

# FAMILIE & RECHT

DOI: 10.5553/FenR/000010

## Plaidoyer en faveur de mécanismes juridiques plus cohérents pour appréhender, au moment de la rupture du couple, la problématique de l'économie conjugale

*Dr. Nathalie Dandoy*

### Aanbevolen citeerwijze bij dit artikel

Dr. Nathalie Dandoy, 'Plaidoyer en faveur de mécanismes juridiques plus cohérents pour appréhender, au moment de la rupture du couple, la problématique de l'économie conjugale', *F&R* oktober 2013, DOI: 10.5553/FenR/.000010

## Introduction

D'après le Code civil, et ce dès son origine, la séparation du couple marié, au cours du mariage ou en cas de dissolution de celui-ci, peut donner lieu à une obligation légale de payer au conjoint, ou le cas échéant à l'ancien conjoint, une pension censée couvrir ses besoins.<sup>1</sup> En dehors du mariage, point de lien alimentaire prévu par la loi.

Depuis 1804, deux évolutions sociales majeures ont cependant changé le visage de la vie de couple. D'un côté, elle ne passe plus nécessairement par le mariage. D'un autre côté, seule sa dimension affective est censée lui donner sens, ce qui la rend éminemment fragile.

Le droit belge a procédé en 2007 à une réforme substantielle de son droit du divorce. La volonté du législateur était précisément de conformer la législation aux nouvelles attentes sociales. Cette réforme a accouché de concepts parfois nouveaux, mais équivoques et flous, dont l'articulation entre eux n'apparaît pas clairement.

Nous nous sommes dès lors interrogée sur la signification politique et sociale de la réforme, singulièrement au niveau des effets alimentaires que la loi attache désormais, ou attache encore, à la dissolution du mariage. Nous avons profité de cette occasion pour élargir la réflexion au champ d'application de la solidarité alimentaire que le droit belge organise en cas de rupture conjugale.

Le législateur n'ayant pas livré sa pensée – sans doute à défaut de consensus politique – au sujet des objectifs politiques poursuivis, c'est vers la sociologie que nous nous sommes tournée pour comprendre comment les couples conçoivent, au XXI<sup>e</sup> siècle, la solidarité conjugale. Cette solidarité est-elle seulement perçue? Est-elle universelle? Dépend-elle d'un cadre formel de conjugalité? Quelle est son étendue? Comment les couples élaborent-ils leur

norme de justice à cet égard?

A partir de cette analyse sociologique, nous proposons de réfléchir à une justification cohérente d'un droit à une solidarité conjugale, éventuellement à reconstruire.

La démarche évolue en trois étapes: après avoir décrit le lien alimentaire qui existe actuellement en droit belge entre conjoints – époux ou partenaires – désunis (I), il s'agira de le confronter aux modes de fonctionnement de l'économie conjugale tels que décrits par les sociologues (II), pour enfin, le cas échéant, proposer des mécanismes juridiques qui pourraient correspondre adéquatement à la solidarité conjugale mise en œuvre au sein des couples durant leur vie commune (III).

## I Etat des lieux de la situation juridique actuelle en droit belge

### *A Pendant le mariage*

Les couples mariés bénéficient d'un régime légal en vertu duquel ils peuvent réclamer à leur conjoint une pension alimentaire tant pendant la durée du mariage qu'après sa dissolution. La loi s'est en effet souciée de leur sécurité d'existence, qui ne serait en définitive que la conséquence de leur engagement réciproque à adhérer à une règle de solidarité tant affective, morale, qu'économique, à travers les obligations respectives de fidélité, d'assistance et de secours, énoncées à l'article 213 du Code civil.

Pendant toute la durée du mariage, un époux peut obtenir de l'autre une rente qui doit, selon la Cour de cassation, être déterminée « de manière à permettre à l'époux bénéficiaire de mener le train de vie qui serait le sien s'il n'y avait pas eu de séparation ». <sup>2</sup> Or, le « train de vie qui serait le sien s'il n'y avait pas eu séparation » rejoint le niveau de vie de l'autre époux : on concevrait difficilement que des conjoints qui vivent sous le même toit ne partagent pas un train de vie identique. <sup>3</sup> Toujours d'après la Cour de cassation, le niveau de vie ne correspond cependant pas nécessairement à la somme des revenus du ménage, mais il doit être apprécié à la lumière des besoins et des ressources de chacun des époux.

La notion de « niveau de vie » constitue assurément le critère déterminant de l'appréciation du secours alimentaire entre les époux. Cette notion demeure cependant obscure parce qu'elle fait référence non seulement au coût des dépenses courantes effectuées par le couple mais également à un « style » de vie, qui peut s'avérer très différent d'un couple à l'autre, pour un même niveau de revenus...

Traditionnellement, cette solidarité est soumise au respect par l'époux qui en réclame le bénéfice des autres obligations du mariage, soit qu'il doive apporter lui-même la preuve que la responsabilité de la séparation incombe au conjoint débiteur, <sup>4</sup> soit que ce dernier puisse opposer à la demande la preuve de la culpabilité du candidat créancier. <sup>5</sup> La question se pose actuellement de savoir si la loi du 27 avril 2007 qui a réformé le divorce peut, en ce qu'elle modifie radicalement les causes du divorce, avoir des conséquences sur les conditions d'octroi du devoir de secours. En effet, dès lors que la loi du 27 avril 2007 permet d'obtenir le divorce sans faute, ne faut-il pas considérer que le législateur a entendu revoir la manière d'appréhender la sanction des obligations du

mariage? Une certaine jurisprudence<sup>6</sup> le pense, considérant que seules des fautes graves, équivalentes à celles qui permettent d'écarter le droit à une pension après divorce, peuvent encore priver un époux d'une pension alimentaire fondée sur le secours.

### **B Après le mariage**

A l'occasion de la réforme du divorce intervenue en 2007,<sup>7</sup> le législateur a tenté de rompre de manière radicale avec les principes qui gouvernaient le droit du divorce depuis le Code de Napoléon et de donner un sens et une portée fondamentalement différents au lien alimentaire après la dissolution du mariage. La motivation principale de cette dernière et substantielle réforme<sup>8</sup> consistait à affranchir le droit du divorce de la notion de faute : outre la considération que les éventuels comportements inadéquats entre conjoints appartiennent exclusivement à leur vie privée et ressortissent de l'ordre des sentiments, empreints de subjectivité – en témoigne la notion « d'injure » et de « caractère offensant », il est apparu suranné qu'un juge, le cas échéant à la lumière des récits de témoins, doive apprécier le caractère gravement injurieux ou non de ces comportements. Il est également apparu peu élégant que la loi accorde de plein droit au conjoint meurtri une certaine vengeance sous la forme de la privation de toute aide financière au conjoint qui aurait commis des « torts » ou des « manquements », alors même que ces torts ont pu être partagés. Le mariage reste cependant une « institution » ou un « contrat » légal,<sup>9</sup> assorti de droits et d'obligations réciproques de telle sorte qu'il n'était pas aussi aisé de prévoir que ces droits et obligations pourraient être totalement dépourvus de sanction. Le mariage aurait été sinon le seul contrat dont l'inexécution aurait été privée de toute possibilité de sanction ou de réparation.<sup>10</sup>

A défaut de revoir à ce sujet le droit du mariage en tant que tel, en supprimant par exemple toute obligation juridique découlant de ce statut,<sup>11</sup> ou à tout le moins d'ouvrir un débat à ce sujet, il paraissait difficilement concevable, pour la majorité des parlementaires, de faire complètement l'impasse sur la sanction du défaut de respect des droits du mariage.<sup>12</sup> Le droit belge a donc évolué depuis le Code Napoléon dans la direction de la libéralisation croissante du lien du mariage, mais tout en conservant le principe que le conjoint qui avait porté gravement atteinte aux engagements découlant du mariage, ou plus généralement, qui par un comportement grave, avait brisé toute *affectio maritalis*, devait être privé du bénéfice de la solidarité conjugale. C'est ainsi qu'en vertu de l'article 301, paragraphe 2 du Code civil, le conjoint auteur de violences conjugales, ou d'une faute grave ayant rendu impossible la poursuite de la vie commune, doit – dans la première hypothèse – ou peut – dans la seconde – être privé par le juge de tout droit à obtenir une pension après divorce.

Ces causes de déchéance du droit, mises à part, tout époux dans le besoin peut actuellement prétendre à une pension alimentaire, à condition cependant que son état de besoin ne résulte pas d'une décision unilatérale et injustifiée de sa part.<sup>13</sup>

L'évaluation du montant de la pension alimentaire doit osciller entre un état de besoin minimal et le tiers des revenus du débiteur. Entre ces deux montants, toute justification fondée sur les éléments de la cause, c'est-à-dire, sur la durée du mariage, l'organisation des parties au cours de leur vie commune, leurs

revenus et leurs opportunités de s'en procurer, ou tout autre élément concret susceptible d'avoir une influence sur la situation économique des ex-époux, peut conduire à moduler le montant de la pension après divorce, semble-t-il à la libre appréciation du juge. Ainsi, ce qui distingue le nouveau droit de l'ancien, c'est surtout la nécessité de justifier la compensation de l'appauvrissement après le divorce d'un des époux en utilisant expressément le critère de la « *dégradation significative de la situation économique du bénéficiaire* ». <sup>14</sup>

La notion même d'état de besoin se révèle cependant équivoque et subjective... Si, *a priori*, elle est comprise comme « tout ce qui est nécessaire pour assurer la subsistance du créancier », <sup>15</sup> elle est nécessairement relative puisqu'elle dépend de l'éducation, de la situation sociale et professionnelle, de l'âge et des besoins réels de chaque personne. <sup>16</sup> Il n'est donc pas question de la limiter au revenu minimum qui sert de référence en droit social. <sup>17</sup> Il ne s'agit par ailleurs que d'un seuil minimal, de telle sorte que le juge dispose d'une importante marge de manœuvre pour déterminer les objectifs de la pension après divorce, lesquels peuvent assurément dépasser l'état de besoin, jusqu'à pouvoir rejoindre – sans devoir l'atteindre nécessairement – le niveau de vie des époux au temps de la vie commune. La Cour de cassation a en effet jugé que le critère relatif au comportement des parties durant la vie commune, énoncé à l'article 301 du Code civil, peut conduire le juge à avoir égard aux conditions de vie des époux durant leur vie commune. <sup>18</sup> Une pension après divorce qui permet au créancier d'aliments de conserver le niveau de vie qu'il connaissait pendant la vie commune n'est dès lors, selon la Cour, pas contraire à l'esprit du nouvel article 301 du Code civil.

Le concept de la « *dégradation significative de la situation économique du bénéficiaire* » constitue l'une des originalités de la réforme du droit du divorce, dont la définition même fut d'emblée controversée. Alors même que le terme de « *dégradation* » suppose une comparaison entre deux situations, un « *avant* » et un « *après* », le législateur n'a pas même effleuré l'identification de ces situations. S'agissait-il de comparer la situation présente du créancier d'aliments avec celle qui était la sienne avant le mariage ou avec celle qui était la sienne avant le divorce? Selon la Cour de cassation, <sup>19</sup> la dégradation de la situation économique peut résulter tant du mariage que du divorce. Cela signifie que l'appauvrissement du créancier d'aliments ne doit pas nécessairement résulter des décisions qui auraient été prises par les époux et qui auraient eu une incidence sur la situation professionnelle de l'un d'eux. La perte, suite au divorce, d'un avantage économique résultant du mariage suffit pour revendiquer une pension après divorce. Il n'est donc pas nécessaire de comparer la situation du créancier d'aliments avant et après le mariage ou de comparer sa situation au moment du divorce avec le potentiel économique qu'il aurait pu avoir acquis s'il ne s'était jamais marié. Il suffit de constater que le divorce entraîne un revers économique parce qu'il prive un des conjoints d'un confort que lui apportait le mariage.

Cela étant, la prise en considération, par le juge, d'une dégradation significative de la situation économique du créancier depuis le divorce, ou même en raison du mariage, n'implique pas nécessairement que cette dégradation doive être compensée par la pension alimentaire. Certains sont même d'avis que le maintien du niveau de vie antérieur, grâce à une pension après divorce, n'est plus compatible avec la réforme du droit du divorce. <sup>20</sup>

Cette réflexion ne manque naturellement pas de pertinence. On ne peut plus soutenir en effet qu'un ex-conjoint aurait le droit de continuer à bénéficier du même train de vie que son ancien conjoint, en raison du mariage qui les a un jour liés. Cependant, nous ne pensons pas pouvoir rejeter de manière catégorique la référence au niveau de vie que les époux menaient au cours du mariage. La Cour de cassation, dans son arrêt du 12 octobre 2009, a d'ailleurs refusé de condamner ce critère. Le maintien – nécessairement temporaire – d'un même niveau de vie au profit de l'ex-conjoint créancier d'une pension après divorce ne peut se justifier par la seule existence antérieure d'un mariage et des droits qui accompagnaient ce statut, mais pourrait trouver sa raison d'être dans la collaboration économique instaurée par les époux durant leur mariage, à laquelle la loi semble faire référence sous le vocable du « comportement des parties durant le mariage quant à l'organisation de leurs besoins ». Il nous paraît en effet que dès lors qu'un époux a consacré de nombreuses années à soutenir la carrière professionnelle de l'autre, ce ne serait que justice qu'il puisse bénéficier des conditions de vie qu'il a lui-même permis d'atteindre. Il faudrait donc considérer différemment les situations des conjoints qui ont pu valoriser leur propre carrière professionnelle – fut-elle moins rémunératrice que celle de leur conjoint – de ceux qui ont sacrifié leurs perspectives professionnelles au profit de celles de leur conjoint.

Enfin, depuis la réforme apportée par la loi du 27 avril 2007, la pension après divorce est devenue légalement limitée dans le temps, à une durée qui ne peut excéder celle du mariage. Le juge conserve cependant un certain pouvoir d'appréciation dans la mesure où il peut prévoir une durée plus brève, mais en aucun cas plus longue. Conscient qu'un époux sans aucune ressource et divorcé par exemple à l'âge de 50 ans après 20 ans de mariage se retrouverait dans une situation de dénuement particulièrement cruel à l'âge de 70 ans, la loi permet au juge de prolonger le droit à la pension, « en cas de circonstances exceptionnelles ».<sup>21</sup> Le législateur a clairement songé à la situation précaire dans laquelle pourrait se trouver un ex-époux en cas de cessation de la pension après divorce, alors que cet ex-époux n'a pas les possibilités de se procurer des ressources par lui-même, soit en raison de son état de santé, soit en raison de son âge. Il paraissait particulièrement injuste, par ailleurs, de priver cette personne de pension alimentaire, si, outre son incapacité à bénéficier de revenus propres, elle s'était consacrée à la tenue du ménage et à l'éducation des enfants. Le juge dispose d'une marge d'appréciation appréciable quant au caractère « exceptionnel » des circonstances susceptibles de prolonger dans le temps le paiement de la pension après divorce, marge d'appréciation qui devrait être guidée par l'équité.

### *C En dehors du mariage*

Les couples qui n'optent pas pour le mariage sont dépourvus de toute protection économique spécifique. Ils peuvent contrer le risque financier lié à la rupture de la vie commune soit en préservant leur indépendance financière l'un envers l'autre, soit en organisant conventionnellement une certaine forme de solidarité économique. Faute d'avoir anticipé eux-mêmes les conséquences d'une éventuelle rupture, les couples non mariés ne trouveront en effet dans le droit civil que peu de moyens juridiques susceptibles de fonder une obligation de solidarité.<sup>22</sup>

On pourrait alors croire que les conventions constitueraient un fondement idéal

pour instaurer et définir des liens alimentaires entre deux partenaires. Instituer le couple en créateur des droits qu'il entend faire naître de la relation correspond en effet à une tendance palpable. Par ailleurs, un transfert financier consenti sera mieux respecté tant par le débiteur que par le créancier.

La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale prévoit d'ailleurs de manière explicite, à l'article 1478 alinéa 4 du Code civil, la possibilité pour les cohabitants de régler toutes les modalités de leur cohabitation légale. Cette invitation paraît cependant particulièrement laconique. Elle vise tant les rapports patrimoniaux entre les cohabitants que la manière dont ils envisagent de répartir entre eux les charges de la vie commune, étant entendu que cette répartition doit être proportionnelle à leurs facultés respectives.<sup>23</sup> Si bien entendu rien ne les empêche de prévoir dans leurs conventions des droits alimentaires à charge de l'un d'eux en cas de rupture<sup>24</sup>, rien ne les y incite spécifiquement non plus. De protection des cohabitants l'un par rapport à l'autre ou de solidarité alimentaire ou économique, il n'est en effet nulle part question dans la loi.

Aucune disposition légale spécifique ne vise par contre les conventions qui pourraient être prises par les couples qui ne font le choix ni du mariage ni de la cohabitation légale.

Leurs conventions – comme celles que concluraient des cohabitants légaux – sont soumises au droit commun des contrats en vertu duquel toute convention repose sur l'existence du consentement des deux parties contractantes, de leur capacité de contracter, d'un objet certain et d'une cause licite. Sous réserve de respecter ces principes, les partenaires non mariés peuvent prévoir des engagements de nature personnelle l'un envers l'autre, et en particulier des dispositions de type alimentaire pour la période postérieure à leur rupture.<sup>25</sup>

Conformément au principe de convention-loi, le juge n'a pas la possibilité de modifier les accords entre les partenaires, ce qui pourrait paraître inéquitable lorsque les circonstances économiques se sont modifiées par rapport au contexte dans lequel les conventions avaient été formées et que le couple n'a pas pensé à prévoir une clause de révision. Les couples non mariés ne bénéficient en effet pas de la faculté offerte aux couples divorçant ou divorcés de solliciter une révision judiciaire de leurs conventions en cas de changement de circonstances.<sup>26</sup>

Seuls les vices de consentement, en ce compris la lésion qualifiée,<sup>27</sup> ainsi que l'abus de droit,<sup>28</sup> pourraient être invoqués à l'encontre de conventions.

Malgré l'encadrement légal offert à certaines relations de couple nouées en dehors du mariage, au moyen du statut de la cohabitation légale, la dimension économique découlant de la communauté de vie n'a pas été prise en compte par le législateur. Considérer qu'il est suffisant de concéder aux couples non mariés le loisir de convenir librement entre eux à ce sujet, correspond à une perception peu réaliste du fonctionnement de l'économie conjugale.

## II La pertinence du droit belge en question

La question qui sous-tend notre propos est de savoir si le droit à une pension alimentaire tel que réformé par la loi belge du 27 avril 2007 se fait l'écho d'une signification politique et sociale pertinente. Le premier point consiste dès lors à

tenter de déceler la vision politique du législateur (A.). Le second, à dresser un état des lieux de la réalité sociale visée (B.).

### ***A La recherche de la justification de la solidarité économique entre (ex)-conjoints prévue par le droit***

Comme le droit belge, la plupart des législations européennes ont connu ces dernières décennies des réformes en matière de droit du divorce et de ses effets, notamment alimentaires ou compensatoires. Il semble dès lors intéressant de se demander si ces différentes réformes ont poursuivi des objectifs convergents.

## **1 En droit belge**

La brève analyse de droit positif présentée ci-dessus n'offre que peu de repères pour cerner la signification juridique du lien alimentaire au regard de la conjugalité au sens large – c'est-à-dire toutes les formes de vie en couple – ou même seulement au regard du mariage.

A travers l'œuvre de la Cour de cassation, le secours est devenu le partage d'un niveau de vie, même très aisé, tandis que la pension après divorce a progressivement été réduite tant du point de vue de sa portée que de sa durée. L'étendue généreuse du devoir de secours n'est, néanmoins, sans doute devenue qu'illusion : la solidarité étroite telle qu'exprimée par la Cour de cassation n'est en effet que de courte durée puisqu'il est devenu si aisé d'y mettre fin par le divorce.

La pension après divorce affiche quant à elle d'emblée son caractère éphémère, mais elle masque par contre ses objectifs en termes de solidarité entre les anciens conjoints. Malgré le souhait des auteurs du projet de loi réformant le divorce de dissocier le droit à une intervention financière après le divorce des comportements respectifs des époux au cours de leur mariage, le législateur n'est pas parvenu à trouver, en 2007, une justification capable de remplacer celle qui était auparavant fondée sur la contravention aux obligations découlant du mariage. Le débat à propos du fondement du droit à une pension après divorce a en effet été rapidement éludé par le législateur : ni les travaux parlementaires, ni le texte du Code civil ne permettent de déceler la raison d'être politique de la pension après divorce. Au contraire, il semble que le droit aux aliments n'ait été gouverné par aucune politique déterminée.

A défaut d'un tel projet législatif concernant les effets du divorce, les textes issus de la réforme du droit du divorce sont néanmoins révélateurs ou instigateurs d'une évolution sociale sur le plan de la conception des droits alimentaires.

