



HAL
open science

Devoir d'assistance, communauté de vie et contrat entre époux

Stéphane Carré

► **To cite this version:**

Stéphane Carré. Devoir d'assistance, communauté de vie et contrat entre époux. *Les Petites Affiches*, 1997, 105, pp.5-9. halshs-01337376

HAL Id: halshs-01337376

<https://shs.hal.science/halshs-01337376>

Submitted on 29 Feb 2024

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

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

DEVOIR D'ASSISTANCE, COMMUNAUTÉ DE VIE ET CONTRAT ENTRE ÉPOUX

Depuis la loi du 23 décembre 1985, autorisant la vente entre époux, les conjoints peuvent contracter librement entre eux, sauf à respecter la règle de l'immutabilité des régimes matrimoniaux (1). Il n'existe plus de contrats qui leur seraient interdits.

Plusieurs raisons justifiaient la limitation ou l'interdiction des contrats entre époux. La principale d'entre elles était qu'il fallait préserver l'immutabilité des régimes matrimoniaux (2). Mais d'autres motifs étaient invoqués. Ainsi, il paraissait impossible que la femme mariée puisse contracter dès lors que le mariage la rendait juridiquement incapable (3). De plus, la puissance maritale et les prérogatives de chef de famille attribuées au mari s'opposait, disait-on, au libre consentement de l'épouse (4).

Chacun de ces motifs avait un fondement similaire : le caractère profondément communautaire de l'institution du mariage, dont le régime juridique était la traduction d'intérêts, de comportements et de croyances profondément ancrés dans la société et dans chaque individu (5). En droit, la stabilité des unions et la préservation des patrimoines alliés supposaient l'assujettissement de la femme mariée et des enfants à l'autorité du mari et chef de famille (6).

Si aujourd'hui, ce caractère communautaire se trouve atténué, il persiste cependant, mais sous une autre forme. Le régime matrimonial légal, prévu à titre supplétif en l'absence d'un régime conventionnel, reste un régime communautaire (7). La loi prévoit que les époux sont tenus solidairement aux charges nées du mariage (article 214 du Code civil). Dans certains cas, comme pour le logement familial, les décisions ne peuvent être prises l'un sans l'autre (article 215, alinéa 3 du Code civil).

Enfin, la législation, miroir du changement des mœurs, est passée de la réglementation d'un type de communauté à un autre. Les familles d'antan étaient hiérarchisées, dominées par l'époux et marquées par l'alliance de deux familles en vue de la perpétuation d'un capital principalement foncier (8). La famille contemporaine est centrée sur le couple, où les deux conjoints, égaux en droit, doivent quotidiennement s'entendre pour la bonne marche de la cellule familiale.

Ce mode de fonctionnement favorise les relations contractuelles des deux époux tant avec les tiers qu'entre eux (8 bis). Mais cette active vie contractuelle pose des difficultés juridiques tout à la fois anciennes et profondément modernes. Ainsi, les époux peuvent s'entendre discrètement en fraude des droits des tiers (9).

Cependant, ce danger n'en cache-t-il pas un autre, plus général ? En effet, le risque d'une cause frauduleuse est manifestement facilité par le caractère intime des rapports entre époux. Elle pousse encore les conjoints à se tromper ou à manquer de discernement. L'amour est aveugle, dit-on (10).

La difficulté reste réelle dans les contrats entre époux. Le consentement de l'un à l'offre de l'autre peut être aisément obtenu de manière ambiguë ou viciée. Dans les faits, les époux sont dépendants l'un de l'autre, matériellement et affectivement. Peuvent-ils véritablement contracter en toute

droit de la famille

(1) Abrogation de l'article 1595 du Code civil. Sur cette réforme : M. Dagot, *La vente entre époux*, J.C.P., éd. G, n° 5, I, 3272, 1987 ; J. Picard, *La vente entre époux : les temps modernes ou la grande illusion*, J.C.P., éd. N. n° 9, I, 1988, p. 79.

(2) J. Hémar, *Les contrats à titre onéreux entre époux*, R.T.D.C. 1938, p. 680 ; G. Cornu, *Le contrat entre époux*, R.T.D.C. 1953, p. 465, 479 et s. ; P. Julien, *Les contrats entre époux*, L.G.D.J., Paris 1962, p. 70.

(3) C'est une loi du 18 février 1938 qui fait disparaître l'« incapacité » de la femme mariée. Pour une discussion critique de cette justification traditionnelle : J. Hémar, *Les contrats à titre onéreux entre époux*, R.T.D.C. 1938, p. 677.

(4) G. Cornu, *Le contrat entre époux*, R.T.D.C., 1953, p. 470 et s. ; P. Julien, *Les contrats entre époux*, L.G.D.J., Paris, 1962, p. 33 et s.

