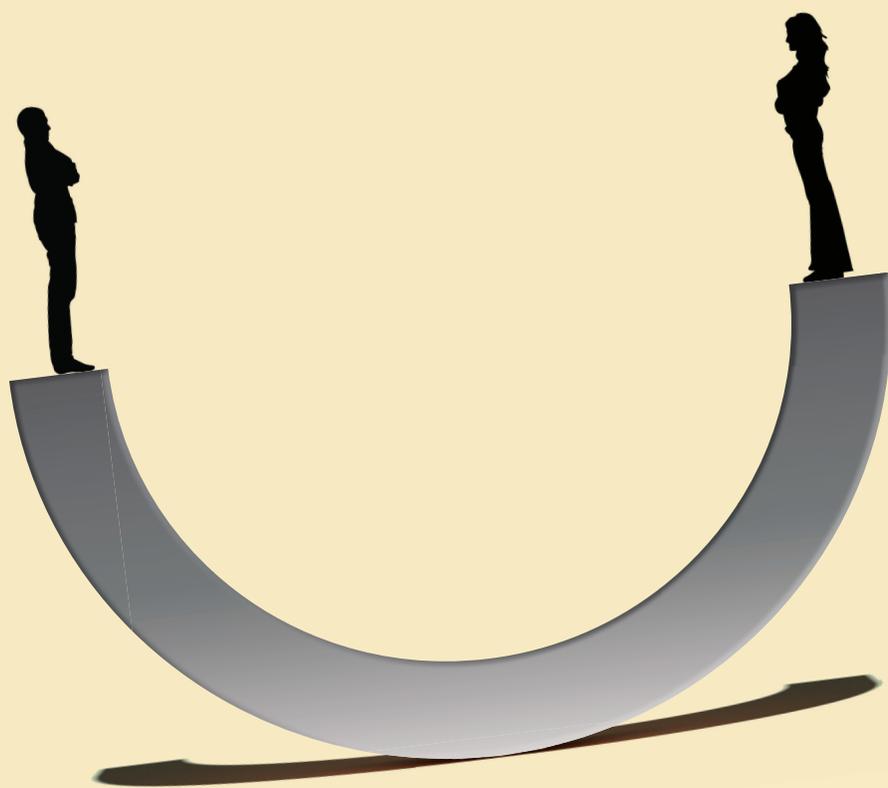


La transmission genrée du capital familial

Étude juridique et empirique pour l'Institut
pour l'égalité des femmes et des hommes

Yves-Henri Leleu, Elisabeth Alofs, Chloé Harmel et Michel Peters



LA TRANSMISSION GENRÉE DU CAPITAL FAMILIAL

La transmission genrée du capital familial

Yves-Henri LELEU
Elisabeth ALOFS
Chloé HARMEL
Michel PETERS



LARCIER
INTERSENTIA

Antwerpen – Gent – Cambridge

La transmission genrée du capital familial
Yves-Henri Leleu, Elisabeth Alofs,
Chloé Harmel et Michel Peters

© 2024 Lefebvre Sarrut Belgium NV
Hoogstraat 139/6 – 1000 Brussel

ISBN 978-28-079-4365-0
D/2024/0031/073
NUR 822
Gedrukt in de Europese Unie



Verantwoordelijke uitgever: Paul-Etienne Pimont, Lefebvre Sarrut Belgium NV
Lay-out: Crius Group, Hulshout
Omslagontwerp: Danny Juchtmans / www.dsigngraphics.be

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veeveelvoudigd, opgesla-
gen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op
enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere
manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Ondanks alle aan de samenstelling van de tekst bestede zorg, kunnen noch de auteurs
noch de uitgever aansprakelijkheid aanvaarden voor eventuele schade die zou kunnen
voortvloeiën uit enige fout die in deze uitgave zou kunnen voorkomen.

Dit boek is eveneens digitaal beschikbaar op www.stradalex.com.

INTRODUCTION

1. En octobre 2022, l'Université de Liège (ULiège) et la Vrije Universiteit Brussel (VUB) se sont vues attribuer un marché public lancé par l'**Institut pour l'égalité des femmes et des hommes**, à l'initiative de la secrétaire d'État à l'Égalité des genres, à l'Égalité des chances et à la Diversité, pour effectuer la présente étude sur la **transmission genrée du patrimoine** en cas de cohabitation légale, mariage, divorce et décès en Belgique.

Ce rapport est l'aboutissement de cette étude et se présente en quatre chapitres. Après une présentation de l'étude (**Chapitre 1**), une partie théorique est développée, comprenant notamment l'état de l'art socio-économique et juridique (**Chapitre 2**). Cette étude comprend également un important volet empirique (**Chapitre 3**). De manière anonyme, de nombreux praticiens et praticiennes (barreau, notariat, magistrature) ont accepté de partager leurs pratiques professionnelles sur le sujet, à l'occasion d'entretiens ou en répondant par écrit à des questionnaires. Enfin, le rapport se clôture par des conclusions et une série de recommandations (**Chapitre 4**).

CHAPITRE 1

PRÉSENTATION DE L'ÉTUDE

2. Ce chapitre dédié à la présentation de l'étude est constitué des sections suivantes : les objectifs de l'étude (Section 1), l'équipe de recherche (Section 2), la nature et la structure de l'étude (Section 3), et la méthodologie de la recherche empirique (Section 4).

SECTION 1. OBJECTIFS

3. Cette étude est motivée par le fait que le caractère genré de la transmission du patrimoine n'a pas encore été étudié en Belgique, au contraire de l'écart salarial et de l'impact des séparations de couple sur le niveau de vie des femmes.

4. Un préalable incontournable à toute analyse exhaustive et réaliste de la matière tient à l'établissement d'une statistique relative aux patrimoines individuels, en particulier ceux des femmes en comparaison avec ceux des hommes au sein des couples. Cette statistique est inexistante en Belgique. Par ailleurs, l'unité de référence qu'est le ménage – retenue dans la plupart des recherches sur les inégalités de revenus – ne rend pas compte de l'individualisation, et donc de la disparité, des revenus et des patrimoines au sein du couple. Or ce phénomène d'individualisation (des revenus et des patrimoines) rencontré par de plus en plus de couples, à cause de la désaffection pour le mariage et du succès insuffisant des mécanismes contractuels de solidarité patrimoniale, contribue aux inégalités de genre en couple. De nombreuses publications émanant tant du monde scientifique que de la société civile, en particulier les associations féministes, abondent en ce sens (*infra*, n° 22).

5. À défaut de tels chiffres en Belgique, il apparaît néanmoins pertinent d'analyser les pratiques professionnelles qui accompagnent les couples à tous les stades clés de cette vie de famille (mariage, constitution d'une société, achat d'un bien immobilier, séparation, succession...) afin de questionner leurs réactions et marges de manœuvre face aux biais de genre charriés, d'un côté, par des modes de vie et préférences assez traditionnels quoique présentés comme égalitaires et, de l'autre côté, par des dispositifs juridiques de solidarité patrimoniale (p. ex. régime de communauté), formellement neutres sur le plan du genre mais dont la

mise en œuvre bénéficie plus à ceux qui ont les moyens de conserver, entretenir et faire fructifier le patrimoine. Une corrélation sera également recherchée entre l'écart salarial et l'écart patrimonial. Un cercle vicieux est susceptible d'enfermer celles qui, faute de revenus égaux ou suffisants, ont moins de chances de se faire attribuer les « biens-clés » du patrimoine (entendus comme les biens aptes à garder leur valeur ou à accroître le patrimoine, p. ex. immeubles, commerces, sociétés) même lorsque la loi prévoit des mécanismes visant à assurer la solidarité et l'égalité (communauté entre époux, réserve héréditaire...). Cela pourrait se vérifier lors des séparations de couple comme lors des pactes successoraux, en partie à cause de biais de genre présents dans les familles (faveur pour l'aîné masculin), mais aussi dans les professions juridiques (recherche du bon repreneur, comptabilité dite inversée ajustant les évaluations aux attributions, proximité culturelle des professionnels avec les propriétaires de biens-clés...). Cela pourrait se vérifier aussi dans les procédures alimentaires (stéréotypes envers le travail non rémunéré et les demandes alimentaires, comptabilité inversée ajustant la pension au disponible du débiteur, *infra*, n° 60).

6. Sous un angle juridique et avec une approche empirique, l'ambition de la présente étude est de vérifier si la mise en œuvre des différents outils juridiques de transmission du patrimoine¹ a un effet différencié sur les hommes et sur les femmes (y compris en induisant des biais de genre dans les pratiques professionnelles) et, de ce fait, est susceptible de contribuer à un écart patrimonial entre hommes et femmes.

Les objectifs de l'étude sont donc de divers ordres. Il s'agit d'abord d'identifier de potentielles inadéquations du cadre juridique quant à cet écart économique existant entre hommes et femmes en couple. Le cadre juridique est entendu au sens large : cela vise l'ensemble des procédures applicables et/ou les dispositifs mobilisés sur le terrain. Il s'agit ensuite de formuler des recommandations générales et particulières quant à l'aménagement éventuel de ce cadre juridique.

SECTION 2. ÉQUIPE

7. Cette étude est dirigée par le professeur **Yves-Henri Leleu** (ULiège) et la professeure **Elisabeth Alofs** (VUB), et co-réalisée (pour la partie empirique) par

¹ La présente étude ne vise que les dispositifs de droit civil, même si le volet empirique aborde très marginalement certains impacts de ces dispositifs sur le plan fiscal. Les dispositions, procédures et pratiques professionnelles évoquées de même que les recommandations formulées dans cette étude ont trait à la sphère du droit civil à l'exclusion du droit social et/ou des droits sociaux au sens large.

Chloé Harmel (doctorante FNRS-FRESH à l'Université UCLouvain Saint-Louis Bruxelles), en tant que chercheuse principale.

À l'Université de Liège (ULiège), le professeur Yves-Henri Leleu est assisté d'une équipe composée de **Michel Peters** (assistant à la faculté de droit) et **Julie Colemans** (logisticienne de recherche).

À la Vrije Universiteit Brussel (VUB), la professeure Elisabeth Alofs est assistée d'une équipe composée de **Sofie De Bus** (docteure en criminologie et doctorante en droit), **Anne-Sophie Vandebosch** (doctorante en droit), **Yana Denayer** (étudiante-chercheuse) et **Melody Nele** (étudiante-chercheuse).

8. L'équipe principale est complétée par un comité d'orientation composé de deux membres qui apporteront leur expertise professionnelle et/ou académique à la partie empirique de l'étude. Ce comité d'orientation est composé des professeurs **Diane Bernard** (Université UCLouvain Saint-Louis Bruxelles) et **Barbara Truffin** (Université libre de Bruxelles).

En leur qualité de co-promotrices de la thèse entamée en janvier 2023 par Chloé Harmel, elles sont sollicitées dans le cadre de cette étude pour leurs expertises respectives, en matière d'approche de genre et de recherche empirique en droit.

SECTION 3. NATURE ET STRUCTURE DE L'ÉTUDE

9. Cette étude est une **recherche juridique et empirique**. Elle s'organise en deux volets, théorique (**Chapitre 2**) et empirique (**Chapitre 3**), avant de faire place à diverses recommandations (**Chapitre 4**).

Le **volet théorique (Chapitre 2)** consiste en une analyse des dispositifs juridiques (et leurs limites) à l'œuvre en droit belge au départ de la littérature scientifique pertinente d'une part, et des statistiques existantes sur les différents statuts préférés par les couples d'autre part.

Ce volet théorique est déployé en trois parties. Une première section porte sur l'approche socio-économique des inégalités de genre dans la sphère familiale (**Section 1**) tandis qu'une deuxième section est consacrée à une approche socio-ethnographique des inégalités de genre dans le couple et les familles au départ d'une étude empirique française qui constate l'impact des règles de droit et des pratiques professionnelles sur l'écart patrimonial² (**Section 2**). Les mécanismes juridiques portant sur la transmission du patrimoine en couple sont ensuite abordés à travers un état de l'art plus traditionnel, en droit belge et avec un regard sur le cadre juridique en France et aux Pays-Bas (**Section 3**). Cette troisième section contient un état de l'art et reprend les règles relatives à l'établissement,

² C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, 326 p.

à la répartition, et à la transmission du patrimoine des couples selon le statut juridique (mariés, cohabitants légaux, cohabitants de fait). Élaboré suivant une méthode d'analyse juridique classique, cet état de l'art est par ailleurs assorti de statistiques sur les statuts et les usages des couples. Ces statistiques proviennent de Statbel, de la Fédération du Notariat mais également d'études menées par l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes (données SILC 2010) ou d'instituts de recherche tels que l'IWEPS ou le centre DULBEA.

Le volet **empirique (Chapitre 3)** de l'étude consiste en une récolte et une analyse de données de terrain recueillies auprès des professionnels et des professionnelles du droit en matière familiale quant à leurs pratiques dans le cadre juridique actuel, et plus spécifiquement au moment de mettre en œuvre les différents dispositifs juridiques visés par l'étude.

Les personnes approchées dans le cadre de l'enquête proviennent des **trois grands mondes juridiques** : le notariat, le barreau et la magistrature, côtoyant les couples à l'occasion des temps forts de leur vie conjugale (formalisation de l'union, séparation ou divorce, planification de la succession ou décès).

Les témoignages sont restitués par extraits à travers **onze thèmes, répartis en trois parties** : le statut conjugal et patrimonial des couples (**Section 1**), la séparation et le divorce (**Section 2**) et le sort du patrimoine en cas de décès (**Section 3**).

Les recommandations (**Chapitre 4**) qui ponctuent l'étude sont de trois ordres, elles portent sur des règles de droit civil (**Section 1**), des pratiques notariales (**Section 2**) et des pratiques judiciaires (**Section 3**).

Le Chapitre 2 sur l'état de l'art a été rédigé par Yves-Henri Leleu, Michel Peters et Elisabeth Alofs. Le Chapitre 4 contenant les recommandations a été rédigé par Yves-Henri Leleu et Elisabeth Alofs. Ces deux chapitres n'engagent ni l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes ni Chloé Harmel, l'autrice de l'étude empirique présentée au Chapitre 3.

SECTION 4. MÉTHODOLOGIE DE LA RECHERCHE EMPIRIQUE

A. DISPOSITIF MÉTHODOLOGIQUE

9-1. Les données empiriques récoltées dans le cadre de cette étude sont les **témoignages des acteurs et actrices de terrain**.

Leurs discours ont été recueillis par le biais d'**entretiens** menés par la chercheuse principale, Chloé Harmel (seule pour les témoignages francophones et avec la collaboration de l'équipe de la VUB pour les témoignages néerlandophones), ainsi que par le biais de **réponses écrites aux questionnaires** adressés aux personnes sollicitées selon leur préférence.

À cet effet, trois **questionnaires qualitatifs** (en français et en néerlandais) adaptés aux trois catégories professionnelles ont été mis au point par l'équipe de

recherche (*infra*, Annexes 2 à 4). Composés de questions ouvertes, ceux-ci ont servi de guides d'entretien ou ont été complétés par écrit par les participants et les participantes. Ces questionnaires portaient sur les pratiques professionnelles respectives et invitaient les témoins, plus singulièrement, à partager leurs avis sur les dispositifs juridiques de transmission du patrimoine, mais également leurs expériences concernant les réactions potentiellement différenciées des femmes et des hommes en couple quant à l'appréhension et la mobilisation de ces différents dispositifs. Les répondantes et répondants étaient également interrogés sur les effets – éventuellement différenciés pour les femmes et les hommes – des mécanismes ou procédures évoqués.

Les onze thèmes développés dans le Chapitre 3 du présent rapport ont été élaborés à partir des données récoltées au moyen de ces questionnaires et entretiens. Il s'agit de rendre compte de la parole des professionnels concernant les différents outils juridiques à disposition des couples pour penser et organiser la transmission de leur patrimoine (en ce compris l'accumulation, la répartition et la circulation de ce patrimoine) mais aussi concernant la dimension genrée éventuelle de ces outils de leur application dans les pratiques de terrain.

B. DIFFUSION

10. L'étude, dont la participation était anonyme, a fait l'objet d'un appel à contribution à portée générale (1), mais également d'appels à contributions ciblées (2) auprès des trois catégories pertinentes : le notariat, le barreau et la magistrature.

1. Appel à contribution à portée générale

10-1. Des **appels à contributions** ont été lancés via les canaux suivants :

- communication du professeur Yves-Henri Leleu à l'occasion d'un colloque des *Chroniques notariales* réunissant plus de 400 notaires (octobre 2022) ;
- sollicitations d'avocats et de magistrats via l'Association Famille et Droit et son homologue flamand, Vereniging voor Familierecht ;
- présentation de l'étude par la professeure Elisabeth Alofs et la chercheuse Chloé Harmel lors d'une réunion plénière (hybride en présentiel et en ligne) du Comité d'Études et de Législation de Fednot (janvier 2023) ;
- communication par e-mail avec transfert des questionnaires néerlandais et français à tous-tes les membres du Comité d'Études et de Législation de la Fednot, en concertation avec le notaire honoraire Aloïs Van den Bossche (mars 2023) ;
- posts sur les pages LinkedIn et Facebook des départements de recherche respectifs et des directions de la recherche (ULiège et VUB), regroupant plus de 1000 followers (mars 2023) ;

- relais dans les bulletins d'information de la Faculté de Droit et de Criminologie de la Vrije Universiteit Brussel et de la Faculté de Droit, de Science politique et de Criminologie de l'Université de Liège (mars 2023) ;
- communication de la professeure Elisabeth Alofs à l'occasion d'un séminaire réunissant une vingtaine de notaires et avocats en droit de la famille sur le thème de la liquidation-partage après une séparation (mars 2023) ;
- communication du professeur Yves-Henri Leleu lors du Colloque annuel de la Conférence Libre du Jeune Barreau de Liège, consacré au nouveau Code civil, réunissant plusieurs centaines d'avocats et avocates (mars 2023) ;
- communication aux quelques 150 participants néerlandophones (dont une majorité de notaires et d'avocats en droit de la famille) de la Chaire Gommaar Van Oosterwyck 2023 (avril 2023).

2. *Appels à participation ciblés*

11. La diffusion des appels à participation et la tenue des entretiens, se sont faites en deux temps : une première phase avec les répondants francophones (janvier-mars 2023) et une seconde phase avec les néerlandophones (mars-mai 2023).

En l'absence de bases de données publiques relatives aux contacts des professionnels (notaires, avocats ou magistrats), l'équipe de recherche a constitué les listes des contacts sur la base des réseaux professionnels respectifs.

12. Des appels à participation à l'étude (par entretien ou par écrit), avec le questionnaire en pièce jointe, ont été adressés par e-mail aux **notaires** en plusieurs temps :

- **864 notaires francophones** en janvier 2023 (liste en mobilisant les réseaux professionnels respectifs et des sélections aléatoires sur le répertoire en ligne du site Notaire.be) ;
- **289 notaires néerlandophones** en mars-avril 2023 (liste en mobilisant les réseaux professionnels respectifs et des sélections aléatoires sur le répertoire en ligne du site Notaris.be).

13. Des appels à participation à l'étude (par entretien ou par écrit), avec le questionnaire en pièce jointe, ont été adressés par e-mail aux **avocates et avocats** en plusieurs temps :

- **1797 avocats francophones** en janvier 2023 (liste constituée en collectant les adresses e-mails référencées par matières droit de la famille et droit patrimonial de la famille sur le répertoire en ligne du site internet Avocats.be) et 186 avocats via un groupe WhatsApp informel de praticiennes et praticiens familialistes du barreau de Bruxelles ;

- 1172 **avocats néerlandophones** en mars 2023 (liste constituée en collectant les adresses e-mails référencées par matières droit de la famille et droit patrimonial de la famille sur le répertoire en ligne du site internet Advocaat.be).
14. Des appels à participation à l'étude (par entretien ou par écrit), avec le questionnaire en pièce jointe, ont été adressés aux **magistrates et magistrats** en plusieurs temps :
- **85 francophones** début février 2023 (liste constituée en mobilisant les réseaux professionnels respectifs et se compose de juges exerçant dans les tribunaux de la famille [1^{re} instance] de Bruxelles [francophone], Eupen, Luxembourg, Hainaut [Charleroi, Mons, Tournai], Brabant wallon, Liège, Namur) et **16 francophones** fin février 2023 (liste contenant essentiellement des personnes exerçant dans les Cours d'appel à Bruxelles, Liège et Mons) ;
 - **65 néerlandophones** en mars 2023 (liste constituée en mobilisant les réseaux professionnels respectifs et se compose de juges exerçant dans les tribunaux de la famille [1^{re} instance] de Bruxelles [néerlandophone], Flandre orientale, Flandre occidentale, Anvers, Brabant flamand et Limbourg).

C. PROFIL DES PARTICIPANTS

15. Toutes professions confondues, les participants à l'étude, par entretien ou par écrit, s'élèvent au nombre de 86. Leur répartition par catégorie professionnelle, par langue et par mode de réponse est présentée ci-dessous.

	Francophones		Néerlandophones		Total		TOTAL
	Entretiens	Réponses écrites	Entretiens	Réponses écrites	Entretiens	Réponses écrites	
Notariat	14	1	5	9	19	10	29
Barreau	18	11	6	7	24	18	42
Magistrature	4	2	5	4	9	6	15
<i>Total des trois catégories professionnelles</i>	36	14	16	20	52	34	86
TOTAL	50		36		86		

L'équipe de recherche n'a pas procédé à des sélections sur la base du profil des personnes qui ont répondu mais a pu constater une diversité, en termes d'expérience professionnelle, de profil de clientèle et également de genre. À cet égard, l'équipe de recherche a relevé qu'une majorité de femmes a pris part à l'étude puisque sur le 86 répondants, il y avait 50 femmes et 36 hommes.

Par ailleurs, l'équipe de recherche observe que le nombre de répondants par catégorie professionnelle (notariat, barreau, magistrature) semble proportionnel aux nombres de professionnels exerçant dans chacune de ces catégories.

D. TRAITEMENT DES DONNÉES RECUEILLIES

16. Les données empiriques récoltées dans le cadre de cette étude sont les **témoignages des professionnels**.

Leur discours a été recueilli par le biais d'**entretiens** menés par la chercheuse principale Chloé Harmel (seule pour les répondants francophones et avec la collaboration de l'équipe des chercheuses de la VUB pour les répondants néerlandophones), et par le biais de **réponses écrites** aux questionnaires adressés aux professionnels.

Les entretiens étaient généralement individuels mais certaines personnes ont préféré répondre collectivement : entre 2 et 4 personnes, associés dans un cabinet ou collègues, ont pu prendre part à l'entretien ensemble.

La durée des entretiens variait selon la disponibilité personnelle, de 50 minutes à 90 minutes. Sous réserve de l'accord préalable des participants et participantes, avant de commencer l'entretien, la discussion était **enregistrée et transcrite**.

Au total, l'enquête de terrain a permis de récolter des données correspondant à près de **3000 pages de documents**.

17. L'ensemble des données récoltées par le biais des enquêtes écrites et orales a été anonymisé. Afin d'anonymiser les identités, chaque document contenant une réponse (écrite ou transcrite) s'est vu attribuer un **code** correspondant aux données suivantes :

1. Communauté linguistique	2. Forme de la réponse	3. Profession	4. Genre	5. Numéro d'attribution selon la communauté linguistique, la forme de la réponse et la profession
F (Francophone) N (Néerlandophone)	E (Entretien) Q (Questionnaire)	A (Avocat) M (Magistrat) N (Notaire)	F (Femme) H (Homme)	1, 2, 3, etc.

À titre d'exemple, les réponses d'une femme notaire francophone qui est la deuxième à avoir répondu au questionnaire destiné aux notaires sont référencées sous le code « FQNF2 », soit : F (Francophone), Q (Questionnaire), N (Notaire), F (Femme), 2 (deuxième répondante parmi les notaires francophones ayant rempli le questionnaire destiné aux notaires)

Autre exemple, le document reprenant la transcription du premier entretien avec un homme magistrat néerlandophone est codé comme suit : NEMHI, ce qui correspond à N (Néerlandophone), E (Entretien), M (Magistrat), H (Homme), I (1^{er} répondant parmi les magistrats ou magistrates néerlandophones ayant participé aux entretiens)

Si des entretiens ont été menés en présence de plusieurs professionnels, la quatrième catégorie reprend autant de lettres que de participants, selon leur genre. Ainsi, la transcription d'un entretien qui s'est tenu en présence de deux avocates francophones a été référencée sous le code «FEAFF15», le double F servant à identifier l'intervention de deux femmes.

Les résultats de l'enquête ont été analysés manuellement, c'est-à-dire sans utilisation de logiciel d'analyse qualitative.

E. LIMITES

18. Malgré la grande quantité de données récoltées, les résultats de nos enquêtes présentent des **limites de plusieurs ordres**.

19. Les **délais restreints** de récolte et de traitement des données n'ont tout d'abord pas permis à l'équipe de recherche d'assurer une véritable maîtrise quant à la **représentativité** des personnes qui ont répondu (catégories professionnelles, critère de genre, ancienneté/années d'expérience professionnelle, matière préférentielle pour les avocats et type de clientèle pour les notaires et avocats...). Plus précisément, aucune sélection n'a été opérée parmi les personnes disposées à participer : celles qui se sont manifestés ont toutes été entendues. Au vu du caractère innovant de la recherche, l'équipe de recherche a estimé précieux tous les témoignages. Par ailleurs, si l'équipe de recherche s'est efforcée d'atteindre, autant que possible, la **saturation** des données au cours de l'enquête de terrain, celle-ci n'a pu être constatée et acquise sur tous les sujets soumis aux professionnels.

20. Ensuite, l'équipe de recherche a tenté de conserver un **équilibre linguistique** dans ses travaux, réflexions et résultats mais observe que la chercheuse principale étant francophone, les développements du volet empirique ont été plus étayés des entretiens en français que des entretiens en néerlandais.

21. Un autre type de limites a trait à la **nature même de cette recherche** : une recherche qualitative par questionnaires et entretiens.

À cet égard, il faut noter qu'en dépit du nombre élevé de réponses favorables, l'invitation à participer à l'étude a également donné lieu à l'une ou l'autre réaction plus critique, tantôt quant au sujet de l'étude, tantôt quant à l'écriture inclusive utilisée.

Malgré la forme ouverte de nombreuses questions, les données récoltées par réponses écrites aux questionnaires étaient généralement moins développées que les données récoltées à l'occasion des entretiens.

Il faut aussi pointer les limites du dispositif des entretiens et d'une grille d'entretien qui ciblait essentiellement la différence entre les sexes, le genre, au détriment des différences socio-économiques ou sans lier sexe et genre à celles-ci, ou encore sans considérer l'articulation de ce sujet avec des obligations professionnelles ou déontologiques telles que le devoir de neutralité ou d'impartialité.

L'incapacité à appréhender l'ensemble de ces paramètres dans le cadre de la présente étude implique une certaine **prudence sur l'interprétation** proposée au regard des réserves exprimées par des praticiennes ou praticiens quant au constat, ou non, d'une inégalité entre hommes et femmes.

Enfin, malgré le foisonnement des témoignages recueillis auprès des celles et ceux qui se sont montrés aussi disponibles que leur emploi du temps le leur permettait, l'occasion ou le temps de répondre à l'ensemble des questions ou d'y répondre avec autant de détails quant à leurs pratiques a parfois manqué. Certains sujets ont donc été abordés par une partie seulement des personnes interrogées.

Compte tenu de ces éléments, l'équipe de recherche considère que l'approche qualitative implique précisément de prendre aussi en considération certains témoignages qui, malgré leur caractère minoritaire ou même isolé, sont susceptibles d'être représentatifs d'une réalité pertinente dans le cadre de cette étude.

CHAPITRE 2

ÉTAT DE L'ART SOCIO-ÉCONOMIQUE ET JURIDIQUE³

22. Le point de départ de la présente étude juridique et empirique est économique : l'écart de revenus femmes-hommes (ci-après « l'écart salarial »). Il est établi que les femmes ont moins de revenus que les hommes, et moins encore quand elles sont en couple. Une rupture rend l'écart de revenus visible et concret, parce qu'alors se termine le partage des revenus ou de leur gestion.

Dans un premier temps (**Section 1**) nous exposons l'état de l'art socio-économique et statistique sur l'écart salarial entre femmes et hommes, ainsi que sur les modes de gestion des revenus et la répartition des tâches pendant la vie commune en couple (i.e. les inégalités de genre dans la sphère familiale).

L'objet de l'étude porte cependant sur le capital et non sur les revenus. Elle tend à vérifier ou à infirmer empiriquement l'hypothèse que le différentiel de capital, *a priori* dépendant de l'écart salarial, est aussi dépendant des règles juridiques de transmission du capital conjugal et familial, ainsi que de leur mise en œuvre par les familles et les praticiens professionnels.

Dans un second temps (**Section 2**) nous exposons l'état de l'art socio-ethnographique des inégalités de genre dans les couples et les familles, au départ d'une étude empirique française qui constate l'impact des règles de droit et des pratiques professionnelles sur l'écart patrimonial⁴. Le lien méthodologique entre la présente étude et cette recherche sera précisé.

Dans un troisième temps (**Section 3**), nous présentons l'état du droit positif belge, en insistant particulièrement sur les situations potentiellement préjudiciables pour le conjoint économiquement faible, épinglées par la doctrine et la jurisprudence. Nous proposons également une comparaison avec les systèmes juridiques néerlandais et français, en identifiant ici et là quelques singularités inspirantes pour la présente étude.

Compte tenu du fait que le masculin neutre est traditionnellement retenu dans les écrits scientifiques et dans le droit belge, l'équipe de recherche a choisi d'en rendre compte et dès lors ne pas utiliser l'écriture inclusive dans ce chapitre.

³ L'état de l'art a été rédigé par Y.-H. LELEU, M. PETERS et E. ALOFS. Les prises de positions n'engagent ni l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes ni C. Harmel, autrice de l'étude empirique présentée au Chapitre 3.

⁴ C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, 326 p.

SECTION 1. SITUATION SOCIO-ÉCONOMIQUE DES FEMMES ET DES HOMMES⁵

23. Après la Seconde Guerre mondiale, le niveau de vie a augmenté dans presque tous les pays occidentaux, ce qui a été accompagné d'une participation accrue des femmes au marché du travail. En conséquence, le modèle traditionnel des années 1950 et 1960 dans lequel l'homme subvient aux besoins du ménage a été remplacé par le modèle du ménage à deux revenus⁶, ou plutôt le modèle du ménage à un revenu et demi, en tenant compte des chiffres élevés concernant le travail à temps partiel des femmes (*infra*, n° 27)⁷. Malgré le fait que ce modèle de famille soit désormais la norme, des différences substantielles persistent dans les ménages contemporains entre les femmes et les hommes en ce qui concerne le partage du travail rémunéré d'une part, et des tâches ménagères et des responsabilités familiales d'autre part⁸.

24. Ce titre commence par une vue d'ensemble des inégalités entre les femmes et les hommes sur le marché du travail et au sein du ménage (A). Ensuite, nous examinons l'impact de ces inégalités sur la situation socio-économique des partenaires après le divorce et plus largement, après une rupture (B). Nous constatons que la position socio-économique des femmes, avant et après une rupture, est moins favorable que celle des hommes.

A. INÉGALITÉS SOCIO-ÉCONOMIQUES ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES

25. Nous présentons un aperçu des inégalités entre les femmes et les hommes en ce qui concerne la participation au travail (1), le revenu et la position professionnelle (2) et la carrière (3). Ensuite, nous examinons la position et

⁵ Cette partie s'appuie sur une publication antérieure : A.-L. VERBEKE, E. ALOFS, C. DEFEVER et D. MORTELMANS, «Gender inequalities and family solidarity in times of crisis», in L. CORNELIS (red.), *Finance and Law: Twins of Trouble*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 57-89.

⁶ L. VANDERLEYDEN, «Het combineren van arbeid en gezin: een leven lang?», in L. VANDERLEYDEN et M. CALLENS (red.), *Arbeid en Gezin: een paar apart?*, SVR, 2015, <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/17594>, pp. 7-8 ; L. SNOECKX, B. DEHERTOGH et D. MORTELMANS, «The Distribution of Household Tasks in First-Marriage Families and Stepfamilies across Europe», in J. PRYOR (red.), *The International Handbook of Stepfamilies: Policy and Practice in Legal, Research, and Clinical Environments*, New Jersey, John Wiley & Sons, 2008, pp. 277-298.

⁷ A. CARTON, J. PICKERY et D. VERLET, «Opvattingen in Vlaanderen over de combinatie arbeid en gezin in 2002 en 2013. Nog steeds een genderissue?», in L. VANDERLEYDEN et M. CALLENS (red.), *Arbeid en Gezin: een paar apart?*, SVR, 2015, <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/17594>, p. 167.

⁸ L. VANDERLEYDEN et M. CALLENS (red.), *Arbeid en Gezin: een paar apart?*, SVR, 2015, <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/17594>, 258 p.

les responsabilités respectives des partenaires au sein de la famille et, plus précisément, les différences entre les femmes et les hommes en ce qui concerne le partage des tâches ménagères et des responsabilités familiales (4).

1. Inégalités dans la participation au travail

26. Dans l'ensemble, les femmes sont toujours moins actives sur le marché du travail. Le tableau 1 montre le pourcentage de femmes et d'hommes âgés de 15 à 64 ans. Cependant, la différence dans la **participation au travail** entre les femmes et les hommes s'est réduite au fil des ans. En 2022, près de 70 % des hommes travaillaient, contre un peu plus de 63 % des femmes.

Tableau 1. Évolution du taux d'emploi en Belgique, par sexe, 2010-2022, en %

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Hommes	67,4	67,1	66,9	66,4	65,8	65,5	66,5	67,5	68,2	68,9	68,4	68,7	69,8
Femmes	56,1	56,7	56,8	57,2	57,9	58,0	58,1	58,7	60,7	61,7	61,0	61,8	63,2

Source: STATBEL, Enquête sur la population active (EPA)

Néanmoins, la différence dans la participation au travail entre les femmes et les hommes augmente à mesure que le **nombre d'enfants** dans le ménage augmente (tableau 2)⁹. Lorsque nous examinons la participation au travail des personnes âgées de 18 à 64 ans sans enfants, on constate qu'il y a une différence de 5,9 % dans la participation au travail entre les femmes et les hommes : 61,4 % des femmes sans enfants sont employées, contre 67,3 % des hommes sans enfants. Pour les personnes ayant un enfant, cette différence augmente à 7,2 %. La différence continue de croître à mesure que le nombre d'enfants augmente : la différence est de 10,2 % dans les situations avec deux enfants, et même jusqu'à 25 % dans les situations avec trois enfants ou plus¹⁰.

⁹ T. KIL, J. WOOD, D. DE WACHTER, J. VERGAUWEN, L. VAN DEN BERG et K. NEELS, «Arbeidsparticipatie en gebruik van ouderschapsverlof bij moeders in Vlaanderen: een longitudinale analyse», in L. VANDERLEYDEN et M. CALLENS (red.), *Arbeid en Gezin: een paar apart?*, SVR, 2015, <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/17594>, pp. 21-43.

¹⁰ A. CARTON, J. PICKERY et D. VERLET, «Opvattingen in Vlaanderen over de combinatie arbeid en gezin in 2002 en 2013. Nog steeds een genderissue?», in L. VANDERLEYDEN et M. CALLENS (red.), *Arbeid en Gezin: een paar apart?*, SVR, 2015, <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/17594>, p. 146.

Tableau 2. Taux d'emploi dans les groupes de population avec et sans enfants (18-64 ans), 2021, en %

	Population totale	Pas d'enfants	Un enfant	Deux enfants	Trois enfants ou plus
Hommes	72,3	67,3	76,2	86,0	80,3
Femmes	64,7	61,4	69,0	75,8	55,3
Différence	7,6	5,9	7,2	10,2	25,0

Source: Eurostat (2021)

27. Des différences notables existent également entre les femmes et les hommes en ce qui concerne le **travail à temps partiel** (tableaux 3 et 4). Le travail à temps partiel a fortement augmenté entre 2000 et 2012, tant pour les femmes que pour les hommes (tableau 3). Néanmoins, une grande différence persiste entre les femmes et les hommes : en 2022, 40,7 % des femmes actives travaillaient à temps partiel, contre 11,9 % des hommes (tableau 4). Le modèle à deux revenus, dans lequel les deux parents travaillent à temps plein, reste cependant le modèle d'emploi le plus courant et représente environ la moitié des couples ayant des enfants¹¹.