Le droit actuel de la pension après divorce traduit en effet une conception résolument individualiste. En réformant les causes du divorce et ses effets, la loi du 27 avril 2007 modifie radicalement le sens du lien alimentaire après la dissolution du mariage : il ne s'agit plus de sanctionner un conjoint fautif ou d'indemniser un conjoint innocent de la perte du devoir de secours mais de venir temporairement en aide à un conjoint dans le besoin.

Ce constat résulte du texte de l'article 301 du Code civil lui-même.

D'une part, l'individu doit veiller à conserver une certaine autonomie

économique. Une pension alimentaire après divorce ne lui sera en effet accordée que si son état de besoin ne résulte pas d'une décision unilatérale dans son chef, faute de quoi il devrait en assumer seul les conséquences malheureuses.<sup>29</sup> Par ailleurs, le montant de la pension alimentaire est déterminé en tenant compte non seulement des ressources personnelles du créancier, mais également de ses facultés,<sup>30</sup> ce qui démontre que l'époux dans le besoin doit, en priorité, retrouver ce qu'on pourrait appeler une « individualité économique ». Dès lors que le lien de couple est défait, il ne doit plus rester que deux individus indépendants l'un de l'autre. Dans sa vision du couple, le droit belge actuel part donc de l'idée que les conjoints sont égaux sur le plan économique, et complètement indépendants l'un de l'autre, ou à tout le moins en voie de l'être,<sup>31</sup> puisqu'en limitant dans le temps et dans le montant la pension après divorce, le législateur belge entend inviter – généralement encore les femmes – à s'investir de manière active dans une activité professionnelle susceptible de leur garantir une totale autonomie financière.

D'autre part, le droit concède que l'état de besoin d'un des époux au moment de la dissolution du mariage peut résulter de décisions prises en commun. La pension alimentaire après divorce peut dès lors être considérée comme la mise en œuvre de la responsabilité du conjoint le plus fortuné quant à l'état de besoin de son ancien conjoint. Cette responsabilité est nécessairement partagée, c'est-à-dire qu'elle a au moins été acceptée par l'époux moins bien nanti, de telle sorte qu'il doive aussi supporter, au moins en partie, les conséquences du mode de vie mené durant la vie commune. Cette conception se traduit dans le droit actuel par l'idée qu'il ne peut plus, en tous cas pas *nécessairement*, prétendre au maintien de son niveau de vie. L'étendue de la solidarité économique entre les ex-conjoints dépendra en effet du « comportement des parties quant à l'organisation » de leur vie commune.

La solidarité alimentaire est donc réduite en termes de montant et de durée. On peut se demander, si, à travers ces restrictions, l'intention du législateur n'était-elle pas de minimiser les effets financiers de la relation conjugale autres que ceux que le couple aurait choisi d'adopter dans son contrat de mariage. Ou encore d'encourager les conjoints à éviter d'instaurer entre eux, pendant la vie commune, des dépendances sur le plan économique. La loi du 27 avril 2007 rejoindrait alors la conception de la relation « pure » décrite par Anthony Giddens, où le mariage n'est que partage des sentiments, et le moins possible partage d'argent.<sup>32</sup>

Entre autonomie, engagement et responsabilité, le sens actuel de la pension après divorce, et plus généralement, de la solidarité alimentaire conjugale, se cherche encore en droit belge.

Il convient cependant de concéder que le sens d'une solidarité conjugale qui existerait postérieurement à la séparation des conjoints ou à la dissolution de leur statut conjugal, n'apparaît pas nécessairement avec davantage d'éclat dans les systèmes juridiques étrangers.

## 2 En droit comparé

Deux tendances paraissent se dégager dans le paysage juridique européen, l'une axée sur une justification indemnitaire, l'autre sur une justification alimentaire. Selon une conception indemnitaire, il convient de solder les effets économiques du divorce par la recherche d'un équilibre financier relatif entre les conjoints au



moment du divorce. L'opération consiste donc à comparer, au jour du divorce, les situations économiques respectives des époux et, en cas de « disparité » entre eux, de la compenser. Il ne faut cependant pas s'y tromper : toute disparité ne fait pas l'objet d'une indemnisation, encore moins d'une réelle compensation. Cette logique indemnitaires est l'option prise par le législateur français depuis la réforme de 1975,<sup>33</sup> confirmée par les réformes successives de 2000<sup>34</sup> et de 2004,<sup>35</sup> celle du législateur espagnol,<sup>36</sup> ainsi que celle à laquelle songe le législateur luxembourgeois.<sup>37</sup> C'est aussi le principe adopté par la jurisprudence anglaise.

Selon une conception alimentaire, chaque époux est supposé assurer lui-même son autonomie financière après la dissolution du mariage, dès lors que le devoir de solidarité entre les époux s'est éteint avec le mariage.<sup>38</sup> Une obligation alimentaire n'est prévue qu'à titre d'exception, lorsque cette autonomie fait défaut en raison de circonstances qui ne sont pas imputables au conjoint économiquement plus faible, et parfois même dont l'autre conjoint partage la responsabilité. Les pays scandinaves se situent clairement dans cette optique.<sup>39</sup> Les Pays-Bas<sup>40</sup> et l'Allemagne<sup>41</sup> connaissent également des justifications similaires pour l'obligation alimentaire après le divorce. La Belgique a également pris cette option lors de la réforme du divorce en 2007. Les conditions d'accès à l'obligation alimentaire et leur régime diffèrent d'un droit à l'autre, révélant des conceptions variées autour de la même notion : l'autonomie de chacun des époux après la dissolution du mariage.<sup>42</sup>

A la réflexion, les deux types de justifications, indemnitaires et alimentaire, convergent cependant vers des objectifs identiques: restaurer l'autonomie des deux conjoints et garantir une certaine équité au niveau des conséquences financières de la séparation.

## Le droit français

La parité dans les conditions de vie, objectif de la prestation compensatoire, est justifiée par l'équité.<sup>43</sup> Cela signifie qu'en 1975, il paraissait conforme à l'équité que le divorce n'altère pas, ou le moins possible, le niveau de vie des deux époux. Le cas échéant, il y avait lieu de compenser dans le chef de l'un d'eux les conséquences économiques de la disparition du lien conjugal.

Derrière une formule très large, censée en apparence compenser toute disparité entre les époux causée par la disparition du lien conjugal, apparaît une pratique judiciaire plus nuancée et plus stricte. Outre le fait que les débats judiciaires autour de la prestation compensatoire se soldent généralement par une décision sibylline en matière de motivation, perçue même comme arbitraire,<sup>44</sup> il en ressort néanmoins que ne peuvent donner lieu à compensation que les disparités issues du mariage en lui-même. Ni les disparités créées par le régime matrimonial choisi par les époux,<sup>45</sup> ni les disparités qui résultent de la carrière professionnelle, des capacités personnelles, ou encore de la gestion du patrimoine ne constituent des critères qui pourraient justifier une prestation compensatoire.<sup>46</sup> En réalité, le juge, qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation du caractère « équitable » de la prestation compensatoire,<sup>47</sup> s'attache surtout à compenser les injustices flagrantes qui résultent de la renonciation par un époux à des opportunités professionnelles pour se consacrer aux enfants, au ménage, voire à l'activité professionnelle de son conjoint.<sup>48</sup> Etant donné que l'équilibre entre les conjoints doit être apprécié en termes de « niveau de vie » et non de « fortunes »,<sup>49</sup> le droit à la prestation compensatoire ne dispense pas le conjoint le moins nanti d'œuvrer à atteindre par lui-même ce niveau de vie qu'il menait pendant le mariage. C'est dans cette logique que le juge français tient compte, pour déterminer l'ampleur de la prestation

compensatoire, de l'état de « besoin » du conjoint créancier, lequel dépend des capacités personnelles de ce conjoint à bénéficier de ressources suffisantes.<sup>50</sup> Chaque époux doit en effet retrouver son autonomie financière, mais cette autonomie s'apprécie, du moins en théorie, au regard du niveau de vie au cours du mariage.<sup>51</sup> C'est en ce sens qu'il faut comprendre la notion de « besoins » dans le chef du créancier de la prestation.<sup>52</sup>

La formulation du droit à la prestation compensatoire paraît plutôt généreuse, et fondée sur le niveau de vie acquis par les époux au cours de leur mariage. Il apparaît cependant que la pratique en révèle un visage quelque peu différent, celui de la compensation des conséquences de la communauté de vie en tant que telle plutôt que des conséquences du divorce.

## Le droit espagnol

Le droit espagnol adopte des principes comparables au droit français puisque l'objectif de la prestation compensatoire espagnole est de compenser un déséquilibre créé par le divorce dans les conditions de vies respectives des conjoints.<sup>53</sup>

Le critère de l'état de besoin ne figure pas dans le Code civil espagnol, contrairement au droit français. En droit espagnol, en effet, la disparité s'apprécie en fonction du niveau de vie des époux au cours de leur mariage, alors qu'en droit français, la disparité est évaluée en comparant la situation économique des deux époux au moment du divorce.

Cependant, ces différences au niveau de la définition du concept de disparité n'empêchent pas de trouver des similitudes étroites entre les régimes français et espagnol. En droit espagnol, comme en droit français, une prestation compensatoire pourra être allouée au conjoint qui dispose de ressources suffisantes pour assurer son entretien, pour autant que l'autre conjoint dispose de ressources nettement supérieures.<sup>54</sup> Ce n'est en effet pas la situation de « besoin » du créancier qui en principe guide le juge lors de la détermination du montant de la prestation, mais la comparaison entre deux niveaux de vie.

La prestation compensatoire est purement indemnitaire de la perte économique entraînée par le divorce. Cette perte économique est néanmoins appréciée de manière dynamique : le conjoint divorcé à un âge jeune est censé disposer des aptitudes nécessaires pour compenser lui-même la disparité à laquelle il se trouve confronté au moment du divorce. Le droit espagnol ne dispense donc pas le créancier de la prestation compensatoire de tenter d'atteindre par lui-même ce niveau de vie auquel son mariage lui a donné droit. La prestation compensatoire a vocation à combler la perte économique qui subsisterait malgré la mobilisation des capacités du créancier.

## Le droit anglais

La particularité du droit anglais réside dans l'unité de régime entre le règlement patrimonial et le droit à une prestation financière.<sup>55</sup> Celle-ci fait en effet partie de la procédure de liquidation des biens des époux : elle constitue un instrument d'équité entre les mains du juge, à côté de son pouvoir d'attribuer les biens acquis pendant la vie commune, à l'un ou l'autre époux.<sup>56</sup>

La justification liée à une prestation alimentaire est donc celle qui gouverne la gestion des effets patrimoniaux du divorce. La répartition des biens et des revenus au moment du divorce doit aboutir à corriger les inégalités économiques entre les conjoints constatées au moment de la dissolution du mariage. C'est donc bien un principe d'égalité qui, traditionnellement, sous-tend le règlement financier du divorce.<sup>57</sup> Cette recherche d'égalité serait motivée par le souci de

reconnaître les investissements respectifs des deux conjoints, peu importe qu'il s'agisse de prestations en nature ou en argent, en consacrant l'idée qu'ils doivent assumer ensemble les pertes et bénéfices produits par le mariage.<sup>58</sup>

Les transferts financiers au moment de la dissolution du mariage poursuivent en réalité deux objectifs : d'une part, compenser les inégalités économiques entre les époux, en d'autres mots, assurer à chacun le maintien du niveau de vie du mariage et d'autre part, compenser l'investissement d'un époux dans la carrière ou les activités économiques de l'autre.<sup>59</sup> Etant donné que le « clean break » représente une préoccupation majeure du juge anglais,<sup>60</sup> ces deux objectifs doivent être prioritairement atteints par un partage de biens, et en cas d'insuffisance, par une rente.<sup>61</sup>

L'option est donc, comme en droit français et en droit espagnol, indemnitaire.<sup>62</sup> Comme en droit espagnol, l'état de besoin du conjoint créancier ne constitue pas un critère pertinent.<sup>63</sup> Il faut plutôt se référer au niveau de vie des époux en cas de poursuite de la vie commune,<sup>64</sup> à condition que les ressources des conjoints permettent d'atteindre cet objectif.<sup>65</sup>

## Le droit des pays scandinaves

Dans les pays scandinaves, chaque époux doit assumer, après le mariage, son autonomie financière. Une pension alimentaire n'est prévue qu'en cas de besoin, c'est-à-dire en cas d'incapacité à atteindre cette autonomie économique.<sup>66</sup>

L'obligation alimentaire semble trouver son fondement dans la compensation de la perte d'autonomie qui résulte de la répartition inégale des tâches communes entre les conjoints. C'est explicitement le cas en Norvège.<sup>67</sup> Ce principe régit aussi le droit des autres pays scandinaves mais le Danemark et la Suède permettent néanmoins l'allocation d'une pension alimentaire à un conjoint dont le manque d'autonomie ne découle pas directement de la réduction du temps de travail pour s'occuper des enfants, mais résulte malgré tout du mariage, ce qui peut être le cas lorsque l'union a été de longue durée, et qu'un conjoint se trouve dépendant financièrement à un âge où il n'a plus de possibilité de retrouver un emploi.<sup>68</sup> En tout état de cause, le niveau de vie des époux au cours du mariage ne constitue pas un critère pertinent dans la détermination de la pension alimentaire.

En conséquence de ces principes, les pensions alimentaires dans les pays scandinaves sont allouées avec parcimonie, pour une durée limitée et n'atteignent que de faibles montants.<sup>69</sup>

## Le droit allemand

Les règles du Code civil allemand visent, comme celles des pays scandinaves, le retour à l'autonomie de chaque époux après le divorce.<sup>70</sup> Ce principe figure de manière explicite dans le Code civil à l'article 1569. Une obligation alimentaire n'est prévue que dans des hypothèses déterminées, qui illustrent bien le principe général.

La première raison qui permet à un époux de réclamer à l'autre une pension alimentaire est le manque d'autonomie financière causée par l'investissement de l'époux dans l'éducation des enfants, pendant au moins trois ans.<sup>71</sup> La pension alimentaire sera due, dans ce cas, aussi longtemps que nécessaire et devra être évaluée en fonction du niveau de vie des époux pendant le mariage.<sup>72</sup>

L'article 1576 BGB est également symptomatique du principe d'autonomie

financière après le divorce : une pension alimentaire peut être obtenue pour la durée nécessaire à l'accomplissement de formations professionnelles par l'époux dépendant. La durée autorisée pour reprendre des études ou suivre des formations dépend de l'impact du mariage sur la dévalorisation professionnelle encourue.

La pension alimentaire peut donc être considérée comme le prolongement, après le divorce, de la solidarité née du mariage, au motif que le mariage a directement provoqué l'incapacité d'un des époux à assurer seul, immédiatement, son entretien personnel.

Une pension alimentaire peut cependant aussi être accordée lorsqu'un conjoint ne peut plus espérer recouvrer son autonomie financière, en raison de son âge,<sup>73</sup> de son état de santé,<sup>74</sup> ou de toute autre raison tout à fait particulière.<sup>75</sup> Ce sont des raisons d'équité<sup>76</sup> qui fondent alors le droit à une pension alimentaire.

Le droit allemand prend un soin particulier à prendre en compte les obstacles à l'autonomie financière liés à l'éducation des enfants,<sup>77</sup> en adéquation sans doute avec la situation sociale de ce pays.<sup>78</sup>

## Le droit néerlandais

Comme dans les droits scandinaves et allemand, la pension après divorce revêt un caractère uniquement alimentaire : elle est censée répondre à une situation de « besoin », dans la mesure des capacités du débiteur d'aliments.<sup>79</sup> Le juge dispose en principe d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire pour déterminer le montant de la pension alimentaire, dès lors qu'il peut tenir compte d'une série de facteurs d'ordre économique – les revenus et charges respectives des parties – mais aussi de la durée du mariage, de l'âge des parties, de la présence ou non d'enfants, du comportement éventuel du créancier, etc... Une Conférence de magistrats a cependant développé des normes qui permettent de calculer de manière objective les pensions alimentaires, lesquelles sont largement appliquées par la jurisprudence.<sup>80</sup> En application de ces « normes », la première étape pour déterminer le droit à la pension alimentaire consiste à évaluer la capacité du débiteur de supporter la pension, après avoir déduit de ses revenus les pensions dues pour l'entretien des enfants éventuels. Un certain niveau de revenus doit en effet être laissé au débiteur d'aliments.<sup>81</sup> Cette manière de procéder confirme la nature alimentaire de la pension après divorce : il s'agit d'une obligation de solidarité envers un ancien époux, qui n'est due qu'à condition que le débiteur dispose de revenus excédentaires par rapport à son propre entretien et à celui de ses enfants.

La perception alimentaire de la pension n'empêche cependant pas, si les revenus du débiteur le permettent, d'apprécier largement les « besoins du créancier », le cas échéant en fonction du niveau de vie des époux au cours du mariage.<sup>82</sup> Dès lors que le débiteur conserve une somme suffisante pour faire face à ses besoins raisonnables, il est admis que le montant de la pension alimentaire soit fixé de telle manière que chacun des ex-époux dispose de la même somme disponible, c'est-à-dire après avoir décompté le minimum vital et les charges élémentaires.<sup>83</sup>

## Le droit suisse

Le droit du divorce a été réformé en Suisse en 1998<sup>84</sup> dans le sens d'une

suppression de la prise en compte de la faute tant au niveau des causes de divorce que de ses effets. La pension alimentaire après divorce repose à présent sur une série de facteurs énumérés de manière exemplative dans le Code civil.<sup>85</sup> A l'image de la complexité des conséquences économiques d'une relation conjugale, ces critères sont nombreux et divers, au point qu'il paraît difficile de cerner l'objectif que devrait poursuivre le paiement d'une pension après divorce. Tout à la fois, apparaissent la volonté du législateur de favoriser un « clean break » entre les époux, comme celle de compenser une répartition inégalitaire des tâches, et, par conséquent, des ressources, entre les époux pendant la vie commune.<sup>86</sup> Dès lors, d'un côté, on exige du conjoint créancier qu'il mette tout en oeuvre pour parvenir à assurer lui-même sa subsistance, et d'un autre côté, le niveau de vie qu'il est censé atteindre, au besoin grâce à la pension alimentaire, est celui que les époux menaient durant leur vie commune. Ces tensions entre objectifs contradictoires, autonomie et solidarité, donnent à la pension après divorce une dimension floue et laisse une perception d'insécurité juridique auprès des justiciables.<sup>87</sup>

### Comparaison...

Cette brève comparaison de quelques législations étrangères révèle que l'autonomie financière de chacun des époux après le divorce apparaît comme un principe fondamental<sup>88</sup> de manière telle que l'obligation alimentaire ou la prestation compensatoire n'est généralement présentée que comme une exception, un mécanisme correcteur du défaut d'autonomie, révélé par un état de « besoin ».<sup>89</sup> Cette perspective gagne tous les systèmes juridiques.<sup>90</sup> Elle résulte de ce que le mariage est devenu une relation séquentielle dans la vie d'un individu. La dissolution d'un mariage devrait donc entraîner la cessation de l'ensemble des liens de nature conjugale, y compris l'obligation de subvenir aux besoins de son époux.

Dans notre recherche d'une justification pour une solidarité financière post-conjugale, le droit comparé nous livre quelques pistes de réflexion.

Premièrement, les droits des pays européens convergent progressivement vers l'idée que le mariage ne devrait plus placer un conjoint dans une situation de dépendance économique vis-à-vis de l'autre, et que le droit doit à tout le moins éviter d'encourager une telle situation.

Des mécanismes solidaires doivent cependant être mis en place, essentiellement lorsque l'un des conjoints a subi une perte d'autonomie parce qu'il a assumé principalement l'éducation des enfants. Le fait de s'occuper des enfants pendant la vie commune constitue le seul critère qui permet toujours de solliciter une intervention financière de la part de son ancien partenaire pour une période postérieure à la rupture.<sup>91</sup> En dehors de cette hypothèse commune à tous les droits, les justifications qui accompagnent les transferts d'argent entre les époux au-delà du divorce s'illustrent surtout par leur diversité.

Deuxièmement, l'intervention financière d'un conjoint au profit de l'autre après le divorce dépend étroitement à la fois du régime matrimonial en vigueur dans le pays concerné et des politiques sociales axées sur l'accueil des enfants en bas âge. Il n'est donc pas évident d'extrapoler un système d'un pays à un autre.<sup>92</sup>

Troisièmement, les droits européens ne prévoient de solidarité financière après la rupture d'une union conjugale que s'il s'agit d'un mariage, ou parfois d'un partenariat légal, comme si seul *l'engagement en droit* permettait de justifier, en

droit, une norme solidaire postérieure à la rupture. Nous reviendrons sur cette question du champ d'application.