(5) P. Julien, *Les contrats entre époux*, L.G.D.J., Paris, 1962, p. 9 et s.

(6) En fait, on pensait que la condition sociale de la femme mariée ne lui permettait pas, psychologiquement, de consentir librement. Les conceptions anciennes de la femme soulignaient sa « fragilité ». Il fallait donc la « protéger » et s'en « défier » (cf. Ph. Dubois et D. Lefebvre *Juris-classeur fasc. 20*, article 220 à 225, p. 3).

(7) Régime de communauté réduite aux acquêts : article 1400 et s. du Code civil.

(8) B. Beignier, *Les régimes matrimoniaux*, P.U.F., Paris, 1994, coll. *Que sais-je ?* p. 5.

(8 bis) S. Carré, *Devoir d'assistance et communauté de vie entre époux lors d'un contrat passé avec un tiers*, *Petites Affiches* n° 89 du 24 juillet 1996, p. 23 et s.

(9) Ce risque justifiait naguère l'interdiction de la vente (P. Julien, *Les contrats entre époux*, L.G.D.J., Paris, 1962, p. 79) et des donations entre époux (G. Cornu, *Le contrat entre époux*, R.T.D.C., 1953, p. 463). Les donations entre conjoints ayant été finalement admises à la condition qu'elles soient révocables, on considéra que la vente entre époux devait être aussi interdite parce qu'elle permettait de contourner la règle de la révocabilité des donations entre époux (cf. M. Dagot, *La vente entre époux*, J.C.P., éd. G, n° 5, I, 3272, 1987).

(10) Cf. J. Hémar, *Les contrats à titre onéreux entre époux*, R.T.D.C., 1938, p. 675 ; G. Cornu, *Le contrat entre époux*, R.T.D.C., 1953, p. 463 ; A. Colomer, *Régimes matrimoniaux*, éd. Litec, Paris, 1995 (7^e éd.), p. 155 : La relative immutabilité des régimes matrimoniaux est d'ailleurs en partie justifiée par l'ascendant que pourrait prendre un époux sur l'autre, ce dernier acceptant alors une modification qui lui serait défavorable. Plus globalement, on s'interrogeait sur la capacité des conjoints à consentir librement afin de justifier l'interdiction ou la limitation de nombreux contrats entre époux.

indépendance, comme en dispose la loi (articles 1108 et suivants du Code civil) ?

En droit, quand un contrat est conclu entre époux, les deux parties se trouvent encore liées par le devoir d'assistance et l'obligation d'une communauté de vie. Ces obligations légales réagissent donc directement sur les conditions de validité du contrat. Vont-elles venir exacerber le risque d'un vice ou l'absence d'un véritable consentement ou sont-elles au contraire une chance supplémentaire d'assurer la validité de la convention ?

La formation d'un contrat se déroule normalement en deux temps. En premier lieu, les parties doivent engager entre elles une négociation. En second lieu, elles doivent manifester clairement leur consentement. Ainsi se noue le contrat.

Mais lors d'un contrat entre époux, le devoir légal d'assistance s'appliquant, l'exigence commune d'une libre négociation entre les parties n'est-elle pas tout à la fois modifiée et renforcée ? Le risque d'un consentement trop simplement affirmé s'en trouverait alors atténué (I).

Or, cette constatation paraît fort utile. En effet, lors de l'expression du consentement entre époux, il doit être tenu compte de l'obligation d'une communauté de vie entre les conjoints. En particulier, si cette obligation implique l'existence d'une communion intellectuelle, cette dernière peut rendre particulièrement fluide l'expression du consentement, ce qui n'est pas sans inconvénient quant à la preuve d'un accord de volonté (II).

I. Devoir d'assistance et négociation des contrats entre époux

Le contrat, accord de deux volontés libres, est normalement précédé d'une négociation entre les parties sur les éléments essentiels de la convention. Il existe en général une période pré-contractuelle faite de pourparlers.

Lors de cette discussion, le droit commun des contrats distingue l'offre, ou pollicitation, et l'acceptation de cette offre. Pour que l'acceptation ultérieure soit véritable, et donc que se noue le contrat, il est nécessai-

re que la pollicitation soit ferme, précise et sans ambiguïté. Si celui qui prend l'initiative d'une discussion ne propose aucune offre réelle, il n'y a en conséquence que l'engagement de simples pourparlers (11).

Cette règle doit cependant être fortement nuancée selon les situations en présence. Le principe est certes celui d'un contrat de gré à gré, parce que deux libres volontés ne devraient pouvoir s'entendre qu'après une véritable discussion. Mais les circonstances viennent souvent modifier la procédure par laquelle se noue le contrat.

