

**Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives nationales du Québec
et Bibliothèque et Archives Canada**

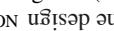
Leleu, Yves-Henri

Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes : pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix (Conférences Roger-Comtois ; 12, 2013-2) Comprend des références bibliographiques. ISBN 978-2-89400-338-1 1. Régimes matrimoniaux – Belgique. 2. Séparation de biens – Belgique. 3. Communauté de biens – Belgique. I. Titre. II. Collection: Conférences Roger-Comtois ; 12, 2013-2.

KJK569.L44 2014

346.49301'63

C2014-940271-6

Mise en pages : Claude Bergeron (Guylaine Michel)
Graphisme : MIKE BERSON 

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada par l'entremise du Fonds du livre du Canada pour des activités de développement de notre entreprise.

Éditions Thémis

Faculté de droit
Université de Montréal
Courriel : info@editionsthemis.com
Téléphone : 514-343-6627

Tous droits réservés
© 2014 – Les Éditions Thémis inc.
Dépôt légal: 3^e trimestre 2014

Imprimé au Canada



BIO GAZ
100%





Chaire du notariat

COMITÉ DE GESTION

M. Guy Lefebvre, doyen de la Faculté de droit, Université de Montréal et président du Comité

M^{me} Brigitte Lefebvre, professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, titulaire de la Chaire du notariat

M^e Maurice Paré, notaire et représentant de la Chambre des notaires

M^e Jean Girard, notaire et représentant de la Chambre des notaires

M^{me} Pascale Ouellet, vice-rectorat à la recherche de l'Université de Montréal

COMITÉ SCIENTIFIQUE

M^{me} Brigitte Lefebvre, professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, titulaire de la Chaire du notariat et présidente du comité

M^e Christine Gagnon, notaire à Québec et professeure associée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

M. Pierre-Claude Lafond, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

M^e Johanne Pelletier, notaire, Formation et développement, Chambre des notaires du Québec

M. Alain Roy, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et chercheur associé à la Chaire du notariat

COMITÉ CONSULTATIF UNIVERSITAIRE

M^{me} Brigitte Lefebvre, professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, titulaire de la Chaire du notariat et présidente du comité

M^e Natacha Bouffard, coordonnatrice des études notariales à la Faculté de droit section de droit civil à l'Université d'Ottawa

M. François Brochu, professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval

M. Robert P. Godin, professeur à la Faculté de droit de l'Université McGill

M^e Lucie Thibodeau, coordonnatrice des études notariales à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke

M^{me} Gaële Gidrol-Mistral, professeure au Département des sciences juridiques de la Faculté de science politique et droit de l'Université du Québec à Montréal



Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes

*Pour une indemnisation des dommages
collaboratifs envers et contre tous choix*

Yves-Henri LELEU*

INTRODUCTION.....	3
-------------------	---

I. TROIS STATUTS POUR LES COUPLES EN DROIT BELGE	5
--	---

II. DU PRÉJUDICE COLLABORATIF AU PRÉJUDICE DE VIE	
---	--

COMMUNE.....	8
--------------	---

A. Descriptifs	9
----------------------	---

B. Statistiques	14
-----------------------	----

III. ÉTUDE DE CAS DE JURISPRUDENCE BELGE	21
--	----

A. Typologie des collaborations économiques non rémunérées entre époux séparés de biens	22
---	----

1. Travail au foyer compensatoire de l'avantage résultant du financement disproportionné de biens indivis ou personnels	22
--	----

2. Collaboration professionnelle non rémunérée.....	26
---	----

3. Travail au foyer cumulé à une collaboration professionnelle....	29
--	----

4. Travail au foyer cumulé à une contribution financière aux charges du ménage	31
--	----

5. Travail sur un bien personnel de l'autre conjoint	33
--	----

6. Travail sur un bien indivis	37
--------------------------------------	----

* Professeur à l'Université de Liège et à l'Université de Bruxelles ; avocat au barreau de Liège.

B.	Cadre juridique de la rétribution du travail non rémunéré : créance d'enrichissement sans cause en situation de carence de clause ou d'écrit.....	38
1.	Enrichissement sans cause. Généralités	39
2.	Preuve et directives d'évaluation de l'appauvrissement et de l'enrichissement.....	43
3.	Preuve de la subsidiarité et de l'absence de cause	51
4.	Présomption (réfragable) d'exécution des charges du mariage au jour le jour	52
5.	Présomptions (réfragables et impraticables) de règlement des comptes patrimoniaux	54
C.	En régime de communauté et dans le régime patrimonial du couple non marié	58
IV. LE CHOIX INITIAL D'UN STATUT NON PROTECTEUR :		
	UNE PORTÉE JURIDIQUE CONTESTABLE	59
A.	Hypothèses et méthodologie : non-droit et non-choix.....	59
B.	Facteurs déterminant du choix du statut patrimonial du couple.....	62
1.	Revendication	63
2.	Désillusion.....	65
3.	Fausse impression.....	67
4.	Information.....	69
5.	Installation	77
6.	Négociation	78
C.	Remèdes	81
	CONCLUSION	84

INTRODUCTION

1. *Lola rennt* est l'un des films allemands les plus importants de la fin du siècle passé. Il revisite un genre bien connu : Lola court éperdument dans Berlin, parce que Manni, son compagnon – elle est probablement cohabitante de fait, ou liée par un partenariat enregistré (*Lebenspartnerschaft*) –, doit remettre 100 000 DM aux trafiquants qui le rackettent. Or il a perdu le sac de billets dans le métro, distrait par un SDF extraverti, très heureux de découvrir ensuite le contenu du sac. Il lui reste 20 minutes pour retrouver l'argent et, désespéré, il appelle Lola qui se décide à le tirer de ce mauvais pas. Elle sort de chez elle en courant, manque de chuter dans les escaliers de son appartement en prenant peur pour un chien qui grogne, et va d'abord voir son père, banquier, qui pourrait peut-être l'aider...

Banal ? Certainement pas en la forme : par deux fois le film reprend au début de l'histoire, sur une interrogation de Lola : « Et si... ». S'enchaîne alors l'histoire alternative où tout ne se déroule pas à l'identique, bien au contraire. Lola fait donc trois fois le parcours, avec courage, mais retardée chaque fois par le pit-bull de l'escalier, qui la première fois manque de la mordre, et la seconde se fait « enjamber » par une Lola plus prudente. Les conséquences de ces deux retards sont énormes pour elle, pour son partenaire, pour sa vie en somme, et aussi pour ceux et celles qu'elle croise en chemin. Elle n'a pourtant pas choisi ces retards. Mais elle prend tous les risques imaginables car elle croit en ses chances de sauver son partenaire d'une situation désespérée. La troisième course sera la bonne.

Les couples non plus, même s'ils pensent choisir un jour tel statut ou aucun statut pour encadrer leur relation, ne maîtrisent pas les surprises de leur vie. Les conséquences de ces aléas sont pourtant prégnantes, aussi sur leur patrimoine. Le destin d'un couple n'est pas celui de ses membres. Le résultat des collaborations entre époux n'est pas sans incertitudes. Les choix de vie, pas même la fondation d'une famille, ne sont sous notre entière détermination.

2. Nous commencerons par une très brève description des trois statuts pour les couples en droit belge (I). Nous décrirons ensuite, données de fait à l'appui, quels préjudices la vie de couple peut entraîner pour les partenaires, principalement les Lola, des femmes qui courrent si souvent à contre-courant de l'égalité des sexes (II). Nous en déduirons l'importance du risque de dommages liés à la collaboration bénévole entre époux. Nous détaillerons

ensuite la casuistique jurisprudentielle belge relative à l'indemnisation de ces dommages, et les sources de celle-ci : le droit commun des obligations (III).

Ceci nous conduira à la seconde question et à de nouvelles propositions : quelle est la portée du choix du (non-)statut si l'on analyse le poids respectif des principaux facteurs qui le déterminent, pour la plupart non focalisés sur la protection patrimoniale ? (IV). Nous inviterons à relativiser la portée de ce choix, à ne plus le respecter *de lege ferenda* dans un droit unifié du patrimoine des couples, et à l'écartier ou le contredire *de lege lata*. C'est ce qui se profile en termes de principes européens de droit de la famille (CEFL-principles)¹, et ce qu'a refusé de faire, à une très courte majorité, la Cour suprême du Canada dans son arrêt *Lola* du 25 janvier 2013².

3. Nous ne traitons pas les collaborations économiques *rémunérées*, par contrat de travail ou de société, ou par des paiements rémunératoires ; elles ne posent aucun problème et sont, évidemment, encouragées par la doctrine³.

Nous ne nous étendons pas plus sur les régimes en communauté, sauf pour comparer les protections qu'ils offrent à celles dont ne bénéficient pas les autres, tous les «couples séparatistes», mariés ou non. Les solutions que nous approfondissons seront donc principalement celles disponibles en régime matrimonial de séparation de biens, façonnées par la jurisprudence au départ du droit commun des obligations. Elles régissent tous les couples non mariés et sans conventions protectrices.

¹ Voir également : Katharina BOELE-WOELKI, Frédérique FERRAND, Cristina GONZALEZ BEILFUSS, Maarit JANTERA-JAREBORG, Nigel LOWE, Dieter MARTINY et Walter PINTENS, *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, coll. «EFL Series», n° 33, Cambridge, Intersentia, 2013, XIII, + 420 p.

² *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5; Alain ROY, «Affaire Éric c. Lola. Une fin aux allures de commencement», (2013) 1 C.P. du N. 259-308, http://www.conference-desjuristes.gouv.qc.ca/textes-de-conferences/pdf/2013/Alain_Roy_Fin.pdf, p. 263.

³ Yves-Henri LELEU et Philippe DE PAGE, «Les collaborations non rémunérées entre époux : solutions contractuelles et judiciaires», dans *Travail et relation, Congrès des Notaires 2013, Rapports Congrès Notarial 2013*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 69-73, n° 44.

I. TROIS STATUTS POUR LES COUPLES EN DROIT BELGE

4. Le *mariage* est le statut qui rencontre encore le plus de succès, d'un point de vue quantitatif. Il offre une protection idéale contre les dommages liés aux appauvrissements collaboratifs, du moins si l'on adhère au régime légal, la communauté réduite aux acquêts (art. 1398 et suiv. C.civ.). Sa mise en œuvre est simple : il suffit de refuser de signer un contrat de séparation de biens pure et simple. L'intérêt de ne pas le faire est évident pour celui ou celle plus exposé(e) au risque de devenir le partenaire économiquement faible. Ce risque, nous pensons qu'il est toujours couru par un des époux, et majoritairement par les femmes, comme nous le verrons ci-après.

En régime légal, la rémunération des collaborations économiques entre époux s'effectue de plein droit et sans mesure de l'intensité de celles-ci par la communautarisation des revenus et des acquêts, les biens acquis avec ceux-ci ou à titre onéreux (art. 1405 C.civ.). Le patrimoine commun attire à titre résiduaire tout bien qui n'est pas qualifié propre par la loi, à savoir les biens antérieurs au mariage, les biens acquis à titre gratuit, certains biens de nature personnelle et les biens acquis en remplacement ou par subrogation de ceux-ci (art. 1399-1404 C.civ.). L'indemnisation des transferts de valeurs injustifiés entre un patrimoine propre et le patrimoine commun est régie par le mécanisme des récompenses (art. 1432 e.s. C.civ.).

5. Le *mariage en séparation de biens pure et simple* a des allures de paradoxe. Il unit des personnes voulant la solidarité affective et économique (art. 213 et 221 C.civ.) : devoirs de secours et de contribution aux charges du mariage), mais excluant, par acte notarié, tout partage d'acquêts, désirant conserver le solde de leurs revenus après contribution aux charges communes (art. 1466 et 217 C.civ.) et garder leur autonomie de gestion (art. 1466-1469 C.civ.). La loi dispose que le régime légal est le droit commun des régimes matrimoniaux (art. 1390 C.civ.), mais une majorité d'auteurs, à tort selon nous, refuse toute application *mutatis mutandis* de dispositions du régime légal pour combler les lacunes d'un contrat séparatiste ou des articles 1466 et suivants du Code civil.

Dans cette conception dominante, les collaborations entre époux n'ont pas d'autres sources de réglementation que le droit commun des contrats et des obligations (p. ex. preuve des créances par écrit, enrichissement sans cause), qui doit souvent composer avec des clauses de contrats de mariage qui, à première lecture, excluent la rémunération de collaborations entre

époux (p. ex. : clauses de présomptions de règlement au jour le jour des comptes entre époux ou des contributions aux charges du mariage). De notre point de vue, non partagé par tous, ces clauses ne sauraient être interprétées comme empêchant la preuve de l'existence d'un transfert de richesses, ni l'obligation de le compenser s'il est injustifié⁴ (*infra*, n°s 49-55).

6. La *cohabitation légale* (art. 1477-1479 C.civ.) est la seule union de fait réglementée en droit belge. Elle est ouverte aux couples affectifs et aux couples « familiaux », entre une mère et sa fille par exemple. La raison de cette extension de domaine est totalement étrangère au règlement des collaborations entre époux : ce statut fût introduit par la loi du 23 novembre 1998⁵, en guise de compromis (politique) pour éviter l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, et pour marquer une forte différence avec le mariage : tout binôme y est éligible.

Le régime patrimonial de la cohabitation légale est identique en presque tous points à celui de la séparation de biens pure et simple⁶. Le droit commun régit les demandes éventuelles d'indemnisation de collaboration entre cohabitants légaux. Ils peuvent souscrire des conventions de cohabitation⁷, sans pouvoir instaurer un régime de communauté sur les acquêts semblable à celui des époux.

7. L'*union libre* n'est pas le néant juridique. La jurisprudence a pris acte de sa légitimité, conquise par des arrêts de la Cour de cassation de 1989 et 1990 (!). La loi civile l'ignore totalement, au contraire des lois fiscales, sociales, pénales, etc...

Elle ouvre aux partenaires lésés par une collaboration économique les mêmes remèdes qu'aux époux séparatistes, tirés du droit commun des obli-

⁴ Yves-Henri LELEU, «Contrats de mariage : entre conventions et controverses», dans *Entre liberté et contraintes normatives. Le défi du notaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 79-93.

⁵ Loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale (M.B., 12 janvier 1999).

⁶ Bérénice DELAHAYE, Viviane LÈBE-DESSARD et Fabienne TAINMONT, «La cohabitation légale», dans Yves-Henri LELEU et Léon RAUCENT (dir.), *Les personnes, Rép. Not.*, I/X/1, Bruxelles, Larcier, 2012, spéc. p. 67 et suiv.; Yves-Henri LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2010, n°s 399-432, p. 421-438.

⁷ Jean-François TAYMANS, «Les cohabitants : Quelles limites à la liberté des conventions?», dans *Entre liberté et contraintes normatives. Le défi du notaire*, préc., note 4, p. 131-150.

gations⁸. Ils peuvent, encore moins que les cohabitants légaux, souscrire des conventions de type communautaire, et se heurtent, encore plus que les cohabitants légaux, à la prohibition des pactes successoraux (art. 1130 C. civ.) pour le règlement conventionnel des conséquences du décès. Pour compenser ces carences, se sont notamment développés les «pactes d'accroissement» qui permettent la transmission de meubles ou d'immeubles acquis en indivision⁹.

8. Rien ne bouge en Belgique sur le terrain de l'unification du droit patrimonial des couples pour donner une solution fonctionnellement cohérente aux problèmes communs. Le législateur s'attèle pourtant à une réforme des régimes matrimoniaux et des successions, et entrevoit une vocation *successoriale* sur les «acquêts» (art. 1405 et 915bis C.civ. en projet)¹⁰. Ceux-ci seront définis par la loi – en gros, tous les biens acquis pendant le mariage à titre onéreux – *indépendamment du régime matrimonial*, donc aussi pour la séparation de biens et même pour la cohabitation légale. Ainsi se créerait un très vaste «patrimoine familial» au profit du survivant, comme au Québec, plus ample pour les couples fortunés.

Par contre, le législateur n'entend rien changer au régime de la séparation de biens pure et simple et à celui des couples non mariés en cas de *divorce* ou de *rupture*: pas d'association sur les acquêts, fruits d'un travail censé être collaboratif dans tous les couples. C'est incompréhensible compte tenu du fondement légal projeté du droit successoral du conjoint survivant sur les acquêts : ni l'affection présumée entre époux, effectivement absente en cas de rupture, ni le choix du régime matrimonial, mais leur collaboration économique présumée.

⁸ Y.-H. LELEU, préc., note 6, nos 390-398, p. 405-419.

⁹ Yves-Henri LELEU, «Des clauses d'accroissement et de tontine plus solides que le couple», dans *Famille sur mesure, Congrès des notaires*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 292 et suiv.

¹⁰ Cette réforme se compose de trois instruments : projet de loi visant à modifier l'article 301 du Code civil et diverses dispositions en matière de régimes matrimoniaux, et en particulier en rapport avec l'assurance vie, les récompenses et les conséquences du divorce, *Doc. Parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 53-2998/1 ; Avant projet de loi portant des modifications de diverses dispositions du Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux, en particulier concernant les suites du décès d'un des époux ; Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne le droit successoral (en cours d'examen au Sénat).

II. DU PRÉJUDICE COLLABORATIF AU PRÉJUDICE DE VIE COMMUNE

9. La collaboration bénévole entre époux est inhérente à l'association conjugale et donc à tout couple. Le couple est aussi un partenariat économique. Comme dans une société, la collaboration crée de la valeur, mais peut appauvrir un associé.

Autre hypothèse (à étayer ci-après), la rupture du couple grève le budget des deux partenaires, plus encore quand le couple a des enfants. La vie en couple (par rapport au célibat) permet des économies d'échelle et peut créer de la valeur – patrimoniale et de confort – de par une spécialisation complémentaire dans des tâches économiquement utiles¹¹. La rupture supprime ces effets et cause ou cristallise généralement deux préjudices :

- la fin des économies d'échelle et la survenance de coûts supplémentaires, en particulier si des enfants sont nés (*préjudice de rupture*) ;
- des entraves à la carrière professionnelle d'un des partenaires si la collaboration a handicapé celle-ci, entraves qui se répercutent sur la pension de retraite éventuelle (*préjudice de vie commune*).

La situation peut se normaliser par un rétablissement professionnel du partenaire préjudicié, ou par la formation d'un nouveau couple, pour autant qu'aucune obligation alimentaire ne soit due pour l'ancien partenaire.

Ce qui n'est pas normal, dans une perspective égalitaire et par référence au choix fait par les deux partenaires d'inscrire ou pas leur couple dans un statut juridique, c'est l'exposition plus grande des femmes que des hommes à ces préjudices, ainsi qu'aux difficultés de rétablir leur situation après la rupture.

¹¹ Sur l'ensemble de la question, voir not. : Richard Allen POSNER, *Economic analysis of law*, New York, Kluwer, 2011, p. 183-212, spéc. p. 183-187. Selon cet auteur, la pérennité d'une famille repose, d'un point de vue économique, sur l'existence d'un patrimoine qu'il y a lieu d'entretenir. Outre les économies d'échelle faites par les époux par le partage d'une seule habitation et des frais de la vie quotidienne, un facteur important reste le partage du travail en veillant à ce que chacun des époux se spécialise dans le travail dans lequel il est le meilleur. Ainsi, dans la famille traditionnelle, l'homme se spécialisait dans un travail salarié qui rapportait au ménage des revenus permettant à celui-ci de faire face aux dépenses courantes et la femme s'occupait des tâches ménagères. Cette répartition des tâches avait pour objet de maximiser la richesse du ménage en terme économique et de confort.

Ces préjugés et leur ressenti inégal sont approchés tout d'abord en termes qualitatifs (A), avec ceux qui les ont étudiés avant nous, et ensuite par quelques statistiques (B).

A. Descriptifs

10. Depuis de nombreuses années, sociologues et économistes démontrent, avec un degré de certitude suffisant pour considérer leurs constats vrais jusqu'à leur infirmation¹², que *pendant et à cause de l'union conjugale*, la carrière professionnelle de l'un prend, majoritairement¹³, le dessus sur celle de l'autre, et que, majoritairement, la carrière d'un homme marié¹⁴ se développe davantage que celle d'un homme célibataire ou celle d'une femme mariée. Cette dernière doit se contenter, majoritairement, d'une ascension professionnelle moindre que celle d'une femme célibataire.

F. De Singly en propose une explication claire¹⁵ et expose que cette situation engendre des conséquences-miroir *en cas de rupture*, et ce, à nouveau, quel que soit le statut. La question n'est en effet pas celle de l'allocation des biens, régis par les différents statuts, mais du potentiel d'en acquérir. Majoritairement, c'est la femme qui subit le dommage patrimonial, car le temps perdu ne se rattrape pas sur le marché du travail, et les charges d'une famille monoparentale après rupture perpétuent pertes de temps et d'énergie.

Quant au « marché » – *dixit* cet auteur – des nouvelles relations auquel une femme redevenue célibataire accèdera plus librement, il demanderait temps et énergie que, majoritairement, les femmes seules avec enfant(s) ont moins que les hommes. Ceux-ci, toujours en majorité, peuvent trouver

¹² Y.-H. LELEU, préc., note 6, p. 19, n° 5; *adde*: Anne-Lise SIBONY, «La porosité du droit : à propos des relations du droit avec d'autres disciplines», (2010) *Rev. Dr. Ulg.* 137 et suiv.

¹³ Ce mot concerne notre parti pris, pour simplifier le propos, de retenir les femmes comme partenaires économiquement faibles ou pouvant le devenir à cause de la vie commune. Il se réfère à une statistique, hélas invariable depuis longtemps. Il tolère évidemment les exceptions, qui pourraient se multiplier à mesure que progresse l'égalité des sexes, en général.

¹⁴ C'est un peu moins vrai en union libre ; voir *infra*, n° 16.

¹⁵ François DE SINGLY, *Fortune et infortune de la femme mariée*, Paris, PUF, 1987, p. 43, 65 et 104-125

un avantage financier à la fin du partage des trains de vie avec une femme moins rémunérée. Ils conservent donc des avantages et en acquièrent d'autres. Toujours selon F. De Singly, les hommes, ayant optimisé leur capital professionnel et emporté pour eux seuls la plupart des talents et relations sociaux ou professionnels, voient s'ouvrir de nouvelles perspectives de ressources financières, cela même s'il est aussi observé qu'en règle générale, lors de la recomposition d'un couple, ils rencontrent des partenaires au pouvoir d'achat inférieur¹⁶.

Il reste encore à rappeler que la présence d'enfants du couple ou d'un des partenaires accroît ces inégalités, alors qu'elle ne dépend pas des choix faits en termes de statut juridique et de protection patrimoniale.

Pour R.A. Posner, dans une perspective purement économique, élever des enfants demanderait un temps important que, majoritairement, les hommes doivent «acheter» à leur partenaire par divers avantages patrimoniaux. Il faut, en d'autres termes, la convaincre de s'occuper sans risque patrimonial des enfants communs, notamment en cessant de travailler (autant qu'avant)¹⁷. Comme on le verra ci-après, la perte de pouvoir d'achat des femmes après la rupture, si la compensation de leurs investissements éducatifs ou collaboratifs n'est pas suffisante, est non seulement directement corrélée à la présence ou à l'absence d'enfants, mais est toujours supérieure à celle des hommes (collaborations non réciproques). Financer le temps éducatif exigerait, pour certains hommes, de (sur)investir leur carrière professionnelle et d'y affecter au moins le temps non consacré à l'éducation des enfants, ce qui leur assurerait le maintien de leur pouvoir d'achat.

Ces conséquences financières négatives liées à la présence d'enfants sont exacerbées par la décision du couple, souvent légitime, de prolonger

¹⁶ *Infra*, note 21.

¹⁷ R. A. POSNER, préc., note 11, p. 183-212, spéc. p. 184-185. Selon l'auteur, les raisons de la prééminence de ce schéma seraient multiples : les femmes sont (déjà) discriminées sur le marché de l'emploi notamment au niveau du salaire ce qui les incite moins à conserver leur position ; elles auraient plus de prédispositions à s'occuper et à élever des enfants ; après un congé parental, par exemple, le retour sur le marché de l'emploi serait plus difficile pour les femmes qui risquent ou de subir une perte de salaire ou de se décourager, et pour le couple l'économie marginale de ce retour serait minime.

la relation ou d'y rester enfermé sans amour pour la stabilité de la famille éducative¹⁸

11. Ce tableau inquiète quant à notre modernité et au respect des choix de vie professionnelle et affective, autant de choix privés et libres, en principe. Les femmes précarisées par une rupture seraient plus incitées que les hommes à trouver rapidement un nouveau compagnon – une nouvelle dépendance ? –, faute de retrouver sur le marché du travail leur aisance financière, seules et aussi rapidement que les hommes. L'augmentation du temps de travail ou de la rémunération n'est cependant pas toujours possible ou se trouve freinée par la présence ou l'hébergement d'enfants¹⁹. Une solution à la précarité post-rupture serait alors le début d'une nouvelle relation et la mise en place, au minimum, d'une nouvelle économie d'échelle, et au mieux d'un partage du train de vie plus élevé.

Le temps de la «reconstruction économique» après une rupture est donc logiquement plus élevé pour les femmes²⁰ que pour les hommes²¹. Il

¹⁸ La présence d'enfants influence substantiellement la décision de rester en couple malgré un désamour: Alain-Laurent VERBEKE, «Waardig familiaal vermogensrecht», *Tijdschrift voor Estate Planning*, 2013, p. 5.

¹⁹ Les chances de travailler ou de progresser dans les rémunérations par promotions diminuent également suivant l'âge (tant pour les hommes que pour les femmes): H. Mieke JANSEN, «De financiële gevolgen van relatiebreuken: terugval en herstel bij mannen en vrouwen», dans Daniël CUYPERS, Dimitri MORTELmans et Nan TORFS (dir.), *Is echtscheiding werkelijk Win for life?*, Bruges, Die keure, 2008, p. 45-61.

²⁰ Le revenu des femmes augmenterait de 25 % dans l'année qui suit la nouvelle relation (H. Mieke JANSEN, préc., note 19, p. 45-61). Une enquête à l'échelle européenne (European Community Household Panel, disponible sur epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/microdata/echp, cité par H. Mieke JANSEN, *loc. cit.* sur 4090 individus de 13 pays (Belgique, Danemark, Finlande, Pays-Bas, Allemagne, Autriche, France, Irlande, Espagne, Portugal, Italie, Grèce, Grande-Bretagne) dont 235 individus de nationalité belge, a révélé que les revenus des hommes divorcés ne subissent aucune conséquence la première année du divorce et augmentent dès la deuxième qui suit le divorce. Les femmes connaissent quant à elles une forte diminution, qui perdure en moyenne jusqu'à 6 ans après le divorce. Il est, en outre, observé que les femmes divorcées belges ont une situation financière qui se stabilise plus lentement après le divorce que celle des femmes d'autres pays comme la Norvège, la Finlande ou encore la Grande-Bretagne.

