

Concours section : 2e concours d'accès

Epreuve matière : Composition CIVIL

N° Anonymat : NUVWE241 SC Nombre de pages : 8

15.5/20

Concours : 2^e concours ENM

Epreuve : Composition du droit civil ou de procédure civile

CONSIGNES

- Remplir soigneusement, sur CHAQUE feuille officielle, la zone d'identification en MAJUSCULES.
- Ne pas signer la composition et ne pas y apporter de signe distinctif pouvant indiquer sa provenance.
- Numéroté chaque PAGE (cadre en bas à droite de la page) et placer les feuilles dans le bon sens et dans l'ordre.
- Rédiger avec un stylo à encre foncée (bleue ou noire) et ne pas utiliser de stylo plume à encre claire.
- N'effectuer aucun collage ou découpage de la feuille officielle. Ne joindre aucun brouillon.



La contractualisation du droit des couples et ses limites

Si la famille constituait pour Jean Carbonnier l'un des trois piliers du droit civil, le domaine semble fragilisé, comme l'a remarqué la doctrine, par un vaste mouvement de contractualisation, laissant ce qui relevait encore naguère des "bonnes mœurs" à la disposition des parties - le droit accompagnant, ici comme ailleurs, les évolutions de la société. En matière de droit du couple, bien des exemples vont en ce sens : l'adoption du pacte civil de solidarité (PACS) en 1999, bien sûr, mais d'autres innovations, comme le divorce par consentement mutuel, en 1974, reposant sur une convention entre époux, aujourd'hui soustraite à l'homologation du juge aux affaires familiales (JAF) dans la plupart des situations.

Parler de contractualisation du droit des couples suppose de considérer l'existence d'obligations entre eux, sanctionnables juridiquement. C'est inné sur la par de liberté reconnue aux individus en ce que le droit commun des contrats repose sur cette liberté de contracter établie par l'article 1102 du Code civil. Contractualiser une relation de couple suppose encore de se soumettre aux impératifs contractuels, notamment celui de bonne foi, consacré à l'article 1104 du même code. Cette liberté accordée aux couples peut s'incarner dans le type d'union choisie : si le concubinage ne repose pas sur un contrat (il est une union de fait, art. 515-8 CC), le PACS constitue un contrat spécial et le mariage une institution en partie contractuelle. Le mouvement de contractualisation semble aussi s'étendre à l'organisation même de l'union. De fait, les deux unions de droit que sont le PACS et le mariage peuvent être organisées à travers des stipulations d'ordre pleinement contractuel (il s'agit en contrat de mariage, art. 1387 CC). Entrée dans l'union, dissolution de l'union, suite et conséquences de l'union paraissent donc pouvoir s'intégrer au champ contractuel.

Néanmoins, il faut oublier deux choses. D'une part, la formation d'un contrat repose sur trois conditions de validité : la capacité à agir, le consentement libre et l'objet licite. Le mouvement de contractualisation trouve là de premières limites : tout contrat de couple doit respecter ces conditions. D'autre part, d'ensemble

N°

1.1.7.

des articles précédemment cités font apparaître la notion d'ordre public, à laquelle ces conventions ne sauraient déroger. Mais on sait que cette notion, impérative, est évolutive et varie avec l'évolution des mœurs. Or, lors, les limites à la contractualisation du droit des couples ne font pas doute plus tout à fait les mêmes aujourd'hui.

Il faudra donc se demander jusqu'où le mouvement de contractualisation du droit des couples, qui s'est indéniablement étendu, peut aller, et confondre l'espace de liberté qu'il offre à deux individus aux contraintes de l'ordre public — ce faisant, ce sera aussi s'interroger sur l'office du juge, dans un domaine où la vie privée joue un rôle essentiel et donc, la privatisation des intérêts.

Pour ce faire, on s'intéressera dans un premier temps à l'encadrement de l'essor de cette contractualisation au sein de l'entrée dans l'union et de son déroulement (I), avant d'analyser comment la dissolution de l'union et ses effets semblent également soumis à un principe de liberté contractuelle régulée (II).

(I) Un droit des couples de plus en plus soumis à un mouvement de contractualisation lors de l'entrée dans l'union et lors de son déroulement, mais invariablement encadré par des dispositions d'ordre public.

L'adoption du pacte en 1999 et l'introduction dans le Code civil d'un article 515-8 relatif au concubinage permettent de dresser des comparaisons entre ces trois régimes : si le concubinage n'est qu'une union de fait, n'emportant a priori pas d'effets de droits (doc. 3), il n'est pas aillors soumis à aucun formalisme, contrairement au pacte et au mariage — ce dernier à un régime supplémentaire du fait qu'il n'est pas que contrat, mais aussi institution. Pacte et mariage ressortissent d'une matière contractuelle, et sont ainsi soumis à des règles de formation (A) et d'exécution (B) où la liberté des parties ne peut déroger à l'ordre public.