D'une part, il est admis qu'une offre puisse ne souffrir aucune discussion : la proposition est à prendre ou à laisser. Il y a cependant un véritable accord de volonté si celui qui accepte l'offre a clairement pris connaissance des conditions du pollicitant.

D'autre part, quant à l'existence de négociations et à leur forme, il est nécessaire de distinguer entre les contrats à titre gratuit et les contrats à titre onéreux. En présence d'une intention libérale, la discussion entre les parties ne s'engage dans les mêmes termes puisqu'il n'est exigé du bénéficiaire de l'offre aucune contrepartie.

Mais il semble que nombre de règles présidant à la période pré-contractuelle durant laquelle les époux entrent en pourparlers ne peuvent trouver à s'appliquer de la même manière que s'il s'agissait de deux personnes étrangères l'une à l'autre.

En premier lieu, dans les faits, la discussion entre époux sera généralement beaucoup plus informelle qu'une négociation s'engageant entre deux personnes quelconques. Le droit doit s'adapter à cette spécificité des rapports entre époux. En second lieu, les règles présidant à la négociation entre les parties doivent être appliquées, compte tenu des obligations légales issues du mariage.

Ainsi, en pratique, tant un contrat d'adhésion que le contrat à titre onéreux semble, à première vue, une situation étonnante dans les rapports quotidiens entre époux. Un époux peut-il faire une offre à l'autre ne souffrant aucune discussion, alors qu'il a le devoir

de lui porter assistance ? De même, chacun des conjoints peut-il chercher à tirer un avantage personnel de l'autre ?

Le droit semble traduire la teneur des relations habituelles entre époux, et donne, ce faisant une réponse apparente à ces questions. Les époux se devant légalement assistance, ni les contrats d'adhésion, ni les contrats à titre onéreux ne seraient juridiquement possibles. Ces contrats paraissent étrangers à l'éthique du mariage.

Mais en vérité, le droit n'intervient généralement pas avec une telle rigueur dans les rapports entre époux. Ainsi, depuis que la vente entre époux se trouve autorisée, il n'y a plus d'interdiction de principe dans les relations contractuelles entre les conjoints. Contrats à titre onéreux entre époux et respects des obligations issues du mariage sont donc conciliables. Le droit ne va venir sanctionner un contrat entre époux que si l'un d'eux agit en justice afin de faire respecter l'un des devoirs conjugaux directement menacé par cette convention.

On doit donc s'interroger sur la compatibilité d'un contrat d'adhésion avec le respect du devoir d'assistance entre époux (12). En effet, il paraît difficile de restreindre le devoir d'assistance entre époux à la seule obligation d'assister son conjoint dans les épreuves les plus dures de la vie, ainsi d'une grave maladie (13). Le devoir d'assistance semble aussi emporter un devoir de conseil et d'information entre époux.

Il convient par ailleurs de souligner qu'un contrat entre époux ne peut être qu'une convention conclue *intuitu personae*, quelle que soit la nature du contrat (contrat de vente, de location...) (14). Ce caractère général du contrat entre époux résulte des différentes obligations extrapatrimoniales issues du mariage, devoir de fidélité, communauté de vie, devoir d'assistance, qui supposent toutes que le conjoint soit pris en considération de manière privilégiée.

Or, il semble qu'un contrat conclu en considération de la personne ne puisse pas être un contrat d'adhésion : si toute négociation préalable est refusée, le choix même d'une personne déterminée perd de son sens. L'offre pourrait être faite

(11) J. Ghestin, *Le contrat : formation*, Traité de droit civil, L.G.D.J., Paris, 1988 (2^e éd.), p. 221.

(12) Mais les difficultés ne sont pas les mêmes selon les obligations du mariage. Par exemple, un contrat d'adhésion devient-il illicite parce qu'il remet en cause l'obligation pour chacun des époux de participer aux charges du ménage, à proportion de leur faculté respective ?

La contribution des époux aux charges du mariage entraîne avant tout une solidarité des conjoints envers les dettes contractées auprès des tiers. La question paraît donc rester étrangère à la conclusion d'un contrat d'adhésion entre époux. La même remarque peut être faite pour l'ensemble des obligations de nature patrimoniale, en particulier le devoir de secours, qui est une obligation alimentaire. Il semble a priori n'y avoir aucune relation immédiate entre l'absence de négociations préalables et l'obligation extrapatrimoniale de fidélité entre époux. Il faut donc précisément que l'absence de négociation entre époux remette en cause l'un des devoirs conjugaux.

En l'espèce, l'obligation d'une communauté de vie peut être rapprochée du devoir d'assistance. Si la communauté de vie entre époux n'implique pas seulement l'obligation de partager le même toit mais emporte également l'exigence d'une « concertation permanente » entre époux (Claude Colombet, *La famille*, éd. P.U.F. Paris 1990 (2^e éd.) coll. Droit fondamental, p. 78), alors la compatibilité entre le devoir d'une communauté de vie et l'existence de contrats d'adhésion entre époux devient fort délicate.