²¹ Les hommes affrontent aussi, au début d'une nouvelle relation, une perte d'aisance financière, car d'un point de vue statistique, ils se remettrent en ménage le plus souvent avec une compagne moins rémunérée, ce qui les obligeraient majoritairement à

en résulte qu'aux dommages patrimoniaux de vie commune et de rupture, s'ajoute dans la période qui suit celle-ci une nouvelle pression professionnelle et privée, diversement ressentie mais souvent très intrusive dans la vie privée et familiale.

Le temps du couple est donc rare et cher. Il passe sans marquer ses traces et manque après la rupture pour se refaire. Lola cours, sans arrêt, sans contrôle de son parcours. Elle s'épuise pour son partenaire, qui attend l'argent de sa famille, qui ne voit pas combien leur réussite, sur ce coup-là, est aléatoire, ne dépend pas de décisions conscientes. Lola au Québec, à qui la Cour suprême refusa tout secours parce qu'elle aurait choisi la liberté de ne pas se marier²², n'a probablement pas subi autant de heurts que les anonymes, vu l'aisance du couple quand il existait. Elle n'était pas la meilleure pour porter la cause des autres Lola. Il n'empêche, elle continue sa quête au fond, et regagne du terrain²³

12. Dans un tel contexte, la collaboration économique instituée au sein du couple n'arrange pas la situation des femmes.

C. Delphy constate que le mariage est «une institution par laquelle un travail gratuit est extorqué à une catégorie de la population : les femmes-épouses. Ce travail est gratuit car il ne donne pas lieu à un salaire mais seulement à l'entretien. La non-valeur de ce travail est induite institutionnellement par le contrat de mariage»²⁴. Elle ajoute que si une femme travaille à l'extérieur – travailler permet de ne pas rester en couple pour d'autres raisons que les contingences de l'amour-, elle ne vivra probablement plus par la médiation des revenus de son mari, mais continuera, majoritairement, à accomplir la plus grande part du travail ménager, de sorte que, en toute hypothèse elle sera «assignée à résidence», dans la sphère

rechercher de nouvelles sources de revenus (H. Mieke JANSEN, préc., note 19, p. 45-61).

²² Québec (*Procureur général*) c. A., 2013 CSC 5

²³ L'arrêt *Droit de la famille – 132495*, 2013 QCCA 1586, inédit, lui accorde *in fine* 398 000 \$ CAD sur le 1 000 000 qu'elle réclamait (le patrimoine de référence de son ex-conjoint étant du triple – voir sur la clé du tiers, *infra*, n° 46).

²⁴ Christine DELPHY, «Mariage et divorce : l'impasse à double face», dans *Les temps modernes*, n° 29, mai 1974, n°s 333-334 et *L'Ennemi principal Tome I, Economie politique du patriarcat*, Paris, Syllepse, 1998 et 2009.

domestique, avec des ressentis divers, par exemple un sentiment de moindre valeur sociale.

Dans cette sphère domestique, comme certaines statistiques l'indiquent (voir ci-dessous), l'égalité ne règne toujours pas. Pour J.-C. Kaufman²⁵, des femmes se sentent divisées entre les principes d'égalité et de liberté qui les incitent à critiquer tout éloignement de l'idéal égalitaire dans la répartition des tâches ménagères, mais aussi à se critiquer elles-mêmes pour une participation active à cet éloignement en acceptant la prise en charge de tâches que des «automatismes incorporés» les poussent à faire malgré elles (ou qu'elles préfèrent assumer pour éviter de troubler l'entente conjugale)²⁶. Pour cet auteur, la délégation d'une partie²⁷ du travail familial à la société (ex : aide ménagère rémunérée et subsidiée), tout comme le profit lié à la complémentarité²⁸ des préférences de chacun quant aux tâches ménagères qu'il assume²⁹, permettraient de tendre vers une meilleure égalité au sein du couple.

²⁵ Jean-Claude KAUFMANN, *Sociologie du couple*, coll. «Que sais-je?», Paris, P.U.F., 1993, p. 96-97.

²⁶ Non sans paradoxe et source d'un nouveau cercle vicieux préjudiciable aux femmes, les hommes seraient, à lire cet auteur, parfois découragés de réinvestir le foyer, sous le poids de la critique par celles qui les ont plus largement investies sur la manière dont ils accomplissent ces tâches ou leurs insuffisances en ce domaine.

²⁷ Une partie parce que l'auteur observe que le travail domestique concourt puissamment à définir la relation conjugale et les identités des individus socialisés dans le couple.

²⁸ L'auteur constate que les hommes investissent plus facilement et plus volontiers que les femmes certains postes notamment la cuisine, le bricolage voire le suivi de la formation des enfants.

²⁹ Pour Richard Allen POSNER (préc., note 11, p. 183-212, spéc. p. 183-187), la limite à la répartition complémentaire des tâches ménagères ou entre les tâches ménagères et professionnelles, réside dans le fait que, si un époux se voit imposer de se spécialiser dans un travail dans lequel il n'est pas efficace ou qui ne le satisfait pas, cela engendre un coût pour le ménage. Une solution économiquement profitable serait la délégation à des tiers des tâches ménagères non assumées dans le profil de leurs compétences et selon leurs souhaits.

On aura noté, chez C. Delphy, l’incrimination du « contrat de mariage ». À tort, mais c’est pire : la loi et non le contrat de mariage³⁰ crée ces désordres. La loi peut donc, et doit selon nous, y remédier.

B. Statistiques

13. Pour ne pas céder aux affirmations porteuses du seul sens donné par leur récurrence, voire d’un message sexiste, il faut objectiver ces constats, à tout le moins ceux en lien avec la collaboration économique dans les couples. Nous nous limitons à quelques chiffres-phares en *patchwork*, sans approfondir les corrélations statistiques et les déductions logiques continues dans des analyses quantitatives.

14. Le premier constat est la *répartition inégalitaire entre temps de travail professionnel rémunéré et temps d’activité au foyer gratuite*. De l’avis général, voilà la cause principale des problèmes. La répartition des tâches au sein des couples en fonction des choix de vie et des aléas de la vie en couple aggrave les tâches des femmes, majoritairement.

On a pu établir qu’un travail *professionnel* à temps plein d’une femme équivalait, sur une moyenne de 7 jours, à 5 heures et 10 minutes de travail par jour, contre 6 heures et 9 minutes pour les hommes. Cette statistique est corrélée à une autre sur le *travail au foyer*: sur 100 minutes de tâches domestiques, la femme en assumerait 63 et l’homme 37; sur 100 minutes de loisirs dans le couple, l’homme en aurait 57 et la femme 43³¹.

Cette répartition est-elle choisie par les deux partenaires, voire par celui ou celle qui s’en plaint et à qui l’on refuse, en raison de ce choix, toute compensation du préjudice-carrière/rupture qui y est lié ? Rarement, selon nous. À tout le moins aucun choix au sens strict ne peut être retenu, à notre avis, quand interfère le paramètre « présence d’enfants » (voir ci-après) ou quand le paramètre « niveau cumulé des revenus » indique qu’il n’est pas matériellement possible d’externaliser des tâches domestiques.

³⁰ Et encore, le partage des biens acquêts ne compense pas nécessairement ni entièrement les préjudices de carrière.

³¹ Enquête Emplois du temps, INSEE, 1998-1999. Rappr.: Alain-Laurent VERBEKE, « A new deal for belgian family property law », dans Elisabeth ALOFS, Koen BYTTEBIER, André MICHELSENS, Alain-Laurent VERBEKE (dir.), *Liber amicorum Hélène Casman*, Antwerpen-Cambridge , Intersentia, 2013, p. 468-469.

15. Le second constat est financier: il subsiste sur le marché de l'emploi une intolérable *différence de rémunération à profil égal entre hommes et femmes*, laquelle impacte directement les capacités des membres d'un couple à constituer un patrimoine.

Cette différence n'est pas une conséquence de la répartition inégale-taire des temps d'occupation, mais de facteurs micro et macro-économiques complexes, que nous n'étudions pas ici. Nous intéresserons contre le préjudice causé par un *cumul* d'inégalités : la vie en couple aggrave cette inégalité car elle peut contribuer à réduire le temps de travail du partenaire déjà moins rémunéré.

En Belgique, une étude récente sur l'écart salarial entre les femmes et les hommes³² indique que, tous secteurs confondus, les femmes gagnent en moyenne 10 % de moins par heure que les hommes, une différence qui s'élève à 23 % lorsqu'elle est calculée sur une base annuelle. L'écart salarial sur la base des salaires horaires bruts moyens est de 25 % chez les employés, alors qu'il atteint 19 % chez les ouvriers³³. Mais pour les fonctionnaires statutaires, l'écart salarial est négatif, tandis qu'il est de 3 % pour les fonctionnaires contractuels. Par conséquent, pour l'ensemble de l'économie belge, l'écart salarial moyen dissimule un écart beaucoup plus important dans le secteur privé.

Pour être précis, il faut intégrer les avantages extralégaux liés aux fonctions supérieures (celles où s'interpose aussi le «plafond de verre», examiné ci-après) : moins de femmes en bénéficient car ils sont liés à des fonctions

³² *L'écart salarial entre les femmes et les hommes en Belgique*. Rapport 2013, établi par l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes. Les chiffres ont été fournis par la Direction générale Statistique et Information économique du Service public fédéral Économie, PME, Classes moyennes et Énergie et le Bureau fédéral du Plan, site: http://igvm-iefh.belgium.be/fr/binaries/63%20-%20Rapport%20Ecart%20salarial%202013_tcm337-217190.pdf.

³³ Cette distinction ouvrier-employé est fortement réduite puisque les différences entre lesdits statuts relativement au préavis et aux jours de carence sont inconstitutionnelles depuis le 8 juillet 2013 (C. Const., 7 juillet 2011, n° 125/2011 et 127/2011) et qu'une loi devant supprimer ces distinctions ciblées devrait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2014 prochain. Il faudra observer si la distinction statistique ouvrier-employé se maintient tous statuts confondus, au regard des types de tâches sous contrat de travail.

requérant généralement une occupation à temps complet ou plus de flexibilité. En plus, il semblerait que quand des femmes accèdent à ces avantages, elles en retirent moins de profit³⁴.

Pourquoi distinguer perte horaire et perte annuelle ? Parce que les facteurs « temps de travail » et « revenus » se liguent pour creuser les pertes. Même la répartition inégale de la durée de travail entre travailleurs à temps partiel et à temps plein n'est pas sexuellement neutre³⁵. Elle agrave le déficit pour les femmes en couple pendant la relation, et le potentialise à l'âge de la retraite, car la pension est fonction du temps de travail et de la rémunération globale. Pour ne retenir que la perte induite par le cumul des facteurs temps et salaire pendant la relation, l'étude précitée relève qu'en 2010 en Belgique, 47,13 % des travailleurs étaient des femmes et que celles-ci ont travaillé seulement pour 42,96 % des jours ouvrables rémunérés, ce qui leur attribue seulement 39,46 % de la masse salariale.

Une cause supplémentaire des inégalités salariales serait, selon l'étude citée, l'existence d'« attentes stéréotypées sur le marché du travail même et [à] la ségrégation ». On constaterait sur le marché (belge) du travail l'émergence ou l'adaptation spontanée de certains métiers exercés par une majorité de femmes dans un sens favorable au travail à temps partiel (p. ex. : secteur de la distribution). Ces métiers accueillent naturellement celles que la vie de couple y poussent, et sont compris dans un ensemble où les profits globaux sont inférieurs³⁶.

³⁴ Les employeurs payent une pension complémentaire à 9 % de travailleurs féminins et à 12 % de travailleurs masculins ; ces pensions complémentaires sont en moyenne 41 % moins élevés pour les femmes que pour les hommes ; la différence d'indemnité de trajet domicile/travail se situe en moyenne à hauteur de 28 % au détriment des femmes ; les hommes ont une probabilité plus de deux fois plus élevée de bénéficier de participations dans le capital de l'entreprise (0,70 % pour les hommes contre 0,29 % pour les femmes) et celles qui en bénéficient reçoivent des montants qui sont inférieurs de 39 % à ceux des hommes.

³⁵ Rappr. : A.-L. VERBEKE, préc., note 31, p. 468-469.

³⁶ Cela est vrai aussi dans le secteur privé marchand : selon l'étude précitée, une femme qui travaille à temps partiel dans l'industrie et les services marchands gagne en moyenne 21 % de moins par heure qu'un homme travaillant à temps plein, 13 % de moins qu'une femme travaillant à temps plein et 7 % de moins qu'un homme travaillant à temps partiel.

Enfin, pour les fonctions au sommet de la pyramide, la progression vers l'égalité est freinée par le «plafond de verre», cause ou effet des différences évoquées ci-dessus. On se réjouira de l'accès généralisé des femmes aux mêmes formations et fonctions, fruit d'efforts de l'autorité publique. Il reste que les femmes n'ont toujours pas les mêmes chances – c'est objectif – ni les mêmes souhaits – on peut en débattre – de réaliser leurs ambitions à formation égale, de donner suite aux offres de promotion, bref de gérer une carrière avec les mêmes facilités que les hommes. Il ressort de deux statistiques belges récentes que si plus de femmes qu'avant atteignent les hauts barèmes, d'une part les hommes y parviennent plus facilement ou rapidement et, d'autre part, elles restent sous-représentées dans les fonctions supérieures³⁷. La situation évolue cependant. Le taux d'emploi des femmes (et des hommes) augmente avec le niveau de formation. La différence entre eux sur ce taux d'emploi diminue à mesure que le niveau des formations augmente.

16. Troisième et dernier constat : *les enfants et leur hébergement après la rupture accroissent ces inégalités*. Une statistique a révélé en Belgique que 28 % des femmes contre seulement 6 % des hommes réduiront leurs perspectives professionnelles lorsqu'il apparaît que l'éducation des enfants est incompatible avec les activités professionnelles des deux parents³⁸. Après la rupture, nouveau cumul de pertes, les femmes assurent majoritairement un hébergement plus étendu des enfants, ce qui entrave encore leur potentiel économique, sachant que les contributions alimentaires des hommes

³⁷ Le pourcentage de femmes qui gagnent plus de 5.000 euros bruts par mois dans l'industrie et les services marchands est passé de 3,5 % en 2007 à 3,2 % en 2008, mais il est monté à 4,0 % en 2009 et à 4,9 % en 2010; pour les hommes le pourcentage et son augmentation est plus importante, ce qui n'augure pas d'améliorations à brève échéance : il est passé de 6,1 % en 2007 à 6,6 % en 2008, et 7,6 % en 2009 et 9,1 % en 2010. Rappr. : F. DE SINGLY, préc., note 15 et *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Armand Colin, 2012, p. 115-116 : l'auteur observe que le rendement du diplôme sur le marché du travail varie selon le sexe et la situation familiale. Pour un âge et un diplôme donnés, les hommes mariés obtiennent un rendement supérieur à celui des hommes célibataires ; les femmes mariées ont un rendement inférieur à celui des femmes célibataires ; les femmes célibataires ont un rendement équivalent à celui des hommes célibataires

³⁸ Aperçu statistique de la Belgique, SPF Economie, PME, Classes Moyennes et Energie, chiffres de 2005.

sont, de toutes les dettes personnelles de l'économie privée, parmi les moins régulièrement payées.

Plus précisément, selon une enquête réalisée aux Pays-Bas³⁹, après le divorce d'un couple sans enfant, le pouvoir d'achat de l'homme baisse en moyenne de 6 %, tandis que celui de la femme baisse de 27 %. Après le divorce d'un couple avec enfants, si l'hébergement principal est confié à la mère, le pouvoir d'achat de cette dernière baisse de 21 %, tandis que celui de l'homme augmente de 33 % ; si l'hébergement principal est confié au père, le pouvoir d'achat de celui-ci augmente encore, mais de 6 % « seulement », tandis que celui de la mère diminue toujours, mais de 19 %.

La rupture d'une union libre affecte moins les pouvoirs d'achat, probablement parce que les revenus y sont plus fréquemment équivalents ou semblables⁴⁰, donc les femmes moins dépendantes financièrement des hommes⁴¹, et parce que ces couples accueillent globalement moins d'enfants (ce qui sera moins vrai dans le futur). En moyenne, la rupture diminue le pouvoir d'achat de l'homme de 4 % et celui de la femme de 14 %. Si le couple n'avait pas d'enfants, le pouvoir d'achat de l'homme diminue de 9 % et celui de la femme de 16 %. Si le couple a des enfants et que ceux-ci sont hébergés par leur mère, le pouvoir d'achat de cette dernière diminue de 14 % et le pouvoir d'achat de l'homme augmente de 23 %. Si les enfants sont hébergés par leur père, le pouvoir d'achat de celui-ci reste identique et celui de la mère diminue de 10 %.

³⁹ Caroline FORDER et Alain-Laurent VERBEKE (dir.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit ?*, Antwerpen, Intersentia, 2005.

⁴⁰ En union libre, dans 40 % des cas l'homme et la femme ont des revenus presque équivalents, contre 20 % des couples mariés. Dans 7 cas sur 10, le mari gagne plus que son épouse, alors que cela ne se vérifie que dans 4 cas sur 10 couples non mariés.

⁴¹ Pour les couples homosexuels, selon McAULEY, sans précision si son constat vaut tant pour les couples masculins que féminins, l'autonomie individuelle aurait une place prépondérante et les revenus encore plus souvent équivalents (Michael McAULEY, «The Wanting of Communitiy», dans *Papers of the International Academy of Estate and Trust Law*, Santiago (Chili) 2003, The Hague, Kluwer Law International, cité dans Alain-Laurent VERBEKE, «Homohuwelijksvermogensrecht?», dans Christine BIQUET-MATHIEU, Alain DELIEGE, Pascale LECOCQ, Yves-Henri LELEU et Michèle VANWIJCK-ALEXANDRE (dir.), *Liber amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 527-530). A.-L. VERBEKE privilégie pour ces couples un régime de «communauté différenciée» qui équivaut économiquement à la séparation de biens avec participation aux acquêts (crédit de la moitié du différentiel d'acquêts) (*l.c.*).

Les enfants n’impactent pas tout couple, ce qui cause des distorsions sur les occurrences des conséquences patrimoniales de la statistique qui précède. Il a été démontré, au Québec, sur un échantillon d’ingénieurs en couple⁴², que les écarts de fortune personnelle (comprenant la part de fortune commune ou indivise) entre les hommes et les femmes augmentent avec le nombre d’enfants. Les pères ingénieurs travaillerait hors du foyer presque toujours autant d’heures, quel que soit le nombre d’enfants⁴³, alors que les femmes ingénieurs diminueraient leurs investissement-temps à l’extérieur du foyer⁴⁴. Ce constat est dans la lignée des données citées, avec comme seul point positif le faible écart quantitatif. Celui-ci indique une indépendance et une autonomie accrues pour les femmes à diplôme égal. Une autre explication, plus prosaïque, serait le recours plus systématique aux aides extérieures dans les ménages à double carrière.

On voit ainsi que la naissance et l’éducation d’un enfant pénalise économiquement plus les femmes que les hommes, et ajoute un coût temps/argent pendant la relation, qui est lié aux modalités d’hébergement de l’enfant après la rupture.

Ces chiffres invitent, sans anticiper nos conclusions, à déjà douter de la pertinence du choix initial du statut sur les préjudices liés au couple (avec enfants) et à la rupture.

L’arrivée d’un enfant n’est pas maîtrisable au point de croire que les parents sont censés en ajuster les conséquences économiques à leur charte patrimoniale (statut ou non). Un enfant de l’amour s’impose ; l’enfant d’un soir impose. Le droit au respect de la vie familiale justifie que la charge patrimoniale induite par la naissance et l’éducation d’un enfant sorte du champ de l’autonomie des volontés. Elle doit sortir aussi du domaine du principe de la convention-loi (art. 1134 C.civ.). Même si cette charge relevait d’un choix, le fait qu’elle frappe un parent plus que l’autre invite à réguler sa compensation autrement que par référence au choix bilatéral et consensuel du statut du couple.

⁴² Données de Charles GADEA et Catherine MARRY (2000), «Les pères qui gagnent. Descendance et réussite professionnelle chez les ingénieurs», dans *Travail, Genre et Sociétés*, n° 3, p. 109-135; rappr.: F. DE SINGLY, préc., note 15 et préc., note 37, p. 115-116

⁴³ 48h et 48 min par semaine avec 1 enfant et 50 h et 12 min avec 3 enfants.

⁴⁴ 45h et 36 min avec un enfant et 39h et demie avec 3.

Lola court à n'en plus finir. Elle s'épuise. Un portrait de couples modernes brossé à coup de statistiques froides et récurrentes renvoie à «une femme hésitante, déchirée et surmenée car ne souhaitant pas ou ne pouvant pas abandonner la position occupée dans le couple au nom de la réussite professionnelle»⁴⁵. Son image s'aiguise par l'attente de certains hommes d'un tel rôle féminin. Le marché de l'emploi, miroir ou trou-noir, offre aux femmes les emplois adaptés à leur disponibilité, que désertent les hommes mieux rémunérés.

Sans désemparer, ajoutons une dernière statistique à cette conclusion provisoire : dans les couples, tous statuts confondus, les modes de gestion des ressources financières serait sexuellement connotés. Les femmes auraient majoritairement tendance à moins compter⁴⁶ et, comme Lola la Québécoise, à «injecter»⁴⁷ leur rémunération dans l'achat de biens de consommation quotidiens, en particulier pour les besoins des enfants, tandis que les hommes investiraient majoritairement leur(s) revenu(s) dans des biens durables ou des actifs financiers, à tout le moins traçables. Nous rencontrons souvent dans la jurisprudence des liquidations de couples non communs en biens où le patrimoine de la femme, même active professionnellement à l'égal de son mari, est très inférieur, en conséquence non de la séparation de biens mais de l'organisation du couple. Pire : si la femme est au foyer ou aide son époux dans sa profession pendant une longue période, elle peut sortir du mariage par la porte du prétoire sans le moindre patrimoine⁴⁸.

⁴⁵ J.-Cl. KAUFMANN, préc., note 25, p. 97.

⁴⁶ Le choix que font les époux dans l'usage de l'argent commun et individuel et dans la mise en commun plus ou moins importante des revenus du couple déterminerait le lien qu'ils entretiennent l'un envers l'autre (Caroline HENCHOZ, *Le couple, l'amour et l'argent, la construction conjugale des dimensions économiques de la relation amoureuse*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 13-15 et 166).

⁴⁷ *Droit de la famille – 132495*, 2013 QCCA 1586 , n° 63.

⁴⁸ En ce sens et pour plus de détails : Alain-Laurent VERBEKE, «Gender-ongelijkheid bij zuivere scheiding van goederen. Pleidooi voor een gedwongen en onderhandelde aanpak», dans 2010 TEP 104-106. Une étude de grande ampleur (étude statistique dans 63 pays) révèle que la cause la plus fréquente de l'indigence des femmes est le divorce (Alain-Laurent VERBEKE, *l.c.*, p. 106-107, citant Marc CALLENS, *Essays on multilevel logistic regression*, Leuven, K.U.L., Faculteit economische en toegepaste economische wetenschappen, 2004, Ch. 4, tabel 2, p. 100-101).

III. ÉTUDE DE CAS DE JURISPRUDENCE BELGE

17. La jurisprudence est la seule source de compensation des préjudices de vie commune et de rupture quand le couple ne s'est pas placé sous la protection du mariage, et encore en régime communautaire uniquement. L'accroissement irréversible du nombre de couples non communs en biens, lié à de multiples facteurs dont nous examinerons certains (*infra*, n°s 62 et s.), produit une inversion de la hiérarchie des normes en cette matière de droit légal en Belgique, laisse un champ de travail au juge, statuant en équité sur la base d'institutions du droit commun des obligations.

Cela aura bientôt pour conséquence de placer une majorité de couples sous l'empire d'une droit dont le contenu, osons le dire et montrons le ci-après, est de bien moindre facture et finesse que le régime légal. C'est indigne d'un système juridique et d'une société dans lesquels, à notre avis, il faut un régime patrimonial pour chaque forme de couple, et où l'on ne peut lier les couples sans nuances à leur choix contractuel ou de statut, quels que soient les événements de leur vie patrimoniale. L'exemple ci-dessus de l'incidence des enfants sur le patrimoine des parents amorce la démonstration de cette proposition.

Nous exposons le règlement jurisprudentiel actuel des collaborations bénévoles entre époux⁴⁹, d'abord en établissant une typologie des situations de collaboration dans le régime de la séparation de biens pure et simple (A)⁵⁰, ensuite par l'examen des mécanismes compensatoires et des clauses contractuelles liées (B). L'évaluation de la pertinence de cette jurisprudence en régime de communauté et dans le couple non marié conclura cette partie (C).

⁴⁹ Les pages qui suivent s'inspirent d'une étude conjointe avec Philippe DE PAGE, réalisée pour le dernier congrès du notariat belge (Genk, 2013) : Ph. DE PAGE ET Y.-H. LELEU, préc., note 3, p. 33 et suiv.

⁵⁰ Pour la justification de cette exclusive, voir *supra*, n° 3.

A. Typologie des collaborations économiques non rémunérées entre époux séparés de biens

1. Travail au foyer compensatoire de l'avantage résultant du financement disproportionné de biens indivis ou personnels

18. Dans quelle mesure le conjoint au foyer s'appauvrit-il dans son couple ? En jurisprudence et en doctrine, un consensus émerge pour reconnaître les préjudices liés au travail au foyer sous l'angle de la *déperdition d'un potentiel de carrière*⁵¹. En principe, c'est l'autre conjoint qui en profite et il doit accepter une obligation de compensation.

Parce que l'évaluation du travail au foyer est plus difficile que celle d'une collaboration professionnelle⁵² (*infra*, n°s 22-23), la jurisprudence contourne la difficulté en conférant au travail au foyer une *valeur forfaitaire abstraite* : un conjoint actif au foyer peut faire valoir son travail au foyer pour *compenser* une créance que l'autre conjoint tente d'établir en raison d'un financement disproportionné d'un bien indivis, par exemple le logement familial, ou en raison d'un transfert de fonds à son profit, par exemple l'achat d'une voiture. Les discussions relatives au travail au foyer ont, en effet, généralement lieu quand l'un des conjoints a financé plus que sa part dans des biens indivis et tente de récupérer le surplus lors de la liquidation.

19. Cette hypothèse est rencontrée depuis longtemps par un arrêt de principe de la Cour de cassation du 22 avril 1976⁵³. La Cour instaure une

⁵¹ Voir la contribution de Vicky LYSENS-DANNEBOOM et Dimitri MORTELmans, « Juridische bescherming van samenwoners. Van ‘het grote feest’ tot ‘de lange to-do’ », dans *Travail et relation. Congrès des notaires 2013, Rapports Congrès Notarial 2013*, préc., note 3, p. 75-106. Voir également : H. M. JANSEN, préc., note 19, p. 45 et 51 et suiv. ; Dimitri MORTELmans, Frederik SWENNEN et Elisabeth ALOFS, « De echtscheiding en haar gevolgen : een vervlochten evolutie van recht en samenleven », dans D. CUYPERS, D. MORTELmans et N. TORFS (dir.), préc., note 19, p. 21.