A. Une contractualisation soumise au contrôle de la capacité à agir, du consentement et du but légitime.

Les conditions d'entrée en pacte ou en mariage obéissent aux règles de base du droit des contrats : des dispositions impératives déterminent un régime de contrôle et de sanctions éventuelles — la liberté de contracter y est donc encadrée.

D'une part, la capacité des futurs pactés ou mariés doit exister. Le Code civil réserve une part aux majeurs protégés, dont l'article 460 dispose que leur mariage est soumis à autorisation : celle du curateur ou à défaut, celle du juge par le majeur sans curatelle ; celle du juge ou du conseil de famille après audition des futurs conjoints. L'un des parents ou le conjoint peut être recueilli, mais il ne s'impose pas au juge (doc. 12). Un majeur sans curatelle doit être assisté de son curateur pour signer la convention.

(art. 461) ; un majeur ou adulte doit être autorisé par les mêmes conditions que par le mariage : l'assistance du tuteur est nécessaire par la signature de la convention. Cependant, ni le curateur ni le tuteur ne sont nécessaires lors de la déclaration conjointe devant l'officier d'état civil ou le notaire qui enregistrera la convention. On peut par ailleurs relever que le mineur, incapable par définition, ne peut se marier (art. 175-1), mais qu'il peut y être autorisé dès l'âge de 16 ans par l'un de ses parents ou, à défaut, ascendant (art. 148 et suivants). Notons que le mariage vaut émancipation pour le mineur (art. 413-1).

D'autre part, si la loi protège les majeurs incapables ou les mineurs, c'est parce que pais et mariage reposent sur l'existence d'un consentement libre et éclairé. Le Code civil encadre très fermement cette condition par ce qui est du mariage, dans la mesure où l'officier d'état civil ayant un doute peut en référer au procureur de la République, qui pourra décider du report de la célébration.

Conformément au régime contractuel, un vice des conditions de validité d'un pais ou d'un mariage peut être sanctionné. L'absence de consentement est susceptible d'entraîner une nullité relative ; l'action n'est alors ouverte qu'aux personnes intéressées (l'époux qui a donné son consentement vicie ou les parents du mineur), et, pour des époux majeurs, seuls l'erreur sur les qualités essentielles de l'autre et la violence sont reconnues. L'action est éteinte dans un délai de cinq ans à compter du mariage (art. 180 et 181). Si le pais entre dans le régime général du contrat, il faut souligner que le mariage institution peut être frappé de nullité absolue dès lors qu'une de ses conditions de conclusion est entachée – par exemple l'interdiction de la bigamie ou le mariage incestueux. Dans ce cas, l'action est ouverte pendant trente ans à tout intéressé – ce délai n'est donc pas applicable au pais (art. 184). On peut par ailleurs remarquer qu'un mariage conclu en l'absence de consentement est nul, comme l'a souligné un arrêt du 19 déc 2012 (1^{ère} civ) publié au bulletin : en l'espèce, la Cour de cassation rejette le pourvoi d'une femme n'ayant contracté mariage que dans un but cupide – il faut comprendre qu'elle n'entendait pas se soumettre à l'ensemble des obligations nées du contrat (doc. 5).

B. Des aménagements contractuels possibles pour le déroulement de l'union, mais strictement encadrés

On doit en effet relever que pais et mariage se singularisent par un régime d'obligations indérogables en leur principe, même si des adaptations contractuelles sont possibles.

D'une part, le mariage, qui a servi au point de modèle au pais, présente un régime primaire impératif, régi par les articles 212 et suivants du Code civil. Devoirs patrimoniaux et devoirs extrafamiliaux y coexistent. Au point de vue extrafamilial, les époux se doivent respect, fidélité, secours, assistance (art. 212). Une vie commune doit exister entre eux, qui suppose des relations intimes. En voyant dans les mails et contributions électroniques émaner d'une épouse "en manque".

ment grave, et renoué aux obligations du mariage", la 1^{ère} chambre civile a validé en divorce par faute prononcé aux torts de cette épouse (doc. 10) - mais d'autres décisions ont peut-être moins sévères à sanctionner l'obligation de fidélité. Du point de vue patrimonial, le régime primaire impératif impose une série d'obligations, et notamment la contribution aux charges du mariage et aux dettes relatives à l'entretien du ménage ou à l'éducation des enfants (art. 220). Aucun époux ne peut s'y soustraire, car ailleurs, si un époux venait à passer des contrats contraires à ces dispositions, un régime d'urgence peut être mis en place par l'autre conjoint par y renonciation (art. 217, 219, 220-1).