(13) O. Wiederkehr *Juris-classeur*. Fasc. 20, articles 212 à 215 du Code civil : le devoir d'assistance implique un devoir de patience.

(14) G. Cornu, *Le contrat entre époux*, R.T.D.C. 1953, p. 490.

(15) Certes, rien n'interdit qu'une discussion s'engage afin de maximiser ou de minimiser cet avantage unilatéral. Mais, en pratique, la partie à qui est faite l'offre acceptera ou refusera en l'état la pollicitation. Par ailleurs, on ne peut imposer à deux conjoints de s'engager dans une négociation cadrée et précise. L'obligation même d'une communauté de vie s'y oppose.

indifféremment à quelqu'un d'autre. La confiance que l'on accorde à l'autre partie dans les contrats *intuitu personae* suppose que l'on soit pour le moins attentif à ses suggestions et à sa situation.

Finalement, si la personne avec qui l'on contracte est un élément essentiel du contrat et qu'il existe un devoir d'assistance envers cette personne, la conclusion qui s'impose est qu'il existe un devoir de négocier et, pourrait-on dire, de négocier « amicalement » avant tout contrat entre époux.

On ne peut effectivement mettre sur le même plan la négociation entre deux personnes quelconques et celle qui s'engage entre deux époux. Non seulement le devoir d'assistance impose une discussion entre époux mais modifie encore sa nature. Il est ici nécessaire de distinguer entre contrats à titre onéreux et contrats à titre gratuit.

Un contrat de gré à gré, à la suite de véritables négociations, et précédé d'une offre ferme et précise s'applique avant tout aux contrats à titre onéreux. Il s'adapte mal aux contrats de bienfaisance par lesquels l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit (article 1105 du Code civil). Si l'offre est gratuite, elle ne s'accompagne normalement d'aucune véritable contrepartie. La négociation se trouve donc limitée (15).

Pourtant, l'obligation de négocier entre époux n'est pas remise en cause. La raison en est que ce devoir ne trouve pas son fondement dans la cause du contrat en préparation mais dans le devoir d'assistance des conjoints. On peut cependant penser que ce devoir se déplace du côté de la partie à qui profite l'avantage. Face à l'intention libérale de son époux, le bénéficiaire pourrait avoir l'obligation d'en limiter la prodigalité (16).

Cependant, que les deux conjoints discutent véritablement d'un engagement réciproque « à donner ou à faire quelque chose » (article 1106 du Code civil), il ne semble pas qu'ils puissent le faire de la même manière qu'entre deux personnes étrangères l'une à l'autre.

Il est déjà délicat de penser que les deux époux ont des intérêts strictement séparés, ce que suppose les contrats à titre onéreux. Ainsi, toute vente d'un bien de la masse commune est supposée faite dans un intérêt commun (17). Certes, chacun des conjoints est susceptible de posséder en propre certains biens et donc de tirer un bénéfice personnel d'un contrat conclu entre eux. C'est le cas dans le régime légal de la communauté réduite aux acquêts et c'est même la règle dans le régime conventionnel de la séparation de biens (18). Mais quel que soit le régime matrimonial, les époux se doivent assistance. Comment donc concilier l'intérêt personnel de chacun et cette obligation lors de la négociation qui précède normalement la conclusion du contrat ?

On peut du moins soutenir que lors de la négociation entre les époux d'un contrat à titre onéreux, l'obligation d'informer scrupuleusement l'autre va se trouver renforcée. Plus globalement, le principe de bonne foi, normalement présent dans toute relation contractuelle, va être redéfini par l'application de l'obligation d'assistance entre époux (19). On peut de cette façon supposer que chacun des époux a le devoir d'informer l'autre des risques d'appauvrissement personnel qui, à terme, peuvent résulter du contrat en cours de discussion.

Il semble encore qu'un époux ne puisse se permettre de réserver trop longtemps sa réponse à l'offre de son conjoint, sans du moins le tenir informé de ses intentions. La connaissance des mobiles précis de cette offre, la concertation quotidienne qu'ils entretiennent, interdisent que le bénéficiaire de l'offre ne fasse attendre le pollicitant de façon inutile.

Finalement, la discussion entre époux doit être marquée par la coopération la plus complète. Chacun doit indiquer non seulement à l'autre les éléments généralement considérés comme essentiels dans un contrat afin que son consentement ne soit pas vicié (20) mais il doit aussi se préoccuper des intérêts de l'autre et l'informer en fonction de cet objectif. Une

assistance mutuelle et active des conjoints peut d'ailleurs être perçue comme étant un élément substantiel de tous les contrats entre époux (21).