⁵² Voir not. : Hugues FRONVILLE, Alexandre STREEL et Virginie MEUNIER, « L'évaluation du travail non rémunéré et son impact sur la valeur de l'entreprise », dans *Travail et relation. Congrès des notaires 2013, Rapports Congrès Notarial 2013*, préc., note 3, p. 185-201.

⁵³ Cass., 22 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 914, *R.W.*, 1976-1977, p. 993, note H. CASMAN, *J. T.*, 1977, p. 98, *Rev. not. belge*, 1977, p. 297, *Rec. gén. enr. not.*, 1977, n° 22165, p. 317, *R.C.J.B.*, 1978, p. 127, note Cl. RENARD. Voir également : Gand, 27 mai 2004,

solidarité patrimoniale minimale entre les conjoints séparatistes sur la base de l'article 221 du Code civil, qui prescrit une contribution des époux aux charges du mariage selon leurs « facultés ».

Cet arrêt enseigne que les frais d'acquisition d'un logement familial *acquis conjointement* par les deux époux au moyen d'un *emprunt* remboursé par les *revenus d'un seul époux* sont des frais de logement inclus dans les charges du mariage, si bien qu'aucun compte ne doit être rendu à ce sujet, sauf preuve, par le *solvens*, d'un déséquilibre dans les contributions respectives. Par conséquent, le conjoint actif au foyer sans revenus exécute valablement en nature son obligation de contribution aux charges du mariage, tout comme le *solvens* le fait et doit le faire en argent en payant seul le logement indivis. Seul un déséquilibre entre lesdites contributions pourrait justifier l'existence d'une créance dans le chef du *solvens* (p. ex.: le conjoint au foyer n'y a pas réellement ou suffisamment œuvré).

Suivant cette jurisprudence, l'évaluation *forfaitaire* du travail ménager – qui dispense d'une délicate évaluation financière –, est légalement justifiée par le fait que l'article 221 recourt à un critère factuel relatif – les « facultés » –, qui laisse au juge une grande marge d'appréciation. On notera que le travail au foyer permet, selon le fondement de la créance réclamée par le *solvens*, soit de requalifier en paiement (compensatoire) une prétenue donation de la valeur d'une part indivise (donation que le *solvens* tente de révoquer – art. 1096 C.civ.), soit de causer légalement l'enrichissement qu'il entend récupérer par une action *de in rem verso*.

20. Par cette jurisprudence, la Cour de cassation alourdit les obligations des époux dans le cadre de la contribution aux charges du mariage. Elle y ajoute les frais d'une acquisition immobilière. Elle tend par conséquent à être appliquée ou interprétée de manière restrictive.

Certains auteurs ont fortement limité la portée de l'arrêt à l'hypothèse d'espèce (logement indivis, remboursement au moyen de revenus)⁵⁴,

R.G.D.C., 2006, p. 372, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 319 (somm.); Liège, 2 juin 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1214; Bruxelles, 9 février 2005, R.W., 2007-2008, p. 27. Ou d'un bien dépendant d'une communauté limitée à un bien : Gand, 12 janvier 2006, *T.G.R.- T.W.V.R.*, 2006, p. 167 (transformations).

⁵⁴ Léon RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, 3^e éd., Louvain-la-Neuve, Cabay, 1986, p. 317, n° 388; Claude RENARD, note sous Cass. 22 avril 1976, *R.C.J.B.*, 1978, p. 137-

tandis que d'autres soulignent l'importance attachée par la Cour à la *vouloir* des époux de lier l'acquisition du logement au devoir de contribution aux charges du mariage⁵⁵. Jurisprudence et doctrine sont donc divisées quant à l'extension de l'arrêt de 1976 à la compensation par un travail au foyer du financement d'*autres biens indivis ou propres*, ou du financement de biens indivis par des *capitaux familiaux*⁵⁶.

La Cour ne s'est en effet jamais prononcée sur le financement d'autres biens indivis que le logement familial, ni sur le financement de biens propres. Il n'est donc pas certain que le travail au foyer puisse, *de jure*, compenser des demandes de restitution du (sur-)financement de ces biens.

Nous sommes néanmoins enclins à étendre le raisonnement de la Cour à des hypothèses fonctionnellement proches, parce qu'il ressort de son arrêt de 1976 que les circonstances de l'espèce peuvent révéler une *intention* réelle, expresse ou tacite⁵⁷, de lier l'acquisition d'un bien indivis (voire personnel) aux charges du mariage⁵⁸ ou, ce qui revient fonctionnellement

140, n° 4; Alain-Laurent VERBEKE, «La séparation de biens pure et simple», dans Léon RAUCENT et Yves-Henri LELEU (dir.), *Les régimes matrimoniaux*, 4, *Les régimes conventionnels – Le droit transitoire*, Rép. not., t. V., I. II, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 55-56, n° 1086.

⁵⁵ Hélène CASMAN, *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Kluwer, feuillets mobiles, V.2.-10 et 11; Claude RENARD, Christine DARVILLE-FINET, France DE VILLE-SCHYNS, «Examen de jurisprudence (1975 à 1981). Contrat de mariage et régimes matrimoniaux», (1983) *R.C.J.B.*, p. 435, n° 19.

⁵⁶ Liège, 14 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1757; *Rev. Not. belge*, 2004, p. 164, note L. STERCKX, *R.R.D.*, 2003, p. 135. A notre avis, un financement au départ d'économies sur revenus doit suivre le même sort que celui décidé par l'arrêt de la Cour de cassation (acquêts). Dans le même sens: Philippe DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 314 et 316-317, n° 246.

⁵⁷ Liège, 14 janvier 2003, précité.

⁵⁸ Pour des positions plus restrictives, voir: Jean-Louis RENCHON, «Les comptes entre époux séparés de biens relatifs à leurs immeubles indivis et propre», dans *La liquidation des régimes de séparation de biens: acte du colloque organisé par la Commission Barreau-Notariat de Liège le 23 mars 2000*, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2000, p. 73-78, n° 28; Fabienne TAINMONT, «La portée juridique du devoir de contribution aux charges du mariage», (1998) *Rev. trim. dr. fam.*, p. 570, n° 7 et suiv.

au même⁵⁹, de considérer indivises (ou de transférer) les économies⁶⁰ ayant permis de financer l'acquisition⁶¹.

Si une telle intention est établie, le cas échéant par présomptions entre époux (art. 1399, al. 3 C.civ.)⁶², la cause de non-restitution dégagée par l'arrêt de 1976 – l'article 221 du Code civil – pourrait s'appliquer au (sur-)financement de *tout bien*, immeuble ou non, que les époux auraient *convenu* d'acquérir dans le cadre de l'exécution de leur obligation (étendue) aux charges du mariage. Comme ces charges suivent le niveau de vie du couple, pourraient ainsi être stabilisés des financements unilatéraux d'une résidence secondaire, ou d'immeubles de rapport améliorant le train de vie du couple⁶³. La volonté de *rendre indivis les fonds* d'acquisition d'un autre immeuble que le logement serait, selon M. Renchon, «la perception par l'époux qui effectue les paiements de la valeur économique de la collaboration professionnelle ou ménagère qui lui est assurée au fil de la vie quotidienne par son conjoint et qui, en raison de la spécificité de la relation conjugale, n'est pas rémunérée par un salaire ou par un honoraire comme sur le marché du travail»⁶⁴.

⁵⁹ Sur le rapprochement de cette intention d'étendre les charges du mariage avec l'intention de considérer indivise des fonds investis dans un bien qui sort en principe de ce domaine : Yves-Henri LELEU, «Les régimes matrimoniaux – Examen de jurisprudence (1997-2005)», (2007) *R.C.J.B.*, p. 162, n° 122.

⁶⁰ L'investissement de fonds propres, capitaux familiaux, au profit du conjoint, à la différence de celui d'acquêts, requiert la preuve d'une volonté caractérisée de rémunérer, par ce moyen, un travail gratuit. Sur cette distinction, not. : Y.-H. LELEU, préc., note 59, p. 162, n° 122.

⁶¹ Liège, 2 juin 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1214 ; Liège, 14 janvier 2003, précité (volonté de considérer indivis les fonds sur le compte ayant permis de financer l'acquisition) ; Liège, 12 décembre 2000, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2001, 540, *R.R.D.*, 2001, 11 (volonté d'associer l'épouse à la constitution du patrimoine du couple).

⁶² Yves-Henri LELEU, «Liquidation des créances et récompenses au titre d'investissements immobiliers», dans Hélène CASMAN, Yves-Henri LELEU et Alain-Laurent VERBEKE (dir.), *Le droit patrimonial de la famille sans préjugés. I. Le droit des régimes matrimoniaux en pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2002, p. 49 et suiv.

⁶³ Ph. DE PAGE, préc., note 56, n° 246 et p. 321-322, n° 249.

⁶⁴ J.-L. RENCHON, préc., note 58, p. 47 et 63. Rappr. en ce sens : Ph. DE PAGE, préc., note 56, p. 319, n° 246 et p. 321-322, n° 249 et «Séparation de biens – Comptes et créances entre époux – Aspects notariaux et judiciaires, (1988) *Rev. Trim. Dr. Fam.*, p. 351.

21. La recherche d'une telle volonté est ardue mais pas impossible, comme en témoigne une jurisprudence toujours plus sereine dans ses constats à ce propos. Il demeure néanmoins important de conseiller aux époux d'exprimer leur volonté en ce sens, soit dans le contrat de mariage, soit ultérieurement, par exemple dans l'acte d'acquisition du bien⁶⁵.

2. Collaboration professionnelle non rémunérée

22. Une autre hypothèse courante en pratique est la collaboration professionnelle d'un des époux dans l'entreprise de l'autre, personne physique ou société⁶⁶.

Le tribunal de première instance de Liège a admis l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause dans le cas d'une ex-épouse qui était renseignée comme conjoint-aidant dans le commerce personnel de son ex-époux, commerce ayant acquis une plus-value dont le mari voulait priver l'ex-épouse⁶⁷. Le tribunal a calculé cette plus-value et en a attribué la moitié à l'ex-épouse.

La Cour d'appel de Liège adopte le même raisonnement dans un arrêt du 2 mars 2005 à propos de deux commerces d'optique immatriculés au nom du mari, l'un acquis avant et l'autre après le mariage. Le premier commerce a été jugé propre malgré les investissements en travail personnel de l'épouse et la part qu'elle a prise dans l'augmentation de sa valeur. La cour réserve son indemnisation à la théorie de l'enrichissement sans cause, *sans réallouer la propriété*. L'épouse est enfin rémunérée, même si elle a participé aux charges du mariage par ce travail et bénéficié d'un surcroît de train de vie et d'acquisitions en indivision. Selon la Cour, tout cela

⁶⁵ Pour des exemples de clauses, voir not. : Nathalie BAUGNIET et Pierre VAN DEN EYNDE, «Les comptes relatifs aux investissements pour l'acquisition, la conservation, la rénovation ou l'amélioration du logement familial», dans Philippe DE PAGE, André CULOT et Isabelle DE STEFANI, (dir.), *Le contrat de séparation des biens. Risques actuels et perspectives nouvelles*, Limal, Anthémis, 2012; Alain-Laurent VERBEKE, *Le contrat de mariage de séparation de biens – Plaidoyer pour une solution équitable*, Bruxelles, Kluwer, 1997, p. 10, n° 7.

⁶⁶ Pour plus de détails : Ph. DE PAGE ET Y.-H. LELEU, préc., note 3, p. 33 et suiv., spéc. p. 60-73.

⁶⁷ Civ. Liège, 8 janvier 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 572.

ne comble pas son appauvrissement en lien avec la plus-value que son travail a permis de réaliser⁶⁸.

Pour le second commerce, la solution est proche de la *réallocation de propriété*. La Cour relève que si l'activité des deux commerces était identique, le second se distingue du premier, est dans une autre ville et a une autre clientèle. La contribution de l'épouse à sa constitution est considérée comme sa part dans la création d'un fonds indivis, et elle recueille sa part de plus-value, à estimer par un expert désigné⁶⁹.

Ces solutions, dans des situations comparables, ne font pas l'unanimité, ce qui est regrettable mais inévitable dans un système juridique sans précédents liants : la Cour d'appel de Gand avait estimé dans un arrêt du 20 février 1998 que la collaboration professionnelle de l'épouse dans le commerce propre de son époux ne donnerait pas lieu à restitution dans la mesure où l'épouse a pu profiter des revenus du commerce. En outre, il n'est pas prouvé que le commerce aurait acquis une plus-value en raison de cet apport professionnel⁷⁰.

La Cour d'appel d'Anvers décida également de rejeter une demande de restitution de l'époux en raison de sa collaboration au sein du fonds de commerce de son épouse, dans la mesure où la collaboration de l'épouse était peu importante⁷¹.

Une autre forme d'indemnisation de la collaboration professionnelle est le constat, par le juge, que les époux ont *volontairement créé des indivisions* en guise de rémunération. Il s'agit d'une extension fonctionnelle de la jurisprudence de l'arrêt de 1976 de la Cour de cassation : la décision de financer seul des biens indivis est, pour le conjoint aidé, non libérale mais rémunératoire des services professionnels rendus⁷². À cela s'ajoute

⁶⁸ Liège, 2 mars 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 826, *J.T.*, 2005, p. 557.

⁶⁹ Rappr. : Gand, 10 décembre 1998, *T.not.*, 2000, 297 : le commerce initial a disparu ; un commerce de gros a remplacé le commerce de détail.

⁷⁰ Gand, 20 février 1998, *T.G.R.*, 1998, p. 113

⁷¹ Anvers, 30 novembre 2005, *N.j.W.*, 2006, p. 948, note G.V., *R.W.*, 2006-2007, p. 882, *T. not.*, 2006, p. 247, note N. TORFS.

⁷² Voir par exemple : Liège, 16 décembre 2009, *Rev. trim. dr. fam.* 2011, 968 ; Gand, 27 mai 2004, *R.G.D.C.* 2006, 372, *Rev. trim. dr. fam.* 2007, 319 (somm.) ; Liège, 2 juin 2004, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 1214.

souvent, et à juste titre, le facteur minorant du partage des trains de vie dont a bénéficié l'épouse aidante, par hypothèse sans revenus personnels⁷³.

23. Quand l'indemnisation doit être chiffrée et payée en liquidation – le conjoint aidant n'a pas bénéficié d'acquisitions indivises et réclame une créance (comp. *supra*, n° 18 et 22) – l'appauvrissement du conjoint aidant peut être comparé au salaire ou à l'émolument que le conjoint aidé a pu économiser (toutes charges fiscales et sociales prises en considération) si l'activité du conjoint aidant est *comparable à celle d'un professionnel* qui aurait accompli le même travail sous un statut déterminé (la référence bârémiq) dans une autre structure professionnelle⁷⁴.

La référence de base à cet égard est le salaire net dont a été privé le conjoint aidant, tempérée par l'obligation d'affecter une partie de ce salaire aux charges du mariage (art. 217 C.civ.), qui sont supérieures quand les revenus (« facultés ») des époux augmentent (p. ex. paiement d'une aide extérieure pour le ménage). Comme ce calcul est complexe et source de contestations, mieux vaut, comme on le verra, aborder le problème sous l'angle de la perte d'économies propres (le solde des revenus après contribution aux charges du mariage – art. 217 C.civ.) et du différentiel d'épargnes (*infra*, n° 46).

Si la collaboration n'est *pas structurée* ni comparable à celle d'un professionnel équivalent (p. ex. aide irrégulière, soulagement dans des périodes chargées pour l'entreprise, *public relations*, etc...), l'appauvrissement ne peut plus être évalué aisément, et l'enrichissement est diffus. Le motif d'indemniser demeure, moins pour compenser une perte dans le chef du conjoint aidant, mais parce qu'il n'est pas équitable que l'autre époux en retire le bénéfice⁷⁵? Ce bénéfice réside dans des économies de dépenses professionnelles non salariales, modérées par le fait que l'époux aidé aura pu dégager plus de revenus et contribué plus aux charges du mariage. Une

⁷³ Liège, 16 décembre 2009, précité.

⁷⁴ Ph. DE PAGE et Y.-H. LELEU, préc., note 3, p. 66-68, n° 42. Voir aussi : H. FRONVILLE, A1. STREEL et V. MEUNIER, préc., note 52, p. 185-102.

⁷⁵ Jean-Louis RENCHON, « La liquidation d'un régime de séparation des biens : difficultés et solutions de la jurisprudence », dans Jean-Louis RENCHON et Nathalie BAUGNIET (dir.), *Trente ans après la réforme des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Bruylants, 2007, p. 241 et suiv.

approche globale semble la seule possible, également selon nous via le différentiel d'épargnes, mais plus en équité qu'en arithmétique⁷⁶.

3. *Travail au foyer cumulé à une collaboration professionnelle*

24. Bien souvent, la situation de fait mêle plusieurs des hypothèses précédentes : un conjoint travaille au foyer *et* collabore gratuitement à la profession d'un époux qui, comme « *solvens* », a financé exclusivement ou principalement la constitution d'un patrimoine d'acquêts indivis (c'est normal), ou à son nom propre (c'est ingrat).

Dans un arrêt du 14 janvier 2003, la Cour d'appel de Liège étend la solution préconisée par la Cour de cassation dans l'arrêt de 1976 pour le logement familial à des acquisitions d'immeubles indivis dont *une partie* seulement servait de logement familial⁷⁷. L'épouse ayant presté un travail en nature pour lequel elle ne percevait pas de revenus professionnels, le paiement de l'époux en plus de sa moitié dans les acquisitions immobilières n'a pas donné lieu à restitution. Il est jugé être sa participation aux charges du mariage compensant le travail au foyer, *et* une donation rémunératoire pour des services rendus dans le cadre de l'activité professionnelle⁷⁸.

⁷⁶ Rappr. *C.L. c. J. Le.* 2010 QCCA 2370 (pas de « juricomptabilité » en matière d'enrichissement sans cause). Une piste est de scruter l'affectation des économies dégagées par ces collaborations non structurées : ces économies sur revenus professionnels ont-elles été théâtralisées par le professionnel ? Ont-elles au contraire été investies dans un compte indivis au nom des époux ? Ont-elles servi à des investissements personnels du conjoint aidé ou du conjoint aidant (rémunération volontaire) ? (Ph. DE PAGE et Y.-H. LELEU, préc., note 3, p. 67, n° 42).

⁷⁷ La Cour estime que 30 % des immeubles indivis servaient au logement familial, le surplus ayant constitué un investissement en vue de produire des revenus, notamment par le biais de loyers qui ont permis de rembourser une partie des investissements.

⁷⁸ Liège, 14 janvier 2003, précité. Dans un arrêt du 2 juin 2004, la cour précise sa position en se fondant sur l'arrêt de la Cour de cassation du 22 avril 1976. À propos du logement familial acquis au nom des deux époux, la Cour constate que l'épouse a participé aux charges du mariage en assumant le quotidien du ménage, en éduquant les trois enfants du couple et en agissant comme conjoint aidant aux activités d'indépendant de son époux. Ce dernier n'a pas le droit d'obtenir de restitution même s'il a payé l'entièreté du prix de l'immeuble (Liège, 2 juin 2004, précité). La Cour d'appel de Gand statue également en ce sens, dans un arrêt du 27 mai 2004, dans le cas du paiement par l'un des époux de l'entièreté du prix d'acquisition indivise du logement familial : il

Dans un arrêt du 19 décembre 2007, la Cour d'appel de Liège effectue une analyse plus globale des mouvements patrimoniaux ayant émaillé la vie des époux, et constate que, dans les premières années du mariage, l'épouse a payé seule les loyers du logement familial, alors que le conjoint, jeune indépendant, avait des revenus moindres à cette époque, et que, lorsque les revenus de l'ex-époux ont été plus importants, la décision a été prise, de commun accord, que l'ex-épouse diminue son activité professionnelle pour se consacrer aux enfants, au ménage et à la profession de son ex-époux. Dans cette mesure, la cour estime qu'aucune restitution ne doit être accordée à l'ex-mari qui a financé les emprunts liés à l'acquisition et à la rénovation du logement familial indivis⁷⁹. La volonté des parties a été décisive : elles ont, selon la cour, « fait entrer » dans leur sphère conjugale le prix et les charges de l'immeuble⁸⁰.

A contrario, dans un arrêt du 16 septembre 2009, déjà commenté au titre des collaborations professionnelles, cette même cour considère suffisamment compensée une collaboration au foyer cumulée à une collaboration professionnelle non rémunérée, par une reconnaissance de dette souscrite par le mari, octroyant à l'épouse un tiers de la valeur de son étude notariale. Le cumul de collaborations gratuites – ménagère et professionnelle – est jugé ainsi rémunéré, compte tenu de la participation de l'épouse au train de vie du ménage et de l'indivision sur le logement. La valeur portée par la reconnaissance de dette est « une référence raisonnable pour calculer l'excédent de la contribution de l'intimée aux charges du mariage, compte tenu des éléments relevés [...] quant aux économies qui ont été en surplus faites par les époux grâce à l'acquisition en indivision de l'immeuble conjugal »⁸¹.

25. Cette jurisprudence montre comment le juge recherche l'éventuel excès contributif aux charges du mariage quand le conjoint appauvri affronte

s'agit de sa contribution aux charges du mariage. Aucune restitution n'est admise car l'autre époux a livré des prestations équivalentes aux charges du mariage, non pas financière mais en nature (pour la famille et dans la pratique médicale de l'autre) (Gand, 27 mai 2004, précité).

⁷⁹ Les époux avaient également acquis, en indivision, un terrain, payé uniquement par l'époux. La Cour rejette également la demande de restitution y relative (*supra*, n° 20).

⁸⁰ Liège, 19 décembre 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 263.

⁸¹ Liège, 16 décembre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 968.

une demande de restitution ou de révocation d'une donation. Le juge a tendance à exiger d'autres collaborations en plus du travail au foyer, en fonction des biens faisant l'objet des restitutions ou de l'ampleur de celles-ci. Dans chacune des situations évoquées ci-dessus, l'épouse a sur-contribué aux charges du mariage pour avoir, en plus du travail au foyer, fourni un travail professionnel gratuit (*supra*, n°s 22-23). Or, selon la Cour de cassation, le seul travail au foyer éteint la demande de restitution relative au financement du logement indivis.

On peut en déduire que si une collaboration professionnelle gratuite s'ajoute au travail au foyer, ces contributions peuvent fonder, *en plus* de la stabilisation du financement du logement, soit une créance pour sur-contribution aux charges du mariage, soit la compensation d'une autre créance invoquée par l'époux *solvens*, par exemple pour le financement d'autres biens que le logement familial. Pour rappel, ces créances que le *solvens* réclamerait au conjoint aidant se fonderont soit sur l'enrichissement sans cause, soit sur une prétendue donation révoquée. Le travail gratuit confère une cause au premier, et disqualifie la seconde.

Par opposition, un conjoint qui ne justifierait pas avoir aidé gratuitement l'autre dans sa profession – directement (*supra*, n°s 22-23) ou indirectement (*infra*, n° 28) en plus de son travail au foyer, aura beaucoup plus de difficultés à stabiliser les financements de biens indivis, voire personnels, à son profit. Il devra, par exemple, faire état d'une volonté, certaine, dans le chef du *solvens*, d'honorer un service particulier qui lui aurait été rendu, ou avoir financé des charges du mariage sur ses éventuels revenus ou capitaux, *en plus* de son travail au foyer et de sa collaboration professionnelle, comme on le verra ci-dessous.

4. *Travail au foyer cumulé à une contribution financière aux charges du ménage*

26. Variation sur ce thème, un conjoint fait l'essentiel au foyer, et en plus dépense une partie de son salaire aux dépenses du ménage, suivant les profils de dépenses relevée ci-dessus, et compte tenu de la probabilité que son salaire soit inférieur à celui de son conjoint (*supra*, n° 15).

La sur-contribution du conjoint au foyer dans les charges du mariage est évidente. La jurisprudence lui donne une possibilité de le prouver indirectement, soit par son impossibilité de se constituer une *épargne* person-

nelle proportionnelle à ses revenus (art. 217 C.civ.), soit, inversement, par la possibilité pour l'autre conjoint de s'être constitué une épargne disproportionnée par rapport à la sienne ou à ses revenus. C'est ce qui résulte du sommaire publié d'un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 16 novembre 2006 qui accorde une créance forfaitaire au salarié sur-contributeur⁸².

L'inverse peut aussi se produire, encore qu'il n'ait donné lieu à aucune jurisprudence : le conjoint salarié aux revenus inférieurs sous-contribue aux charges du mariage en n'accomplissant *pas suffisamment de tâches au foyer* (p. ex. aide ménagère substantielle payée par l'autre conjoint). Ce dernier sur-contribue financièrement aux charges du mariage et peut le prouver, notamment par le différentiel d'épargne.

Autre exemple du même acabit, un époux a financé seul le logement indivis, alors que son épouse avait des revenus et les économisait presque entièrement. Il peut lui demander compte si elle n'a pas contribué aux autres dépenses quotidiennes pour thésauriser. Une analyse globale et minutieuse des rapports patrimoniaux au cours du mariage devra être menée, qui n'est pas toujours aisée faute de preuves suffisantes, et qui pourrait même affronter des questions de vie privée⁸³.

27. Une forme particulière de contribution aux charges du mariage par le conjoint actif au foyer⁸⁴ est l'*affectation de son immeuble personnel au logement familial*. La solution ne doit pas être différente de ce qui précède, car cette affectation est valorisable à hauteur de la valeur locative du bien.

La jurisprudence intègre ce paramètre sous forme de compensation lorsque, dans la liquidation, l'autre époux finance ou rénove ce bien personnel et réclame une indemnisation. Une créance lui est en principe accordée au motif que cette mise à disposition d'un immeuble personnel n'est pas la compensation en nature de l'enrichissement du propriétaire grâce aux fi-

⁸² Liège 16 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, 1572 (somm.). Voir également : Yves-Henri LELEU, «Les régimes séparatistes», dans Yves-Henri LELEU (dir.), *Chroniques Notariales*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, p. 259, n° 93.

⁸³ Nan TORFS, «De met scheiding van goederen gehuwde meewerkende echtgenoot: veroordeeld tot gratis werk?», (2006) *R.G.D.C.*, p. 274, n° 2.2.

⁸⁴ Les propos qui suivent valent aussi pour le conjoint salarié, qui contribue aux charges du mariage financièrement, et met en plus son immeuble à la disposition du couple.

nancements ou rénovation, mais une simple contribution, par le propriétaire, à une charge du mariage : l'hébergement de la famille⁸⁵.