Le fait de travailler à temps partiel a des implications à court et à long terme, notamment en ce qui concerne la rémunération, la nature de la carrière, les opportunités de formation et d'avancement, la sécurité de l'emploi, ainsi que l'accumulation des droits sociaux tels que la retraite et le chômage¹².

Tableau 3. Évolution du travail à temps partiel en Belgique, par sexe, 2000-2012, en %

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Hommes	4,3	4,7	5,1	5,8	6,3	7,1	7,0	7,1	7,5	8,2	8,4	9,2	9,0
Femmes	34,9	35,8	36,4	38,0	39,3	40,4	41,0	40,5	40,8	41,4	42,1	43,3	43,5

¹¹ OECD FAMILY DATABASE, *Patterns of employment and the distribution of working hours for Couples with children*, https://www.oecd.org/els/family/database.htm?_ga=2.72427025.302397182.1690024798-1804662957.1690024798.

¹² A. CARTON, J. PICKERY et D. VERLET, « Opvattingen in Vlaanderen over de combinatie arbeid en gezin in 2002 en 2013. Nog steeds een genderissue? », in L. VANDERLEYDEN et M. CALLENS (red.), *Arbeid en Gezin: een paar apart?*, SVR, 2015, <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/17594>, p. 167.

Tableau 4. Évolution du travail à temps partiel en Belgique, par sexe, 2017-2022, en %

	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Hommes	11,4	11,0	11,5	12,6	10,5	10,5
Femmes	44,6	44,1	45,2	50,8	50,0	40,9

Source: STATBEL, Enquête sur la population active (EPA)

28. Il existe une importante disparité dans les **motifs** qui poussent les femmes et hommes à opter pour un emploi à temps partiel.

Dans le passé, plusieurs études ont révélé qu'une minorité des hommes travaillant à temps partiel (30-35 %), évoquent les tâches ménagères ou les responsabilités familiales comme motif de leur choix d'emploi à temps partiel. Ce pourcentage était nettement plus élevé chez les femmes travaillant à temps partiel (60 %) ¹³. Au cours de la dernière décennie, la disparité entre les femmes et les hommes demeure considérable : en 2018, 45 % des femmes travaillant à temps partiel ont cité la conciliation entre travail et vie familiale comme la raison principale de leur emploi à temps partiel, contre 28 % des hommes travaillant à temps partiel ¹⁴.

2. Inégalités de salaire et de position

29. En 2013, les femmes gagnaient en moyenne 10 % de moins par heure travaillée que les hommes ; en 2021, l'**écart salarial** n'était plus que de 5 % par heure travaillée ¹⁵. Toutefois, des différences sont plus marquées dans le secteur privé que dans le secteur public : l'écart salarial corrigé dans le secteur public est de 5,2 %, tandis que dans le secteur privé, il est de 12,7 %. Si l'on considère l'écart salarial non corrigé, il atteint 23,1 % en moyenne annuelle en raison de la part importante de femmes travaillant à temps partiel ¹⁶.

¹³ A. CARTON, J. PICKERY et D. VERLET, «Opvattingen in Vlaanderen over de combinatie arbeid en gezin in 2002 en 2013. Nog steeds een genderissue?», in L. VANDERLEYDEN et M. CALLENS (red.), *Arbeid en Gezin: een paar apart?*, SVR, 2015, <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/17594>, 146. Voy. également : C. DEFEVER et D. MORTELMANS, *De Socio-Economische Positie van Vrouwen en Mannen na de Transitie Echtscheiding en Verdeduwing. Een Longitudinale Studie op de Kruispuntbank Sociale Zekerheid*, Anvers/Hasselt, Steunpunt Gelijkekansenbeleid, 2011.

¹⁴ SPF EMPLOI, TRAVAIL ET CONCERTATION SOCIAL et L'INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, *L'écart salarial entre les femmes et les hommes en Belgique. Rapport 2021* : <https://emploi.belgique.be/fr/publications/ecart-salarial-entre-les-femmes-et-les-hommes-en-belgique-1-rapport-2021>.

¹⁵ STATBEL, *Loonkloof is het grootst bij 55-65 jarigen*. Rapport 2023 : <https://statbel.fgov.be/nl/themas/werk-opleiding/lonen-en-arbeidskosten/loonkloof>.

¹⁶ SPF EMPLOI, TRAVAIL ET CONCERTATION SOCIAL et L'INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, *L'écart salarial entre les femmes et les hommes en Belgique. Rapport 2021* : <https://emploi.belgique.be/fr/publications/ecart-salarial-entre-les-femmes-et-les-hommes-en-belgique-1-rapport-2021>.

L'écart salarial peut être attribué à plusieurs **facteurs** externes. Seulement 26 % de l'écart salarial est attribuable aux caractéristiques individuelles du travailleur, telles que l'éducation, l'expérience professionnelle et l'ancienneté au sein de l'entreprise. La principale cause de cette disparité salariale entre les femmes et les hommes, soit 52 %, réside dans la ségrégation genrée sur le marché du travail¹⁷ : les femmes sont surreprésentées dans des secteurs, des professions et des postes moins bien rémunérés. L'inégalité des revenus est étroitement liée à l'inégalité dans les types d'emplois.

30. Il existe en effet des différences entre **les emplois et les secteurs « féminins »** et **« masculins »** sur le marché du travail. Les emplois dits « féminins » sont systématiquement moins bien rémunérés que les emplois dits « masculins ». Une explication importante de cette différence réside dans la perception que la société a de certaines professions. Par exemple, un ouvrier du bâtiment est considéré comme ayant un « emploi lourd » qui mérite un salaire plus élevé. En revanche, un assistant gériatrique n'est pas considéré comme ayant un « emploi lourd » et est donc généralement moins bien rémunéré.

31. De plus, la part des femmes occupant **des postes élevés** sur le marché du travail est nettement inférieure à celle des hommes¹⁸. Non seulement il y a moins de femmes à des postes de direction, mais leur proportion diminue également à mesure que l'on monte dans la hiérarchie de l'entreprise. Baerts *et alia*¹⁹ concluent que les postes de direction et les promotions sont moins accessibles aux femmes qu'aux hommes. Les femmes sont confrontées au « plafond de verre » qui les empêche d'accéder aux postes élevés sur le marché du travail, malgré leurs compétences et leurs capacités. En examinant les chiffres belges de 2021, on constate que seulement 35,4 % des postes de direction et de gestion sont occupés par des femmes²⁰. Ce pourcentage n'a guère évolué au cours de la dernière décennie.

32. On observe non seulement des disparités de genre dans la position sur le marché du travail, mais aussi au sein d'une position et d'une fonction similaires, les femmes sont confrontées à des inégalités. Dans une **même profession et fonction**, les femmes bénéficient de moins d'avantages extralégaux, de déductibilité des frais, d'indemnités journalières, de primes et/ou de double

¹⁷ H. VAN HOVE, *The Gender Pay Gap in Belgium. Report 2013*, Bruxelles, L'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, 2013.

¹⁸ A. VAN WOENSEL, *Genderjaarboek 2007 MV United: in Cijfers*, Bruxelles, ESF-Agentschap-Departement Werk en Sociale Economie, 2007.

¹⁹ A. BAERTS, N. DESCHACHT et M.-A. GUERRY, *Carrières van Vrouwen en Mannen: een Literatuurstudie*, Bruxelles, VUB, 2008.

²⁰ COMMISSION EUROPEENNE, *Careers: around a third of managers in the EU are women*, 2021, <https://ec.europa.eu/eurostat/cache/infographs/womenmen/bloc-2c.html?lang=en>.

pécule de vacances que les hommes. Les hommes bénéficient de régimes salariaux plus flexibles et de meilleures assurances maladie et hospitalisation²¹.

3. *Inégalités pendant la carrière*

33. Comme indiqué ci-dessus, les femmes travaillent plus souvent à temps partiel que les hommes. Au cours de leur carrière, elles sont également plus susceptibles d'avoir recours à des **interruptions de carrière**, telles que le congé de maternité et le crédit-temps. Cette prédominance des femmes devient encore plus évidente pour les interruptions à temps plein et les congés thématiques, telles que le congé parental et le congé pour assistance médicale ou pour assurer des soins palliatifs. Ce pourcentage (de femmes) est plus faible pour les congés à temps partiel, qui sont progressivement pris aussi par les hommes. Les tâches ménagères et les soins aux (jeunes) enfants sont la principale raison qui sous-tend ces décisions de carrière chez les femmes. Chez les hommes, la principale raison est de mettre fin à leur carrière en adoptant un horaire à temps partiel. De plus, les hommes recourent plus fréquemment à une « pause-carrière » pour explorer de nouvelles opportunités professionnelles ou pour se lancer dans la création de leur propre entreprise²².

34. Le seul écart de genre inversé est observé dans la **pénalité salariale liée aux interruptions de carrière**. En général, les écarts salariaux entre les hommes avec et sans interruption sont beaucoup plus importants que ceux entre les femmes avec et sans interruption. Les hommes subissent une plus grande diminution de leurs revenus pendant et après leur retour d'une interruption de carrière que les femmes. De plus, la croissance salariale est plus lente pour les hommes après

²¹ A. BAERTS, N. DESCHACHT et M.-A. GUERRY, *Carrières van Vrouwen en Mannen: een Literatuurstudie*, Bruxelles, VUB, 2008.

²² ONE, *Chiffres interruption de carrière, congés thématiques et crédit-temps*, mars 2022, <https://www.onem.be/espace-presse/chiffres-interruption-de-carriere-conges-thematique-et-credit-temps-mars-2022> ; H. DE ROO, « Het kostwinnersmodel beheerst nog steeds de zorgverloven », 2020, https://www.vbo-feb.be/actiedomeinen/hr--personeel/verloven-tijdskeurdiet-moederschap/het-kostwinnersmodel-beheerst-nog-steeds-de-zorgverloven_2020-01-13/ ; A. CARTON, J. PICKERY et D. VERLET, « Opvattingen in Vlaanderen over de combinatie arbeid en gezin in 2002 en 2013. Nog steeds een genderissue? », in L. VANDERLEYDEN et M. CALLENS (red.), *Arbeid en Gezin: een paar apart?*, SVR, 2015, <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/17594>, p. 148 ; D. FRANS, D. MORTELMANS et C. MASQUILLIER, *Financial Consequences of Career Breaks: a Latent Growth Model on Register Data*, Anvers, Steunpunt WSE, 2011 ; B. DESMET, I. GLORIEUX et J. VANDEWEYER, *Wie zijn de Loopbaanonderbrekers? Socio-demografische Kenmerken, Motivaties en Arbeidsverhouding van Loopbaanonderbrekers*, TOR, Bruxelles, Vrije Universiteit Brussel, 2007 ; D. FRANS, D. MORTELMANS et C. MASQUILLIER, *Financial Consequences of Career Breaks: A Latent Growth Model on Register Data*, Anvers, Steunpunt WSE, 2011.

leur retour d'une interruption. Autrement dit, la pénalité salariale liée à une interruption de carrière se révèle plus prononcée pour les hommes²³.

35. Outre les interruptions de carrière, les femmes font preuve d'une **plus grande variabilité** et d'une moins grande stabilité dans leur carrière, ce qui les place souvent dans une position plus vulnérable. L'entrée sur le marché du travail est souvent plus difficile pour les femmes, ce qui se traduit par des périodes de chômage plus longues avant qu'elles ne trouvent leur premier emploi à temps plein. Elles passent également plus fréquemment de postes à temps partiel à temps plein et vice versa (souvent entre différents emplois). Les hommes, quant à eux, ont des carrières moins variables, plus stables et traditionnelles, caractérisées par des emplois à temps plein et une entrée plus facile sur le marché du travail²⁴.

36. Les inégalités précitées en termes de revenus, de position et de carrière entre les femmes et les hommes ont pour conséquence que les femmes accumulent moins de **droits de pension** légaux que leurs partenaires masculins tout au long de leur vie. En ce qui concerne les droits de pension complémentaires, on observe également une différence : les employeurs versent des pensions complémentaires à 8,9 % des travailleuses et à 12,3 % des travailleurs. En moyenne, les pensions complémentaires des femmes sont inférieures de 32,3 % à celles des hommes²⁵.

4. Inégalités au sein du ménage

37. L'inégalité sur le marché du travail et dans les parcours professionnels trouve son origine dans le **partage traditionnel des tâches ménagères**. Plusieurs études montrent que même lorsque les femmes travaillent à parts égales (en dehors de la maison), elles doivent encore assumer une plus grande part des responsabilités familiales²⁶. Bien que l'écart entre les hommes et les femmes

²³ D. FRANS, D. MORTELMANS et C. MASQUILLIER, *Financial Consequences of Career Breaks: A Latent Growth Model on Register Data*, Anvers, Steunpunt WSE, 2011 ; D. FRANS et D. MORTELMANS, *Longitudinale Gevolgen van Loopbaanonderbrekingen*, Anvers, Steunpunt WSE, 2009.

²⁴ Voy. entre autres : N. SOENS, A. DE VOS, D. BUYENS, L. HEYLEN, A. KUPPENS, I. VAN PUYVELDE et D. MORTELMANS, « Belgische Loopbanen in Kaart: Traditioneel of Transitioneel? », in *Reeks Actuele Problemen met betrekking tot de Sociale Cohesie*, Gand, Academia Press, 2005.

²⁵ SPF EMPLOI, TRAVAIL ET CONCERTATION SOCIAL ET L'INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, *L'écart salarial entre les femmes et les hommes en Belgique. Rapport 2021* : <https://emploi.belgique.be/fr/publications/ecart-salarial-entre-les-femmes-et-les-hommes-en-belgique-l-rapport-2021>.

²⁶ D. KILLEMAES, « Le travail non rémunéré en Belgique : un secteur délaissé qui vaut 180 milliards d'euros (ou 33% du PIB) », *Le Vif*, 1^{er} septembre 2023, <https://trends.levif.be/a-la-une/politique-economique/le-travail-non-remunere-en-belgique-un-secteur-delaissé-qui-vaut-180-milliards-deuros-ou-33-du-pib/> ; I. GLORIEUX, J. MINNEN, T. PIETER VAN TIENOVEN, J. DEYAERT et E. MÉSZÁROS, « De (on)evenwichtige verdeling van arbeidsen gezinstaken tussen

diminue en termes de temps consacré au travail et aux tâches ménagères, l'équilibre est encore loin d'être atteint²⁷.

38. Le partage des tâches dans les ménages avec enfants est encore plus inégal que dans les ménages sans enfants. Les études sur l'**emploi du temps** montrent que les hommes consacrent huit heures de plus par semaine au travail rémunéré que les femmes. Les femmes consacrent sept heures de plus aux tâches ménagères et deux heures de plus aux tâches parentales et aux soins aux enfants²⁸. Lorsque les familles choisissent de réduire le temps de travail de l'un des parents, ce sont généralement les femmes qui prennent du recul, ce qui les place, devant le défi complexe de jongler entre les exigences du travail et celles de la famille²⁹.

39. Ce choix et ce partage des tâches sont influencés par les **rôles traditionnels** des hommes et des femmes et par les attentes de la société concernant le rôle respectif des hommes et des femmes dans une famille. Bien que le modèle classique dans lequel l'homme subvient aux besoins financiers du ménage s'estompe, la recherche montre que la rupture avec les conventions sociales

mannen en vrouwen. Evolutie en een stand van zaken», in L. VANDERLEYDEN et M. CALLENS (red.), *Arbeid en Gezin: een paar apart?*, SVR, 2015, <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/17594>, pp. 52 et s. ; C. VAN PEER, «De combinatie van arbeid en gezin bij eenoudergezinnen: strategieën en valkuilen», in L. VANDERLEYDEN et M. CALLENS (red.), *Arbeid en Gezin: een paar apart?*, SVR, 2015, <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/17594>, p. 66 ; M. KREMER, *How Welfare States Care: Culture, Gender and Parenting in Europe*, Amsterdam, University Press, 2007.

²⁷ I. GLORIEUX, J. MINNEN, T. PIETER VAN TIENOVEN, J. DEYAERT et E. MÉSZÁROS, «De (on)evenwichtige verdeling van arbeidsen gezinstaken tussen mannen en vrouwen. Evolutie en een stand van zaken», in L. VANDERLEYDEN et M. CALLENS (red.), *Arbeid en Gezin: een paar apart?*, SVR, 2015, <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/17594>, pp. 53 et 60 ; A. CARTON, J. PICKERY et D. VERLET, «Opvattingen in Vlaanderen over de combinatie arbeid en gezin in 2002 en 2013. Nog steeds een genderissue?», in L. VANDERLEYDEN et M. CALLENS (red.), *Arbeid en Gezin: een paar apart?*, SVR, 2015, <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/17594>, pp. 159 et s.

²⁸ I. GLORIEUX, J. MINNEN, T. PIETER VAN TIENOVEN, J. DEYAERT et E. MÉSZÁROS, «De (on)evenwichtige verdeling van arbeid en gezinstaken tussen mannen en vrouwen. Evolutie en een stand van zaken», in L. VANDERLEYDEN et M. CALLENS (red.), *Arbeid en Gezin: een paar apart?*, SVR, 2015, <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/17594>, pp. 52 et s. Voy. également : I. GLORIEUX, J. MINNEN, et T.-P. VAN TIENOVEN, *Een Weekje België. Resultaten van het Belgisch Tijdsbestedingsonderzoek 2005*, TOR, Bruxelles, Vrije Universiteit Brussel, 2008 ; M. JANSEN et A. LIEFBROER, «Samen Kiezen, Samen Delen? De Invloed van Waardenoriëntaties van Levenspartners op de Geboorte van Kinderen en de Taakverdeling», *Tijdschrift Sociale Wetenschappen*, 2002/1, pp. 2-22 ; I. GLORIEUX et J. MINNEN, «Kinderen Maken het Verschil. Over de Invloed van Kinderen op het Tijdsbestedingspatroon van Ouders», *Tijdschrift van de Gezinsbond – Studiedienst*, 2004/1, pp. 2-10.

²⁹ I. GLORIEUX, J. MINNEN, T. PIETER VAN TIENOVEN, J. DEYAERT et E. MÉSZÁROS, «De (on)evenwichtige verdeling van arbeid en gezinstaken tussen mannen en vrouwen. Evolutie en een stand van zaken», in L. VANDERLEYDEN et M. CALLENS (red.), *Arbeid en Gezin: een paar apart?*, SVR, 2015, <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/17594>, p. 46 ; G. BEETS, «De Timing van het Eerste Kind: een Overzicht», *Bevolking en gezin*, 2004/1, pp. 115-142.

dominantes n'est que progressive³⁰. Un autre facteur clé qui fait pencher la balance au détriment des femmes est le **salaires respectif des deux partenaires**³¹. Celui qui gagne moins dispose de moins de pouvoir de négociation au sein du couple. La perte de revenu due à une réduction du temps de travail est moindre pour le partenaire ayant le revenu le plus bas. Comme indiqué ci-dessus, les hommes occupent toujours des postes plus élevés et perçoivent des salaires plus importants que leurs partenaires féminines, malgré le fait que le niveau d'éducation des femmes ait augmenté de manière significative.

40. L'importance économique de ces tâches ménagères et de soins non rémunérés ne doit pas être sous-estimée. Même si le calcul précis du coût monétaire de ce travail non rémunéré n'est pas évident, étant donné qu'il s'inscrit dans l'économie informelle, il est estimé à 180 milliards d'euros par an, soit 33 % du Produit Intérieur Brut (PIB) belge³². Les personnes s'acquittant de ces tâches ménagères et de soins ne perçoivent aucune rémunération. En examinant les femmes au foyer à temps plein dans la tranche d'âge de 25 à 64 ans en Flandre, on constate qu'elles ne reçoivent aucune forme d'indemnisation. Presque toutes (97,9 %) déclarent ne pas avoir l'intention de travailler ; 40 % d'entre elles mentionnent que c'est en raison de la prise en charge des enfants ou d'autres membres de la famille nécessitant des soins³³.

5. *Inégalités liées à la pandémie de Covid-19*

41. La pandémie de Covid-19 a eu un **impact significatif** sur la position socio-économique des femmes.

³⁰ A. CARTON, J. PICKERY et D. VERLET, «Opvattingen in Vlaanderen over de combinatie arbeid en gezin in 2002 en 2013. Nog steeds een genderissue? », in L. VANDERLEYDEN et M. CALLENS (red.), *Arbeid en Gezin: een paar apart?*, SVR, 2015, <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/17594>, pp. 141-173 ; J.D. VLASBLOM et J. SCHIPPERS, «Changing Dynamics in Female Employment around Childbirth: Evidence from Germany, the Netherlands and the Uk», *Work, employment and society* 2006/2, pp. 329-347 ; K. VANDERWEYDEN, «Van Huisman tot Carrièrevrouw. Over Minder Werken en Sociale Integratie bij Mannen en Vrouwen», in HIV GEZINSWETENSCHAPPEN (red.), *Vaders in Soorten*, Tiel, Lannoo, 2002 ; D. MORTELMANS, S. VAN OURTI et M. VERSTREKEN, «The Transformation of a Man into a Father. The Effects of the First Child on a Man's Life», in HIV FAMILY SCIENCES (red.), *Fathers in Species*, Tiel, Lannoo, 2002.

³¹ K. VANDERWEYDEN, «Van Huisman tot Carrièrevrouw. Over Minder Werken en Sociale Integratie bij Mannen en Vrouwen», in HIV GEZINSWETENSCHAPPEN (red.), *Vaders in Soorten*, Tiel, Lannoo, 2002.

³² D. KILLEMAES, «Le travail non rémunéré en Belgique : un secteur délaissé qui vaut 180 milliards d'euros (ou 33% du PIB)», *Le Vif*, 1^{er} septembre 2023, <https://trends.levif.be/ala-une/politique-economique/le-travail-non-remunere-en-belgique-un-secteur-delaisse-qui-vaut-180-milliards-deuros-ou-33-du-pib/>.

³³ S. VANSTEENKISTE et M. SOURBRON, «De niet-beroepsactieven in Vlaanderen ontleed. Een profielschets van huisvrouwen en arbeidsongeschikten», *Tijdschrift van het Steunpunt Werk*, 2023, 33(1), pp. 5-14.

Les femmes sont en effet surreprésentées dans des secteurs fortement touchés par la pandémie de Covid-19. Le secteur de la santé et des soins compte au moins 70 % de femmes, et si l'on considère uniquement le personnel infirmier et les aides-soignants (« *longterm carers* »), la proportion de femmes dépasse même 90 %. Cependant, les femmes sont également sous-représentées dans les postes de direction et de gestion dans le secteur de la santé et des soins, et par conséquent, dans les processus décisionnels³⁴.

En outre, les secteurs des services (aide-ménagère), du commerce de détail, de l'horeca, de l'hôtellerie et du tourisme, ainsi que de la garde d'enfants, tous fortement touchés, ont une concentration disproportionnée de travailleuses³⁵.

42. Tout d'abord, la répartition du marché du travail entre les professions « féminines » et « masculines », ainsi que la surreprésentation des femmes dans le secteur des soins et de la santé, ont fait qu'elles avaient une probabilité beaucoup plus importante d'être **contaminées** pendant la pandémie³⁶. En raison de la fermeture du secteur de l'horeca, de l'hôtellerie et du tourisme, ainsi que de la garde d'enfants pendant les confinements, les femmes étaient également potentiellement plus exposées au risque de **chômage** (temporaire) que les hommes³⁷.

43. Les mesures de confinement, qui ont entraîné la fermeture des écoles et des crèches, ont eu non seulement un impact sur les travailleurs de ces secteurs, mais ont également entraîné une **augmentation des tâches ménagères et des soins** (surveillance et soutien scolaire des enfants dans la famille), qui pèsent de manière déséquilibrée sur les femmes, même pendant la pandémie. Cela est

³⁴ OECD, *Women are well-represented in health and long-term care professions, but often in jobs with poor working conditions*, mars 2019, <https://www.oecd.org/gender/data/women-are-well-represented-in-health-and-long-term-care-professions-but-often-in-jobs-with-poor-working-conditions.htm> ; OECD, *Women at the core of the fight against COVID-19 crisis*, 1^{er} avril 2020, <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/women-at-the-core-of-the-fight-against-covid-19-crisis-553a8269/>, p. 2.

³⁵ EUROPEES PARLEMENT, *Het effect van de COVID-19-pandemie op vrouwen (infrografieken)*, 5 mars 2021, <https://www.europarl.europa.eu/news/nl/headlines/society/20210225STO98702/het-effect-van-de-covid-19-pandemie-op-vrouwen-infografieken>.

³⁶ OECD, *Women at the core of the fight against COVID-19 crisis*, 1^{er} avril 2020, <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/women-at-the-core-of-the-fight-against-covid-19-crisis-553a8269/>, p. 2 ; EUROPEES PARLEMENT, *Het effect van de COVID-19-pandemie op vrouwen (infrografieken)*, 5 mars 2021, <https://www.europarl.europa.eu/news/nl/headlines/society/20210225STO98702/het-effect-van-de-covid-19-pandemie-op-vrouwen-infografieken>.

³⁷ EUROPEES PARLEMENT, *Het effect van de COVID-19-pandemie op vrouwen (infrografieken)*, 5 mars 2021, <https://www.europarl.europa.eu/news/nl/headlines/society/20210225STO98702/het-effect-van-de-covid-19-pandemie-op-vrouwen-infografieken> ; OECD, *Women at the core of the fight against COVID-19 crisis*, 1^{er} avril 2020, <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/women-at-the-core-of-the-fight-against-covid-19-crisis-553a8269/>, pp. 6 et s. Toutefois, cela ne semble toutefois pas être autant le cas en Belgique: OECD, *Les jeunes et les femmes durement touchés par la crise de l'emploi*, [oecd.org/coronavirus/fr/les-donnees-dechiffrees/les-jeunes-et-les-femmes-durement-touchees-par-la-crise-de-l-emploi](https://www.oecd.org/coronavirus/fr/les-donnees-dechiffrees/les-jeunes-et-les-femmes-durement-touchees-par-la-crise-de-l-emploi).

vrai non seulement pour les «femmes au foyer», mais aussi pour les femmes actives : les données montrent que les femmes actives ont 50 % de chances (ou de risques) supplémentaires d'avoir régulièrement des responsabilités de soins pour des membres de la famille malades, des personnes âgées ou des personnes handicapées. Ces obligations de soins n'alourdissent pas seulement la charge de travail des femmes, mais entravent également la recherche d'un nouvel emploi et de sources alternatives de revenus à la suite des licenciements liés à la pandémie de Covid-19³⁸.

44. Enfin, pendant la pandémie de Covid-19 et les mesures de confinement, la **violence intrafamiliale** à l'égard des femmes a augmenté, et l'accès à l'aide a diminué³⁹.

45. Les évolutions apparemment positives concernant la situation socio-économique des femmes après la pandémie de Covid-19 doivent être interprétées avec prudence. En 2020, l'écart salarial a légèrement diminué par rapport à 2019. Cependant, la raison sous-jacente n'était pas une amélioration graduelle de la position professionnelle des femmes, mais une réduction sur le marché du travail des travailleuses à bas salaires. Comme mentionné précédemment, les pertes d'emploi et le chômage temporaire étaient disproportionnés pour les femmes travaillant dans le secteur des soins et des services. Leur absence du marché du travail à la suite de la pandémie de Covid-19 a entraîné un calcul ajusté des salaires moyens des femmes, et donc un **écart salarial faussé**⁴⁰.

B. INÉGALITÉS SOCIO-ÉCONOMIQUES ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES APRÈS UNE RUPTURE

46. Le paragraphe précédent (A) a montré les disparités de genre dans le partage des tâches ménagères et dans la prise en charge des enfants. En conséquence, les femmes sont moins actives sur le marché du travail. Elles travaillent plus souvent à temps partiel et sont moins représentées dans des postes de direction. Les femmes travaillent dans des secteurs moins bien rémunérés et interrompent plus fréquemment leur carrière pour concilier travail

³⁸ OECD, *Women at the core of the fight against COVID-19 crisis*, 1^{er} avril 2020, <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/women-at-the-core-of-the-fight-against-covid-19-crisis-553a8269/>, pp. 2, 5, 9.

³⁹ OECD, *Women at the core of the fight against COVID-19 crisis*, 1^{er} avril 2020, <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/women-at-the-core-of-the-fight-against-covid-19-crisis-553a8269/>, pp. 12 et s. ; EUROPEES PARLEMENT, *Het effect van de COVID-19-pandemie op vrouwen (infografieken)*, 5 mars 2021, <https://www.europarl.europa.eu/news/nl/headlines/society/20210225STO98702/het-effect-van-de-covid-19-pandemie-op-vrouwen-infografieken>.

⁴⁰ INSTITUUT VOOR DE GELIJKHEID VAN VROUWEN EN MANNEN, *Coronacrisis doet de loonkloof licht verkleinen (en toch is dit geen goed nieuws)*, 28 septembre 2022, https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/content/pb_loonkloof_20220928.pdf.

et famille. Enfin, elles accumulent également moins de droits de pension que leurs partenaires masculins.

47. Ces inégalités sont exacerbées lorsque la relation se termine par une séparation ou une rupture. Dans ce paragraphe (B), nous analysons les différences de situation socio-économique entre les femmes et les hommes après la dissolution. Les études montrent que les femmes sont à nouveau les plus touchées, en particulier lorsqu'elles deviennent mères célibataires. Ce paragraphe présente un aperçu des inégalités dans le partage des responsabilités familiales (1) et les conséquences financières (2) pour les femmes et les hommes après une rupture.

1. *Inégalités dans le partage des responsabilités familiales*

48. Les parents isolés remplissent un double rôle avec des ressources réduites de moitié. Le revenu familial disponible et le temps disponible diminuent avec la perte d'un partenaire. Des études indiquent une prévalence plus élevée de **conflits entre le travail et la famille** chez les parents célibataires⁴¹.

49. Une étude longitudinale montre que les femmes sont quatre fois plus susceptibles que les hommes de se retrouver à la tête d'un **ménage monoparental**. 13,1 % des pères sont à la tête d'un ménage monoparental un an après le divorce, tandis que 50,6 % des hommes divorcés sont enregistrés comme célibataires sans enfants un an plus tard. L'inverse est vrai pour les femmes : dans 54,8 % des cas, les mères divorcées forment un ménage monoparental, alors que seulement 10,4 % des femmes sont enregistrées comme célibataires sans enfants après le divorce⁴². Les femmes ayant des enfants avant le divorce sont donc beaucoup plus susceptibles de devenir des parents célibataires que les hommes ayant des enfants : dans plus de 8 familles monoparentales sur 10, la mère est à la tête du ménage⁴³.

50. Non seulement les femmes sont plus susceptibles de se retrouver à la tête d'un ménage monoparental, mais elles persistent également **plus longtemps** dans cette situation. 73,1 % des femmes qui étaient mères célibataires à la fin de la première année après le divorce le sont encore un an plus tard. Pour les

⁴¹ C. VAN PEER, «De combinatie van arbeid en gezin bij eenoudergezinnen: strategieën en valkuilen», in L. VANDERLEYDEN et M. CALLENS (red.), *Arbeid en Gezin: een paar apart?*, SVR, 2015, <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/17594>, p. 99.

⁴² C. DEFEVER, W. VAN LANCKER, T. HUFKENS, D. MORTELMANS et B. CANTILLON, «De Inkomenspositie en het Armoederisico van Alleenstaande Ouders in Vlaanderen», in J. NOPPE, L. VANDERLEYDEN et M. CALLENS (red.), *De Sociale Staat van Vlaanderen 2013*, SVR, Bruxelles, 2013.

⁴³ C. VAN PEER, «De combinatie van arbeid en gezin bij eenoudergezinnen: strategieën en valkuilen», in L. VANDERLEYDEN et M. CALLENS (red.), *Arbeid en Gezin: een paar apart?*, SVR, 2015, <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/17594>, p. 71.

pères célibataires, ce chiffre n'est que de 62,9 %. Quatre ans après le divorce, le pourcentage de mères célibataires tombe à 45,9 % ; le pourcentage de pères célibataires tombe à 31,4 % au même moment⁴⁴.

51. En outre, les femmes ont également plus d'enfants dans leur ménage que les pères célibataires : une moyenne de 1,3 enfant chez les femmes contre 0,4 enfant chez les hommes. L'âge des enfants est également plus bas lorsqu'ils vivent avec leur mère : l'âge moyen du plus jeune enfant est de 9,5 ans, contre 14 ans lorsqu'il vit avec son père⁴⁵.

2. Inégalités de l'impact financier d'une rupture

52. Plusieurs études longitudinales ont montré que la situation financière des hommes est relativement stable ou s'améliore même après une rupture. Pour les femmes, l'évolution de la situation financière montre une tendance négative dans toutes les études. Leur situation après une rupture ne s'améliore que lentement et il faut un nombre considérable d'années pour surmonter les conséquences financières d'un divorce⁴⁶. Les mères célibataires sont les plus exposées au risque de pauvreté de toutes les familles avec enfants⁴⁷.

53. L'évolution du revenu est déterminée par de nombreux facteurs.

Le niveau de revenu avant le divorce détermine la baisse de revenu après le divorce⁴⁸. La contribution relative des partenaires au revenu du ménage avant le divorce est également importante pour la trajectoire après le divorce.

⁴⁴ C. DEFEVER, W. VAN LANCKER, T. HUFKENS, D. MORTELMANS et B. CANTILLON, «De Inkomenspositie en het Armoederisico van Alleenstaande Ouders in Vlaanderen», in J. NOPPE, L. VANDERLEYDEN et M. CALLENS (red.), *De Sociale Staat van Vlaanderen 2013*, SVR, Bruxelles, 2013.

⁴⁵ C. DEFEVER et D. MORTELMANS, *De Socio-Economische Positie van Vrouwen en Mannen na de Transitie Echtscheiding en Verweduwing. Een Longitudinale Studie op de Kruispuntbank Sociale Zekerheid*, Anvers/Hasselt, Steunpunt Gelijkekansenbeleid, 2011.

⁴⁶ E. SPELTINCX et T. JACOBS, *Gezinsontbinding in Vlaanderen. Boek 2: Gevolgen van Echtscheiding*, Panelstudie van de Belgische huishoudens, Anvers, 2000 ; D. MORTELMANS, M. T. CASMAN et R. DOUTRELEPONT, *Elf Jaar uit het Leven in België: Socio-Economische Analyses op het Gezinsdemografisch Panel Psbh*, Gand, Academia Press, 2004 ; M. CORIJN, «Impact op de Sociaal-Economische Positie van Ex-Partners», in C. VAN PEER (red.), *De Impact van een (Echt)Scheiding op Kinderen en Ex-Partners*, Bruxelles, Studiedienst van de Vlaamse Gemeenschap, 2007 ; M. JANSEN, «De Financiële Gevolgen van Relatiebreuken: Terugval en Herstel bij Mannen en Vrouwen», in D. CUYPERS, D. MORTELMANS et N. TORFS (red.), *Is Echtscheiding Werkelijk Win for Life?*, Bruges, die Keure, 2008 ; D. MORTELMANS, L. SNOECKX et P. RAEYMAECKERS, «Belgium: Economic Hardship Despite Elaborate Childcare and Leave Time Programmes», in H. ANDRESS et D. HUMMELSHEIM (red.), *When Marriage Ends. Economic and Social Consequences of Partnership Dissolution*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2009.

⁴⁷ C. VAN PEER, «De combinatie van arbeid en gezin bij eenoudergezinnen: strategieën en valkuilen», in L. VANDERLEYDEN et M. CALLENS (red.), *Arbeid en Gezin: een paar apart?*, SVR, 2015, <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/17594>, 67.