Le manquement à ces règles est bien entendu susceptible d'entraîner l'annulation du contrat. Il semble aussi qu'un juge pourra tenir compte du non-respect des obligations issues du mariage, en relation avec un contrat entre époux, lors d'une procédure de divorce.

On peut finalement s'interroger, compte tenu des conditions dans lesquelles doit se dérouler la négociation, si tout contrat entre époux n'a pas un caractère gratuit. L'intérêt de l'autre ne finit-il pas, dans la discussion entre époux, à prévaloir sur l'intérêt personnel de chacun ?

Certains auteurs ont d'ailleurs soutenu cette thèse, s'appuyant sur la dénaturation dont fait l'objet la plupart des contrats conclus entre époux, spécialement ceux conclus à titre onéreux (22). Derrière les conditions apparemment remplies de l'article 1106 du Code civil, l'assujettissement de chacune des parties à donner ou à faire quelque chose, il y aurait finalement un contrat de bienfaisance.

Néanmoins, la distinction entre les contrats à titre onéreux et ceux qui sont à titre gratuit est fonction de la nature des obligations et de l'existence ou non d'une véritable réciprocité entre ces obligations : chacun attend de l'autre un avantage spécifique et personnel. Aussi, la négociation d'un « prix d'ami » lors d'une vente ne fait-il pas perdre au contrat son caractère onéreux si l'obtention d'une somme d'argent en contrepartie d'un bien est un avantage réellement recherché. Une intention amicale n'implique pas toujours une intention libérale.

II. Communauté de vie et expression du consentement entre époux

L'expression d'un consentement entre époux peut être particulièrement tenue. De même, si chacun a le devoir de veiller à la complète information de l'autre, en vertu du devoir d'assistance, tout doit-il être

(16) Le bénéficiaire d'une libéralité pourrait, en application de son devoir d'assistance, proposer à son conjoint une contrepartie. Cette éventuelle contrepartie dicte par le devoir d'assistance entre époux ne fait pas perdre au contrat son caractère gratuit. Elle rend simplement la convention synallagmatique.

Malgré la proximité sémantique des articles 1102 du Code civil, définissant les contrats synallagmatiques, et 1106 du Code civil, définissant les contrats à titre onéreux, ces deux conventions ne se confondent pas. La même réflexion peut être faite concernant les articles 1103 du Code civil, définissant le contrat unilatéral, et 1105 du Code civil, définissant les contrats de bienfaisance. Le cas des contrats entre époux en est une remarquable illustration : le caractère synallagmatique de la convention ne lui fait pas perdre son caractère gratuit.

Il est vrai que l'on pourrait soutenir que chacun des conjoints est alors assujéti « à donner ou à faire quelque chose » (article 1106 du Code civil), ce qui définit le caractère onéreux du contrat. Mais ne doit-on pas comprendre cette expression comme l'obligation réciproque d'accorder un avantage spécifique à la demande et au profit personnel de l'autre ?

Or, rien de cela ne correspond véritablement au contrat de bienfaisance entre époux, malgré son caractère en l'occurrence bilatéral. La nature de l'avantage est en effet secondaire. C'est le principe même d'une contrepartie qui importe, même si elle est symbolique. De plus, celui qui est à l'origine de la libéralité n'entend en rien demander une contrepartie. Celle-ci peut n'apparaître qu'à l'initiative du bénéficiaire de l'avantage principal, en application de son devoir d'assistance. Chacun s'oblige, certes, mais à titre gratuit.

(17) Quoi qu'il en soit, la vente d'un bien commun n'est concevable que si l'époux qui l'acquiert le fait à titre de propre, par emploi ou remploi de deniers propres (M. Dagot, La vente entre époux, J.C.P. éd. G, n° 51, 3272, 1987).

(18) Mais l'utilisation des propres reste, en dernière analyse, soumis au moins à l'intérêt de la famille. Ainsi, l'article 1429 du Code civil dispose que si l'un des époux « met en péril les intérêts de la famille, soit en laissant dépérir ses propres, soit en dissipant ou détournant les revenus qu'il en retire, il peut, à la demande de son conjoint, être dessaisi des droits d'administration et de jouissance ».

(19) Si l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil dispose simplement que les obligations doivent être « exécutées » de bonne foi, il ne fait pas de doute que le principe de bonne foi doit s'appliquer aussi à la formation des contrats et, dans ce cadre, au consentement des parties. La preuve en est que le dol constitue l'un des vices du consentement (article 1116 du Code civil).

dit ? Il ne le paraît pas. Paradoxalement, il semble nécessaire de tenir compte du caractère informel des rapports entre époux.