Encore faut-il que cette contribution ne soit pas excessive. Elle le sera, en principe, si le propriétaire du logement prouve un cumul contributif : 1. sa contribution au foyer et/ou financière aux charges financières ou ménagères du mariage ; 2. sa mise à disposition gratuite de son bien (équivalente à un financement de charges à hauteur de la moitié de la valeur locative). L'excès de contribution est manifeste si les salaires sont équivalents, et justifie une créance pour sur-contribution. Cette créance est assimilable, fonctionnellement, à une indemnité d'occupation de son bien personnel.

28. Toujours dans la catégorie « travail au foyer », on peut, enfin, rapprocher ces variantes de l'hypothèse d'une collaboration *indirecte* par un conjoint à la profession de l'autre par des prestations *non professionnelles*, mais bénéfiques à la carrière ou au commerce de celui-ci.

Une épouse peut favoriser l'entreprise de son mari en s'investissant dans un effort de relations publiques dans les cas, nombreux, où la frontière entre les relationnels professionnel et privé est ténue. Elle peut le faire en acceptant et en gérant les déplacements familiaux en cas d'expatriations nécessaires. Elle peut, plus simplement, assurer la bonne tenue du foyer si la profession de l'autre est chronophage, et renoncer à la sienne. Si cette collaboration non professionnelle et non rémunérée est suffisamment prouvée et organisée pour justifier un appauvrissement dans son chef (*infra*, n° 43), elle caractérise une sur-contribution aux charges du mariage.

5. *Travail sur un bien personnel de l'autre conjoint*

29. Une catégorie spécifique de travail non professionnel ni rémunéré déplaçant des valeurs regroupe tous les travaux réalisés sur un bien, généralement un immeuble⁸⁶. Il s'agit généralement de travaux qui s'ajoutent à la contribution aux charges du mariage, soit «en dehors des heures de travail» par un conjoint professionnellement actif, soit en plus de la gestion du foyer par le conjoint non professionnellement actif.

⁸⁵ Voir not. : Civ. Liège, 9 septembre 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 578.

⁸⁶ Ce pourrait également être une voiture, un bateau, une œuvre d'art, ...

Les cas où un conjoint « bricoleur »⁸⁷ demande à être indemnisé pour le temps consacré et les matériaux investis au profit de l'autre époux sont fréquents, tant la frustration est grande de perdre la valeur financière et/ou la jouissance de l'amélioration produite par ces travaux en cas de rupture. Nous relevons trois décisions en jurisprudence qui ont l'intérêt de donner des solutions communes dans les trois statuts des couples.

30. En *séparation de biens*, un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 16 janvier 2002 juge que ce travail personnel *ne rentre pas dans le cadre de la participation aux charges du mariage*, excède celle-ci, dans la mesure où l'immeuble ayant abrité le logement familial n'est pas indivis et que les travaux dépassent le stade de l'entretien (reconstruction quasi-totale et chauffage). L'indemnisation de l'époux « bricoleur » est fixée *ex aequo et bono*⁸⁸.

On notera aussi que l'affectation de l'immeuble personnel au logement de la famille n'a pas été jugé de nature à compenser la créance (*supra*, n° 27). Selon la cour, il y aurait pu avoir compensation si la jouissance commune du logement avait duré longtemps après les travaux. Nous y reviendrons à propos des causes juridiques possibles d'un enrichissement dans le cadre d'une action *de in rem verso* (*infra*, n° 42). Nous y ajoutons un second cas de compensation de l'enrichissement par le conjoint « bricoleur » : le fait que le propriétaire du bien amélioré a contribué financièrement ou en nature aux charges du mariage, en plus de la mise à disposition du bien, à revenus similaires par ailleurs (*supra*, n° 27).

⁸⁷ Expression tirée de l'article de Claire GIMENNE, fondateur en cette matière, qui indique déjà son aspect réducteur, qui masque souvent l'importance considérable des investissements en cause (Claire GIMENNE, « L'indemnisation de l'industrie personnelle d'un époux déployée au profit d'un bien du patrimoine conjugal », (2001) *Rev. trim. dr. fam.*, p. 407, note 1).

⁸⁸ Liège, 16 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1744, *R.G.D.C.*, 2004, p. 324, note N. TORFS.

31. En *union libre*, la Cour d'appel de Gand estime aussi que de tels travaux, parce qu'ils excèdent l'entretien de l'immeuble, ne sont plus des charges du ménage⁸⁹, et donnent droit à une créance⁹⁰.

Dans le même sens, la Cour d'appel de Mons a entériné la reconnaissance écrite par la compagne de la réalité des travaux de rénovation de son immeuble par son compagnon, et de la nécessité d'indemniser ce dernier. Elle lit dans ce document l'*absence de cause* de l'appauvrissement de celui-ci⁹¹.

32. En régime de *communauté*, si un des époux améliore le bien propre de l'autre par son *industrie personnelle*, le déploiement de sa force de travail mobilise une valeur commune au profit d'un bien propre.

Selon un récent arrêt de la Cour de cassation du 5 septembre 2013⁹², l'époux qui, pendant le mariage, fournit des efforts au profit d'un bien propre qui en retire une plus-value, ne doit pas récompense (art. 1432 C.civ.) si ces efforts sont une contribution aux charges du mariage. S'ils excèdent ses facultés contributives (art. 221 C.civ.), récompense est due, mais à condition, selon la Cour, que le patrimoine commun ait été «privé de revenus» par ce fait. La Cour confirme l'arrêt qui avait rejeté la demande d'indemnisation au motif, souverainement constaté, que les efforts du conjoint «bricoleur» n'excédaient pas son devoir de contribution aux charges du mariage.

Dans cet arrêt important pour notre sujet, la Cour de cassation consacre la doctrine de l'excès contributif comme facteur d'indemnisation d'un déplacement de richesses. Mais dans cet arrêt, la condition d'appauvrissement

⁸⁹ Source d'une obligation *naturelle* de contribution, selon les facultés respectives des partenaires, et dont le régime doit être calqué sur celui des charges du mariage, en raison de la similitude fonctionnelle des situations, lorsqu'il s'agit d'arbitrer le sort des paiements faits volontairement, ici l'accomplissement de travaux d'entretien (pour plus de détails, voir : Virginie DEHALLEUX, «La répétition de la contribution excessive aux charges du ménage: proposition d'une nouvelle issue aux conflits entre cohabitants de fait», (2009) *R.G.D.C.* 144 et suiv.).

⁹⁰ Gand 28 juin 2005, *T. not.*, 2005, p. 464. Voir également : Virginie DEHALLEUX, «Le régime patrimonial des couples non mariés», dans Y.-H. LELEU (dir.), préc., note 82, p. 266-267, n° 99.

⁹¹ Mons, 10 janvier 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 996, note M. D.

⁹² C.12.0476.N/1, inédit, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2014, à paraître, note Laure SAUVEUR.

du patrimoine commun – être privé de revenus – demeure incertaine. La Cour n'était pas saisie sur ce point si bien que l'on ne peut, à ce jour, restreindre les cas d'indemnisation de travaux aux seules situations où le conjoint « bricoleur » a perdu des revenus professionnels chiffrables. Il est juste, en droit, que le patrimoine commun doit être appauvri pour que récompense soit due⁹³. Mais il importe peu, selon nous, qu'il le soit par une « privation de revenus » ; l'on ne comprendrait pas la restriction à cette seule hypothèse de la condition d'appauvrissement déposée dans l'article 1432 du Code civil.

À notre avis, l'appauvrissement du patrimoine commun est égal au montant de l'*accroissement de valeur du bien propre*, car si ce facteur de plus-value pouvait être et était détaché du bien dans lequel il s'incorpore (p. ex. installation d'un *car-port*), il serait commun⁹⁴. Si la plus-value ne peut être distinguée ni détachée du bien (p. ex. restauration d'une voiture de collection propre), on peut considérer, pour aboutir au même résultat, que le temps consacré à l'amélioration de ce bien ne l'a pas été à l'amélioration d'un bien équivalent du patrimoine commun, présent dans ce patrimoine ou pouvant l'être dans le futur, si bien que le patrimoine subit également une perte, fût-elle hypothétique (p. ex. non-restauration par le mari mais par un professionnel de la voiture de collection commune).

⁹³ Civ. Liège, 17 octobre 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 98. En ce sens : Cl. GIMENNE, *Rev. trim. dr. fam.*, préc., note 87, p. 422-423, n° 21; Yves-Henri LELEU, « Les régimes matrimoniaux – Examen de jurisprudence (1997-2005) », *R.C.J.B.*, 2007, p. 115, n° 76; Jean-Paul MIGNON, « Les comptes de récompenses dans la pratique », dans *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 128; Walter PINTENS, Charlotte DECLERCK, Johan DU MONGH et Koen VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2010, p. 305, n° 559; Nan TORFS, « Gratis werken toch niet gratis », note sous Liège, 16 janvier 2002, *R.G.D.C.*, 2004, p. 333. Rappr. : Liège, 6 mai 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 567.

⁹⁴ Nan TORFS et Sigrid VANDEMAELE, « Arbeid geleverd door een echtgenoot gehuwd onder het wettelijk stelsel en vergoedingen », dans Walter PINTENS, Johan DU MONGH et Charlotte DECLERCK (dir.), *Patrimonium 2006*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2008, p. 198-199. Dans le même sens, voir : Christiaan DE WULF, « Problemen rond aandelen die eigen goed zijn of die behoren tot de huwgemenschap », dans Alain-Laurent VERBEKE, Johan VERSTRAETE, Luc WEYTS (dir.), *Facetten van ondernemingsrecht : Liber amicorum Professor Frans Bouckaert*, Louvain, Universitaire Pers Leuven, 2000, p. 376. *Contra* : S. NUDELHOLE, « Théorie des récompenses – Nécessaire corrélation entre l'enrichissement d'un patrimoine et l'appauvrissement d'un autre », note sous Cass., 21 janvier 1988, *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 581.

Faut-il déduire de la mention par la Cour de cassation que le patrimoine commun soit privé de «revenus», que la récompense serait réservée aux seuls cas où un professionnel a perdu des revenus professionnels en s'investissant pour ses propres (p. ex. prise de jours de congé sans solde pour réaliser les travaux)? Ne serait-t-elle pas due si, comme nous le pensons, le patrimoine commun est privé d'une «valeur commune» par des travaux qui dépassent l'entretien du patrimoine propre (charge commune)? Nous ne le pensons pas, sans pouvoir l'affirmer à ce stade. Nous hésitons en effet à interpréter aussi restrictivement les fondements légaux de la récompense et sommes enclins à éviter toute distinction vu la portée générale et l'office équitable du compte de récompense. De plus, en communauté, tout effort personnel excédant le devoir de contribution aux charges du mariage est soumis au régime matrimonial secondaire (art. 217 C.civ.). Si un tel effort crée de la valeur (la plus-value du propre), celle-ci doit dépendre, à titre d'acquêt, du patrimoine commun. Or elle s'incorpore au bien propre. Le patrimoine commun n'a donc pas réalisé lui-même la plus-value, ou pas bénéficié d'un travail gratuit pour une même amélioration (p. ex. le mari rénove lui-même le chauffage de son logement propre, plutôt que celui du logement commun, également obsolète; le couple doit faire appel à un professionnel pour cela). C'est ainsi, pensons-nous, qu'un patrimoine commun s'appauvrit aussi sans perdre des «revenus».

6. Travail sur un bien indivis

33. Les cas où un conjoint réclame une créance pour des matériaux investis et/ou du temps consacré pour un travail sur un bien indivis, généralement le logement familial, sont rares et limités aux contributions exceptionnellement significatives.

Le travail dans un immeuble indivis est, en effet, en principe une charge du mariage, comme le travail au foyer. Le critère des «facultés» des époux permet cependant, à titre exceptionnel, de fonder une créance en cas de disproportion manifeste. Si, par exemple, des travaux de rénovation *s'ajoutent* au travail au foyer du conjoint non professionnellement actif, ou aux prestations professionnelles *et* financières du conjoint salarié, la surcontribution est avérée.

34. La jurisprudence révèle une hypothèse proche – le *financement* de travaux –, qui aide à répondre à la question si tous types de travaux (entretien,

amélioration, rénovation, ...) sur un bien indivis sont des charges du mariage.

Dans un arrêt du 4 novembre 2009, la Cour d'appel d'Anvers estime que les *frais* liés à des travaux de rénovation effectués dans le logement familial indivis sont, en principe, des charges du mariage. Par conséquent, une demande d'indemnisation est non fondée quand les deux époux ont contribué auxdites charges selon leurs facultés respectives⁹⁵. L'on ne sait toutefois pas si, dans cet arrêt, c'est la nature indivise du bien ou l'ampleur des travaux qui fonde le rejet de la créance. À notre avis, aucun de ces deux paramètres n'est décisif isolément : des travaux d'entretien, voire de rénovation, sont en principe des charges du mariage si le bien est indivis, sauf ampleur excessive ou cumul avec d'autres dépenses financières par le même conjoint.

B. Cadre juridique de la rétribution du travail non rémunéré : créance d'enrichissement sans cause en situation de carence de clause ou d'écrit

35. Centrale dans cette casuistique, ce régime patrimonial si sommaire, est la notion de « contribution excessive aux charges du mariage »⁹⁶. C'est seulement si le travail ménager ou professionnel est une *sur-contribution* à ces charges, qu'une créance est reconnue au prestataire bénévole, soit que son travail *n'est pas* une charge du mariage, soit qu'il en est une mais est *excessif*, et cela dans l'absolu ou compte tenu d'autres contributions de ce conjoint à ces charges (p. ex. financement *et* rénovation d'un immeuble indivis *et* dépenses quotidiennes).

Encore faut-il fonder *en droit* la créance de rémunération si le contrat de mariage ni aucun autre acte ne contiennent de clause relative à la rémunération dudit travail. Telle est notre hypothèse, hélas vérifiée dans la quasi-totalité des cas⁹⁷.

⁹⁵ Anvers, 4 novembre 2009, *Not. Fisc. M.*, 2011, p. 87, note p. TAELMAN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 787 (somm.), *R.W.*, 2012-2013, p. 465, *T. Fam.*, 2010, p. 190, note C. DECLERCK. Dans le même sens : Gand, 12 janvier 2006, *T.G.R.*, 2006, 167.

⁹⁶ Voir aussi : Ph. DE PAGE, préc., note 56, p. 316, n° 246.

⁹⁷ Sur la standardisation des contrats de séparation de biens : *infra*, n° 70.

En règle générale, conformément au droit commun des obligations, les créances entre époux ou partenaires s'établissent par écrit (art. 1341 C.civ.). À défaut d'écrit, elles peuvent être portées en compte si les conditions de l'enrichissement sans cause sont réunies⁹⁸.

Nous exposons ces conditions ci-dessous et les contextualisons par notre problématique, pour démontrer qu'un excès contributif enrichit *et* appauvrit, le plus souvent sans cause (1, 2, 3). Nous rencontrons une objection très fréquemment invoquée en liquidation-partage : un prétendu règlement anticipé (au jour le jour) de la créance par l'effet de clauses du contrat de mariage (4, 5).

1. *Enrichissement sans cause. Généralités*

36. La théorie de l'enrichissement sans cause trouve son fondement dans un principe général de droit lui-même enraciné dans l'équité : l'interdiction de s'enrichir aux dépens d'autrui⁹⁹. C'est un «quasi-contrat» qui ouvre une action *de in rem verso* moyennant 5 conditions, à prouver par tous moyens puisqu'on ne dispose d'aucun contrat (art. 1348, al. 2, (1)C.civ.) : (a) un enrichissement, (b) un appauvrissement, (c) un lien causal entre les deux, (d) pas d'autre action en restitution, (e) pas de cause à l'enrichissement et à l'appauvrissement¹⁰⁰.

Entre époux séparés de biens et partenaires non mariés, l'admission des trois premières conditions ne pose généralement pas de difficultés en cas de transferts de *biens* durant le régime. Il convient de s'en assurer aussi pour le transfert de *valeur* par un travail non rémunéré (*infra*, n° 39 et suiv.).

⁹⁸ Ou celles du *paiement de l'indu*, suivant la proposition de Virginie DEHALLEUX (préc., note 89, n°s 14-19).

⁹⁹ Cass., 27 septembre 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 46, note D. PIGNOLET (motifs), *J.T.*, 2012, p. 763, note Y.-H. LELEU et 2013, p. 399, note, *J.L.M.B.*, 2013, p. 377, *Pas.*, 2012, p. 1746, concl. A. HENKES, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 512 et 514, note M. VAN MOLLE.

¹⁰⁰ Voir not. : Bertrand DE CONINCK, «A titre subsidiaire, l'enrichissement sans cause ...», dans Patrick WERY (dir.), *La théorie générale des obligations, suite*, CUP. Vol. 57, 2002, p. 55 ; René DEKKERS et Alain-Laurent VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 203, n° 346 ; S. STIJNS, W. VAN GERVEN, et Patrick WERY, «Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995)», *J.T.*, 1996, p. 699 ; Pierre VAN OMMESELAGHE, *Les obligations, Tome II, Volume 2. Source des obligations (deuxième partie)*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 1136-1138, n° 778.

Les conditions de *subsidiarité* et surtout d'*absence de cause* font par contre l'objet d'un très vif débat en droit patrimonial des couples. Avant d'orienter ces notions sur le travail non rémunéré entre partenaires, rappelons brièvement les termes de la controverse.

37. Une tendance restrictive en jurisprudence et en doctrine mène plus souvent au rejet de l'action, parce qu'elle trouve très facilement une cause à l'enrichissement ou à l'appauvrissement : le lien matrimonial et les obligations qui en découlent¹⁰¹, la volonté de l'appauvri¹⁰², le contrat de mariage¹⁰³, la clause de présomption de règlement de comptes à défaut d'écrit¹⁰⁴.

Une tendance extensive, beaucoup plus favorable à l'action et à laquelle nous nous rallions, apprécie plus globalement et concrètement les circonstances de la cause, et rejette ces causes abstraites, toujours présentes, que

¹⁰¹ Liège, 19 décembre 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 263 (pour une critique, voir not. : Philippe DE PAGE et Isabelle DE STEFANI, « La liquidation et le partage des régimes de séparations de biens pure et simple », dans *Liquidation et partage. Commentaire pratique*, Kluwer, Feuillerts mobiles, III.2.3.-21, n° 274/2) ; Bruxelles, 29 juin 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 848 ; Liège, 2 février 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 816 ; Liège, 14 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1757, *Rev. not. belge*, 2004, p. 164, note L. STERCKX, *R.R.D.*, 2003, p. 135.

¹⁰² Charlotte DECLERCK et Dominique PIGNOLET, « La réévaluation des créances en régime de séparation de biens », *Act. dr. fam.*, 2010, p. 92 ; Charlotte DECLERCK, « Herwaardering van schuldborderingen in scheidingsstelsels », (2010) *Not. Fisc. M.* 234 ; Bruxelles, 29 juin 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 848 (« souci » d'investir des économies). Pour d'autres références et une critique, voir : Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, préc., note 101, III.2.1.-19, n° 271 ; Yves-Henri LELEU, « Liquidation des créances et récompenses au titre d'investissements immobiliers – Verfening van schuldborderingen en vergoedingen in verband met onroerende investeringen », dans H. CASMAN, Y.-H. LELEU, A.-L. VERBEKE (dir.), préc., note 62, p. 37.

¹⁰³ Anvers, 30 novembre 2005, *N.j.W.*, 2006, p. 948, note G. VERSCHELDEN, *R.W.*, 2006-2007, p. 882, *T. not.*, 2006, p. 247, note N. TORFS ; Civ. Bruxelles, 27 janvier 2012, *Rev. not. belge*, 2012, p. 638, note (décision frappée d'appel).

¹⁰⁴ Voir *infra*, n°s 51-55. En ce sens : Mons, 8 juin 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 15, *Rev. not. belge*, 2011, p. 352, note F. DEGUEL, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 797, note N. BAUGNIET ; Anvers, 22 décembre 1997, *T. not.*, 1999, p. 390 ; Vincent WYART, « Du contractualisme du contrat de mariage et de ses conséquences sur la preuve des créances entre (ex-)époux », (2013) *Rev. not. belge* 13 et suiv. *Contra*, not. : François DEGUEL, « Les clauses relatives aux comptes entre ex-époux séparés de biens et l'enrichissement sans cause », (2011) *Rev. not. belge* 356-367 ; Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, préc., note 101, III.2.3.-23-26, n° 274/4.

sont le contrat de mariage, le lien marital ou la volonté de l'appaupr*i*¹⁰⁵. Retenir de telles causes contredit la subsidiarité de la théorie de l'enrichissement sans cause, qui induit aussi la nécessité de son maintien à disposition des couples séparatistes. Selon cette tendance, l'examen judiciaire du fondement d'une action *de in rem verso* appelle une appréciation globale des mouvements patrimoniaux entre les partenaires, et interdit de considérer isolément le transfert de biens ou le statut du couple¹⁰⁶. L'analyse se fera en deux temps :

1. L'on observera d'abord *l'ensemble* des relations patrimoniales nouées ou dénouées entre les partenaires affectifs *pendant toute leur vie commune*, afin de constater soit la disproportion éventuelle entre (tous) les transferts de l'un et de l'autre (p. ex. financement unilatéral de tous les immeubles)¹⁰⁷, soit un éventuel déséquilibre, estimé trop important, entre l'appauprissement *global* de l'un des époux et l'enrichissement (corrélatif) de l'autre (p. ex. déficit d'épargne)¹⁰⁸.
2. Ensuite, cette disparité sera analysée pour estimer si elle est raisonnablement et objectivement, voire même subjectivement¹⁰⁹, justifiable¹¹⁰. Si ce n'est pas le cas, l'action d'un époux tendant au

¹⁰⁵ Sans preuve qu'elle emporte renonciation à restitution (voir aussi *infra*, n° 48). Rappr. en ce sens : Jean-François ROMAIN, « La notion de cause justificative dans l'enrichissement sans cause et le mobile altruiste de l'appaupr*i* », note sous Cass., 19 janvier 2009, *R.C.J.B.*, 2012, p. 117. En sens contraire : L. STERCKX, note sous Liège, 2 octobre 2012, *Rev. Not. belge*, 2013, p. 441-442.

¹⁰⁶ Rappr. *C.L. c. J. Le.*, 2010 QCCA 2370 (pas de « juricomptabilité » en matière d'enrichissement sans cause).

¹⁰⁷ Bénédicte GENNART et Louise TAYMANS, « La théorie de l'enrichissement sans cause appliquée aux comptes entre ex-époux séparés de biens ou ex-concubins », (2007) *Rev. trim. dr. fam.* p. 645, n° 31.

¹⁰⁸ Jean-Louis RENCHON, « Le sort des apports des époux à la communauté conjugale en régime de séparation de biens pure et simple », dans Ch. BIQUET-MATHIEU, A. DELIEGE, P. LECOCQ, Y.-H. LELEU et M. VANWIJCK-ALEXANDRE (dir.), préc., note 41, p. 456, n° 21. Rappr. : Liège, 19 décembre 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 263.

¹⁰⁹ J.-L. RENCHON, préc., note 108, p. 456, n° 21. L'auteur ne donne pas d'autre indication sur la justification subjective, mise à part la précision qu'aucune considération subjective ne doit venir justifier, causer le transfert global.

¹¹⁰ Rappr. : Liège, 24 janvier 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 743, note F. DEGUEL.

remboursement de fonds investis ou à la rémunération d'un travail presté doit être accueillie¹¹¹.

Nous approuvons cet assouplissement, légitime adaptation d'un droit des obligations non conçu pour les relations patrimoniales de couples, à la nature particulière de celles-ci¹¹². Certes leur association est économique, mais l'affectif y interfère sans cesse et les partenaires en constante négociation, fût-ce inconsciente, ne sont pas également armés comme sont censés l'être les contractants en droit commun¹¹³.

La nécessité de cette adaptation ouvre le pouvoir d'appréciation du juge pour l'autoriser à considérer, par exemple, que des transferts de richesses opérés durant la vie commune, même disproportionnés, pourraient encore être justifiés, et trouver une cause, par exemple, dans l'obligation de contribuer aux charges du mariage (p. ex. Madame a collaboré au foyer et à la profession très lucrative de son mari qui a investi tout en indivis), ou dans la volonté (certaine) de l'appauvri de renoncer à toute prétention (très rarement établie, et certainement pas à déduire, à notre avis, du seul choix séparatiste ou des clauses de présomption de règlement de comptes).

38. Cela dit, cette approche pèche par trop de globalité pour demeurer dans les cadres du droit commun des obligations, ce qui, très concrètement, peut faire courir un risque de cassation. Il convient en effet de qualifier isolément chaque transfert de richesses pour envisager son rétablissement s'il manque de cause. Peut-être gagnerait-on – telle est notre proposition – à raisonner dans les mêmes termes qu'exposés ci-dessus, mais sur les transferts isolés :

- serait sans cause et donnerait matière à créance *de in rem verso* le transfert sans *justification*, sans légitimité en régime séparatiste, contraire à son économie, violent ses principes de base (p. ex. : investissement de biens propres dans le patrimoine personnel de l'autre

¹¹¹ Bénédicte GENNART et Louise TAYMANS, « La théorie de l'enrichissement sans cause appliquée aux comptes entre ex-époux séparés de biens ou ex-concubins », (2007) *Rev. trim. dr. fam.* 648, n° 31.

¹¹² Recommandé et appliqué au Québec, not. dans l'arrêt *Droit de la famille – 132495*, 2013 QCCA 1586, n° 40, et les références citées.

¹¹³ P. VAN OMMESLAGHE, préc., note 100, p. 202-203, n° 105. C'est, en effet, sur le postulat d'une égalité entre les parties contractantes que reposent les principes d'autonomie de la volonté, de consensualisme et de convention de loi.

époux – ne pas le rétablir serait plus communautaire qu'en communauté légale),

- et/ou qui dépasserait une juste *proportionnalité*, qui excéderait la solidarité que l'on peut raisonnablement escompter des partenaires même séparatistes (p. ex. *surinvestissement* en travail ou en économies personnelles dans un bien indivis – il faut le rétablir mais seulement à concurrence de l'excès car le transfert de valeur n'est pas, en soi, injuste¹¹⁴).

Dans cette appréciation, le juge doit respecter l'*économie* du régime de la séparation de biens pure et simple. Ce régime empêche la communautarisation *automatique* des acquêts¹¹⁵, mais pas les communautarisations consenties sans espoir de retour (p. ex.: reconnaissance de dette, communauté d'acquêts adjointe), ni surtout le rétablissement des communautarisations non consenties ou fortuites (p. ex.: urgence à réparer le toit du logement indivis avec des capitaux de famille). L'économie du régime séparatiste impose encore moins un appauvrissement, pas plus que n'importe quel autre régime matrimonial.

