



## « L'émergence d'un droit commun des couples n'est plus guère contestable »

Inf. 10

Le Pacte civil de solidarité a fêté ses 20 ans l'an dernier. L'occasion de revenir sur son évolution sous l'éclairage croisé de **Wilfried Baby**, notaire à Pamiers, docteur en droit, auteur d'une thèse sur le Pacs, et de **Marc Nicod**, professeur à l'Université Toulouse I Capitole, et de mesurer ses effets dans un contexte international grâce à l'analyse de **David Boulanger**, maître de conférences des Universités, directeur du Cridon Nord-Est.

▷ Quel regard le praticien et l'universitaire jettent-ils sur le Pacs et son évolution en 20 ans ?

**Wilfried Baby.** Cette question peut être abordée sous différents angles.

D'un point de vue sociologique et statistique, on constate que le Pacte civil de solidarité (Pacs) est aujourd'hui proche du mariage (200 000 pactes enregistrés annuellement contre 230 000 mariages célébrés). Le Pacs n'a pas eu la trajectoire attendue car bien que destiné à offrir un cadre

## Le Pacs demeure un « Ojni », Objet juridique non identifié

juridique aux couples de même sexe, la loi du 15 novembre 1999 l'ayant ouvert à tous les couples, il a été rapidement adopté par les couples hétérosexuels (95 % des Pacs sont conclus au sein de couples de sexes différents). Il a ainsi révélé l'attente d'une autre forme de conjugalité et contribué à enrichir l'offre en la matière, en se plaçant entre le mariage et le concubinage. La distance entre le Pacs et ces deux autres modes de vie commune est d'ailleurs sensiblement variable selon le sujet... On s'aperçoit, au demeurant, qu'un même couple va souvent passer par ces trois formes.

D'un point de vue juridique et scientifique, le Pacs demeure un « Ojni », Objet juridique non identifié, en raison de son histoire mouvementée et de la volonté du législateur de 1999 de le distinguer autant qu'il était possible du mariage. Ce qui a eu pour conséquence un visage hybride, encore très présent aujourd'hui et qui explique beaucoup des originalités qui caractérisent toujours le Pacs en 2020 : exigence d'un contrat, dualité des modes de conclusion et d'enregistrement (tribunal puis mairie d'une part, notaire un peu plus tardivement, d'autre part), régimes de biens proches des régimes matrimoniaux sans être identiques, etc.

**Marc Nicod.** L'extraordinaire succès du Pacs, qui en vient aujourd'hui à concurrencer statistiquement le mariage, n'était pas attendu. C'est l'exemple type de la réussite d'une réforme législative qui a été au-delà de tout ce que pouvaient imaginer ses promoteurs. En 1999, il s'agissait de répondre aux attentes des couples constitués de personnes de même sexe, auxquelles on ne souhaitait pas ouvrir le mariage ; de nos jours, le Pacs se présente, au bénéfice de tous, comme un modèle conjugal intermédiaire, moins contraignant que le mariage mais plus protecteur que le concubinage.

La question que l'on peut se poser rétrospectivement, c'est de savoir s'il n'aurait pas été préférable de faire l'économie de cette troisième voie. Si la situation politique et sociale avait été différente en 1999, peut-être l'admission immédiate du

mariage homosexuel aurait-elle permis de ne conserver que deux formes d'union : une union de droit et une union de fait. Car désormais, c'est le mariage, et la stabilité qui lui est inhérente, qui peut faire débat. L'avenir n'est-il pas pour les couples à un modèle d'organisation moins marqué par l'ordre public familial et plus réceptif aux aspirations individualistes ? Dans cette perspective, si l'une des deux formes d'union devait un jour être appelée à disparaître, le Pacs aurait sans doute plus d'arguments à faire valoir en défense que le mariage.

Mais il est vrai que le rapprochement des deux statuts peut conduire à penser que cette simplification des formes de conjugalité est déjà insensiblement en cours... Suivant un double mouvement bien connu, on assiste désormais non seulement à une « matrimonialisation » du Pacs, mais aussi à une « pacsimonisation » du mariage. L'introduction du nouveau divorce par consentement mutuel, un divorce sans juge, en offre une très frappante illustration !

▷ **Depuis la création du Pacs, la législation tend vers un rapprochement des droits des partenaires de celui des époux. Faut-il aller plus loin ? Quelles sont les perspectives ?**

**W.B.** Dès lors qu'en 2013, l'accès au mariage a été ouvert à tous les couples, on a pu constater que le contenu des droits attachés au Pacs a cessé de progresser. Le phénomène est assez logique et est peut-être même souhaitable si l'on veut maintenir des différences entre ces deux formes d'union et la lisibilité de l'ensemble de l'offre de conjugalité actuelle.

