie de la volonté soulève deux conséquences ci-après :

- 1° Chacun est resté seul propriétaire des biens qu'il a acquis, il a la charge de prouver son titre ; à défaut, si on ne prouve pas à qui appartient un bien ou s'il a été acheté en commun, il sera réputé indivis et partagé comme ;
- 2° Chacun est resté maître de ses activités et en retire seul le profit ou supporte seul les pertes quel qu'ait pu être le mode de vie ou de gestion suivi par le couple⁸⁰.

2. La société de fait

Selon l'article 1832 du code civil, des associés forment une société dès lors qu'ils

⁷⁸ REAULT-BRAHINSKY (C.), Op. cit., p.168.

⁷⁹ BATTEUR (A.), Op. cit., p.335.

⁸⁰ BENABENT (A.), Op. cit., p. 321.

mettent en commun des apports, qu'ils partagent les bénéfices de leur activité et qu'ils ont l'intention de s'associer. Dans le cas sous examen, les concubins peuvent avoir constitué entre eux société. S'il n'y avait pas de contrat de société, l'un d'entre eux peut prétendre qu'il y a eu une société créée de fait car une telle société est nulle, mais doit être liquidée et à ce titre chacun des associés se verra attribué après apurement du passif, la moitié de l'actif social.⁸¹

Ainsi, la concubine qui a participé à l'exploitation d'un fonds de commerce appartenant au seul concubin peut invoquer de l'existence d'une société créée de fait pour retirer un bénéfice de son travail. Il a été même admis que l'achat d'un immeuble où habitaient les concubins au nom d'un seul concubin pouvait l'avoir été par la société de fait, si les conditions en étaient réunies.

Pour qu'il y ait société créée de fait, il ne suffirait pas qu'il y ait eu exploitation en commun ou cohabitation ; il faut que les trois conditions d'une mise en société soient réunies, notamment des apports mutuels en capital ou en industrie, une contribution aux bénéfices et aux pertes et l'intention de s'associer pour le succès de l'entreprise (ce qui implique que la concubine n'ait pas été salarié).

La théorie de la société de fait permettra de donner à chacun sa part des profits et plus-values d'une entreprise développée en commun, même à partir d'un fonds n'appartenant qu'à l'un de deux, mais à condition de prouver l'existence de 3 éléments constitutif d'une société de fait pré-rappelée.

3. Enrichissement sans cause

De plus en plus invoqué et généralement admis, l'enrichissement sans cause permet également de restaurer l'équité dans le couple non marié. Elle permet parfois d'offrir une indemnité à celui qui a bénévolement attribué à la prospérité de l'autre⁸². Le concubin qui a collaboré à la profession de l'autre sans rémunération, qui a réalisé des travaux d'investissement dans l'immeuble de son quasi-conjoint, ou qui a sacrifié sa vie professionnelle pour s'occuper de sa famille, peut demander une indemnité correspondant à la plus faible des deux sommes représentant l'enrichissement et l'appauvrissement. Encore faut-il établir d'une part, l'existence d'un enrichissement (plus-value) et d'un appauvrissement (perte ou manque à gagner) corrélatif d'autre part, l'absence de cause. La réalité de l'appauvrissement peut paraître incertaine lorsque le concubin ou la concubine a, d'une façon ou d'une autre, profité de l'enrichissement ; mais la Cour de cassation n'a pas posé de véritable présomption d'appauvrissement en cas de collaboration non rémunérée de la concubine à l'activité de son concubin, sauf pour celui-ci à prouver l'existence d'une contrepartie⁸³.

Encore faut-il également démontrer l'absence de cause, ce qui n'est pas le cas lorsque par exemple, l'enrichissement de l'un des concubins prend sa source dans l'intention libérale de l'autre. En principe, l'action fondée sur l'enrichissement sans cause présente un caractère subsidiaire ; la jurisprudence retient aujourd'hui une conception des plus souples.

- Droits propres au concubin survivant

La situation des concubins était précaire, chacun d'eux comme nous l'avons précédemment évoqué, est paradoxalement mieux protégé contre les tiers que contre l'autre. Si le concubin survivant n'a aucune vocation successorale, ni aucun droit sur le logement qui appartenait en propriété au défunt, le concubin survivant peut néanmoins se prévaloir du concubinage ayant existé sur quatre points :

- On lui reconnaît le droit de se faire transférer le bail du logement principal qui était au

⁸¹ MALAURIE (P.) et FULCHIRON (H.), Op. cit., p.170.

⁸² Les exemples de refus sont nombreux (Cf. 1^{er}, 5 mars 1985, Bull. Civ. I, n°85-18 juillet 1995, Bull. Civ. I, n°320-Com. 9 octobre 2001, Bull. Civ. IV. n°165-Civ. 1^{er}, 12 mai 2004, n°131-Com., 23 juin 2004, Bull. Civ., IV, n°134 et 135-4 juin 2007, Dr. Fam.2007, n°185-Civ. 1^{er}, 20 janvier 2010).