2. *Preuve et directives d'évaluation de l'appauvrissement et de l'enrichissement*

39. Prouver l'appauvrissement du conjoint séparatiste qui a travaillé bénévolement revient, selon nous, à démontrer son excès de contribution aux charges du mariage. L'enrichissement corrélatif de l'autre conjoint est souvent moins palpable, mais peut être tenu pour acquis par hypothèse, par l'effet d'une « loi de Lavoisier » dans le patrimoine familial¹¹⁶. A charges du mariage constantes, toute sur-contribution suppose une sous-contribution¹¹⁷.

¹¹⁴ Serait aussi sans cause le transfert injuste (qualitatif; paramètres : la propriété du bien amélioré, la nature des fonds investis) et disproportionné (quantitatif; paramètres : l'excès contributif aux charges du mariage).

¹¹⁵ Yves-Henri LELEU, « L'article 1390 du Code civil: entre immanence et transcendance », dans Etienne BEGUIN et Jean-Louis RENCHON (dir.), *Liber amicorum Jean-François Taymans*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 248, n° 16.

¹¹⁶ *Rien ne se perd, rien ne se crée.*

¹¹⁷ Le travail ménager d'une épouse au foyer pourrait enrichir à la fois son époux et l'associé de celui-ci s'il profite également du temps de travail libéré pour le mari, ce qui est en principe le cas. Seul l'enrichissement du mari est pris en compte dans la liquidation

La preuve contraire peut certainement être fournie, mais par l'enrichi, car le déplacement de la charge de la preuve découle de sa force économique relative et de la probabilité qu'il détienne les preuves de cet enrichissement.

À ce jour, les juges constatent seulement que la contribution aux charges du mariage d'un époux a été excessive, ou que son travail ne relève pas des charges du mariage. Ils ne quantifient pas encore l'excès au départ de critères uniformes et prévisibles. Nous tenterons, dans les lignes qui suivent, et avec les auteurs qui nous précèdent, d'y parvenir en formalisant le concept de sur-contribution aux charges du mariage par un travail non rémunéré.

40. Une certitude est que la simple *inégalité* des contributions respectives ne suffit pas à caractériser l'excès¹¹⁸. Cette inégalité est toujours relative : dépassement des *facultés* de l'époux ou sortie du *domaine* des charges du mariage¹¹⁹. Ces notions sont factuelles et liées aux mode et niveau de vie du couple, ainsi qu'aux décisions patrimoniales de ses membres (*supra*, n° 35).

41. Pour ce qui concerne, tout d'abord, les prestations *professionnelles*, selon N. Torfs¹²⁰, il y a excès contributif quand les prestations ne relèvent plus d'un devoir lié à la relation de couple, mais ressortissent à la *sphère économique*.

L'auteur reconnaît que cette caractérisation est délicate, notamment parce qu'elle exige d'indiquer dans la vie privée des époux, et propose des critères abstraits applicables au (seul) travail professionnel. Une collaboration *sporadique* à la profession du conjoint demeurerait dans le cadre des charges du mariage, au contraire d'une collaboration *structurelle*, qui devient économique. Cette dernière qualité s'apprécie d'un point de vue

du régime matrimonial, sans préjudice pour l'épouse d'agir également contre l'associé du mari si elle prouve l'enrichissement de ce dernier.

¹¹⁸ Virginie DEHALLEUX, préc., note 89, n° 12.

¹¹⁹ En ce sens : Gand, 28 juin 2005, précité.

¹²⁰ Nan TORFS, «De met scheiding van goederen gehuwde meewerkende echtgenoot: veroordeeld tot gratis werk?», (2006) R.G.D.C. 274.; *adde* Nan TORFS, *Gezin en arbeid. Enkele huwelijksvermogensrechtelijke twistpunten*, Bruxelles, Larcier, 2008.

subjectif (les capacités professionnelles du conjoint aidant) et *objectif* (la régularité et la durabilité de la collaboration)¹²¹.

Ces critères, notamment le dépassement du domaine privé et l'entrée dans la sphère économique, ne nous semblent pas transposables au travail ménager ou au « bricolage ». Certes toute association conjugale est aussi économique, mais la collaboration au foyer a un impact diffus et moins chiffrable qu'une collaboration professionnelle. Aussi constaterons-nous que si les collaborations au foyer peuvent être incluses dans les charges du mariage, ce n'est, en règle, pas le cas des collaborations professionnelles (*infra*, n° 46).

42. Pour les *travaux effectués sur un bien*, l'excès contributif est déterminé par trois facteurs principaux : la propriété et l'affectation du bien, la nature et l'ampleur des travaux, ainsi que la durée de l'union conjugale.

Selon C. Gimenne¹²², si le bien est *indivis*, l'inclusion dans les charges du mariage est plus marquée. Les travaux d'entretien sont une obligation, au contraire des travaux d'amélioration, sauf volonté contraire des époux¹²³. Les travaux effectués sur un bien *personnel* de l'autre conjoint sortent du domaine des charges du mariage, car le projet n'est plus familial, à nouveau sauf volonté contraire des époux¹²⁴. Cette approche rejoint celle de N. Torfs : l'excès contributif alimente un investissement économique, l'accroissement de la valeur du bien de l'autre époux¹²⁵.

Seuls les travaux d'entretien de l'immeuble propre du conjoint *affecté au logement familial* ne donnent, en principe, pas matière à indemnisation, à condition que cette affectation soit aussi une charge du mariage du propriétaire de l'immeuble. Ce ne serait pas le cas si ce dernier contribuait en plus financièrement à ces charges (*cumul* ; *supra*, n° 27).

¹²¹ Rappr. : Ph. DE PAGE ET Y.-H. LELEU, préc., note 3, p. 33-74, spéc. p. 64, n° 40.

¹²² Cl. GIMENNE, *Rev. trim. dr. fam.*, préc., note 87, p. 424, n° 31.

¹²³ Les époux peuvent étendre le domaine des charges de leur mariage, mais pas le réduire, en raison de la nature impérative de l'article 221 du Code civil.

¹²⁴ Cl. GIMENNE, *Rev. trim. dr. fam.*, préc., note 87, p. 426, n° 38.

¹²⁵ En ce sens également : Liège, 16 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1744, R.G.D.C., 2004, p. 324, note N. TORFS . Comp. : Civ. Liège, 22 mars 1987, *R.G.D.C.*, 1988, p. 132.

S'ajoute à cela le critère de la durée du couple après les travaux. Un divorce peu après la réalisation de ceux-ci prive le conjoint « bricoleur » de profiter de son travail¹²⁶, du « retour sur investissement »¹²⁷. En droit, cette circonstance exclut de trouver une cause de l'enrichissement dans la volonté spéculative de l'appauvri, reconnue en droit commun de l'enrichissement sans cause (*infra*, n° 48) ; économiquement, la rupture cristallise l'appauvrissement et l'enrichissement corrélatif.

43. L'hypothèse la plus délicate est celle du *travail ménager indirectement professionnel*, celui qui favorise la carrière de l'autre époux sans collaboration professionnelle.

L'appauvrissement du conjoint au foyer est la perte de chances professionnelles *ad futurum*, « déduction » faite, le cas échéant, des avantages reçus par ce conjoint dans le partage d'un train de vie supérieur au sien, et de l'éventuelle pension alimentaire après divorce si celle-ci contient, comme la loi le permet, une compensation du préjudice lié à « l'organisation des besoins des époux durant la vie commune » (art. 301, § 3, al. 2 C.civ. relatif à la pension alimentaire après divorce pour désunion irrémédiable)¹²⁸.

L'enrichissement du conjoint professionnellement actif est beaucoup plus malaisé à estimer qu'en présence d'une collaboration professionnelle (*infra*, n°s 44 et suiv.). Si le conjoint au foyer réclame une créance en numéraire, et non une compensation avec un paiement dont il a bénéficié, par exemple le financement d'un immeuble indivis, une évaluation *ex aequo et bono* de sa créance s'impose. La jurisprudence est inexistante sur ce point ; elle procède toujours par compensation¹²⁹, même dans le cas rencontré où

¹²⁶ Ce n'est pas le cas si le bien indivis lui est attribué à titre provisoire ou définitif.

¹²⁷ Virginie DEHALLEUX, préc., note 89, n° 14; Cl. GIMENNE, *Rev. trim. dr. fam.*, préc., note 87, p. 426-427, n° 40.

¹²⁸ Pour plus de détails, voir : Y.-H. LELEU, préc., note 6, p. 505, n° 495. Sur la fonction économique des pensions alimentaires après divorce : Elisabeth ALOFS, « De functie van de uitkering na echtscheiding tussen gewezen echtgenoten voor en na de wet van 27 april 2007. Van gemengd alimentair-indemnitair naar gemengd alimentair-compensatoir », dans E. ALOFS, K. BYTTEBIER, A. MICHELSENS, A.-L. VERBEKE (dir.), préc., note 31, p. 1-28.

¹²⁹ Le travail ménager d'un conjoint acquiert ainsi la valeur des fonds investis par l'autre époux au profit du conjoint au foyer. Rappr. : Liège, 2 juin 2004, précité ; Liège, 14 janvier 2003, précité ; J.-L. RENCHON, préc., note 108, p. 454 : « C'est à deux et par l'effet

une reconnaissance de dette du *solvens* éteint (forfaitairement) la créance (non évaluée) du conjoint aidant¹³⁰.

44. La première directive d'évaluation que nous proposons est très générale : est une contribution excessive aux charges du mariage le travail bénévole qui, compte tenu de la durée de la relation postérieure à ce travail, *ne profite pas au conjoint travailleur mais à l'autre*¹³¹, en tout ou partie, soit parce qu'il a augmenté significativement l'épargne de l'autre conjoint, sa clientèle ou ses aptitudes professionnelles, soit qu'il a été accompli sur un bien propre de celui-ci ou excédé le simple entretien d'un bien indivis, avec un tempérament en cas d'affectation de ce bien à un usage familial.

45. La deuxième directive d'évaluation est d'effectuer une analyse *in concreto* des prestations bénévoles pour déterminer s'il y a lieu d'en faire l'estimation ou de les négliger pour les comptes de liquidation.

L'importance ou la régularité du travail sont, à cet égard, pertinentes mais pas décisives. Un travail régulier confirme le choix d'une organisation du couple qui, en droit du divorce, a des répercussions alimentaires (art. 301, § 3, al. 2 C.civ.). Tout travail bénévole important ou régulier appauvrit l'époux qui le fournit, directement par une perte de revenus, ou indirectement par une perte de chances professionnelles futures. Un travail occasionnel sur un bien, ou une période limitée de travail au foyer ou professionnel, par exemple en cas de surcharge ou de réorganisation professionnelle de l'autre conjoint, peuvent aussi donner matière à créance s'ils

de leur coopération ou collaboration réciproques que les époux créent ou constituent économiquement pendant le mariage certains biens, certaines économies ou certaines plus-values et même lorsque c'est de manière plus spécifique un des époux qui a constitué ou même créé tel bien, telle économie, telle plus-value, il n'a généralement pu le faire que parce qu'il vivait en couple, parce qu'il bénéficiait du soutien matériel, moral et affectif, de son conjoint et/ou parce qu'il pouvait compter sur son conjoint pour assumer certaines charges de la vie quotidienne qu'il n'aurait pas pu assumer lui-même ou qui lui aurait coûté de l'énergie ou de l'argent. »

¹³⁰ Comp. toutefois le motif de cet arrêt précité de la cour d'appel de Liège du 16 décembre 2009 (*supra*, n° 24) : la reconnaissance de dette est « une référence raisonnable pour calculer l'excédent de la contribution de l'intimée aux charges du mariage, compte tenu des éléments relevés (...) quant aux économies qui ont été en surplus faites par les époux grâce à l'acquisition en indivision de l'immeuble conjugal ».

¹³¹ En ce sens, en union libre : Liège 3 septembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 328.

nécessitent un effort ou un sacrifice particulier *et* procurent un enrichissement¹³². Seule une collaboration *sporadique* au foyer ou des travaux *ponctuels* d'amélioration d'un bien ou de *faible importance* seront négligés dans les comptes entre époux.

La course de Lola, exceptionnelle d'intensité, sauvera la fortune du couple. N'est-elle pas aussi fondatrice qu'une vie ou un temps long de dévouement ? Qui ne dit d'ailleurs que Lola ne consacrera pas, après ce sauvetage d'urgence, une bonne part de son temps à d'autres projets communs ?

46. La *troisième directive d'évaluation*, le chiffrage proprement dit, impose, à nouveau, de distinguer les trois types de collaboration bénévole.

Le *travail professionnel*¹³³ est évalué en fonction de différents critères dépendant des circonstances. Comme exposé précédemment, l'appauvrissement pourrait être calculé d'après le salaire et des avantages professionnels épargnés par l'enrichi¹³⁴, dont le conjoint aidant aurait bénéficié s'il avait presté sous contrat dans une autre entreprise. Mais nous préférons examiner le différentiel d'épargne pour évaluer la perte d'économies propres que le conjoint aidant a subi en ne pouvant pas promériter ce salaire (net), déduction faite de sa participation aux charges du mariage ou de la vie commune (art. 217 C.civ.).

L'examen de l'épargne du conjoint enrichi est tout aussi révélateur quand l'aide professionnelle ne présente pas l'intensité quotidienne d'un travail sous contrat. Son enrichissement approche ses économies nettes de dépenses de fonctionnement réalisées grâce au travail bénévole de l'autre, éventuellement modérées si une part de ces économies a reçu une affectation commune.

Enfin, bien que ce critère soit contesté, il est possible dans tous les cas de travail professionnel bénévole, d'évaluer l'enrichissement du conjoint par référence à la plus-value prise par le fonds professionnel ou aux béné-

¹³² Ce qui sera le cas, en principe, si ce travail était nécessaire d'un point de vue professionnel, pour l'autre conjoint.

¹³³ Y.-H. LELEU et Ph. DE PAGE, préc., note 3, p. 65-66, n° 41.

¹³⁴ H. FRONVILLE, Al. STREEL et V. MEUNIER, préc., note 52, p. 188-190 (qui demande en outre de tenir compte des effets de l'inflation sur le salaire nominal...).

fices nets supplémentaires, à nouveau en tenant compte de l'affectation commune éventuelle d'une partie de ces bénéfices.

L'évaluation du *travail sur un bien* est relativement aisée, vu l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation favorable à la comptabilisation des *plus-values* prises par un bien financé par un conjoint qui n'était pas tenu de le faire. Depuis peu, les créances pour financement disproportionné d'un bien sont reconnues comme dettes de valeur incluant la plus-value au jour de la liquidation¹³⁵.

La *main d'œuvre* du conjoint « bricoleur » ne devrait pas, selon nous, donner matière à créance, sauf si cet époux prouve un autre manque à gagner en lien avec le travail accompli (p. ex. un carreleur professionnel carrèle la salle de bains de la maison de sa femme). Il ne pourrait pas revendiquer une indemnité qui s'ajouterait à ses propres revenus s'il n'en démontre aucune perte¹³⁶.

C'est toujours pour le *travail au foyer* que la difficulté est la plus grande dans le cas non tranché à ce jour par la jurisprudence : l'inscription d'une créance en numéraire au crédit du conjoint au foyer contre qui le conjoint enrichi n'a pas de créance à compenser.

Nous proposons¹³⁷, avec V. Dehalleux, d'examiner le *différentiel d'épargne ou d'acquêts*, des biens personnels après paiement des charges du mariage (art. 217 C.civ.). Aucun conjoint ne peut s'arroger une partie de l'épargne de l'autre¹³⁸ et cette méthode est préconisée aussi pour l'évaluation des collaborations professionnelles. Si le différentiel est important, il peut avoir comme source légitime le différentiel des revenus, dont le solde net de charges est personnel (art. 217). Or l'accomplissement de tâches au foyer fait partie de ces charges, à exécuter en nature. Si l'économie réalisée ne profite pas, en termes d'épargne, aux deux époux de manière égale,

¹³⁵ Cass., 27 septembre 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 46, note D. PIGNOLET, *J.T.*, 2012, p. 763, note Y.-H. LELEU et 2013, p. 399, note, *J.L.M.B.*, 2013, p. 377, *Pas.*, 2012, p. 1746, concl. A. HENKES, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 512 et 514, note M. VAN MOLLE.

¹³⁶ Comp. Cl. GIMENNE, *Rev. trim. dr. fam.*, préc., note 87, p. 413 et suiv., spéc. n° 10.

¹³⁷ Y.-H. LELEU et Ph. DE PAGE, préc., note 3, p. 52-53, n° 25.

¹³⁸ Liège 16 novembre 2006, précité; voir aussi : Virginie DEHALLEUX, préc., note 89, p. 144.

et surtout si le conjoint au foyer paie avec son salaire plus de charges financières que l'autre époux (statistique déjà mentionnée ; *supra*, n° 16 *in fine*), l'épargne dopée de l'autre conjoint devra servir à indemniser le travail bénévole, voire les dépenses quotidiennes non justifiées. Le déséquilibre d'épargne caractérise à la fois l'excès contributif et donne les bases d'évaluation de la créance, de *participation* à l'épargne (ou aux acquêts) de l'enrichi.

On ne connaît, à ce jour, aucune application de cette proposition. Il n'est évidemment pas question d'imposer une participation égale, à la moitié de l'épargne et des acquêts cumulés, contraire à l'économie de la séparation de biens pure et simple. La juste compensation du déficit d'épargne en lien avec une sur-contribution aux charges du mariage consisterait, à notre avis, à *accorder par principe une créance à l'appauvri d'un montant d'un tiers du différentiel de valeur des acquêts*. La preuve contraire est évidemment autorisée, mais *par l'enrichi, qui pourra démontrer que le niveau de participation est surestimé en fonction de circonstances familiales pertinentes ou des spécificités du cadre professionnel*. Il exposera, par exemple, qu'il a lui-même amplement, sinon exclusivement, contribué financièrement au train de vie élevé du couple (ce qui aura par ailleurs réduit son épargne et le différentiel), que le différentiel est justifié et raisonnable compte tenu de ses qualifications personnelles, ou que le travail au foyer n'a réellement pas eu (autant) d'impact sur sa carrière et ses revenus.

Notre proposition rencontre le cas trop fréquent où l'époux au foyer n'épargne pas du tout, ne se constitue aucun acquêt faute de revenus, ou consacre son plus petit salaire en trop grande proportion aux dépenses nécessaires quotidiennes.

Le renversement de la charge de la preuve est légitime en l'absence de méthode précise d'évaluation du travail au foyer, contrairement à celle du travail professionnel, sous peine de discrimination. Il n'est pas déraisonnable dans un débat judiciaire loyal sous l'égide du principe de collaboration à l'administration de la preuve.

Il demeure nécessaire, mais complexe, de prendre en compte au débit du conjoint bénévole les avantages qu'il a recueilli en termes de niveau de vie, voire de qualité de vie, et à son crédit le préjudice professionnel post-rupture lié à la vie commune et à l'organisation familiale.

Il faut enfin éviter tout double emploi entre une telle participation à l'épargne ou aux acquêts, et une pension alimentaire après divorce à finalité partiellement économique (art. 301, § 4, al. 2 et 301, § 7, al. 2; *supra*, n° 43).

3. *Preuve de la subsidiarité et de l'absence de cause*

47. Quant aux deux dernières conditions de l'action *de in rem verso*, force est de constater que le régime légal de la séparation de biens (art. 1466-1469 C. civ.), lacunaire comme nombre de contrats séparatistes, n'ouvre aucune action en restitution des transferts de richesses non imposés par la loi. C'est donc bien parce qu'aucun moyen juridique n'est offert à l'appauvri qu'il doit et peut se contenter de l'action *de in rem verso*¹³⁹. C'est consternant, si l'on veut bien se rappeler qu'aucun régime matrimonial n'est conçu pour appauvrir.

Il est donc inutile, selon nous, de contester la *subsidiarité* par le seul fait qu'un contrat unit les époux, car tous les séparatistes le sont. C'est seulement quand le contrat contient une clause *spécifique*¹⁴⁰ au travail non rémunéré que la subsidiarité n'est pas vérifiée. Et telle n'est pas la portée de la présomption de règlement des comptes au jour le jour, comme nous le verrons (*infra*, n° 51 et suiv.)¹⁴¹.

48. Quant à l'*absence de cause*, deux causes sont trop souvent invoquées (par les conjoints enrichis) pour échapper à la rémunération du bénévolat de l'autre : la volonté de l'appauvri ou sa collaboration spéculative, celle qui lui profiterait autant qu'à l'enrichi.

¹³⁹ Cass., 22 août 1940, *Pas.*, 1940, I, p. 205. Pour plus de détails, voir : B. DE CONINCK, préc., note 100, p. 81 et suiv. *Contra* : Vincent WYART, « Du contractualisme du contrat de mariage et de ses conséquences sur la preuve des créances entre (ex-)époux », (2013) *Rev. not. belge*, p. 13 et suiv., pour qui les époux ont toujours la possibilité de préconstituer une preuve écrite, si bien que le contrat de mariage, qui le rappelle par la présomption de règlement de comptes à défaut d'écrit, est le contrat principal qui exclut globalement tout recours à l'enrichissement sans cause.

¹⁴⁰ Sur cette nécessité : Jean-François ROMAIN, préc., note 105, p. 114 et suiv.

¹⁴¹ *Contra* : Nathalie BAUGNIET et Pierre VAN DEN EYNDE, « Séparation de biens pure et simple : clauses relatives aux charges du mariage ou droits de créances », dans J.-L. RENCHON et N. BAUGNIET (dir.), préc., note 75, p. 133.

Comme rappelé ci-dessus (*supra*, n° 37), la volonté de l'appauvri ne cause l'enrichissement que si elle emporte une renonciation certaine, fût-elle implicite, à toute restitution¹⁴². Elle ne peut pas être présumée mais doit être prouvée, par tous moyens et par l'enrichi.

La collaboration spéculative, le désir de travailler (aussi) dans son propre intérêt, notamment en accomplissant des travaux dans le logement propre à l'autre conjoint, sera parfois une cause, mais rarement. Le fait que l'autre conjoint bénéficie au final de l'investissement collaboratif rencontre notre première directive d'évaluation (*supra*, n° 44) et signale un enrichissement et l'absence de spéculation. Cela ne se vérifie qu'après la rupture : le travailleur voulait peut-être profiter aussi de son travail quand il l'a accompli, mais l'autre a repris et la maison et la nouvelle salle de bains, par exemple. Il aura peut-être eu une volonté spéculative, mais elle est contrecarrée par la rupture¹⁴³. C'est donc une durée de la relation suffisamment longue après les travaux qui permet de conclure que le conjoint « bricoleur » a (suffisamment) profité de son travail pour rejeter sa créance¹⁴⁴.

4. *Présomption (réfragable) d'exécution des charges du mariage au jour le jour*

49. Si une créance d'indemnité est établie, et n'est pas payée ni compensée, elle entre en compte dans la liquidation. Le bénéficiaire du travail bénévole pourrait tenter d'opposer deux clauses présentes dans la plupart des contrats de mariage de séparation de biens : la présomption d'exécution des charges du mariage au jour le jour, sans compte à rendre, ou la présomption de règlement des comptes entre époux au jour le jour, à défaut d'écrit contraire (ci-après, 5).

La présomption d'exécution des charges du mariage au jour le jour est une survivance de l'ancien régime¹⁴⁵. Elle tend à dispenser d'établir et de

¹⁴² J.-F. ROMAIN, préc., note 105, p. 114 et suiv.

¹⁴³ En ce sens : Liège, 16 janvier 2002, précité. En union libre : Liège, 3 septembre 2008, précité.

¹⁴⁴ Yves-Henri LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005) – Régimes matrimoniaux (suite) », (2007) *R.C.J.B.*, p. 165, n° 123.

¹⁴⁵ Pour plus de détails, voir : Yves-Henri LELEU, « La présomption de règlement de comptes à défaut de comptes écrits », dans Ph. DE PAGE, A. CULOT et I. DE STEFANI

régler des comptes à ce sujet, cela initialement pour protéger les femmes qui devaient fournir des prestations matérielles et/ou une part de leur revenu, définie par la loi (art. 218 ancien C.civ.) ou le contrat (art. 1537 ancien C.civ. : un tiers, un quart, forfait, ...)¹⁴⁶. Ainsi l'on évitait des discussions sur des charges principalement non financières ou pas importantes. Les charges qui devaient être assumées un jour ne pouvaient plus être réclamées le lendemain.

50. Cette clause n'a pas, selon nous, la portée d'exclure tout compte, même en l'absence d'écrit. Il est en effet interdit de stipuler cette présomption irréfragable, car le devoir de contribution aux charges du mariage est impératif. Or, une présomption réfragable¹⁴⁷ a très peu d'utilité puisqu'elle ne fait qu'inverser la charge de la preuve du déséquilibre dans les contributions. Cette preuve est administrée par tous moyens, s'agissant de faits, même si la clause réserve la preuve écrite, et les époux doivent y collaborer loyalement¹⁴⁸.

Plus radicalement, N. Torfs soutient que cette clause ne s'applique même *pas* aux sur-contributions car celles-ci sortent de l'obligation légale,

(dir.), préc., note 65, p. 98-100, n° 12. Pour plus de détails sur ces clauses : Nathalie BAUGNIET et Pierre VAN DEN EYNDE, « Séparation de biens pure et simple : clauses relatives aux charges du mariage ou droits de créances », dans J.-L. RENCHON et N. BAUGNIET (dir.), préc., note 75, p.185-190 ; Jean GOEMAERE, « Les comptes entre époux : les clauses de présomption », dans *La liquidation des régimes de séparation de biens*, Liège, Éditions du jeune barreau de Liège, 2000, p. 35 et suiv. ; Y.-H. LELEU, préc., note 144, p. 165, n°120 ; Fabienne TAINMONT, « La portée juridique du devoir de contribution aux charges du mariage », (1998) *Rev. trim. dr.fam.*, p. 565.

¹⁴⁶ Pour plus de détails : F. TAINMONT, préc., note 145, p. 565-566, n° 2 ; Jean RENAUD et Paul STIÉNON, *Régimes matrimoniaux. 1^{ère} partie (Code Napoléon)*, in *Répertoire Notarial*, V/1, 1976, n° 1649 ; Alfred VANISTERBEECK, *Traité général de la séparation de biens contractuelle et judiciaire*, Bruxelles, Laurent, 1911, p. 395.

¹⁴⁷ Liège, 7 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1079, note J. SACE, *Rev. not. belge*, 2000, 670, *Rec. gén. enr. not.*, 2000, n° 25.085, p. 431, obs. B. GOFFAUX ; Anvers, 26 octobre 1988, *Rev. not. belge*, 1989, 481 ; Civ. Bruges, 14 février 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, 286, *T. Not.*, 1995, 411. *Adde* : F. TAINMONT, « La portée juridique du devoir de contribution aux charges du mariage », *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 587, n° 16

¹⁴⁸ Frank BUYSSENS, « Laten we onze verantwoordelijkheid opnemen (inzake de hervormde procedure van gerechtelijke vereffening-verdeling) », *T. Fam.*, 2012, p. 54. Contra, à tort selon nous, : Civ. Bruxelles, 27 janvier 2012, *Rev. not. belge*, 2012, p. 638, note (décision frappée d'appel).

et ne pourraient être régies par le contrat de mariage. Elles dépassent la solidarité minimale (et maximale) attendue d'époux séparés de biens¹⁴⁹.