### ***B Critique d'ordre sociologique et économique***

Le couple est devenu polymorphe et se prête difficilement à la définition, depuis qu'il s'est échappé des liens du mariage.<sup>93</sup> D'une part, en effet, le couple éclot en marge du mariage et d'autre part, le mariage lui-même est devenu plus volatile et éphémère. La question que nous nous posons est de savoir si cet état de fait, ce « démariage »<sup>94</sup> a des conséquences sur la manière dont les couples – mariés ou non-mariés – organisent entre eux la gestion et l'affectation de leurs ressources financières.

Plusieurs sociologues se sont penchés sur le sujet.<sup>95</sup> Leurs études ont démontré que le mélange complexe d'autonomie et de dépendance qui caractérise la relation de couple n'existe pas uniquement dans le cadre bien défini et organisé du mariage.

Poursuivant l'objectif de proposer un droit à une prestation économique en cas de rupture du couple qui soit en adéquation avec le fonctionnement contemporain de la relation conjugale, il convient à présent de se demander si les échanges d'ordre économique qui interviennent au sein des couples sont productifs de solidarité, et, dans l'affirmative, à quelles conditions et dans quelle mesure. Ce sera l'objet d'un premier point.

Dès lors qu'a pu être démontrée l'existence d'une certaine solidarité pendant la vie commune, il convient, dans un second point, de se demander ce que deviennent ces échanges économiques en cas de séparation et quelles sont les conséquences de la rupture de la relation conjugale sur la situation économique des partenaires.

## **1 L'émergence spontanée d'une solidarité au sein des couples**

La relation de nature conjugale, que le couple soit ou non marié, implique nécessairement une foule d'échanges entre les conjoints. Les échanges constituent même le fondement de la conjugalité.<sup>96</sup> Echanges affectifs, échanges symboliques, mais aussi, inévitablement, échanges matériels. Le partage d'un toit, épice de projets communs, d'activités communes, voire d'enfants communs, fait naître inexorablement des liens d'interdépendance,<sup>97</sup> quoique s'en défendent parfois les intéressés. Interdépendance sans doute imperceptible si les partenaires tiennent à garder chacun la maîtrise complète de leurs propres revenus et biens, mais néanmoins bien présente.

La relation conjugale nécessite dès lors, dans une certaine mesure, des affectations communes d'une partie au moins des ressources des conjoints. Il résulte de diverses études que ces affectations des ressources peuvent prendre des allures diverses, allant du partage intégral des revenus au partage par moitiés des seules dépenses communes, selon des facteurs qui le sont tout autant.<sup>98</sup> A cet égard, il convient de relever que la norme de répartition des revenus qui est adoptée par le couple ne répond pas nécessairement à des considérations ou à des impératifs rationnels.<sup>99</sup> L'argent ne revêt en effet pas seulement une utilité matérielle. Il est également signifiant du lien.<sup>100</sup> Or, le propre de la relation amoureuse invite à renoncer au calcul et à l'équilibre<sup>101</sup> car

« en amour, on ne compte pas ». Par ailleurs, le sentiment amoureux, à travers lequel l'individu cherche la reconnaissance de l'autre, peut mener à accepter, voire à proposer même, une norme de répartition des ressources qui, objectivement, ne peut être considérée comme équitable pour celui qui la propose.

Les sociologues ont constaté que certains couples fonctionnaient par exemple davantage sur un mode communautaire ou « fusionnel », <sup>102</sup> tant sur le plan de leurs activités que sur le plan économique, et connaissaient donc un degré plus étroit de solidarité, tandis que d'autres adoptaient plutôt un mode conjugal « associatif ». <sup>103</sup>

De la manière dont les conjoints perçoivent leur argent et celui de l'autre, de la manière dont ils usent de l'argent individuel ou commun, ressort la manifestation du lien qu'ils entretiennent l'un envers l'autre. <sup>104</sup> Des considérations d'ordre subjectif conduisent dès lors certains couples à se placer dans des situations qui, sur le plan économique, ne correspondent pas à l'idéal d'un couple formé de deux être égaux et autonomes. L'exemple le plus significatif est sans doute celui d'un cohabitant de fait qui renonce à son activité professionnelle pour suivre son partenaire à l'étranger, sans qu'aucun des deux ne se soucie de prévoir un partage des biens et des ressources destiné à compenser cette perte d'autonomie financière.

Par ailleurs, au-delà de la problématique du choix, par le couple, de la norme de répartition des revenus – choix conscient ou non –, on ne peut que constater que malgré l'incontestable égalité de droits entre les conjoints, <sup>105</sup> la relation conjugale continue de produire des liens de dépendance entre eux, notamment économique. La promotion des concepts d'égalité et d'autonomie n'a en effet pas encore enrayé les traditionnelles répartitions des rôles parentaux entre les conjoints, en vertu desquelles c'est encore souvent la mère qui réduira ses perspectives professionnelles lorsque, par exemple, le soin et l'éducation des enfants ne paraissent plus compatibles, ou ne paraissent plus s'harmoniser idéalement, avec les activités professionnelles des deux parents. <sup>106</sup>

Durant la vie commune, la question de la solidarité conjugale ne se pose pas, puisqu'elle est spontanée et à peine perceptible. Couples mariés ou non mariés adoptent d'ailleurs, durant la vie commune, des comportements solidaires relativement similaires. <sup>107</sup> Toute relation conjugale s'accompagne en définitive d'un fort sentiment de solidarité réciproque entre les partenaires. Cette solidarité n'est cependant pas donnée une fois pour toutes, elle n'est pas non plus figée dans son intensité, et, finalement, sa justification profonde semble appartenir au couple lui-même, puisqu'elle constitue l'une des manifestations du contenu de la relation conjugale elle-même.

Fortement ancrés dans le sentiment amoureux, il convient ensuite de se demander ce que deviennent les échanges économiques en cas de séparation du couple, marié ou non.

## **2 Les conséquences économiques de la rupture de la relation conjugale**

Libérée pour l'essentiel de contraintes sociales qui ont pu autrefois peser sur sa conclusion, et plus récemment encore, sur son maintien, la relation conjugale fondée sur la persistance du sentiment amoureux est actuellement devenue plus

fragile.<sup>108</sup>

Au moment de la séparation, l'ensemble des échanges produits pendant la vie commune sont remis en cause. Sur le plan financier, c'est l'heure de se répartir les dettes éventuelles à l'égard de tiers – remboursements d'emprunts, paiement de primes d'assurances, etc... –, de se répartir le cas échéant le coût des enfants et de procéder aux comptes de ce que la vie conjugale a produit comme richesses. Nous laissons au droit des régimes matrimoniaux, voire au droit commun des obligations, la répartition entre les conjoints des biens acquis durant la vie commune. Ce partage se fera selon une optique séparatiste ou communautaire en fonction des choix antérieurs des époux et en fonction du statut qu'ils ont donné à leur union.

Restent les autres « capitaux »,<sup>109</sup> notamment sociaux et professionnels, c'est-à-dire les capacités à nouer des relations sociales et/ou professionnelles susceptibles d'ouvrir des accès à des ressources financières. Lors de la séparation, chacun repart avec les siens, qu'il est invité à exploiter au mieux afin de reconquérir une autonomie financière, puisque, en l'état actuel du droit, soit aucune aide financière n'est prévue si le couple n'était pas marié, soit cette aide est conditionnée à l'exploitation par le conjoint dans le besoin de toutes ses facultés pour obtenir par lui-même des revenus.

Or, les « capitaux professionnels » se sont rarement développés de manière identique pour les deux conjoints au cours de leur vie commune. Les analyses menées par les sociologues ont en effet abouti à la démonstration que la carrière professionnelle d'un homme marié se développait davantage que celle d'un homme célibataire et de manière bien supérieure à celle d'une femme mariée, qui elle-même connaissait une valorisation professionnelle inférieure à celle d'une femme célibataire. Ces chiffres statistiques démontrent qu'au sein du mariage – ou de l'union conjugale hors mariage – la carrière de l'un des époux prend de la valeur au détriment de celle de l'autre.<sup>110</sup>

Des études ont démontré qu'après une séparation conjugale, ce sont les femmes qui subissaient les plus grands revers en termes de niveaux de vie, laissant même apparaître que les hommes bénéficiaient au cours des deux années qui suivaient la séparation d'une augmentation de leur revenu disponible...<sup>111</sup> Ceci s'explique par la conjonction de plusieurs facteurs : étant donné qu'elles se sont généralement davantage consacrées à l'éducation des enfants durant la vie commune, elles ont moins exploité leur « capital professionnel ». <sup>112</sup> Pour la même raison, ce seront encore elles qui prendront en charge la majeure partie du temps d'hébergement après la séparation, entravant encore, à ce moment-là, d'une part l'exploitation optimale de leur potentiel professionnel et d'autre part, l'accès à des activités sociales et culturelles qui leur permettraient de rencontrer un nouveau conjoint.<sup>113</sup> Les contributions alimentaires et pensions après divorce, ni les droits sociaux, ne compensent généralement cette diminution de niveau de vie, soit que ces pensions sont d'un montant insuffisant, soit qu'elles ne sont pas payées.<sup>114</sup> La perte sensible de niveau de vie est ressentie tant par les femmes qui disposaient de revenus faibles qu'élevés. Le niveau de qualification et de revenus de la femme ne la protège donc pas contre un revers financier important au moment de la séparation.<sup>115</sup> Par contre, le nombre et l'âge des enfants pèsent de manière conséquente sur l'importance de la chute de revenus disponibles : plus le nombre d'enfants est important et plus ils sont jeunes, plus leur mère subira le contrecoup financier de la séparation.<sup>116</sup>



Ces constats ne diffèrent pas sensiblement selon que le couple a été ou non marié, voire qu'il ait conclu une cohabitation légale. Les couples non mariés ne semblent en effet pas veiller à conserver, plus que les couples mariés, leur indépendance financière. Or, si l'absence de mariage peut signifier, chez certains couples, le rejet de toute réglementation juridique de la relation, cette préoccupation apparaît en réalité très marginale parmi les couples qui ne se marient pas.<sup>117</sup> Ce sont souvent des raisons philosophiques, voire simplement pratiques, qui laissent la plupart des couples en marge du mariage.<sup>118</sup> Certains prennent la peine d'organiser les aspects financiers de leur relation dans des conventions, essentiellement ceux qui ont fait le choix d'une cohabitation légale.<sup>119</sup> De nombreux couples non mariés ne songent pas – ou répugnent à songer – à ces questions financières.<sup>120</sup>

Les mécanismes juridiques actuels tendant à rétablir un certain équilibre économique entre les conjoints paraissent en définitive peu opérants. Sans doute ne faut-il pas espérer neutraliser toutes les conséquences économiques d'une rupture au moyen de seuls droits de nature alimentaire ou compensatoire entre les conjoints, mais à tout le moins serait-il utile de s'interroger sur le *champ d'application* de la norme actuelle – réservée aux seuls époux qui ont été mariés – ainsi que sur ses *objectifs* et sa *portée*.

### III Propositions de mécanismes juridiques justifiés par le fonctionnement contemporain de l'économie conjugale

Les enquêtes menées par différents sociologues démontrent que toute relation de couple requiert une mise en commun d'au moins une partie des ressources respectives des partenaires. Ces enquêtes démontrent aussi qu'une rupture d'une relation conjugale entraîne généralement l'un des partenaires dans des difficultés financières, parfois de manière dramatique.

S'il est évident que les capacités professionnelles ne sont pas identiques pour tous, et que, dès lors, il ne peut être question de vouloir égaliser les niveaux de vie des conjoints, il est néanmoins interpellant de constater, qu'en l'état actuel du droit, l'union conjugale, indépendamment du cadre formel de cette union, semble parfois générer une régression économique dans le chef de l'un des partenaires, par rapport aux capacités de celui-ci avant cette union.

Il serait bien sûr naïf de croire que des mécanismes de droit civil permettraient de neutraliser complètement les difficultés financières que provoque une séparation conjugale pour un des partenaires au moins. Une rupture conjugale place fréquemment les deux anciens partenaires face à des difficultés financières nouvelles, la faiblesse de leurs revenus cumulés empêchant tout maintien de solidarité entre eux après leur séparation. Le recours à l'aide sociale s'avère inéluctable dans ces hypothèses.

Ces considérations ne devraient cependant pas nous empêcher de réfléchir à des mécanismes de droit civil qui pourraient œuvrer à une prise en compte plus *valorisante* des échanges économiques produits au cours de la vie conjugale, alors que généralement, l'accent est actuellement placé sur le *défaut* d'autonomie ou sur sa *dégradation*.

La première question à se poser est celle de savoir s'il revient à un ancien partenaire de maintenir certains transferts économiques alors que le couple a mis fin à la relation affective, et, dans l'affirmative, s'il peut s'y voir *contraindre*

*par le droit* (A.). Il convient ensuite de cerner le *champ d'application* d'une solidarité post-conjugale. Si des échanges économiques se produisent dans tous les couples, faut-il pour autant prévoir une obligation de solidarité post-conjugale pour tous (B.)? Enfin, Il faudra définir la *portée* de cette obligation de solidarité, en adéquation la plus proche possible avec le contexte économique dans lequel évoluent les partenaires, au cours de leur vie commune et au moment de leur séparation (C.).

### ***A De la solidarité spontanée à la solidarité obligée***

La solidarité qui existait entre les conjoints pendant la vie commune tend à disparaître en même temps que l'affection qui liait ces derniers. La prolongation de cette solidarité au-delà de la rupture de la relation, au moyen d'une obligation légale à charge des conjoints, nous est apparue nécessaire, tant sur un plan économique, que symbolique.<sup>121</sup>

Sur le plan économique, la fragilité du lien conjugal entraîne la paupérisation du conjoint qui, soit ne dispose pas d'une capacité économique suffisante, soit assume au-delà de ses capacités les charges parentales. Ce conjoint est souvent la femme. Une intervention extérieure s'avère donc *a priori* nécessaire pour soutenir cette personne en difficulté, même si la difficulté paraît passagère,<sup>122</sup> *a fortiori* lorsqu'elle s'avère irréversible...

Sur le plan symbolique, mettre cette intervention à charge de l'ancien conjoint constituerait la reconnaissance par le droit de la réciprocité et de la valeur de l'ensemble des échanges qui ont eu lieu pendant la vie commune, d'ordre financier ou non. Dès lors que la communauté de vie a provoqué, voire seulement entériné, une situation de dépendance financière d'un conjoint envers l'autre, il nous est apparu que cette situation de dépendance relevait de la responsabilité des deux conjoints. Les conséquences de la rupture de la vie commune, en ce qu'elles découlent en réalité directement de la communautarisation antérieure de moyens économiques, devraient être assumées par eux deux. Cette responsabilisation des conjoints par rapport aux conséquences post-conjugales de leur vie commune donne sens et valeur à la relation elle-même : lorsque le droit assortit la relation conjugale d'une responsabilité économique de l'un envers l'autre, il « institue »<sup>123</sup> cette relation, il reconnaît les échanges qui s'y sont produits et leur donne force en apportant des garanties à leur équilibre.

### ***B Les bénéficiaires d'une solidarité économique obligée : les « conjoints »***

#### **Enoncé de la problématique**

Le mariage constitue l'expression la plus éclairante de la conjugalité. Il signifie que le couple s'engage dans la durée, ce qui implique notamment l'instauration de liens solidaires. On ne peut cependant que constater que le mariage ne détient pas le monopole de la création d'une solidarité économique.

La donne a en effet changé depuis que le mariage a perdu sa vocation sociale d'unir les couples.<sup>124</sup> Jusqu'au milieu du XXe siècle, le mariage était quasiment incontournable, de telle sorte que la grande majorité des couples bénéficiait d'office de la protection légale. C'était donc la norme sociale qui conduisait à la protection juridique. Depuis que le mariage a perdu cette fonction sociale,

puisqu'aujourd'hui, le couple ne subit plus aucune stigmatisation en raison de l'absence de mariage, de nombreux couples échappent à la protection qui s'imposait autrefois à eux. La norme sociale n'exerce donc plus cette fonction de fournir du droit aux couples.<sup>125</sup>

On assiste par conséquent à un désengagement du droit de la relation conjugale. En effet, alors qu'au cours du XIXe et de la première moitié du XXe siècle, le droit à une pension alimentaire après divorce s'appliquait à la très grande majorité des couples, puisque la norme sociale imposait le mariage, on ne peut que constater que l'ouverture de la norme sociale à d'autres formes de vie en couple ne s'est pas accompagnée de cette même ouverture par le droit. C'est assurément le cas en droit belge puisque seuls les époux mariés bénéficient d'un droit à une pension alimentaire en cas de séparation et en cas de divorce. Certains droits européens ont pourtant élargi la catégorie des « conjoints » susceptibles de bénéficier de cette protection légale, sans jamais, cependant, viser l'ensemble des couples.

### Aperçu de droit comparé

En droit belge, il est considéré que la pluralité des formes de vie en couple signifiait aussi une pluralité de protections juridiques, cette pluralité se résumant cependant, en termes de solidarité alimentaire, à une dualité entre le tout – dans le cadre du mariage – et le néant – pour les autres formes de vie en couple.

Dans les droits des pays voisins également, le droit à des aliments après la rupture du couple n'est actuellement organisé par la loi que pour le mariage, quoique que, parfois aussi, au profit de « conjoints » qui sans se marier, ont procédé à l'enregistrement administratif de leur relation, organisé par le droit.<sup>126</sup> L'obligation légale de fournir des aliments à un ancien conjoint ne concerne donc que des couples qui ont inscrit leur relation dans un cadre légal. Le PACS français ne va pas aussi loin en matière de protection personnelle des partenaires : si un devoir de secours est reconnu à ces derniers pendant la durée du PACS, il ne survit pas à la rupture et aucune forme de pension alimentaire ni de prestation compensatoire ne prend le relais.<sup>127</sup>

Les couples non mariés ni enregistrés bénéficient parfois de droits sociaux et fiscaux similaires à ceux des couples mariés,<sup>128</sup> et dans les pays scandinaves, ils peuvent au surplus invoquer des droits civils par rapport au logement et aux meubles dont le couple avait l'usage pendant la vie commune,<sup>129</sup> mais aucun système juridique européen ne prévoit de disposition légale qui permettrait à un conjoint de fait de réclamer à son ancien partenaire une pension alimentaire après la rupture.

La démarche ne serait pas pour autant incongrue, puisque la plupart des provinces canadiennes,<sup>130</sup> et l'Australie, qui appliquent la *Common Law*, l'ont prévu<sup>131</sup> et que le concept du « *Common Law Marriage* », pratiqué dans plusieurs Etats des Etats-Unis d'Amérique,<sup>132</sup> permet d'accorder à certains conjoints de fait les mêmes droits que les couples mariés. Des réflexions existent aussi à ce sujet en Angleterre.<sup>133</sup> Les pays de droit civil semblent donc plus frileux à cet égard.

Ne pourrait-on donc pas considérer que d'autres formes de conjugalité méritent, elles aussi, que le droit leur institue des droits et devoirs en matière de solidarité

personnelle?

## Proposition de prévoir une obligation de solidarité financière pour tous les couples

S'agissant de la cohabitation légale, il n'est pas difficile d'imaginer de renforcer les droits et obligations des cohabitants légaux, tant le régime actuel est pauvre en droits. Le PACS français a précisément été réformé en 2006 dans cette direction,<sup>134</sup> mais en limitant les droits des partenaires pacsés à un devoir de solidarité pendant la durée du Pacs. Cette réforme a été suivie par l'augmentation substantielle du nombre de PACS, surtout hétérosexuels,<sup>135</sup> ce qui démontre l'attrait d'un statut différent de conjugalité, aux côtés du mariage, mais qui assure néanmoins une protection personnelle légale minimale aux conjoints pacsés. Il nous paraît donc qu'un devoir de solidarité pourrait parfaitement être mis à charge des cohabitants légaux, et, compte tenu de la formalisation de leur relation, témoin de leur volonté d'inscrire leur relation dans un corps de droits, que l'on pourrait sans peine prévoir la prolongation de ce devoir quelque temps après la rupture et la dissolution du statut.

La question de savoir s'il faut également prévoir une obligation de solidarité financière entre les conjoints de fait, après leur séparation, est éminemment controversée.<sup>136</sup>

Les uns mettent en avant la situation économique similaire dans laquelle se trouvent tous les couples, à tout le moins lorsqu'ils élèvent ensemble des enfants.<sup>137</sup> C'est l'argument de la similitude fonctionnelle.<sup>138</sup>

Ceux qui rejettent cette idée le font au nom du respect de la liberté des individus.<sup>139</sup> C'est l'argument de l'autonomie de la volonté.

Ni la Cour européenne des Droits de l'homme,<sup>140</sup> ni la Cour de Justice des Communautés européennes<sup>141</sup> ne considèrent qu'il soit nécessaire d'égaliser les droits des couples selon qu'ils soient mariés ou non. Selon ces cours, les Etats peuvent donc organiser ou tolérer différents niveaux de conjugalités selon une préférence hiérarchique.