Les obligations des futurs semblent sur ce point à celle des mariés, mais sur le seul plan de la contribution aux dépenses de la vie courante (515-4). Cependant, la solidarité y est moins développée, du lors qu'il n'existe pas là de liberté aussi complète des choix du régime matrimonial. Les couples mariés peuvent en effet choisir, par contrat (1384), de déroger au régime de la communauté réduite aux acquêts. Ce régime patrimonial ne permet certes pas d'oublier le régime primaire, simplement d'organiser très librement le domaine patrimonial de la famille - le Code civil propose des modèles mais il est en ce point possible d'inventer, tant que l'on demeure dans l'ordre public (1387). Or, les futurs ne bénéficient que du choix entre régime d'indivision et régime séparatiste depuis 2006 (515-5.1 et 515-5.2), la séparation des biens étant le régime par défaut.

Cependant, de menus aménagements semblent possibles par convention dans ces domaines : futurs et mariés peuvent décider de régler par convention leur niveau de contribution aux charges du mariage (214 et 515-4). C'est toujours par convention que les époux peuvent demander à modifier leur régime matrimonial : un notaire instrumentera (1357), même si un juge devra intervenir en cas d'opposition de tiers ou en présence d'enfants mineurs : il devra y avoir homologation. On voit ainsi que la liberté contractuelle n'est pas totale.

Du point de vue extrapatrimonial, la contractualisation semble elle aussi aller au-delà, car la mesure où elle a pu dépasser les prescriptions de l'ordre public - lorsque la Cour de cassation a reconnu la validité de libéralités faites à une concubine. Ces derniers mois, la Cour a également validé un pacte conclu entre deux hommes qui se tenaient pour père et fils, vivaient ensemble, mais n'entretenaient pas de relations conjugales. L'interprétation contra legem semble remonter ici, par-delà les règles impératives strictes précédemment énoncées, une reconnaissance large de la contractualisation. Plus modestement, l'obligation de vie commune peut elle aussi céder, devant les obligations professionnelles des époux (doc. 9).

On le voit donc, la contractualisation du droit des couples, largement développée par l'adoption du pacte, trouve des limites solides des

Concours : 2^e Concours ENM

Epreuve : Composition de droit civil et procédure civile

CONSIGNES

- Remplir soigneusement, sur CHAQUE feuille officielle, la zone d'identification en MAJUSCULES.
- Ne pas signer la composition et ne pas y apporter de signe distinctif pouvant indiquer sa provenance.
- Numéroté chaque PAGE (cadre en bas à droite de la page) et placer les feuilles dans le bon sens et dans l'ordre.
- Rédiger avec un stylo à encre foncée (bleue ou noire) et ne pas utiliser de stylo plume à encre claire.
- N'effectuer aucun collage ou découpage de la feuille officielle. Ne joindre aucun brouillon.



l'ordre public. Si quelques évolutions tendent à accuser encore un mouvement de liberté, les règles demeurent solides. Or, les contrats passés entre individus désireux de former un couple peuvent être déssous. Il convient donc de voir si ce même mouvement est à l'œuvre à l'autre bout de l'histoire des couples.

(II) Une dissolution des couples par voie contractuelle encouragée mais de toute façon mène à une liberté régulée

La dissolution du couple par voie contractuelle apparaît comme un mouvement net de ces dernières années (A). Il ne faudrait cependant pas croire qu'il n'y ait là que liberté, car les effets des conventions de couples demeurent très encadrés (B).

A. Une contractualisation renforcée de la dissolution du couple.

La dissolution du pair peut se faire unilatéralement ou par déclaration conjointe (515-7) : il y a là l'expression du respect de la volonté des parties, et un formalisme relativement simplifié : en cas de rupture unilatérale, une signification doit être faite à l'autre, par exemple - mais c'est encore l'état civil ou le notaire qui agit. Il faut noter à ce titre qu'au mouvement de déjudiciarisation s'est ici fait jour puisque avant novembre 2017, les opérations liées au pair se déroulaient au greffe du tribunal d'instance.

Mais c'est avant tout le mariage qui a, depuis janvier 2017, le plus participé à ce mouvement, lié à une montée de la contractualisation. En effet, depuis lors, le divorce par consentement mutuel se fait en dehors du cabinet du juge, par acte sous seing privé, contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire (228-1 et suivants) (doc. 2). Cette convention est censée porter trace d'équité entre les anciens époux, et diverses mesures - comme un délai avant signature - doivent permettre de s'en assurer. Néanmoins, le contrôle du juge n'opère plus, et le risque d'un déséquilibre - dont on sait qu'il est en quelque sorte inhérent au

contrat, existe. Si un enfant mineur demande à être entendu, la voie judiciaire est ouverte, de même si l'un des époux est sous régime de protection. Avant 2017, la convention signée par les parties réglait définitivement les situations — c'est encore le cas aujourd'hui : cela par le biais du contrat de mariage, qui ne peut pas être modifié par autre chose qu'une nouvelle convention, ainsi que l'a rappelé la 1^{re} chambre civile le 11 septembre 2013 (doc. 7).