⁴⁸ D. MORTELMANS, L. SNOECKX et P. RAEYMAECKERS, «Belgium: Economic Hardship Despite Elaborate Childcare and Leave Time Programmes», in H. ANDRESS et D. HUMMELSHEIM (red.),

Lorsqu'il y a des inégalités pendant le mariage, les conséquences financières montrent un gagnant et un perdant. Étant donné que les hommes contribuent souvent davantage au revenu du ménage, la baisse de revenu des femmes est généralement beaucoup plus importante. Soudain, les femmes doivent gérer un ménage sans le revenu (plus élevé) de leur partenaire. Pour l'homme qui était le seul pourvoyeur des revenus du ménage, le divorce signifie un gain financier⁴⁹.

Lorsque des enfants sont impliqués, le régime de résidence détermine en grande partie l'impact financier de la rupture sur les parents. Le parent qui réside avec les enfants est financièrement désavantagé. Notamment, un nombre plus élevé d'enfants et surtout des enfants en bas âge accentuent les désavantages financiers. La présence d'un plus grand nombre d'enfants ainsi que le fait qu'ils soient plus jeunes sont des facteurs qui influençaient déjà les revenus avant la rupture (qui étaient plus faibles pour les femmes que pour les hommes), et cet effet demeure négatif après la séparation.

54. Le désavantage financier consécutif à une rupture est le plus important chez les femmes qui sont à la tête d'un ménage monoparental après le divorce⁵⁰. Toutefois, il est important de noter qu'un nombre significatif d'hommes subissent également une forte baisse financière après le divorce. En outre, l'expérience subjective des hommes divorcés peut également différer. Les paiements d'un ex-partenaire à l'autre (généralement du mari à la femme), tels que la pension alimentaire pour les enfants et/ou le conjoint, peuvent donner lieu à une perception plus négative que la situation financière réelle⁵¹. La loi sur le divorce de 2007 limite la durée de l'obligation alimentaire à la durée du mariage (art. 301, § 4, C. civ., *infra*, n° 92). Par conséquent, le groupe le plus vulnérable – les mères ayant de jeunes enfants issus d'un mariage de courte durée – a le droit à la plus faible pension alimentaire⁵². Dans la littérature, il existe un désaccord

When Marriage Ends. Economic and Social Consequences of Partnership Dissolution, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2009.

⁴⁹ M. CORIJN, « Impact op de Sociaal-Economische Positie van Ex-Partners », in C. VAN PEER (ed.), *De Impact van een (Echt)Scheiding op Kinderen en Ex-Partners*, Bruxelles, Studiedienst van de Vlaamse Gemeenschap, 2007 ; M. JANSEN, « De Financiële Gevolgen van Relatiebreuken: Terugval en Herstel bij Mannen en Vrouwen », in D. CUYPERS, D. MORTELMANS et N. TORFS (red.), *Is Echtscheiding Werkelijk Win for Life?*, Bruges, die Keure, 2008.

⁵⁰ C. DEFEVER, W. VAN LANCKER, T. HUFKENS, D. MORTELMANS et B. CANTILLON, « De Inkomenspositie en het Armoederisico van Alleenstaande Ouders in Vlaanderen », in J. NOPPE, L. VANDERLEYDEN et M. CALLENS (red.), *De Sociale Staat Van Vlaanderen 2013*, SVR, Bruxelles, 2013 ; C. DEFEVER et D. MORTELMANS, *De Socio-Economische Positie van Vrouwen en Mannen na de Transitie Echtscheiding en Verweduwing. Een Longitudinale Studie op de Kruispuntbank Sociale Zekerheid*, Anvers/Hasselt, Steunpunt Gelijkekansenbeleid, 2011.

⁵¹ D. MORTELMANS, *Copingstrategieën En Beleving Van Sociaal-Economische Gevolgen Bij Gescheiden Vaders*, Anvers, Universiteit Antwerpen, 2007.

⁵² D. MORTELMANS, F. SWENNEN et E. ALOFS, « De Echtscheiding en haar Gevolgen: een Vervlochten Evolutie van Recht en Samenleving », in D. CUYPERS, D. MORTELMANS et N. TORFS (red.), *Is Echtscheiding Werkelijk Win for Life?*, Bruges, die Keure, 2008.

sur le point de savoir si les paiements de pension alimentaire entre ex-époux et la contribution alimentaire pour couvrir les frais des enfants contribuent à éviter la pauvreté⁵³. Une question cruciale est également de savoir si la pension alimentaire et la contribution aux frais des enfants sont effectivement payées (ou peuvent être payées)⁵⁴.

SECTION 2. APPROCHE SOCIO-ETHNOGRAPHIQUE DES INÉGALITÉS DE GENRE DANS LES COUPLES ET LES FAMILLES

A. DU PATRIMOINE DU MÉNAGE OU DE LA FAMILLE AU PATRIMOINE INDIVIDUEL DES FEMMES ET DES HOMMES

55. Le couple et la famille ne sont pas uniquement des lieux d'épanouissement individuel⁵⁵. Dans le couple circulent des revenus, de l'épargne, des biens, du capital. La famille élargie est le réceptacle d'un capital à conserver ou transmettre.

Les théories du *Law and economics* ont étudié notamment le mariage sous cet angle. Le couple marié est considéré comme une co-entreprise. Quand il prend fin, le capital accumulé est réparti entre les partenaires, individualisé par l'application de règles juridiques et de pratiques professionnelles⁵⁶.

⁵³ C. DEWILDE, «The Financial Consequences of Relationship Dissolution for Women in Western Europe», in E. RUPINI et A. DALE (red.), *The Gender Dimension of Social Change. The Contribution of Dynamic Research to the Study of Women's Life Courses*, Bristol, The Policy Press, 2002 ; B. CANTILLON, G. VERBIST, et V. DE MAESSCHALCK, *Sociaal-Economische Levensomstandigheden Van Eenoudergezinnen in België*, Anvers, Centrum voor Sociaal Beleid, 2003.

⁵⁴ T. BOELAERT (red.), *Alimentatie: tussen Theorie en Praktijk. Enkele Beschouwingen over de Tegemoetkoming van de Dienst voor Alimentatievorderingen*, Bruges, la Chartre, 2008 ; S. PETIT, «Gebruik Van Psbh-Gegevens om een Beter Beeld te Krijgen van Nieuw Samengestelde Gezinnen in België», in K. BOUDEWIJNSTICHTING (red.), *Het Kind in een Nieuw Samengesteld Gezin*, Bruxelles, Koning Boudewijnstichting, 2008.

⁵⁵ N. GALLUS, Y.-H. LELEU, G. MATHIEU, et F. SWENNEN, «Diversité et pluralité des formes et fonctions familiales en Belgique», in J. HEATON et A. KEMELMAJER (dir.), *Plurality and Diversity in Law. Family forms and Familys Functions*, Bruxelles, Intersentia, 2023, pp. 173-174.

⁵⁶ R. A. POSNER, *Economic analysis of law*, New York, Kluwer, 2011, pp. 183-212, spéc. pp. 183-187. En Belgique : R. BARBAIX et A.-L. VERBEKE, *Beginselen relatievermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2012, pp. 33-34 ; E. GOOSSENS, «Kompas voor een nieuw samenwoningsrecht: neutraal, coherent en compensatie- en behoeftegericht», *R.G.D.C.*, 2019, p. 550 ; Y.-H. LELEU, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes. Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, Montréal, Thémis, 2014 ; A.-L. VERBEKE, «Waardig familiaal vermogensrecht», *T.E.P.*, 2013, p. 5 et A.-L. VERBEKE, «A new deal for Belgian family property law», in E. ALOFS et al. (dir.), *Liber amicorum Hélène Casman*,

La présente étude vise à déterminer comment s'opère la transmission du capital aux membres du couple ou de la famille. Cette transmission est-elle égalitaire entre femmes et hommes, ou des biais de genre influencent-ils l'application des règles ou les pratiques ? Comment justifier des différences de règles, voire des pratiques, entre les couples de statut différent ?

Dans cette mesure, l'étude s'inscrit dans un courant de féminisme économique⁵⁷.

56. Pour mesurer l'écart patrimonial, l'unité de référence doit être le **patrimoine individuel**. Or les statistiques sur le patrimoine individuel des hommes et des femmes sont rares ou récentes. Elles recourent plus généralement à la notion de ménage⁵⁸. Individualiser les patrimoines est un préalable incontournable à toute analyse de l'incidence du genre sur la transmission du capital familial. Ne considérer que l'individu en droit civil, en droit fiscal, en droit social est jugé comme un préalable d'égalité économique réelle entre femmes et hommes⁵⁹.

En France, les auteurs qui ont étudié les inégalités sociales en matière de transmission du capital prennent les ménages comme unité de compte⁶⁰.

En France encore, au contraire de la Belgique, une statistique de l'INSEE établit en 2016 le différentiel de capital *individuel* entre hommes et femmes à 16 %⁶¹ – celui-ci s'accroît, ayant été mesuré à 9 % en 1998⁶².

Anvers, Intersentia, 2013, pp. 468-469 ; N. GALLUS, Y.-H. LELEU, G. MATHIEU et F. SWENNEN, « Diversité et pluralité des formes et fonctions familiales en Belgique », in J. HEATON et A. KEMELMAJER (dir.), *Plurality and Diversity in Law. Family forms and Family's Functions*, Bruxelles, Intersentia, 2023, p. 183 ; A.-L. VERBEKE, « De legitieme ontbloom of dood? Leve de echtgenoot ! », *T.P.R.*, 2000, p. 1203, n° 183 et « A new deal for Belgian family property law », in E. ALOFS et al. (dir.), *Liber amicorum Hélène Casman*, Anvers, Intersentia, 2013, p. 469 ; A.-L. VERBEKE, E. ALOFS, C. DEFEVER, D. MORTELMANS, « Gender Inequalities and Family Solidarity in Times of Crisis », in L. CORNELIS (dir.), *Finance and Law: Twins in Trouble*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 57.

⁵⁷ A.-M. LEROYER, *Droit de la famille*, Paris, PUF, 2022, p. 76, n° 97.

⁵⁸ Une hypothèse émise par des courants du féminisme économique est que ces statistiques sont construites sur la base d'une vision particulière, en l'occurrence le fait que les familles sont des constructions solides et pérennes à l'échelle d'une vie. Aussi, établir des distinctions entre les membres d'une famille serait inutile.

⁵⁹ A.-M. LEROYER, *Droit de la famille*, Paris, PUF, 2022, pp. 255-256, n° 336.

⁶⁰ Parmi les plus connus : T. PIKETTY, *Le Capital au XXI^e siècle*, Paris, Le Seuil, 2013.

⁶¹ <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2908186> ; C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, p. 41.

⁶² C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, p. 15.

B. UN OBJET ET UNE MÉTHODOLOGIE DE RECHERCHE COMPLÉMENTAIRES

57. En Belgique, la présente étude est originale mais s'appuie méthodologiquement sur les recherches de C. Bessière et S. Gollac⁶³, qui ont pour la première fois dévoilé des **biais de genre** dans la transmission du patrimoine en couple et en famille en France.

Un traitement différencié défavorable aux femmes (conjointes ou filles) par rapport aux hommes (conjoint ou fils) en termes d'accès, de constitution, d'attribution ou d'affectation du patrimoine familial⁶⁴ serait un facteur supplémentaire à l'écart salarial pour aggraver l'écart patrimonial.

Leur étude se distingue de la nôtre par son ampleur et sa méthode (ethnographique et anthropologique sur plus de 10 ans *vs.* juridique et empirique sur 8 mois).

Elle présente un intérêt méthodologique majeur pour la présente étude : tirer parti de certains résultats pour interroger de manière plus efficace et ciblée les professionnels belges sur leurs pratiques. Il s'agira de vérifier ou infirmer certains constats opérés en France, afin de formuler des recommandations dans le cadre de la mission confiée par l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, à l'initiative de la secrétaire d'État à l'Égalité des genres, à l'Égalité des chances et à la Diversité.

L'état de l'art juridique, avec ses éléments de droit comparé (*infra*, n^{os} 132 et s.), suivi de l'enquête de terrain chez les professionnels de la transmission du patrimoine familial, permettra de confirmer la comparabilité de certains constats ou d'en nuancer d'autres.

Les réglementations belge et française diffèrent sur des points pertinents pour la présente étude et sont sensibles au genre comme l'ont constaté C. Bessière et S. Gollac : pensions alimentaires après divorce, position du conjoint survivant, statuts des couples non mariés. En revanche, les réglementations convergent sur le cadre procédural et le rôle des professions juridiques.

58. La **question générale de recherche** dans l'essai «Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités» est de déterminer *si les couples et les familles reproduisent les inégalités sociales dans la constitution du capital*⁶⁵ *au moment où le patrimoine s'individualise : les ruptures, divorces ou décès.*

⁶³ *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020.

⁶⁴ Entendu au sens large comme l'ensemble des biens ou richesses transmis par la génération précédente et/ou des économies constituées pendant la vie de couple à l'aide des revenus de l'activité professionnelle. La présente étude ne creuse pas la notion, ni n'aborde la question, également générée, de l'étymologie de « patrimoine ».

⁶⁵ Les autrices s'inscrivent dans la ligne des travaux de T. Piketty sur l'appropriation du patrimoine par des groupes sociaux, mais s'en distinguent en déclinant l'hypothèse sur les membres individuels du ménage (*supra*, n^o 56). Elles en reprennent la notion de patrimoine en le définissant comme « constitué d'actifs économiques dont l'acquisition permet de conserver de la valeur (autrement dit d'accumuler) et dont la réalisation (c'est-à-dire la vente) peut

Il est justifié de présenter les constats de cette recherche et de s'en emparer pour tenter une vérification ou une infirmation de certains d'entre eux, les plus aisément transposables sur les terrains professionnels et juridique comparable. Bien que l'objet de la présente étude soit nettement plus restreint que celui traité par les autres, l'analyse des constats français peut être mise à profit pour dresser un état des lieux de la transmission genrée du patrimoine en Belgique/du contexte belge.

Partant d'un différentiel constaté par l'INSEE (*supra*, n° 56) de 16 % d'écart patrimonial entre hommes et femmes, les autres vérifient si le capital du couple ou de la famille n'est pas approprié dans une plus large mesure par les hommes (en couple) et par les fils (de la famille).

Elles constatent effectivement que l'écart patrimonial de 16 % est largement sous-estimé. Qui plus est, le capital transmis aux hommes est souvent de meilleure qualité et, enfin, il serait sous-évalué lors de la conclusion d'accords. Elles observent ce phénomène même en présence d'une protection juridique ou contractuelle égalitaire (p. ex. réserve héréditaire).

Une raison émise et vérifiée est que les professionnels du droit légitiment une transmission inégalitaire dans un objectif partagé conscient ou inconscient de conservation du capital conjugal ou familial.

Ce constat est neuf car il questionne l'idée reçue que l'écart salarial est la seule cause de l'écart patrimonial. L'écart salarial est une des raisons de la capacité plus faible des femmes de *constituer* de capital. D'autres raisons s'y ajoutent pour aggraver l'écart patrimonial au moment de sa *transmission*.

C. LA NOTION DE BIENS STRUCTURANTS (IMMEUBLES ET ENTREPRISES)

59. Les autres innoveront en distinguant dans les patrimoines familiaux les « **biens structurants** » des autres biens.

Les biens structurants sont les *immeubles*, les *actions de société*, les *entreprises*. Ils sont dotés de caractéristiques pertinentes pour la présente étude : une aptitude à générer des revenus (supplémentaires) sans perdre de leur valeur. À l'opposé, l'*argent* ou les *biens mobiliers* perdent leur valeur et ne sont pas destinés à être conservés. L'attribution préférentielle du logement familial ou des biens professionnels repose sur cette distinction (art. 2.3.14 C. civ.).

Les biens structurants « fournissent le cadre par rapport auquel les professionnels du droit organisent les arrangements patrimoniaux »⁶⁶. Les autres font le constat de pratiques professionnelles et d'accords familiaux favorisant la transmission de ces biens aux hommes, ce qui aggrave l'écart

assurer des liquidités dans le futur (C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, p. 14 citant T. PIKETTY, *Le Capital au XXI^e siècle*, Paris, Le Seuil, 2013, pp. 82-89).

⁶⁶ C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, p. 145.

de patrimoine en raison de l'effet «levier» attaché à ce type de biens⁶⁷. Pour respecter l'égalité formelle des partages, le 50/50 en général, les femmes reçoivent plus souvent que les hommes des soultes, donc des biens de qualité inférieure, qui ne leur donnent pas autant de possibilités de constituer un patrimoine individuel après rupture ou décès.

La recherche de C. Bessière et S. Gollac impute ce phénomène à des biais de genre et des stéréotypes familiaux, dont nous tenterons de vérifier l'existence en Belgique.

D'abord, en raison de l'écart salarial, les hommes ont plus souvent les revenus nécessaires pour conserver et entretenir les biens structurants. Ensuite, ils sont plus souvent enclins à les reprendre grâce à une meilleure éducation à l'argent⁶⁸. Enfin, une communauté d'intérêts existerait entre, d'une part, les candidats-attributaires de biens structurants et leurs familles et, d'autre part, les professionnels de la transmission du patrimoine familial⁶⁹. Lors des partages, tous seraient en phase avec un objectif de conservation du capital structurant⁷⁰, au détriment des femmes. Il faut conserver ce qui est précieux⁷¹ en le confiant à celui qui en est capable.

D. LA PRATIQUE DES COMPTABILITÉS INVERSÉES ET LEUR IMPACT SUR LA TRANSMISSION DES BIENS STRUCTURANTS

60. Les autrices découvrent également une pratique professionnelle⁷² aggravant l'écart de patrimoine, lors de l'évaluation des soultes et des pensions

⁶⁷ C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, pp. 144 et s.

⁶⁸ En ce sens, not. : T. LECOQ, *Le couple et l'argent. Pourquoi les hommes sont plus riches que les femmes ?*, Paris, L'Iconoclaste, 2022, pp. 8 et s.

⁶⁹ Des biais de genre et des stéréotypes socio-familiaux interviennent à ce stade (p. ex. «le bon héritier», in C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, p. 152 ; l'«usufruitière aux mains débiles et inexpertes» – J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, vol. II, Paris, PUF, 2004, n° 764 ; «la bonne mère» – C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, p. 165).

⁷⁰ «Du fait de leur ethos professionnel, les gestionnaires de fortune sont encore plus familialistes et conservateurs que leurs client-es. Même chose pour les notaires en France : ils ont tout intérêt à inscrire le patrimoine dans un temps long pour maintenir leur clientèle de génération en génération, dans une lignée qu'ils imaginent le plus souvent, et naturellement, comme étant masculine» (C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, p. 112).

⁷¹ Au sein des successions les anthropologues connaissent la trilogie : «les choses qu'on donne, les choses qu'on vend et celles qu'il ne faut ni donner ni vendre, qu'il faut garder» – les biens structurants sont la dernière catégorie (C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, p. 67, citant M. GODELIER, *L'Énigme du don*, Paris, Fayard, 1996, p. 7).

⁷² Proche d'un *habitus* au sens défini par P. Bourdieu, donc partiellement inconscient mais potentiellement efficace (P. BOURDIEU, *Le sens pratique*, Paris, Éditions de Minuit, 1980).

alimentaires. Une « **comptabilité inversée** » ou « **comptabilité sexiste** »⁷³ favorise la transmission genrée des biens structurants en se référant aux capacités financières du candidat-repreneur plutôt qu'à la valeur réelle des biens. Une évaluation de convenance accroît les chances de reprise tandis qu'une évaluation au prix du marché augmente le risque de vente.

Dans les trois domaines de la présente étude, la pratique de la comptabilité inversée nuit aux femmes. Dans les ruptures, il est plus facile de négocier quand on demeure dans la marge de liquidités ou d'emprunt de l'ex-époux. Dans les successions, on évitera l'inventaire avec évaluation et risque de vente pour se contenter d'évaluations basses, fiscalement intéressantes⁷⁴. Même dans le calcul des pensions alimentaires, pour protéger le capital structurant des débiteurs⁷⁵, les avocats de part et d'autre se focaliseront surtout sur le montant des revenus du débiteur, plutôt que sur les droits de la créancière⁷⁶.

Ainsi, les héritières et les créancières reçoivent des soultes diminuées⁷⁷ et refiscalisées quand elles seront investies par elles dans du capital (p. ex. droits d'enregistrement, T.V.A.).

Le constat de comptabilités inversées a des répercussions juridiques majeures pour la présente étude : il apparaît, à ce jour en France, que l'égalité en nature et en valeur imposée par la loi peut être écartée par des pratiques genrées. Les autrices sont amères : ni les procédures, ni les règles de solidarité patrimoniale, ni le droit alimentaire, ne compensent l'appauvrissement des femmes en couple. Les images rassurantes pour les juristes et les professionnels du « bon divorce négocié »⁷⁸ ou de la « paix des familles » se ternissent de biais de genre. Pour les autrices, la raison réside dans une absence de remise en question suffisante du principe que le capital doit être conservé et que les hommes en sont les meilleurs dépositaires.

⁷³ C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, pp. 157 et s.

⁷⁴ Une paix des familles à l'ombre du fisc et au détriment des femmes (C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, p. 168).

⁷⁵ Ou « son honneur » quand les revenus sont très bas et qu'il n'y a pas de capital (C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, pp. 245 et 260). F. Swennen pointe un autre « maillon faible » : le « marché » de l'optimisation fiscale qui aboutit à réduire la masse taxable des revenus, ce qui se répercute dans les montants aisément calculables, sans devoir percer la complexité produite (sur ce sujet, voy. *infra*, n° 61) (F. SWENNEN, « Alimentatierecht: afschaffen », *T. Fam.*, 2014, p. 59).

⁷⁶ Il faut intégrer à l'analyse la donnée de l'intérêt professionnel personnel de l'avocat : poids relatif dans sa pratique des dossiers contentieux par rapport à ceux qui se concluent par des accords ; risque d'impayés à être conseil au contentieux d'un partenaire économiquement faible ; charge de travail comme demandeur de créance alimentaire supportant la charge de la preuve ; charge de travail à répondre aux critiques en droit et en fait du partenaire économiquement fort et potentiel débiteur.

⁷⁷ C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, pp. 150-152.

⁷⁸ C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, p. 196, citant I. THERY, *Le démantèlement. Justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 2013.

E. LA PRODUCTION DE COMPLEXITÉ ET D'IGNORANCE AUTOUR DU CAPITAL FAMILIAL

61. Un dernier apport marquant de la recherche de C. Bessière et S. Gollac et pertinent pour la présente étude est l'observation d'une « **production organisée de complexité ou d'ignorance** » par les hommes dotés d'un capital très important, avec la collaboration de professionnels spécialisés⁷⁹.

Des structurations patrimoniales sociétales, internationales, plus ou moins légales, sont souvent mises en place contre le fisc pour le rendre ignorant ou complexifier l'établissement de la base imposable. Elles procurent un avantage à leur propriétaire dans le partage ou dans les procédures alimentaires⁸⁰. Elles nuisent aux femmes demandresses de pension ou d'attribution de biens : déficit d'information, difficulté de partager les immeubles et les entreprises, obligation de se taire ou négocier un accord quand les structures (conjointement) mises en place ne peuvent être dévoilées.

En miroir il se confirme que gérer la pauvreté au sein du couple est un travail, celui des femmes « gestionnaires de l'ingérable »⁸¹. La gestion de l'aisance est réappropriée par les hommes. On délègue aux professionnels celle la fortune.

F. LA MISE EN ŒUVRE INÉGALITAIRE DE RÈGLES JURIDIQUES PROTECTRICES ET ÉGALITAIRES

62. Un constat juridique fondamental des autrices, pertinent pour la présente étude, est que, dans tous les milieux sociaux, **une loi formellement égalitaire peut être appliquée de manière inégalitaire en raison de biais de genre**.

Au minimum cela « invisibilise » l'inégalité de patrimoine entre hommes et femmes.

Au pire cela « légitime » l'appauvrissement des femmes⁸².

Tant la « comptabilité inversée » que la « production de complexité et d'ignorance » contribuent par la voie de la négociation à des dérogations à l'égalité formelle prescrite par la loi ou la jurisprudence. Par exemple, dans le couple marié, la solidarité obligatoire sur les acquêts (régime de communauté)

⁷⁹ C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, pp. 192 et s. Les autrices constatent empiriquement des biais de genre dans les secteurs professionnels de l'optimisation fiscale et sociétale. Elles rappellent l'invisibilité du travail non déclaré et des revenus non fiscalisés.

⁸⁰ F. SWENNEN, « Alimentatierecht: afschaffen », *T. Fam.*, 2014, p. 59 (impact de l'optimisation fiscale sur le revenu éligible au calcul alimentaire).

⁸¹ A. PERRIN HEREDIA, « La gestion du budget : un pouvoir paradoxal pour des femmes des classes populaires », in A. LAMBERT, P. DIETRICH-RAGON et C. BONVALET, *Le monde privé des femmes*, Paris, INED, 2018, <https://books.openedition.org/ined/17375>.

⁸² C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, p. 277.

peut être impactée par la mise en place d'une société professionnelle. Autre exemple, les pensions alimentaires après divorce sont plus difficiles à calculer ou demander en justice quand les revenus du débiteur sont d'origines ou de formes multiples. Enfin, le partage en nature ou la réserve héréditaire sont plus difficilement applicables en face d'un patrimoine complexe, mixte de sociétés et de privé⁸³.

Les juristes pourront s'étonner du constat des autrices selon lequel les juges ne compensent pas ou peu ces pratiques inégalitaires. Elles nous apprennent que, d'abord, les juges sont tenus à l'écart des accords amiables réalisés à l'entremise des professionnels⁸⁴. Ensuite, masculins ou féminins, les juges ne seraient pas affectés d'un biais inverse de forcer l'application des protections égalitaires⁸⁵.

Ce constat juridique du poids des pratiques sur l'égalité formelle est crucial pour notre étude : d'une part, il convient de le vérifier ou de l'infirmier empiriquement ; d'autre part, il pourrait avoir une influence sur les recommandations au législateur.

Est-il en effet efficient pour le législateur d'accroître des protections impératives (p. ex. solidarité alimentaire), des protections supplétives (p. ex. solidarité sur les acquêts *opting out*⁸⁶), ou des protections judiciaires (p. ex. correctif en équité *opting out*) si leur mise en œuvre⁸⁷, affectée de pratiques genrées, ne réduit pas l'écart patrimonial entre hommes et femmes ?

La réponse à cette question est encore plus complexe si l'on prend en considération un courant doctrinal critique envers les protections de droit privé parce qu'elles véhiculent un stéréotype de femme dépendante de son partenaire, alors qu'il reviendrait à l'État de réduire cette dépendance au départ de la richesse publique⁸⁸. La communauté d'acquêts autant que l'usufruit du conjoint

⁸³ Il faut à nouveau intégrer à l'analyse la donnée de l'intérêt professionnel personnel des avocats : charge de travail pour « crever l'écran » de la personnalité morale ; charge de travail et risque d'impayés pour la recherche d'informations sur le patrimoine à partager ou les revenus supportant une dette alimentaire.

⁸⁴ C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, p. 221.

⁸⁵ Les magistrats sont victimes de la production de complexité, mais parfois contraints d'appliquer la méthode de comptabilité inversée (limite légale du 1/3 des revenus, principe du dispositif, art. 301 C. civ.).

⁸⁶ Le terme *opting out* s'entend d'une institution qui s'applique par défaut, sauf si les époux décident de l'exclure après information.

⁸⁷ Observée dans la pratique, le « droit d'en bas » : A.-M. LEROYER, *Droit de la famille*, Paris, PUF, 2022, p. 252, n° 330.

⁸⁸ A.-M. LEROYER, *Droit de la famille*, Paris, PUF, 2022, pp. 254-255, n°s 334-335. Nous partageons l'avis de l'autrice qui écrit que tant une rémunération par le mari du travail domestique de la femme via la pension alimentaire, que le partage des biens du couple par des règles de communauté, peuvent avoir un effet légitimant le don des femmes et les maintenir dans une position humiliante (pp. 254-255). Néanmoins cette protection privée est plus efficace de *lege lata* et il nous semble inopportun de l'affaiblir en espérant une protection publique à brève échéance et aussi efficace.

survivant, en d'autres termes, légitimeraient l'inscription économique des femmes dans la sphère domestique⁸⁹.

G. L'ÉPREUVE DU DROIT ET DU TERRAIN BELGES

63. Nous terminons l'état de l'art socio-ethnographique en citant la **conclusion** des chercheuses françaises : « du fait des rapports différenciés au droit et à ses professionnel.les, certaines familles s'approprient les richesses en même temps que, dans toutes les familles, les femmes s'appauvrissent au bénéfice des hommes »⁹⁰.

La présente étude ne recherchera cependant pas en Belgique si, comme les autrices l'affirment également dans une phrase forte : « l'esclave entre toutes est l'ex-femme du prolétaire, assignée au travail domestique gratuite et condamnée à être dépendante financièrement soit de l'État, soit d'un nouveau conjoint »⁹¹.

Nous nous centrons en effet sur l'influence du genre sur les règles de transmission du patrimoine et non sur (la gestion de) la pauvreté, étant l'absence de patrimoine. Néanmoins, la question du rôle de l'État se posera, et nous ferons des recommandations d'intervention : en plus de son action contre la pauvreté ou dans la gestion de celle-ci, l'État ne doit-il pas compenser l'inefficacité de certaines règles de transmission du patrimoine pour pallier les inégalités liées au genre qui en découlent ? (p. ex. recommandation d'une procédure notariale renforcée pour acter une renonciation à un partage égalitaire).

Notre objectif est de confirmer ou infirmer certains constats empiriques détaillés ci-dessus pour proposer de modifier ou non des règles formellement égalitaires de droit privé, à brève échéance, dans le moment présent.

Nous vivons une période charnière entre le moment d'aujourd'hui où le monde politique a pris conscience de son rôle dans la réduction de l'écart salarial et patrimonial, et les instants d'hier et de demain où se sont produits et se produiront encore des anomalies de transmission générées sur fond de règles formellement égalitaires.

⁸⁹ A.-M. LEROYER, *Droit de la famille*, Paris, PUF, 2022, p. 253, n° 331. L'autrice va jusqu'à proposer que la séparation de biens devienne le régime légal, dans une perspective émancipatoire. Comme dit ci-dessus, cette utopie est risquée, sauf si elle est poursuivie en parallèle d'une réelle égalité économique, soutenue par une politique publique efficace.

⁹⁰ C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, p. 279.

⁹¹ C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, p. 267.

SECTION 3. ÉTAT DU DROIT SUR LA TRANSMISSION DU PATRIMOINE DES COUPLES ET DES FAMILLES. ANALYSE DE DROIT BELGE ET COMPARATIVE

64. Dans ce chapitre, nous présentons d'abord les différents régimes juridiques de transmission du patrimoine entre partenaires affectifs en droit belge. Nous distinguons la situation des époux (A), des cohabitants légaux (B) et des cohabitants de fait (C). Nous examinons ensuite (D) la transmission par décès d'un des partenaires, principalement sous l'angle de la protection du partenaire survivant et des héritiers réservataires.

L'objectif est d'exposer les règles de transmission du patrimoine, de répartition des revenus ou de protection juridique liées aux statuts, ainsi que leur utilité pour les partenaires ou les membres de la famille en cas de rupture ou de décès.

Nous analysons systématiquement les règles applicables et exposons les controverses, en mettant l'accent sur : 1) l'importance de l'autonomie de la volonté comme paramètre juridique ; 2) les événements de la vie commune susceptibles de déséquilibrer la situation économique des partenaires et pouvant créer une faiblesse économique⁹² ; 3) les protections légales, les remèdes développés par la jurisprudence et les suggestions de la doctrine.

65. L'analyse de droit comparé porte sur la France et les Pays-Bas, pays retenus en raison de leur proximité géographique, culturelle et juridique. La comparaison est systématique et fonctionnelle sur les thématiques utiles à l'étude : choix et adhésion au statut de couple, protection liée au statut de couple et orientations principales du droit successoral.

A. LES ÉPOUX

1. *Point d'entrée : célébration du mariage*

66. Le mariage est une institution à laquelle deux personnes adhèrent librement, au moyen d'un contrat formalisé, et dont l'objectif est la création d'une communauté de vie affective durable⁹³.

⁹² Il n'y a pas de présupposé de genre identifiant les «partenaires économiquement faibles» et les «femmes». Si les constats faits en matière d'écart salarial induisent la possibilité d'une telle assimilation, l'hypothèse d'une faiblesse économique nécessitant une protection n'est pas genrée et peut se produire dans un couple de partenaires de même sexe ou au détriment d'hommes.

⁹³ R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 3, n° 2 ; G. VERSCHULDEN, *Handboek belgisch personen-, familie- en relatievermogensrecht*, Bruges, die Keure, 2021, p. 595, n° 1256 ;

L'institution du mariage présente plusieurs **traits caractéristiques**. D'une part, elle est en partie soustraite à la volonté des époux, qui ne peuvent qu'y adhérer. Par exemple, il n'est pas possible de contracter mariage sans respecter les règles d'accès fixées par le Code civil (art. 143-164 anc. C. civ.). D'autre part, elle remplit un rôle social en instaurant une solidarité personnelle et patrimoniale entre les époux⁹⁴. Après un divorce, un ex-époux peut réclamer un partage des acquêts⁹⁵ sauf convention contraire et, s'il est dans le besoin, il peut, sous certaines conditions, obtenir une pension alimentaire.

67. Historiquement, lors de l'adoption du Code civil de 1804, le mariage était la seule forme de vie en couple jugée acceptable dans l'ordre juridique. Son fonctionnement reflétait les impératifs prescrits par la société de l'époque. Il avait notamment pour objectif de réguler la procréation et d'instaurer une micro-société sous la conduite du mari.

Le droit du mariage a connu de profondes évolutions : ses conditions d'accès ont été assouplies, la relation entre les époux est égalitaire, les liens avec le droit de la filiation ont été neutralisés pour la plupart, la rupture par divorce est considérée comme un droit⁹⁶.

Les réformes successives ont globalement réduit les aspects contraignants du mariage. Elles sont en partie justifiées par la diminution du nombre de mariages et l'augmentation du nombre des divorces, qui s'expliquent par un ensemble de facteurs socio-économiques et démographiques⁹⁷. La fonction du couple au

F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht. Een benadering in context*, 8^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 290, n° 442 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 316, n° 314.

⁹⁴ F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht. Een benadering in context*, 8^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 290, n° 442 ; R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 19, n° 23.

⁹⁵ Le terme « acquêts » est très important pour notre étude. La notion d'acquêts sera employée pour désigner les biens acquis ou constitués pendant la relation affective dans un partenariat économique, peu importe que cela soit ensemble ou séparément, grâce à leur travail ou à l'épargne et peu importe l'importance des contributions respectives. En régime de communauté, les acquêts s'identifient aux biens communs ; en régimes séparatistes (quel que soit le statut du couple), les acquêts se distinguent des biens existant avant la relation ou issus de libéralités ou de successions (non acquis ou constitués à titre onéreux par le couple). Sur cette notion : R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 54-56, n° 68 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 93, n° 66.

⁹⁶ R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 19, n° 24 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 315, n° 313.

⁹⁷ P.-Y. WAUTHIER, « Éléments socio-anthropologiques pour repenser le droit des cohabitants », in N. DANDROY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 10-14.

sein de la société s'est modifiée⁹⁸, les progrès de la médecine contraceptive et procréative ont décorrélé la sexualité reproductive et récréative, le féminisme a remis en question le rôle du mariage vu comme une institution patriarcale⁹⁹, et l'État a repris en charge des fonctions traditionnellement confiées à la famille¹⁰⁰.

68. Depuis 1972, le nombre de mariages célébrés en Belgique tend à diminuer, jusqu'à atteindre un creux, en 2013, avec 37.854 mariages conclus¹⁰¹. Depuis lors, le nombre de mariages s'est stabilisé avec une moyenne de 42.731 mariages par année. Le creux de 2020 (32.779 mariages conclus) s'explique vraisemblablement par la crise sanitaire.