5. *Présomptions (réfragables et impraticables) de règlement des comptes patrimoniaux*

51. La clause de présomption de règlement des comptes entre époux au jour le jour, ou par financement de biens indivis, vise aussi, par facilité, à exclure les demandes fondées sur l'enrichissement sans cause, en particulier celles pour sur-contribution aux charges du mariage : le conjoint travailleur au foyer établit sa créance (malgré la présomption d'exécution des charges du mariage au jour le jour – voir ci-dessus), mais celle-ci est présumée payée le lendemain de sa naissance, et il ne prouve pas le contraire par écrit.

Une vertu traditionnellement conférée à cette clause est de simplifier la liquidation en éteignant des créances. Nous le contestons en fait, vu les infinies discussions qu'elle suscite en liquidation et en doctrine. Contrairement à une doctrine majoritaire¹⁵⁰, nous avons démontré qu'une telle clause était sans effet dans toutes les situations où une créance impayée était établie par ou sans écrit¹⁵¹.

¹⁴⁹ Nan TORFS, «De met scheiding van goederen gehuwde meewerkende echtgenoot: veroordeeld tot gratis werk?», (2006) *R.G.D.C.* 275.

¹⁵⁰ Récemment : Nathalie BAUGNIET, «Le renversement de la présomption de "comptes au jour le jour" entre époux séparés de biens», note sous Mons, 8 juin 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 751 et suiv. ; Vincent WYART, «Du contractualisme du contrat de mariage et de ses conséquences sur la preuve des créances entre (ex-)époux», *Rev. not. belge*, 2013, p. 7 et suiv.

¹⁵¹ Y.-H. LELEU, préc., note 145, p. 97 et suiv. Dans le même sens : Philippe DE PAGE, «Le compte des récompenses et son aléatoire règlement conventionnel», dans W. PINTENS (e.a.) (dir.), *Patrimonium 2009*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 217, n° 12; Jean-Louis RENCHON, note sous Civ. Nivelles, 20 juin 2013, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2013, 996. La clause – de style et présente dans les contrats depuis plus de trente ans – provient de : Michel GRÉGOIRE, «Formulaire commenté des régimes matrimoniaux», *Rép. not.*, t. V, I. III, 1980, p. 112, n° 134, formule 69. Comp. en séparation de biens avec société d'acquêts, la même formule mais limitée aux comptes «entre eux» ou avec la société d'acquêts : Philippe PIRON, «Formulaire des régimes matrimoniaux», *Rép. not.*, t. V, I. III, 2007, p. 15, article 7. Elle est, à juste titre, absente de contrats-types récemment proposés à la pratique notariale : Christian DE WULF, Jan BAEL et Stan DEVOS, *Notarieel familierecht en familiaal vermogensrecht*, Malines, Kluwer, 2012, p. 970. Elle

52. Une première discussion a porté sur la nature *réfragable* de la présomption. Si elle est stipulée (ou jugée) irréfragable – ce n'est pas le cas de la clause type des contrats standards de séparation de biens pure et simple –, elle pourrait stabiliser des transferts de richesses et, parfois utilement, communautariser le régime¹⁵². Il faut pour cela que le conjoint économiquement fort ait alimenté le patrimoine indivis ou propre de l'autre conjoint. Mais le plus souvent, c'est ce conjoint enrichi qui s'en prévaut pour se soustraire à toute restitution. Chaque fois qu'il y a enrichissement sans cause, la clause spolie l'appauvri, spécialement dans la présente problématique où son excès contributif est avéré (*supra*, nos 39 et suiv.). Doctrine et jurisprudence sont d'accord pour contester la nature irréfragable de cette présomption, parce que ce serait brimer le droit des époux à l'établissement de comptes compensatoires garants de l'intégrité de leur patrimoine personnel¹⁵³.

est généralement rédigée comme suit : *Les futurs époux pourront établir entre eux tout compte et passer tout contrat sauf les limitations apportées par la loi. À défaut de comptes écrits, les époux seront présumés avoir réglé entre eux, au jour le jour, les comptes qu'ils peuvent se devoir, y compris ceux relatifs à la contribution aux charges du mariage et ceux relatifs à la rémunération du travail familial, ménager ou social de chacun d'eux. Le partage des économies intervenu en cours de mariage ainsi que la fixation des droits de chaque époux lors de l'acquisition en indivision sont présumés avoir été réalisés en règlement des comptes que les époux peuvent se devoir.*

¹⁵² Anvers, 10 novembre 2003, *R.A.B.G.*, 2005, 726 ; dans le même sens : Anvers, 22 décembre 1997, *T. not.*, 1999, 390, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2000, 505 – rejet de l'action *de in rem verso*; comp. : Liège, 2 juin 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, 1214 – présomption de compte jugée réfragable et renversée par la preuve d'une donation et de prêts d'argent.

¹⁵³ Liège, 16 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2003, 1744, *R.G.D.C.*, 2004, 324, note N. TORFS ; Mons, 8 juin 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 15, *Rev. not. belge*, 2011, p. 352, note F. DEGUEL, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 747, note N. BAUGNIET. Dans un registre différent, mais très proche, la Cour de cassation estime que la clause par laquelle les comptes de *récompenses* étaient irréfragablement présumés réglés au jour le jour contrevenait à l'exigence impérative de cohérence du régime matrimonial en ce qu'elle privait les époux du droit d'apporter la preuve du contraire. Bien que rendu dans le cadre d'un régime communautaire, cette solution est transposable car elle concerne une problématique transcendant les régimes (visa de l'art. 1390) : Cass., 17 septembre 2007, *NjW*, 2007, p. 797, note G. DE MAESENEIRE, *Pas.*, 2007, p. 1523, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 562, somm., note et p. 1300, *R.W.*, 2007-08, p. 534, note J. DU MONGH et Charlotte DECLERCK, *T.fam.*, 2008, p. 72, note K. BOONE. Voir : Ph. DE PAGE, préc., note 56, p. 332, n° 257 ; Jean GOEMAERE, «Les comptes entre époux : les clauses de présomption», dans *La liquidation des régimes de séparation de biens*, Liège, Éditions

53. Nous doutons surtout, sans rallier l'ensemble des opinions, que la présomption de règlement de comptes soit *praticable*. Nous reconnaissons par conséquent, en toute hypothèse, le droit de chaque époux à demander l'établissement d'un compte de créances à la liquidation¹⁵⁴.

Le raisonnement tient en quelques propositions.

La présomption est *renversée* en présence d'un écrit de non-règlement, très rare dans la pratique. Un tel écrit serait une déclaration écrite qu'une créance non prouvée par écrit n'est pas payée, car si un écrit prouve la créance, il presuppose son non-règlement. Surtout la présomption est *im-practicable* en l'absence d'écrit, la règle dans la quasi-totalité des couples. En effet, si la créance n'est pas prouvée par écrit, mais par des faits constitutifs d'enrichissement sans cause, il est absurde d'exiger un écrit prouvant son (non-)règlement. Comme l'exprime M. Renchon, entre époux séparés de biens, l'absence d'écrit «correspond souvent à l'absence d'une réelle pensée et d'une véritable volonté»¹⁵⁵. En d'autres mots, l'absence d'écrit ne révèle pas de volonté certaine de renoncer au paiement des créances¹⁵⁶.

du jeune barreau de Liège, 2000, p. 43, n° 23 ; François DEGUEL, «Les (clauses relatives aux) comptes entre époux-séparés de biens et l'enrichissement sans cause», *Rev. not. belge*, 2011, p. 362, n° 5 ; Y.-H. LELEU, préc., note 4, p. 82, n° 4 ; Nathalie BAUGNIET et Pierre VAN DEN EYNDE, «Séparation de biens pure et simple : clauses relatives aux charges du mariage ou droit de créance», dans J.-L. RENCHON et Nathalie BAUGNIET (dir.), préc., note 75, p. 186, n° 10.

¹⁵⁴ Y.-H. LELEU, préc., note 145, p. 90, n° 1. En ce sens également : Philippe DE PAGE, «La séparation de biens – Comptes et créances entre époux – Aspects notariaux et judiciaires», *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 358, n° 12 et ultérieurement, en rapport avec l'arrêt de la Cour de cassation du 17 septembre 2007 : «Le compte des récompenses et son aléatoire règlement conventionnel», dans Walter PINTENS, Johan DU MONGH, Charlotte DECLERCK (dir.) *Patrimonium 2009*, p. 217, n° 12 ; Jean-Louis RENCHON, note sous Civ. Nivelles, 20 juin 2013, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2013, 996. *Contra*, not. Nathalie BAUGNIET, «le renversement de la présomption de “comptes au jour le jour” entre époux séparés de biens», (2011) *Rev. trim. dr. fam.*, p. 751 et suiv. ; Vincent WYART, «Du contractualisme du contrat de mariage et de ses conséquences sur la preuve des créances entre (ex-)époux», (2013) *Rev. not. belge*, p. 7 et suiv.

¹⁵⁵ Jean-Louis RENCHON, «Les comptes entre époux séparés de biens relatifs à leurs immeubles indivis et propres», dans *La liquidation des régimes de séparation de biens*, *op. cit.*, p. 58 et note précitée sous Civ. Nivelles, 20 juin 2013, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2013, p. 1006-1007.

¹⁵⁶ Et la clause de présomption de règlement de compte non plus : F. DEGUEL, note sous Mons, 8 juin 2010, p. 358, n° 2 et les nombreuses références citées.

Revenant au travail bénévole, nous n’imaginons pas déduire de cette clause que des époux, qui ont omis de rédiger un écrit relatif à la rémunération du travail collaboratif¹⁵⁷, inscrivent *consciemment* ce travail dans le cadre contractuel de leur présomption, en se remémorant sa portée extinctive à défaut d’écrit de non règlement daté du jour même. La clause ne peut donc pas, en droit, être interprétée comme s’appliquant à toutes les hypothèses où un compte de créance entre époux est prouvé sans écrit, ici par une sur-contribution aux charges du mariage. Il serait inepte de leur prêter une intention certaine – s’agissant de renoncer à un droit – d’avoir toujours voulu prouver le non-paiement de toutes leurs créances par des écrits de non-règlement datés du même jour.

54. En conséquence, le notaire et le juge liquidateur doivent *toujours* autoriser la preuve contraire à la présomption de règlement, par tous moyens¹⁵⁸. Simplement brandir la présomption contre une créance pour sur-contribution aux charges du mariage est vain¹⁵⁹. Malheureusement la pratique est courante et nombre de plaideurs se laissent encore abuser par l’argument traditionnel du respect dû à la clause, dans son sens littéral¹⁶⁰.

55. Un écrit distinct du contrat de mariage, portant (explicitement) règlement du compte avant la liquidation est utile, dans une perspective de règlement anticipé et consensuel des demandes liées au travail bénévole.

Il peut être rédigé à tout moment en séparation de biens, par exemple lors d’un investissement au profit du conjoint travailleur (p. ex. achat d’un bien propre ou d’une voiture). Il doit être bilatéral ou émaner du conjoint enrichi qui renonce à restitution¹⁶¹. Selon certains auteurs et une tendance en jurisprudence, cette preuve peut être contenue dans la simple stipulation

¹⁵⁷ Ou une rénovation ou une collaboration professionnelle indirecte.

¹⁵⁸ F. DEGUEL, note sous Mons, 8 juin 2010, *Rev. not. belge*, 2011, p. 363, n° 7; Philippe DE PAGE, «Le compte des récompenses et son aléatoire règlement conventionnel», p. 217, n° 12 et «La séparation de biens – Jurisprudences récentes», *op. cit.*, p. 215.

¹⁵⁹ Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, préc., note 145, p. 116 et suiv.

¹⁶⁰ *Contra toutefois*, pour un premier cas d’écartement de la clause de manière explicite et motivée : Civ. Nivelles, 20 juin 2013, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2013, 996.

¹⁶¹ Rappr. : Liège, 16 septembre 2009, précité (reconnaissance de dette). Voir : Yves-Henri LELEU, «Examen de jurisprudence (1997 à 2005), Régimes matrimoniaux», (2007) *R.C.J.B.*, p. 160, n° 121 ; Alain-Laurent VERBEKE, «La séparation de biens pure et simple», *Rép. not.*, t. V, l. IV, p. 56, n° 1086 ; Matthieu VAN MOLLE, «La pratique des

contractuelle de parts indivises différente des apports financiers respectifs¹⁶², ou dans le seul fait d'un achat de biens au nom du conjoint¹⁶³. Nous ajoutons qu'il importe de pouvoir raisonnablement expliquer, par une analyse plus globale des mouvements patrimoniaux ou des épargnes, que ces prestations financières ont un lien avec l'avantage retiré d'un travail gratuit (*supra*, n°s 18-21).

C. En régime de communauté et dans le régime patrimonial du couple non marié

56. Les propos relatifs à l'appauvrissement et l'enrichissement en cas d'excès contributif aux charges du mariage sont transposables à l'*union libre* et à la *cohabitation légale*.

Dans ces deux statuts, les partenaires contribuent selon leurs facultés aux charges du *ménage*, en vertu d'une obligation légale (art. 1477, § 3 C.civ.) ou naturelle¹⁶⁴. Il ne s'agit pas de contraindre les partenaires à assumer de telles charges pour le futur, mais de déduire les conséquences de prestations librement consenties dans ce contexte.

À défaut de contrat-cadre, les causes d'appauvrissement parfois inventées telles le contrat de mariage ou des clauses de celui-ci ne trouvent pas à s'appliquer (*supra*, n° 47). Restent les causes prétendues de la volonté d'enrichir l'autre ou de spéculer sur un investissement commun. Nous renvoyons le lecteur à la réfutation de leur portée, applicable hors mariage faute ou à défaut de renonciation certaine de l'appauvri à demander le remboursement de la valeur de son travail. Nous approuvons donc la tendance récente à ne plus considérer l'*union libre* comme la cause des transferts de

conventions d'établissement de comptes entre époux ou cohabitant», dans E. BEGUIN et J.-L. RENCHON (dir.), préc., note 115, p. 479, n° 52.

¹⁶² Anvers, 22 décembre 1997, *T. Not.*, 1999, p. 390; N. BAUGNIET, note sous Liège, 22 octobre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 377 et la note 10; rappr. L. STERCKX, note sous Liège, 2 octobre 2012, *Rev. not. belge*, 2013, p. 441 et suiv. (la stipulation de part indivise est considérée non comme un écrit de règlement mais comme une cause de l'enrichissement).

¹⁶³ Qui ne sera alors pas qualifiable de donation indirecte.

¹⁶⁴ Voir not. : Virginie DEHALLEUX, préc., note 89, n°s 14-19.

valeurs entre partenaires¹⁶⁵, mais à rechercher, comme en séparation de biens, si ces transferts sont justes d'un point de vue économique ou même moral¹⁶⁶.

57. Quant aux *régimes en communauté*, la variable est l'éclipse totale de l'obligation de contribuer aux charges du mariage par la mise en communauté de tous les revenus et de tous les acquêts (art. 1405 C.civ.).

Le travail bénévole d'un conjoint est donc « rémunéré » par le régime matrimonial, l'activité au foyer étant une source de constitution des acquêts, jugée équivalente par la loi aux revenus de l'autre conjoint.

Restent les travaux qui ont accru non les acquêts, mais la valeur d'un propre de l'autre époux. Comme on l'a montré ci-dessus au départ de la jurisprudence (*supra*, n° 32), suivant l'opinion de C. Gimenne, une récompense sera due (art. 1432 C.civ.) si un époux améliore le bien propre de l'autre par son travail et des matériaux achetés avec des fonds communs. Ce travail mobilise une « valeur commune » qui accroît la valeur du bien propre de l'autre époux.

IV. LE CHOIX INITIAL D'UN STATUT NON PROTECTEUR : UNE PORTÉE JURIDIQUE CONTESTABLE

A. Hypothèses et méthodologie : non-droit et non-choix

58. Après avoir examiné le contexte social et statistique du travail collaboratif et la manière dont la jurisprudence s'efforce de le rémunérer, il reste à rencontrer l'objection la plus forte à l'indemnisation des préjudices

¹⁶⁵ L'union libre n'est pas toujours choisie par les deux partenaires (voir la contribution de Vicky LYSENS-DANNEBOOM et Dimitri MORTELMANS, « Juridische bescherming van samenwoners ») et il est abusif de considérer que les partenaires non mariés ont opté pour un statut risqué d'un point de vue patrimonial, pouvant induire des appauvrissements, à l'heure où le divorce facilité rend le mariage presque aussi risqué de ce point de vue (Nan TORFS, « De met scheiding van goederen gehuwde meewerkende echtgenoot : veroordeeld tot gratis werk ? », (2006) *R.G.D.C.* 273).

¹⁶⁶ Pour une application récente (sur-financement du logement alors que l'autre partenaire dispose de revenus suffisants à cet effet) : Civ. Charleroi, 22 octobre 2010, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2013, p. 531. Sur cette tendance : Y.-H. LELEU, préc., note 6, p. 413-414, n° 396.

décris : le statut séparatiste choisi s'impose aux partenaires et doit gouverner, sans aménagements, la liquidation de leur régime patrimonial.

C'est cela qui fit basculer la majorité des juges de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Lola* : le respect de la *liberté contractuelle* et de l'*autonomie de la volonté* dans les relations affectives, prétendus nécessaires par une juge de la courte majorité qui était prête à juger discriminatoire la différence de traitement faite aux partenaires non mariés.

Cette objection impressionne, prend de court, oblige le juriste à sortir de sa zone de confort, à se positionner en chantre d'équité dans un univers contractuel prétendument baigné de sécurité juridique (quelle sécurité juridique pour des familles déstabilisées ? !). Nous nous y résolvons résolument, avec d'autres qui n'ont pas hésité à reprocher à cette position de donner une «fausse illusion de liberté»¹⁶⁷.

Deux nouvelles hypothèses doivent être posées pour réfuter méthodiquement cette objection.

59. La première est que *l'union libre, l'absence de toute protection (efficace), est le droit commun des couples belges*, et que cette situation est problématique, vu l'essor des couples non mariés. Cette hypothèse donne la base théorique de la seconde, qui servira à remettre en question, *de lege lata*, la portée des choix de statut.

Nous pensons pouvoir aisément convaincre du bien fondé de cette première hypothèse. La plupart des personnes en couple ont, à un moment de leur relation, l'occasion de décider s'ils la placent ou non sous un statut patrimonial (mariage en communauté, mariage en séparation de biens, cohabitation légale). Ceux qui ne réussissent pas à prendre cette décision en pleine connaissance de cause se retrouvent soit en union libre si la relation perdure, soit en communauté légale – c'est sans comparaison – quand des négociations pour une séparation de biens échouent mais non le mariage. L'union libre est donc bien, en ce sens, un «droit commun du patrimoine des couples». Elle apporte – belle dot – le droit commun des obligations et des contrats en guise de régime patrimonial.

¹⁶⁷ A.-L. VERBEKE, préc., note 18, p. 7.

60. La *seconde hypothèse* est que cette situation de non-droit peut résulter d'un non-choix, ce qui est plus grave et doit être démontré.

Nous le ferons en analysant les facteurs déterminant le choix des membres du couple, leurs motivations, au vu des récentes études publiées à ce propos. Si ce choix *n'est pas principalement fait en considération des conséquences du statut sur les préjudices de vie commune, de rupture et leur réparation*, sa force obligatoire pourrait être relativisée, voire ignorée.

Nous réservons bien sûr les cas – hélas rares à notre avis – de partenaires qui choisissent l'union libre, la cohabitation légale ou la séparation de biens en pleine connaissance de toutes ses conséquences patrimoniales et, avant cela, de tous les risques patrimoniaux liés à la vie commune et à la rupture.

Si elle est vérifiée, la seconde hypothèse et les normes qui la sous-tendent rendent compte d'une lacune de notre système juridique, indigne d'un droit patrimonial des couples soucieux des intérêts particuliers. Le respect des droits fondamentaux des partenaires semble même compromis, en particulier le principe de non discrimination dans le respect de la vie familiale (art. 8 et 14 C.E.D.H.), l'égalité devant la loi (art. 10-11 Constitution belge), la protection de la propriété (art. 1^{er}, premier protocole C.E.D.H.) et, qui sait, la protection contre un traitement dégradant (art. 3 C.E.D.H.)¹⁶⁸.

La critique que nous pensons pouvoir adresser à la place prise par le droit commun des obligations à titre de droit subsidiaire, et à son manque d'efficience pour les relations patrimoniales dans les couples qui ne l'ont pas nécessairement choisi, n'est, curieusement, pas encore formulée par la doctrine ni exploitée par la jurisprudence. La raison est peut-être qu'aux temps du code civil, le mariage drainait tous les couples, tandis que le concubinage ne demandait pas à être réglementé faute d'intérêt social. Actuellement, faire s'échouer une future majorité de couples sur les rives d'un droit inadapté aux relations juridiques infectées d'affects, nous est insupportable. Mais pour laisser de côté tout ressentiment personnel, nous entreprendrons seulement de convaincre que ce n'est pas voulu par une majorité d'entre eux.

¹⁶⁸ Rappr. (protection de la dignité) : A.-L. VERBEKE, préc., note 18, p. 5.

61. Nous ne nions pas l'importance, dans tout système juridique, surtout de droit législatif, d'assurer la sécurité juridique privée et la police des contrats par des principes solides, par exemple la convention-loi (art. 1134 C.civ.).

Encore faut-il s'interroger sur l'unicité du concept « sécurité juridique », et sur son égale nécessité dans le droit patrimonial « interne » des couples (à bien distinguer des interactions avec les tiers). En droit des familles comme en droit des personnes, individus et couples ont conquis (de haute lutte)¹⁶⁹ la maîtrise de leurs relations familiales, et bénéficient d'une protection constitutionnelle et fondamentale de ce droit (art. 8 et 14 C.E.D.H., art. 10-11 et 22 Constitution belge). Il ne nous paraît pas sûr, bien que ce soit en partie hors sujet, que la « sécurité juridique » puisse ou doive encore l'emporter sur des intérêts individuels dignes de protection, surtout si des enfants s'ajoutent. Impose-t-elle certainement le respect de toutes les conséquences du choix de ne pas se marier, ou de se marier en excluant la protection du régime légal¹⁷⁰?

B. Facteurs déterminant du choix du statut patrimonial du couple

62. Lola n'a pas du tout paramétré sa course. Elle est prise de court par l'appel de Manni, un chien la freine, elle accumule le retard. Tout cela n'est pas choisi, ou plutôt est nourri d'amour, et tout détermine des drames et des succès, le déroulement des deux variations de course et les destins de tous ceux qu'elle croise en chemin.

De très nombreux facteurs plus humains que juridiques construisent le choix du statut du patrimoine du couple. Nous analysons ces motivations *in abstracto* par référence aux résultats d'études juridiques et sociologiques. Constatant qu'ils sont trop nombreux à ne *pas* porter sur les effets juridiques du statut, nous déduirons que, dans un litige particulier, cette

¹⁶⁹ Un combat très avancé et presque terminé en Belgique (sauf en droit patrimonial des couples), au contraire d'autres pays européens : Y.-H. LELEU, préc., note 6, p. 22-23, n° 6 et 7.

¹⁷⁰ Nous comprenons ci-après par « protection », l'ensemble des règles légales et jurisprudentielles contribuant à réparer les préjudices causés par la vie en couple, principalement le régime de communauté, droit commun des régimes matrimoniaux (art. 1390 C.civ.). Voir sur cette question : Y.-H. LELEU, préc., note 115, p. 239 et suiv.

fois *in concreto*, il est légitime de trancher sans être lié par tous les principes du statut choisi.

63. Isolons tout d'abord le choix pour le mariage, il est particulier. Se marier est un choix que nous qualifions de «positif». Il exprime l'adhésion du couple à une solidarité économique et à des correctifs pour les préjugages identifiés plus haut. Ce choix est-il suffisamment juridique pour lier les époux lorsqu'il s'agira de réparer (ou pas) des préjudices liés à la vie commune ou à la rupture ? Nous pensons à tout le moins qu'il est plus juridique que le choix de ne pas se marier, bien qu'il obéisse aussi à de nombreux déterminants non juridiques.

Ce sont surtout les motivations des choix «négatifs» qui nous retiendront. Pourquoi ne pas se marier ? Pourquoi exclure le régime légal ? Quelles raisons font pencher pour l'union libre en balance avec la cohabitation légale ? Nous en distinguons six.

1. Revendication

64. Un premier incitant au choix de ne *pas se marier* se diffuse depuis les années 70 : une *revendication et l'exercice d'une liberté d'accéder à une forme d'union (libre) devenue légitime*, au même titre que le mariage, dans une société qui valorise la liberté et le bonheur individuel, sans identifier clairement les responsabilités corrélatives, ici envers le partenaire¹⁷¹.

Même le mariage est modifié par ces désirs individuel et collectif. Le divorce est toujours plus aisé et rapide, «déconflictualisé» mais non banalisé (notamment à cause des préjugages liés à la rupture)¹⁷². Le couple est devenu le vecteur d'un double épanouissement individuel. À cela s'ajoute l'idée (parfois trompeuse en cas de collaborations bénévoles) que la plus

¹⁷¹ Nicole GALLUS, «Égaux mais différents, inégaux car différents?», dans Alain-Charles VAN GYSEL (dir.), *Conjugalités et discriminations*, Limal, Anthemis, 2012, p. 53.

¹⁷² Y.-H. LELEU, préc., note 6, p. 439-440, n° 433; Jean-Louis RENCHON, «Le nouveau divorce pour désunion irrémédiable», dans Yves-Henri LELEU et Didier PIRE (dir.), *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 12-16.

grande facilité de rompre une union de fait ou une cohabitation légale serait liée au fait qu'elles impliquent moins d'engagements contraignants¹⁷³.

Pour autant, les couples qui choisissent l'union libre par idéal de liberté ou, dans le même registre, par opposition aux contraintes juridiques du mariage, sont assez rares.

Pour de nombreux jeunes couples, la cohabitation de fait¹⁷⁴ est l'anti-chambre du mariage pour des raisons essentiellement affectives et sentimentales. C'est un test, une préparation, plus ou moins longue¹⁷⁵. La plupart des belges apprécient ce préliminaire, mais ignorent souvent qu'il peut déjà causer certains des préjudices décrits (p. ex. déménagement entraînant une perte temporaire d'emploi, survenance d'un enfant, ...). La survenance d'un tel dommage pendant la cohabitation prémaritale peut placer l'un des partenaires en position «économiquement forte» dans la négociation qui va suivre sur le mariage si les deux partenaires l'envisagent, ou sur une meilleure protection de l'autre si l'on décide de rester en union libre (*infra*, n° 75). De plus, cette phase de cohabitation a tendance à s'allonger: dans les années 60, l'âge moyen pour se marier était de 25 ans pour les hommes et 23 ans pour les femmes; il est passé dans les années 2000 à 32 ans pour les hommes et à 29 ans pour les femmes¹⁷⁶.