L'existence d'une communauté de vie laisse supposer l'existence d'habitudes, d'usages, sinon de rituels entre les conjoints. Elle implique la connaissance commune de certaines informations qu'un époux peut très bien ne pas rappeler de bonne foi à l'autre. Il est d'ailleurs admis que l'obligation d'une communauté de vie implique manifestement une communion intellectuelle entre les époux (23).

D'ailleurs, en droit, le principe du consensualisme (24) favorise l'expression la plus informelle de la volonté des parties. Il est néanmoins nécessaire qu'apparaisse un critère objectif du consentement. Il est tout aussi essentiel de distinguer l'accord de volonté des discussions qui ont pu le précéder (25). Une manifestation claire du consentement doit donc exister.

Dans les faits, le contrat entre époux se prépare et se conclut souvent dans l'intimité du couple. Il peut donc, à l'image des relations quotidiennes entre les conjoints, prendre des tournures diverses mais spécifiques dont le sens exact n'est connu que d'eux. Le droit ne peut cependant pas se désintéresser de ces particularismes, sauf à se couper de la réalité.

La césure entre les faits et le droit serait alors particulièrement grave : en matière contractuelle, le droit se doit avant tout de donner force juridique aux accords de volonté, quand ils sont réels et non viciés. Il n'a pas pour objectif prioritaire, sauf exception, de freiner la création juridique en imposant aux contrats des formes non voulues par les parties.

La difficulté consiste donc à prendre en compte les particularités juridiques et factuelles nées de la communauté de vie entre époux, tout en exigeant du contrat les formes suffisantes à la preuve de son existence (26).

Il semble au préalable nécessaire de distinguer les contrats qui exigent un certain formalisme de ceux qui sont purement consensuels. Pour les premiers, la question est plutôt

de savoir si les formes requises peuvent être allégées. Pour les seconds, le problème essentiel est celui de l'expression minimale d'un accord de volonté.

Il semble a priori difficile de remettre en cause une forme prescrite par la loi. C'est particulièrement le cas des contrats solennels dont la validité même est conditionnée par l'application d'une forme légalement prévue. Il en est ainsi des actes qui doivent être passés devant notaire (27). De même, « l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui verser un bien fongible », du fait des strictes conditions de forme imposées par la loi, ne semble pas pouvoir être conclu de manière différente (28). En application de cette règle, le cautionnement entre époux ne pourra échapper à ce formalisme (29).

Enfin, si les donations déguisées et les dons manuels échappent au caractère solennel des donations (article 931 du Code civil), cette exception ne s'applique pas seulement aux contrats entre époux. Elle n'a donc pas précisément pour explication l'obligation d'une communauté de vie (30).

Mais la situation paraît différente quand l'exigence d'une forme est soit une simple publicité, soit l'expression quelconque d'une volonté expresse ou, plus généralement, une simple condition de preuve. La forme requise n'étant plus une condition de validité des contrats, l'accord de volonté est susceptible d'exister de façon consensuelle.

De cette façon, de nombreux actes touchant aux immeubles, en particulier la vente d'immeubles, sont soumis à une publicité foncière (31). Si l'absence d'une publicité rend l'acte inopposable aux tiers, le contrat n'en reste pas moins valide entre les parties du seul fait de leur consentement. Dès lors, la seule question pertinente de notre point de vue est celle de l'expression de cet accord consensuel, quand il a lieu entre époux.

En d'autres occasions, la législation exige que le consentement soit formellement exprimé. On trouve une telle solution dans les donations avec dispense de rapport au moment de la succession (article 843 du Code civil) ou alors d'une

novation (article 1273 du Code civil). Mais la loi n'en précise pas la teneur. Aussi, une grande latitude peut être admise dans l'expression du consentement des époux, en vertu de la communauté de vie à laquelle ils s'obligent.

Enfin, si une disposition légale privilégie une forme à une autre à titre de preuve, l'inapplication de cette règle ne remet pas en cause l'existence du contrat. Notamment, l'absence d'un écrit pour l'ensemble des actes supérieurs à une valeur de cinq mille francs (article 1341 du Code civil) n'invalide pas le contrat. De même, contrairement à la lettre de l'article 2044 du Code civil, une transaction entre époux ne sera pas nécessairement écrite (32). Aussi, la question principale reste-t-elle, là encore, l'expression minimale d'un consentement quand il a lieu entre conjoints.

De ce point de vue, il peut être au moins posé comme principe que tout geste, comportement, parole qui traduirait une offre et une acceptation certaine, permettraient de constater un accord de volonté. Il n'y a là qu'une stricte application du consensualisme. En l'absence d'un écrit, cette règle s'applique, même si le contrat conclu est d'un montant supérieur à cinq mille francs. Or, entre époux, il y a assurément une impossibilité morale de se préconstituer la preuve d'un acte par sa rédaction (article 1348 du Code civil). L'exigence d'un écrit, posée à l'article 1341 du Code civil, devient donc toute relative (33).