En parallèle, le nombre de divorces a fortement augmenté entre 1972 (7.832 divorces prononcés) et 2008 (35.366 divorces prononcés). Il tend depuis à diminuer, en partie parce qu'il y a eu moins de mariages.

Le taux de divortialité (c'est-à-dire le rapport entre le nombre de divorces enregistrés au cours d'une année et la population totale moyenne de cette même année) restait constant depuis plusieurs années, avec quatre mariages sur dix se terminant par un divorce. Ce taux a diminué en 2022 : un mariage sur trois se clôture désormais par un divorce.

⁹⁸ N. GALLUS, Y.-H. LELEU, G. MATHIEU et F. SWENNEN, «Diversité et pluralité des formes et fonctions familiales en Belgique», in J. HEATON et A. KEMELMAJER (dir.), *Plurality and Diversity in Law. Family forms and Family's Functions*, Cambridge, Intersentia, 2023, pp. 173-174 et pp. 183-185 ; voy. aussi : E. ALOFS, «Het echtscheidingsrecht en -risico in historisch perspectief», in D. DE RUYSSCHER, P. DE HERT et M. DE METSENAERE (dir.), *Een leven van inzet. Liber amicorum Michel Magits*, Malines, Kluwer, 2012, pp. 77-117 ; E. ALOFS, «Het echtscheidingsrisico in België», *T. Fam.*, 2013, pp. 24-29.

⁹⁹ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 314-316, n° 313.

¹⁰⁰ E. ALOFS et R. HOOP, «De houdbaarheid van compenserende uitkeringen in geval van verlies van kostwinner door overlijden (overlevingspensioen) en na echtscheiding (recht op alimentatie) in het 'adult worker model': incorporatie van nieuwe sociale risico's», *B.T.S.Z.*, 2009/4, pp. 683-725 ; E. ALOFS, «Socialezekerheidsrechtelijke aspecten van notariële gezinsdossiers», in G. VERSCHULDEN (dir.), *Rechtskroniek voor het Notariaat - Deel 24*, Bruges, die Keure, 2014, pp. 1-52 ; E. ALOFS et G. VAN LIMBERGHEN, «De hervorming van het overlevingspensioen en het belang daarvan voor de notariële praktijk», in E. ALOFS, H. CASMAN et A. VAN DEN BOSSCHE (dir.), *Liber Amicorum André Michielsens*, Malines, Kluwer, 2015, pp. 129-175 ; E. ALOFS, «De interferentie tussen het alimentatierecht en de leefloonregeling: schipperen tussen familiale en maatschappelijke solidariteit», in I. BOONE, J. PUT, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (dir.), *Liber Amicorum Patrick Senaev*, Malines, Kluwer, 2017, pp. 143-163.

¹⁰¹ G. VERSCHULDEN, *Handboek belgisch personen-, familie- en relatievermogensrecht*, Bruges, die Keure, 2021, pp. 596-597, n° 1260 ; voy. aussi : D. MORTELMANS, F. SWENNEN et E. ALOFS, «De echtscheiding en haar gevolgen: een vervlochten evolutie van recht en samenleving», in D. CUYPERS et al. (dir.), *Echtscheiding: werkelijk win for life?*, Bruges, die Keure, 2008, pp. 1-37.



69. En tant que forme de vie commune institutionnalisée, le mariage nécessite une démarche des partenaires pour officialiser leur union. La validité du mariage dépend du respect de **conditions de fond**.

Les partenaires doivent être en vie au moment du mariage. Cette condition est évidente mais non sans enjeux, compte tenu des droits successoraux du conjoint survivant (*infra*, n^{os} 121 et s.). Elle peut avoir une incidence dans les cas où l'espérance de vie d'un futur époux est très faible : le mariage *in extremis*, notamment en vue d'une transmission de biens ou d'une constitution d'usufruit successoral, est concevable et valable.

Les partenaires doivent être majeurs, capables, célibataires et sans lien de parenté entre eux (art. 144, art. 492/1, § 1^{er}, al. 3, 2^o, art. 147, art. 161 à 163 anc. C. civ.). Il est possible de déroger aux conditions de majorité et de capacité (art. 145, 145/1 anc. C. civ.). Il est également possible de déroger dans certains cas aux règles d'empêchements à mariage entre futurs époux apparentés (art. 146 anc. C. civ.).

Les partenaires doivent consentir librement au mariage, plus précisément exprimer une volonté de former une communauté de vie durable. Ce principe est parfois mis à mal par des tentatives de détourner l'institution pour bénéficier d'un droit d'accès au territoire belge, également rencontrées pour la cohabitation légale (*infra*, n^o 97), donc lorsque le statut du couple confère une protection ou des avantages (p. ex. : mariage simulé en vue d'obtenir un droit au séjour). La liberté du consentement au mariage est également menacée par des coutumes incompatibles avec le droit et la société belge (p. ex. : mariages forcés). La loi tente d'y remédier (art. 146*bis* et 146*ter* anc. C. civ.) dans le cadre plus général de la lutte contre la violence faite aux femmes, principales victimes de ces abus¹⁰².

¹⁰² F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht. Een benadering in context*, 8^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 299, n^o 455.

70. Au niveau de la **forme**, les partenaires doivent effectuer une déclaration de mariage devant l'officier de l'état civil (art. 164/1, § 1, anc. C. civ.). Celui-ci s'assure du respect des conditions de fond sur la base de documents auxquels il a accès via la banque de données des actes de l'état civil (BAEC) ou fournis par les époux. Après une période d'attente, si l'ensemble des conditions sont remplies, l'officier de l'état civil célèbre le mariage en présence des époux et établit l'acte de mariage dans la BAEC (art. 165/1, al. 1, anc. C. civ.).

Si les conditions du mariage ne sont pas respectées, le mariage peut être annulé, mais à des conditions plus restrictives qu'en droit commun des nullités, en raison des effets du mariage sur les droits personnels et patrimoniaux des époux¹⁰³.

2. Régime matrimonial

a. Existence et choix d'un régime matrimonial

71. Lorsque deux partenaires se marient, ils sont soumis à un « régime matrimonial ». Ce dernier reprend l'ensemble des règles d'ordre patrimonial qui régissent, au cours et à la dissolution du mariage, les biens des époux et toutes les questions pécuniaires du ménage¹⁰⁴.

Le droit des régimes matrimoniaux est issu d'une loi du 14 juillet 1976 et est intégré dans le Code civil¹⁰⁵. Cette loi n'a subi aucune modification fondamentale : les réformes existantes ont essentiellement comblé des lacunes ou clarifié des controverses. La principale réforme, issue de la loi du 22 juillet 2018 s'inscrit dans cette tendance, même si elle a également renforcé le droit des conjoints à disposer librement de leur patrimoine d'acquêts en cas de décès¹⁰⁶. La loi du 19 janvier 2022 a intégré les dispositions de régime matrimonial dans

¹⁰³ Les conditions diffèrent lorsque des conditions de fond n'ont pas été respectées et ont échappé à la vigilance de l'officier de l'état civil, et lorsque des conditions de forme n'ont pas été respectées (p. ex. : l'officier de l'état civil célèbre le mariage en dehors du territoire de la commune). Voy. : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 343 et s.

¹⁰⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1987, pp. 671-672.

¹⁰⁵ Loi du 14 juillet 1976 relative aux droits et devoirs respectifs des époux et aux régimes matrimoniaux, *M.B.*, 19 septembre 1976.

¹⁰⁶ A.-L. VERBEKE, « Aanwinsten en huwelijksvoordelen in een evenwichtig huwelijksvermogensrecht », *T.E.P.*, 2014, pp. 306-308 ; R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 56-58, n° 69 ; R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2018 p. 304, n° 526 et p. 316, n° 546 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 425, n° 342 ; voy. également : Projet de loi modifiant le Code civil et diverses autres dispositions en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant la loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-2848/007, pp. 89-122.

le nouveau Code civil, coordonné celles-ci, et apporté quelques modifications de fond, également en ce qui concerne la disposition des acquêts en cas de décès¹⁰⁷.

Les **différences** entre le régime matrimonial légal et les régimes patrimoniaux des autres statuts (cohabitation légale et cohabitation de fait), notamment l'absence de régime patrimonial détaillé, posent de nombreuses questions.

Actuellement, la plupart des couples choisissent de ne pas se marier ; ils choisissent donc un régime patrimonial sans communauté de biens. Ce constat intuitif est confirmé par des statistiques récentes : en 2022, 48.482 mariages ont été célébrés¹⁰⁸ ; 38.359 déclarations de cohabitations légales ont été enregistrées¹⁰⁹. À ces données, il faut ajouter les très nombreux couples cohabitants de fait, encore « invisibilisés » en raison de la difficulté de les répertorier.

Un courant doctrinal important critique la différence entre communauté et autres statuts, et ses conséquences négatives pour les partenaires économiquement plus faibles, en particulier les femmes¹¹⁰. Des suggestions sont faites pour en assouplir les conséquences.

- Le mariage et son régime matrimonial sont, pour une grande partie de la doctrine, le point de comparaison avec la cohabitation légale et la cohabitation de fait (*huwelijkscentrisme*)¹¹¹. Le constat général est que le mariage a encore une très forte prééminence, due à la tradition et l'image d'engagement qu'il renvoie¹¹², ainsi qu'à son degré élevé de protection (régime matrimonial communautaire, pension alimentaire), largement supérieur à celles des deux autres statuts¹¹³.

¹⁰⁷ Loi du 19 janvier 2022 portant le livre 2, titre 3 « Les relations patrimoniales des couples » et le livre 4 « Les successions, donations et testaments » du Code civil, *M.B.*, 14 mars 2022. Voy. à ce sujet not. : Ph. DE PAGE, « La codification du livre 2.3 du Code civil – Les régimes matrimoniaux et les conventions matrimoniales – Présentation générale », *Rev. trim. dr. fam.*, 2022, p. 545.

¹⁰⁸ Source : Statbel : <https://statbel.fgov.be/fr/themes/population/parteneriat/mariages>.

¹⁰⁹ Source : Statbel, <https://statbel.fgov.be/fr/themes/population/parteneriat/cohabitation-legale#news>.

¹¹⁰ A. VERBEKE, E. ALOFS, C. DEFEVER et D. MORTELMANS, « Gender Inequalities and Family Solidarity in Times of Crisis », in L. CORNELIS (dir.), *Finance and Law: Twins in Trouble*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 57-89.

¹¹¹ F. SWENNEN, « Wettelijke samenwoning: Geens'sprong naar het recht voor gisteren? », *T. Fam.*, 2018, p. 2 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Le conjoint survivant et le cohabitant légal survivant », in P. MOREAU (dir.), *La réforme du droit des successions*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 460. Sur le « huwelijkscentrisme » dans les débats sur les autres statuts : E. GOOSSENS, « Kompas voor een nieuw samenwoningsrecht: neutraal, coherent en compensatie- en behoeftegericht », *R.G.D.C.*, 2019, p. 545.

¹¹² A.-M. LEROYER, *Droit de la famille*, Paris, PUF, 2022, p. 223, n° 292 et p. 296, n° 378.

¹¹³ E. GOOSSENS, « Kompas voor een nieuw samenwoningsrecht: neutraal, coherent en compensatie- en behoeftegericht », *R.G.D.C.*, 2019, pp. 545-553 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 21-22, n° 4 ; F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht*, 8^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 395-396, n° 624 et p. 411, n° 648 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J. SAUVAGE, *Le couple. Édition 2022*, Limal, Anthemis, 2022, pp. 33-37.

- Des critiques sont émises sur le fait que les époux bénéficient d'une protection légale et d'un régime matrimonial, alors que toute vie commune pourrait bénéficier d'une protection dès lors qu'elle installe un partenariat économique – une « co-entreprise »¹¹⁴ – auquel les partenaires contribuent chacun à leur manière (p. ex. : mise en commun des revenus, tâches ménagères ou professionnelles gratuites, éducation des enfants...) ¹¹⁵. Il en résulte pour certains auteurs l'obligation pour le législateur d'instaurer une participation aux acquêts¹¹⁶ *opting out*, qu'il n'est donc possible d'exclure que par un choix informé¹¹⁷.
- À cela certains auteurs opposent que la différence entre les régimes patrimoniaux des couples se justifie car elle résulte du choix des partenaires, auquel sont liées des conséquences juridiques qu'il faut respecter¹¹⁸. Il ne serait pas cohérent qu'une forme de conjugalité engendre des droits sans obligations corrélatives¹¹⁹. La Cour constitutionnelle a statué en ce sens à propos d'époux séparés de biens qui se sont plaints de ne pas pouvoir bénéficier de mécanismes communautaires qu'ils n'ont pas « choisis » (*infra*, n° 87).
- Certains auteurs contestent la pertinence du choix dont découlerait notamment la présence ou l'absence de régime matrimonial, au motif que ce choix n'est pas nécessairement fait sur la base des conséquences patrimoniales du statut, et peut être motivé par d'autres considérations, juridiques ou non juridiques¹²⁰.

¹¹⁴ La jurisprudence canadienne est en ce sens, et progresse, du moins en *common law*, sur la reconnaissance d'un partage d'acquêts au sein des couples dans lesquels on reconnaît l'existence d'une « co-entreprise ». Voy. not. : R. LECKEY, « Unjust enrichment and *de facto* spouses », *La Revue du Notariat (Québec)*, 2012, p. 477 ; B. MOORE, « Variations chromatiques : l'union de fait entre noir et blanc », in *Mélanges Adrian Popovici. Les couleurs du droit*, Montréal, Thémis, 2010, pp. 97 et s.

¹¹⁵ R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 35-36, n° 55 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 23-24, n° 6.

¹¹⁶ Sur la notion d'acquêts, voy. *supra*, n° 66, note de bas de page 94.

¹¹⁷ R. BARBAIX et A. VERBEKE, *Beginselen relatievermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2012, pp. 240-243, n°s 488-489 ; C. DECLERCK, « Koude uitsluiting: hervormen of afschaffen? », *T. Fam.*, 2012, p. 30 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 30, n° 7-1 ; A. VERBEKE, « Weg met de koude uitsluiting », *WPNR*, 2001, p. 945 et « Zuivere scheiding van goederen verbieden », *A.J.T.*, 2001-2002, p. 671.

¹¹⁸ F. BUYSSENS, « Wettelijke samenwoning: het recht is geen zaak van billijkheid », *T. Fam.*, 2006, p. 65 ; F. BUYSSENS, « Laten we onze verantwoordelijkheid opnemen (inzake de hervormde procedure van gerechtelijke vereffening-verdeling) », *T. Fam.*, 2012, p. 54 ; Ch. DECLERCK et D. PIGNOLET, « La réévaluation des créances en régime de séparation de biens », *Act. dr. fam.*, 2010, p. 92 ; Ch. DECLERCK, « Herwaardering van schuldvorderingen in scheidingsstelsels », *N.F.M.*, 2010, p. 234 ; F. TAINMONT, « Quelle place pour le partenaire survivant ? », in N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 442-443, n° 57 ; V. WYART, « Du contractualisme du contrat de mariage et de ses conséquences sur la preuve des créances entre (ex-)époux », *Rev. not. b.*, 2013, pp. 7 à 22.

¹¹⁹ F. TAINMONT, « Quelle place pour le partenaire survivant ? », in N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 442-443, n° 57.

¹²⁰ C. FORDER et A. VERBEKE, « Geen woorden maar daden. Algemene rechtsvergelijkende conclusies en aanbevelingen », in C. FORDER et A. VERBEKE (dir.), *Gehuwd of niet. Maakt*

- On souligne que le partage des rôles dans le couple se fait sans choix, parfois même contre des choix individuels, tout à l’opposé d’une démarche consciente, rationnelle et surtout juridique¹²¹. Or le partage des rôles est potentiellement créateur d’une richesse pouvant être appropriée s’il n’y a pas de communauté d’acquêts.
- Des auteurs exposent que dans plusieurs domaines du droit (p. ex. : droit au bail, droit de la consommation), le consentement de la partie vulnérable est protégé par des lois impératives (p. ex. : information aggravée, droit de résiliation...) ¹²². Le droit de la famille et le droit patrimonial de la famille sont des domaines où la protection des personnes vulnérables est une fonction importante¹²³.
- Certains auteurs critiquent le fait que les partenaires affectifs non mariés soient soumis au droit commun des obligations et des contrats pour certains aspects de leurs rapports patrimoniaux (p. ex. : confusions de patrimoine, collaborations professionnelles non rémunérées). Selon eux, l’élément affectif modifie les rapports de force dans la relation contractuelle au détriment des partenaires économiquement faibles¹²⁴. Il affecte la qualité du consentement (« vice d’amour »)¹²⁵. Il justifie que la jurisprudence modifie le droit commun pour l’adapter au contexte affectif (« familialisation »)¹²⁶, notamment des conditions de l’enrichissement sans cause¹²⁷.

het iets uit?, Anvers, Intersentia, 2005, p. 489 ; A. VERBEKE, E. ALOFS, C. DEFEVER et D. MORTELMANS, « Gender Inequalities and Family Solidarity in Times of Crisis », in L. CORNELIS (dir.), *Finance and Law: Twins in Trouble*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 72 et s.

¹²¹ « L’intégration conjugale qui désigne la gestion collective des charges de la vie en couple se construit implicitement, tandis que la spécialisation de chaque partenaire se construit dans le silence : N. DANDOY, « La solidarité financière après la rupture », in N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 294. Voy. aussi : A.-L. VERBEKE, E. ALOFS, C. DEFEVER et D. MORTELMANS, « Gender Inequalities and Family Solidarity in Times of Crisis », in L. CORNELIS (dir.), *Finance and Law: Twins in Trouble*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 68 et s.

¹²² Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 436, n^o 346 ; A. NOTTET, *Le consommateur mineur. Analyse juridique de la protection d’une personne doublement vulnérable*, Waterloo, Kluwer, 2013.

¹²³ C. DECLERCK, « Een lans voor de huisvrouw in de 21^e eeuw », *T. Fam.*, 2015, p. 43 ; C. DECLERCK, « Naar een beter evenwicht tussen autonomie en solidariteit in het relatievermogensrecht », *T. Fam.*, 2016, p. 106.

¹²⁴ A.-L. VERBEKE, « Gender-ongelijkheid bij zuivere scheiding van goederen. Pleidooi voor een gedwongen en onderhandelende aanpak », *T.E.P.*, 2010, p. 98.

¹²⁵ A.-L. VERBEKE, « Het wilsgebrek van de liefde », *T.E.P.*, 2015, p. 100 ; voy. aussi : A. VERBEKE, E. ALOFS, C. DEFEVER et D. MORTELMANS, « Gender Inequalities and Family Solidarity in Times of Crisis », in L. CORNELIS (dir.), *Finance and Law: Twins in Trouble*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 72 et s.

¹²⁶ G. WILLEMS, « La séparation des couples en droit anglais et belge : contribution de droit comparé à la réflexion entre équité et sécurité juridique en droit de la famille », *Rev. dr. int. dr. comp.*, 2016, p. 565, spéc. pp. 577 et s., citant A. HAYWARD, « “Family Property” and the Process of “familialisation” of Property Law », *Child and Family Law Quarterly*, 2012, p. 284.

¹²⁷ Cass., 4 juin 2020, *J.T.*, 2020, p. 558, note Y.-H. LELEU, *R.W.*, 2020-2021, p. 1028, note A. VAN THIENEN, *T.E.P.*, 2020, p. 101, note M. AERTS, *T. Fam.*, 2020, p. 247, note M. AERTS, *T.B.O.*, 2020, p. 418, *R.G.D.C.*, 2021, p. 226, *T. Not.*, 2021, p. 80.

b. Régime primaire impératif

72. Le **régime primaire** détermine les droits et les devoirs des époux nécessaires au fonctionnement de toute association conjugale (art. 212 à 224 anc. C. civ.). Il régit le cadre juridique de la vie conjugale et les obligations personnelles et économiques¹²⁸. Il s'impose à tous les couples mariés, sans possibilité de dérogation, pendant la durée du mariage. Certains aménagements sont possibles en période de crise¹²⁹.

73. Certaines dispositions prescrivent des **droits et des devoirs personnels**, comme les obligations de cohabitation, de fidélité et d'assistance, et le choix de la résidence conjugale (art. 212, 213 et 214 anc. C. civ.).

Leurs effets sont limités par les droits fondamentaux. Il n'est pas possible de sanctionner directement ces normes, car, par exemple, un époux qui refuse de poursuivre la cohabitation ne peut être contraint de vivre avec l'autre. La sanction est d'obtenir du tribunal de la famille des mesures financières d'organisation d'une séparation imposée par l'un à l'autre¹³⁰.

Une partie de la doctrine critique l'opportunité de conserver ces obligations sur le plan juridique¹³¹. D'autres auteurs estiment qu'elles forment le cœur du mariage¹³².

74. Le **logement familial** et les meubles qui s'y trouvent sont protégés par l'article 215 de l'ancien Code civil, dans le but de maintenir une jouissance partagée du cadre de vie. Deux hypothèses peuvent être envisagées :

- 1) un des époux ou les deux époux sont propriétaires de l'immeuble : l'article 215, § 1^{er}, de l'ancien Code civil précise qu'un conjoint ne peut pas disposer de l'immeuble sans l'accord de l'autre, par exemple en vendant unilatéralement l'immeuble ou sa part dans celui-ci ;
- 2) un des époux ou les deux époux sont locataires de l'immeuble : l'article 215, § 2, de l'ancien Code civil indique que tous les actes relatifs au bail doivent être adressés aux partenaires séparément ou émaner de chacun d'eux. Ainsi,

¹²⁸ R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 18-19, n^o 22-23 ; Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge*, t. IX, *Les régimes matrimoniaux*, vol. 1, *Théorie générale du contrat de mariage et régime légal*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 15, n^o 2.

¹²⁹ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 39, n^o 9.

¹³⁰ R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 30-31, n^o 43 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 351, n^o 345.

¹³¹ F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht. Een benadering in context*, 8^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 327, n^o 498 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 348-349, n^o 343.

¹³² A.-Ch. VAN GYSEL et J. SAUVAGE, *Le couple. Édition 2022*, Limal, Anthemis, 2022, pp. 201-202.

le bailleur qui souhaite mettre fin à la location doit notifier le congé à chacun des époux¹³³.

75. L'article 213 de l'ancien Code civil impose un **devoir de secours** entre époux, c'est-à-dire une obligation alimentaire visant à fournir à l'époux économiquement plus faible les ressources nécessaires pour participer au niveau de vie du conjoint¹³⁴.

Le devoir de secours s'exécute en nature durant la vie commune par le partage des niveaux de vie, conduisant à un transfert de revenus du partenaire le mieux rémunéré et à un partage de tâches ayant une valeur économique.

Il doit s'exécuter sous forme financière en cas de séparation jusqu'au prononcé du divorce, par l'octroi d'une provision alimentaire ou de l'occupation gratuite du logement familial, dans le cadre des mesures provisoires ordonnées par le tribunal de la famille (*infra*, n° 91).

La provision alimentaire entre époux fondée sur le devoir de secours est supérieure à la pension alimentaire entre ex-époux car elle vise à maintenir au profit de l'époux économiquement plus faible le partage de niveau de vie dont il bénéficiait pendant la vie commune¹³⁵.

Le devoir de secours est une des raisons d'être de l'obligation alimentaire entre ex-époux, mais pas la seule car la pension alimentaire n'a pas cet objectif de maintien du niveau de vie (*infra*, n° 92).

76. Les époux doivent **contribuer aux charges du mariage** en proportion de leurs facultés respectives (art. 221 anc. C. civ.). Les charges du mariage, dans une conception restrictive, comprennent les dépenses personnelles des époux, les frais liés à la vie de la famille et à l'entretien et l'éducation des enfants.

Les facultés contributives comprennent les revenus et les possibilités d'accomplir les charges du mariage par un travail économique ou un travail au foyer¹³⁶.

¹³³ R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 28, n° 39 ; M. COUNE, «Le statut juridique des biens des membres du couple. Le statut primaire», in V. PALM (dir.), *Les couples à la loupe. Impacts juridiques et incidences pratiques de la vie des couples*, Limal, Anthemis, 2022, p. 25, n° 8.

¹³⁴ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 353-354, n° 350.

¹³⁵ N. DANDOY, «Les pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse de décisions de jurisprudence (2021)», *Rev. trim. dr. fam.*, 2021, pp. 839-883, p. 842 ; *Rép. not.*, «Les aliments» (N. GALLUS et Q. DETIENNE), t. I, l. IV, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 170-171, n° 167 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 372, n° 367 et p. 452, n° 479.

¹³⁶ R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 24-25, n° 32 ; M. COUNE, «Le statut juridique des biens des membres du couple. Le statut primaire», in V. PALM (dir.), *Les couples*

L'obligation de contribuer aux charges du ménage instaure une solidarité économique minimale impérative, bénéficiant au conjoint économiquement plus faible¹³⁷.

Dans une conception extensive de cette obligation, la jurisprudence inclut dans ces charges le financement de l'acquisition du logement familial en indivision lorsque les époux sont séparés de biens (*infra*, n° 93). Pour certains auteurs, l'étendue des charges du mariage varie en fonction de la volonté et du niveau de vie du couple¹³⁸ ; pour d'autres elle est déterminée par la loi¹³⁹. En France, le financement d'une résidence secondaire a été inclus par la Cour de cassation dans l'obligation de contribution aux charges du mariage, ce qui permet d'éviter que le financement de celle-ci soit « repris » au moment du divorce par le partenaire qui l'a financé seul¹⁴⁰.

Pour certains auteurs, l'obligation de contribution aux charges du mariage devrait être étendue à tous les couples, y compris les cohabitants de fait, car elle se justifie en raison de la vie en couple plutôt que du statut juridique¹⁴¹. La loi l'étend aux cohabitants légaux (*infra*, n° 103). La jurisprudence a évolué dans cette direction pour les cohabitants de fait, au moyen de l'institution de droit commun de l'obligation naturelle (*infra*, n° 114).

77. Lorsque l'un des époux contracte une **dette pour les besoins du ménage ou l'éducation des enfants**, l'article 222 de l'ancien Code civil oblige solidairement les deux partenaires au paiement de la dette. En augmentant ainsi les droits des créanciers, cette disposition offre du crédit supplémentaire au conjoint sans revenus ou économiquement plus faible.

78. D'autres dispositions du régime primaire protègent l'**autonomie individuelle** en réaction au droit ancien qui donnait plus de pouvoirs au mari.

à la loupe. *Impacts juridiques et incidences pratiques de la vie des couples*, Limal, Anthemis, 2022, p. 28, n° 15.

¹³⁷ Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge*, t. IX, *Les régimes matrimoniaux*, vol. 1, *Théorie générale du contrat de mariage et régime légal*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 16, n° 2.

¹³⁸ R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 291, n° 306 ; J.-L. RENCHON, « Les comptes entre époux séparés de biens relatifs à leurs immeubles indivis et propre », in *La liquidation des régimes de séparation de biens. Actes du colloque organisé par la Commission Barreau-Notariat de Liège le 23 mars 2000*, Liège, éd. du Jeune Barreau de Liège, 2000, pp. 73-78, n° 28.

¹³⁹ Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge*, t. IX, *Les régimes matrimoniaux*, vol. 2, *Régimes conventionnels et droit international privé*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 739, n° 511 ; F. TAINMONT, « La portée juridique du devoir de contribution aux charges du mariage », *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 570, n° 7 et s.

¹⁴⁰ Cass. fr. (1^{re} civ.), 18 décembre 2013, *Rev. not. b.*, 2014, p. 739, obs. Y.-H. LELEU.

¹⁴¹ R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, 2023, p. 34, n° 51 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 587, n° 429.

Chaque époux peut exercer la profession de son choix sans l'accord de son conjoint (art. 216 anc. C. civ.), percevoir seul ses revenus (art. 217 anc. C. civ.) et ouvrir et gérer seul un compte bancaire (art. 218 anc. C. civ.).

79. Une dernière catégorie de dispositions du régime primaire régleme les crises entre époux.

L'article 223 de l'ancien Code civil, en lien avec les articles 1253ter/4 à 7 du Code judiciaire, permet aux époux de saisir le tribunal de la famille pour aménager leurs relations conflictuelles et les décharger de certaines obligations du mariage ou faire exécuter d'autres obligations¹⁴². La procédure se veut plus rapide et efficace qu'en droit commun, car les mesures à prendre sont généralement urgentes et concernent une famille. Le tribunal peut notamment décider :

- d'organiser la séparation des époux, en attribuant provisoirement la jouissance du logement familial à l'un d'eux. En cas de violences conjugales, l'usage provisoire du logement est acquis au partenaire victime, sauf circonstances exceptionnelles (art. 1253ter/5, al. 3, C. jud.)¹⁴³ ;
- d'attribuer une provision alimentaire au partenaire économiquement plus faible, fondée sur le devoir de secours (*supra*, n° 75), et d'un niveau supérieur à la pension alimentaire entre ex-époux après divorce (*infra*, n° 92). Elle peut prendre la forme d'une occupation gratuite de l'ancien logement commun ou indivis ;
- d'organiser les relations entre les époux et leurs enfants ;
- de prendre des mesures d'ordre patrimonial (inventaire, administration...).

Idéalement, les mesures urgentes doivent aplanir les relations conflictuelles avant une éventuelle réconciliation. En pratique, elles anticipent le divorce et peuvent également être ordonnées durant l'instance en divorce¹⁴⁴. Le tribunal de la famille demeure compétent, ce qui assure une continuité et une économie de procédure (*infra*, n° 89). La différence est frappante avec l'absence de compétence légale du tribunal de la famille pour les litiges entre deux partenaires de fait, sauf par le biais de sa compétence relative aux enfants du couple (*infra*, n° 118). Cela peut impacter les droits du conjoint économiquement plus faible en raison des frais de procédure.

¹⁴² P. SENAËVE, « De rechtspleging inzake voorlopige maatregelen tussen echtgenoten en tussen wettelijke samenwonenden en inzake spoedeisende procedures voor de familierechtbank », in P. SENAËVE (dir.), *Handboek Familieprocesrecht*, 2^e éd., Diegem, Kluwer, 2020, pp. 939 et s.

¹⁴³ Y.-H. LELEU et J. LARUELLE, « Examen de jurisprudence (2006-2017) – Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2018, pp. 322-323, n° 13.

¹⁴⁴ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 357, n° 355 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J. SAUVAGE, *Le couple. Édition 2022*, Limal, Anthemis, 2022, pp. 216-219.

c. Régime secondaire supplétif : communauté réduite aux acquêts

80. Le régime matrimonial secondaire organise la composition et la gestion des patrimoines des époux (art. 2.3.1 à 2.3.81 C. civ.). Il est imposé en ce sens qu'un couple marié a toujours un régime matrimonial secondaire, au contraire des cohabitants de fait et des cohabitants légaux. Il est supplétif car les époux peuvent en déterminer le contenu par convention matrimoniale. Il s'applique durant le mariage jusqu'à la dissolution de celui-ci. Il contient les règles de liquidation et de partage du patrimoine commun ou indivis, ainsi que les règles de participation aux acquêts si ce régime secondaire est choisi par les époux.

81. Le régime légal supplétif est une communauté réduite aux acquêts¹⁴⁵.

Un patrimoine commun, à bien distinguer d'une indivision, comprend tous les acquêts du couple :

- les revenus des époux générés durant le mariage, les économies sur ces revenus, les acquisitions et investissements réalisés avec ces revenus ou économies ;
- les revenus des biens propres des époux ;
- les biens donnés ou légués aux époux conjointement¹⁴⁶.

Les époux conservent leur patrimoine propre, qui comprend :

- les biens existants avant le mariage et les biens donnés ou légués durant le mariage ;
- les biens qui, par commodité de gestion, sont soustraits au patrimoine commun¹⁴⁷ ;
- les biens de nature personnelle (p. ex. : vêtements).

Le patrimoine commun est géré par les époux suivant des règles spécifiques. Chaque époux conserve la gestion de son patrimoine propre, dans le respect du régime primaire (*supra*, n^{os} 72 et s.).

82. La communauté réduite aux acquêts instaure une **solidarité sur les acquêts** profitable au partenaire économiquement le plus faible. Chaque époux recueille en effet au minimum¹⁴⁸ la moitié des acquêts à la dissolution du régime. Cela permet à celui ou, plus généralement, celle qui a eu des revenus inférieurs de

¹⁴⁵ Sur la notion d'acquêts, voy. *supra*, n^o 66, note de bas de page 94.

¹⁴⁶ Ou à l'un d'eux avec stipulation que ces biens relèveront du patrimoine commun.

¹⁴⁷ Par exemple, un époux est copropriétaire d'un immeuble avec des frères et sœurs, suite à un héritage. Il achète les parts de ses frères et sœurs avec ses revenus durant le mariage. En principe, ces parts devraient être communes en tant qu'acquêts. Elles sont toutefois qualifiées propres pour que l'immeuble dans son entier soit géré comme les autres biens propres de l'époux. Une récompense sera due à la dissolution du régime dans la mesure où le patrimoine commun a enrichi le patrimoine propre de cet époux.

¹⁴⁸ Des clauses de partage inégal du patrimoine commun peuvent être stipulées, et produire leurs effets pour avantager un époux en cas de décès de l'autre, ou plus rarement un époux déterminé en cas de divorce (*infra*, n^o 85).

participer à l'épargne constituée principalement au moyen des économies générées par les revenus supérieurs. Ce partage ne concerne pas les biens de famille qui restent dans le patrimoine propre des époux.

Par opposition, ni les époux séparatistes ni les partenaires non mariés ne bénéficient d'une aussi large protection. Ils sont soumis au droit commun, mais peuvent choisir (*opting in*) d'installer entre eux une solidarité sur les acquêts. Le conjoint économiquement plus faible est donc *a priori* défavorisé par les régimes séparatistes. Il peut toutefois trouver une compensation dans l'absence de solidarité sur les dettes, si le conjoint économiquement plus fort s'endette excessivement.

83. La solidarité est limitée aux acquêts. Pour cette raison, le régime de communauté prévoit des mécanismes de compensation (**récompenses**) des transferts éventuels de biens entre les patrimoines propres et le patrimoine commun (art. 2.3.44-2.3.47 C. civ.). La vie commune peut en effet conduire à des confusions de biens ou des déplacements de valeur entre ces patrimoines (p. ex. : un époux rénove l'immeuble commun avec des fonds reçus en héritage)¹⁴⁹.

Le régime légal des récompenses facilite la compensation de ces transferts, car il dispense d'établir toutes les conditions d'un enrichissement injustifié (art. 5.135 et s. C. civ.)¹⁵⁰. Dans les régimes séparatistes, le conjoint demandeur d'une compensation a une charge probatoire plus lourde¹⁵¹. Si ce conjoint est le partenaire économiquement plus faible, la charge d'un procès peut être un obstacle à la mise en œuvre du droit (*supra*, n° 71).

84. Les époux n'ont pas l'obligation de se soumettre au régime légal de communauté. Ce régime est **supplétif** *opting out*. Ils peuvent choisir un autre régime secondaire par « convention matrimoniale¹⁵² » notariée.

Le contenu de la convention matrimoniale est laissé à l'autonomie de la volonté des époux. La liberté n'est pas totale, car les époux doivent respecter :

- les dispositions impératives ou d'ordre public (p. ex. : il n'est pas possible de déroger aux règles du régime primaire) (art. 2.3.1 C. civ.) ;
- la cohérence de leur régime secondaire, c'est-à-dire le respect de ses caractéristiques essentielles (art. 2.3.1 C. civ.).

85. Les époux qui modifient le régime légal choisissent, de manière minoritaire, de rester en régime de communauté et de modifier les règles de composition et de

¹⁴⁹ La loi fixe une méthode permettant de calculer le montant exact de la récompense (art. 2.3.46 C. civ.).