Dans une proposition de modèle pour un droit européen de la famille uniforme, certains proposent néanmoins de réserver les mêmes conséquences juridiques à la rupture de toute forme de vie en couple, au sein d'un mariage, d'un partenariat ou d'un simple concubinage, moyennant le respect, dans cette dernière hypothèse, de certaines conditions.<sup>142</sup> Ces conditions seraient les suivantes : la vie commune a duré trois ans, ou le couple a un enfant commun, ou encore les partenaires ou l'un d'eux ont contribué substantiellement aux charges de la vie commune. Ces conditions traduisent l'objectif poursuivi : dès lors que les deux personnes ont fait preuve d'une intention de former une entité économique commune, soit en raison d'une certaine durée, soit par la présence d'un enfant, soit encore par l'affectation de leurs ressources respectives, le couple doit être légalement protégé. Cette protection se fonde sur le principe de la responsabilité. La proposition de modèle de Code européen de la famille applique dès lors le principe - énoncé en droit belge par l'article 1382 du Code civil - selon lequel toute personne assume la responsabilité de ses actes. Lorsqu'une personne donne à une autre un certain confort matériel et, par son comportement, semble inscrire cette générosité dans une relation de couple durable, elle doit assumer les conséquences économiques de cet état de fait

qu'elle a créé.

Selon cette proposition, la différence avec le mariage résiderait alors uniquement dans le mode de preuve du statut : dans le mariage, la preuve est apportée par l'acte de mariage, alors que dans une forme spontanée de couple, la preuve peut résulter d'un ensemble d'indices et peut le cas échéant faire l'objet de discussions devant un juge.<sup>143</sup>

Nous partageons largement cette analyse. En effet, à notre avis, l'argument de l'autonomie de la volonté ne devrait pas être interprété de manière trop rigide, dans un sens que les conjoints n'ont eux-mêmes pas réellement voulu. Lorsqu'un couple ne se marie pas mais qu'il organise délibérément une dépendance économique factuelle de l'un envers l'autre, il nous paraît théorique voire erroné de soutenir que ce couple a décidé d'échapper à toute protection juridique.<sup>144</sup> Il s'agirait d'une interprétation partielle de la « volonté » appréhendée uniquement à travers l'absence de conclusion d'un mariage, en omettant la « volonté » exprimée à travers les comportements des conjoints. Il nous semble par conséquent que l'argument qui soutient que le couple qui ne se marie pas exprime la volonté de rejeter toute intervention du droit dans sa relation pêche par excès d'abstraction.<sup>145</sup>

Parmi les critères qui, selon les sociologues, semblent influencer le degré de solidarité entre les conjoints, nous proposons d'en retenir deux, en raison de leur caractère objectivable. Il s'agit de la présence d'enfants et d'une certaine durée de la relation.<sup>146</sup>

En effet, la durée, ainsi que la présence d'enfants, paraissent généralement conduire à une certaine communautarisation des ressources et des tâches communes.<sup>147</sup> La manière dont les conjoints s'organisent ainsi que la manière dont ils gèrent leurs ressources et leurs dépenses n'apparaissent que comme des conséquences d'une « intégration » rendue nécessaire par l'éducation et l'entretien des enfants ou rendue inéluctable par l'accumulation des années de vie commune.

### **Proposition de prévoir des degrés dans le pouvoir de disposer du droit, selon la forme de la conjugalité**

Elargir le champ d'application ne signifie cependant pas nécessairement appliquer à tous le même régime juridique. Aux différents degrés de conjugalité pourraient répondre autant de degrés de normes juridiques de solidarité. Le curseur de cette intensité pourrait se placer sur le caractère impératif de la protection juridique proposée: les droits solidaires pourraient relever de l'ordre public lorsque le couple a choisi expressément d'inscrire sa relation conjugale dans un encadrement juridique encore attaché socialement à une certaine intensité de solidarité – le mariage – mais ces droits pourraient n'être que supplétifs pour les autres formes de conjugalité – cohabitation légale et cohabitation de fait. L'idée consiste à prévoir une solution juridique protectrice pour les situations – nombreuses – dans lesquelles les partenaires n'ont pas songé aux aspects économiques de leur communauté de vie.

Les couples qui se marient adhèrent en effet explicitement et publiquement à un régime juridique protecteur,<sup>148</sup> même si le premier motif pour se marier n'est pas nécessairement celui-là.<sup>149</sup> Afin de donner au mariage une dimension conjugale spécifique, et de maintenir ce modèle social intimement fondé sur la

responsabilité et la solidarité, nous proposons de conforter le statut d'ordre public des droits alimentaires des époux mariés, du moins pour la durée du statut. Ces derniers pourraient modaliser, expliciter leurs droits, mais nullement y renoncer par avance, c'est-à-dire pas avant la dissolution du mariage.

Les cohabitants légaux ont ceci de commun avec les époux mariés qu'ils accomplissent également une formalité publique d'adhésion à un corps de règles juridiques. Certes, la cérémonie est différente, l'agent « public » qui reçoit leur déclaration est différent, et les droits auxquels ils adhèrent n'empruntent finalement que très peu au droit du mariage. Il n'empêche qu'ils ont pris soin d'exprimer publiquement leur conjugalité. Il ne faut cependant pas négliger le choix des partenaires pour le statut de la cohabitation légale plutôt que pour le mariage. Si l'on peut douter que ce soient des motifs juridiques qui aient gouverné ce choix,<sup>150</sup> on ne peut cependant tout-à-fait exclure que les cohabitants légaux aient souhaité se soumettre à un corps de règles plus léger. C'est la raison pour laquelle il serait peut-être préférable de prévoir qu'ils puissent renoncer à la protection légale qui serait instaurée par défaut, ou qu'ils puissent l'aménager de manière conventionnelle. Les cohabitants légaux seraient donc soumis à une obligation de solidarité entre eux après la rupture de leur statut, mais de manière supplétive.

Les mêmes considérations pourraient être appliquées aux conjoints de fait: ils seraient soumis par défaut à un devoir de solidarité financière après la rupture, si tant est qu'ils n'y aient pas renoncé. Compte tenu de l'absence de formalisme de leur relation, ils devraient, pour prétendre bénéficier de ces droits, faire d'abord la démonstration de l'existence d'une solidarité conjugale ayant existé pendant la vie commune, en établissant que cette relation satisfait aux conditions de durée ou qu'ils ont au moins un enfant en commun.

En définitive, il nous paraîtrait opportun d'élargir le champ d'application de la solidarité économique obligée à tous les couples qui auraient manifesté pendant leur vie commune un degré intense de solidarité sur le plan économique,<sup>151</sup> c'est-à-dire les couples mariés, les cohabitants légaux, mais aussi les cohabitants de fait parents d'un même enfant ou qui auraient partagé plus de trois années de vie commune, ou encore qui pourraient démontrer par toutes voies de droit l'existence d'un tel degré d'intensité de leur solidarité. L'ensemble de ces situations pourrait être qualifiée de « conjugales » et se définirait comme la relation amoureuse caractérisée par une cohabitation intégrée dans un projet orienté vers le long terme.

### ***C La portée de la solidarité économique post-conjugale***

On a déjà indiqué que la conjugalité était plurielle, tant dans ses formes – mariage, cohabitation légale ou cohabitation de fait – que dans les perceptions – fusionnelle ou autonome – que s'en font les partenaires. Une solution juridique unique ne permettrait donc pas de rencontrer ces variétés de déclinaisons et négligerait par conséquent la perception sociale de la conjugalité contemporaine.

L'appréhension différenciée, au moment de la rupture du couple, des modes particuliers d'économies conjugales adoptés par les couples au cours de leur vie commune, pourrait se traduire en droit par différents mécanismes, poursuivant quatre objectifs : garantir l'équilibre contractuel entre les conjoints (1), affirmer le principe d'une solidarité économique étroite pendant la durée de la vie

commune ou du statut conjugal (2), compenser la participation par l'un des conjoints à l'enrichissement de l'autre (3), et indemniser le dommage éventuellement encouru à cause de la rupture de la relation conjugale (4).

Il s'agit ici de propositions, soumises à la réflexion du lecteur, qui viendraient se substituer au régime actuel des droits alimentaires entre conjoints, de fait ou de droit. Par contre, le propos n'a pas la prétention d'atteindre le droit des régimes matrimoniaux tel qu'il existe actuellement, bien que des réformes semblent certes également souhaitables en ce domaine.

## 1 La garantie d'un équilibre contractuel par un contrat nommé

Certains couples revendiquent une large autonomie au niveau de l'organisation matérielle de leur relation.<sup>152</sup> Ils entendent établir ensemble le degré de communautarisation de leurs ressources et se réserver une part plus ou moins large d'autonomie financière. S'agissant d'une relation devenue privée, cette autonomie, que le droit leur reconnaît dans une certaine mesure, devrait pouvoir être préservée, à condition cependant qu'il s'agisse d'une réelle autonomie de la volonté, c'est-à-dire que chacun des conjoints ait pu contracter en toute connaissance de cause et en toute liberté.

### Enoncé de la problématique

En droit belge, sous réserve de quelques règles particulières applicables aux conventions entre couples mariés ou ayant été mariés,<sup>153</sup> les conventions entre conjoints de fait, cohabitants légaux et même entre époux divorcés, sont principalement soumises au régime du droit commun des contrats. Or, ce droit commun obéit à une logique essentiellement libérale,<sup>154</sup> selon laquelle chaque contractant poursuit l'optimalisation de ses intérêts propres, ce qui ne nous paraît pas conforme aux motivations qui animent les conjoints soucieux d'organiser leur communauté de vie et ses conséquences.<sup>155</sup>

Le caractère inadéquat de l'application du droit commun des contrats aux conventions conjugales a été mis en évidence par Nina Dethloff, dans une étude qui concerne avant tout les conventions matrimoniales, mais dont les propos nous paraissent tout à fait applicables aux conventions entre conjoints mariés ou non mariés relatives à l'organisation de leur vie commune de manière générale. Selon cet auteur, deux différences fondamentales distinguent les contrats commerciaux, de droit commun, et les conventions matrimoniales, c'est-à-dire les conventions qui ont vocation à organiser la vie commune sur le plan des échanges économiques entre les conjoints. D'une part, les échanges visés par les conventions matrimoniales sont censés se produire à terme, de sorte qu'ils sont soumis aux aléas de l'évolution du contexte dans lequel se meuvent les échanges, au contraire des contrats commerciaux qui ont pour objet l'échange immédiat de marchandises.<sup>156</sup> D'autre part, les conjoints ne disposent pas d'un pouvoir de négociation égal, car leur force de persuasion face à leur partenaire dépend de nombreux facteurs, notamment de la présence d'enfants, de l'existence d'une vie commune antérieure, de l'implication émotionnelle par rapport à la relation, mais aussi par rapport au contrat, du parcours de vie antérieur, etc..<sup>157</sup>

Ces deux difficultés conduisent les conjoints à contracter sans une suffisante connaissance de cause puisqu'ils ne savent pas dans quelles circonstances leurs droits et obligations vont évoluer ni ne mesurent la portée des obligations qu'ils contractent parce qu'ils ignorent les enjeux financiers qui risquent de se poser en

cas de rupture.<sup>158</sup>

L'étendue dans le temps de l'effet de la convention entre les conjoints, quels qu'ils soient, ainsi que le contexte affectif dans lequel cette convention est conclue, invite à réfléchir à des règles spécifiques applicables aux contrats entre les conjoints, qu'ils soient ou non mariés, ou qu'ils aient été ou non mariés. Il ne s'agit pas de museler l'autonomie de la volonté des couples mais de considérer différemment, en raison du contexte particulier de la relation conjugale, les règles relatives au consentement des parties et celles relatives à l'influence, sur le contenu des conventions, de la survenance d'évènements externes à leur volonté.<sup>159</sup>

## Aperçu de droit comparé du régime contractuel applicable aux conventions conjugales

La plupart des droits des pays européens ont prévu différents mécanismes qui permettent d'assouplir le principe de la convention-loi, au bénéfice des époux qui divorcent ou qui ont divorcé.

En *Common Law*, les conventions entre les époux relatives aux effets de leur séparation ou de leur divorce pourront toujours être modifiées voire écartées par un juge s'il les estime inéquitables.<sup>160</sup> Le pouvoir d'appréciation du juge à cet égard est assez conséquent : le juge en examine le contenu à la lumière des évènements et des décisions qui ont jalonné la vie du couple au cours de leur mariage.<sup>161</sup> Une clause par laquelle les époux conviendraient d'exclure toute intervention judiciaire serait sans effet.<sup>162</sup>

Dans les pays de droit civil, les conventions entre les époux sont régies en général par le droit commun des contrats. Il en résulte que si un époux estime qu'il a été grugé, il devra recourir à la théorie des vices de consentement, notion parfois appréciée de manière stricte.<sup>163</sup> Le droit québécois se montre plus souple au niveau des vices de consentement, puisque le juge dispose du pouvoir d'annuler une convention entre les époux à propos de la pension alimentaire s'il constate que l'un des époux n'a pas consenti à cet accord en pleine connaissance de cause. Un époux peut donc saisir le juge aux fins de faire valoir un « motif de vulnérabilité ».<sup>164</sup>

Lorsque les circonstances ont changé entre le moment de la conclusion des conventions et le moment de leur exécution, ou au cours de leur exécution, le juge a généralement le pouvoir de les modifier. C'est le cas en Suède,<sup>165</sup> au Danemark,<sup>166</sup> en Norvège,<sup>167</sup> au Grand-Duché de Luxembourg,<sup>168</sup> en l'Espagne,<sup>169</sup> aux Pays-Bas,<sup>170</sup> au Québec,<sup>171</sup> en Belgique, ...<sup>172</sup>

Par ailleurs, et ceci vise également les conventions conclues par des couples non mariés, la plupart des droits des contrats permettent d'écarter une convention par laquelle une partie se serait réservé un avantage démesuré. Dans certains cas, le droit exige des manœuvres frauduleuses, dans d'autres, il suffit que la partie qui tire avantage du contrat ait eu connaissance du déséquilibre contractuel.<sup>173</sup> Seuls les pays scandinaves, pour ce qui concerne les pays de droit civil, permettent au juge de modifier ou d'écarter n'importe quelle convention lorsque les prestations réciproques lui apparaissent manifestement démesurées, sans qu'il soit nécessaire que la partie qui tire le plus grand avantage l'ait fait délibérément.<sup>174</sup>

## Propositions

Si certaines règles existent au profit des conjoints dont le divorce est en cours ou a été prononcé, tant en droit belge que dans les droits étrangers, elles ne nous



paraissent en soi pas suffisantes et, par ailleurs, elles laissent généralement pour compte les autres conjoints, cohabitants légaux, partenaires enregistrés ou pacsés, et les conjoints de fait.

En amont, on pourrait prévoir que soient identifiés dans une loi les droits à propos desquels les conjoints, de fait, comme de droit, pourraient s'entendre. L'article 1478, dernier alinéa, du Code civil,<sup>175</sup> qui prévoit que « les cohabitants légaux règlent les modalités de leur cohabitation légale par convention comme ils le jugent à propos », pourrait ainsi aisément être complété par l'invitation des cohabitants légaux à convenir des modalités de leur contribution aux charges du ménage, de l'éventuelle aide alimentaire en cas de rupture et des mécanismes de correction des déséquilibres économiques résultant directement de la vie commune. Une disposition pourrait également préciser à leur intention les questions qu'ils devraient régler lorsqu'ils négocient les modalités de leur séparation. De même, à l'intention des couples qui ne concluent ni mariage ni cohabitation légale, on pourrait songer à insérer dans le droit des contrats ou à la suite du droit du mariage,<sup>176</sup> une disposition similaire à celle dont question dans les lignes qui précèdent, c'est-à-dire une disposition qui énonce les droits que des conjoints de fait peuvent créer entre eux par conventions, pendant leur vie commune ou au moment de la dissolution de celle-ci. On pourrait même imaginer une règle qui permettrait tant aux cohabitants légaux qu'aux conjoints de fait d'adopter par conventions les droits et devoirs qui incombent aux couples mariés.

Ces propositions reviendraient à appréhender les conventions conjugales comme des contrats spéciaux, ou « nommés »,<sup>177</sup> ce qui permettrait d'ailleurs d'en élaborer un régime juridique distinct du droit commun des contrats. De cette manière, sans toucher à l'autonomie de la volonté des couples non mariés – cohabitants légaux ou conjoints de fait – le droit indiquerait à ces couples les aspects de la vie commune qu'ils peuvent régler par conventions.

Une telle invitation légale signifierait l'entrée dans le Code civil des conjoints de fait, qui y brillent jusqu'à présent par leur inexistence, et assurerait à la relation conjugale, quelle qu'elle soit, une reconnaissance autant qu'une valorisation juridique. En effet, de telles dispositions indiqueraient que le droit reconnaît les liens d'interdépendance et de solidarité que peut créer la vie de couple, même hors mariage. La symbolique offerte par la loi n'est pas dénuée d'importance.<sup>178</sup>

Par ailleurs, il nous paraît que le *consentement* des parties contractantes, lorsque celles-ci sont des conjoints, pourrait bénéficier d'une attention particulière de la part du législateur. Il s'agit d'une part de s'assurer de la réalité du consentement des parties au moment de la conclusion des conventions, mais aussi de la permanence de ce consentement au cours de la vie du contrat.

Une obligation d'information pourrait tout d'abord être prévue de manière explicite dans le Code civil, qui pourrait être mise en œuvre au moyen d'une prescription de forme pour les conventions conjugales. On songe à la forme notariée ou à tout le moins au recours aux conseils d'un avocat, qui pourrait être exigé pour les couples mariés et de cohabitants légaux, et suggéré pour les conjoints de fait.

Une attention particulière devrait également être réservée à la qualité du consentement des conjoints, ce qui pourrait se traduire par l'admissibilité, à

prévoir dans le Code civil, d'un vice de lésion propre aux contrats conjugaux.<sup>179</sup>

En aval, la convention devrait pouvoir être interprétée à la lumière de ce que les conjoints auraient réellement pu vouloir dans chaque circonstance, même celles qu'ils n'ont pas prévues ou pas pu prévoir. Il s'agit d'adopter le principe d'une interprétation dynamique de la volonté des parties, qui tient compte de l'évolution de leurs situations respectives au fil du temps écoulé depuis la signature de leurs conventions. Dès lors que le législateur belge a admis le principe de la révision par le juge d'une convention lorsqu'elle concerne une pension après divorce,<sup>180</sup> il faudrait reconnaître ce même droit à propos des conventions qui auraient été stipulées par des conjoints non mariés, que ces conventions aient été conclues en cours ou postérieurement à la vie commune. L'inscription des conventions conjugales dans la durée nous paraît en effet justifier l'existence d'une possibilité d'ajuster l'accord des volontés aux circonstances économiques évolutives que l'écoulement du temps ne manquera pas de charrier.

Il nous paraîtrait dès lors pertinent de prévoir, au profit des couples qui n'ont pas été mariés, une disposition analogue à celle des articles 1288, alinéa 3 du Code judiciaire et 301, § 7, du Code civil.<sup>181</sup> Afin de ne pas prêter le flanc à la critique majeure adressée à la théorie de l'imprévision, qui est le risque d'insécurité juridique qu'elle entraîne, il ne faudrait admettre la révision judiciaire que lorsque l'équilibre contractuel se trouve manifestement rompu, en d'autres mots, qu'il ne correspond plus à l'accord des volontés entendu dans le sens des « attentes légitimes »<sup>182</sup> des parties au contrat. Par ailleurs, dans son œuvre modificatrice, le juge devrait se conformer à ce que les parties avaient voulu initialement, c'est-à-dire qu'il devrait rechercher l'économie du contrat et veiller à la maintenir en adaptant les modalités existantes au contexte nouveau.

## 2 Une obligation solidaire étroite pendant la durée de la relation conjugale

Etant donné que les conventions de vie commune conclues par les couples non mariés ne sont pas légion,<sup>183</sup> le maintien de mécanismes solidaires, qui seraient applicables par défaut à tous les couples, moyennant éventuellement des nuances selon la forme de la conjugalité, s'impose assurément.<sup>184</sup>

Dès lors qu'un engagement conjugal, manifesté à un degré ou un autre par un mariage ou par une cohabitation légale, est porteur d'une certaine dimension solidaire, cette solidarité devrait persister tant que dure le statut conjugal, même si une séparation intervient entre les conjoints.