⁸³ Dans l'arrêt rendu le 15 octobre 1996 préc., la Cour de cassation a admis que la participation de la concubine à l'exploitation du var de son concubin était compensé par le fait qu'elle était nourrie, logée et entretenue par celui-ci. Adde par ex. Cass. Civ. 1^{er} novembre 1998.

nom du défunt s'il a cohabité avec lui depuis au moins un an à la date du décès⁸⁴;

- Pourvu que le concubinage ait été stable, il peut organiser les funérailles du défunt ;
- Le responsable du décès doit indemniser le concubin de son préjudice, moral ou matériel, ce préjudice n'étant plus regardé comme un dommage illégitime, même en cas de concubinage adultérin, au terme d'une longue évaluation jurisprudentielle ;
- Certaines prestations de protection sociale (capital de décès! etc) peuvent lui bénéficier dans les cas où le texte ou la convention qui les institue assimile concubin au conjoint⁸⁵.

- Droits propres en cas de rupture

Certes, il n'y a pas de lien de droit entre les concubins, la rupture du concubinage peut intervenir par décision unilatérale. Dès l'Instant où l'accord disparaît, l'union cesse sans qu'aucune procédure semblable au divorce ne soit nécessaire. Le départ d'un des concubins ne peut pas être considéré en soi comme une faute. Morne en présence d'enfants communs, «la rupture du concubinage ne peut ouvrir droit à l'indemnité que si elle revêt un caractère fautif⁸⁶. Comme le dit le Professeur CATALE, le concubinage s'accommode de la répudiation. Il y aurait même là, une liberté rendant nulle toute convention y faisant obstacle, même Indirectement⁸⁷.

Dans ce sens, le droit positif a mis en place certains correctifs, qui sont au nombre de trois :

- Le logement du concubin délaissé peut Être assuré par le transfert à son profit du bail qui était au nom de celui qui l'a abandonné ;
- La responsabilité civile peut être mise en cause par le délaissé en présence de circonstances permettant de déclarer fautif, le comportement de son compagnon. Cette faute peut être relevée dans les circonstances de la rupture comme en matière des fiançailles, notamment dans un abandon moral et matériel avec un enfant. Mais elle peut également résider dans des agissements bien antérieurs, contemporains de l'origine du concubinage en l'occurrence, une promesse fallacieuse du mariage ou un abus d'autorité, qui aura déterminé la femme à accepter une vie commune dans le mariage ;
- L'obligation naturelle est parfois retenue pour admettre un devoir de conscience de l'auteur de rupture.

- Preuve du concubinage

Une des difficultés majeures du concubinage que le droit connaît tient à sa preuve parce qu'il n'existe pas d'acte préétabli, puisqu'il n'y a pas d'acte d'état civil. En outre, la situation est souvent équivoque et parfois clandestine. Puisqu'il s'agit d'un fait, la preuve est libre. Mais elle ne se présente pas de la même manière selon qu'elle est à la charge du concubin ou d'un tiers.

En dehors de preuve empiriques (factures, téléphones, relevés de comptes bancaires points indiquant une adresse commune), plusieurs administrations et entreprises acceptent comme preuve, que les concubins fassent une déclaration sur l'honneur, parfois périodiquement renouvelée⁸⁸. En outre, certaines mairies consentent, selon les modalités diverses et anarchiques, à délivrer des « certificats de concubinage » ou des « attestations

⁸⁴ Art. 1 de la loi du 06 juillet 1989.

⁸⁵ BEBABENT (A.), Op. cit., p.322.

⁸⁶ Civ. 1^{er}, 30 juin 1992, Bull. Civ. I. n°201.

⁸⁷ CATALE, cité par BENABENT, Op. cit., p.322.

⁸⁸ Ex. : Je soussigne Y, déclare sur l'honneur habiter sous le même toit que X, assuré social, avec laquelle- je vis maritalement depuis leet être à sa charge affective, totale et permanente. Je m'engage à porter immédiatement à la connaissance de l'organisme de sécurité sociale destinataire de la présente attestation tout changement survenant dans la situation exposée ci-dessus. Si aucun changement n'intervenait dans ladite situation, le renouvelerai la présente déclaration au bout d'un an ».

d'union libre » qui enregistrent les déclarations faites par les concubins ou des tiers. Il convient de souligner que la valeur probante de ces documents est nulle et prête à des fraudes ; plusieurs administrations et entreprises s'en contentent néanmoins, ce qui montre, une fois de plus, l'importance de la paperasse dans le droit contemporain. Les pouvoirs publics refusent jusqu'ici d'organiser cette preuve.

Après avoir analysé le concubinage, voyons dans les lignes qui suivent, les points de convergences et de divergences entre le mariage, le PaCS et le concubinage.

III. ETUDE COMPARATIVE ENTRE LE MARIAGE, LE PACS ET LE CONCUBINAGE

Comme nous l'avons souligné dans, nos précédents développements, le mariage est concurrencé par le PaCS, et, à un moindre degré, par les droits et devoirs que la loi attache à « l'union libre ». Avec l'avènement de ces deux phénomènes, on assiste à un rapide effondrement du mariage et à une augmentation des concubinages.