¹⁵⁰ Voy. not. : E. ALOFS et A.-S. VANDENBOSCH, « Het bewijs van het recht op vergoeding in geval van vermenging van eigen en gemeenschappelijke banktegoeden. Stort het Hof van Cassatie de stortende echtgenoot in de problemen? », in E. ALOFS et al. (dir.), *Redelijk eigenzinnig...*, Herentals, KnopsPublishing, 2022, pp. 23-48.

¹⁵¹ Cette charge est allégée par la jurisprudence dans un mouvement de « familialisation » de l'enrichissement injustifié – *infra*, n° 93.

¹⁵² Le nom donné au « contrat de mariage » depuis la codification de 2022.

liquidation du patrimoine commun. Ils conservent les éléments essentiels du régime légal – un patrimoine commun, ayant vocation à recueillir l'ensemble des revenus professionnels et les acquêts¹⁵³ munis d'un système de comptes compensatoires (récompenses)¹⁵⁴. Ils aménagent les règles de composition (p. ex. : apport d'un immeuble propre, exclusion des revenus des biens propres¹⁵⁵) ou de liquidation (p. ex. : attribution inégale du patrimoine commun en cas de décès).

Les régimes conventionnels en communauté sont plus souvent souscrits par modification des conventions matrimoniales en cours de mariage que par contrat de mariage pré-nuptial, sauf en cas de remariage à un âge avancé. Leurs stipulations visent en effet principalement à optimiser la transmission des biens en cas de décès (clauses d'apport, clauses de partage inégal). Ces clauses sont caduques en cas de divorce sauf convention contraire (art. 299 anc. C. civ.). Elles profitent au conjoint survivant, donc généralement aux femmes en raison de leur espérance de vie plus élevée, et peuvent susciter des difficultés dans les rapports familiaux entre celui-ci et les enfants, surtout ceux d'une première union. Certaines de ces clauses sont soumises à une fiscalité très lourde (art. 5 C. succ.).

d. Régime secondaire supplétif : séparation de biens

86. En majorité, les époux qui dérogent au régime légal adoptent le régime de la **séparation de biens**, pure et simple ou corrigée.

La séparation de biens repose sur des caractéristiques essentielles fondamentalement différentes. Dans un régime de communauté, il existe une solidarité de principe sur les acquêts supplétive *opting out* ; dans un régime de séparation de biens il n'y a de solidarité sur les acquêts que si elle est expressément stipulée, *opting in*.

En pratique, les époux qui optent pour un régime conventionnel choisissent majoritairement un régime à base séparatiste, selon le dernier baromètre des notaires, publié en février 2021 :

- en 2020, 71,5 % des époux qui ont conclu une convention matrimoniale ont opté pour le régime de la séparation de biens (ou une variante de ce régime) pour régler leur patrimoine¹⁵⁶ ;
- ce pourcentage est en augmentation sur les cinq dernières années (67,9 % en 2016)¹⁵⁷.

¹⁵³ B. CARTUYVELS, « Les régimes de communauté conventionnelle », *Rép. not.*, t. V, l. II, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 999-1011, n^{os} 1210-1225.

¹⁵⁴ Cass., 17 septembre 2007, *T. Fam.*, 2008, p. 72, note K. BOONE.

¹⁵⁵ L'exclusion des revenus des biens propres est autorisée parce qu'elle ne déroge pas aux caractéristiques essentielles d'un régime en communauté. Elle est justifiée car les revenus des propres, au contraire des revenus professionnels, ne sont pas le résultat d'un travail économique. Ils ne sont pas des acquêts.

¹⁵⁶ Cité par A.-Ch. VAN GYSEL et J. SAUVAGE, *Le couple. Édition 2022*, Limal, Anthemis, 2022, pp. 408-409.

¹⁵⁷ Baromètre des notaires 2020. Famille, disponible sur www.notaire.be, pp. 1-3.

En régime de **séparation de biens pure et simple**, les revenus professionnels et les biens acquis avant ou pendant le mariage restent personnels. Les dettes contractées par un époux lui restent personnelles, à l'exception des dettes du ménage. Les partenaires conservent la possibilité de constituer des indivisions en acquérant des biens ensemble, soumis au droit commun de l'indivision. L'obligation de contribution aux charges du mariage (art. 221 anc. C. civ.) instaure une solidarité minimale sur les revenus, dépendant de la plus ou moins large compréhension de cette notion (*supra*, n° 76).

En régime de **séparation de biens corrigée**, les époux installent une solidarité économique dont ils déterminent l'ampleur, les modalités et le degré de contrainte. D'une manière ou d'une autre, ces clauses « communautarisent » le régime séparatiste¹⁵⁸, soit en nature, soit en valeur, soit via une intervention judiciaire :

- Les partenaires peuvent installer entre eux un « **patrimoine d'affectation** », une indivision, communauté ou société composée d'acquêts, dont les règles de fonctionnement s'inspirent de la communauté¹⁵⁹ (art. 2.3.64, § 1^{er}, al. 2, C. civ.). Ces correctifs n'ont pas le même avantage que la communauté pour le conjoint économiquement plus faible, car ils n'organisent pas une mise en commun automatique de tous les acquêts. De plus, des controverses récentes sur leur opposabilité aux tiers pourraient dissuader certains époux et certains praticiens de les adopter¹⁶⁰.
- Les partenaires peuvent stipuler une **participation aux acquêts**, c'est-à-dire une participation financière aux accroissements de valeurs éventuels du patrimoine de leur conjoint à la dissolution du régime, même et surtout en cas de divorce. Ce correctif combine les avantages de la séparation de biens (indépendance, protection contre le passif) et de la communauté (solidarité sur tous les acquêts). Il a reçu une consécration légale depuis la réforme du 22 juillet 2018 (art. 2.3.65 et s. C. civ.) et un encouragement du législateur sous la forme d'une obligation pour le notaire d'en évoquer la possibilité avec les futurs époux (art. 2.3.64, § 3, C. civ.)¹⁶¹. Toutefois, il demeure *opting in*. De plus, comme nous le verrons, il ressort de l'étude empirique que les notaires

¹⁵⁸ V. MAKOW, « Le statut secondaire », in V. PALM (dir.), *Les couples à la loupe. Impacts juridiques et incidences pratiques de la vie des couples*, Limal, Anthemis, 2022, p. 41, n° 40.

¹⁵⁹ Par exemple, les époux peuvent placer dans ce patrimoine l'immeuble familial, qui sera géré et liquidé en suivant des règles similaires à celle du régime de communauté. Ce patrimoine est toutefois accessoire par rapport au régime séparatiste : contrairement au patrimoine commun, il n'a pas vocation à recueillir par défaut les acquêts des époux.

¹⁶⁰ Pour une synthèse : R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2018, pp. 347-350, n°s 603-606 ; R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 309-311, n°s 325-328.

¹⁶¹ R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 301, n° 316 ; Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi de 22 juillet 2018 : présentation, évaluation », in Y.-H. LELEU (dir.), *La réforme du droit des régimes matrimoniaux. Loi du 22 juillet 2018*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 76, n° 138.

n'ont pas tendance à encourager l'adhésion à ce régime mais, au contraire, à en donner plutôt une image complexe.

- Depuis la réforme du 22 juillet 2018, les époux peuvent insérer dans leur convention matrimoniale un **correctif judiciaire en équité** (art. 2.3.81 C. civ.), un « droit à indemnisation » qui permet au juge, sous certaines conditions et dans certaines circonstances, d'octroyer à l'époux économiquement affaibli par le mariage et le régime séparatiste, une indemnisation à charge du conjoint, au maximum le tiers des acquêts cumulés du couple¹⁶².

Une majorité d'auteurs constate que le correctif judiciaire en équité est *opting in*¹⁶³, ce qui est sa faiblesse : une telle protection a moins de chances d'être adoptée qu'une protection supplétive *opting out* d'être exclue.

Dans la pratique, la plupart des contrats contiennent une clause d'information¹⁶⁴ et excluent le droit à indemnisation.

Il ressort en outre de l'étude empirique que les notaires ont tendance à ne pas encourager l'insertion du droit à l'indemnisation¹⁶⁵.

Enfin, même si le correctif est stipulé, ses conditions d'application visent des circonstances tout à fait exceptionnelles et non la simple lésion des intérêts du conjoint économiquement plus faible¹⁶⁶.

Lorsque les époux n'ont pas fait le choix d'un correctif judiciaire en équité et qu'aucune clause de leur contrat n'y est relative, le notaire engage sa responsabilité professionnelle. Néanmoins, selon le courant majoritaire, il n'est responsable

¹⁶² R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 336-337, n° 358 ; Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi de 22 juillet 2018 : présentation, évaluation », in Y.-H. LELEU (dir.), *La réforme du droit des régimes matrimoniaux. Loi du 22 juillet 2018*, Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 66, n° 123.

¹⁶³ R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2018, p. 343, n° 596 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 484-485, n° 373. *Contra* : A.-Ch. VAN GYSEL et J. SAUVAGE, *Le couple. Édition 2022*, Limal, Anthemis, 2022, pp. 449-450. Voy. également l'interprétation plus prudente, mais favorable à une interprétation *opting out* : R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 342-343, n° 365.

¹⁶⁴ Voy. les suggestions de clause d'information notariale : H. CASMAN, « Les nouveautés apportées au régime de la séparation de biens », in Ch. AUGHUET (dir.), *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 88 et s.

¹⁶⁵ Voy. également A. NOTTET, « Le droit patrimonial des couples : quelques questions à la croisée des pratiques de l'avocat et du notaire », in C. MUSCH (dir.), *Le droit du couple. Aspects juridiques et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 129-131

¹⁶⁶ Voy. à ce sujet : Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *La réforme des régimes matrimoniaux et de diverses dispositions successorales. Commentaire pratique de la loi du 22 juillet 2018*, Limal, Anthemis, 2018, p. 169, n° 139 ; J.-L. RENCHON, « Vers un nouveau contrat de séparation de biens », in F. TAINMONT et J.-L. VAN BOXSTAEL (dir.), *Tapas de droit notarial 2018*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 141, n°s 43 et s. ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Le conjoint et le cohabitant légal survivant », in P. MOREAU (dir.), *La réforme du droit des successions*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 430 et s. ; J. SAUVAGE, « Les créances entre époux et la clause d'équité », in *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 79, n° 20.

que d'une «perte d'une chance» pour le demandeur (économiquement plus faible) d'avoir pu négocier et réussir à insérer le correctif. Le demandeur, économiquement plus faible, a la charge de cette preuve et la charge de la procédure en responsabilité notariale, qui est très aléatoire et onéreuse.

Un courant doctrinal minoritaire souligne au contraire que la loi ne prévoit pas expressément que le correctif en équité doit être inséré dans le contrat pour être appliqué¹⁶⁷. Il s'agit, selon ce courant, d'un «droit à indemnisation» de type *opting out*. Cette thèse est plus protectrice : en l'absence de choix, le «droit à l'indemnisation» n'est pas exclu, et le notaire est responsable, mais envers le conjoint économiquement plus fort. Ce dernier doit prouver avoir perdu une chance d'exclure le droit à indemnisation. Cette thèse doit être plaidée pour faire éventuellement jurisprudence car elle n'est pas contraire à la loi, mais bien aux travaux préparatoires¹⁶⁸.

Le correctif judiciaire en équité n'a reçu à ce jour aucune application dans la jurisprudence publiée.

87. Depuis très longtemps, la doctrine est critique sur les conséquences défavorables de la séparation de biens pure et simple pour les conjoints économiquement plus faibles. La critique s'est accentuée en Flandre dans les années 1990 à la suite des travaux de A. Verbeke¹⁶⁹. Elle est suivie par une majorité d'auteurs néerlandophones et une minorité d'auteurs francophones¹⁷⁰.

La séparation de biens pure et simple donne au conjoint économiquement plus fort, généralement le mari, une liberté totale – arbitraire¹⁷¹ – d'investir ses revenus dans des biens et une épargne personnels. La seule chose qui lui est imposée est de contribuer aux charges du mariage (art. 221 anc. C. civ.).

¹⁶⁷ R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, Anvers, Intersentia, 2023, pp. 342-343, n° 365. En sens contraire : K. BOONE, «De hervorming van het huwelijksvermogensrecht door de wet van 22 juli 2018 – Algemene commentaar», disponible sur portal.fednot.be ; H. CASMAN, «Les nouveautés apportées au régime de la séparation des biens», in *Syllabus édité par le CF à l'occasion de la journée du notariat du 7 juin 2018 – le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, p. 19 ; Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *La réforme des régimes matrimoniaux et de diverses dispositions successorales. Commentaires pratiques de la loi du 22 juillet 2018*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 170-171, n° 140.

¹⁶⁸ Selon les travaux préparatoires, l'absence de choix équivaldrait à l'exclusion du correctif (Proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière et proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne le contrat de vente entre époux, rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2848/007, pp. 97, 99 et 121).

¹⁶⁹ Voy. not. A. VERBEKE, «Zuivere scheiding van goederen verbieden», *A.J.T.*, 2001-2002 ; «Redelijkheid en billijkheid in het huwelijksvermogensrecht. Een rechtsvergelijkende benadering», *R.W.*, 1991, p. 1315 ; *Goederenverdeling bij echtscheiding*, Anvers, Maklu, 1991.

¹⁷⁰ Voy. les références *infra*.

¹⁷¹ R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2018, p. 333, n° 573 ; R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 302-303, n° 318.

La situation des époux séparés de biens est au cœur d'un débat en droit patrimonial des couples que l'on peut résumer en ces termes : peut-on conserver dans notre loi un régime matrimonial, la séparation de biens, qui, s'il n'est pas corrigé contractuellement, peut causer un préjudice au partenaire économiquement plus faible ?

Cette question prend un sens nouveau après notre constat empirique que les notaires ont tendance à conseiller la séparation de biens¹⁷², sans l'assortir du correctif judiciaire en équité ou d'une clause de participation aux acquêts.

Un important courant doctrinal d'origine néerlandophone milite pour l'instauration d'une solidarité économique minimale sur les acquêts, une notion légale commune à tous les régimes matrimoniaux, désignant les biens acquis ou constitués pendant le mariage par les forces économiques des époux (*supra*, n° 66). Cette solidarité bénéficierait naturellement au partenaire économiquement plus faible séparé de biens¹⁷³. Elle pourrait être décrétée par le législateur (participation en valeur supplétive *opting out*) ou mise en œuvre par le juge (correctif judiciaire supplétif *opting out*).

Les auteurs participant de ce courant fournissent plusieurs arguments :

- **L'importance du choix** : il est douteux que tous les partenaires qui choisissent la séparation de biens pure et simple agissent toujours en pleine connaissance de cause¹⁷⁴. Un choix libre et éclairé suppose non seulement une qualité d'information de la part des professionnels, mais implique aussi une compréhension suffisante des tenants et aboutissants de la séparation de biens pure et simple par les partenaires. Or, selon certains auteurs, si ces deux conditions étaient réunies, les partenaires ne choisiraient pas autant la séparation de biens sans lui ajouter des correctifs¹⁷⁵.

L'argument du choix est une illusion¹⁷⁶ : outre un éventuel déficit d'information, des facteurs non juridiques influencent le choix des

¹⁷² Déjà en ce sens (« passivité ») : A.-L. VERBEKE, « A new deal for Belgian family property law », in E. ALOFS *et al.* (dir.), *Liber amicorum Hélène Casman*, Anvers, Intersentia, 2013, p. 470, note 38.

¹⁷³ R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2018, pp. 344-345, n° 598 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 29-32, n° 7-1 ; A. VERBEKE, « La séparation de biens pure et simple », *Rép. not.*, t. V, l. II, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 892, n° 1051 ; R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2018, pp. 344-345, n° 598.

¹⁷⁴ H. CASMAN, « Équité et bonne foi dans les relations patrimoniales entre époux. Réflexions sur l'élaboration d'un contrat de mariage juste », *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, pp. 455-456 ; A.-L. VERBEKE, *Goederenverdeling bij echtscheiding*, Anvers, Maklu, 1991 p. 284, n° 187 ; A.-L. VERBEKE, E. ALOFS, C. DEFEVER et D. MORTELMANS, « Gender Inequalities and Family Solidarity in Times of Crisis », in L. CORNELIS (dir.), *Finance and Law: Twins in Trouble*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 71 et s.

¹⁷⁵ M. DELBROEK, K. BOLLEN et A.-L. VERBEKE, « Wil de jeugd nog trouwen? », *R.W.*, 2021-2022, p. 165 ; A.-L. VERBEKE, E. ALOFS, C. DEFEVER, D. MORTELMANS, « Gender Inequalities and Family Solidarity in Times of Crisis », in L. CORNELIS (dir.), *Finance and Law: Twins in Trouble*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 71 et s.

¹⁷⁶ A.-L. VERBEKE, « A new deal for Belgian family property law », in E. ALOFS *et al.* (dir.), *Liber amicorum Hélène Casman*, Anvers, Intersentia, 2013, p. 479 ; A.-L. VERBEKE, E. ALOFS, C. DEFEVER et D. MORTELMANS, « Gender Inequalities and Family Solidarity in Times of

partenaires, même s'ils sont parfaitement informés, comme le désir de liberté et d'indépendance associé à la séparation de biens, la force de négociation des partenaires¹⁷⁷, les mauvaises expériences de relations passées, etc.¹⁷⁸. On signale la contradiction consistant à ne pas réglementer les contrats à long terme entre partenaires affectifs mais bien les relations contractuelles à long terme en droit commun¹⁷⁹.

- **L'importance des faits** : il faut accorder plus de poids juridique aux faits et aux actes des époux pendant la vie commune qu'au choix initial d'exclure une protection légale supplétive¹⁸⁰. Quelle qu'ait été la volonté des partenaires, c'est souvent le couple et non un des époux seul qui est à l'origine d'une création ou d'une perte de valeur économique. Il est donc légitime de partager cette valeur à la rupture ou de compenser des transferts injustifiés, comme il convient de le faire dans n'importe quelle association économique.
- **L'importance de l'engagement** : dans le couple, on s'engage, on fait de sacrifices ; l'engagement implique un désengagement responsable¹⁸¹ ; une solidarité économique doit nécessairement accompagner l'engagement affectif qui unit les époux et la famille conjugale, surtout s'il est durable, ce dont témoigne en général la naissance d'enfants¹⁸² ; l'engagement et la solidarité impliquent que l'un ne s'enrichisse pas aux dépens de l'autre¹⁸³ ;

Crisis», in L. CORNELIS (dir.), *Finance and Law: Twins in Trouble*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 71 et s.

¹⁷⁷ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 436, n° 346.

¹⁷⁸ N. DETHLOFF, « Contracting in Family Law: a European Perspective », in K. BOELE-WOELKI, J. MILES et J. SCHERPE (dir.), *The Future of Family Property Law in Europe*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 88 et s. ; S. EGGERMONT, *Twee relaties. Huwelijk, wettelijke samenwoning en feitelijke samenwoning juridisch ontleed*, Anvers, Intersentia, 2016, pp. 576-586, n°s 834-848 ; V. LYSSENS-DANNEBOOM et D. MORTELMANS, « Juridische bescherming van samenwoners », *Rapports Congrès notarial 2013. Travail et relation*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 84-93 ; M. PETERS, « Appartenance des biens acquis avant ou après la formation du couple – Éléments pour le choix du statut patrimonial », in V. PALM (dir.), *Les couples à la loupe. Impacts juridiques et incidences pratiques de la vie des couples*, Limal, Anthemis, 2022, p. 44, n° 1.

¹⁷⁹ « Als partners met elkaar slapen is er plots geen bescherming meer » (A.-L. VERBEKE, « Als Mozes niet naar de berg komt. Over de organisatie van de feitelijke scheiding binnen het huwelijk », *T.E.P.*, 2021, p. 7 et interview « Een consequenter en meer solidair huwelijksvermogensrecht », *De Juristenkrant*, 2018, p. 9).

¹⁸⁰ R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2018, pp. 332-334, n° 573 ; A. VERBEKE, « La séparation de biens pure et simple », *Rép. not.*, t. V, I, II, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 892, n° 1051 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 23-26, n° 6 ; C. FORDER et A. VERBEKE, « Geen woorden maar daden. Algemene rechtsvergelijkende conclusies en aanbevelingen », in C. FORDER et A. VERBEKE (dir.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 490, n° 3. E. Gossens expose qu'en matière de cohabitation légale et de fait, dans les autres domaines du droit, non gouvernés par le droit civil et plus économiques (droit fiscal, droit social), c'est moins le choix du statut que la réalité du couple et son comportement de cohabitation qui sont déterminants (E. GOOSSENS, « Kompas voor een nieuw samenwoningsrecht: neutraal, coherent en compensatie- en behoeftegericht », *R.G.D.C.*, 2019, p. 539).

¹⁸¹ A. VERBEKE, « Als Mozes niet naar de berg komt. Over de organisatie van de feitelijke scheiding binnen het huwelijk », *T.E.P.*, 2021, p. 6.

¹⁸² C. DECLERCK, « Van je familie moet je hebben », *T. Fam.*, 2013, p. 214.

¹⁸³ C. DECLERCK, « Koude uitsluiting: hervormen of afschaffen? », *T. Fam.*, 2012, p. 31.

l'engagement affectif ne serait pas respecté s'il fallait se séparer pour mettre fin à un statut patrimonial défavorable¹⁸⁴. Un auteur renouvelle cette analyse en se référant à la relational contract theory, le mariage étant un contrat où la relation entre les parties est aussi important, voire plus que l'échange initial des consentements¹⁸⁵.

Un courant doctrinal majoritairement francophone oppose à ces thèses l'autonomie de la volonté et le respect du contrat de mariage. Le respect du choix des époux, pour un statut séparatiste, implicite si le couple n'est pas marié, serait en phase avec la diversité des situations et les attentes des couples. La perspective d'une intervention judiciaire ou une obligation de partage des acquêts, même *opting out*, ne serait pas souhaitée sur le plan général ou d'un point de vue majoritaire¹⁸⁶.

Ce courant oppose les arguments suivants aux partisans d'une solidarité minimale et impérative sur les acquêts :

- le constat que les déséquilibres économiques entre hommes et femmes, s'ils sont toujours présents, tendent à diminuer et devraient disparaître à terme ;
- l'avantage retiré par le partenaire économiquement plus faible en participant au train de vie du conjoint économiquement plus fort durant la vie commune, surtout lorsque cet avantage est sans commune mesure avec les prestations économiques du partenaire économiquement plus faible ;
- la connaissance des effets potentiellement « négatifs » des diverses formes de vie commune, et le souhait fréquent chez les jeunes couples de vouloir éviter ces effets (p. ex. : contraintes sur la gestion des patrimoines, obligation de partager les revenus, difficulté d'acquérir un bien à titre personnel)¹⁸⁷ ;
- les autres mécanismes de solidarité tels que les obligations alimentaires, les droits successoraux¹⁸⁸ et la sécurité sociale ;
- la cohérence du système des trois statuts où il ne pourrait exister une conjugalité qui engendre des droits sans obligations corrélatives¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Y.-H. LELEU, « Les fonctions des familles », in N. DANDOY, J. SOSSON, F. TAINMONT, G. WILLEMS (dir.), *Liber amicorum Jean-Louis Renchon*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 518.

¹⁸⁵ A. FLOS, « Een nederlandse blik op zuivere scheiding van goederen », in C. DECLERCK et S. MOSSELMANS (dir.), *Patrimonium 2023*, Bruges, die Keure, 2023, citant S. THOMPSON, *Preuptial Agreements and the Presumption of Free Choice. Issues of Power in Theory and Practice*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2015.

¹⁸⁶ Voy. not. F. BUYSENS, « Laten we onze verantwoordelijkheid opnemen (inzake de hervormde procedure van gerechtelijke vereffening-verdeling) », *T. Fam.*, 2012, p. 54 ; V. WYART, « Du contractualisme du contrat de mariage et de ses conséquences sur la preuve des créances entre (ex)-époux », *Rev. not. b.*, 2013, pp. 7-22.

¹⁸⁷ A.-Ch. VAN GYSEL et J. SAUVAGE, *Le couple. Édition 2022*, Limal, Anthemis, 2022, pp. 40-43.

¹⁸⁸ A.-Ch. VAN GYSEL et J. SAUVAGE, *Le couple. Édition 2022*, Limal, Anthemis, 2022, pp. 469-488.

¹⁸⁹ F. TAINMONT, « Quelle place pour le partenaire survivant ? », in N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 442-443, n° 57.

La *Cour constitutionnelle* juge la séparation de biens « risquée », spécialement pour le partenaire moins actif sur le plan professionnel car ce dernier n'a pas les moyens d'accroître la valeur de son patrimoine¹⁹⁰. Toutefois, elle valide la compatibilité du régime avec le principe d'égalité et de non-discrimination, car les époux sont libres d'opter pour le régime matrimonial de leur choix et doivent en supporter les effets.

Le *législateur* est conscient des risques de la séparation de biens, mais n'a pas voulu, lors des dernières réformes, limiter l'autonomie de la volonté ni instaurer un correctif *opting out* et encore moins une participation *opting out* aux acquêts en cas de divorce.

Un consensus s'établit en doctrine et au niveau législatif sur la nécessité de fournir une *information notariale* de qualité aux époux. Un système juridique qui repose sur l'autonomie de la volonté et le respect des contrats suppose une information complète des parties, ici de la part du notaire sur les avantages et inconvénients de chaque régime matrimonial. Cette information est particulièrement importante sachant que des considérations non juridiques motivent les partenaires affectifs, au contraire des partenaires contractuels en droit commun.

Toutefois, les auteurs ont des opinions différentes sur le contenu de l'information à charge du notaire : certains plaident pour qu'il soit le plus détaillé possible en raison des nouvelles obligations légales mises à charge des notaires par la réforme du 22 juillet 2018¹⁹¹ ; certains proposent des modifications au processus de conclusion du contrat de mariage, suivant l'exemple de pactes familiaux jugés plus importants¹⁹² ; certains estiment que le praticien professionnel doit renforcer la partie apparaissant faible dans un rapport de négociation perçu inégalitaire, généralement la future épouse¹⁹³ ; d'autres estiment qu'il n'y a pas lieu de douter de la qualité générale de l'information donnée aux couples¹⁹⁴.

¹⁹⁰ C. const., 24 septembre 2015, n° 130/2015, B.7.2 ; C. const., 7 mars 2013, n° 28/2013, B.6.2.

¹⁹¹ R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 301-302, n°s 316-317 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 437-439, n° 346. Voy. aussi déjà : Y.-H. LELEU, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes. Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, Montréal, Thémis, 2014, pp. 69-77, n°s 70-73.

¹⁹² N. DETHLOFF, « Contracting in Family Law: a European Perspective », in K. BOELE-WOELKI, J. MILES et J. SCHERPE (dir.), *The Future of Family Property Law in Europe*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 88 et s. ; Y.-H. LELEU, « Les fonctions des familles », in N. DANDOY, J. SOSSON, F. TAINMONT et G. WILLEMS (dir.), *Liber amicorum Jean-Louis Renchon*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 518.

¹⁹³ A.-L. VERBEKE, « Gender-ongelijkheid bij zuivere scheiding van goederen. Pleidooi voor een gedwongen én onderhandelde aanpak », *T.E.P.*, 2010, p. 114.

¹⁹⁴ M. VAN MOLLE, « Le régime de séparation de biens corrigée. Patrimoine d'affectation, partage et avantages matrimoniaux », in M. VAN MOLLE (dir.), *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019 p. 146, n° 2.

3. Point de sortie : séparation et divorce

88. Le mariage est dissous par le **décès** ou par le **divorce**. La loi organise de manière complète la dissolution du mariage, car il s'agit d'une institution d'ordre public, à dimension familiale et patrimoniale. Il faut dissoudre le patrimoine commun ou le patrimoine indivis, liquider le régime matrimonial, activer la protection alimentaire entre ex-époux, organiser la situation de crise précédant la fin juridique du mariage et mettre en place le règlement de l'autorité parentale et des contributions financières au profit des enfants le cas échéant.

Les autres statuts de couple ne bénéficient pas d'une organisation légale complète de la fin de la vie commune. Cela se traduit par une plus grande liberté et facilité de rupture, mais également par une charge procédurale plus lourde pour régler les questions patrimoniales et les questions liées aux enfants (il n'y a pas de protection alimentaire pour les partenaires).

89. En droit belge, le divorce est encore judiciarisé¹⁹⁵ : il est prononcé par un jugement du tribunal de la famille¹⁹⁶. Deux voies possibles s'offrent aux époux : le **divorce pour désunion irrémédiable** et le **divorce par consentement mutuel**. Quel que soit le choix des partenaires, le législateur s'est efforcé de rendre le processus de divorce le plus neutre et le plus objectif possible, détaché des fautes et des faits de la vie conjugale, sans ouverture automatique d'un droit alimentaire en vue d'encourager les époux à l'autonomie financière.

90. De 1972 à 2007, plusieurs lois¹⁹⁷ ont assoupli les conditions du divorce par consentement mutuel¹⁹⁸, ce qui a entraîné une augmentation :

- du nombre de divorces par consentement mutuel ;
- de la part de ces divorces en rapport avec le nombre total de divorces (en 2006, le nombre de divorce par consentement mutuel représente environ 70 % du total des divorces).

¹⁹⁵ E. ALOFS et M. KLEIN, « Echtscheidingsgronden en –procedure in België en Nederland », in F. SWENNEN et K. BOELE-WOELKI (dir.), *Vergelijkenderwijs: actuele ontwikkelingen in het Belgische en Nederlandse familierecht*, La Haye, Boom Juridische uitgevers, 2012, pp. 51-93 ; K. BASTAITS, C. VAN PEER, E. ALOFS, I. PASTEELS et D. MORTELMANS, « Hoe verloopt een echtscheiding in Vlaanderen », in D. MORTELMANS, I. PASTEELS et al. (dir.), *Scheiding in Vlaanderen*, Louvain, Acco, 2011, pp. 85-112.

¹⁹⁶ Ou exceptionnellement d'un arrêt d'une chambre familiale d'une cour d'appel. Le fait que les parties ne doivent plus comparaître en cas de divorce par consentement mutuel sauf si le tribunal l'ordonne (art. 1289, § 2, C. jud.) rapproche le divorce par consentement mutuel d'un divorce administratif (Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 412, n° 433).

¹⁹⁷ Loi du 1^{er} juillet 1972 concernant la procédure du divorce par consentement mutuel et de la séparation de corps, et de ses effets, *M.B.*, 18 juillet 1972 ; loi du 30 juin 1994 modifiant l'article 931 du Code judiciaire et les dispositions relatives à la procédure du divorce, *M.B.*, 21 juillet 1994 ; loi du 20 mai 1997 modifiant le Code judiciaire et le Code civil en ce qui concerne les procédures en divorce, *M.B.*, 27 juin 1997.

¹⁹⁸ E. ALOFS, « Het echtscheidingsrecht en -risico in historisch perspectief », in D. DE RUYSSCHER, P. DE HERT et M. DE METSENAERE (dir.), *Een leven van inzet. Liber amicorum Michel Magits*,

Le droit du divorce a été profondément réformé par la loi du 27 avril 2007¹⁹⁹, qui a mis en place le divorce par désunion irrémédiable. On observe depuis une diminution du nombre et de la part des divorces par consentement mutuel²⁰⁰.

a. Divorce contentieux

91. Le **divorce par désunion irrémédiable**²⁰¹ est en principe, et dans la majorité des cas, prononcé sur la base de l'écoulement d'un délai de séparation, qui prouve la désunion irrémédiable. Le juge doit prononcer le divorce sans apprécier les faits ni les causes du divorce. Le délai démarre au moment de la séparation de fait des époux et sa durée varie selon que la requête en divorce est unilatérale (dans ce cas, le juge prononce le divorce lorsque les partenaires sont séparés depuis plus d'un an, art. 229, § 3, anc. C. civ.) ou conjointe (dans ce cas, le juge prononce le divorce après une séparation d'au moins six mois, art. 229, § 2 anc. C. civ.).

Par exception à ce principe, chaque époux peut soumettre au juge l'appréciation de faits qui prouveraient la désunion irrémédiable (p. ex. adultère, violences, défaut de contribution aux charges du mariage...). Le divorce peut alors être prononcé avant les délais précités (art. 229, § 1^{er}, anc. C. civ.).

Entre la requête en divorce pour désunion irrémédiable et le moment où le jugement de divorce devient définitif, s'étend la période des **mesures provisoires**, par lesquelles on peut organiser juridiquement la séparation des époux. Les époux peuvent en faire la demande au tribunal de la famille, en suivant en principe une procédure rapide, « comme en référé », afin d'assurer l'efficacité des mesures (art. 1253^{ter}/4 C. jud.). Celui-ci peut ordonner des mesures similaires à celles prises sur la base de l'article 223 de l'ancien Code civil (*supra*, n° 78) :

- organiser la résidence des époux, si nécessaire en attribuant (gratuitement) l'usage du logement familial à l'un d'eux. En cas de violences conjugales, le tribunal est obligé d'attribuer la jouissance du logement à la victime qui

Malines, Kluwer, 2012, pp. 77-117 ; E. ALOFS, « Het echtscheidingsrisico in België », *T. Fam.*, 2013, pp. 24-29.

¹⁹⁹ Loi du 27 avril 2007 réformant le divorce, *M.B.*, 7 juin 2007.

²⁰⁰ Les informations proviennent de : R. HEMELSOEN, *EOT-overeenkomsten. Een empirisch-juridische studie*, Anvers, Intersentia, 2012, pp. 51-52.

²⁰¹ E. ALOFS et M. KLEIN, « Echtscheidingsgronden en –procedure in België en Nederland », in F. SWENNEN et K. BOELE-WOELKI (dir.), *Vergelijkenderwijs: actuele ontwikkelingen in het Belgische en Nederlandse familierecht*, La Haye, Boom Juridische uitgevers, 2012, pp. 51-93 ; F. SWENNEN, S. EGGERMONT et E. ALOFS, « De wet van 27 april 2007: knelpunten van materieel recht en procesrecht inzake echtscheiding », in P. SENAËVE, F. SWENNEN, G. VERSCHULDEN (dir.), *Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen. Evaluatie van de wetten van 27 april 2007, 1 juli en 27 december 2006 en 18 juli 2006*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 1-52.

- en fait la demande, sauf circonstances exceptionnelles (art. 1253^{ter}/5, al. 3, C. jud.) ;
- organiser la jouissance provisoire des biens des époux (p. ex. : voiture) ;
 - régler l'hébergement des enfants et la contribution aux frais par chaque parent ;
 - octroyer une provision alimentaire fondée sur l'article 213 de l'ancien Code civil (*supra*, n° 75), d'un niveau élargi au maintien du train de vie pendant la vie commune, dans la mesure du possible²⁰² ;
 - octroyer une *provisio ad litem* au conjoint économiquement plus faible pour l'aider à supporter les frais d'une procédure – possibilité rarement évoquée et mesure rarement prononcée, alors qu'elle pourrait compenser l'inégalité d'armes résultant d'une dépendance financière.

Par comparaison, les couples non mariés n'ont pas le même accès au tribunal de la famille (cohabitants de fait – *infra*, n° 118) et pas le même arsenal de mesures (cohabitants légaux – *infra*, n° 103). Il est douteux qu'en choisissant de ne pas se marier, ces couples et chacun des partenaires soient tous conscients de la différence des modes judiciaires de règlement de leurs crises conjugales et familiales.

92. Le jugement de divorce, une fois définitif²⁰³, met fin à toute obligation personnelle et financière entre les partenaires. Mais comme le couple et la vie commune ont pu impacter les revenus et le patrimoine des époux, il faut déterminer l'éventuelle pension alimentaire entre ex-époux et liquider et partager le patrimoine du couple (*infra*, n° 93).

La **pension alimentaire après divorce** est fondée sur l'article 301 de l'ancien Code civil qui contient ses conditions d'octroi et de calcul²⁰⁴. Seul le mariage entraîne des conséquences alimentaires entre ex-partenaires, de surcroît impératives, auxquelles on ne peut renoncer qu'après le divorce ou dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel²⁰⁵ (*infra*, n°s 94 et s.).