Certains auteurs ou praticiens envisagent, toutefois, l'éventuelle attribution du droit viager au logement de l'époux survivant, au

partenaire. Certes, ce ne serait qu'un ajout ponctuel, mais ne risque-t-il pas de troubler les lignes dès lors que l'on peut faire aujourd'hui entendre à nos concitoyens que le Pacs ne comprenant pas dans son ADN l'engagement de la durée, il ne peut pas offrir des droits successoraux ? Peut-être serait-il préférable de conditionner l'octroi de ce droit viager à un acte de volonté de nature testamentaire que l'on protégerait en prévoyant qu'il échappe au mécanisme de la réduction ? Une sorte de quotité disponible spéciale limitée à ce droit viager, en somme.

**M. N.** À l'heure actuelle, l'émergence d'un droit commun des couples n'est plus guère contestable, du moins si l'on raisonne à partir des règles applicables au mariage et au Pacs – le concubinage, simple union de fait, reste encore clairement en marge. Sur le terrain patrimonial, la vie quotidienne des partenaires n'est pas réellement différente de celle des époux. Les uns comme les autres bénéficient d'un régime primaire impératif et d'un régime des biens acquis en cours d'union. Ce qui, en revanche les sépare encore, ce sont les formes et les

## Faut-il songer, de lege ferenda, à un alignement sur le sort des époux ?

conséquences de la rupture. Pour les partenaires, pas de prestation compensatoire, pas de statut successoral. Faut-il là aussi songer, de lege ferenda, à un alignement sur le sort des époux ? C'est une question de politique législative. Par exemple, traiter de manière identique, tout au moins analogue, le partenaire survivant et l'époux survivant ne peut se faire qu'au détriment des enfants du défunt. Est-ce souhaitable ? Pour l'instant, le pas n'a pas été franchi par le législateur. L'accent est toujours mis sur la volonté individuelle (la rédaction d'un testament) plutôt que sur l'institutionnel (la dévolution légale des biens). Mais l'équilibre

## Attention à la clause relative à l'aide matérielle de l'article 515-4 du Code civil

est précaire et il n'est pas certain qu'il puisse s'inscrire dans la durée – notamment compte tenu du rapport de force statistique qui s'établit entre les deux statuts conjugaux.

À terme, la fusion des régimes (si elle a lieu !) devrait conduire à la fusion des modèles. Au triptyque actuel succéderait alors une nouvelle opposition binaire : d'un côté, le couple statutaire ayant fait le choix de se soumettre à un modèle légal, de l'autre, le couple en union libre soucieux de le rester.

▷ **Que faut-il et que peut-on prévoir dans la convention de Pacs ? Quelles sont les clauses qui requièrent une attention rédactionnelle particulière ? Quelle liberté contractuelle ?**

**W. B.** Pour commencer, rappelons que la première qualité d'une convention de Pacs (puisque'il en existe nécessairement une, contrairement au mariage) est de pouvoir être retrouvée... Tous les praticiens vous diront combien il est difficile de parvenir à se faire communiquer cette convention par les partenaires qui, bien souvent, n'ont pas le souvenir d'en avoir signé une ou la confondent avec l'attestation d'enregistrement qui leur a été remise.

Voilà un premier argument pour le Pacs notarié, ajouté bien-sûr à la qualité rédactionnelle et au conseil professionnel quant à l'adaptation du Pacs au but recherché par le couple ou à la mise en place de dispositions complémentaires. Le Pacs notarié présente aussi l'avantage d'opérer un choix clair du régime de biens et, lorsque le choix est porté sur le régime optionnel de l'indivision des acquêts, de combler les rares creux issus de la loi du 23 juin 2006 (omission de l'hypothèse du remploi et de l'échange dans la liste des biens personnels, par exemple).

En outre, quel que soit le régime choisi, il est précieux de regarder de près le champ d'application et les modalités de revalorisation des créances entre partenaires. Attention aussi à la clause relative à l'aide matérielle de l'article 515-4 du

Code civil, « petite sœur » de la contribution aux charges du ménage. Il faut éviter de reproduire cette fameuse « clause balai » quant aux modalités de son exécution, en raison de la jurisprudence qui s'applique depuis 2013 aux époux séparés de biens (*Cass. 1<sup>o</sup> civ. 18-12-2013 n<sup>o</sup> 12-17.420*) et qui, très certainement, s'imposera un jour aux partenaires. Enfin, le débat le plus vif à l'heure actuelle porte sur la possibilité ou non d'un troisième régime de biens, construit sur mesure. La vision d'un programme « à deux menus », pour reprendre les termes de monsieur le Doyen Bernard Beignier, auteur de la réécriture de 2006, s'oppose à une défense de la liberté contractuelle qui devrait pouvoir s'appliquer à ce Pacs que l'on n'a de cesse de renvoyer précisément à sa nature de contrat de couple, distinct de toute institution. En l'absence de jurisprudence sur le sujet, la prudence du praticien prévaut certainement, en attendant que celle-ci fasse œuvre de clarté... Notons que, contrairement aux anticipations, elle n'est pas abondante ; certainement parce que les partenaires pensent souvent (à tort) ne pas détenir de droits particuliers au titre de leur Pacs.