Cette solution du maintien d'une solidarité, au moins minimale, entre le moment de la séparation des époux et la dissolution de leur statut conjugal – mariage, voire, le cas échéant, partenariat enregistré – existe dans la plupart des droits, soit sous la forme du maintien du devoir de contribuer aux charges du mariage, ou du ménage, soit sous la forme d'un devoir de secours.<sup>185</sup>

L'opportunité de prévoir une obligation légale de solidarité économique entre les conjoints pour la durée de leur relation conjugale n'a cependant de sens pratique que si la rupture de la vie commune laisse subsister, un temps au moins, le statut conjugal lui-même. C'est le cas lorsque la dissolution de l'union civile intervient selon les mêmes formes qu'un divorce,<sup>186</sup> ou lorsqu'un délai de séparation de fait est imposé avant de pouvoir dissoudre un partenariat, comme le prévoit la

législation suisse.<sup>187</sup>

En droit belge, par contre, la déclaration unilatérale de cessation de cohabitation légale emporte immédiatement dissolution du statut lui-même et de tous ses effets, ce qui ruinerait la portée pratique d'un « devoir de secours » entre les cohabitants. En l'état actuel du droit belge, par conséquent, une telle obligation de solidarité personnelle entre les cohabitants ne revêtirait qu'une portée symbolique, ce qui, à la réflexion, n'est pas en soi négligeable, un tel devoir pouvant servir de justification à l'imposition d'un devoir de solidarité qui prendrait naissance après la dissolution du statut.

Un même raisonnement pourrait être appliqué aux couples de fait : prévoir un devoir de secours pour l'ensemble des couples, au-delà d'une éventuelle portée concrète, pourrait à tout le moins endosser une fonction symbolique, celle d'affirmer la dimension solidaire d'une relation conjugale, quelle qu'en soit la forme.<sup>188</sup>

### 3 Un droit de créance sur le potentiel économique

Le devoir de secours – pour lequel on pourrait d'ailleurs trouver un terme plus contemporain et plus révélateur de sa portée juridique réelle – disparaît même temps que le statut conjugal. Un devoir équivalent qui pourrait être mis à charge des conjoints de fait ne survivrait pas à la séparation des partenaires.

Or, les échanges économiques qui ont eu cours pendant la durée de la vie commune laissent des traces, bénéficiaires ou déficitaires, selon la position économique respective des conjoints. Dès lors que le droit soutient une certaine forme de solidarité entre les conjoints, mariés ou non mariés, il devrait prévoir des mécanismes de compensations économiques entre eux, compensations qui devraient être justifiées au regard de la nature et de l'intensité des échanges entre conjoints au cours de leur vie commune.

Nous suggérons à ce sujet de substituer à l'actuelle pension après divorce, qui nous paraît relativement stigmatisante à l'égard du conjoint réputé « dans le besoin », d'une part *un droit de créance sur le potentiel économique* d'un conjoint, et d'autre part l'octroi *d'une allocation de solidarité post-conjugale*. Ces deux prestations viseraient des objectifs différents, mais pourraient néanmoins, selon les circonstances, se cumuler.

Quelques mots, d'abord, à propos du droit de créance sur le potentiel économique, avant d'aborder, dans le point suivant (4.), l'allocation de solidarité post-conjugale.

#### Enoncé de la problématique

Lorsque deux personnes investissent ensemble, même à des degrés divers, dans une « association », chacun devrait avoir le droit de participer aux bénéfices à concurrence de ses investissements. Lorsqu'un conjoint a contribué au déploiement du potentiel économique de son partenaire, permettant à ce dernier de s'assurer des revenus suffisants, voire confortables, pour le reste de sa carrière, et de se ménager en outre des droits de retraite, il nous paraît juste que le conjoint qui a investi avec l'espoir d'un certain « rendement » à long terme, soit à tout le moins indemnisé de cet investissement, en tenant compte de la valeur de *l'enrichissement*, c'est-à-dire des possibilités de générer des revenus à

l'avenir, en ce compris les droits de retraite, privés ou publics.

## Aperçu de droit comparé

Dans les droits de tradition civiliste, la collaboration professionnelle et ménagère n'a pas vocation à être compensée, mais elle sert de justification au versement, voire au montant, d'une prestation compensatoire ou d'une pension alimentaire après divorce ou après rupture d'un partenariat, le cas échéant.

En effet, dans la plupart des systèmes juridiques, l'objectif prioritaire de la pension alimentaire ne consiste pas à répartir entre les conjoints les richesses produites par leurs investissements respectifs, mais à pallier temporairement un éventuel manque d'autonomie économique dans le chef de l'un des époux.<sup>189</sup> Cet objectif purement « alimentaire » de la pension n'empêche cependant pas que d'autres mécanismes interviennent, à d'autres niveaux, pour compenser des transferts de valeurs économiques qui se sont produits au cours de la vie commune. Ainsi en est-il des règles relatives aux récompenses ou aux créances applicables aux régimes matrimoniaux, ou encore, comme en droit suisse, à l'indemnisation en cas de contribution excessive d'un époux aux charges du mariage, spécialement sous la forme d'une collaboration substantielle à l'activité professionnelle de l'autre époux.<sup>190</sup>

Seul le droit anglais semble permettre une réelle compensation de la collaboration professionnelle ou ménagère. Ainsi, dans l'affaire *McFarlane*,<sup>191</sup> un conjoint avait sacrifié sa propre carrière pour permettre à son conjoint de développer la sienne de telle sorte que ce dernier quittait le mariage avec une capacité accrue de bénéficier de ressources professionnelles. Les juges ont décidé que le conjoint qui avait sacrifié sa carrière devait bénéficier, lui aussi, de l'amélioration du potentiel professionnel de son conjoint, et, compte tenu du fait que le partage des biens ne suffisait pas à atteindre cet objectif, une rente devait être ordonnée au surplus.<sup>192</sup> Dès lors que les bénéfices de l'investissement de l'épouse - en l'espèce - ne devaient échoir au mari que postérieurement au divorce, ce dernier s'est vu condamné à lui verser une rente, qui constituait en quelque sorte la part du bénéfice qui devait revenir à l'épouse en raison de son investissement antérieur.<sup>193</sup> Selon cette conception, le règlement par le juge des conséquences financières du divorce vise non seulement les biens et les revenus acquis au cours du mariage, mais également les bénéfices futurs d'investissements consentis au cours du mariage, y compris des revenus professionnels.<sup>194</sup>

## Propositions

Qu'elle se nomme prestation compensatoire ou pension alimentaire, on peut observer que la somme ou la rente allouée après un divorce est généralement justifiée par les efforts conjoints des époux dans cette entreprise commune que représente la communauté de vie. Dans la pratique cependant, à part en droit anglais où les transferts financiers, qui visent à la fois la répartition des biens et la pension alimentaire éventuelle, continuent à œuvrer à un partage par principe égalitaire des ressources entre les époux qui divorcent, c'est généralement la couverture d'un état de besoin qui fait l'objet de la pension après divorce ou de la prestation compensatoire.<sup>195</sup>

Or, nous défendons l'idée que lorsque les conjoints se sont investis ensemble dans la production d'une richesse, ils devraient tous deux pouvoir prétendre

participer aux bénéfiques. Il ne devrait donc pas être nécessaire de distinguer le fondement de la prestation financière selon que la rupture de la communauté de vie entraîne ou non une perte d'autonomie économique dans le chef du conjoint qui s'est investi dans le ménage ou la carrière de l'autre.

D'où l'idée de prévoir que lorsque des conjoints, mariés ou non mariés, se sont associés pendant leur vie commune, celui qui s'était investi dans cette association sans en retirer des bénéfiques personnels pourrait faire valoir à l'égard de son ancien partenaire un droit de participation sur le « capital économique » ou « *career assets* ». <sup>196</sup>

Ce « capital économique » serait composé, d'une part, de la valeur de la force de travail d'un partenaire, en d'autres mots, de sa capacité à acquérir des revenus, et d'autre part, des droits de retraite déjà accumulés et des possibilités d'en constituer à l'avenir. Il serait évalué au moment de la dissolution du couple, sans tenir compte d'éventuelles nouvelles promotions qu'obtiendrait par la suite le conjoint détenteur de ce capital économique et qui lui permettraient de l'augmenter encore.

La créance du conjoint correspondrait à une part, ou un pourcentage, de ce « capital », part qui serait fonction de l'importance et de la durée de l'investissement du conjoint. Par conséquent, seul le conjoint qui aurait participé au développement de la carrière de son partenaire, ou à tout le moins concouru au maintien de cette carrière, soit en y collaborant de manière directe, soit en renonçant, ne fût-ce que partiellement, à des opportunités qui lui auraient été présentées sur le plan professionnel, soit en ayant pris à sa charge une part nettement plus importante des tâches communes inhérentes à la communauté de vie, pourrait prétendre à un tel droit de créance.

La mise en œuvre concrète d'un tel principe dans le cadre d'une relation conjugale n'apparaît, il est vrai, pas aisée. Il n'est en effet pas évident de déterminer la valeur précise de la part du potentiel professionnel acquise grâce aux investissements directs ou indirects du conjoint, et dans quelle mesure cet investissement pourrait être compensé.

Des pistes de solutions existent. On pourrait évaluer la part de l'investissement du conjoint dans l'activité professionnelle de l'autre, en pourcentage, en procédant par exemple à la comparaison des temps respectifs consacrés aux tâches découlant de la communauté de vie. On pourrait aussi calculer la valeur de rendement de l'activité professionnelle et en rétrocéder une part équivalente à celle de l'investissement. Des critères plus précis devraient évidemment être définis, et des simulations selon des schémas et des techniques économiques devraient idéalement être éprouvées.

L'opportunité de bénéficier d'une créance dépend de l'assiette sur laquelle elle porte. Le potentiel professionnel pourrait en effet s'avérer tellement modeste qu'il ne permettrait aucune amputation au profit de l'ex-conjoint créancier, même de celui qui se serait investi de manière importante dans cette activité professionnelle. La production de bénéfiques n'est en effet pas nécessairement proportionnelle à l'investissement d'un conjoint, aussi essentiel eut-il été. Par conséquent, la créance que l'on pourrait imputer sur la valeur du potentiel économique devrait non seulement dépendre de la part d'investissement, mais aussi de la capacité du conjoint qui exerce l'activité économique de supporter cette compensation pour investissement sans mettre à mal sa propre survie économique ou celle de ses enfants, communs ou non avec le conjoint qui réclame un droit de créance. Sans doute devrait-on imaginer des paliers de niveaux de revenus auxquels il conviendrait d'appliquer des taux de droit de

créance différents, comme c'est le cas pour les taux d'imposition des revenus des personnes physiques. En droit fiscal, en effet, les plus bas revenus sont exonérés d'impôts, et le taux progresse en fonction de l'augmentation des revenus, jusqu'à l'atteinte d'un certain plafond de revenus.

## Les modalités du droit de créance

Le droit de créance que nous proposons de justifier par l'investissement d'un conjoint dans la carrière de l'autre, n'a pas d'objectif alimentaire, mais plutôt compensatoire. Le principe du versement d'une somme unique paraît donc naturellement s'imposer. Le versement d'un capital évite par ailleurs la stigmatisation qui pourrait découler de l'instauration, après la rupture, d'un lien de dépendance financière entre les anciens conjoints.<sup>197</sup> Il s'agit de la solution qui nous paraît la plus cohérente, mais elle pourrait ne pas être adéquate dans une série d'hypothèses, tenant tant à la situation du débiteur que du créancier. Afin d'éviter les difficultés d'application révélées par la jurisprudence française depuis 1975,<sup>198</sup> il conviendrait d'affirmer le principe du paiement unique, tout en laissant au juge une marge d'appréciation suffisante pour adapter à chaque situation les modalités de paiement en fonction de circonstances qui pourraient être énoncées à titre supplétif dans une loi.

On pourrait opportunément s'inspirer de la loi française actuelle, qui énonce une hiérarchie entre les différentes modalités de la prestation compensatoire. En droit français, priorité est donnée à la forme d'un capital, et seulement en cas d'impossibilité ou d'inadéquation, le juge pourrait prévoir un paiement échelonné de ce capital, voire une rente à terme ou viagère,<sup>199</sup> ou même encore une solution panachée, en partie sous la forme d'un capital et en partie sous celle d'une rente.<sup>200</sup>

## 4 Une allocation de solidarité post-conjugale

Un mécanisme de droit de créance fondé sur les investissements conjoints ne couvrirait pas toutes les hypothèses dans lesquelles l'économie conjugale a conduit à créer une dépendance financière entre les conjoints. En effet, lorsque les conjoints ont chacun conservé une certaine autonomie financière et qu'on ne peut pas démontrer l'existence d'un investissement de l'un dans la promotion de l'activité professionnelle de l'autre, mais que néanmoins, des échanges financiers se sont produits au cours de la vie commune en raison de ce qu'il existait une différence sensible entre les capacités respectives des conjoints à bénéficier de ressources, *l'engagement* des conjoints l'un envers l'autre en termes de solidarité ou à tout le moins la *responsabilité* de celui qui a permis à l'autre un accès à un niveau de vie plus élevé, justifient à notre avis la prolongation de ces échanges, dans une certaine mesure, au-delà de la rupture de la relation conjugale. La responsabilité ne reposerait pas sur une faute, mais sur les attentes légitimes<sup>201</sup> du conjoint de ne pas voir cesser brusquement les échanges qui avaient lieu au cours de la vie commune.

L'objectif ne consisterait donc pas à « nourrir » le conjoint qui disposerait de moins de ressources, mais d'adoucir le nécessaire ajustement entre le niveau de vie commun et celui qu'il pourrait assurer avec ses propres ressources, ou, le cas échéant, si cela s'avère possible, de lui laisser le temps de trouver les ressources nécessaires pour maintenir le niveau de vie commun. Il s'agirait donc seulement de permettre un ajustement progressif entre le niveau de vie que les époux connaissaient durant la vie commune et celui que pourrait atteindre seul le conjoint créancier. L'allocation de solidarité post-conjugale serait par

conséquent fonction de l'ampleur de cet ajustement. Plus la différence de revenus entre les conjoints était importante, plus l'ajustement le sera. Par ailleurs, plus la relation aura duré longtemps, plus le retour à l'autonomie financière du conjoint créancier prendra du temps à se restaurer.

Il est même possible que l'accès à l'autonomie paraisse impossible à réaliser. Sauf à démontrer que cette situation résulte de décisions prises par le couple au cours de la vie commune, auquel cas un droit de créance devrait être dû, il ne nous paraît pas opportun, à défaut de responsabilité du conjoint par rapport à l'absence d'autonomie virtuelle dans le chef de son ancien partenaire, de l'obliger à entretenir indéfiniment son ancien partenaire. Dans cette hypothèse, il ne devrait en effet être tenu que d'assurer la transition entre le niveau de dépenses auquel il avait habitué son conjoint et le seuil « d'autonomie » – pour autant que le niveau des allocations sociales permettent réellement d'atteindre un seuil décent d'autonomie – garanti par l'Etat à travers ses programmes d'aides sociales.

Outre l'hypothèse dans laquelle le conjoint créancier est dans l'impossibilité de faire face seul à son propre entretien, ce qui lui impose de recourir à l'aide sociale, il est aussi possible que ce soit le débiteur qui ne dispose pas des ressources suffisantes pour assumer l'entretien de deux personnes séparées, outre celui des éventuels enfants. Le conjoint nécessiteux sera alors nécessairement contraint de solliciter des aides sociales publiques.

L'allocation de solidarité pourrait prendre la forme d'une prestation financière mensuelle, temporaire, dont le montant serait fonction des besoins réels et immédiats du créancier et dont la durée serait fonction du temps nécessaire pour adapter ses dépenses à ses ressources personnelles. Elle interviendrait à titre subsidiaire par rapport au droit de créance sur le potentiel économique du conjoint.

Contrairement au droit de créance, qui se fonde sur les prestations conjugales respectives des conjoints pendant la vie commune, et qui reste donc complètement indépendant d'un éventuel état de besoin dans le chef du créancier, l'allocation de solidarité ne pourrait être invoquée que par le conjoint qui se trouverait, au moment de la rupture de la relation, dans l'impossibilité ou la difficulté de faire face à ses dépenses au moyen de ses seules ressources.

Cet état de « difficulté financière » pourrait cependant exister malgré l'existence d'un droit de créance, dans l'hypothèse où la créance serait trop faible pour permettre au conjoint qui s'est investi davantage que l'autre dans la société conjugale de faire face seul à ses dépenses, même après avoir reçu le bénéfice de sa créance.

## Conclusion

Compte tenu de la conception contemporaine de la relation conjugale, il ne nous paraît plus pertinent de soutenir que l'engagement conjugal justifie encore le maintien d'un « lien », de nature « alimentaire » de surcroît. Cela ne signifie cependant pas que toute forme de solidarité devrait disparaître entre les conjoints dès le lendemain de leur séparation. Il faudrait néanmoins qu'elle revête d'autres modalités, et d'autres justifications, qu'une « obligation alimentaire », afin de pouvoir refléter le « projet » conjugal déployé au cours de la vie commune, qui ne devrait d'ailleurs pas se limiter à l'hypothèse du mariage.

Le « projet » conjugal suppose la participation commune aux pertes et bénéfices de l'activité dans laquelle les conjoints se seraient engagés ensemble, ainsi que la responsabilisation des conjoints par rapport aux conséquences éventuellement dommageables qui pourraient découler de la rupture de la communauté de vie.

Les solutions que nous avons proposées, et qui nous paraissent traduire le sens contemporain de la conjugalité, ne permettent cependant pas de répondre totalement aux situations de dépendances financières qui ont pu naître de la vie commune. Certaines dépendances sont irréversibles et il ne nous est pas paru possible de les mettre indéfiniment ou complètement à charge de l'ancien conjoint.

C'est d'ailleurs précisément parce que nous avons voulu faire correspondre le droit et le sens social de la conjugalité que la solidarité conjugale présente des limites. Puisque la conjugalité est devenue fragile et incertaine, les droits auxquels elle peut donner naissance ne peuvent qu'être relativement limités dans leur durée. La solidarité exprimée au cours de la vie commune peut recevoir une exécution différée dans le temps, au point d'excéder la durée de la vie commune, mais sans pour autant devenir une « aide alimentaire à vie », en raison de ce que la relation conjugale n'est socialement plus perçue comme un engagement inconditionnel et indéfini de prise en charge.

Le lien solidaire après la rupture du couple doit rester à l'image de la conjugalité, qui ne nous paraît plus porteuse d'un engagement suffisant pour garantir au conjoint le plus démuné l'autonomie économique à laquelle chaque individu aspire, c'est-à-dire l'accès à un niveau de vie jugé satisfaisant.

Une intervention sociale s'impose alors, pour pallier une impossibilité d'atteindre un seuil suffisant d'autonomie économique. La société véhicule des idéaux d'égalité et d'autonomie, elle devrait donc donner à chacun les outils soit de parvenir à cette autonomie, soit de pallier une impossibilité d'y parvenir. Un système d'assurance obligatoire, à l'instar des assurances de soins de santé, pourrait constituer une piste pour externaliser le risque économique conséquent à la rupture conjugale. Des politiques sociales oeuvrant à la neutralisation du genre dans la répartition des capitaux professionnels entre les conjoints au cours de leur vie commune devraient également permettre de prévenir l'installation d'une dépendance entre les conjoints. C'est en réalité une modification profonde des droits et des pratiques sociales qui devrait être à l'œuvre.

## Noten

**1** La notion de « besoin » est ici entendue dans son sens le plus large, à vocation générique. Ce que recouvre concrètement la notion de « besoins » a en effet varié depuis 1804, et varie encore selon qu'il s'agit de l'exécution du devoir de secours ou d'une pension après divorce.

**2** Cass., 30 janvier 1998, *Pas.*, 1998, I., 54, *Div. Act.*, 2000, p. 26, *R.W.*, 1998-99, p. 1188, *Rev.trim.dr.fam.*, 1999, p. 629 ; Cass., 9 septembre 2004, *Rev.trim.dr.fam.*, 2004, 1030, note N. DANDOY, *J.T.*, 2005, p. 290, note ; Cass., 25 novembre 2005, *Rev.trim.dr.fam.*, 2006, p. 1079.

**3** N. GALLUS, *Les aliments*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 197 ; E. VIEUJEAN, « Les devoirs de secours et de contribution aux charges du mariage », *Les régimes*



*matrimoniaux. Les droits et devoirs des époux*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 174.

**4** C'est le cas s'il fonde sa demande sur les articles 213 ou 221 du Code civil : Cass., 10 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 190, *R.W.*, 1980-81, p. 2066, *Rev.trim.dr.fam.*, 1981, p. 387, note J.-L. RENCHON, *T. not.*, 1981, 200, note C.D.B. ; Cass., 21 février 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 797, *R.W.*, 1986-87, 303, note P. SENAËVE, *J.L.M.B.*, 1987, p. 209, note C. PANIER, *J.T.*, 1987, p. 464 ; Cass., 16 mai 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 573, *AJT*, 1997-98, 101, note B. POELEMANS, *Div. Act.*, 1998, p. 74, note A.-Ch. VAN GYSEL. En doctrine : E. VIEUJEAN, "Créances d'aliments", *Les ressources de la famille*, Bruxelles, Story-Scientia, 1992, p. 11; K. VANLEDE, « De onderhoudsuitkering tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten », *Onderhoudsgelden*, Acco, Leuven, 2001, p. 29; N. GALLUS, *Les aliments*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 195 et 201 ; S. MOSSELMANS, *Onderhoudsbijdrage tussen echtgenoten in echtscheiding: begroting, aanrekening en woonstvergoeding*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 20.