L'**objectif** de la pension alimentaire n'est pas de prolonger les effets du mariage. Elle possède une double **fonction alimentaire et compensatoire** : pallier l'état de besoin au sens économique et réparer, même au-delà de cet état de besoin, le préjudice subi par un des époux en termes de revenus professionnels parce qu'il n'a pas pu développer ses capacités professionnelles à l'égal de

²⁰² N. DANDOY, « Les pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse de décisions de jurisprudence (2021) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2021, p. 842.

²⁰³ Soit au moment où la décision n'est plus susceptible de recours : art. 28 et 1274 C. jud.

²⁰⁴ E. ALOFS, « Artikel 301 BW », in P. SENAËVE, F. SWENNEN, G. VERSCHULDEN (dir.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, pp. 1-44.

²⁰⁵ E. ALOFS, « De conventionele uitkering na echtscheiding: durus consensus, sed consensus? », *N.F.M.*, 2014, pp. 250-262.

l'autre en raison de l'organisation de la vie commune²⁰⁶. La durée de la pension alimentaire est limitée au temps nécessaire pour pouvoir assurer sa propre autonomie financière, et au maximum à la durée du mariage²⁰⁷.

La pension alimentaire **complète le régime matrimonial** et l'obligation de contribution aux charges du mariage qui installent une solidarité plus ou moins étendue sur les acquêts. F. Swennen décrit comme suit cette complémentarité : la pension alimentaire compense le « retard » pris par l'époux qui n'a pas pu comme l'autre développer sa carrière et augmenter ses revenus ; la liquidation-partage compense l'« avance » prise par un époux au détriment de l'autre dans la constitution d'un capital ou d'une épargne²⁰⁸.

La conception plus économique de la pension alimentaire provient de la réforme du divorce par la loi du 27 avril 2007. Cette loi rompt avec le divorce pour faute et la nature indemnitaire de la pension²⁰⁹, ainsi qu'avec la « pension à vie ». Elle a été inspirée de concepts féministes qui se révèlent plus ou moins avantageux pour les femmes, créancières principales de pension en raison de l'écart salarial et du partage des rôles :

- la pension alimentaire ne peut plus permettre de dépendre financièrement de l'ex-époux sans réel besoin économique (absence de lien avec l'ancien train de vie sauf circonstances particulières), i.e. la fonction alimentaire ;
- la pension alimentaire compense la perte d'autonomie financière causée par la vie commune, mais oblige le créancier (dans les faits la femme créancière) à acquérir rapidement une autonomie (limitation temporelle, variabilité, causes d'exclusions en cas de besoin créé par une décision unilatérale), i.e. la fonction compensatoire.

Les **conditions d'octroi** de la pension alimentaire sont complexes et peuvent entraîner une charge procédurale non négligeable, au détriment des créanciers, généralement des femmes dans une perspective de genre comme le révélera l'étude empirique.

²⁰⁶ Pour une analyse approfondie : E. ALOFS, « De functie van de uitkering na echtscheiding tussen gewezen echtgenoten voor en na de wet van 27 april 2007. Van gemengd alimentair-indemnitaair naar gemengd alimentair-compensatoir », in E. ALOFS *et al.* (dir.), *Liber amicorum Hélène Casman*, Anvers, Intersentia, 2013, pp. 12-20.

²⁰⁷ M. PETERS, « Les obligations alimentaires entre les membres du couple », in V. PALM (dir.), *Les couples à la loupe. Impacts juridiques et incidences pratiques de la vie des couples*, Limal, Anthemis, 2022, p. 416, n° 5.

²⁰⁸ F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht. Een benadering in context*, 8^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 370, n° 580.

²⁰⁹ E. ALOFS et A. MORTELMANS, « Het belang van de fout in het alimentatierecht na echtscheiding: een rechtshistorische en rechtsvergelijkende studie van België, Nederland, Frankrijk en Engeland », *T.P.R.*, 2010, pp. 383-492 ; E. ALOFS, « De functie van de uitkering na echtscheiding tussen gewezen echtgenoten voor en na de wet van 27 april 2007. Van gemengd alimentair-indemnitaair naar gemengd alimentair-compensatoir », in E. ALOFS *et al.* (dir.), *Liber amicorum Hélène Casman*, Anvers, Intersentia, 2013, pp. 12-20.

La condition de base d'octroi est purement économique, le **besoin du créancier**. Est « dans le besoin » au sens de l'article 301, § 2, de l'ancien Code civil, l'ex-époux dont la situation économique globale, compte tenu de ses ressources et de ses charges, est inférieure²¹⁰ à celle de l'autre²¹¹. En se référant au besoin pour conditionner l'*octroi* de la pension, à ne pas confondre avec l'« état de besoin » qui sert de base de calcul du *montant* de la pension²¹², la jurisprudence prend en compte un élément objectif, l'écart de revenus, souvent important entre hommes et femmes. À cela, il n'est fait exception qu'en cas de faute grave du créancier, pour protéger l'équité²¹³.

Le **montant** de la pension est défini par le juge à défaut d'accord entre les parties, ce qui est très rare quand le divorce est judiciaire. Les critères légaux sont larges, donnant lieu à une appréciation *in concreto*. La pension doit couvrir au minimum « l'état de besoin » du bénéficiaire²¹⁴, mais aussi « la dégradation significative de sa situation économique »²¹⁵. La « dégradation significative » est

²¹⁰ « sensiblement inférieure » : C. VAN ROY, « De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting », in P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHELDEN (dir.), *De beëindiging van de tweerelatie*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 145, n° 215.

²¹¹ Cass., 25 janvier 2021, *R.W.*, 2020-2021, n° 29, p. 1136, note ; Cass., 6 février 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 238, *J.L.M.B.*, 2015, p. 200, note, *T. Fam.*, 2014, p. 97, note P. SENAËVE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 518 (somm.). Voy. aussi : E. ALOFS, « Artikel 301 BW », in P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHELDEN (dir.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, pp. 8 et s. Comp. I. MARTENS, *Onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 93, n° 136, pour qui ce n'est pas le déséquilibre entre les situations économiques respectives qui ouvre le droit à une pension après divorce, mais l'incapacité de couvrir ses besoins.

²¹² Ainsi, l'époux « dans le besoin » n'est pas pour autant dans un « état de besoin » (art. 301, § 3, C. civ.) lui permettant de prétendre à une pension alimentaire après divorce (Cass., 25 janvier 2021, *R.W.*, 2020-2021, n° 29, p. 1136, note ; Cass., 6 février 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 238, *J.L.M.B.*, 2015, p. 200, note, *T. Fam.*, 2014, p. 97, note P. SENAËVE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 518 [somm.]).

²¹³ Le juge *peut* refuser de faire droit à la demande en cas de faute grave, et *doit* la rejeter si le demandeur est l'auteur de violences conjugales (art. 301, § 2, al. 2, C. civ.). Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 460-467, n^{os} 488-489 ; E. ALOFS, « Artikel 301 BW », in P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHELDEN (dir.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, pp. 9 et s.

²¹⁴ E. ALOFS, « Artikel 301 BW », in P. SENAËVE, F. SWENNEN, G. VERSCHELDEN (dir.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, pp. 22 et s. ; E. ALOFS, « De begroting van de uitkering na echtscheiding (art. 301 BW): over de staat van behoefte, de behoeftige echtgenoot, de aanzienlijke economische terugval en het belang van de huwelijkse levensstandaard », *R.A.B.G.*, 2013, pp. 941 et s.

²¹⁵ N. DANDOY, « Les pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse de décisions de jurisprudence (2021) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2021, pp. 855-859 ; E. ALOFS, « Artikel 301 BW », in P. SENAËVE, F. SWENNEN, G. VERSCHELDEN (dir.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, pp. 27 et s. ; E. ALOFS, « De begroting van de uitkering na echtscheiding (art. 301 BW): over de staat van behoefte, de behoeftige echtgenoot, de aanzienlijke economische terugval en het belang van de huwelijkse levensstandaard », *R.A.B.G.*, 2013, pp. 943 et s.

la notion-clé du dispositif légal. La loi ne définit pas cette notion, et n'impose même pas de compenser totalement le différentiel de revenus auquel elle fait inmanquablement penser²¹⁶. La loi prescrit au juge de « tenir compte » des **paramètres** suivants : durée du mariage, âge des parties, comportement durant le mariage quant à l'organisation de leurs besoins, charge des enfants pendant la vie commune ou après celle-ci (art. 301, § 3, al. 2, anc. C. civ.). Ainsi, en se fondant sur l'âge des parties, le juge pourrait conclure à l'absence de dégradation significative dans le chef d'une jeune femme que le mariage a « déclassée » professionnellement en raison d'une interruption de carrière, mais qui conserve suffisamment de possibilités professionnelles. De même, en se fondant sur la charge des enfants, le juge pourrait conclure à l'absence de dégradation significative si le nombre d'enfants ne justifiait pas l'ampleur du retrait professionnel de l'épouse²¹⁷.

La Cour de cassation a ajouté au dispositif légal une exception au principe que seule est compensée la dégradation significative résultant *du mariage*, des aléas de la vie commune. Dans des circonstances particulières, comme un mariage de longue durée ou si le créancier est fort âgé, le juge peut tenir compte d'une dégradation significative *en raison du divorce*, et octroyer une pension qui tient compte du niveau de vie antérieur (mais sans viser à le maintenir comme autrefois)²¹⁸. Dans une perspective de genre, cette mesure protège les femmes au foyer dont les époux ont des hauts revenus, celles qui sont plus fréquemment préjudiciées par un régime matrimonial séparatiste²¹⁹. Elle est nécessaire car la longue durée d'un

²¹⁶ N. DANDROY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2014) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 774.

²¹⁷ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 472-473, n° 495.

²¹⁸ Cass., 6 octobre 2017, *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 310 (somm.), note N.D. ; Cass., 3 novembre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, p. 58, note D. CARRÉ, *J.L.M.B.*, 2017, p. 392, *R.C.J.B.*, 2018, p. 515, note N. DANDROY, *T. Fam.*, 2017, p. 272, note C. VAN ROY ; Cass., 5 octobre 2015, *Pas.*, 2015, p. 2253, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 92 ; Cass., 6 mars 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 246, note J.-C. BROUWERS, *J.L.M.B.*, 2015, p. 201, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 519, note, *T. Fam.*, 2014, p. 104, note C. VAN ROY. Pour une application, voy. Anvers, 23 décembre 2014, *T. Fam.*, 2015, p. 152, note E. LANCKSWERDT ; Cass., 8 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1331, *T. Fam.*, 2013, p. 104, note C. VAN ROY, *R.A.B.G.*, 2013, p. 938, note E. ALOFS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 979 (somm.) ; Cass., 12 octobre 2009, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 199, note (critique) A.-Ch. VAN GYSEL, *J.T.*, 2010, p. 131, *J.L.M.B.*, 2010, p. 306, *T. Fam.*, 2010, p. 71, note (critique) C. VAN ROY, *R.C.J.B.*, 2010, p. 470, note N. DANDROY, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 553, note N. DANDROY ; pour une synthèse : N. DANDROY, « Questions d'actualités relatives aux obligations alimentaires entre (ex)-époux », in *États généraux du droit de la famille III*, Bruxelles/Limal, Larcier/Anthemis, 2018, pp. 29-31. Voy. aussi déjà : E. ALOFS, « Artikel 301 BW », in P. SENAEVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (dir.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, pp. 27 et s. ; E. ALOFS, « De begroting van de uitkering na echtscheiding (art. 301 BW): over de staat van behoefte, de behoeftige echtgenoot, de aanzienlijke economische terugval en het belang van de huwelijkse levensstandaard », *R.A.B.G.*, 2013, pp. 944 et s.

²¹⁹ C. DECLERCK, « In moeders armen. Pleidooi voor een statuut van de thuisblijfmoeder », in E. ALOFS et al. (dir.), *Liber amicorum Hélène Casman*, Anvers, Intersentia, 2013, p. 157 et « Een lans voor de huisvrouw in de 21^e eeuw », *T. Fam.*, 2015, p. 43.

mariage rend difficile la comparaison entre les ressources actuelles et les ressources théoriques de la femme créancière si elle ne s'était pas mariée ou avait poursuivi une carrière professionnelle normale durant le mariage²²⁰.

Le juge tient compte des **ressources actuelles et potentielles** et des **charges** des deux époux²²¹ pour calculer la pension. Les possibilités d'acquérir des revenus sont ajoutées aux revenus réels, si ces possibilités sont concrètes²²². La pension est variable puisque ces éléments peuvent fluctuer. Le juge peut augmenter, diminuer ou supprimer la pension lorsque son montant n'est plus adapté (art. 301, § 7, anc. C. civ.).

La **durée** de la pension est limitée à la durée du mariage, sauf circonstances exceptionnelles ; en cas de prolongation, la pension est limitée à l'état de besoin du bénéficiaire (art. 301, § 4, anc. C. civ.)²²³. Ce critère peut paraître arbitraire au regard d'autres comme la présence d'enfants. Il fut toutefois jugé neutre et pertinent. Il est garant d'une certaine proportionnalité car un mariage très long et un divorce à un âge avancé révèlent plus souvent un préjudice professionnel pour les femmes créancières et des chances moindres de reclassement. Corrélativement, pour les maris débiteurs, un très long mariage a pu être bénéfique sur l'évolution de leur carrière et de leurs revenus, ainsi que sur leur épargne personnelle si le couple était marié en séparation de biens. Ce critère est important pour le législateur s'il envisage d'instaurer une pension alimentaire au profit d'ex-partenaires non mariés : il faudra aussi limiter la durée de ses effets.

La pension est versée en principe sous **forme** de rente, exceptionnellement sous forme de capital. Certains auteurs mettent en évidence les risques de non-paiement de la rente et les avantages de la capitalisation en termes de « clean break ». Ils soulignent à juste titre la difficulté tout aussi fréquente pour le débiteur de payer la pension sous forme d'un capital²²⁴.

²²⁰ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 475, n° 495-1, note 364. Dans le même sens, anticipant les critères de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mars 2014 : F. SWENNEN, note sous Bruxelles, 17 février 2009, *T. Fam.*, 2009, p. 152 ; C. VAN ROY, «De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting», in P. SENAEVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN, (dir.), *De beëindiging van de tweerelatie*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 184, n° 307.

²²¹ E. ALOFS, « Artikel 301 BW », in P. SENAEVE, F. SWENNEN, G. VERSCHULDEN (dir.), *Personenen Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, pp. 25 et s. ; E. ALOFS, « Welke inkomsten, mogelijkheden en lasten van de ex-echtgenoten moet de rechter conform artikel 301, § 3, tweede lid BW in rekening brengen bij de begroting van de uitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk? », in W. PINTENS et Ch. DECLERCK (dir.), *Patrimonium 2014*, Bruges, la Chartre, 2014, pp. 147-156 ; E. ALOFS, « De inkomsten en de mogelijkheden van de ex-echtgenoten als criteria voor de begroting van de uitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting (art. 301, § 3, tweede lid BW) », *R.A.B.G.*, 2014, pp. 1017-1020.

²²² Cass., 16 janvier 2023, *Act. dr. fam.*, 2023, p. 94, note D. CARRE ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2023, p. 173, note N. DANDOY.

²²³ E. ALOFS, « Artikel 301 BW », in P. SENAEVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (dir.), *Personenen Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, pp. 27 et s.

²²⁴ E. ALOFS, « De functie van de uitkering na echtscheiding tussen gewezen echtgenoten voor en na de wet van 27 april 2007. Van gemengd alimentair-indemnitaair naar gemengd alimentair-

93. La **liquidation du régime matrimonial** consiste à dresser les comptes entre les époux et partager les biens indivis ou communs entre eux, quel que soit le régime choisi.

Si les époux sont mariés en **communauté**, l'article 2.3.43 du Code civil fixe les opérations à effectuer. Un notaire-liquidateur est désigné par le tribunal à défaut d'accord amiable, et fera office de premier juge, sous le contrôle du tribunal de la famille et dans le respect de la procédure légale²²⁵. Son travail, schématiquement, consiste à²²⁶ :

- établir la composition des patrimoines commun et propres ;
- établir un compte de récompenses, dont l'objectif est de comptabiliser et compenser les transferts injustifiés entre les patrimoines commun et propres ;
- régler le passif exigible et le solde du compte de récompenses ;
- établir éventuellement un compte de créances entre les époux (en cas de transferts injustifiés entre les patrimoines propres) ;
- partager l'actif net en principe par moitié et principe en nature.

Si les époux sont mariés en **séparation de biens**, ils auront conservé leurs revenus et leurs biens dans leur patrimoine personnel, mais auront très souvent acquis des biens en indivision (p. ex. : logement familial, résidence secondaire) ou mélangé des biens d'origines diverses (p. ex. : rénovation du logement avec des fonds acquis par donation ; présomption d'indivision des biens mobiliers – art. 2.3.62 C. civ.) ; à plus forte raison s'ils ont corrigé leur séparation de biens par un patrimoine adjoint ou une clause de participation aux acquêts. Il faut donc procéder à la liquidation-partage de leur régime matrimonial, le cas échéant sous la conduite d'un notaire-liquidateur.

Les époux séparés de biens sont soumis au droit commun à défaut de dispositions légales organisant la liquidation du régime²²⁷. Parmi les institutions du droit commun, l'enrichissement injustifié (art. 5.135 C. civ.) permet de rétablir les transferts non voulus²²⁸, à la manière d'un compte de récompense,

compensatoire», in E. ALOFS *et al.* (dir.), *Liber amicorum Hélène Casman*, Anvers, Intersentia, 2013, p. 13 ; C. DECLERCK, « Een lans voor de huisvrouw in de 21e eeuw », *T. Fam.*, 2015, p. 44. C. Bessière et S. Gollac mettent en évidence des pratiques de « comptabilité inversée » lors de l'évaluation des pensions, *a fortiori* lors de l'évaluation des pensions sous forme de capital (*supra*, n° 60).

²²⁵ Sur cette procédure : N. GENDRIN et D. KARADSHEH, *Liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2020 ; R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 161-163, n° 178.

²²⁶ E. ALOFS, P.-J. DE DECKER et A.-S. VANDENBOSCH, *Studentensyllabus Vereffening en Verdeling*, Anvers, Intersentia, 2021, Chapitre 4.

²²⁷ La loi du 22 juillet 2018 a étendu quelques institutions du régime légal aux époux séparés de biens : l'attribution préférentielle d'un logement ou d'un bien professionnel indivis, et la sanction du recel de biens indivis.

²²⁸ F. DEGUEL, « La répartition des biens du couple entre ses membres séparés », in V. PALM (dir.), *Les couples à la loupe. Impacts juridiques et incidences pratiques de la vie des couples*, Limal, Anthemis, 2022, pp. 425-426, n° 4.

mais avec une charge procédurale et probatoire plus lourde. La Cour de cassation « familialise » cette institution en l'adaptant aux réalités des couples²²⁹.

La Cour de cassation est également intervenue pour obliger les époux séparés de biens à respecter une solidarité minimale dans un domaine commun à presque tous les époux séparés de biens : le logement indivis financé par un seul des époux (le mari d'une épouse au foyer). Dans un arrêt du 22 avril 1976, la Cour décide que si un époux finance seul le logement familial indivis au moyen de ses revenus, il ne peut en exiger le remboursement à son conjoint qui n'a rien financé, mais a contribué selon ses facultés aux charges du mariage, notamment en s'occupant du foyer et des enfants²³⁰. La clé de ce raisonnement est d'élargir la notion de charges du mariage aux frais d'acquisition de la propriété du logement indivis. Cette jurisprudence protège les femmes, partenaires économiquement faibles dans de très nombreux cas lorsque le profil de revenus est inégal et que le logement acquis à deux est le seul bien de valeur du couple. Elle demeure pertinente et est applicable par analogie dans les liquidations entre partenaires non mariés, grâce à la notion de droit commun d'« obligation naturelle » de contribution aux charges du ménage.

Cette jurisprudence relative au logement n'est qu'un exemple des nombreuses initiatives de la jurisprudence pour établir un droit judiciaire cohérent des comptes entre époux séparés de biens après divorce²³¹.

b. Divorce par consentement mutuel

94. Le divorce par consentement mutuel²³² permet aux époux de régler toutes les conséquences de leur divorce avant le prononcé de celui-ci par le juge, dans des conventions généralement rédigées par un professionnel du droit (avocat, notaire). Les conventions sont déposées au tribunal de la famille avec la requête en divorce. La procédure se déroule par écrit, sauf si le tribunal ordonne une comparution personnelle (art. 1289 C. jud.). Dès lors que les conventions sont complètes, et que les dispositions relatives aux enfants mineurs sont conformes à leurs intérêts, et que la procédure a été respectée, le tribunal prononce le divorce (art. 1296 C. jud.).

²²⁹ F. ADRIAENSEN, *L'enrichissement sans cause : théorie générale et application particulière dans les relations au sein des couples*, Bruxelles, Larcier, 2022 ; Y.-H. LELEU, « La volonté, cause d'enrichissement injustifié entre partenaires affectifs, dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », note sous Cass., 4 juin 2020, *J.T.*, 2020, pp. 559-561.

²³⁰ Cass., 22 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 914.

²³¹ Pour une présentation complète orientée sur les situations de la vie du couple où des créances peuvent naître (collaborations professionnelles, investissement de capitaux dans l'immeuble de l'autre, etc.) : F. ADRIAENSEN, *L'enrichissement sans cause : théorie générale et application particulière dans les relations au sein des couples*, Bruxelles, Larcier, 2022 ; R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 282-292, n^{os} 294-306 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 508 et s., n^{os} 390 et s.

²³² E. ALOFS et F. APS, « De rechtspleging inzake echtscheiding door onderlinge toestemming », in P. SENAËVE (dir.), *Handboek Familieprocesrecht*, Malines, Kluwer, 2020, pp. 755-778.

Cette forme de divorce a connu un grand succès en raison de ses avantages en termes de pacification, coût et rapidité avant la réforme de la procédure de divorce par la loi du 26 avril 2007. Depuis, la concurrence de la procédure contentieuse, surtout sur requête conjointe, est forte. On assiste au développement d'un contentieux après divorce par consentement mutuel, notamment si les conventions apparaissent déséquilibrées et que leur variabilité a été exclue par les parties²³³.

95. Le contenu des conventions se subdivise en deux ensembles²³⁴.

Les conventions relatives aux **droits et devoirs des époux** comprennent la liquidation et le partage du régime matrimonial, l'octroi d'une pension alimentaire ou, le plus souvent (comme le confirme l'étude empirique) la renonciation à toute pension, et le règlement des droits successoraux en cas de décès avant le divorce. Elles sont laissées à l'autonomie de la volonté. Les accords patrimoniaux ne sont pas révisables sauf accord contraire. Les pensions alimentaires entre époux sont révisables sauf exclusion de toute révision. La révision suppose des circonstances nouvelles et indépendantes de la volonté des parties qui rendent le montant de la pension inadapté (art. 1288, al. 3, C. jud.).

Les conventions relatives aux **enfants des époux** comprennent les modalités d'exercice de l'autorité parentale sur les enfants mineurs et la contribution à l'entretien, l'éducation et la formation des enfants, mineurs ou majeurs. Le contrôle du juge est plus strict sur cette matière ; leur contenu demeure révisable.

Les conventions ne requièrent aucune forme particulière. Dans la pratique, elles sont rédigées par des praticiens. L'intervention d'un notaire est requise quand il y a un immeuble à attribuer. Certains auteurs sont critiques sur la qualité globale de rédaction des conventions de divorce par consentement mutuel (degré de détail, clauses d'effectivité)²³⁵.

96. Comparé au divorce par désunion irrémédiable, le divorce par consentement mutuel a **des vertus pacificatrices** : les époux doivent parvenir à un accord sur leur divorce et sur tous ses effets avant d'entamer la procédure²³⁶.

²³³ Sur ce phénomène : G. VERSCHULDEN, « Relitigatie na echtscheiding door onderling toestemming (2011-2017) », in P. SENAËVE et G. VERSCHULDEN (dir.), *Wetgeving en rechtspraak familie(proces) recht 2017*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 173-234. Une raison d'un tel contentieux pourrait être que les époux qui divorçaient par consentement mutuel avant la réforme du 26 avril 2007 le faisaient pour des raisons d'opportunité (coût, durée) et n'étaient pas dans un état psychologique propice à une transaction (équilibrée) (Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 502, n° 541).

²³⁴ Pour plus de détails : E. ALOFS et F. APS, « De rechtspleging inzake echtscheiding door onderlinge toestemming », in P. SENAËVE (dir.), *Handboek Familieprocesrecht*, Malines, Kluwer, 2020, pp. 755 et s. ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 505, n° 548.

²³⁵ R. HEMELSOEN, *EOT-overeenkomsten. Een empirisch-juridische studie*, Anvers, Intersentia, 2012, pp. 352-358, n^{os} 618-632.

²³⁶ R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 157, n° 171 ; E. ALOFS et F. APS, « De

Un **premier risque** est que l'un des époux ne soit pas en état psychologique – en raison de son degré inférieur d'acceptation de la rupture du couple – de négocier aussi efficacement que l'autre époux les conséquences de la rupture²³⁷. Cette dimension est inhérente à la charge affective et ne semble *a priori* pas genrée. Toutefois, dans toute négociation d'accords familiaux à dimension financière, le conjoint économiquement plus fort bénéficie théoriquement d'un avantage positionnel.

Un **autre inconvénient** de l'obligation de négocier l'ensemble des accords avant le divorce est que certains accords seront définitifs et d'autres resteront variables. De plus, le juge contrôle seulement le contenu des conventions relatives aux enfants, et pas l'équité de celles relatives aux biens et à la pension entre époux. Or l'étude empirique a révélé des tendances à mettre en balance des accords patrimoniaux avec des demandes relatives à l'hébergement ou au financement des enfants. Ces demandes relatives aux enfants interfèrent avec les accords patrimoniaux et sont souvent soulevées par les femmes, à leur désavantage.

B. LES COHABITANTS LÉGAUX

1. Point d'entrée : formalisation du statut

97. La cohabitation légale est le statut de deux personnes qui effectuent une déclaration de cohabitation légale auprès de l'officier de l'état civil de leur domicile commun (art. 1475, § 1, anc. C. civ.)²³⁸. Elle connaît un succès croissant depuis sa création le 1^{er} janvier 2000.

Les **conditions de fond** sont aisées à remplir : les futurs cohabitants doivent être majeurs, capables²³⁹, et ne peuvent pas être déjà mariés ou unis par une autre cohabitation légale art. 1475, § 2, anc. C. civ.).

La déclaration contient les informations sur les cohabitants : nom, prénoms, date et lieu de naissance, signatures (art. 1476, § 1, anc. C. civ.). Contrairement au mariage, les cohabitants n'ont pas l'obligation de comparaître personnellement devant l'officier de l'état civil. Ce dernier vérifie les informations de la déclaration

rechtspleging inzake echtscheiding door onderlinge toestemming», in P. SENAËVE (dir.), *Handboek Familieprocesrecht*, Malines, Kluwer, 2020, pp. 755 et s. ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 501, n° 541 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J. SAUVAGE, *Le couple. Édition 2022*, Limal, Anthemis, 2022, p. 161.

²³⁷ G. VERSCHULDEN, « Relitigatie na echtscheiding door onderling toestemming (2011-2017) », in P. SENAËVE et G. VERSCHULDEN (dir.), *Wetgeving en rechtspraak familie(proces) recht 2017*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 176-177, n° 299.

²³⁸ La cohabitation légale a été instaurée par une loi du 23 novembre 1998 (*M.B.*, 12 janvier 1999). La loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000.

²³⁹ Notons qu'une personne placée sous administration et déclarée incapable d'effectuer une déclaration de cohabitation légale peut néanmoins, à sa demande, être autorisée par le juge de paix à faire cette déclaration (art. 1475, § 2, al. 2, anc. C. civ.).

et le respect des conditions²⁴⁰. Il enregistre la déclaration dans les registres de la population et non pas dans les registres de l'état civil, comme pour le mariage.

98. La cohabitation légale est un statut de couple pour des partenaires affectifs qui ne veulent pas se marier mais souhaitent institutionnaliser leur relation et bénéficier d'une protection et d'effets juridiques.

La cohabitation légale présente cependant un **caractère hybride et flou**²⁴¹ – accessible aux couples mais aussi aux membres d'une famille, parents et enfants – délibérément conçu en 1998 pour ne pas offrir aux couples homosexuels un statut comparable au mariage²⁴².

De l'avis de nos cours suprêmes, elle n'est pas comparable au mariage et procède d'un choix dont il faut accepter les conséquences²⁴³, à tort selon le courant doctrinal critique envers le paramètre du choix.

À cela s'ajoute, pour complexifier la position de la cohabitation légale par rapport au mariage et à l'union libre, que les droits des cohabitants légaux ont évolué dans d'autres matières que le droit civil (fiscalité, statut social²⁴⁴, etc.). Les lois qui ont modifié la cohabitation légale ont toutes visé les couples affectifs²⁴⁵ – dernier exemple : la loi du 8 février 2023 crée un empêchement à mariage en cas

²⁴⁰ Pour faire face à l'émergence des cohabitations légales frauduleuses, l'officier a également la possibilité de refuser d'acter la déclaration lorsque le consentement d'une des parties est vicié. Sont visées par-là les cohabitations légales simulées (art. 1476bis anc. C. civ.) ou forcées (art. 1476ter anc. C. civ.), selon une logique similaire au mariage.

²⁴¹ « een flauw afkooksel (van het huwelijk) » : A.-L. VERBEKE, « Als Mozes niet naar de berg komt. Over de organisatie van de feitelijke scheiding binnen het huwelijk », *T.E.P.*, 2021, p. 4.

²⁴² À l'origine, la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale avait également pour but de permettre aux couples homosexuels d'officialiser leur relation, alors que le statut du mariage leur était refusé. Cet objectif n'est plus pertinent depuis la loi du 13 février 2003, qui ouvre le mariage aux personnes de même sexe. Voy. not. : A.-Ch. VAN GYSEL, « Le début et la fin des couples non mariés », in N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 159-161.

²⁴³ C. const., 28 mai 2019, n° 83/2019 ; C. const., 23 février 2000, n° 23/2000 ; Cass., 17 janvier 2013, *T. Fam.*, 2015, p. 132, note L. DE SCHRIJVER. Pour une analyse : J. SAUVAGE, « Le droit patrimonial des cohabitants légaux et de fait : proposition d'un droit patrimonial familial », in N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 251-252.

²⁴⁴ Voy. : E. ALOFS, « De uitbreiding van de schadeloosstelling overeenkomstig de resp. regelingen inzake arbeidsongevallen, beroepsziekten en het asbestfonds naar wettelijk samenwonende partners », *Not. Fisc. M.*, 2009, pp. 311-327. Voy. aussi : E. ALOFS, « Socialezekerheidsrechtelijke aspecten van notariële gezinsdossiers », in G. VERSCHULDEN (dir.), *Rechtskroniek voor het Notariaat – Deel 24*, Bruges, die Keure, 2014, pp. 1-52 ; E. ALOFS, « Gezin en sociale zekerheid », in VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE GENT (dir.), *Personen- en familierecht*, Anvers, Larcier, 2015, pp. 1-57 ; E. ALOFS, « De invloed van een samenlevingsrelatie en de samenlevingsvorm in de sociale zekerheid », in CBR (dir.), *Samenlevingsvormen en recht*, Anvers, Maklu, 2012, pp. 107-154.

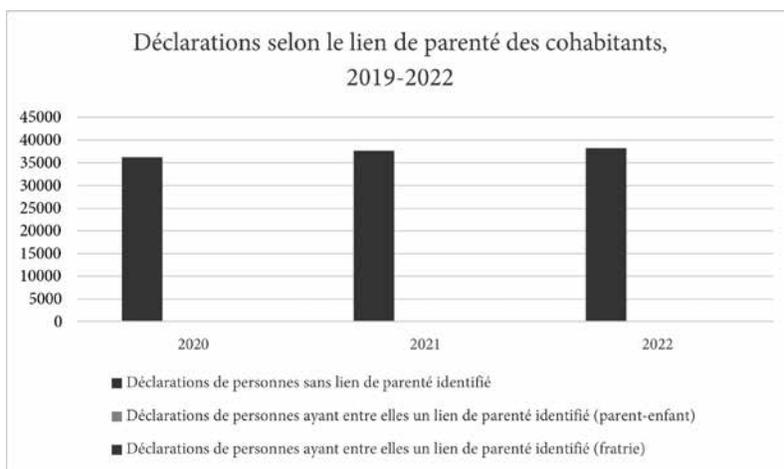
²⁴⁵ Pour un relevé en ce sens : A.-Ch. VAN GYSEL, « Le début et la fin des couples non mariés », in N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 162-165.

de cohabitation légale préexistante, sauf si le mariage concerne les mêmes parties (art. 147 anc. C. civ.).

Certains auteurs considèrent que l'ouverture de la cohabitation légale aux cohabitants non affectifs est un frein ou un obstacle à sa réforme dans le sens d'une protection accrue des couples²⁴⁶. Pour une majorité en doctrine, le législateur devrait décider de réserver la cohabitation légale aux seuls couples²⁴⁷. Une minorité en doctrine voit un intérêt à laisser la cohabitation légale accueillir des entités non affectives et non calquées sur le mariage (*huwelijksachtig*)²⁴⁸.

99. *Lorsqu'on consulte les données de l'office belge de statistiques, on observe que sur 38.359 déclarations de cohabitation légale enregistrées en 2022, 38.224 (soit 99,64 %) concernent des personnes sans lien de parenté identifié. Les pourcentages sont similaires en 2021, 2020, 2019.*

Comme on peut raisonnablement supposer que ces cohabitants non apparentés sont liés par un lien affectif et sexuel, on constate que le statut de cohabitation légale est majoritairement adopté par des couples²⁴⁹.



Source: Statbel, <https://statbel.fgov.be/fr>

²⁴⁶ Voy. F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht. Een benadering in context*, 8^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 391-392, n° 622.

²⁴⁷ Voy. E. GOOSSENS, « Kompas voor een nieuw samenwoningsrecht: neutraal, coherent en compensatie- en behoeftegericht », *R.G.D.C.*, 2019, p. 538.

²⁴⁸ Voy. F. SWENNEN, « Wettelijke samenwoning: Geens' sprong naar het recht voor gisteren? », *T. Fam.*, 2018, pp. 2-5 ; A. VERBEKE, « Als Mozes niet naar de berg komt. Over de organisatie van de feitelijke scheiding binnen het huwelijk », *T.E.P.*, 2021, p. 4 ; sur le concept de « huwelijkscentrisme » : E. GOOSSENS, « Kompas voor een nieuw samenwoningsrecht: neutraal, coherent en compensatie- en behoeftegericht », *R.G.D.C.*, 2019, p. 545.

²⁴⁹ Les chiffres sont disponibles sur Statbel : <https://statbel.fgov.be/fr>. La catégorie des cohabitants non apparentés comprend également les cohabitants sans lien affectif (p. ex. : deux amis) et, en raison de la méthodologie suivie par Statbel, les cohabitants apparentés

100. L'image dans la population de la cohabitation légale est **très confuse**. Elle se présente au citoyen comme un statut beaucoup plus complet et protecteur qu'en réalité²⁵⁰. Ce point est problématique au regard de l'incidence du choix des parties comme paramètre de la protection juridique du couple, incidence encore très forte auprès des cours supérieures, du législateur et d'un important courant doctrinal.

La cohabitation légale attire beaucoup de couples pour sa souplesse et pour certains avantages connus du public (fiscalité, droits successoraux et sociaux²⁵¹, facilitation de l'adoption de l'enfant du partenaire²⁵², etc.). Ce qui est beaucoup moins connu de la population est qu'elle ne produit aucun des effets civils du mariage (i.e. solidarité patrimoniale *opting out*, solidarité alimentaire impérative jusqu'à la séparation, droits successoraux impératifs).

Son succès est tel qu'il est impossible, dans une perspective de réforme, de faire marche arrière sur les droits conférés aux partenaires, au point qu'il est inéluctable, selon certains auteurs, que la cohabitation légale devienne un statut de vie affective à part entière, tant sur le plan civil que dans les autres domaines²⁵³.