Les habitudes prises par les époux, le partage naturel des tâches au jour le jour, l'obligation même d'une communauté de vie, pourraient en particulier faire présumer d'un mandat tacite et général entre les conjoints lorsque l'un d'eux exécute un acte de la vie courante. La présomption d'un tel mandat viendrait se superposer au pouvoir autonome de chacun des époux pour les contrats ayant comme objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants (article 220 du Code civil).

Il semble enfin qu'il faille donner aussi une grande importance au silence. L'idée d'une communion intellectuelle entre époux y incite. Il ne peut cependant s'agir, là encore, que

(20) Par exemple, pour un contrat de vente, l'objet et ses caractéristiques principales ainsi que le prix.

(21) Une autre expression de cette exigence serait de soutenir que les époux se doivent de contracter dans le double respect du principe de bonne foi, tel que l'affirme le droit des contrats (ex. : article 1116, article 1134 alinéa 3 du Code civil) et tel que l'entend le droit de la famille (ex. : article 801 du Code civil, article 1421 du Code civil. [acte commis par fraude]). Les articles 220, 222 et 491-2 alinéa 3 du Code civil retiennent aussi l'idée de bonne foi mais en disposent essentiellement quant aux tiers en relation avec une famille.

(22) P. Julien, *Les contrats entre époux*, L.G.D.J. Paris, 1962, p. 213 et s. ; cf. aussi G. Cornu, *Le contrat entre époux*, R.T.D.C. 1953, p. 489.

(23) La communauté de vie entre époux n'implique pas seulement l'obligation de partager le même toit et l'existence de relations sexuelles. Elle suppose, de façon beaucoup plus forte, une « concertation permanente » (Claude Collobet, *La famille*, éd. P.U.F. Paris 1990 (2^e éd.) coll. Droit fondamental, p. 78 ; cf. aussi Manigne, *La communauté de vie*, J.C.P. 1976, I, 2803).

(24) Principe que l'on peut déduire de différents textes, à défaut d'être inscrit explicitement dans la loi (l'article 1107 du Code civil, reconnaissant les contrats innomés, l'article 1108 du Code civil, qui n'exige aucune forme particulière pour la validité d'un contrat, l'article 1138 du Code civil...) et dont la jurisprudence fait une application stricte (cf. J. Ghestin, *Le contrat formation*, *Traité de droit civil*, L.G.D.J. Paris 1988 (2^e éd.) p. 282 et s.).

(25) J. Ghestin, *Le contrat : formation*, *Traité de droit civil*, L.G.D.J. Paris 1988 (2^e éd.), p. 299.

(26) En pratique, les difficultés quant à l'existence et la validité des contrats entre époux risquent de multiplier les litiges. Ainsi pour le contrat de vente, surtout en ce qui concerne le montant fixé, et le paiement effectif de ce prix : M. Dagot, *La vente entre époux*, J.C.P. éd. G, n° 51, 3272, 1987.

(27) Ex. : article 931 du Code civil (donation) ; article 2127 du Code civil (hypothèque conventionnelle) ; article 1601-2 du Code civil (vente d'immeubles à construire).

(28) Art. 1326 du Code civil : cet acte doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite de sa main, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres.

d'une présomption. La communauté de vie fait présumer certains comportements « normaux », comme il existe, par ailleurs, des usages professionnels ou locaux. En conséquence, celui des époux qui conteste la signification présumée d'un silence doit démontrer qu'il n'est finalement pas le signe d'une acceptation.

Quant au contenu du consentement, il paraît nécessaire de prendre en considération l'existence, le cas échéant, de réserves mentales que l'autre ne saurait méconnaître. La volonté interne est donc susceptible d'avoir une importance particulière, moins facilement admissible entre deux personnes étrangères l'une à l'autre, sauf cas d'espèce.

Ainsi, l'offre de vente d'un époux à l'autre peut exclure certains biens pour lesquels il ressent un attachement profond. Le conjoint qui accepte ne peut donc faire abstraction de cette réserve, même si elle n'est pas formulée.

Quant à l'expression du consentement, l'acceptation pourra certainement résulter du silence de l'un à la proposition verbale, sinon au geste ou au comportement de l'autre. L'expression « qui ne dit mot consent » trouverait ici une application juridique que le droit n'admet généralement pas (34). Par exemple, si l'un des époux occupe des locaux appartenant à l'autre et verse spontanément un loyer en contrepartie, le silence régulier du propriétaire pourrait exprimer son accord au contrat de bail ainsi conclu.