**5** Solution en cas de demande fondée sur la base de l'article 223 alinéa 2 du Code civil : Cass., 21 janvier 1999, *Arr. Cass.*, 1999, p. 75, *J.T.*, 1999, p. 697, *Rev.trim.dr.fam.*, 2000, p. 625, *R.W.*, 2000-01, p. 1180 ; Cass. (1<sup>ère</sup> ch. N), 22 décembre 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 2863, *Rev.trim.dr.fam.*, 2007, p. 452 (somm.), note N. DANDOY et *Rev.trim.dr.fam.*, 2008, p. 116, *R.W.*, 2006-07, p. 1153, note S. MOSSELMANS, *Tijds.v.Fam.*, 2007, p. 2, note C. AERTS ; Cass. (1<sup>ère</sup> ch. N.), 13 avril 2007, *Act.dr.fam.*, 2008, p. 57, note A.-Ch. VAN GYSEL, *Arr. Cass.*, 2007, p. 789, *Pas.*, 2007, p. 694, *Rev.trim.dr.fam.*, 2007, p. 696 (somm.) et *Rev.trim.dr.fam.*, 2008, p. 847 ; Bruxelles, 25 avril 2000, *Div. Act.*, 2001, p. 18, note A.-M. BOUDART, *E.J.*, 2000, p. 130, note J. GERLO ; Bruxelles, 9 juin 2000, *E.J.*, 2000, p. 132 ; Bruxelles, 28 novembre 2002, *NjW*, 2003, p. 241 ; Gand (11<sup>ème</sup> ch.), 16 octobre 2003, *R.A.G.B.*, 2004, p. 483 ; Gand (11<sup>ème</sup> ch.), 8 janvier 2004, *R.A.G.B.*, 2004, p. 1266.

**6** Bruxelles (3<sup>e</sup> ch.), 15 avril 2010, *Rev.trim.dr.fam.*, 2010, p. 1068 ; Bruxelles (3<sup>e</sup> ch.), 7 novembre 2011, *Rev.trim.dr.fam.*, 2012, p. 164. Dans le même sens, Civ. Bruxelles (réf.), 30 juillet 2010, *Rev.trim.dr.fam.*, 2012, p. 177. Cette solution fut suggérée par J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce : le « droit au divorce » », *Rev.trim.dr.fam.*, 2007, p. 1062.

**7** Loi du 27 avril 2007 réformant le droit du divorce, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2007.

**8** J. FIERENS, «Le nouveau droit du divorce ou le syndrome Lucky Luke », *Droit de la famille*, Recyclage en droit, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2007, p. 5 ; Y.-H. LELEU et D. PIRE (dir.), *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Bruxelles, Larcier, 2007 ; J.-P. MASSON, « La loi du 27 avril 2007 réformant le divorce », *J.T.*, 2007, p. 539 ; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce : le « droit au divorce » », *op. cit.*, p. 925 ; P. SENAËVE, F. SWENNEN, G. VERSCHULDEN (dir.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Anvers, Intersentia, 2008.

**9** "Que pourrait-il être d'autre (qu'un contrat) dans l'idéologie actuelle?", J. FIERENS, «Le nouveau droit du divorce ou le syndrome Lucky Luke », *op. cit.*, p. 54.

**10** J. FIERENS, «Le nouveau droit du divorce ou le syndrome Lucky Luke », *op. cit.*, p. 55; Projet de loi réformant le divorce, Rapport du 18 juillet 2006 fait au nom de la sous-commission “Droit de la famille” par Mme V. Déom et M. S. Verherstraeten, Audition du Prof. A.-Ch. VAN GYSEL, *Doc. Parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, 51-2341/007, p. 107; Audition du Prof. J.-L. RENCHON, *ibidem*, p. 158; Audition du Prof. J. SOSSON, *ibidem*, p. 253.

**11** P. SENAËVE, Audition à la Chambre dans le cadre du projet de loi réformant le divorce, Rapport du 18 juillet 2006 fait au nom de la sous-commission “Droit de la famille” par Mme V. Déom et M. S. Verherstraeten, *Doc. Parl.*, Ch., sess. ord., 2005-2006, 51-2341/007, p.203.

**12** J. FIERENS, «Le nouveau droit du divorce ou le syndrome Lucky Luke », *op. cit.*, p. 54.

**13** Art. 301, § 5, C. civ.

**14** Le professeur F. SWENNEN a proposé une ligne de conduite dans cet esprit, conforme, bien qu’antérieure, à l’arrêt du 12 octobre 2009 de la Cour de cassation et qui, par conséquent, laisse au juge une large marge d’appréciation. (F. SWENNEN, « Hocus pocus alimentatie (art. 301 BW) », *Tijds. V. Fam.*, 2009, p. 147).

**15** N. GALLUS, *Les aliments*, *op. cit.*, p. 106.

**16** *Ibidem*, p. 111.

**17** Rapport fait au nom de la Commission de la justice du Sénat, *op. cit.*, p. 53.

**18** Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 12 octobre 2009, *Rev.trim.dr.fam.*, 2010, p. 553, note N. DANDOY, *R.C.J.B.*, 2010, p. 421, note N. DANDOY, *Tijds. V. Fam.*, 2010, p. 71, note C. VAN ROY, *Act. Dr. Fam.*, 2009, p. 199, note A.-Ch. VAN GYSEL, *J.T.*, 2010, p. 131, *J.L.M.B.*, 2010, p. 306, *Pas.*, 2009, I, p. 2217; Cass., 8 juin 2012, *RABG*, 2013, p. 938, note E. ALOFS, *Rev.trim.dr.fam.*, 2012, p. 979 (somm.); *T. Fam.*, 2013, p. 104, note C. VAN ROY.

**19** Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 12 octobre 2009 et 8 juin 2012, *op. cit.*

**20** A.-Ch. VAN GYSEL, « La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable: un essai de lecture », *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 107; C. VAN ROY, « Begroting van de onderhoudsuitkering: Hof van Cassatie strandt terug op de vroegere levensstandaard », *Tijds. Fam.*, 2010, p. 75.

**21** Les raisons exceptionnelles sont par exemple des raisons de santé, l’âge, un époux qui a consacré toutes ses potentialités économiques à aider son conjoint, etc... : Rapport du 21 mars 2007 fait au nom de la commission de la justice du Sénat par Mme Zrihen, *op. cit.*, p. 90.

**22** Certains principes ont pu, parfois, être invoqués avec succès : le principe de non-discrimination (J.P. Alost, 11 juin 1991, *J.J.P.*, 1992, p. 11. Cette décision a également inspiré le Tribunal civil de Louvain, 27 sept. 1996, *Journ. Proc.*, nov. 1996, p. 26, note P. Legros et J.-P. Nijs), l’obligation naturelle (Civ. Gand, 9

janvier 1984; Civ. Gand (réf.), 7 mars 1990, *T.G.R.*, 1990, p. 88; Civ. Louvain, 27 sept. 1996, *Journ. Proc.*, nov. 1996, p. 26; J.P. Gand, 4 nov. 1996, *R.W.*, 1997-1998, p. 266; Civ. Bruxelles (réf.), 18 mars 1997, *Div. Act.*, 1998, p. 44; Bruxelles, 13 nov. 1997, *Journ. Proc.*, déc. 1999, p. 25, note J.-L. RENCHON; J.P. Gand, 6 juillet 1998, *R.G.D.C.*, 1998, p. 468; J.P. Gand, 6 mai 1999, *T.G.R.*, 2000, p. 227; J.P. Molenbeek Saint Jean, 26 sept. 2000, *A.J.T.*, 2001-2001, p. 284; J.P. Charleroi, 26 oct. 2001, *Rev.trim.dr.fam.*, 2002, p. 132, *R.G.D.C.*, 2002, p. 475), la responsabilité quasi-délictuelle (Bruxelles, 13 nov. 1997, *op. cit.*, p. 31), ou l'enrichissement sans cause (Mons, 10 novembre 1993, *R.R.D.*, 1995, p. 167 ; Gand, 23 mars 1999, *RGDC*, 2000, p. 311 ; Liège, 6 septembre 2004, *R. not. B.*, 2007, p. 16 ; Mons, 10 janvier 2005, *JLMB*, 2006, p. 996 ; Civ. Liège, 2 octobre 1989, *JLMB*, 1990, p. 511 ; Civ. Mons, 14 mai 1999, *R.R.D.*, 1999, p. 384).

**23** Article 1477 du Code civil.

**24** S. DEMARS, « La problématique générale des conventions de vie commune », *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 77.

**25** F. APS, “De natuurlijke verbintenis als rechtsgrond voor de toekenning van een persoonlijk onderhoudsgeld na de beëindiging van de concubinaatsrelatie?”, *R.W.*, 1997-98, p. 268; S. DEMARS, « La problématique générale des conventions de vie commune », *op. cit.*, p.74 et s. ; P. DE PAGE, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », *Rev.trim.dr.fam.*, 1999, p. 201 ; A. HEYVAERT, « Civielrechtelijke aspecten van gezinnen zonder huwelijk », *T.P.R.*, 1985, n°20 ; J.-L. RENCHON, « Où vont le mariage et le concubinage? Etat des lieux en Belgique », *Des concubinages. Droit interne. Droit international. Droit comparé. Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, p. 496; F. TAINMONT, “Les charges du ménage”, *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 137; A.-Ch. VAN GYSEL et S. BRAT, « Les relations personnelles entre les concubins en droit civil », *J.T.*, 1998, p. 299; A.-Ch. VAN GYSEL et S. BRAT, « La rupture du couple : les recours judiciaires et les effets alimentaires », *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 301.

**26** Voyez les articles 1280 C.J., 301, § 7 C. civ. et 1288, 4°, alinéa 3 C. jud.

**27** Cass., 28 janvier 2010, *Act.dr.fam.*, 2012, p. 163, note A.-Ch. VAN GYSEL ; *NjW*, 2010, p. 324, note K. VANDENBERGHE ; *Pas.*, 2010, p. 278 ; *Rev.trim.dr.fam.*, 2010, p. 1324 ; *T. not.*, 2012, p. 247 ; *R.W.*, 2010-11, p. 742; Cass., 9 novembre 2012, *R.W.*, 2012-13, p. 1415, note E. ADRIAENS ; *T.Fam.*, 2013, p. 131, note V. HULPIAU.

**28** S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *J.T.*, 1990, p. 34 ; P. WERY, *Droit des obligations, Volume I, Théorie générale du contrat*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 136, n° 112.

**29** Art. 301, § 5 C. civ.

**30** Art. 301, § 3 C. civ.

**31** J. COMMAILLE, « Nouvelle légalité et modes d'analyse des comportements

familiaux », *La nuptialité : évolution récente en France et dans les pays développés*, Paris, PUF, 1991, p. 40 ; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme (précipitée) du divorce : le « droit au divorce » », *op. cit.*, p. 925 ; F. SWENNEN en F. APS, « De echtscheidingswet 2007 », *R.W.*, 2007-08, p. 555. O. PAYE dresse un constat pessimiste de la situation socio-économique des femmes après le divorce, car la seule issue à la vision contractualiste du mariage et du divorce, à savoir une régulation accrue du droit du travail par l'Etat, ne semble pas à l'ordre du jour, puisque l'auteur constate que le droit du travail aussi prend une tournure toujours plus contractuelle (« Les représentations parlementaires de la désunion dans la Belgique contemporaine », *Les femmes et le droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint Louis, 1999, p. 143).

**32** A. GIDDENS, *La transformation de l'intimité. Sexualité, amour et érotisme dans les sociétés modernes*, Le Rouergue/Chambon, 2004, p. 76 ; O. PAYE, *op. cit.*, p. 115 ; I. THERY, *La distinction de sexe, une nouvelle approche de l'égalité*, Paris, Odile Jacob, 2007, p. 580.

**33** Loi du 11 juillet 1975, n°75-617, *J.O.*, 12 juillet 1975, p. 7171 ; *Rép. Defrénois*, 1975, Lég., p. 306.

**34** Loi de 20 juin 2000, n° 2000-596, *J.O.*, 1<sup>er</sup> juillet 2000, p. 9946.

**35** Loi du 26 mai 2004 (*J.O.*, 27 mai 2004, p. 9319). K. BOELE-WOELKI (et alii), *Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between former spouses*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2004, p. 80 ; J. GODARD et G. HENAFF, "France and the Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses", *Juxtaposing Legal System and the Principles of European Family Law on Divorce and Maintenance*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2007, p. 30 ; P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, Paris, Defrénois, 2006, p. 309 et s. ; J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, Paris, Defrénois, 2005, p. 170 et s.

**36** Loi du 8 juillet 2005, *BOE* du 9 juillet 2005.

**37** Projet de loi n° 5155. F. HILGER, « Les aliments et leur avenir dans le divorce contentieux luxembourgeois », *Le droit luxembourgeois du divorce. Regards sur le projet de réforme*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 48 et s.

**38** U. KANGAS, "Divorce system and maintenance of former spouses in Scandinavian countries", *Juxtaposing Legal System and the Principles of European Family Law on Divorce and Maintenance*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2007, p. 48.

**39** *Ibidem*.

**40** Article 1:157 C. Civ. ; B.E. REINHARTZ, "The Netherlands", *Family Law in Europe*, Londres, Elsevier Ltd, 2002, p. 458.

**41** L'article 1569 BGB pose le principe que chaque époux est responsable de son propre entretien. K. KROLL, "The reform of German Maintenance Law", *The International Survey of Family Law*, Edition 2007, Bristol, Jordan Publishing Ld, p. 93 ; K. SCHEPPE, "Germany", *Family Law in Europe*, Londres, Elsevier Ltd, 2002, p. 308.

**42** K. BOELE-WOELKI (et alii), *Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between former spouses*, *op. cit.*, p. 78; J. MAIR, “The national legal systems juxtaposed to the CEFL Principles : harmonious ideals?”, *op. cit.*, p. 227; E. ÖRÜCÜ, “The principles of European Family Law put to the test : diversity in harmony or harmony in diversity?”, *Juxtaposing Legal System and the Principles of European Family Law on Divorce and Maintenance*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2007, p. 242.

**43** P. BERTHET, «*Les obligations alimentaires et les transformations de la famille*», Paris, L’Harmattan, 2000, p. 67.

**44** S. DAVID, « La fixation de la prestation compensatoire », *AJ Famille*, n° 3/2007, p. 108 et p. 114 ; D. MARTIN SAINT-LÉON, « Le calcul de la prestation compensatoire », *AJ Famille*, n° 3/2005, p. 92 ; E. MUNCANY-PERVES, “Pensions alimentaires et prestations compensatoires : quelles méthodes d’évaluation? », *AJ Famille*, n° 3/2005, p. 84 ; D. VAILLY, « Analyse de la consultation lancée à la fin de l’année 2004 auprès des cabinets d’avocats », *AJ Famille*, n° 3/2005, p. 86.

**45** L. BLOCH, « Les effets patrimoniaux à la dissolution du statut », *Le statut juridique du couple marié et du couple non marié en droit belge et en droit français*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 649.

**46** S. DAVID, « La fixation de la prestation compensatoire », *op. cit.*, p. 109.

**47** L’article 270, alinéa 3, du Code civil français permet au juge d’écarter une demande de prestation compensatoire “si l’équité le commande”.

**48** S. DAVID, « La fixation de la prestation compensatoire », *op. cit.*, p. 109 et 112 ; « Le nouveau visage de la prestation compensatoire », *op. cit.*, p. 220. L’auteur note qu’en 2004, le législateur français a remplacé le critère « du temps consacré à l’éducation des enfants » par celui « des conséquences des choix professionnels faits par l’un des époux pendant la vie commune pour l’éducation des enfants et du temps qu’il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne » (art. 271 C. civ. fr.). Voyez aussi J. HAUSER, « Le divorce pour altération définitive du lien conjugal et la société de la réalité », *Droit de la famille, JCP*, février 2005, p. 10 ; H. POIVEY-LECLERCQ, « La nouvelle prestation compensatoire après la réforme du 26 mai 2004 », *Droit et Patrimoine*, avril 2005, p. 84.

**49** J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, Paris, Defrénois, 2005, p. 173.

**50** J. GODARD et G. HENAFF, « France and the Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses », *Juxtaposing legal systems and the Principles of European Family Law on Divorce and Maintenance*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2007, p. 32.

**51** J. GODARD et G. HENAFF, « France and the Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses », *op. cit.*, p. 30 ; P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, Paris, Defrénois, 2006, p. 309 et 319 ; J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 174.

**52** P. BERTHET, *Les obligations alimentaires et les transformations de la*

*famille, op. cit.*, p. 68.

**53** E. ROCA, « Spain », *Family Law in Europe*, London, Elsevier Ltd, 2002, p. 610.

**54** C. SÖRGJERD, *Reconstructing Marriage*, Cambridge-Anvers-Portland, Intersentia, 2012, p. 130.

**55** Matrimonial Act 1973, art. 21 à 25, [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk). A.-F. BOCK, “Dividing the assets upon the dissolution of a marriage. Comparison between legal systems which apply a ‘hard and fast rule’ and systems with a discretionary approach to the division of assets”, *European Challenges in Contemporary Family Law*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2008, p. 293; N. DETHLOFF, “Contracting in Family Law : a European perspective”, *The Future of Family Property in Europe*, Cambridge-Anvers-Portland, Intersentia, 2011, p. 81; W. PINTENS, “Matrimonial Property Law in Europe”, *The Future of Family Property in Europe*, Cambridge-Anvers-Portland, Intersentia, 2011, p. 33.

**56** R. PROBERT, “England and Wales juxtaposed to the European Principles of Family Law”, *Juxtaposing Legal System and the Principles of European Family Law on Divorce and Maintenance*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2007, p. 65.

**57** B. DUTOIT (et alii), *Le divorce en droit comparé. Volume 1 : Europe*, Genève, Librairie Droz, 2000, p. 365 ; R. PROBERT, “England and Wales juxtaposed to the European Principles of Family Law”, *op. cit.*, p. 65.

**58** A.-F. BOCK, “Dividing the assets upon the dissolution of a marriage. Comparison between legal systems which apply a ‘hard and fast rule’ and systems with a discretionary approach to the division of assets”, *op. cit.*, p. 289 et p. 298.

**59** A.-F. BOCK, “Dividing the assets upon the dissolution of a marriage. Comparison between legal systems which apply a ‘hard and fast rule’ and systems with a discretionary approach to the division of assets”, *op. cit.*, p. 297; W. PINTENS, “Matrimonial Property Law in Europe”, *op. cit.*, p. 34; M. WELSTEAD et S. EDWARDS, *Family Law*, 3e éd., Cambridge, Oxford University Press, 2011, p. 171.

**60** R. PROBERT, “England and Wales juxtaposed to the European Principles of Family Law”, *op. cit.*, p. 66.

**61** *Ibidem*, p. 65.

**62** *Ibidem*, p. 66.

**63** *Ibidem*, p. 67.

**64** B. DUTOIT (et alii), *Le divorce en droit comparé. Volume 1 : Europe*, *op. cit.*, p. 365; R. PROBERT, “England and Wales juxtaposed to the European Principles of Family Law”, *op. cit.*, p. 65.

**65** W. PINTENS, “Matrimonial Property Law in Europe”, *op. cit.*, p. 34. Selon cet auteur, les ressources des époux permettront bien souvent seulement la satisfaction des besoins des époux, et non le maintien de leur niveau de vie

antérieur.

**66** U. KANGAS, “Divorce system and maintenance of former spouses in Scandinavian countries”, *op. cit.*, p. 48; C. SÖRGJERD, *Reconstructing Marriage. The legal status of relationships in a changing society*, Amsterdam, Kluwer, 2012, p. 130.

**67** K. BOELE-WOELKI (et alii), *Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between former spouses*, *op. cit.*, p. 80 et 86; B. DUTOIT (et alii), *Le divorce en droit comparé. Volume 1 : Europe*, Genève, Librairie Droz, 2000, p. 327 ; U. KANGAS, “Divorce system and maintenance of former spouses in Scandinavian countries”, *op. cit.*, p. 50.

**68** K. BOELE-WOELKI (et alii), *Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between former spouses*, *op. cit.*, p. 87; B. DUTOIT, *Le divorce en droit comparé. Volume 1 : Europe*, *op. cit.*, p. 133 (pour le Danemark) et p. 414 (pour la Suède); U. KANGAS, *op. cit.*, p. 49.

**69** K. BOELE-WOELKI (et alii), *Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between former spouses*, *op. cit.*, p. 87; L. NIELSEN, “Denmark”, *Family Law in Europe*, Londres, Elsevier Ltd, 2002, p. 80; C. SÖRGJERD, *Reconstructing Marriage*, *op. cit.*, p. 131.