Cette situation trompeuse est dénoncée par la doctrine²⁵⁴. Dans son rapport annuel de 2017, le Médiateur fédéral relève que les informations disponibles pour le citoyen sont insuffisantes pour faire un choix éclairé²⁵⁵. Or la liberté de choix (éclairé) est un paradigme du droit patrimonial des couples, mobilisé

au-delà du deuxième degré. Nous supposons toutefois que le nombre de ces cohabitants « hors couple » est négligeable.

- ²⁵⁰ E. GOOSSENS, « Kompas voor een nieuw samenwoningsrecht: neutraal, coherent en compensatie- en behoeftegericht », *R.G.D.C.*, 2019, p. 539.
- ²⁵¹ Les cohabitants légaux ont les mêmes droits en matière de sécurité sociale que les époux, mais parfois à certaines conditions. Il faut en outre faire une exception pour l'assurance-pension dont les droits « familiaux » sont réservés aux époux. Voy. E. ALOFS, « De uitbreiding van de schadeloosstelling overeenkomstig de resp. regelingen inzake arbeidsongevallen, beroepsziekten en het asbestfonds naar wettelijk samenwonende partners », *Not. Fisc. M.*, 2009, pp. 311-327. Voy. aussi : E. ALOFS, « Socialezekerheidsrechtelijke aspecten van notariële gezinsdossiers », in G. VERSCHULDEN (dir.), *Rechtskroniek voor het Notariaat – Deel 24*, Bruges, die Keure, 2014, pp. 1-52 ; E. ALOFS, « Gezin en sociale zekerheid », in VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE GENT (dir.), *Personen- en familierecht*, Anvers, Larcier, 2015, pp. 1-57 ; E. ALOFS, « De invloed van een samenlevingsrelatie en de samenlevingsvorm in de sociale zekerheid », in CBR (dir.), *Samenlevingsvormen en recht*, Anvers, Maklu, 2012, pp. 107-154.
- ²⁵² Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 628, n° 456.
- ²⁵³ E. GOOSSENS, « Kompas voor een nieuw samenwoningsrecht: neutraal, coherent en compensatie- en behoeftegericht », *R.G.D.C.*, 2019, p. 539.
- ²⁵⁴ F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht. Een benadering in context*, 8^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 395-396, n° 624 ; Y.-H. LELEU, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes. Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, Montréal, Thémis, 2014, pp. 67-69, n° 67-69 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J. SAUVAGE, *Le couple. Édition 2022*, Limal, Anthemis, 2022, pp. 497-500.
- ²⁵⁵ « Rapport annuel 2017 du médiateur fédéral », disponible sur <http://mediateurfederal.be>, 2017, pp. 61-63.

notamment par la Cour constitutionnelle pour justifier des différences entre mariage et cohabitation légale²⁵⁶.

Plus fondamentalement, comme pour la séparation de biens pure et simple, certains auteurs constatent que le choix des partenaires affectifs pour le statut de leur couple n'est pas toujours posé en raison de ses effets juridiques (*supra*, n° 87). Le choix de la cohabitation légale et celui de la cohabitation de fait peuvent même résulter d'un désaccord sur le mariage, et donc être imposé à l'un par l'autre²⁵⁷.

101. Dans une étude réalisée en 2012 en Flandre auprès de partenaires cohabitants, il apparaît que de nombreux facteurs non juridiques (perception négative de l'institution du mariage, considérations fiscales, pressions sociales liées à la célébration du mariage) influencent la décision d'un couple de ne pas se marier²⁵⁸.

2. Régime patrimonial

102. Le **régime patrimonial** de la cohabitation légale comporte un régime primaire impératif et un régime secondaire supplétif. Le régime primaire reprend et adapte certaines dispositions du régime primaire des couples mariés. Le régime secondaire est une séparation de biens pure et simple, avec les mêmes principes de personnalisation des revenus et d'indépendance des patrimoines²⁵⁹. Ce régime s'applique dès l'inscription de la déclaration de cohabitation dans le registre de la population par l'officier de l'état civil, jusqu'à la cessation de celle-ci²⁶⁰.

103. Le **régime primaire** fixe les droits et obligations des cohabitants légaux. Il n'y a pas d'obligation de vie commune ni d'assistance ni de fidélité, ni de devoir de secours.

²⁵⁶ Voy. E. GOOSSENS, « Kompas voor een nieuw samenwoningsrecht: neutraal, coherent en compensatie- en behoeftegericht », *R.G.D.C.*, 2019, p. 537.

²⁵⁷ A.-L. VERBEKE, E. ALOFS, C. DEFEVER et D. MORTELMANS, « Gender Inequalities and Family Solidarity in Times of Crisis », in L. CORNELIS (dir.), *Finance and Law: Twins in Trouble*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 70 et s. ; R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 5-6, n° 4 ; J. SAUVAGE, « Le droit patrimonial des cohabitants légaux et de fait : proposition d'un droit patrimonial familial », in N. DANDROY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 218 ; A.-L. VERBEKE, « Het wilsgebrek van de liefde », *T.E.P.*, 2015, p. 103.

²⁵⁸ V. LYSSENS-DANNEBOOM et D. MORTELMANS, « Juridische bescherming van samenwoners », in *Rapports Congrès notarial 2013. Travail et relation*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 84-88.

²⁵⁹ J. SAUVAGE, « Le droit patrimonial des cohabitants légaux et de fait : proposition d'un droit patrimonial familial », in N. DANDROY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 229 et s. ; R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 353, n° 366.

²⁶⁰ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 629, n° 457.

L'article 1477, § 2, de l'ancien Code civil protège le cadre de vie des cohabitants légaux, en les empêchant de disposer seuls des droits qu'ils possèdent sur le **logement familial** et son mobilier. Les modalités de cette protection sont identiques à celles des personnes mariées.

L'article 1477, §§ 3-4, de l'ancien Code civil impose aux cohabitants une **contribution aux charges de la vie commune** et une **solidarité sur les dettes** qui y sont liées. Les charges liées à l'organisation et au fonctionnement de la cohabitation doivent être supportées par chacun selon ses facultés, comme en mariage. Toutes les facultés sont prises en considération, même celles déployées pour le foyer.

Telle est la seule solidarité mise en place par le statut, et seulement pendant la durée de la cohabitation. On peut l'assimiler à une prestation alimentaire financière ou en nature limitée la seule période de la cohabitation²⁶¹.

L'article 1479, alinéas 1 et 2, de l'ancien Code civil permet aux cohabitants légaux de saisir le tribunal de la famille pour prendre des **mesures de crise** en cas de mésentente sérieuse entre les cohabitants pendant la cohabitation. Le tribunal peut prendre des mesures patrimoniales analogues à ce qui se fait pour les époux en crise (p. ex. : séparation des cohabitants, attribution temporaire de la jouissance exclusive de l'immeuble familial, contribution alimentaire pour les enfants, arriérés de contribution aux charges de la vie commune²⁶²). Toutefois, la loi énonce que ces mesures cessent leurs effets le jour de la cessation de la cohabitation légale, sauf si elles concernent les enfants communs²⁶³.

Sous l'angle de la solidarité économique au sein du couple, cet embryon de régime primaire n'est pas comparable au régime primaire des époux. En l'absence d'un devoir de secours, le cohabitant légal ne peut pas demander une pension alimentaire après la rupture, ni pendant une crise conjugale pour maintenir le partage des niveaux de vie (*supra*, n° 91)²⁶⁴. Une occupation d'immeuble indivis donnera toujours lieu au paiement d'une indemnité d'occupation. Surtout le régime primaire cesse de s'appliquer dès la rupture de la cohabitation légale. L'obligation de contribution aux charges de la vie commune cesse dès la rupture²⁶⁵. Or c'est au moment où le couple est en crise que le besoin

²⁶¹ A.-Ch. VAN GYSEL et J. SAUVAGE, *Le couple. Édition 2022*, Limal, Anthemis, 2022, pp. 507-508.

²⁶² Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 630, n° 458.

²⁶³ R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 33, n° 48 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 401, n° 410 ; J. SAUVAGE, « Le droit patrimonial des cohabitants légaux et de fait : proposition d'un droit patrimonial familial », in N. DANDROY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 236.

²⁶⁴ Cass., 16 décembre 2021, *R.W.*, 2022-23, p. 419, note A. VANDENBROECK, *T. Not.*, 2022, p. 244, note H. THIJS.

²⁶⁵ B. DELAHAYE, F. TAINMONT et V. LÈBE-DESSARD, « La cohabitation légale », *Rép. not.*, t. I, I. X¹, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 59, n° 33 ; Gand, 21 juin 2018, *T.E.P.*, 2018, p. 849.

de protection du partenaire économiquement plus faible est important car le partage des niveaux de vie peut cesser et rendre sensible l'inégalité de revenus généralement préjudiciable aux femmes. La possibilité d'ordonner des « mesures justifiées par la cessation de la cohabitation » (art. 1479, al. 3, anc. C. civ.) comble ces lacunes de manière moins efficace qu'en mariage (*supra*, n° 91).

104. Le régime secondaire de la cohabitation légale est une séparation de biens pure et simple, soumise au droit commun et à l'autonomie de la volonté. Chacun conserve la propriété des biens dont il peut prouver qu'ils lui appartiennent et ses revenus ; les biens dont aucun des cohabitants ne peut prouver l'appartenance et les revenus qui en découlent sont présumés indivis (art. 1478, al. 1-2, anc. C. civ.).

Ce régime est supplétif. Les cohabitants légaux peuvent conclure une **convention de cohabitation** pour modifier leur situation patrimoniale, dans le respect du régime primaire et des règles d'ordre public (art. 1478, al. 4, anc. C. civ.)²⁶⁶. La convention de cohabitation doit être passée devant notaire et bénéficier de son devoir de conseil et d'information. Elle est enregistrée dans le registre central des contrats de mariage, une preuve supplémentaire de l'assimilation de la cohabitation légale à un statut de couple²⁶⁷. La convention peut être résiliée ou modifiée en cours de cohabitation légale.

Dans cette convention, les cohabitants légaux peuvent déroger au principe de séparation des patrimoines en constituant des indivisions entre eux, aménager les règles de gestion, de liquidation et de partage des biens indivis, établir des mécanismes compensatoires inspirés de l'enrichissement injustifié ou des récompenses en régime légal²⁶⁸.

Certains auteurs contestent que le régime secondaire de séparation de biens prévu par la loi soit un « régime matrimonial »²⁶⁹. Il y aurait en outre une interdiction pour les cohabitants légaux d'adopter par convention une communauté analogue à celle du mariage²⁷⁰. Cela suscite l'incompréhension

²⁶⁶ Cette formulation traditionnelle est reprise des articles 1387 et 1388 de l'ancien Code civil relatif aux conventions de mariage. Depuis l'entrée en vigueur du livre II du nouveau Code civil, ces dispositions ont été remplacées par l'article 2.3.1 du Code civil, qui précise : « [L]es époux choisissent ou modifient librement leur régime matrimonial dans un contrat dénommé "convention matrimoniale", pourvu qu'ils ne stipulent rien qui soit contraire à une règle impérative ou d'ordre public, ou à l'exigence de cohérence de leur régime matrimonial ».

²⁶⁷ Loi du 13 janvier 1977 portant approbation de la Convention relative à l'établissement d'un système d'inscription des testaments, faite à Bâle le 16 mai 1972, *M.B.*, 6 juin 1977, art. 4.

²⁶⁸ R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 368, n° 380 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 643-649, n°s 474-478.

²⁶⁹ J. SAUVAGE, « Le droit patrimonial des cohabitants légaux et de fait : proposition d'un droit patrimonial familial », in N. DANDROY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 229 et s. ; *contra* : R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2018, p. 367, n° 635.

²⁷⁰ B. DELAHAYE, F. TAINMONT et V. LEBE-DESSARD, « La cohabitation légale », *Rép. not.*, t. I, l. X¹, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 91-92, n° 72 ; C. DE WULF, « Huwelijk en andere

d'un courant doctrinal : pourquoi les partenaires seraient-ils limités dans leur droit d'instaurer une solidarité sur les acquêts, par exemple²⁷¹ ?

Le régime secondaire de la cohabitation légale n'est en rien comparable à celui des personnes mariées, pas même à la séparation de biens pure et simple organisée *a minima* par les articles 2.3.61 et suivants du Code civil. Hormis la présomption d'indivision visée à l'article 1478, alinéa 2, de l'ancien Code civil, les cohabitants légaux sont soumis au droit commun²⁷². Contrairement aux contrats de mariage, la doctrine majoritaire estime que la convention de cohabitation, même publiée au R.C.C.M., n'est pas opposable aux tiers²⁷³.

Une majorité en doctrine admet que les partenaires cohabitants peuvent convenir d'une pension alimentaire après rupture²⁷⁴. L'existence d'une telle obligation alimentaire conventionnelle est par ailleurs une condition dans les assurances pour les accidents de travail et les maladies professionnelles pour avoir droit à une rente après décès²⁷⁵.

Très rares sont les conventions de cohabitation notariées, au vu des statistiques, et encore plus rares sont les conventions prévoyant une pension alimentaire²⁷⁶. L'étude empirique a confirmé ceci et n'a pas non plus pu mettre en évidence des pratiques professionnelles à ce sujet. Cela confirme la difficulté d'instaurer dans un couple par voie de convention une protection patrimoniale dérogoratoire au droit commun.

samenlevingsvormen – waarheen met het familierecht en het familiaal vermogensrecht», *T. Not.*, 2004, p. 360.

²⁷¹ A.-L. VERBEKE, « Als Mozes niet naar de berg komt. Over de organisatie van de feitelijke scheiding binnen het huwelijk », *T.E.P.*, 2021, p. 5 et « Codificatie van het Belgische familiaal vermogensrecht », *T.E.P.*, 2021, p. 83.

²⁷² A.-Ch. VAN GYSEL et J. SAUVAGE, *Le couple. Édition 2022*, Limal, Anthemis, 2022, p. 516 ; R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 353-355, n^{os} 366-367.

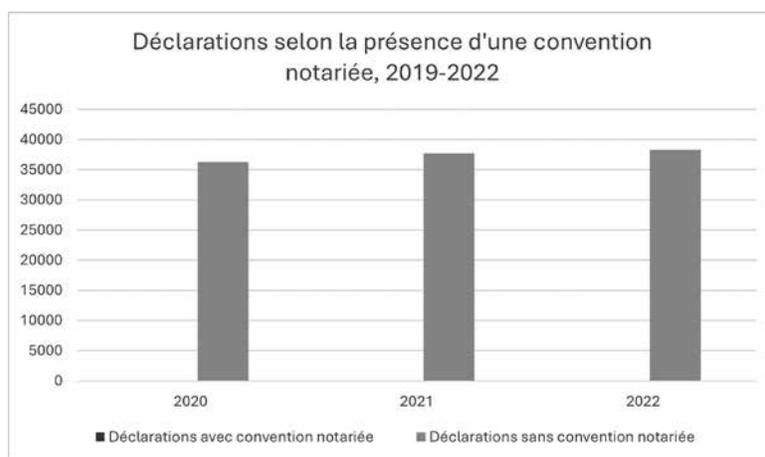
²⁷³ A.-Ch. VAN GYSEL et J. SAUVAGE, *Le couple. Édition 2022*, Limal, Anthemis, 2022, p. 518 ; R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 363, n^o 376 ; *contra* : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 643-644, n^o 474.

²⁷⁴ R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 366-368, n^o 379 ; F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht. Een benadering in context*, 8^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 400, n^o 632 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 408, n^o 431 ; B. DELAHAYE, F. TAINMONT et V. LEBE-DESSARD, « La cohabitation légale », *Rép. not.*, t. I, l. X¹, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 85-86, n^o 70 ; E. ALOFS, « De uitbreiding van de schadeloosstelling overeenkomstig de resp. regelingen inzake arbeidsongevallen, beroepsziekten en het asbestfonds naar wettelijk samenwonende partners », *Not. Fisc. M.*, 2009, p. 321 ; *contra* : A.-Ch. VAN GYSEL et J. SAUVAGE, *Le couple. Édition 2022*, Limal, Anthemis, 2022, p. 519.

²⁷⁵ E. ALOFS, « De uitbreiding van de schadeloosstelling overeenkomstig de resp. regelingen inzake arbeidsongevallen, beroepsziekten en het asbestfonds naar wettelijk samenwonende partners », *Not. Fisc. M.*, 2009, pp. 322 et s.

²⁷⁶ L. DE SCHRIJVER, *Wettelijke samenwoning*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 195, n^o 315 et p. 199, n^o 322.

105. Selon Statbel, sur les 38.359 déclarations de cohabitations légales enregistrées en 2022, seules 57 d'entre elles (soit 0,14 %) étaient accompagnées d'une convention notariée. La proportion est similaire en 2021 et 2020. Statbel ne renseigne toutefois que les conventions notariées enregistrées au moment de la déclaration et dont il a été fait état à l'officier de l'état civil (depuis 2015, il n'est plus obligatoire d'enregistrer la convention notariée dans le registre national). Nous présumons toutefois que le nombre de conventions de cohabitation légale reste extrêmement faible. Il faut donc conclure qu'une grande majorité de cohabitants légaux se voient uniquement appliquer le régime secondaire supplétif repris ci-avant.



Source: <https://statbel.fgov.be/fr>

3. Point de sortie : cessation

106. La loi a voulu faciliter la rupture de la cohabitation légale pour marquer une différence avec le mariage. L'article 1476, § 2, alinéa 1, de l'ancien Code civil vise en premier lieu les cas de **cessation de plein droit** de la cohabitation légale, ce qui est en soi anormal s'agissant d'un statut doté d'une protection. La cohabitation légale prend fin :

- par le **décès** d'un des partenaires (avec un droit successoral limité pour le survivant – *infra*, n° 127) ;
- par le **mariage** des cohabitants entre eux, une hypothèse de plus en plus fréquente et heureuse. Par le passé, elle pouvait prendre fin par le mariage d'un cohabitant avec un tiers, une hypothèse rare et choquante²⁷⁷. La loi du

²⁷⁷ Voy. à ce sujet : A.-Ch. VAN GYSEL, « Le début et la fin des couples non mariés », in N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 175-177.

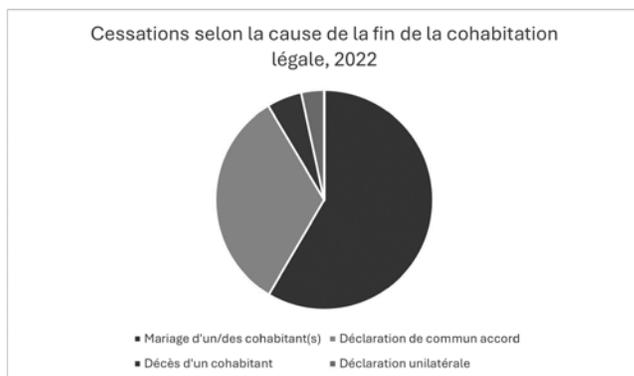
8 mai 2023²⁷⁸ a modifié cette situation puisqu'il est désormais interdit de contracter mariage avec un tiers, lorsqu'une cohabitation légale est en cours (art. 147 C. civ.). Cela confirme que chaque évolution de la cohabitation légale rapproche celle-ci d'un statut réservé aux couples affectif.

L'article 1476, § 2, alinéa 2, de l'ancien Code civil vise en second lieu la **rupture**.

- Les cohabitants légaux peuvent mettre fin **de commun accord** à leur cohabitation. Ils formalisent leur volonté dans une déclaration écrite remise à l'officier de l'état civil, qui l'acte dans les registres de la population²⁷⁹.
- Chaque cohabitant peut mettre **unilatéralement** fin à la cohabitation légale – une forme de « répudiation » selon un auteur²⁸⁰. La procédure est identique à celle de la cessation amiable, mais l'officier de l'état civil signifie la cessation au partenaire au moyen d'un exploit d'huissier, dans les huit jours de la déclaration.

Dans les deux cas, l'extrême rapidité avec laquelle il est mis fin à la cohabitation légale pose problème et peut porter préjudice aux cohabitants économiquement plus faibles, généralement les femmes, comme nous allons le voir ci-après.

107. Selon les données disponibles sur Statbel, la majorité des cohabitations légales cesse par le mariage d'un/des cohabitants (58,5 %). Par ordre décroissant, les autres causes de cessation sont la déclaration de commun accord (32,9 %), le décès d'un cohabitant (5,2 %) et la déclaration unilatérale (3,4 %)²⁸¹.



Source : Statbel, <https://statbel.fgov.be/fr>

²⁷⁸ M.B., entrée en vigueur le 11 mars 2023.

²⁷⁹ Si les parties ne sont pas domiciliées dans la même commune, l'officier d'état civil notifie la cessation par lettre recommandée, dans les huit jours de la remise de la déclaration, à l'officier d'état civil de la commune du domicile de l'autre partie.

²⁸⁰ A.-Ch. VAN GYSEL, «Le début et la fin des couples non mariés», in N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 177 et s.

²⁸¹ Chiffres disponibles sur Statbel, pour l'année 2022 (<https://statbel.fgov.be/fr>). Les proportions sont similaires pour les années 2021 et 2020.

108. La cessation de la cohabitation légale entraîne la disparition des droits et obligations des cohabitants légaux durant la vie commune. Comme il n'existe pas de devoir de secours entre cohabitants, la loi n'impose **aucune solidarité alimentaire** après la rupture.

Certains auteurs estiment que l'absence de pension alimentaire entre ex-cohabitants explique le succès du statut²⁸². D'autres critiquent l'absence de toute solidarité alimentaire et considèrent qu'une solidarité économique minimale doit exister entre les ex-cohabitants²⁸³. L'avis de ces derniers auteurs est en lien avec le constat que la vie commune peut avoir entravé la carrière professionnelle d'un des partenaires, ce qui se cristallise économiquement lors de rupture²⁸⁴.

Le fait que le tribunal de la famille peut ordonner des « mesures urgentes et provisoires justifiées par la cessation », pour autant qu'il ait été saisi dans les trois mois qui suivent celle-ci, permet d'adoucir certains aspects d'une rupture (art. 1479, al. 3, anc. C. civ.). Le tribunal fixe la durée de validité des mesures, laquelle n'est plus limitée à un an comme par le passé (art. 1479, al. 3, anc. C. civ.)²⁸⁵.

Pour certains auteurs, une pension limitée dans sa durée peut être justifiée par la cessation elle-même²⁸⁶.

109. Le statut de la cohabitation légale ne prévoit aucune disposition pour compenser les déséquilibres patrimoniaux survenus durant la vie commune. Or les cohabitants légaux font face à des situations et problèmes comparables à d'autres couples (p. ex. constitution d'un patrimoine d'acquêts, acquisitions indivises, mélanges entre patrimoines)²⁸⁷.

²⁸² A.-Ch. VAN GYSEL et J. SAUVAGE, *Le couple. Édition 2022*, Limal, Anthemis, 2022, p. 527 ; B. DELAHAYE, F. TAINMONT et V. LEBE-DESSARD, « La cohabitation légale », *Rép. not.*, t. I, l. X¹, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 110, n° 86.

²⁸³ E. GOOSSENS, « Kompas voor een nieuw samenwoningsrecht: neutraal, coherent en compensatie- en behoeftegericht », *R.G.D.C.*, 2019, pp. 551-552 ; F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht. Een benadering in context*, 8^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 404, n° 637 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 408, n° 431.

²⁸⁴ Y.-H. LELEU, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes. Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, Montréal, Thémis, 2014, pp. 9 -14, n^{os} 10-12.

²⁸⁵ Loi du 31 juillet 2020 ; C. const., 6 décembre 2018, n° 177/2018.

²⁸⁶ L. DE SCHRIJVER, *Wettelijke samenwoning*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 212 et s. ; F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht. Een benadering in context*, 8^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 403, n° 636 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 408-409, n° 432 ; *contra* : B. DELAHAYE, F. TAINMONT et V. LEBE-DESSARD, « La cohabitation légale », *Rép. not.*, t. I, l. X¹, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 108, n° 85.

²⁸⁷ A. VERBEKE, E. ALOFS, C. DEFEVER, D. MORTELMANS, « Gender Inequalities and Family Solidarity in Times of Crisis », in L. CORNELIS (dir.), *Finance and Law: Twins in Trouble*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 70 et s.

Une partie de la doctrine observe que ces déséquilibres s'accroissent en raison du différentiel de revenus entre les partenaires²⁸⁸, différentiel aggravé par la mise en couple et encore plus par la présence d'enfants²⁸⁹, même si la gestion des revenus apparaît plus individualisée en cohabitation légale qu'en mariage²⁹⁰. Des auteurs insistent sur la nécessité d'assurer une forme de solidarité économique minimale pour tous les couples, y compris les cohabitants légaux²⁹¹.

Tout comme les époux en séparation de biens pure et simple, les cohabitants légaux sont renvoyés vers le droit commun des obligations et des contrats, que la jurisprudence tend à « familialiser » (*supra*, n° 93). En pratique, c'est la théorie de l'enrichissement injustifié (art. 5.135 C. civ.) qui est le plus souvent mobilisée pour permettre au cohabitant appauvri de réclamer une créance au partenaire enrichi. Le demandeur s'expose à la charge probatoire, aux frais de la procédure et à l'aléa judiciaire²⁹². La capacité de supporter un procès après rupture est sensible au genre, à la fois parce que les femmes sont plus souvent économiquement plus faibles, et parce qu'elles pourraient négocier en cours de procédure sur d'autres bases que les hommes.

C. LES COHABITANTS DE FAIT

1. Point d'entrée : le couple

110. La cohabitation de fait est le statut de couple de deux partenaires qui vivent ensemble maritalement en dehors du mariage et de la cohabitation légale. À la différence des autres statuts, la cohabitation de fait n'est pas institutionnalisée par la loi, du moins en droit civil. Les partenaires sont renvoyés vers le droit commun des obligations et des contrats, ainsi que de la procédure civile.

²⁸⁸ Y.-H. LELEU, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes. Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, Montréal, Thémis, 2014, p. 8, n° 9.

²⁸⁹ N. DANDOY, « La solidarité financière après la rupture », in N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 296.

²⁹⁰ F. GHESQUIERE, « Le revenu au sein des couples en Belgique. Analyses de la mise en commun et des écarts de revenus », in N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 112.

²⁹¹ Y.-H. LELEU, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes. Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, Montréal, Thémis, 2014, p. 61, n° 60 ; A.-L. VERBEKE, « Waardig familiaal vermogensrecht », *T.E.P.*, 2013, p. 5 ; A. VERBEKE, E. ALOFS, C. DEFEVER et D. MORTELMANS, « Gender Inequalities and Family Solidarity in Times of Crisis », in L. CORNELIS (dir.), *Finance and Law: Twins in Trouble*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 71 et s.

²⁹² R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 377-381, n° 390.

La cohabitation de fait est une **réalité sociale croissante** depuis des décennies²⁹³.

Le système juridique a évolué d'une hostilité de principe vers une indifférence et, plus récemment, vers une réglementation rendue obligatoire par le principe d'égalité et de non-discrimination dans de nombreux domaines, à l'exception du domaine des effets civils du mariage²⁹⁴, et surtout à l'exception de l'accès au tribunal de la famille en tant que couple, pas même pour le cas de violences conjugales²⁹⁵ (*infra*, n° 118).

La cohabitation est en effet déjà largement **réglementée** :

- par la loi, qui reconnaît certains effets liés à la qualité de partenaire, par exemple en matière d'adoption, de sécurité sociale²⁹⁶, en droit pénal (p. ex. : art. 410 C. pén.) et en droit administratif²⁹⁷. Ces dispositions sont très intéressantes parce qu'elles contiennent des critères permettant de prouver l'existence d'une cohabitation de fait, sans qu'il soit possible d'en tirer une définition uniforme²⁹⁸ ; ainsi la pension alimentaire entre époux peut être supprimée par le juge en cas d'existence d'une « vie maritale » (art. 301, § 10, anc. C. civ.) ;
- par la jurisprudence, qui est tenue de résoudre les litiges opposant les partenaires, en grande partie identiques à ceux rencontrés par les époux ou les cohabitants légaux ; elle « familialise » le droit commun, notamment l'enrichissement injustifié, comme en cohabitation légale ou en séparation de biens, pour adapter les institutions aux réalités d'une vie en couple affectif (*supra*, n° 71) ;

²⁹³ V° « Ménage de fait » (N. VERHEYDEN-JEANMART), in *Répertoire pratique du droit belge. Législation, Doctrine et Jurisprudence. Complément*, t. 8, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 356-357, n°s 13-18.

²⁹⁴ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 378-379, n° 374.

²⁹⁵ Approuvé par la Cour constitutionnelle : C. const., 7 juin 2018, n° 66/2018, *Rev. trim. dr. fam.*, 2020, p. 975, note critique A.-Ch. VAN GYSEL ; rapp. C. const., 19 janvier 2017, n° 1/2017.

²⁹⁶ Les cohabitants de fait ont les mêmes droits en matière de sécurité sociale que les époux, mais parfois à certaines conditions. Il faut en outre faire une exception pour l'assurance-pension dont les droits « familiaux » sont réservés aux époux, et les assurances pour les accidents de travail et les maladies professionnelles dont les droits « familiaux » sont réservés aux époux et cohabitants légaux. Voy. E. ALOFS, « De uitbreiding van de schadeloosstelling overeenkomstig de resp. regelingen inzake arbeidsongevallen, beroepsziekten en het asbestfonds naar wettelijk samenwonende partners », *Not. Fisc. M.*, 2009, pp. 311-327. Voy. aussi : E. ALOFS, « Socialezekerheidsrechtelijke aspecten van notariële gezinsdossiers », in G. VERSCHULDEN (dir.), *Rechtskroniek voor het Notariaat – Deel 24*, Bruges, la Chartre, 2014, pp. 1-52 ; E. ALOFS, « Gezin en sociale zekerheid », in VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE GENT (dir.), *Personen- en familierecht*, Anvers, Larcier, 2015, pp. 1-57 ; E. ALOFS, « De invloed van een samenlevingsrelatie en de samenlevingsvorm in de sociale zekerheid », in CBR (dir.), *Samenlevingsvormen en recht*, Anvers, Maklu, 2012, pp. 107-154.

²⁹⁷ Pour un relevé complet : A.-Ch. VAN GYSEL, « Le début et la fin des couples non mariés », in N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 144 et s.

²⁹⁸ *Rép. not.*, « Cohabitation de fait » (J.-F. TAYMANS, coord.), t. I, l. X², Bruxelles, Larcier, 2019, p. 48, n° 5.

- par la doctrine, qui conçoit la cohabitation de fait comme un véritable statut de couple et la traite de manière systématique, même si les appellations varient encore (union libre, ménage de fait, plus rarement concubinage²⁹⁹).

111. De plus en plus de partenaires optent pour la cohabitation de fait. Même s'il n'existe pas de chiffres précis sur le nombre de partenaires de fait en Belgique, on peut observer indirectement le succès croissant de cette forme de vie commune en se reportant à l'évolution du nombre de naissances en Belgique : depuis 2015, plus de la moitié des enfants sont nés de couples non mariés, alors qu'une grande majorité des parents vivent ensemble au moment de la naissance³⁰⁰.

Cette tendance s'accroît chez les jeunes couples chez qui la cohabitation de fait est fréquente : chez les 25-34 ans, on estime qu'environ 17 % vivent en union libre, 18 % en cohabitation légale et 28 % vivent en couple marié³⁰¹.

112. La conséquence de l'absence de formalisation de la relation rend très difficile la **preuve** de l'existence d'une cohabitation de fait, en vue de sa protection *de lege ferenda*³⁰². Or c'est un obstacle juridique et politique à sa réglementation³⁰³ qui empêche les partenaires de fait de bénéficier de réformes comme les autres couples (p. ex. violences conjugales)³⁰⁴.

Plusieurs propositions sont faites quant à la caractérisation du couple à **réglementer** : qualification mixte légale et judiciaire *in concreto* ; qualification légale abstraite sur la base de critères de résidence, durée et présence d'enfants³⁰⁵.

La difficulté de preuve couplée à l'attachement au critère du choix³⁰⁶ explique une jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle qui tolère et justifie les différences de traitement³⁰⁷.

²⁹⁹ A.-Ch. VAN GYSEL et J. SAUVAGE, *Le couple. Édition 2022*, Limal, Anthemis, 2022, p. 535.

³⁰⁰ Voy. : <https://statbel.fgov.be/fr/nouvelles/plus-dun-nouveau-nouveau-ne-sur-deux-des-parent-s-non-maries-et-les-chiffres-disponibles-pour-les-années-2016-à-2020>.

³⁰¹ F. GHESQUIÈRE, « Le revenu au sein des couples en Belgique. Analyse de la mise en commun et des écarts de revenus », in N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspective*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 64-65.

³⁰² F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht. Een benadering in context*, 8^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 407, n^o 641.

³⁰³ E. GOOSSENS, « Kompas voor een nieuw samenwoningsrecht: neutraal, coherent en compensatie- en behoeftegericht », *R.G.D.C.*, 2019, p. 541.

³⁰⁴ Projet de loi portant création d'un Tribunal de la famille et de la jeunesse, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2010-2011, n^o 53-682/15.

³⁰⁵ E. GOOSSENS, « Kompas voor een nieuw samenwoningsrecht: neutraal, coherent en compensatie- en behoeftegericht », *R.G.D.C.*, 2019, pp. 541-542.

³⁰⁶ Dont il est douteux qu'il soit réciproque, ou éclairé, ou concerne les aspects juridiques du statut (Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 25, n^o 6 et *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 395, n^o 400).

³⁰⁷ Voy. not. C. const., 19 janvier 2017, n^{os} 1 et 4/2017. Pour plus de détails : J. SAUVAGE, « Le droit patrimonial des cohabitants légaux et de fait : proposition d'un droit patrimonial familial », in

Deux tendances coexistent sur l'opportunité de réglementer la cohabitation de fait :

- certains estiment que la cohabitation de fait ne doit pas être réglementée sur le plan civil, les autres domaines (p. ex. fiscal) devant l'être dans l'intérêt général. Ils se fondent sur l'autonomie de la volonté et le respect du choix³⁰⁸ ;
- d'autres plaident pour l'instauration d'une réglementation minimale de la solidarité économique et financière en cohabitation de fait. Ils se fondent sur l'idée que les membres d'un couple, spécialement le partenaire économiquement plus faible, ont avantage à bénéficier d'une protection en raison de leur vie commune et de ses impacts potentiels³⁰⁹.

2. Régime patrimonial

113. Notre présentation du **régime patrimonial** applicable aux partenaires de fait suit la structure de celle des couples mariés et en cohabitation légale. Elle se fonde sur l'hypothèse qui anime notre étude : la vie en couple impacte les revenus et le patrimoine ; elle est source de difficultés et de conflits similaires pour tous les couples.

114. Un **régime primaire** assure une organisation minimale de la vie commune, par opposition à un « régime secondaire » qui organise *a minima* les patrimoines³¹⁰.

On retient trois éléments proches de ceux rencontrés chez les époux et les cohabitants légaux : protection du cadre de vie, contribution aux charges du ménage, résolution des situations de crise. Ces trois éléments sont, pour nous, le socle minimal d'une éventuelle protection harmonisée des couples ; le choix des partenaires nous semble sans pertinence.

Le **logement** du couple n'est pas protégé par des dispositions particulières :

N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 217-219.

³⁰⁸ F. BUYSSENS, « Wettelijke samenwoning: het recht is geen zaak van billijkheid », *T. Fam.*, 2009, p. 65 ; C. DE WULF, « Huwelijk en andere samenlevingsvormen – waarheen met het familierecht en het familiaal vermogensrecht? », *T. Not.*, 2004, pp. 359-367 ; voy. également la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : C. const., 19 janvier 2017 n^{os} 1 et 4/2017.