D'autres couples revendiquant l'égalité et la liberté, rejettent plus explicitement le mariage en raison de son poids culturel et historique, de son

¹⁷³ Rappr. au Québec : Dominique GOUBAU, Ghislain OTIS et David ROBITAILLE, «La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses "dommages collatéraux"», (2003) 44 *C. de D.* 3, p. 31.

¹⁷⁴ C'est moins le cas de la cohabitation légale. Les partenaires qui envisagent un mariage plus ou moins proche ne prendront pas la peine de passer par ce statut intermédiaire (V. LYSENNS-DANNEBOOM et D. MORTELMANS, préc., note 51, p. 92).

¹⁷⁵ Un «proefhuwelijk» : C. FORDER et A.-L. VERBEKE, préc., note 39, p. 501 ; V. LYSENNS-DANNEBOOM et D. MORTELMANS, préc., note 51, p. 78. Parmi les jeunes belges, seuls les membres des communautés turque et marocaine se marient majoritairement sans avoir vécu ensemble au préalable (Martine CORIJN, An Katrien SODERMANS et Sofie VANASSCHE, «Zijn jongeren in Vlaanderen van plan om te huwen (en te scheiden)?», 2011, p. 6, consultable sur www.statbel.fgov.be).

¹⁷⁶ Jan LATTEN, «Trends in samenwonen en trouwen: informalisering en de schone schijn van burgelijke staat», dans *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?* préc., note 39, p. 23 et 26.

passé religieux, de son conformisme social, de son héritage patriarcal¹⁷⁷. Ils s'inscrivent contre des traditions ou souhaitent éviter de créer des liens avec une famille d'alliés¹⁷⁸. Ce faisant, ils ne rejettent pas principalement sa protection. Pas plus d'ailleurs que ceux qui se marient principalement pour ces aspects symboliques, sociaux et festifs. Bref, quand il n'y a pas de contrat de mariage à négocier avant le mariage, et aucun contact informatif avec le droit patrimonial des couples, le rejet ou l'acceptation du statut s'expliquent souvent davantage par la symbolique de l'institution que par le régime matrimonial¹⁷⁹. Nous avons toutefois noté ci-dessus que le choix «positif» pour le mariage était très souvent déterminé par ses effets juridiques.

On soulignera enfin que si l'on continue à se marier, fût-ce dans une mesure qui devient minoritaire, les primo-époux ne croient plus nécessairement à la stabilité du mariage et envisagent dès le départ une possible séparation. Cela entraîne comme conséquence, très paradoxale pour le juriste, un choix plus fréquent de la séparation de biens pure et simple au nom de l'indépendance patrimoniale (*infra*, n° 70). Or, ces époux-là connaîtront plus qu'auparavant des ruptures par divorce, dont les conséquences économiques seront heureusement tempérées par la moindre durée moyenne des relations et l'égalité croissante des conjoints. Il n'en demeure pas moins que le «primo-mariage» est celui où peuvent se creuser les écarts de carrière parce qu'il accueille, plus que le(s) suivant(s) les enfants en bas âge et partenaires ignorant une part de la face cachée du mariage.

2. Désillusion

65. Un deuxième facteur du choix de ne pas se marier est *le désenchantement, le pessimisme quant aux perspectives de bonheur par ou dans*

¹⁷⁷ Benoît MOORE, «L'union de fait: enjeux de l'encadrement juridique en droit privé dans un contexte de rupture», dans A.-C. VAN GYSEL (dir.), préc., note 171, p. 100.

¹⁷⁸ Ce serait particulièrement le cas au Québec: Benoît MOORE, «Variations chromatiques: l'union de fait entre noir et blanc», dans Benoît MOORE, Générosa Bras MIRANDA (dir.), *Mélanges Adrian Popovici. Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 111.

¹⁷⁹ Benoît MOORE, préc., note 178, p. 111-112. Dans le même sens: V. LYSSSENS-DANNEBOOM et D. MORTELMANS, préc., note 51, p. 83

le mariage, une désillusion après une déception amoureuse¹⁸⁰, la peur d'un (nouveau) divorce avec ses charges émotionnelle et financière, l'exemple des parents, etc... La statistique le vérifie. Tant l'augmentation des divorces que le fait que des personnes hésitent à se remarier après un premier divorce fait chuter le taux de nuptialité depuis les années 70¹⁸¹, et donc, sur le plan macro-sociologique, la protection juridique de partenaires affectifs.

Le divorce pour faute (adultère, injures graves, – art. 230-231 ancien C.civ.) en fut un des grands responsables. Il a été aboli en Belgique en 2007 (seulement) et fut le théâtre de batailles sanglantes au prétoire, indécentes en termes de respect de la vie privée. La génération actuelle pourrait conserver l'image de parents qui ont dû s'entredéchirer sur la faute¹⁸², car celle-ci conditionnait la pension alimentaire à vie ou l'absence de toute solidarité, dans les deux cas une charge sans proportion ni lien avec les préjudices de vie commune. Ces effets de la faute étaient justifiés par une mauvaise analogie avec la rupture des contrats : le droit commun des obligations n'est décidément pas adapté aux relations affectives.

Chez d'autres personnes qui n'auraient pas côtoyé le divorce, l'idée court qu'un mariage peut gâcher ou crisper une relation sans heurts. Certains croient que le mariage n'apporte rien puisqu'il ne garantit pas la durée de la relation et peut occasionner des troubles en cas de divorce. Voilà encore des raisons d'éviter le mariage sans rapport avec les apports du statut au conjoint économiquement faible.

66. Toutes ces pensées ou impressions ont été exprimées dans les entretiens semi-directifs des enquêtes sociologiques citées ci-dessus, dont les auteurs estiment qu'elles peuvent obscurcir la vision des avantages juridiques et économiques du mariage pour le conjoint déjà économiquement faible ou qui se profile tel.

¹⁸⁰ Certaines personnes considèrent que l'on ne se marie qu'une fois dans sa vie et ne voient pas l'intérêt de retenter l'expérience (V. LYSSSENS-DANNEBOOM et D. MORTELmans, préc., note 51, p. 84; Christian MORMONT, «Regard sur l'évolution moderne du couple», dans Paul DELNOY (dir.), *Le couple sous toutes ses formes*, Limal, Anthemis, 2013, p. xxiv).

¹⁸¹ J. LATDEN, préc., note 176, p. 24.

¹⁸² V. LYSSSENS-DANNEBOOM et D. MORTELmans, préc., note 51, p. 84-85.

L'image négative du mariage déteint sur la protection qu'il procure, et le/la candidat(e) à cette protection pourrait ne pas apercevoir qu'elle sert au contraire ses intérêts. Une telle attitude, incontestable facteur déterminant du choix, est étrangère au rejet délibéré de la protection juridique. Et pourtant certains estiment que le choix des concubins de ne pas se marier justifie qu'ils en subissent le (non-)régime patrimonial.

3. *Fausse impression*

67. Le troisième facteur de choix est *l'impression des partenaires ou l'apparence véhiculée par divers canaux d'information que l'union libre ou la cohabitation légale, en Belgique, encadrent suffisamment le couple*¹⁸³. Il est plus important, en droit, que les deux premiers, car il affecte la qualité ou le contenu du consentement, et donc sa force obligatoire, selon nous.

Une telle illusion est créée par la légitimité juridique et sociale des couples non mariés et le rapprochement progressif des différents statuts en législation. Cela s'opère dans presque tous les domaines du droit... autres que le droit patrimonial (droit fiscal, droit pénal familial, droit social, droit des étrangers,...)¹⁸⁴. Il est vrai qu'en droit civil, la protection du logement

¹⁸³ B. MOORE, préc., note 178, p. 110. Selon l'auteur, «la reconnaissance de l'union de fait par le droit a, paradoxalement, créé dans la conscience collective, l'impression trompeuse de sa disparition. C'est dire que s'il est vrai que la volonté de ne pas se soumettre aux effets de droit peut justifier le non-mariage dans certains cas, il semble tout aussi vrai qu'elle ne le justifie pas toujours, soit parce que les conjoints qui se marient ne connaissent pas ces effets, soit parce que les conjoints de fait s'y croient, erronément, soumis» (B. MOORE, préc., note 177, p. 99).

¹⁸⁴ Voir not. le sondage Ipsos-Descarie réalisé au Québec en 2007 pour la Chambre des Notaires, qui n'a pas pu être pris en compte dans l'arrêt *Lola* pour un motif que nous estimons étonnamment formel, voire artificiel, le fait qu'il ne présentait pas la forme d'un rapport d'expert signé (<http://www.newswire.ca/fr/story/157047/sondage-ipso-descarie-plus-de-50-des-conjoints-de-fait-se-croient-proteges-alors-qu-ils-ne-le-sont-pas>). Ce sondage montre que 60 % des gens en union libre pensent qu'après un certain nombre d'années de vie commune ils ont les mêmes droits que les personnes mariées; 64 % des gens en union libre pensent que tous les biens acquis pendant leur vie commune seront partagés à parts égales en cas de séparation; 77 % des gens en union libre pensent que le conjoint le plus pauvre aura droit à une pension alimentaire en cas de séparation. Des statistiques similaires ont été obtenues en Angleterre et au Pays de Galles par A. Barlow (citée dans : V. LYSSSENS-DANNEBOOM et D. MORTELMANS, préc., note 51, p. 79).

familial se généralise et des droits successoraux sont accordés aux cohabitants légaux¹⁸⁵. Mais rien ne se passe pour le règlement des ruptures et la réparation des préjudices connexes. Cette situation est imputable, à notre avis, à un positionnement idéologique du législateur quant à l'autonomie des volontés, et peut-être encore quant à la suprématie du mariage. La protection patrimoniale, elle se mérite, et on ne l'aura pas sans engagement ! On se réjouira de l'harmonisation des statuts en droit semi-public (droit fiscal, droit social, ...), mais le règlement civil des ruptures nous paraît socialement aussi nécessaire sinon plus que l'égalité de traitement dans ces autres domaines.

68. Ce facteur de choix, qui procède en réalité d'une erreur ou d'un manque d'information, confirme l'hypothèse que la volonté de rejeter explicitement la protection juridique liée au mariage est, en général, surestimée. Dans les milieux juridiques, on n'a pas assez conscience de la profondeur de l'ignorance de certains couples sur leur encadrement juridique et les possibilités de l'améliorer. Des partenaires non mariés pensent être engagés à des devoirs personnels et protégés en contrepartie (le mot « conjoints », notamment dans la législation du Québec, peut avoir (eu) cet effet, délétère). D'autres le pensent seulement à partir de la naissance d'enfants (pour certains la première apparition du droit des familles), ou lors de l'achat d'un immeuble en indivision (pour certains la première apparition d'un contrat). L'on ne peut leur reprocher de n'avoir pas souscrit de cohabitation légale, car ils n'en aperçoivent généralement pas les avantages sur l'union libre¹⁸⁶.

69. Nous déduisons de la forte incidence de ce facteur de choix chez les citoyens non mariés, et de son lien direct avec le contenu et/ou la qualité du consentement, que ce consentement au refus du mariage *doit être, en cas de litige, présumé non éclairé quant au contenu de la protection*. Cela ouvrirait, le cas échéant, un « droit à l'erreur », à exploiter en matière contractuelle suivant les voies idoines, et justifiant à tout le moins une intervention correctrice du juge en cas de nécessité, intervention qui paraîtrait moins intrusive dans l'autonomie des volontés. Cette proposition vaut pour

¹⁸⁵ En cohabitation légale: art. 1477 C.civ.; en union libre, pour la protection du logement par la jurisprudence, voir Y.-H. LELEU, préc., note 6, p. 400-403, n° 383-387.

¹⁸⁶ Sur ce constat, dans le cadre d'entretiens semi-directifs: V. LYSSSENS-DANNEBOOM et D. MORTELMANS, préc., note 51, p. 91.

tous les partenaires entrés en couple sans conseil obligatoire d'un juriste ; elle n'est pas transposable à la séparation de biens pure et simple, vu l'intervention du notaire, avec les nuances apportées ci-dessous.

4. *Information*

70. Ceci nous conduit à développer le *quatrième facteur* de choix, uniquement pour les futurs époux candidats à la séparation de biens pure et simple, mais le plus important de tous : l'*intervention obligatoire d'un juriste (le notaire) et ses conseils préalables*.

Le choix séparatiste se distingue des autres (non-mariage ou cohabitation légale au lieu de l'union libre) parce qu'il est le seul à exclure la protection patrimoniale à l'intervention d'un notaire. Il conduit à un mariage non associatif, à un de refus de protection légale, une décision en principe mûrement réfléchie.

Dans la pratique, ce n'est pas toujours le cas. Des enquêtes indiquent que les conjoints sont motivés principalement par la *liberté de gestion* et la *protection contre le passif du conjoint*, et ne se préoccupent pas des dommages collaboratifs. La protection contre les recours des créanciers est (présenté comme) l'attrait majeur du régime de la séparation de biens. S'y limiter dans l'information n'est pas informer¹⁸⁷. Dans ce contexte, les autres dispositions du contrat et du régime matrimonial ont-elles été souhaitées ou les époux se sont-ils arrêtés à ces deux principaux objectifs ? L'on ne peut en tout cas déduire de la simple volonté de protéger son conjoint des créanciers, une volonté de ne pas bénéficier de certaines protections d'un régime communautaire. Rien n'empêche en effet de combiner dans un contrat séparatiste protection contre le passif et mécanismes compensatoires pour le conjoint économiquement faible. Le prix de la liberté n'est certainement pas, dans l'esprit de tous, le risque de s'appauvrir.

Plus problématique, les contrats que signent les époux sont souvent proche d'un contrat-type souvent rencontré en jurisprudence, un « contrat pour tous », que la doctrine a signalé depuis très longtemps être facteur

¹⁸⁷ A.-L. VERBEKE, préc., note 31, p. 484.

d'insécurité et trop peu adapté aux situations concrètes¹⁸⁸. Certaines clauses des contrats les plus répandus en Belgique sont sujettes à controverses, parfois très lourdes, comme on l'a vu à propos des clauses de règlement de comptes entre époux.

Pas plus qu'on ne peut déduire de l'absence de clauses indemnisant les appauvrissements collaboratifs une exclusion de celles-ci en connaissance de cause, l'on ne peut, selon nous, déduire l'acceptation d'un risque d'appauvrissement des clauses de règlement au jour le jour des comptes entre époux (*supra*, n° 51 et suiv.). Les époux ont-ils compris le danger de ces clauses si on les applique à la lettre ? Ont-ils fait le lien entre ces clauses et les conséquences des diverses formes de collaboration gratuite ? Ont-ils fait le lien entre ces clauses et les controverses sur l'application de l'enrichissement sans cause en séparation de biens ? Nous ne le pensons pas, sauf preuve du contraire, qui ne résulte pas de la lettre du contrat(-type).

71. Le respect du choix contractuel, ici l'exclusion de l'indemnisation au nom du choix séparatiste, ne s'impose en réalité que pour les droits et obligations entrés dans le champ contractuel et de la négociation préalable.

En d'autres mots, le régime de séparation de biens qui déroge au régime légal, plus protecteur, ne saurait engager les époux à ce qui n'est pas stipulé dans le contrat, ici l'absence d'indemnisation de dommages liés à la vie commune. Une indemnisation ne serait donc valablement exclue sur la base du silence du contrat que si les parties ont choisi, après complète information, de ne pas l'inclure. Elle ne serait exclue sur la base des présomptions de règlement de compte que si les parties les ont stipulées après complète information sur leur potentiel d'appauvrissement. La preuve de cette information repose sur l'enrichi, celui qui doit payer, le contrat n'ayant pas pour vocation d'appauvrir.

Sachant que les dommages collaboratifs menacent de nombreux époux à des degrés divers, nous pensons que l'information sur l'utilité des clauses

¹⁸⁸ Pour une critique de la standardisation des contrats de séparation de biens : Philippe DE PAGE et Isabelle DE STEFANI, « Quel régime matrimonial choisir pour un remariage ? », dans André CULOT, Philippe DE PAGE, Isabelle DE STEFANI (dir.), *Les familles recomposées. Défis civils, fiscaux et sociaux*, Limal, Anthemis, 2013, p. 8 ; Y.-H. LELEU, préc., note 4, p. 79-80

de compensation ou sur le danger des présomptions de compte doit être particulièrement soignée et précise. Cela agrave le devoir d'information du notaire, pour que la qualité du consentement à ces stipulations soit particulièrement surveillée par le notaire. On ne peut pas, sans précaution particulière, conseiller un tel régime matrimonial, susceptible d'appauvrir un des contractants¹⁸⁹. Et pour revenir au contrat-type, force est de constater qu'il comporte tout ce qu'il faut pour appauvrir les collaborateurs bénévoles, si on l'applique à la lettre. Nous doutons donc que ses nombreux souscripteurs aient tous compris cela et l'aient ensuite voulu.

En résumé, le respect de l'autonomie des volontés en séparation de biens suppose le choix rationnel et mûrement réfléchi du contrat, de toutes ses clauses, de tout le droit subsidiaire éventuel, bref de toutes les conséquences du régime matrimonial¹⁹⁰.

Nous osons donc croire que parmi toutes les Lola qui ne se marient pas, ou pas en communauté, une minorité exclut consciemment toute indemnisation de leur préjudice de vie commune éventuel, alors qu'une majorité va le subir. Nous sommes enfin certains qu'aucune Lola bien constituée ne se mette en couple avec la volonté certaine s'appauvrir au profit de son compagnon.

72. Comment approcher en pratique l'idéal d'une information adaptée au contrat de mariage et neutraliser l'incidence négative de ce cinquième facteur de choix ?

Tout d'abord en abandonnant le contrat répandu dans la pratique, lacunaire et gangréné de critiques, au profit d'autres modèles proposés par la doctrine¹⁹¹. Il n'y a rien de contradictoire à proposer un modèle alternatif, car celui-ci servirait de base de discussion. Le notaire est aux commandes. Il

¹⁸⁹ Ce serait contraire à la déontologie notariale, selon Alain-Laurent VERBEKE : « Het huwelijkscontract van scheiding van goederen. Pleidooi voor een ‘warme uitsluiting’ », dans *De evolutie in de huwelijkscontracten*, Anvers, Kluwer, 1995, p. 109, n° 23. L'auteur reproche également aux conseils professionnels, visant les notaires, un manque de proactivité dans cette matière : A.-L. VERBEKE, préc., note 31, p. 470.

¹⁹⁰ Rappr. : Wendy M. SCHRAMA, « Een redelijk en billijk relatierecht », (2010) *T.P.R.*, p. 1723.

¹⁹¹ Philippe DE PAGE, « Un nouveau modèle de contrat de séparation des biens pure et simple », dans p. DE PAGE, A. CULOT et I. DE STEFANI (dir.), préc., note 65, p. 167- 179.

communique projet et information étendue pour que s'ouvre une réelle négociation (*infra*, n°s 75-76).

N. Dethloff approfondit l'aspect temporel du conseil professionnel. L'auteur recommande la présence physique des époux à tous les moments d'information et un délai de réflexion suffisamment long entre la conclusion du contrat et le mariage. Un tel délai pourrait être rendu obligatoire, comme en matière de divorce entre les comparutions devant le juge (art. 1255 C.jud.)¹⁹². Il pourrait neutraliser l'incidence négative du dernier facteur de choix examiné ci-dessous : la force de négociation.

Pourrait-on améliorer le contenu du contrat et y inclure des précisions sur l'information des époux ? Ce serait un progrès, à condition que la compréhension de ces mentions soit certaine, comme l'enseignent les controverses en droit médical sur les formulaires de consentement¹⁹³. Une précision générale dans l'acte sur la parfaite information des époux n'est pas suffisante, vu la complexité des problématiques.

N'est pas non plus déterminante, à notre avis, la mention dans le contrat de mariage que les époux ont été informés de la potentialité de l'existence entre eux d'intérêts contradictoires ou d'engagements disproportionnés, et qu'ils ont été avisés par le notaire de la faculté de prendre chacun un conseil ou chacun un notaire, et y ont renoncé en connaissance de cause s'ils poursuivent avec un seul notaire (art. 9, Loi organique du notariat). Pour bien expliquer aux parties ce droit à un éventuel double conseil impartial, il faut, selon nous, un exposé de toutes les raisons de fait et de droit pour lesquelles leurs intérêts divergent, donc un exposé des dommages potentiels liés à la vie commune, car ceux-ci sont moins bien indemnisés que dans la communauté légale qu'ils écartent. La séparation de biens pure et simple est un espace de renoncements, plus que de liberté.

Le contenu du contrat s'enrichirait de mentions « pédagogiques », non essentielles pour la construction du régime. Dans certains pays, le contrat de mariage ou le *prenuptial agreement* (plutôt axé sur le règlement alimentaire du divorce) traite bien plus explicitement le conflit d'intérêts entre les

¹⁹² Nina DETHLOFF, « Contracting in family law: a European perspective », dans Katharina BOELE-WOELKI, Joanna MILES et Jens M. SCHERPE (dir.), *The future of family property in Europe*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 88-89.

¹⁹³ Gilles GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 135-136.

époux, surtout quand il écarte des protections alimentaires ou communautaires dans les pays où le règlement des effets du divorce est global (alimentaire et patrimonial). D'abord il rend compte de l'exécution, préalable, d'une obligation de transparence totale sur la composition des patrimoines, assortie de sanctions à la liquidation (*full disclosure*). Cela fait prendre conscience des situations de fortunes respectives au jour du mariage. Ensuite il précise, comme l'article 9 de la loi organique du notariat, que les époux ont pu prendre et ont pris l'avis d'un conseil indépendant (non annexé au contrat). Le contrat mentionne également que les époux sont informés du fait qu'ils se privent d'une protection plus généreuse ou d'avantages légaux qu'il énumère. Ce faisant, il porte, comme il se doit à notre avis, la liste claire de ses inconvénients et une mention claire sur son impossibilité à protéger les partenaires économiquement faibles autant que d'autres régimes. Il ne contient donc pas seulement l'élaboration du régime séparatiste, ce qui peut se faire en quelques articles, mais aussi l'évocation des renonciations induites. C'est loin d'être le cas en Belgique, d'où notre conviction que l'on ne peut généralement pas inférer de la lecture du contrat que les époux en ont compris toute la portée.

N. Dethloff insiste sur les aspects temporels de la garantie liée à l'acte notarié. L'information n'est complète, selon cet auteur, que si le notaire prend effectivement le temps d'expliquer aux futurs époux toutes les implications du régime choisi, sur le court et le long terme en cas de changement de circonstances. Elle ajoute qu'une parfaite information nécessite la présence physique des époux, mais aussi un délai de réflexion – légal ? – suffisamment long entre la conclusion du contrat et le mariage¹⁹⁴. L'organisation du notariat et le barème lié au contrat de mariage pourraient se trouver en tension avec la réalisation de cet objectif. Conscientiser les époux à l'importance d'un contrat séparatiste par un premier entretien, focalisé principalement sur ses inconvénients et dangers (voir ci-dessous), aidera peut-être certains futurs époux étonnés d'entendre ce discours à comprendre la valeur ajoutée du conseil approfondi, voire à convenir de poursuivre les entretiens, dans le cadre d'une relation non barémisée.

Dans la même veine, l'on explorera l'idée d'un *client recall*, prôné par le secteur de la planification patrimoniale qui insiste sur la relativité dans le temps des arrangements de famille. Il est bien sûr exclu de systématiser

¹⁹⁴ N. DETHLOFF, préc., note 192, p. 88-89.

une telle obligation. Ce ne serait donc pas un rappel à échéances régulières, irréaliste et intrusif, mais un rappel mémoriel lors de tout nouvel acte notarié nécessitant la production et l'analyse du contrat de mariage (p. ex. achat immobilier). Le notaire, qui n'est pas nécessairement le rédacteur du contrat de mariage, devrait éclairer aussi les époux sur l'adaptation de leur contrat à l'acte envisagé, voire à leur situation personnelle actuelle si l'un des époux en fait la demande. Cela nous paraît relever de son devoir de conseil préalable à un acte qui modifie un élément du patrimoine conjugal. Un bien peut en effet porter la marque d'un dommage collaboratif (p. ex. bien amélioré en nature, commerce exploité par les deux époux, ...).

La Cour constitutionnelle¹⁹⁵ enjoint clairement les notaires à exposer la séparation de biens en « négatif », sous l'angle des « risques » ; elle vise notamment celui de se retrouver sans biens après la rupture, *in the dark and the cold*¹⁹⁶. Il est symptomatique de lire une cour supérieure, saisie d'un recours sur la force obligatoire du choix séparatiste, valider celle-ci mais souligner les dangers patrimoniaux du régime¹⁹⁷.

De même, un des deux volets du projet de réforme du droit des régimes matrimoniaux, dans son état actuel, élargit le spectre de l'information à donner par le notaire à « toutes les conséquences du régime matrimonial », ce qui est extrêmement vaste et implique aussi l'examen du négatif¹⁹⁸. Il faut, croyons-nous, explorer avec les époux toute la face cachée du

¹⁹⁵ C. Const., 7 mars 2013, n° 28/2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 61, *T. Not.*, 2013, p. 415, note J. VERSTRAETE, J.T., 2014, note F. DEGUEL (à paraître).

¹⁹⁶ Voir encore : A.-L. VERBEKE, préc., note 31, p. 469.

¹⁹⁷ La validation constitutionnelle de l'exclusion de l'attribution préférentielle (art. 1446-1447 C.civ.) au motif qu'elle n'est pas prévue dans le contrat et qu'elle est réservée aux régimes communautaires repose probablement sur le fait qu'elle n'entraîne pas de dommage patrimonial, puisqu'elle ne déroge qu'au partage en nature et pas à l'égalité en valeur. La Cour constitutionnelle n'a pas été saisie d'une exclusion d'un mécanisme ayant une incidence patrimoniale, par exemple l'impossibilité de se prévaloir des sanctions du recel de communauté (art. 1448 C.civ.) lorsqu'un indivisaire dissimule un bien indivis. L'absence de cette sanction appauvrit les victimes d'un recel, et rien dans larrêt ne permet de supposer que la Cour aurait également valider celle-ci au nom du respect du choix de la séparation de biens.