Au regard à cette évolution, il est impérieux de faire une étude comparative de ces trois notions en ce qui concerne, notamment, leurs conditions de forme, les empêchements, leurs effets, le régime de gestion des biens des partenaires, leurs effets respectifs à l'égard des tiers et leurs modes de rupture.

CONCLUSION

Le rôle du droit est d'apporter de solutions au comportement des membres d'une communauté déterminée en vue de créer l'harmonie et la cohésion entre eux. Devant une difficulté, le reflet du législateur est de se poser la question de savoir si dans le passé une solution similaire a déjà été apportée afin de lui permettre de s'en référer en prenant en compte les mœurs, la culture et la mentalité de la société pour laquelle il est appelé à légiférer.

Dans cette optique, il convient de préciser que les unions hors mariage ont longtemps existé en France sans qu'elles soient prises en compte par les pouvoirs publics, mieux, le législateur, mais au fil du temps et grâce à des poussées sociales, le législateur s'est mis à l'évidence qu'il était nécessaire de reconnaître lesdites unions que sont le pacte civil de solidarité (PACS) et le concubinage, à l'effet de protéger non seulement les partenaires, mais aussi de créer un climat de paix dans la société française. En ce qui concerne la République démocratique du Congo, l'union libre est un phénomène social réel et requiert la tolérance sociale, mais ignorée des pouvoirs publics. Les effets produits par cette pratique sont perceptibles tant vis-à-vis des concubins que de la société.

En méconnaissant continuellement l'existence de l'union libre, le législateur congolais ne s'occupe certainement pas de ce que les choses sont, mais plutôt il s'accroche à une simple question formelle, car rejeter la vérité objective au niveau social est une manière d'ouvrir de plus en plus la porte au totalitarisme dans la vie familiale marquée par l'amour et l'affection.

Devant cette indifférence, et considérant l'impérieuse nécessité d'apporter des réponses appropriées à la problématique de l'union libre, il serait indiqué au législateur congolais de s'inspirer de modèles des unions hors mariage française pour mettre un terme à la non reconnaissance juridique de l'union libre.

BIBLIOGRAPHIE

I. Instruments juridiques nationaux

- Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée et complétée par la loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certaines dispositions de la Constitution de la RDC, in JORDC, numéro spécial ;

- Loi n°16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille, JORDC, 57^{ème} année, numéro spécial, 27 juillet 2016.

II. Instruments juridiques étrangers

- Décret n°2006-1806 du 23 décembre 2006.
- Loi du 15 novembre 1999 sur le Pacte civil de solidarité ;
- Loi du 2 août 2021 sur la bioéthique ;
- Code Civil Français de 1804 ;

III. Doctrines

A. Ouvrages

- BARRIERE BROUSSE (E.) et DOUCHY-OUDOT (M.), Les contentieux familiaux. Droit interne, international et Européen, Lextenso éditions, Paris, 2014 ;
- BATTEUR (A.), Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés, 7e éd., LGDJ, Paris, 2013 ;
- BENABENT (A.), Droit de la famille, 3e éd., LGDJ, Paris, 2014;
- BRUSORIO-ALLARD (M.), Droit des personnes et de la famille, éd., Larmier, Paris, 2012 ;
- Philippe MALAURIE & Hugues FULCHIRON, Droit de la famille, 7e éd., Lextenso, 2020 ;
- RENAULT BRAHINSKY, L'essentiel du droit de la famille, 3e éd. Lextenso édition, 2014-2015.

B. Article de revue et Note de cours

- MALAURIE (P.) et FULCIRON (H.), voy aussi HAUSER (J.), « Le PACS à l'épreuve du droit de contrats. Le PACS est-il un organisme génétiquement modifié ? », *in Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Colloque du LIRAP, avant-propos de F. DEVEUWER-DEFOSSEZ, LGDJ, 2002 ;
- MUKWALA MUZAMA (R.), Cours de Droit coutumier congolais, 2^e Graduat, Faculté de Droit, éd. 2022.

IV. Jurisprudences

- Arrêt rendu le 15 octobre 1996 préc., la Cour de cassation a admis que la participation de la concubine à l'exploitation du var de son concubin était compensée par le fait qu'elle était nourrie, logée et entretenue par celui-ci. Adde par ex. Cass. Civ. 1^{er} novembre 1998 ;
- Cf. arrêt du 1^{er} mars 1985, Brull. Civ. I, n°85-18 juillet 1995, Bull. Civ. I, n°320-Com. 9 octobre 2001, Bull. Civ. IV. n°165-Civ. 1^{er}, 12 mai 2004, n°131-Com., 23 juin 2004, Bull. Civ., IV, n°134 et 135-4 juin 2007, Dr. Fam.2007, n°185-Civ. 1^{er}, 20 janvier 2010.