**M. N.** La place de la liberté contractuelle dans le Pacs est toujours un objet de débat. Certes, il n'y a pas d'affirmation dans la loi d'une liberté d'organisation patrimoniale des partenaires (comme elle existe à l'article 1387 du Code civil pour les époux). Mais pour autant, est-il vraiment raisonnable de soumettre les membres du Pacs à un système binaire, insusceptible d'aménagements ? Il va bien falloir qu'un jour le juge tranche cette question, du moins si le législateur continue à cultiver un silence prudent. Gageons, au risque d'être démenti, que la liberté l'emportera... pourvu, tout au moins, que le droit des libéralités conserve sa vocation à protéger les héritiers

réservataires et les créanciers des partenaires.

En ce qui concerne la rédaction de la convention de Pacs, on ne peut que recommander le passage préalable devant un professionnel du droit. Le notaire est particulièrement bien placé pour jouer un rôle décisif, en amont comme en aval de la conclusion du contrat. Il est à même d'exposer les avantages et les inconvénients des deux régimes légaux (séparation de biens ou indivision d'acquêts) et d'assurer la mémoire de la volonté commune.

▷ **Libéralités entre partenaires : efficacité et limites ? Quelles différences par rapport aux couples mariés ?**

**W. B.** La grande différence entre époux et partenaires de Pacs réside dans l'absence de quotité disponible spéciale pour les seconds. Celle-ci a des conséquences très lourdes en pratique car la grande majorité des libéralités en faveur des partenaires survivants sera susceptible de subir un « rabotage ». Rappelons que celui-ci s'applique aussi aux legs en usufruit, très fréquents, puisque leur imputation se pratique en considération de l'assiette du bien objet de l'usufruit et non par suite de la capitalisation de l'usufruit (la capitalisation n'intervenant que lors du calcul de l'indemnité de réduction). Bien-sûr, il reste possible de prévoir un délai dans le testament pour acquitter l'indemnité de réduction ou une assurance-vie en faveur du survivant. Reste que ces solutions ne permettent pas d'éviter de la payer. Pacs et testament n'équivalent donc pas à un mariage, sauf à ajouter un dernier module dans ce dispositif qui serait la renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR)... avec toutes les précautions qui lui sont associées. Reste enfin, comme évoqué plus haut, une possible réforme qui rendrait un droit viager au logement conféré par testament irréductible. Mais encore une fois, les équilibres ayant été trouvés depuis 2013, il n'est pas certain qu'un nouveau chamboulement soit au programme. Il en est de même, d'ailleurs, pour la pension de réversion. Dès lors, malgré cette image d'égalité de traitement qui ne repose finalement que sur le plan fiscal depuis la loi

Tepa du 21 août 2007, il est certain que le statut successoral du survivant demeure la grande différence entre le mariage et le Pacs. Ce qui conduit souvent le couple à passer du Pacs au mariage avec toutes les conséquences liquidatives qui y sont attachées et un vrai rôle d'anticipation et d'accompagnement pour le notaire qui doit être présent au rendez-vous.

**M. N.** En matière de libéralités, les partenaires doivent garder à l'esprit que la loi civile ne leur est pas aussi favorable qu'aux

époux. C'est le droit commun des libéralités, et seulement le droit commun, qui leur est applicable. Il en résulte, notamment, l'absence de donation au dernier vivant (le recours au testament s'impose dès lors qu'une transmission à cause de mort est souhaitée) et, plus gravement, l'impossibilité de se prévaloir d'une quotité disponible spéciale en présence d'héritiers à réserve.

Le risque d'une action en réduction, exercée éventuellement par les enfants communs du couple, n'est pas à négliger

puisqu'elle est de nature à remettre en cause la volonté testamentaire du prédécédé. En particulier, l'efficacité d'un legs de l'universalité de la succession en usufruit est subordonnée à la capacité d'indemnisation des héritiers réservataires par le légataire. D'autres mécanismes d'enrichissement du partenaire survivant – échappant à la qualification de libéralité, pour relever de la catégorie des contrats aléatoires (assurance-vie, clause d'accroissement, société tontinière...) – méritent donc, le cas échéant, d'être envisagés.

## « Il sera utile d'essayer de faire coïncider élection de for et loi applicable »

Éclairage de David Boulanger, maître de conférences, directeur du Cridon Nord-Est, sur l'évolution du Pacs en droit international privé.