¹⁹⁸ C'est ce que nous pensons inférer de l'art. 14 (nouvel article 1466) du projet de loi visant à modifier l'article 301 du Code civil et diverses dispositions en matière de ré-

régime, ces espaces où se déploient les comportements égoïstes ou spoliauteurs, en donnant de nombreux exemples « plastiques »¹⁹⁹ de situations financièrement catastrophiques, néanmoins vécues, donc en s'inspirant de la jurisprudence publiée, mieux encore en commentant cette jurisprudence pour en faire ressortir ses velléités, et peut-être en terminant ce noir tableau par la communication que cette jurisprudence n'est qu'une pointe d'iceberg, que d'autres cas similaires on certainement été tranchés de la même manière, ou d'une autre (!), et enfin qu'une quantité de situations analogues ne franchit même pas la porte du prétoire parce que le conjoint lésé par le comportement de l'autre n'a pas de ressources pour aller au procès.

Nous sommes persuadés que telle est la seule manière de vérifier que les candidats séparatistes comprennent les enjeux de ce qu'ils disent vouloir signer. Attirer leur attention sur ces dangers ajoutera de l'information pertinente, avec un réalisme inattendu dans l'euphorie d'avant noces. Un contexte plus dramatisé, voire romancé, permettra au notaire de tester «en direct» la détermination des parties, en observant d'éventuels mouvements de surprise – chez celui qui ignorait ou croyait – ou d'inconfort – chez celui qui savait ou mentait.

73. Nous ne voulons certainement pas laisser croire que ce régime soit inutile dans tous les cas (p. ex. (re)mariage de conjoints fortunés ; revenus suffisants, similaires et stables ; couple avec enfants de première(s) union(s) riche ; optimisations fiscales non abusives ; véritable profession à risque sans autre protection de passif comme la société,...).

Nous voulons seulement renverser la perspective, car nous doutons qu'il soit utile dans beaucoup de cas. A tout le moins la séparation de biens pure et simple crée un cadre de nuisances, sans certitude sur une volonté commune d'accepter ces nuisances. Les doutes profitent évidemment au conjoint économiquement faible, mais chaque époux peut le devenir si aucun ne l'est.

Nous récusons également l'idée que l'amplification du conseil aux parties soit malaisée ou qu'il soit impossible de tailler un contrat dans la masse

gimes matrimoniaux, et en particulier en rapport avec l'assurance vie, les récom-penses et les conséquences du divorce, *Doc. Parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 53-2998/1.

¹⁹⁹ A.-L. VERBEKE, préc., note 18, p. 6.

des aléas de la vie familiale. C'est une évidence que l'on ne peut prévoir l'avenir d'un couple, mais comme il s'agit d'une relation durable le jour où elle débute, il faut parer au pire qui puisse lui arriver. Un «sur-mesure contractuel» est complexe à élaborer pour une relation de longue durée. Mais l'on ne demande pas au notaire d'anticiper des événements précis. Il doit informer, proposer et rédiger des clauses qui accueillent largement tous les événements dont il sait qu'ils sont patrimonialement accidentogènes. Ainsi, le notaire ne peut-il pas prévoir qu'une épouse diplômée travaillera au foyer après 2 enfants²⁰⁰, mais il doit conseiller le correctif utile au cas où cela se produirait²⁰¹, expliquer pourquoi cela peut se produire, cela même si les époux nient formellement envisager cette éventualité, sauf évidence du contraire (p. ex. mariage très tardif).

Enfin, le notaire doit informer les époux de la manière dont ils devront se comporter par la suite pour vivre en conformité avec le régime matrimonial séparatiste, et leur dire que cela n'est généralement pas pratiqué par les couples, et quelles conséquences ou risques il en résulte (confusions de biens, difficultés de restitution). J.-L. Renchon définit ainsi le paradoxe de la séparation de biens : on ne s'engage *a priori* à rien puisque chacun reste libre de gérer ses biens, mais on s'engage en même temps à prendre la peine de circonscrire les droits et obligations de chacun à chaque fois qu'on réalise une opération patrimoniale : «C'est que les époux, tout en ayant voulu préserver leur "autonomie", dans les différents sens du terme, n'en assument cependant pas, dans la réalité, les responsabilités. Préférant laisser l'ensemble de leur relation de couple se développer dans le champ de l'affectivité, ils ne se fatiguent pas, au jour le jour, à élaborer les règles de droit qui devraient éventuellement leur être appliquées, s'il advenait que la relation de couple sortait du champ de l'affectivité»²⁰².

La gageure pour le conseil professionnel est donc de respecter la volonté séparatiste tout en concevant, proposant et expliquant des filets de sécurité plus communautaristes, dont l'utilité n'est pas toujours aperçue au moment de la signature. La recherche de protection nuance inévitablement

²⁰⁰ Notons qu'elle pourrait y retourner dès le premier...

²⁰¹ Un correctif ponctuel (mais risquant d'être appliqué restrictivement) ou le partage égal des acquêts (clause de participation), éventuellement corrigé pour des raisons d'équité (voir A.-L. VERBEKE, préc., note 18, p. 7).

²⁰² J.-L. RENCHON, préc., note 108, p. 447

le choix séparatiste, mais ne contredit pas son économie²⁰³. Un conseil axé sur les risques fera plus facilement comprendre que les correctifs mettent en place une certaine solidarité sur les acquêts, parfaitement compatible avec la liberté de gestion et l'indépendance des passifs.

5. *Installation*

74. Une *cinquième catégorie de facteurs*, plus contingents et moins généralisables, ont trait à l'installation du couple dans une situation d'où s'extraire demande temps, argent, énergie et prise de risques relationnel et émotionnel.

Il y a beaucoup de motivations très subjectives pour hésiter ou refuser de se marier, telles que le coût de la cérémonie du mariage²⁰⁴ (incitée par une forte pression sociale), la perte d'avantages fiscaux auxquels on est habitué²⁰⁵ (sans les pondérer par une protection virtuelle à moyen terme). En union libre, tout comme entre futurs époux confrontés à une demande de séparation de biens, on rencontre la perception du risque d'ouvrir une discussion qui pourrait causer du tort à la relation.

A l'inverse, le choix de se marier comporte aussi une bonne part de symbolique et de fond socio-culturel, donc tout sauf du juridique (et lié aux dommages de rupture). Dans ce contexte, la cohabitation légale, miroir aux alouettes proche de l'«union de fait», fait parfois office de moyen terme, de consensus «mou».

Certains couples ont tendance à croire, comme le révèlent des entretiens semi-directifs, que si la relation fonctionne, la rupture se réglera à l'amiable, sans heurts, sans besoin de protection obligatoire. Les tentatives de discussion sur cette protection, quand elle n'existe pas, affrontent ainsi des réflexes d'évitement, alors que pour que la discussion se concrétise par

²⁰³ Y.-H. LELEU, préc., note 115, p. 239-257, spéc. p. 246-250, n^os 14-17.

²⁰⁴ Le coût d'un mariage peut être dissuasif (pour les mariés mais aussi pour certains invités au mariage, ainsi qu'il commence à être relevé dans des études sociologiques). Si le mariage oblige à s'endetter, le couple peut privilégier légitimement d'autres priorités, sans à ce moment songer à au risque de perdre une occasion de mettre en place un statut protecteur en cas de rupture (V. LYSSSENS-DANNEBOOM et D. MORTELMANS, préc., note 51, p. 87).

²⁰⁵ V. LYSSSENS-DANNEBOOM et D. MORTELMANS, préc., note 51, p. 86.

un choix juridique qui concerne la fin d'une relation, les partenaires doivent être capables de s'arrêter sur leur devenir commun et pouvoir conceptualiser un décès ou une rupture. Ce n'est pas donné à tous. Il apparaît que si le risque-décès (fatal) peut être envisagé assez sereinement²⁰⁶, il n'en va pas nécessairement de même du risque-rupture (conflictuelle). Des partenaires peuvent éprouver des difficultés à se représenter dans une attitude différente envers le partenaire, parfois plus encore à la verbaliser et en apprécier les conséquences²⁰⁷.

C'est pour cela notamment que nous avons déjà exprimé comme inacceptable que les partenaires déterminés par ce facteur de choix soient relégués dans le statut d'union libre, alors qu'ils n'ont pas choisi un régime patrimonial séparatiste (*supra*, n° 60). Cela justifie, au minimum, des correctifs judiciaires en cas d'appauvrissement induit par la relation et non voulu.

6. Négociation

75. Le sixième et dernier facteur du choix de ne pas se marier ou de se marier en séparation de biens pure et simple, *la négociation préalable*, est déterminant²⁰⁸. Opter pour une protection juridique onéreuse pour le partenaire économiquement faible nécessite, de la part du partenaire économiquement fort, une certaine générosité si l'avantage est déjà acquis, ou de l'audace si l'ampleur de la protection ou du partage est encore indéfinie. Activent et guident aussi la négociation, les familles des jeunes couples, leurs parents qui pourraient avoir des représentations du mariage biaisées par leur expérience personnelle.

²⁰⁶ La cohabitation légale semble être envisagée après quelques années de relation et de cohabitation de fait, la plupart du temps à l'occasion de l'achat immobilier ou de la naissance d'un enfant. Sa motivation principale n'est cependant pas la rupture mais la protection en cas de décès, sans les «inconvénients» du mariage, et principalement les inconvénients non juridiques (moindre formalisme, moindre coût, moindre pression sociale) (V. LYSENNS-DANNEBOOM et D. MORTELmans, préc., note 51, p. 89).

²⁰⁷ V. LYSENNS-DANNEBOOM et D. MORTELmans, préc., note 51, p. 96 et 101.

²⁰⁸ Voir à ce sujet: Alain-Laurent VERBEKE, «Gender-ongelijkheid bij zuivere scheiding van goederen. Pleidooi voor een gedwongen en onderhandelde aanpak», (2010) *TEP*, p. 98-117.

En négociation, le rapport de forces permet parfois à l'un des partenaires d'imposer sa décision à l'autre²⁰⁹. Un comble s'agissant d'union amoureuse... Ou rien que du très banal, mais qui doit alors anéantir la portée juridique du choix. On apprend ainsi de l'arrêt *Lola* de la Cour d'appel du Québec que Lola a bien tenté de négocier une convention protectrice, mais s'est heurtée à de mauvaises dispositions, une clause *catch all* qui se passe de commentaires : «En cas d'injustice flagrante, aucun recours en justice ne sera permis»²¹⁰.

Le fait qu'un rapport de forces sépare les partenaires est inhérent à la négociation, même dans un contexte affectif, qui comporte d'autres échanges. Mais quand les sentiments sont trop présents – vice d'amour²¹¹ – ou exacerbés dans une discussion qui se mue en négociation non exprimée, le déséquilibre pourrait n'être même pas ressenti ni compris par celui qui est en demande ou en situation d'infériorité. Les sentiments amoureux peuvent minimiser l'enjeu du statut²¹², tandis que la crainte d'un abandon en cas de rupture (des négociations ou du couple) peut inhiber des demandes légitimes de protection. Objecter que le partenaire qui affronte plus fort que lui dans un «combat» pour une protection future doit le quitter pour éviter l'union libre, donc le choix séparatiste qu'il craint, est extrêmement réducteur et même contraire à l'autonomie des volontés (*supra*, n° 58-61)²¹³.

Rappelons que le statut «par défaut» pour tous les couples qui ne viennent pas à choisir un statut communautaire ou suffisamment protecteur, est la séparation de biens s'ils se marient, ou l'union libre s'ils ne rompent pas leur relation. Dans les deux cas, ils sont relégués au droit commun des obligations. Objectivement (ne prêtions pas aux partenaires de mauvaises intentions), cela place le partenaire (souvent Monsieur) qui s'entrevoit ou se trouve en position «économiquement forte», dans une configuration

²⁰⁹ C. FORDER, et A.-L. VERBEKE, préc., note 39, p. 499.

²¹⁰ *Droit de la famille – 132495*, 2013 QCCA 1586, n° 24.

²¹¹ A.-L. VERBEKE, préc., note 18, p. 5, plaidant pour un nouveau vice de consentement.

²¹² Leur rationalité serait «bounded» : N. DETHLOFF, préc., note 192, p. 86-87.

²¹³ Conférence A. ROY, préc., note 2, p. 281 ; Louise LANGEVIN, «Liberté de choix et protection juridique des conjoints de fait en cas de rupture : difficile exercice de jonglerie», (2009) 54 *R. D. McGill* 710-711 ; V. LYSSSENS-DANNEBOOM et D. MORTELmans, préc., note 51, p. 95. Minimisent l'impact de ce facteur : D. GOUBAU, G. OTIS et D. ROBITAILLE, préc., note 173, 33.

idéale pour négocier à son avantage. Le rôle du système juridique, dans une balance d'intérêts, est au contraire de donner les moyens de neutraliser sa force de négociation pour l'équilibrer à l'autre partie (généralement Madame)²¹⁴. Le pire est que cette situation s'aggrave si Monsieur, sondant le cœur ou les reins de Madame, réalise que l'enjeu du statut n'est pas suffisant pour qu'elle le quitte s'il maintient ses positions. Ce qui est injuste, pour en revenir aux statistiques sur les dommages collaboratifs, et même dolosif si l'on est informé de ces données, c'est que la « force économique » n'est pas liée seulement au travail et aux compétences, mais également au sexe : à travail et compétences égaux, le couple peut occasionner des préjudices cumulés à Madame (vie en couple, collaboration professionnelle, enfants,...), et enrichir Monsieur. Des entretiens semi-directifs ont pu le confirmer : le partenaire qui refuse de formaliser la relation de couple est souvent celui qui subira le moins de dommages en cas de rupture.

76. Tout cela invite à sortir le consentement au contrat de mariage de la sphère du droit commun des contrats et des obligations. En droit commun l'équilibre des négociations est postulé par le législateur, même si ce n'est pas le cas dans de nombreuses situations de la vie des affaires²¹⁵. De plus, les contrats de droit commun véhiculent des échanges économiques immédiats, palpables et en principe réciproques²¹⁶. Par ailleurs le facteur-temps n'agit pas sur ces contrats comme en couple. Enfin, la relativité des contrats (art. 1165 C.civ.) contraste singulièrement avec les chocs patrimoniaux donnés au couple et/ou à son économie par de nombreux *alii* : les enfants, des parents en demande de soins, des créanciers, etc...

Paraphrasant la juge L'Heureux-Dubé dans son opinion dissidente devenue célèbre²¹⁷, Lola connaît avec certitude le prix de sa coloration capillaire orange, et pourra choisir d'y ajouter ou non un reflet d'argent, mais elle ignore tout de sa vie future avec Manni et ne pourra rien convenir avec lui qui garantisse un futur sans tracas ; après cette métaphore la juge conclut : « Beaucoup de partenaires non mariés ne choisissent pas de cohabiter

²¹⁴ Nous trouvons là, soit dit au passage, une raison de soustraire le contrat de séparation de biens au droit commun des contrats dont on a vu qu'il postulait cette égalité.

²¹⁵ P. VAN OMMESLAGHE, préc., note 100, p. 202-243, n^os 105-129.

²¹⁶ N. DETHLOFF, préc., note 192, p. 85.

²¹⁷ *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, par. 147.

ou de demeurer non mariés pour éviter les conséquences juridiques du mariage».

C. Remèdes

77. L'examen des facteurs déterminant le choix du statut ou d'un contrat séparatiste nous convainc de ne plus lier à ce choix les partenaires préjudicier par un dommage collaboratif sauf s'il est prouvé qu'ils ont accepté cette éventualité en connaissance de cause.

De lege lata, et tant que se maintient une certaine préférence pour les valeurs fondamentales du droit commun des contrats (art. 1134 C.civ.), c'est sur la qualité de la volonté et l'éclairage du consentement du partenaire économiquement faible (ou voué à l'être) qu'il faut se rabattre. Il faut apprécier cette volonté et cet éclairage avec un doute raisonnable.

La question se pose en ces termes – elle est rhétorique : *Tel partenaire qui se plaint en liquidation d'un dommage collaboratif lié au statut de son couple a-t-il consenti à cette conséquence du statut en exprimant une volonté claire, bien conscient du fait qu'il pouvait s'appauvrir et enrichir son partenaire dans les circonstances qui ont créé ce dommage ?*

78. Si l'on insiste pour que le droit des obligations et des contrats régisse les relations de couples non communs en biens²¹⁸, lui qui se préoccupe bien plus des consommateurs par exemple²¹⁹, il faudra, à notre avis, assouplir les conditions de certaines institutions ou élargir leur champ d'application²²⁰.

Nous songeons notamment à l'enrichissement sans cause (assouplissement entamé – voir ci-après les propositions de présomptions) ou à l'effet

²¹⁸ Pour les époux séparatistes, nous prônons l'application complétiue du régime légal (art. 1390 C.civ.), *mutatis mutandis*, à l'exception des dispositions communautarisant automatiquement les biens et les dettes. Ainsi pourrait s'appliquer le mécanisme des récompenses aux mouvements de patrimoine ou de valeurs (Y.-H. LELEU, préc., note 115, p. 239 et suiv., spéc. n^os 14-18 ; cette thèse est cependant controversée).

²¹⁹ Pour une telle comparaison, avec indignation : A.-L. VERBEKE, préc., note 31, p. 483.

²²⁰ Dans le même sens, *Droit de la famille – 132495*, 2013 QCCA 1586, n^o 40 et 41.

modérateur de la bonne foi (développement à initier)²²¹, aux vices du consentement (erreur, dol, amour²²²), à la théorie de la lésion qualifiée (abus de faiblesse le jour du choix) ou encore à la théorie de l'imprévision (déséquilibre ultérieur entre les « prestations »).

De telles solutions sont judiciaires et présentent des coûts non négligeables, donc un risque de discrimination face à l'inégalité d'accès à la justice : le temps du procès renforce le conjoint économiquement fort ; les dépenses en frais de justice profitent aux litigateurs sans autre raison objective que la carence du système juridique ; de nombreux demandeurs de protection éprouvent un sentiment d'abandon par le système judiciaire, et y assimilent le système juridique dans son ensemble, en lequel la confiance s'étiole.

N. Dethloff prône un contrôle judiciaire *a posteriori* pour rééquilibrer le contrat si la relation patrimoniale se déséquilibre en cours de mariage, comme il arrive souvent²²³. Ce ne serait rien d'autre qu'une adaptation de la théorie de l'imprévision contractuelle, aménagée pour servir les intérêts des familles. Selon cet auteur, seule l'absence de déséquilibres, non voulus, au sein du couple, légitime un « choix » de régime matrimonial sans intervention judiciaire correctrice, légitime l'application du principe de la convention-loi²²⁴.

De lege lata, le juge nous semble définitivement autorisé à rejeter la thèse selon laquelle le contrat ou certaines de ses clauses sont une « cause » d'enrichissement (*supra*, n° 37). Dans ce mouvement, la jurisprudence belge pourrait s'inspirer de la jurisprudence canadienne, tant de *common law* que

²²¹ Prôné par un auteur plus restrictif quant à l'enrichissement sans cause : Alain-Laurent VERBEKE, *Goederenverdeling bij echtscheiding*, Anvers, Maklu, 1994, p. 355-357, n° 235-236 et p. 363-372, n° 239-240.

²²² Amour-passion, amour-déraison, trop-d'amour, amour-asservi, ... En ce sens, en plaidoyer : A.-L. VERBEKE, préc., note 31, p. 481 citant Charles FRIED, *Contract as Promise*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 58-59 et 92-102.

²²³ Alain-Laurent VERBEKE et Caroline FORDER sont également d'avis qu'en cas de choix éclairé pour un régime séparatiste, l'argument de l'autonomie de la volonté et du choix ne peut néanmoins valoir que *rebus sic standibus*, dans les premières années du mariage (A.-L. VERBEKE et C. FORDER, préc., note 39, p. 550, n° 88).

²²⁴ N. DETHLOFF, préc., note 192, p. 90-91.

de droit civil au Québec, qui sur des règles (fonctionnellement) équivalentes a su détacher l'enrichissement injustifié entre partenaires de la théorie générale des obligations en interprétant ses conditions à la lumière des spécificités du couple (sans que cela n'affecte la « sécurité juridique », vu la théorie du précédent) :

- présomption de causalité entre l'enrichissement et l'appauvrissement²²⁵ ;
- présomption d'absence de cause en cas d'enrichissement/appauvrissement dans une relation de couple de longue durée²²⁶ ;
- référence à la valeur accumulée pour évaluer l'indemnité²²⁷ ;

Le pas supplémentaire, non franchi en jurisprudence ni suggéré par la doctrine belge, serait d'accueillir une *action en nullité pour erreur de droit*²²⁸ de certaines clauses du contrat-type, si le consentement n'est pas prouvé intégrer en ce qui les concerne, une preuve à rapporter par le conjoint enrichi s'il s'en prévaut. Une solution non seulement équitable mais juridique est écarter toute clauses douteuses quant à son acceptation consciente (p. ex. présomption de règlement journalier des comptes), au terme d'une anamnèse ou expertise approfondie de la volonté commune de chaque époux au jour du contrat. Dans les cas extrêmes où un dol aurait été commis, l'ouverture de l'action en nullité ne fait aucun doute.

Quant aux propositions développées ci-dessus de renverser la charge de la preuve de l'enrichissement et de l'absence de cause dans l'action *de*

²²⁵ *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980

²²⁶ *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980

²²⁷ *Kerr v. Baranow* 2011 CSC 10. Déjà en ce sens, à notre avis : Cass., 27 septembre 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 46, note D. PIGNOLET (motifs), *J.T.*, 2012, p. 763, note Y.-H. LELEU et 2013, p. 399, note, *J.L.M.B.*, 2013, p. 377, *Pas.*, 2012, p. 1746, concl. A. HENKES, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 512 et 514, note M. VAN MOLLE.

²²⁸ Nous n'entreprenons pas, à ce stade, d'approfondir cette question et, notamment, de distinguer si ce remède, pour être efficace, doit être orienté vers l'*erreur-obstacle* (absence de rencontre des consentements sur la question non entrée dans le champ contractuel de l'indemnisation des dommages collaboratifs) ou vers l'*erreur substantielle* (affectant un élément qui a déterminé principalement les parties à contracter et sans lequel le contrat n'aurait pas été conclu). Nous penchons néanmoins pour la seconde. Pour plus de détails sur ces distinctions, voir : p. VAN OMMESLAGHE, préc., note 100, p. 251-268, n^os 135-148-2.

in rem verso, elles ne nous semblent pas audacieuses ni disproportionnées au regard de leur efficacité pour l'appauvri. La preuve par l'appauvri qu'il n'a pas consenti à son régime patrimonial ou à une clause du contrat de mariage est négative, donc «diabolique», tandis que l'enrichi possède l'historique de la croissance de son patrimoine, en général.

*
* * *

79. Concluons avec Benoît Moore : «L'apparition du caractère formaliste du mariage a été étroitement liée au rôle que l'on a donné, à travers l'histoire, au mariage comme institution sociale. Ce formalisme entendait protéger l'institution même du mariage. À partir du moment où la loi n'a plus l'objectif de protéger l'institution même du mariage, pour des fins de stabilité sociale et de préservations des lignées filiales, mais bien celui de protéger les individus dans le mariage à l'encontre de la vulnérabilité économique qui peut naître de l'interdépendance économique, la conception formaliste perd de son sens. La formalisation de l'union était l'essence même de la loi à l'égard du mariage et de la famille ; elle le définissait, le matérialisait. Il découlait ontologiquement de l'objectif de protection du mariage au nom de la famille de faire une distinction entre le mariage et les autres types de relations conjugales. Mais cette formalité n'est plus maintenant qu'un artefact dont le rôle est au mieux neutre, au pire contre-productif. Le fondement de la politique familialiste aujourd'hui se situe dans les effets de l'union, dans la protection des membres de la famille plutôt que dans le corps familial. Le critère d'application de la loi doit en tenir compte sans quoi la législation rate sa cible en ne protégeant qu'une partie, de plus en plus marginale, des membres, affectant ainsi sa cohérence et, surtout, son efficience»²²⁹.

Notre opinion est très proche, après l'examen des préjuges liés aux couples et aux collaborations bénévoles, et des nombreux facteurs qui guident le choix des statuts indemnisan, ou pas, ces préjuges. Ces facteurs ne sont pas convergents vers le choix ni vers le rejet délibéré et éclairé de la protection du partenaire économiquement faible. Au contraire, les vecteurs de décision et de négociation avantagent plutôt le partenaire déjà

²²⁹ B. MOORE, préc., note 177, p. 102.

économiquement fort, ou voué à l'être, souvent les hommes, dans nos sociétés pourtant égalitaires.

L'espace dans lequel se déploient les protections du couple est trop large et confus pour le citoyen non avisé. Il va du mariage en communauté universelle à l'union libre sans conventions en passant par la chimère de la cohabitation légale. Pire, il se contracte inéluctablement vers l'union libre, le choix par défaut, le moins bon des non-choix, l'absence de toute protection. L'union libre sort paradoxalement renforcée de l'absence de réglementation. Cela est inacceptable, alors qu'est discutée l'opportunité de tempérer ses conséquences appauvrissantes.

Cette situation ne résulte plus actuellement d'une volonté ou d'un désintérêt du législateur, mais d'une inertie à rompre avec un passé de discrimination des couples non mariés, dont on peut d'ailleurs affirmer qu'elle fut une option prise sans imaginer qu'un jour ces couples seraient majoritaires. Cela vaut tout autant pour le régime de la séparation de biens que l'on s'obstine à laisser régi par le droit commun dans le champ des lacunes du contrat²³⁰. Le législateur doit donc, à notre avis, inverser ces tendances et réglementer, pour tous les couples, la réparation des préjudices liés à la vie commune et aux collaborations qui s'y nouent. On ne voit pas pourquoi, ayant choisi de protéger les époux quand le mariage était majoritaire, il n'actualiserait pas ce choix pour couples non mariés qui deviennent prédominants. Le respect du choix des parties n'est pas un motif suffisant pour s'y soustraire.

L'alternative consistant à trouver le critère de la protection dans la présence ou l'absence d'enfants, prônée par une doctrine québécoise avant l'arrêt *Lola*²³¹, est séduisante et réaliste – les enfants maintiennent des couples, parfois dans leur régime destructeur de valeur – mais ne serait pas entièrement satisfaisante si elle écartait tous les couples sans enfants. Elle fait judicieusement primer le réel sur le contractuel, les actes sur les choix. Elle concilie l'autonomie de la volonté avec les intérêts des partenaires « particulièrement » faibles que peuvent être les femmes avec enfant(s), comme

²³⁰ Ce qui, selon nous, va à l'encontre de l'article 1390 du Code civil : Y.-H. LELEU, préc., note 115, p. 239 et suiv.

²³¹ D. GOUBAU, G. OTIS et D. ROBITAILLE, préc., note 173, 3, 7-8 et 37-38 ; A. ROY, préc., note 2, p. 302-306. *Contra* : L. LANGEVIN, préc., note 213, p. 712

on l'a constaté plus haut. Elle pourrait cependant discriminer des femmes sans enfants dont les préjugés patrimoniaux, répétons-le encore, dépendent plus de la vie en couple que des choix initiaux, mais aussi d'une certaine logique du marché du travail, liée au sexe plus qu'à la parenté.