Cependant, le rôle de la convention dans le divorce et le règlement de ce dernier est renforcé depuis que depuis 2004, la loi encourage les époux à disposer en seulement un projet de règlement conventionnel avec la demande introductive d'instance, à peine d'irrecevabilité (art. 257-2 CC), mais aussi pour qu'à tout moment de l'instance, un règlement conventionnel peut intervenir (art. 257) — qui permettra d'éclairer le juge. L'ordonnance du 15 octobre 2015 a même renforcé son offre d'assistance, de lors que les parties justifient des désaccords récents.

B. Des conséquences encadrées et des situations nécessairement hors contrat

La dissolution du couple ne peut être entièrement organisée par des conventions entre époux : le régime matrimonial primaire et le régime matrimonial supplétif continuent à s'appliquer au stade des conséquences patrimoniales du divorce. Ainsi, l'article 265 dispose que "le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui peuvent échoir au cours du mariage et sur les donations de biens présents". Par ailleurs, les dettes contractées pour l'éducation des enfants ou les charges du mariage demeurent à la charge des deux époux en vertu d'un gage maximal de créanciers. De fait, parce que l'article 220 fait partie du régime primaire, il demeure impératif au stade du règlement des comptes. La contractualisation ne fonctionne donc pas en ce qu'elle ne permet pas d'y déroger.

La situation des parents est plus simple à régler, de lors que le régime applicable durant l'union débouche soit sur un partage d'indivision, ou cas où les parents en avaient ainsi convenu, ou par un traitement simple dû au régime de séparation. Avant la réforme de 2006, l'indivision était de règle en vertu de l'article 515-5 ancien, l'un qui explique pourquoi la Civ de cassation n'a pas accédé à la demande d'un ancien parent de ne pas voir la situation réglée par les règles de l'indivision en cas alors applicables (4 mars 2015, doc. 11).

Il peut alors sembler que le droit encourage à la contractualisation du droit des couples de lors qu'il en va de l'encadrement des effets d'une union : dans le cas du concubinage, de fait, rien ne vient perturber la situation des anciens concubins, à moins de recourir à la technique de l'enrichissement sans cause, dont on sait qu'elle est subsidiaire (1300 et suivants) (voir Cass. 1^{re} civ. 24 sept. 2008, doc. 3).

Pourtant, demeurent des îlots irréductibles à la contractualisation par leur statut sui generis. Tel est notamment le cas du logement familial, (doc. 6 et 8).

protégé en effet de tout contrat passé sur lui - que ce soit pendant le mariage, ou tout acte de disposition nécessite l'accord exprès de l'autre (art. 215), ou après l'unanimité. Il s'agit là de protéger le lien où la famille vit et l'on comprend qu'il impute que l'origine du bien : le JAF peut donner jouissance du logement familial à l'ex-époux qui n'en était pas propriétaire, moyennant indemnité, jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants du couple (215), mais cela peut aussi fonctionner en cas de logement à bail (1751). Dans l'hypothèse d'une succession, le conjoint survivant bénéficie par ailleurs de droits exorbitants, et notamment d'un droit viager d'usage et d'habitation (art. 763), mais le de cujus peut en avoir décidé autrement (art. 764). Le conjoint s'offre par la même protection, bien que le partenaire survivant jouisse d'un droit au bail et d'un droit d'attribution préférentielle (115-6 et 831-3), mais à condition que le défunt l'ait prévu par testament.

Des mécanismes, tant de règlement des comptes, que de protection de l'individu existent donc à l'issue des types contractuels d'union, que des stipulations conventionnelles ne permettent pas à remettre en cause.

On s'intéresserait à la limite de la contractualisation du droit des couples : on voit qu'elles existent à toutes les étapes de l'union, et qu'elles prennent les traits de l'ordre public. Si l'évolution des mœurs a fait émerger le pacs, reconnaître le concubinage, adopter le mariage pour tous, le droit semble avoir accompagné ce mouvement en accentuant les modes de réalisation contractuels de la liberté des parties. Ce faisant, il ne cessait pourtant de les soumettre aux règles du droit commun des contrats qu'ils ne contredisaient pas, et les soumettait même de nouvelles de protection destinées à rendre effective une certaine équité entre ceux qui construisent un couple. A ce titre, la liberté contractuelle ne cesse d'être encadrée - mais elle ne semble cependant pas remettre en cause le principe évolutionniste de notre droit.