**70** F. HILGER, « Les aliments et leur avenir dans le divorce contentieux luxembourgeois », *op. cit.*, p. 60.

**71** Article 1570 BGB.

**72** Article 1578 BGB.

**73** Article 1571 BGB.

**74** Article 1572 BGB.

**75** Article 1576 BGB.

**76** Article 1576 BGB.

**77** F. HILGER, « Les aliments et leur avenir dans le divorce contentieux luxembourgeois », *op. cit.*, p. 62 ; K. KROLL, « The reform of German Maintenance Law », *op. cit.*, p. 93 et s.

**78** Les taux d’emploi des femmes avec un enfant de moins de douze ans et des femmes sans enfants de moins de douze ans diffèrent de quelque 12 % en Allemagne. A titre de comparaison, ce taux est nul au Danemark. Cet indice est indicatif de l’offre de places d’accueil pour les jeunes enfants. Commission Européenne, *Rapport sur l’égalité entre les femmes et les hommes*, 2010, [www.ec.europa.eu/social](http://www.ec.europa.eu/social), p. 19 et p. 23. En Allemagne, les taux d’emploi sont de 75,6 % pour les hommes âgés de 15 à 64 ans et de 66,1 % pour les femmes. Eurostat, *Illustration statistique de la situation des femmes et des hommes dans l’UE 27*, 2010, [www.toutteleurope.eu](http://www.toutteleurope.eu). A propos de la difficulté des femmes allemandes de combiner maternité et vie professionnelle, voyez K. KROLL, « The reform of German Maintenance Law », *op. cit.*, p. 93.

**79** Art. 1 :397 C. civ. N. Voyez A. HEIDA (et alii), *Echtscheidingsrecht*, *op. cit.*, p. 68.

**80** Alimentatienormen van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (www.nvvr.org).

**81** Il s'agit du revenu minimum majoré le cas échéant des charges réelles de logement du débiteur, voire d'autres charges pertinentes, en fonction du cas d'espèce. Il est tenu compte non seulement des revenus réels du débiteur, mais aussi de sa capacité d'obtenir des revenus. Voyez M. DE BRUYN-LUCKERS et O. YDEMA, *Memo echtscheiding en alimentatie 2002*, *op. cit.*, p. 64; A. HEIDA (et alii), *Echtscheidingsrecht*, *op. cit.*, p. 71 ; M.J.A. VAN MOURIK et A.J.M. NUYTINCK, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, *op. cit.*, p. 143.

**82** M. DE BRUYN-LUCKERS et O. YDEMA, *Memo echtscheiding en alimentatie 2002*, *op. cit.*, p. 59 ; A. HEIDA (et alii), *Echtscheidingsrecht*, *op. cit.*, p. 75 ; M.J.A. VAN MOURIK et A.J.M. NUYTINCK, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, *op. cit.*, p. 141.

**83** M. DE BRUYN-LUCKERS et O. YDEMA, *Memo echtscheiding en alimentatie 2002*, *op. cit.*, p. 68.

**84** Loi du 26 juin 1998, *Recueil officiel des lois fédérales*, 1999, p. 1110, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000.

**85** Art. 125 C. civ. suisse.

**86** A.-M. GERMANIER-JAQUINET, « Les pensions alimentaires entre conjoints mariés et conjoints de fait en Suisse », *Revue scientifique de l'AIFI*, 2010, vol. 4, p. 82.

**87** *Ibidem*.

**88** K. BOELE-WOELKI (et alii), *Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between former spouses*, *op. cit.*, p. 78; J. MAIR, "The national legal systems juxtaposed to the CEFL Principles : harmonious ideals?", *Juxtaposing Legal System and the Principles of European Family Law on Divorce and Maintenance*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2007, p. 227. A propos de la force de ce principe d'autonomie, voyez G. YILDIRIM, *L'autonomie financière dans la communauté de vie*, Limoges, Pulim, 2001.

**89** J. MAIR, "The national legal systems juxtaposed to the CEFL Principles : harmonious ideals?", *op. cit.*, p. 228.

**90** F. GRANET-LAMBRECHTS, "Familles et solidarités en Europe", *L'entraide familiale : régulations juridiques et sociales*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2012, p. 40.

**91** N. DETHLOFF, « Contracting in Family Law : a European perspective », *The Future of Family Property un Europe*, Cambridge-Anvers-Portland, Intersentia, 2011, p. 91.



**92** C. SÖRGJERD, *Reconstructing Marriage*, *op. cit.*, p. 334 : selon cet auteur, l'héritage social et culturel sont déterminants par rapport au contenu du droit du mariage.

**93** I. THERY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1998, p. 18. Voyez aussi L. BERNIER, "L'amour au temps du démariage", *Sociologie et sociétés*, vol. 28, n°1, 1996, p. 52 ; J. LATTEN, « Trends in samenwonen en trouwen : informalisering en de schone schijn van burgerlijke staat », *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, C. FORDER en A. VERBEKE (eds), Anvers, Groningen, Intersentia, 2005, p. 13 et s.

**94** I. THERY, *Le démariage*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1993.

**95** H. BELLEAU et C. HENCHOZ, *L'usage de l'argent dans le couple : pratiques et perceptions des comptes amoureux*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 10 ; A. MARTIAL, *La valeur des liens, Hommes, femmes et transactions familiales*, Toulouse, Presses Universitaires du Mirail, 2009, p. 15 ; V. ZELIZER, « Transactions intimes », *Genèses*, 42, 2001, p. 125.

**96** F. DE SINGLY, *Fortune et infortune de la femme mariée*, Paris, PUF, 1987, p. 124 ; A.-M. GILLES, « Couple et lien économique », *La notion juridique de couple*, Paris, Economica, 1998, p. 115 ; W. SCHRAMA, « Vermogensrechtelijke aspecten van de niet-huwelijkse samenleving : de moiezame verhouding tussen de affectieve relatie en het (vermogens)recht », *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Anvers, Groningen, Intersentia, 2005, p. 106 ; G. YILDIRIM, *L'autonomie financière dans la communauté de vie*, *op. cit.*, 2001, p. 373.

**97** G. YILDIRIM, *L'autonomie financière dans la communauté de vie*, *op. cit.*, p. 373.

**98** B. PRIEUR et S. GUILLOU, *L'argent dans le couple, peut-on s'aimer sans compter?*, Paris, Albin Michel, 2007, p. 37 ; C. HENCHOZ, "Le trésor conjugal : analyse du couple par son argent", *Enfance, Familles, Générations*, n°10, 2009, p. 2 ; C. HENCHOZ, « Le couple et l'argent : quand l'amour produit et reproduit des rapports de pouvoir et d'inégalités », *L'usage de l'argent dans le couple : pratiques et perceptions des comptes amoureux*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 31-74 ; J. PAHL, « Individualisation et modèles de gestion des finances au sein des familles », *Enfances, Familles, Générations*, n°2, 2005, p. 1-8, [www.erudit.org](http://www.erudit.org) ; V. JARIS TICHENOR, « Argent, pouvoir et genre. Les dynamiques conjugales dans les couples où la femme gagne plus que son conjoint », *L'usage de l'argent dans le couple : pratiques et perceptions des comptes amoureux*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 75-111.

**99** F. DE SINGLY, « La naissance de l'individu individualisé et ses effets sur la vie conjugale et familiale », *Etre soi parmi les autres. Famille et individualisation*, Tome 1, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 8.

**100** C. HENCHOZ, « Le trésor conjugal : l'analyse du couple par son argent », *Enfance, Familles, Générations*, n°10, 2009, p. 14.

**101** J. KELLERHALS et N. LANGUIN, *Juste? Injuste? Sentiments et critère de justice dans la vie quotidienne*, Paris, Payot, 2008, p. 142.

**102** F. DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Nathan, 1993, p. 93.

**103** *Ibidem.* H. BELLEAU, « Entre le partage des dépenses et le partage des avoirs : les comptes conjugaux des ménages québécois », *L'usage de l'argent dans le couple : pratiques et perceptions des comptes amoureux*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 127 ; C. HENCHOZ, *Le couple, l'amour et l'argent, la construction conjugale des dimensions économiques de la relation amoureuse*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 120 ; J. KELLERHALS et alii, *Figures de l'équité. La construction des normes de justice dans les groupes*, Paris, PUF, 1988, p. 196. Ces distinctions sont évoquées aussi par L. ROUSSEL, (*La famille incertaine*, Paris, Odile Jacob, 1989, p. 133-150 et « Les types de famille », *La famille, l'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 1992, p. 86). Pour une synthèse de ces typologies et d'autres : M. SEGALIN, *Sociologie de la famille*, Paris, Armand Colin, 1993, p. 222 ; C. VOGLER, M. BROCKMANN, R. WIGGINS, « Intimate relationships and changing patterns of money management at the beginning of the twenty-first century », *The British Journal of Sociology*, 2006, p. 473.

**104** C. HENCHOZ, *Le couple, l'amour et l'argent, la construction conjugale des dimensions économiques de la relation amoureuse*, *op. cit.*, p. 13-15 : « dans la sphère conjugale, les sentiments et les biens, le symbolique et le concret, le care et l'argent, les services et les émotions se mêlent et s'imbriquent » ; H. BELLEAU, « Entre le partage des dépenses et le partage des avoirs : les comptes conjugaux des ménages québécois », *op. cit.*, p. 137 ; J. KELLERHALS et N. LANGUIN, *op. cit.*, p. 152 ; J. KELLERHALS et alii, *Figures de l'équité, op. cit.*, p. 132.

**105** Articles 10 et 11bis de la Constitution, qui depuis une loi du 21 février 2002 (*M.B.*, 26 février 2002), visent à garantir aux hommes et aux femmes l'égal exercice de leurs droits et libertés et plus particulièrement l'alinéa 3 de l'article 10 qui affirme comme tel que « l'égalité des femmes et des hommes est garantie ». Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des Régions – Une feuille de route pour l'égalité entre les femmes et les hommes – 2006-2010, Doc. n° 52006 DC 0092. Cette « feuille de route » énonce six objectifs ambitieux : « l'indépendance économique égale, la conciliation vie privée et professionnelle, la représentation égale dans la prise de décision, l'éradication de toute forme de violence fondée sur le genre, l'élimination des stéréotypes de genre, la promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes ». Résolution du Parlement européen du 13 mars 2007 sur une feuille de route pour l'égalité entre les femmes et les hommes, *JO*, C, 301E du 13 décembre 2007. Directive 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, *J.O.*, L 204 du 26 juillet 2006, p. 23-36. Sur ces questions : A. LE BRAS-CHOPARD, « Egalité », *Femmes, genre et sociétés, l'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 2005, p. 77 ; S. VAN DROOGHENBROECK et I. HACHEZ, « L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la constitution », *R.B.D.C.*, 2002, p. 154.

**106** EUROSTAT, Communiqué de presse n° 169/2007, « Les femmes en dehors du marché du travail en 2006 », 6 décembre 2007, <http://ec.europa.eu/eurostat>. 28 % des femmes qui travaillent à temps partiel

déclarent avoir fait ce choix en raison de difficultés de garde d'enfants, contre 6 % pour les hommes : Chiffres-clés 2005, Aperçu statistique de la Belgique, SPF Economie, PME, Classes Moyennes et Energie; I. PUECH, « Le non-partage du travail domestique », *Femmes, genre et sociétés, l'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 2005, p. 176 ; R. SILVERA, « Temps de travail et genre : une relation paradoxale », *Femmes, genre et sociétés, l'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 2005, p. 266 ; G. LIPOVETSKY, *La troisième femme*, Paris, Gallimard, 1997, p. 297 ; I. THERY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 69 ; D.-G. TREMBLAY, « Introduction au numéro. La conciliation famille-travail : perspectives internationales », *Enfances, Familles, Générations*, n° 4, 2006, p. 1-6, [www.erudit.org](http://www.erudit.org).

**107** C. HENCHOZ, *Le couple, l'amour et l'argent*, *op. cit.*, p. 85. Dans le même sens : H. BELLEAU, « Entre le partage des dépenses et le partage des avoirs : les comptes conjugaux des ménages québécois », *op. cit.*, p. 130.

**108** F. DE SINGLY, *Fortune et infortune de la femme mariée*, *op. cit.*, p. 125.

**109** *Ibidem*, p. 104 et s. Selon cet auteur, par exemple, un capital social élevé permettra à la personne qui en dispose de renouer une relation affective avec une personne qui pourra subvenir correctement à ses besoins

**110** *Ibidem*, p. 65.

**111** K. DE HOOG, “Een sociologische beschouwing over de positie van het huwelijk en andere primaire samenlevingsvormen in een veranderende samenleving”, *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Anvers, Groningen, Intersentia, 2005, p. 98; M. JANSEN, « De financiële gevolgen van relatiebreuken : terugval en herstel bij mannen en vrouwen », *Is echtscheiding werkelijk Win for life?*, Bruges, La Chartre, 2008, p. 45 et 51 et s. ; D. MORTELMANS, F. SWENNEN et E. ALOFS, *op. cit.*, p. 28. Ces auteurs indiquent qu'après une séparation, les hommes voient leur revenu disponible augmenter de 4,9 % tandis que les femmes voient diminuer le leur de 18,8 % (moyennes européennes).

**112** F. DE SINGLY, *Fortune et infortune de la femme mariée*, *op. cit.*, p. 43 ; A. FOUQUET, « Le travail domestique: du travail invisible au « gisement » d'emplois », *Masculin-Féminin : questions pour les sciences de l'homme*, Paris, PUF, 2001, p. 113 ; M. JANSEN, « De financiële gevolgen van relatiebreuken : terugval en herstel bij mannen en vrouwen », *op. cit.*, p. 45 ; J. M. KRAUSKOPF, « Theories of property division/spousal support : searching for solutions to the mystery », *Fam. L. Q.*, 1989, p. 266; W. VERHEYEN et D. MORTELMANS, « Hoe gaan vrouwen om met de financiële gevolgen van een echtscheiding. Een kwalitatieve kijk op copingstrategieën », *Is echtscheiding werkelijk Win for life?*, Bruges, La Chartre, 2008, p. 71.

**113** M. JANSEN, « De financiële gevolgen van relatiebreuken : terugval en herstel bij mannen en vrouwen », *op. cit.*, p. 45 ; J.M. KRAUSKOPF, « Theories of property division/spousal support : searching for solutions to the mystery », *op. cit.*, p. 266; W. VERHEYEN et D. MORTELMANS, « Hoe gaan vrouwen om met de financiële gevolgen van een echtscheiding. Een kwalitatieve kijk op copingstrategieën », *op. cit.*, p. 73.

- 114** W. VERHEYEN et D. MORTELMANS, « Hoe gaan vrouwen om met de financiële gevolgen van een echtscheiding. Een kwalitatieve kijk op copingstrategieën », *op. cit.*, p. 73.
- 115** M. JANSEN, « De financiële gevolgen van relatiebreuken : terugval en herstel bij mannen en vrouwen », *op. cit.*, p. 55.
- 116** *Ibidem*, p. 55 et 56.
- 117** V. LYSSENS-DANNEBOOM en D. MORTELMANS, « Juridische bescherming van samenwoners », *Arbeid en Relatie-Travail et Relation*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 93.
- 118** M. BOZON, « Sociologie du rituel du mariage », *La formation du couple*, Paris, La Découverte, 2006, p. 171-196 ; M. BOZON, « Le mariage : montée et déclin d'une institution », *La famille : l'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 1992, p. 55 ; J.-H. DECHAUX, *Sociologie de la famille*, Paris, La Découverte, 2007, p. 15 ; J.-C. KAUFMANN, *Sociologie du couple*, Paris, PUF, 1993, p. 53 et s. ; F. MAILLOCHON, « Le coût relationnel de la robe blanche », *Réseaux*, 2002/5, n° 115, p. 59 ; F. MAILLOCHON, « Le mariage est mort, vive le mariage ! », *Enfances, Familles, Générations*, 2008, n° 9, n° 27 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, *Les concubinages*, *op. cit.*, p. 57 ; I. THERY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 41 et p. 139 ; W. RAULT, « Entre droit et symbole. Les usages sociaux du pacte civil de solidarité », *Revue française de Sociologie*, 2007/3, vol. 48, p. 579.
- 119** J. LATTEN, *op. cit.*, p. 29.
- 120** V. LYSSENS-DANNEBOOM en D. MORTELMANS, « Juridische bescherming van samenwoners », *op. cit.*, p. 93.
- 121** P. BOURDIEU, « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, 1986, p. 41 ; J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 6<sup>ème</sup> édition, 1988, p. 153 ; A. PITROU, « La solidarité obligée », *Obligations alimentaires et solidarités familiales entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 304. Selon I. THERY, « La famille n'est pas qu'une question privée, mais aussi une question sociale et politique » (*Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 20). Voyez aussi L. FERRY, *Familles, je vous aime*, Paris, XO Editions, 2007, p. 197.
- 122** En moyenne, 6 à 7 ans en Belgique, pour retrouver le niveau de vie de la vie commune : M. JANSEN, « De financiële gevolgen van relatiebreuken : terugval en herstel bij mannen en vrouwen », *op. cit.*, p. 52.
- 123** F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 306 ; I. THERY, *Le démariage*, Paris, Odile Jacob, 1993, p. 16 ; I. THÉRY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 84.
- 124** M. CORIJN et K. MATTHIJS, « Gehuwd en ongehuwd samenwonen in België, een sociaal-demografisch perspectief », *Gehuwd of niet : maakt het iets uit?*, Anvers, Groningen, Intersentia, 2005, p. 48 ; K. DE HOOG, « Een sociologische beschouwing over de positie van het huwelijk en andere primaire

samenlevingsvormen in een veranderende samenleving”, *Gehuwd of niet : maakt het iets uit?*, Anvers, Groningen, Intersentia, 2005, p. 98.

**125** J. COMMAILLE, *Familles sans justice ?*, op. cit., p. 209 et s.

**126** C’est le cas des Pays-Bas (art. 1.80 b, C.civ. N., applicable au partenariat enregistré, qui renvoie aux devoirs et obligations des époux) et du Québec (art. 521.17 C. civ. Q.). Voyez aussi G. LIND, *Common Law Marriage, a legal institution for cohabitation*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 867 ; J. MILES, « Financial relief between cohabitants on separation : options for European jurisdictions », *European Challenges in contemporary Family Law*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2008, p. 275. F. GRANET-LAMBRECHTS, « Familles et solidarités en Europe », op. cit., p. 41 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « La diversité des modes de conjugalité : panorama de droit comparé », *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, Paris, Dalloz, 2009, p. 5 et s. ; T. DORN, « Alimentatierechtelijke positie van(ex-)partners in Nederland », op. cit., p. 276 et s.

**127** Article 515-4 du Code civil français. Les personnes qui adoptent le Pacs sont soumises obligatoirement, pendant la vie commune, à un devoir de solidarité qui s’apparente au devoir de secours des couples mariés. Cependant, les droits de nature personnelle ne survivent pas à la rupture du Pacs et aucune prestation compensatoire n’est prévue. Voyez : S. DE BENALCAZAR, *Pacs, mariage et filiation*, Defrénois, 2007 ; H. FULCHIRON, « Le nouveau PACS est arrivé ! », *Defrénois*, n° 21/06, p. 1621 ; X. LABBÉE, « Pacs : encore un tout petit effort », *AJ Famille*, 2007, p. 8 ; X. LABBÉE, « Et si le Pacs réinventait l’esclavage ? », *La semaine juridique*, n° 17, 2008, p. 3 ; F. SAUVAGE, « Le régime des partenaires d’un PACS : liberté, prospérité, solidarité ? », *Droit et patrimoine*, n° 173, sept. 2008, p. 64 ; A. TISSERAND-MARTIN, « Les aspects patrimoniaux du pacte civil de solidarité », *Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l’Europe ?*, Paris, PUF, Coll. CEPRISCA, 2005, p. 28.

**128** C’est le cas au Québec (J. JARRY, *Les conjoints de fait au Québec, Vers un encadrement légal*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, p. 79).

**129** C. SÖRGJERD, *Reconstructing Marriage*, op. cit., p. 159.

**130** J. JARRY, *Les conjoints de fait au Québec*, op. cit., p. 59 et s.

**131** G. LIND, *Common Law Marriage*, op. cit., p. 867.

**132** *Ibidem.*, p. 9 et p. 459 et s.

**133** Recommandations de la Law Commission, n° 307, 2007 : M. WELSTEAD et S. EDWARDS, *Family Law*, op. cit., p. 207. Voyez aussi R. J. PROBERT, « A review of cohabitation : the financial consequences of relationship breakdown, Law. Com. N° 307 (HMSO 2007) », *Fam. L. Q.*, 2007, p. 521 et s.

**134** Un devoir de solidarité qui s’apparente au devoir de secours des couples mariés leur a été reconnu (Article 515-4 du Code civil français). Voyez *supra*.