### Quels changements depuis l'entrée en vigueur des règlements européens ?



**D. B.** Le règlement dit « EPPE » sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés est applicable depuis le 29 janvier 2019 dans les États membres l'ayant accepté, dont le France (Règl. 2016/1104 du 24-6-2016). Il crée une distinction entre la nature juridique du partenariat enregistré et le régime de ses effets patrimoniaux.

À ce dernier titre, il consacre des rattachements harmonisés entre États membres pour désigner tant la loi applicable que la juridiction compétente pour la gestion ordinaire et la liquidation des biens des partenaires :

- le règlement maintient le principe de l'application de la loi de l'État où le partenariat a été enregistré. Toutefois, une nouveauté remarquable est qu'il permet aux partenaires soit au moment de la conclusion de l'acte, soit en cours de partenariat d'opérer un choix de loi pour les effets patrimoniaux ;
- avec le règlement, les partenaires peuvent convenir que la compétence revienne aux juridictions de l'État membre dont la loi est applicable ou à celles selon la loi desquelles le partenariat enregistré a été créé. Ainsi, la prévisibilité législative est susceptible d'être complétée par une clause d'élection de for. Elle permet de garantir une prévisibilité juridictionnelle.

Outre la suppression du risque de conflit de systèmes, le règlement facilite la circulation, l'acceptation et l'exécution entre États membres de tout acte ou décision en lien avec les effets patrimoniaux d'un partenariat enregistré. Particulièrement, un acte authentique conclu dans un État membre a la même force probante dans un autre État membre que dans l'État membre d'origine ou y produit les effets les plus comparables. Si des mesures d'exécution forcée doivent intervenir, l'exequatur est simplifié.

### Quelles précautions prendre pour rédiger la clause de choix de loi applicable et/ou de juridiction s'agissant des effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ?

**D. B.** La *professio juris* consacrée par le règlement n'est pas illimitée. Qu'il s'agisse de la clause d'élection de for ou du choix de la loi applicable aux effets patrimoniaux, la volonté des partenaires doit respecter ce que permet le règlement : on doit déterminer avec eux s'ils se contentent d'un simple choix de la loi applicable ou s'ils entendent organiser une convention partenariale complète.

Sur le fond, bien que la loi choisie puisse ne pas être celle d'un État membre, il convient que les partenaires désignent la loi d'un État qui organise le partenariat enregistré afin de ne pas tomber sur une impasse lors de la mise en œuvre de l'acte. En outre, il sera utile d'essayer de faire coïncider élection de for et loi applicable afin de faciliter son application.

En la forme, le rédacteur de l'acte devra s'assurer que les conventions des partenaires sont valides compte tenu des exigences du règlement. C'est-à-dire qu'au-delà de l'écrit, daté et signé par les parties, les exigences formelles prévues par la loi de la résidence habituelle des partenaires devront être vérifiées.

### Au regard des critères de rattachement retenus par le règlement EPPE en cas de choix de loi, quelle est la position de la pratique notariale dans le cas où l'un des partenaires (ou les deux) possède plusieurs nationalités ?

**D. B.** La pluri-nationalité des partenaires élargit le champ des choix de la loi applicable aux effets patrimoniaux. Le règlement est universaliste : on peut s'orienter vers une loi d'un État membre ou tiers. Évidemment, on ne retiendra la loi nationale d'un partenaire que si cette loi connaît le partenariat. En pratique, le notaire rédacteur de la convention orientera généralement les partenaires vers sa propre loi lorsqu'elle correspond à la nationalité d'au moins l'un d'eux. Il pourra ainsi mieux les conseiller, sous réserve d'un patrimoine composé de biens localisés dans un autre pays dont l'un des partenaires aurait la nationalité. La loi de ce pays pourrait alors être judicieusement choisie après étude de son contenu, notamment avec un correspondant local.

### Est-il opportun de faire coïncider la loi successorale et la loi applicable aux effets patrimoniaux du partenariat ?

**D. B.** Le décès est une cause de dissolution du partenariat. Bien qu'en droit français, les partenaires ne soient pas héritiers l'un de l'autre, la volonté de transmission patrimoniale est fréquente d'autant plus qu'elle est assortie d'avantages fiscaux. Lorsqu'elle est possible, la coïncidence entre la loi successorale et celle applicable aux effets patrimoniaux du partenariat peut être utile particulièrement lorsqu'elle intègre le partenaire parmi les héritiers et permet ainsi une liquidation combinée. Dans le cas contraire, l'intérêt est plus limité. La transmission au partenaire survivant prend une forme testamentaire. Il suffit de s'assurer que les legs souhaités s'exécuteront selon la loi successorale.