* *
*

Affirmation du silence comme une des modalités normales de la volonté des époux dans les contrats conclus entre eux, existence d'une présomption de mandat d'un époux envers l'autre dans leurs relations avec des tiers : on pourrait s'inquiéter de voir ainsi la vie des époux dominée par un contractualisme omniprésent et informel, sur le fondement de la communauté de vie à laquelle ils s'obligent. La reconnaissance de conventions tout aussi informelles que nombreuses ne risque-t-elle pas de multiplier les occasions de chicanes entre des conjoints qui ne s'entendent plus, l'un soutenant que son acceptation à un contrat

n'a jamais eu lieu ou a été vicié ?

Mais le caractère informel des contrats entre époux se trouve contrebalancé par l'exigence d'une concertation régulière et préalable entre les conjoints, en application du devoir d'assistance qui les lie. Il serait d'ailleurs possible de faire une constatation similaire pour les contrats passés par l'un des époux avec les tiers. Le fait que l'un des conjoints ne soit que le spectateur de l'acte conclu par l'autre n'exclut pas l'application du devoir légal d'assistance entre époux. Le pouvoir autonome des conjoints quant aux actes de la vie quotidienne ne signifie donc pas l'absence de toute concertation, ni même que les conjoints ne se soient pas implicitement accordés afin de se faire mutuellement représenter lors de la conclusion d'un contrat par l'un des deux.

Stéphane CARRÉ

*Maître de conférence à l'I.U.T.
de Saint-Nazaire, Université de Nantes*

(29) Art. 2015 du Code civil. Ce texte dispose, de façon superflue, que le cautionnement doit être exprès.

(30) Toutefois, la communion de corps et d'âme qui s'établit entre les conjoints justifie qu'une libéralité puisse se faire sans forme préalable. On peut d'ailleurs, de facto, étendre cet argument à d'autres personnes ayant les mêmes intentions libérales.

(31) Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955, article 28.

(32) Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 1986, Bull. civ. I, n° 74 : « l'écrit prévu par l'article 2044 du Code civil n'est pas exigé pour la validité du contrat de transaction ».

(33) En présence même d'un écrit, rappelons qu'il peut être fait application de l'article 1347 du Code civil. Un époux peut toujours faire valoir un document quelconque (lettre, message, billet...) ou une déclaration de l'autre, faite en comparution personnelle, remettant en question l'acte écrit.

(34) Puisque la règle reste bien celle de l'expression quelconque d'un accord de volonté pour qu'un contrat soit conclu (Civ. 25 mai 1870, D. 1870-1-257.)

REVUE DES REVUES

G. TEILLAIS : « Mandats entre époux et régimes matrimoniaux », *Rev. des Huissiers de Justice*, n° 11, 15 juin 1997.

T. SCHNEIDER : « Les précautions à prendre pour déclarer une créance au nom d'une personne morale : Les déclarations faites par le mandataire », *Sem. jurid. (J.C.P.-Entrepr.)*, n° 22, 29 mai 1997.

J.-L. PISSALOUX : « La loi sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie ou la gestation difficile d'un édifice inachevé », *Petites Affiches* n° 59 du 16 mai 1997.

R. MACHA-GOUDET : « Communautés d'acquêts et activité professionnelle en cas de divorce », *J.C.P. (Ed. not. et immob.)*, n° 23, 6 juin 1997.

D. JACOTOT : « De la possible reprise de la procédure pendant l'instance prud'homale à l'impossible formulation d'un motif en dehors de la lettre de licenciement », *Recueil Dalloz*, n° 9, 27 février 1997.

T. GARÉ : « L'époux qui a demandé la séparation pour rupture de la vie commune peut prétendre à une pension alimentaire » (*Cass. civ.*, 5 mars 1997), *Sem. jurid. (J.C.P.-éd. G.)*, n° 23, 4 juin 1997.

P. LE CANNU : « Cession de toutes les actions et vente de fonds de commerce : rébellion » (*Paris*, 31 janvier 1997), *Joly*, n° 5, mai 1997.

J. MASSOT : « Les risques d'une troisième cohabitation à la lumière des enseignements des deux premières », *Petites Affiches* n° 60 du 19 mai 1997.

Y. G. : « Dangers des G.I.E. créés de fait » (*Cass. com.*, 7 janvier 1997), *Rev. Sociétés (Dalloz)*, n° 1, 1997.

J.-Y. BERTUCCI et A. DOYELLE : « L'activité des chambres régionales des comptes : le contrôle sur les établissements publics de santé », *A.J.D.A.*, n° 5, 20 mai 1997.

P.-H. BRAULT : « Sur l'exercice du droit de repentir par le bailleur après notification d'un congé à échéance triennale selon l'article 3-1, alinéa 3, du décret du 30 septembre 1953 », *Sem. jurid. (J.C.P.-Entrepr.)*, n° 21, 22 mai 1997 (voir également *Loyers et copropriété (Juris-Clas.)*, n° 4, avril 1997).