**135** Selon l’institut statistique français, 95 % des Pacs sont conclus par des couples hétérosexuels, pour l’année 2011 ([www.insee.fr](http://www.insee.fr)).

**136** J. HAUSER, « Les communautés taisiales », *D.*, 1997, chron., 255-256 ; M. GARRISON, « Cohabitant obligations : contract versus status », *op. cit.*, p. 116 et s. ; J.-J. LEMOULAND, « L'émergence d'un droit commun des couples », *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité*, Paris, Dalloz, 2009, p. 42 et s. ; G. LIND, *Common law marriage, a legal institution for cohabitation*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 1060 et s. ; W.M. SCHRAMA, *De niet huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht*, Amsterdam, Kluwer, 2004, p. 551 ; W. SCHRAMA, « Vermogensrechtelijke aspecten van de niet-huwelijkse samenleving : de moeizame verhouding tussen de affectieve relatie en het (vermogens)recht », *Gehuwd of niet : maakt het iets uit?*, Anvers-Groningen, Intersentia, 2005, p. 106 et s.

**137** D. GOUBAU, G. OTIS, D. ROBITAILLE, « La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses dommages collatéraux », *op. cit.*, p. 46 et s. ; D. GOUBAU, « Le Code civil du Québec et les concubins : un mariage discret », *R. du B. can.*, 1995, p. 483 ; J. JARRY, *Les conjoints de fait au Québec*, *op. cit.*, p. 163 ; G. LIND, *Common law marriage*, *op. cit.*, p. 951 ; I. THÉRY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 96.

**138** B. MOORE, « L'union de fait : enjeux et encadrement juridique en droit privé dans un contexte de rupture », *op. cit.* ; T. DORN, *op.cit.*, p. 282.

**139** B. LAPLANTE, « L'union de fait comme mariage romain », *Séminaire Familles en Mouvance, 15 avril 2011*, [http :partenariat-famille.inrs-ucs.quebec.ca](http://partenariat-famille.inrs-ucs.quebec.ca). ; A. ROY, « L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec », *Aimer et compter ?*, Presses de l'Université du Québec, 2011, p. 135.

**140** CJCE, D. et Royaume de Suède c. Conseil de l'Union Européenne, 31 mai 2001. N. GALLUS, « Egaux mais différents, inégaux car différents ? », *op. cit.*, p. 62 ; F. SWENNEN, « Atypical families in EU (private international family law) », *International family law for the European Union*, Intersentia, Anvers, 2007, p. 394.

**141** CEDH, Karner c. Autriche, 14juillet 2003, Schackell c. Royaume-Uni, 27 avril 2000, Mata Estevez c. Espagne, 10 mai 2001. N. GALLUS, « Egaux mais différents, inégaux car différents ? », *Conjugalités et discriminations*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2012, p. 58.

**142** I. SCHWENZER, *Model family code from a global perspective*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2006, p. 7.

**143** *Ibidem*, p. 8. Dans le même sens : T. DORN, « Alimentatierechtelijke positie van (ex-)partners in Nederland », *op. cit.*, p. 283 et s.

**144** J. JARRY, *Les conjoints de fait au Québec*, *op. cit.*, p. 160 ; W. SCHRAMA, « Vermogensrechtelijke aspecten van de niet-huwelijkse samenleving : de moeizame verhouding tussen de affectieve relatie en het (vermogens)recht », *op. cit.*, p. 107.

**145** C. FORDER et A. VERBEKE, « Geen woorden maar daden. Algemene rechtsvergelijkende conclusies en aanbevelingen », *Gehuwd of niet : maakt het iets uit ?*, Anvers-Groningen, Intersentia, 2005, p. 499 ; B. MOORE, « L'union

de fait : enjeux et encadrement juridique en droit privé dans un contexte de rupture », *op. cit.*. L'auteur considère qu'on surestime la volonté des conjoints de fait par rapport au choix de leur forme de vie conjugale.

**146** Dans le même sens : T. DORN, « Alimentatierechtelijke positie van (ex-)partners in Nederland », *op. cit.*, p. 283.

**147** En ce sens : W.M. SCHRAMA, *De niet huwelijkse samenleving in het Nederlandse et Duitse recht*, *op. cit.*, p. 496 et 559.

**148** J. COMMAILLE, *Familles sans justice?*, *op. cit.*, p. 209 et s. ; « Une sociologie politique du droit de la famille. Des référentiels en tension : émancipation, institution, protection », *op. cit.*, p. 99.

**149** M. GARRISON, « Cohabitant obligations : contract versus status », *op. cit.*, p. 120 ; C. SÖRGJERD, *Reconstructing Marriage*, *op. cit.*, p. 152.

**150** M. BOZON, « Sociologie du rituel du mariage », *La formation du couple*, Paris, La Découverte, 2006, p. 171-196 ; V. LYSENS-DANNEBOOM et D. MORTELMANS, « Juridische bescherming van samenwoners », *op. cit.*, p. 77-106 ; F. MAILLOCHON, « Le mariage est mort, vive le mariage ! », *Enfances, Familles, Générations*, 2008, n° 9, n° 27 ; F. MAILLOCHON, « Le coût relationnel de la robe blanche », *Réseaux*, 2002/5, n° 115, p. 59 ; M. SEGALEN, *Sociologie de la famille*, Paris, Armand Colin, 1993, p. 143 ; M.-B. TAHON, *La famille désinstitutionnée*, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1995.

**151** Dans le même sens : C. FORDER et A. VERBEKE, *op. cit.*, p. 611.

**152** Selon Anne DEVILLÉ, cette revendication se rencontre principalement chez les couples issus de milieux éduqués ou aisés mais poursuit une tendance à la généralisation : « Même s'ils sont toujours inconsciemment déterminés par des modèles sociaux dominants, les membres d'un couple ne se réfèrent qu'à eux-mêmes quand ils prennent des décisions (concernant directement leur vie de couple) » (« Une nouvelle normativité contractuelle dans les conflits familiaux. Un divorce négocié », *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 1996, p. 396).

**153** On songe aux règles qui gouvernent les conventions de divorce par consentement mutuel et les conventions relatives à la pension après divorce. Ces règles permettent notamment de faire réviser une convention en cas de changement de circonstances postérieurement à leur conclusion (art. 301, § 7, C. civ. et art. 1288, alinéa 3, C. jud.). Les époux peuvent cependant y déroger à partir de la dissolution du mariage. On pourrait penser que le contrôle judiciaire auquel sont soumises les conventions de divorce par consentement mutuel offre des garanties aux époux en termes d'équilibre contractuel, mais ce contrôle est particulièrement formel pour ce qui concerne les effets du divorce entre les époux, alors qu'il est effectif pour ce qui concerne les arrangements relatifs aux enfants. Des dispositions spécifiques aux couples mariés limitent également leur autonomie de la volonté pendant le cours du mariage (art. 301, § 9, C. civ.).

**154** Le droit commun actuel des contrats est en effet encore imprégné d'une logique libérale fondée sur le postulat que les individus sont libres et égaux en droit, qui explique un régime juridique axé sur le principe de la convention-loi et

la sécurité juridique. Cette logique commence cependant à être remise en cause, en raison de l'inégalité fréquente entre les contractants. La préoccupation qui nous anime en matière de conventions entre des conjoints existe donc de manière générale pour l'ensemble des contrats. Voyez sur cette question B. DELCOURT, « La convention-loi », *Le contrat. Commentaire pratique*, II, Bruxelles, Kluwer, p. 105 et s. et les auteurs cités.

**155** A propos des paradoxes que provoque la logique libérale dans les relations de couple : S. DE BENALCAZAR, *Pacs, mariage, filiation : étude de la politique familiale*, Paris, Defrénois, 2007, p. 62. A propos de cette logique libérale en droit des contrats en général : B. DELCOURT, « La convention-loi », *Le contrat. Commentaire pratique*, Bruxelles, Kluwer, II.1.3, p. 104 et s. Voyez aussi W. SCHRAMA, « Vermogensrechtelijke aspecten van de niet-huwelijkse samenleving : de moeizame verhouding tussen de affectieve relatie en het (vermogens)recht », *op. cit.*, p. 106.

**156** Voyez, dans son ensemble, la démonstration que livre F. OST sur la nécessité pour le droit de prendre en compte la dimension temporelle des relations sociales, régies ou non par une convention. L'absence traditionnelle de souplesse par rapport à l'interprétation des conventions conformément aux attentes légitimes des deux parties constitue « un déni de l'effet du temps » sur les conventions (*Le temps du droit, op. cit.*, p. 245).

**157** N. DETHLOFF, « Contracting in Family Law : a European perspective », *The Future of Family Property in Europe*, Cambridge-Anvers-Portland, Intersentia, 2011, p. 85 et s.

**158** *Ibidem*, p. 87.

**159** Ces préoccupations dépassent d'ailleurs, en doctrine, le cadre des relations conjugales puisque d'aucuns suggèrent que le droit devrait évoluer vers une régulation plus précise des conventions, en vue de répondre à deux problèmes récurrents, les rapports de force entre partenaires à la négociation et « l'incertitude par rapport à l'évolution de la situation dont le contrat fait l'objet ». J. DE MUNCK et J. LENOBLE, « Droit négocié et procéduralisation », *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 1996, p. 191. Dans le même sens, B. FRYDMAN, « Négociation ou marchandage ? De l'éthique de la discussion au droit de la négociation », *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 1996, p. 250 ; F. OST, *Le temps du droit, op. cit.*, p. 330.

**160** W. PINTENS, « Matrimonial Property Law in Europe », *The Future of Family Property in Europe*, Cambridge-Anvers-Portland, Intersentia, 2011, p. 21; R. PROBERT, « England and Wales juxtaposed to the European Principles of Family Law », *Juxtaposing legal systems and the Principles of European Family Law on Divorce and Maintenance*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2007, p. 72.

**161** R. PROBERT, « England and Wales juxtaposed to the European Principles of Family Law », *op. cit.*, p. 72.

**162** N. DETHLOFF, « Contracting in Family Law : a European perspective », *op. cit.*, p. 72.



**163** C'est le cas en France, notamment : N. DETHLOFF, "Contracting in Family Law : a European perspective", *op. cit.*, p. 77.

**164** J. CLOUET, « Tendances jurisprudentielles et législatives en matière de pension alimentaire entre conjoints », *Séminaire Famille en Mouvement*, <http://partenariat-famille.inrs-ucs.uquebec.ca>, p. 6.

**165** U. KANGAS, "Divorce system and maintenance of former spouses in Scandinavian countries", *Juxtaposing legal systems and the Principles of European Family Law on Divorce and Maintenance*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2007, p. 53; A. SALDEEN, "Sweden", *Family Law in Europe*, Londres, Elsevier Ltd, 2002, p. 643.

**166** U. KANGAS, "Divorce system and maintenance of former spouses in Scandinavian countries", *op. cit.*, p. 54; L. NIELSEN, "Denmark", *Family Law in Europe*, Londres, Elsevier Ltd, 2002, p. 82.

**167** U. KANGAS, "Divorce system and maintenance of former spouses in Scandinavian countries", *op. cit.*, p. 54. En outre, les conventions établies par les conjoints au moment de leur divorce relatives à la répartition entre eux des biens, selon d'autres règles que les règles légales, peuvent être annulées par un juge dans les trois ans de leur conclusion, lorsqu'elles aboutissent à une répartition injuste (P. LODRUP, « Norway », *Family Law in Europe*, Londres, Elsevier Ltd, 2002, p. 507).

**168** Article 300, alinéa 5 C. civ. Luxembourgeois.

**169** Art. 86 C. civ. espagnol.

**170** Art. 1 :159 C. civ. N. Selon cet article, le juge pourrait modifier une convention, même en présence d'une clause d'intangibilité du montant de la pension alimentaire, lorsque les circonstances ont à ce point changé que la convention en est devenue inéquitable. Voyez M.J.A. VAN MOURIK et A.J.M. NUYTINCK, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, *op. cit.*, p. 144.

**171** J. CLOUET, "Tendances jurisprudentielles et législatives en matière de pension alimentaire entre conjoints", *op. cit.*, p. 6.

**172** Articles 301, § 7, C. civ. Et article 1288, alinéa 3, C. jud.

**173** N. DETHLOFF, "Contracting in Family Law : a European perspective", *op. cit.*, p. 77.

**174** *Ibidem*. Sec. 36 Contrats Act du Danemark, de la Norvège, de la Suède et de la Finlande.

**175** Ne serait-il pas d'ailleurs plus opportun de déplacer les dispositions relatives à la cohabitation légale à la suite de celle qui régissent le mariage et le divorce, afin de rassembler les règles qui traitent de la conjugalité au sens large ?

**176** A propos de la place que pourrait occuper une telle disposition, voyez l'observation formulée ci-dessus à propos de celle que devrait aussi occuper le

régime de la cohabitation légale.

**177** C. DELFORGE, « Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature (art. 1135 C. civ.) », *Droit des obligations*, Recyclage en droit, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2001, p. 24.

**178** I. THERY, *Le démariage*, *op. cit.*, p. 16.

**179** La lésion simple pourrait dès lors constituer un instrument légal intéressant, mais à plusieurs conditions. Il faudrait avant tout que la convention révèle des prestations nettement déséquilibrées entre les conjoints. Ce déséquilibre devrait ensuite résulter directement de l'état de faiblesse, des passions, de l'ignorance du conjoint qui se serait désavantagé. Contrairement à l'hypothèse de la lésion qualifiée, il ne serait pas nécessaire que le conjoint qui tirerait avantage du contrat ait eu connaissance de l'état de faiblesse, encore moins qu'il ait voulu en abuser. On pourrait même imaginer que ce conjoint n'ait pas eu conscience du déséquilibre de la convention au détriment de son partenaire, en raison de ce que lui-même idéalisait peut-être les conséquences matérielles de la relation conjugale. Enfin, il nous paraît que le déséquilibre entre les prestations devrait placer la victime dans une situation de difficultés financières. Ce serait précisément ce dernier critère qui permettrait de qualifier le déséquilibre d'inéquitable et qui justifierait, dès lors, la dérogation au principe de la convention-loi.

**180** Articles 301, § 7, C. civ. et 1288, al. 3, C. jud.

**181** F. SWENNEN, « Over alimentatieovereenkomsten en echtscheiding (en ook een beetje over Odysseus) », *T.P.R.*, 2008, p. 1342.

**182** X. DIEUX, *Le respect dû aux attentes légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles-Paris, Bruylant, -L.G.D.J., 1995.

**183** F. DE SINGLY, *Fortune et infortune...*, *op. cit.*, p. 205 ; V. LYSENS-DANNEBOOM et D. MORTELMANS, *op. cit.*, p. 89 et 100 ; C. NYMAN et L. EVERTSSON, « Difficultés liées à la négociation dans la recherche sur la famille : un regard sur l'organisation financière des couples suédois », *Enfance, Familles, Générations*, n° 2, 2005, p. 9-12.

**184** J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 6<sup>ème</sup> édition, 1988, p. 275 : « Il est, pourtant, des règles qui, loin de commander, proposent seulement. Flexible droit... Le fondement du mécanisme, c'est que le modèle de contrat offert par le législateur aux parties, sauf stipulation contraire, répond à leur désir probable, et cette probabilité s'induit de la constatation que, dès avant l'intervention de la loi, la plupart des contractants, d'eux-mêmes, contractaient déjà ainsi. Or, le système des règles supplétives postule une mise à jour constante pour rester en accord avec les volontés latentes dans la collectivité des contractants. Si donc la sociologie vient à découvrir que la majorité des intéressés s'écarte de plus en plus du modèle légal, il y a là une indication que le législateur, sans se faire scrupule de sauter du fait au droit, a le pouvoir – a le devoir – de traduire en normes supplétives ». Nous trouvons dans cet extrait la justification de notre souci de proposer un modèle légal innovant suite à l'évolution qu'a connue la conjugalité au cours des

dernières décennies. En ce sens aussi : T. DORN, “Alimentatierechtelijke positie van (ex-)partners in Nederland”, *op. cit.*, p. 281; V. LYSSSENS-DANNEBOOM et D. MORTELMANS, *op. cit.*, p. 101; W. SCHRAMA, « Vermogensrechtelijke aspecten van de niet-huwelijkse samenleving : de moeizame verhouding tussen de affectieve relatie en het (vermogens)recht », *op. cit.*, p.116.

**185** B. BRAAT, *Indépendance et inter-dépendance patrimoniales des époux dans le régime matrimonial légal des droits français, néerlandais et suisse*, Berne, Staempfli Editions, 2004, 2004, p. 76. ; A.-M. GERMANIER-JAQUINET, « Les pensions alimentaires entre conjoints mariés et conjoints de fait en Suisse », *op. cit.*, p. 78 et 79 ; U. KANGAS, « Divorce system and maintenance of former spouses in scandinavian countries », *op. cit.*, p. 47 ; M. WELSTEAD et S. EDWARDS, *Family Law*, *op. cit.*, p. 172.

**186** C'est la cas en droit anglais (M. WELSTEAD et S. EDWARDS, *Family Law*, *op. cit.*, p. 156), aux Pays-Bas (art. 1 :80 B.W. ; I. CURRY-SUMNER, *All's well that ends registered ? , The substantive and private international law aspects of non marital registered relationships in Europe*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2005, p. 148).

**187** Ce délai est d'un an, en vertu de l'article 30 de la loi sur le partenariat enregistré. I. CURRY-SUMNER, *All's well that ends registered ? , op. cit.*, p. 197.

**188** Proposition défendue aussi par C. FORDER et A. VERBEKE, *op. cit.*, p. 607.

**189** U. KANGAS, “Divorce system and maintenance of former spouses in Scandinavian countries”, *op. cit.*, p. 48.

**190** B. BRAAT, *Indépendance et inter-dépendance patrimoniales des époux dans le régime matrimonial légal des droits français, néerlandais et suisse*, Berne, Staempfli Editions, 2004, p. 94 et 104. Art. 163, al.2 et 165 C. civ. Suisse.

**191** McFarlane v. McFarlane, 2006, UKLH, 24, [www.parliament.uk](http://www.parliament.uk)

**192** A.-F. BOCK, “Dividing the assets upon the dissolution of a marriage. Comparison between legal systems wich apply a ‘hard and fast rule’ and systems with a discretionary approach to the division of assets”, *European Challenges in contemporary Family Law*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2008, p. 289; R. PROBERT, “England and Wales juxtaposed to the European Principles of Family Law”, *op. cit.*, p. 65; M. WELSTEAD et S. EDWARDS, *Family Law*, 3è éd., Cambridge, Oxford University Press, 2011, p. 182. L'exemple fréquemment donné pour cette hypothèse est celle de l'épouse infirmière qui travaille pour financer les études de médecine de son mari. Lorsque les études sont terminées et que le mari commence à réellement bien gagner sa vie, il quitte son épouse infirmière. Dans cette hypothèse, celle-ci a droit, outre le partage égal des biens acquis au moment du divorce, à une part des bénéfices futurs dont profitera son mari grâce aux investissements antérieurs de sa première épouse. Voyez A.-F. BOCK, “Dividing the assets upon the dissolution of a marriage. Comparison between legal systems wich apply a ‘hard and fast rule’ and systems with a discretionary approach to the division of assets”, *op. cit.*, p. 296.

**193** Opinion de Lord Nicholls of Birkenhead, House of Lords, session 2005-06, (2006) UKHL 24, [www.parliament.uk](http://www.parliament.uk)

**194** *Ibidem*, p. 6 et s.

**195** J. MILES et M. SCHERPE, “The Future of Family Property in Europe”, *The Future of Family Property in Europe*, Cambridge-Anvers-Portland, Intersentia, 2011, p. 430.

**196** Dans le même ordre d’idées : J. M. KRAUSKOPF, « Theories of Property divisions /Spousal support », *op. cit.*, p. 260 ; I. SCHWENZER, *Model Family Code from a global perspective*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2006, p. 46-50 ; A. VERBEKE, *Goederenverdeling bij echtscheiding*, Anvers, Maklu, 1991, p. 41 et s. et 409 et s. Le professeur Alain Verbeke a déjà défendu l’idée que le potentiel économique acquis par un époux au cours du mariage devrait être inclus dans la masse des biens communs ou dans la société d’acquêts. L’auteur traite ainsi de la “*new property*” ou des “*career assets*”, qui comprennent les droits d’assurances liés à l’activité professionnelle, les droits de retraite, les placements effectués dans la perspective de la retraite, mais aussi la capacité de gagner des revenus grâce au diplôme et à l’expérience professionnelle.

**197** A. VERBEKE, *Goederenverdeling bij echtscheiding*, *op. cit.*, p. 400.

**198** H. BOSSE-PLATIÈRE, « Droit à la prestation compensatoire », *op. cit.*, p. 329 et s.

**199** *Ibidem*, p. 330.

**200** *Ibidem*, p. 333.

**201** X. DIEUX, *Le respect dû aux attentes légitimes d’autrui. Essai sur la genèse d’un principe général de droit*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1995.