³⁰⁹ Voy. not. R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 35-36, n^o 55 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 378-380, n^o 374 ; G. VERSCHULDEN, *Handboek belgisch personen-, familie- en relatievermogensrecht*, Bruges, la Chartre, 2021, p. 1130, n^o 2354 ; A.-L. VERBEKE, E. ALOFS, C. DEFEVER et D. MORTELMANS, « Gender Inequalities and Family Solidarity in Times of Crisis », in L. CORNELIS (dir.), *Finance and Law: Twins in Trouble*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 70 et s.

³¹⁰ Librement inspiré de Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge*, t. IX, *Les régimes matrimoniaux*, vol. 1, *Théorie générale du contrat de mariage et régime légal*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 15-18, n^o 2.

- Lorsque deux partenaires non mariés sont **propriétaires indivis de leur logement**, les dispositions relatives à la copropriété volontaire s'appliquent (art. 3.76 et 3.77 C. civ.). Ils sont alors protégés durant la relation car les règles de la copropriété impliquent l'accord des deux copropriétaires pour vendre le logement, par exemple. En l'absence de devoir de secours, si l'un des cohabitants occupe seul l'immeuble indivis, il est redevable d'une indemnité d'occupation³¹¹. Selon la même logique, lorsque les deux partenaires ont conclu un **contrat de location**, les dispositions du bail s'appliquent. Il ne peut être mis fin au bail par l'un des partenaires seul ;
- Si l'un des partenaires est **propriétaire exclusif du logement ou seul titulaire du bail**, il n'y a pas de protection. Il a le droit de priver son partenaire de l'usage et de la jouissance de l'immeuble, droit que la jurisprudence « familialise » en imposant un délai raisonnable de préavis³¹². L'article 52 du décret flamand du 9 novembre 2018 permet à un preneur d'imposer par décision judiciaire que son partenaire devienne également preneur³¹³.

La loi n'impose pas de partage des ressources sous forme de **contribution aux charges du ménage ou de devoir de secours**. Il n'y a pas de solidarité sur les **dettes du ménage**³¹⁴. Une solidarité minimale dans les charges de la vie du ménage serait avantageuse pour le partenaire économiquement plus faible, surtout s'il n'a pas choisi la cohabitation de fait (il y a parfois désaccord sur le mariage). Ce qui est plus grave est que l'absence de devoir de secours révèle à la rupture le différentiel de revenus, qui s'est peut-être aggravé pendant la vie commune à cause d'un partage volontaire des revenus ou du train de vie. La jurisprudence et la doctrine combrent certains vides :

- il existe une *obligation naturelle de contribuer aux charges du ménage*³¹⁵, un mécanisme de droit commun familialisé qui permet de stabiliser des paiements effectués volontairement durant la vie commune³¹⁶ ;

³¹¹ *Rép. not.*, « Cohabitation de fait » (J.-F. TAYMANS, coord.), t. I, l. X², Bruxelles, Larcier, 2019, p. 116, n° 89.

³¹² Voy. : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 596, n° 436 ; pp. 597-598, n° 438.

³¹³ Pour plus de détails : J. SAUVAGE, « Le droit patrimonial des cohabitants légaux et de fait : proposition d'un droit patrimonial familial », in N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 217.

³¹⁴ *Rép. not.*, « Cohabitation de fait » (J.-F. TAYMANS, coord.), t. I, l. X², Bruxelles, Larcier, 2019, p. 80, n° 54.

³¹⁵ J. SAUVAGE, « Le droit patrimonial des cohabitants légaux et de fait : proposition d'un droit patrimonial familial », in N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 220-222 ; *Rép. not.*, « Cohabitation de fait » (J.-F. TAYMANS, coord.), t. I, l. X², Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 78-80, n° 53 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 590-594, n° 432 ; F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht. Een benadering in context*, 8^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 408-409, n° 644 ; R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 379, n° 390.

³¹⁶ Pour plus de détails : N. DANDOY, « La solidarité financière après la rupture », in N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles,

- certains auteurs estiment que la vie commune implique l'accord du partenaire non-contractant pour supporter une dette contractée par l'autre pour les besoins du ménage ou l'éducation des enfants³¹⁷ ;
- d'autres auteurs justifient une solidarité sur les dettes ménagères dans l'intérêt du tiers créancier (théorie du « mandat domestique »³¹⁸).

115. Le régime secondaire des partenaires de fait est une séparation de biens pure et simple. L'absence de solidarité sur les acquêts est plus critiquée pour les cohabitants de fait que pour les époux car les premiers ne choisissent pas la séparation de biens sur information et conseil éclairé d'un notaire ou d'un praticien professionnel. Il n'est donc pas établi qu'ils excluent toute solidarité patrimoniale en connaissance de cause.

Or la vie en couple, même non marié, crée une communauté d'intérêts, avec des acquisitions indivises fréquentes, comme l'achat de l'immeuble familial et du mobilier, avec des interactions entre patrimoines et des transferts non nécessairement voulus entre partenaires (p. ex. : rénovation d'un immeuble indivis par du capital familial d'un des partenaires), avec des prestations gratuites entre partenaires (p. ex. collaboration professionnelle).

Les échanges entre patrimoines et de services entre partenaires reçoivent un traitement similaire à ceux des époux séparés de biens, grâce à une jurisprudence très active qui applique à tous les couples l'institution familialisée de l'enrichissement injustifié (art. 5.135 C. civ.)³¹⁹.

Larcier, 2023, pp. 282-283. Son étendue reste incertaine : certains auteurs défendent l'idée d'un partage des charges par moitié ; d'autres préfèrent une contribution proportionnelle similaire à ce qui se fait entre époux ou cohabitants légaux (*Rép. not.*, « Cohabitation de fait » [J.-F. TAYMANS, coord.], t. I, I. X², Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 78-80, n° 53).

³¹⁷ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 594-595, n° 434 ; *Rép. not.*, « Cohabitation de fait » (J.-F. TAYMANS, coord.), t. I, I. X², Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 120-122, n° 96.

³¹⁸ J. SAUVAGE, « Le droit patrimonial des cohabitants légaux et de fait : proposition d'un droit patrimonial familial », in N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 226 ; P. WERY, « Le mandat entre cohabitants de fait », in *Rép. not.*, « La cohabitation de fait » (J.-F. TAYMANS, coord.), t. I, I. X², Bruxelles, Larcier, 2019, n°s 95-96.

³¹⁹ La jurisprudence familialise d'autres institutions du droit commun, comme l'accession par exemple. Si les deux partenaires construisent/financent leur logement sur un terrain appartenant exclusivement à l'un d'eux, en principe, la construction devient la propriété du partenaire. Il est possible de renoncer à ce droit, mais par écrit (contrat de superficie). La jurisprudence admet qu'au vu des circonstances, le partenaire propriétaire a tacitement mais certainement renoncé à l'accession. En conséquence, la construction appartient aux deux partenaires (voy. sur cette jurisprudence : M. PETERS, « Indivision- Renonciation tacite au droit d'accession pour les constructions sur un terrain propre », in « Les relations patrimoniales des couples », in Y.-H. LELEU (coord.), *Chroniques notariales*, vol. 74, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 187-188, n° 86.

Les revenus des partenaires ne sont pas toujours gérés de manière individualisée, même si cela se passe plus fréquemment qu'en mariage³²⁰. Ils sont parfois versés sur un compte commun par chacun à concurrence de 50 % d'un montant donné. Cela est contraire au principe de contribution proportionnelle aux facultés (art. 221 et 1477, § 3, anc. C. civ.), et permet au partenaire économiquement fort de se constituer une épargne supérieure à celle du partenaire plus faible.

Au départ de l'épargne, chaque partenaire peut se constituer un patrimoine, non partagé comme en communauté. À nouveau cette possibilité n'existe que pour le conjoint économiquement plus fort, lequel a intérêt à un financement 50/50 des charges courantes, ou au maintien d'un tel financement qui se serait installé par habitude. Le fait que le consentement du partenaire économiquement plus faible à ces processus de cogestion ne soit pas établi dans tous les cas milite pour une solidarité supplétive *opting out*.

Enfin, la cogestion de fait des revenus donne aux partenaires, surtout le plus faible économiquement, l'illusion d'une protection qui surprend et rend injuste l'absence de pension alimentaire lors de la rupture. Or la vie commune a peut-être accru le différentiel de revenus.

Le régime de la **preuve de la propriété** est également différent du mariage, moins souple et moins familialisé malgré un contexte identique de liens affectifs qui rend difficile la constitution ou la conservation de preuves. La preuve de la propriété des immeubles ne pose pas trop de problèmes car elle requiert toujours un écrit (p. ex. : acte notarié).

Si l'achat d'un immeuble est financé plus par un des deux partenaires, il n'est pas toujours simple d'exiger une reconnaissance de dettes ou de préconstituer la preuve d'une créance compensatoire. À tout le moins, le notaire ne conseille pas systématiquement de se réserver cette preuve dans l'acte notarié d'acquisition.

La preuve de la propriété des biens meubles se prouve aussi en principe par écrit (p. ex. : facture), alors qu'entre époux elle se prouve par tous moyens. Cela pose un problème de conservation de preuves, voire de genre, car les profils de dépenses ne sont pas identiques entre hommes et femmes, les premiers faisant plus de dépenses sur facture, comme en témoignent les enquêtes sur le rapport des femmes et des hommes à l'argent dans le couple.

La jurisprudence et la doctrine se divisent, de manière assez théorique, sur la présence ou l'absence d'une présomption d'indivision comme en mariage et en cohabitation légale³²¹. Les biens meubles utilisés par les deux partenaires sont en copropriété (art. 3.68 C. civ.)³²².

³²⁰ F. GHESQUIERE, « Le revenu au sein des couples en Belgique. Analyses de la mise en commun et des écarts de revenus », in N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 78.

³²¹ Voy. en détail : J. SAUVAGE, « Le droit patrimonial des cohabitants légaux et de fait : proposition d'un droit patrimonial familial », in N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 224.

³²² Une différence entre mariage et cohabitation de fait se situe au niveau des relations entre partenaires et créanciers : la confusion du mobilier permet de saisir tous les meubles du

116. En l'absence de toute protection légale, une certaine doctrine conseille d'établir des **conventions de vie commune** pour anticiper les difficultés. Les partenaires pourraient convenir :

- de droits et devoirs réglementant la vie commune (contribution aux charges du ménage, devoir de secours durant la vie commune ou après rupture³²³, protection du logement familial) ;
- de clauses réglementant les comptes entre cohabitants³²⁴ ;
- d'une dérogation au principe de séparation des patrimoines, par exemple en instaurant un patrimoine interne voué à recueillir certains biens (mais non opposable aux tiers)³²⁵ ou une clause de participation aux acquêts³²⁶. La doctrine conteste que les cohabitants de fait puissent souscrire un régime de communauté.

Toutefois, en pratique, les partenaires recourent très rarement à ce type de convention, et stipulent encore moins souvent une solidarité financière (p. ex. pension alimentaire)³²⁷. Cette carence est logique car les cohabitants de fait sont les moins informés et les moins enclins à juridiciser leur union. Elle est constatée depuis que la doctrine s'intéresse à la cohabitation de fait. Il est donc étonnant que la protection conventionnelle *opting in* soit encore mise en avant comme remède.

débiteur, et les considérer comme sa propriété exclusive ; l'autre partenaire devra prouver le caractère indivis du mobilier (Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 603-607, n^{os} 444-446 ; R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 357-359, n^o 372).

³²³ La doctrine n'est toutefois pas unanime : voy. A.-Ch. VAN GYSEL et J. SAUVAGE, *Le couple. Édition 2022*, Limal, Anthemis, 2022, p. 559.

³²⁴ I. DE STEFANI, « Les clauses de comptes et les conventions patrimoniales entre cohabitants », in Ph. DE PAGE et A. CULOT (dir.), *Cohabitation légale et cohabitation de fait. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 65-71, n^{os} 1 à 5.

³²⁵ R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 368-369, n^o 381 ; Y.-H. LELEU, « Les biens et le logement du couple non marié », in J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (dir.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 2000, p. 179, n^o 54, et p. 183, n^o 62 ; J.-F. TAYMANS, « Les cohabitants : Quelles limites à la liberté des conventions ? », in F.R.N.B. (éd.), *Le défi du notaire. Entre liberté et contraintes normatives*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 143-147, n^{os} 15-19.

³²⁶ *Rép. not.*, « Cohabitation de fait » (J.-F. TAYMANS, coord.), t. I, l. X², Bruxelles, Larcier, 2019, p. 155, n^o 137 ; *Rép. not.*, « La cohabitation légale » (B. DELAHAYE, F. TAINMONT et V. LÈBE-DESSARD), t. I, l. X¹, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 90-91, n^o 72 ; F. TAINMONT, « Les conventions conclues entre cohabitants à propos des effets de la cohabitation lors de la rupture ou du décès », in *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux ou cohabitants*, 7^e Journée d'études juridiques Jean Renauld, vendredi 25 novembre 2011, Louvain-la-Neuve, pp. 27-29.

³²⁷ N. DANDOY, « La solidarité financière après la rupture », in N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 277.

3. Point de sortie : rupture non réglementée

117. Les cohabitants de fait peuvent mettre fin à leur relation à tout moment. La décision peut être prise de commun accord ou par l'un des deux seul. La rupture ne requiert aucune formalité particulière.

Dans les faits, elle nécessite souvent, comme toute rupture, l'intervention des tribunaux. C'est également la rupture qui cristallise l'écart de revenus et, après elle, la liquidation-partage qui mettra au jour des éventuelles inégalités de capital.

118. Il n'y a pas de mesures légales de **résolution des crises** entre les partenaires, contrairement à la cohabitation légale. Les compétences judiciaires sont morcelées en fonction des demandes qui sont identiques à celles de tous les autres couples :

- les demandes relatives à l'exercice de l'autorité parentale et aux contributions alimentaires pour les enfants du couple sont de la compétence du tribunal de la famille ;
- les demandes de liquidation et de partage du patrimoine indivis relèvent du tribunal de la famille³²⁸ ;
- les violences conjugales ne sont pas réprimées par la loi comme pour les époux au niveau de leurs conséquences sur la séparation des parties ; le Président du tribunal de première instance peut néanmoins se saisir de la question, sur base de sa compétence générale, pour une attribution en jouissance du logement familial. Le tribunal de la famille est par contre spécialement compétent pour prononcer une interdiction temporaire de résidence (loi du 15 décembre 2012 – art. 572bis, 11°, C. jud.) ;
- l'attribution en jouissance de l'immeuble familial dont seul l'un des partenaires est propriétaire ou locataire relève du juge de paix.

Cette situation n'est pas discriminante selon la Cour constitutionnelle, dans une jurisprudence qui ne varie pas depuis 2002, car les cohabitants ont le choix d'un statut plus protecteur³²⁹. La Cour se retranche aussi derrière la marge d'appréciation du législateur à qui il revient de changer cette situation, mais ne l'y incite pas. Cette jurisprudence est critiquable car elle renforce l'autonomie de la volonté comme argument de non-réglementation. En droit, elle n'est pas fondée car il n'est pas établi que les cohabitants de fait choisissent toujours tous les deux d'exclure une réglementation de leurs crises si elles se produisent.

³²⁸ S. BRAT, J. SOSSON et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Compétences du tribunal de la famille : théorie et bonnes pratiques », in J. SOSSON et J.-F. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le tribunal de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 31, n° 16.

³²⁹ C. const., 7 juin 2018, n° 69/2018 ; C. const., 19 janvier 2017, n° 1/2017 ; C.A., 23 janvier 2002, n° 24/2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 620, obs. D. PIRE.

Par identité de besoins, tous les litiges conjugaux et parentaux devraient relever du tribunal de la famille³³⁰. Certains auteurs et juges tentent de remédier à l'éclatement de compétences en reconnaissant, par exemple, que le tribunal de la famille, saisi d'une question de sa compétence, étende son intervention à des demandes relevant d'autres juridictions, dans un souci d'économie de procédure (p. ex. aménager la jouissance du logement familial si la mesure est en lien avec l'hébergement des enfants ou la liquidation-partage)³³¹.

119. Il n'y a pas de *devoir de secours* entre ex-cohabitants. Le partenaire dans le besoin ne dispose que d'expédients de droit commun – nécessitant d'intenter une onéreuse procédure – pour réclamer une indemnité ou pension alimentaire :

- la responsabilité civile lorsque la rupture découle d'un comportement fautif, ce qui est difficile à établir (p. ex. : rupture brutale sans préavis, promesse de mariage à un tiers quelques jours avant la rupture)³³² ;
- l'obligation naturelle de contribution aux charges du ménage entre partenaires (*supra*, n° 88). Une telle obligation ne peut fonder une obligation alimentaire après la rupture³³³. Une partie de la doctrine admet cependant sa prolongation en considération de la stabilité de la relation et des difficultés de reclassement professionnel du partenaire en situation de besoin³³⁴. Elle peut fonder une créance de restitution en cas de contribution excessive³³⁵ ;

³³⁰ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 599-601, n° 440 ; R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 35-36, n°s 54-55.

³³¹ Trib. fam. fr. Bruxelles (127^e ch.), 16 septembre 2016, R.G. n° 16/2194/A ; Trib. fam. Liège, 9 février 2015, R.G. n° 14/6239/A, inédit, cités in M. MALLIEN, « La séparation du couple non marié : questions de compétence », in J. SOSSON (dir.), *La séparation du couple non marié*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 253, n° 47. Sur l'application D. PIRE, « Compétence matérielle du tribunal de la famille – Cohabitants de fait », in Y.-H. LELEU (coord.), *Chroniques notariales*, vol. 67, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 229, n° 70.

³³² *Rép. not.*, « Cohabitation de fait » (J.-F. TAYMANS, coord.), t. I, I. X², Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 168-169, n° 160. Pour une synthèse de doctrine et de jurisprudence : N. DANDROY, « La solidarité financière après la rupture », in N. DANDROY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 280.

³³³ E. GOOSSENS, « Kompas voor een nieuw samenwoningsrecht: neutraal, coherent en compensatie- en behoeftegericht », *R.G.D.C.*, 2019, p. 551 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 386-388, n° 379 ; R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 15, n° 11 ; J. SOSSON, « Du devoir moral à l'obligation civile de fournir des aliments : utilité actuelle et limites de la théorie des obligations naturelles », *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 517. Pour une synthèse de doctrine et de jurisprudence : N. DANDROY, « La solidarité financière après la rupture », in N. DANDROY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 281-284.

³³⁴ F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht*, 8^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 410, n° 647 ; G. VERSCHELDEN, *Handboek belgisch personen-, familie- en relatievermogensrecht*, Bruges, die Keure, 2021, p. 1132, n° 2356.

³³⁵ V. DEHALLEUX, « La répétition de la contribution excessive aux charges du ménage : proposition d'une nouvelle issue aux conflits entre cohabitants de fait », *R.G.D.C.*, 2009, p. 144.

- un accord tacite de vie commune, dont la cessation nécessite un préavis raisonnable³³⁶.

De nombreux auteurs critiquent cette lacune car l'organisation de la vie en couple crée des situations de dépendance économique, comme en mariage, par exemple si l'un des cohabitants a réduit son développement professionnel au profit du couple ou de la famille³³⁷. Ces événements impactent les cohabitants économiquement plus faibles, généralement les femmes, sans consentement éclairé à l'acceptation de leurs conséquences.

120. Il n'y a pas de solidarité patrimoniale sur les acquêts ni de mécanisme légal d'indemnisation des transferts de patrimoine injustifiés. Les cohabitants de fait sont, comme les cohabitants légaux, renvoyés vers un droit commun des obligations et des contrats familialisé par la jurisprudence.

Vu la croissance constante de demandes judiciaires provenant d'ex-partenaires, la jurisprudence gagne en efficacité pour construire un droit de plus en plus adapté aux spécificités familiales³³⁸. Elle compense le fait que le législateur reste en défaut de réglementer cet important aspect de la rupture d'une vie familiale affective.

Les cohabitants peuvent se réclamer des créances d'enrichissement injustifié (art. 5.135 C. civ.), par exemple en cas de surfinancement d'un bien indivis, sauf si celui-ci est le logement familial et si chaque cohabitant a exécuté son obligation (naturelle) de contribuer aux charges de la vie commune³³⁹.

Comme les cohabitants légaux, ils supportent un plus fort aléa judiciaire et une plus lourde charge procédurale. Cela défavorise le conjoint économiquement faible s'il est demandeur de créance (p. ex. : collaboration gratuite à la profession du partenaire). Certains auteurs déplorent que la jurisprudence soit réticente à indemniser par cette action le préjudice d'autonomie résultant de l'organisation

³³⁶ F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht*, 8^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 410, n° 647.

³³⁷ A.-Ch. VAN GYSEL et J. SAUVAGE, *Le couple. Édition 2022*, Limal, Anthemis, 2022, p. 537.

³³⁸ Voy. les réf. reprises dans : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 601-616, n°s 441-452-2 ; R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 373-381, n°s 384-391 ; A.-Ch. VAN GYSEL et J. SAUVAGE, *Le couple. Édition 2022*, Limal, Anthemis, 2022, pp. 543-558.

³³⁹ Sur cette jurisprudence, voy. not. F. DEGUEL, M. COUNE, Y.-H. LELEU, M. PETERS et M. PAULUS, « L'union libre », in Y.-H. LELEU (red.), *Les relations patrimoniales des couples*, coll. CUP, vol. 213, Liège, Anthemis, 2011, pp. 182-200. Pour une synthèse sur cette action : N. DANDOY, « La solidarité financière après la rupture », in N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 284-287 ; R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Relatievermogensrecht. Na de codificatie van 2022*, 3^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 377-381, n° 390 ; V. DEHALLEUX, « La répétition de la contribution excessive aux charges du ménage : proposition d'une nouvelle issue aux conflits entre cohabitants de fait », *R.G.D.C.*, 2009, p. 144.

de la vie commune³⁴⁰. Cela provient du fait que le demandeur supporte la charge d'établir les conditions de son action, laissant au défendeur le confort d'y résister en contestant toutes les preuves avancées.

D. LA TRANSMISSION DU PATRIMOINE DU COUPLE AU DÉCÈS D'UN DES PARTENAIRES

121. Jusqu'ici, nous avons envisagé la transmission du patrimoine du couple sous l'angle de la rupture, partant du constat qu'un nombre important de partenaires se séparent³⁴¹. Dans l'idéal, le couple se conçoit toutefois toujours comme une forme de vie commune durable, qui prend fin au décès d'un des partenaires.

À ce moment, il faut établir à qui et de quelle manière revient l'ensemble des biens et dettes du défunt³⁴². En Belgique, le patrimoine de la personne décédée est attribué à ses proches, sauf volonté contraire exprimée par le défunt, car c'est ce que la majorité des individus souhaitent³⁴³.

122. L'identité de ces proches parents dépend de la conception que se fait la société sur la famille. Actuellement, cette dernière est centrée sur un noyau composé du partenaire et des enfants, comme en témoigne la réforme du droit des successions de 2017 et sa recodification dans le nouveau Code civil en 2022, qui visaient justement sa modernisation³⁴⁴. Malgré cette adaptation, notre droit accorde une place inégale au partenaire, en fonction de son statut de couple :

- le conjoint survivant bénéficie des droits les plus étendus. Certains auteurs, majoritairement francophones, ont même critiqué la dernière réforme de 2017 en ce qu'elle favorise le conjoint au détriment des enfants du défunt³⁴⁵. Ces critiques ont essentiellement mis à jour l'existence de deux modèles

³⁴⁰ Pour une synthèse de doctrine et de jurisprudence : N. DANDOY, « La solidarité financière après la rupture », in N. DANDOY et F. TAINMONT (dir.), *Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 285.

³⁴¹ À titre d'exemple, quatre mariages sur dix se terminent par un divorce, selon Statbel : <https://statbel.fgov.be/fr/themes/population/partenariat/divorces#news>

³⁴² A.-Ch. VAN GYSEL, F. LALIÈRE et V. WYART, *Les successions : édition 2023*, Limal, Anthemis, 2022, p. 23 ; R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Erfrecht & Giften. Na de codificatie van 2022*, 4^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 6-7, n° 6 ; R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, 5^e éd., Anvers, Intersentia, 2022, p. 189, n° 468.

³⁴³ A.-Ch. VAN GYSEL, F. LALIÈRE et V. WYART, *Les successions : édition 2023*, Limal, Anthemis, 2022, p. 26.

³⁴⁴ R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, 5^e éd., Anvers, Intersentia, 2022, p. 191, n° 473 ; pour une critique : A.-Ch. VAN GYSEL, F. LALIÈRE et V. WYART, *Les successions : édition 2023*, Limal, Anthemis, 2022, pp. 12-13.

³⁴⁵ A.-Ch. VAN GYSEL, « Le conjoint et le cohabitant légal survivant », in P. MOREAU (dir.), *La réforme du droit des successions. Actes du XV^e colloque de l'Association « Famille & Droit »*, Liège, 20 avril 2018, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 401-403 ; F. TAINMONT, « La réserve héréditaire », *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, pp. 69-70, n°s 70-73.

familiaux au sein de notre pays³⁴⁶ : le premier, plutôt flamand, centré sur le conjoint, et le second, francophone, laissant une place plus importante aux enfants³⁴⁷ ;

- le **cohabitant légal survivant** s'est vu reconnaître le statut d'héritier par une loi du 28 mars 2007³⁴⁸. Ses droits sont toutefois moins étendus que ceux du conjoint survivant ;
- le **partenaire de fait** n'a aucune prétention légale dans la succession du défunt.

123. Nous nous concentrons uniquement sur les règles légales de la dévolution, qui s'appliquent à défaut de volonté contraire exprimée par le défunt. Gardons à l'esprit que la transmission de son patrimoine intervient toujours après la liquidation et le partage du patrimoine conjugal, dont les règles ont été présentées ci-dessus³⁴⁹.

1. *La dévolution légale de la succession*

a. Conjoint survivant

124. Le **conjoint survivant**, comme tout héritier, doit remplir certaines qualités pour pouvoir valablement succéder à son époux (p. ex. : ne pas être frappé d'indignité vis-à-vis du défunt). En particulier, il doit toujours être marié avec le défunt au moment du décès : cette condition est particulièrement importante en pratique lorsque les époux étaient en crise ou en instance de divorce.

En règle, tant que les époux ne sont pas officiellement divorcés, c'est-à-dire tant que le jugement prononçant le divorce n'est pas devenu définitif (art. 1278, al. 1, et 1304 C. jud.), le conjoint conserve la qualité d'époux. Le divorce est définitif lorsqu'il n'est plus susceptible de recours. Les époux ont toutefois la possibilité de limiter, voire supprimer les droits de leur conjoint durant l'instance en divorce (art. 4.147, § 4, C. civ. et 1287, al. 3, C. jud.).

125. Une fois la qualité d'héritier établie, il faut déterminer quels sont les **droits du conjoint** survivant dans la succession. L'étendue de ceux-ci dépend de la qualité des autres héritiers, et **trois hypothèses** peuvent être envisagées :

³⁴⁶ E. ALOFS et H. CASMAN, «Het nieuw samengesteld gezin in het Belgisch familiaal vermogensrecht van 1804 tot nu: de wetgever heen en weer geslingerd tussen partner en kroost», in D. DE RUYSSCHER et E. ALOFS (red.), *Het nieuw samengesteld gezin: recht en geschiedenis – Blended families: law and history*, Anvers, Maklu, 2014, 95-126.

³⁴⁷ A.-Ch. VAN GYSEL, F. LALIÈRE et V. WYART, *Les successions : édition 2023*, Limal, Anthemis, 2022, pp. 27-29.

³⁴⁸ Loi du 28 mars 2007 modifiant, en ce qui concerne le droit successoral à l'égard du cohabitant légal survivant, le Code civil et la loi du 29 août 1988 relative au régime successoral des exploitations agricoles en vue d'en promouvoir la continuité, *M.B.*, 8 mai 2007.

³⁴⁹ R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, 5^e éd., Anvers, Intersentia, 2022, pp. 191-192, n° 475.

- 1) en présence d'enfants, le conjoint survivant recueille l'usufruit de toute la succession (art. 4.17, § 1, C. civ.)³⁵⁰ ;
- 2) en présence de parents proches (mère, père, sœur, frère), il recueille la pleine propriété de la part du prémourant dans le patrimoine conjugal, et l'usufruit sur le reste de la succession. Le conjoint survivant recueille donc la pleine propriété de l'ensemble du patrimoine conjugal, par l'application combinée des règles du droit des régimes matrimoniaux et des successions (art. 4.17, § 2, C. civ.)³⁵¹ ;
- 3) en présence d'autres héritiers, le conjoint survivant recueille la pleine propriété de toute la succession (art. 4.17, § 3, C. civ.).

Dans la première hypothèse, qui est vraisemblablement la plus fréquente en pratique, le conjoint survivant et les enfants disposent ensemble de l'entière propriété de la succession, de manière complémentaire. Le premier peut librement user et jouir des biens du défunt, alors que les seconds ont un droit de nue-propriété sur les biens : ils ont l'obligation de laisser le conjoint exercer ses droits sa vie durant.

Si l'usufruit du conjoint ne porte qu'une atteinte temporaire au droit de propriété des enfants, elle en diminue toutefois la valeur économique durant la vie du conjoint et est source de tensions en cas de mésentente. Le droit des successions comporte donc des règles permettant de convertir l'usufruit du conjoint survivant, en une portion en pleine propriété de biens de la succession, en somme d'argent ou en rente (art. 4.60 à 4.64 C. civ.)³⁵².

126. De manière générale, on observe que le droit des successions met en balance les intérêts du conjoint survivant avec ceux des enfants, spécialement les beaux-enfants, que l'on peut synthétiser comme suit :

- le partenaire doit pouvoir maintenir son niveau de vie. Par exemple, il recueille le droit au bail relatif à l'immeuble affecté au logement principal de la famille (art. 4.20 C. civ.), et il obtient également l'usufruit sur certains biens donnés par le défunt (art. 4.18 C. civ.) ;
- les beaux-enfants ont des prétentions légitimes sur le patrimoine prémarital du défunt. C'est ce qui explique, par exemple, que le partenaire ne peut

³⁵⁰ Les biens de la succession sont majoritairement les biens existants au jour du décès, mais le conjoint survivant bénéficie également d'un usufruit sur certains biens qui ne font pas partie des biens existants, par exemple les biens donnés par le défunt et dont il s'était réservé l'usufruit (art. 4.18 et art. 4.19, al. 3, C. civ.).

³⁵¹ R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Erfrecht & Giften. Na de codificatie van 2022*, 4^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 34, n° 34 ; R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, 5^e éd., Anvers, Intersentia, 2022, p. 248, n° 583.

³⁵² R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Erfrecht & Giften. Na de codificatie van 2022*, 4^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 131-143, n°s 136-146 ; R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, 5^e éd., Anvers, Intersentia, 2022, pp. 253-254, n° 595 ; A.-Ch. VAN GYSEL, F. LALIÈRE et V. WYART, *Les successions : édition 2023*, Limal, Anthemis, 2022, p. 446.

recueillir l'usufruit de biens donnés par le défunt s'il ne disposait pas de cette qualité au moment de la donation (art. 4.18 C. civ.) : en effet, la personne gratifiée ne pouvait s'attendre, au moment de la donation, à voir l'usufruit du donataire « prolongé »³⁵³. C'est également ce qui justifie la possibilité pour de futurs époux, dont l'un d'eux au moins a des enfants issus d'un précédent ménage, de renoncer anticipativement à leurs droits dans la succession de l'autre, via un pacte Valkeniers (art. 2.3.2 C. civ. ; *infra*, n° 130)³⁵⁴.

b. Cohabitant légal survivant

127. Depuis le 28 mars 2007, le **cohabitant légal survivant** dispose également de droits dans la succession de son partenaire, fixé à l'article 4.23 du Code civil. Nous nous concentrons uniquement sur les cohabitations de couple, en précisant que la loi exclut partiellement du bénéfice de la succession les cohabitants proches parents du défunt³⁵⁵. Cette solution est justifiée par la volonté de prévenir les conflits familiaux, car l'héritier cohabitant pourrait à la fois réclamer des droits en tant que parent et en tant que cohabitant légal³⁵⁶.

Le cohabitant légal survivant recueille l'usufruit ou, le cas échéant, le droit au bail relatif au logement familial et les meubles qui le garnissent (art. 4.23, §§ 1-3, C. civ.). Ce droit, plus limité que celui du conjoint survivant, est toujours identique, quelle que soit la qualité des autres héritiers³⁵⁷. Les règles particulières relatives à l'usufruit du conjoint survivant, comme la possibilité de conversion, sont applicables par analogie (art. 4.23, § 6, C. civ.).

2. La réserve héréditaire

128. Les règles que nous venons de présenter ci-dessus s'appliquent à défaut de volonté contraire exprimée par le défunt. De son vivant, ce dernier peut en effet disposer autrement de son patrimoine, par exemple via un testament³⁵⁸.

³⁵³ R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, 5^e éd., Anvers, Intersentia, 2022, p. 244, n° 577bis ; voy. également R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Erfrecht & Giften. Na de codificatie van 2022*, 4^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 74-75, n° 67.

³⁵⁴ Sur le pacte Valkeniers, voy. C. AUGHUET et J.-E. BEERNAERT, « Le Pacte “Valkeniers” dans tous ses états », *P.P.B.I.*, 2022, pp. 289-316.

³⁵⁵ L'article 4.24, § 4, du Code civil précise en effet que les dispositions relatives au droit du cohabitant légal survivant ne s'appliquent pas lorsque le cohabitant est le descendant du défunt.

³⁵⁶ R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, 5^e éd., Anvers, Intersentia, 2022, p. 267, n° 627.

³⁵⁷ R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Erfrecht & Giften. Na de codificatie van 2022*, 4^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 90-91, n° 76 ; R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, 5^e éd., Anvers, Intersentia, 2022, p. 269, n° 630bis.

³⁵⁸ R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Erfrecht & Giften. Na de codificatie van 2022*, 4^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 4, n° 2 ; R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, 5^e éd., Anvers, Intersentia, 2022, p. 309, n° 720.

Le droit belge estime toutefois que certains héritiers doivent pouvoir faire valoir un droit, appelé **réserve**, sur une portion de la succession, auquel le défunt ne peut porter atteinte. Malgré les critiques doctrinales, la réforme de 2017 en a maintenu le principe, auquel la population belge est attachée³⁵⁹.

La réserve se définit comme « une portion de la succession auquel le *de cuius* ne peut porter atteinte par des libéralités »³⁶⁰. Elle permet à certains héritiers, nommés héritiers réservataires, d'exiger la réduction de ces libéralités et de bénéficier d'une part de la succession libre de toutes charges ou conditions³⁶¹.

129. Le droit belge connaît **deux catégories d'héritiers réservataires** : le conjoint survivant (art. 4.147 C. civ.) et les enfants du défunt (art. 4.145 C. civ.). On remarque donc que le cohabitant légal peut se voir priver de l'ensemble de ses droits dans la succession de son partenaire.

130. La **réserve du conjoint survivant** est soit la moitié de l'usufruit de la masse de calcul de la succession (art. 4.147, § 1, C. civ.), soit l'usufruit ou le droit au bail de l'immeuble affecté au jour de l'ouverture de la succession au logement de la famille et des meubles meublants qui le garnissent (art. 4.147, § 2, C. civ.). L'objectif est de permettre au conjoint survivant de conserver son cadre de vie, même si la valeur du logement est supérieure à la moitié de la valeur de la succession³⁶². Certains auteurs se montrent critiques vis-à-vis de l'existence même d'une réserve pour le conjoint survivant³⁶³.

Toutefois, l'article 2.3.2 du Code civil, autorise une exception au principe de la réserve du conjoint survivant dans l'hypothèse de familles recomposées, en permettant aux (futurs) époux, dont l'un d'eux au moins a des enfants issus d'une précédente relation, de renoncer anticipativement à leurs droits (en usufruit) dans la succession de l'autre. Ce mécanisme, dénommé « **pacte Valkeniers** », doit nécessairement être prévu dans la convention matrimoniale : c'est donc devant le notaire, au moment de formaliser leur union, que les couples envisagent la question de savoir s'ils hériteront, ou non, de leur conjoint.

³⁵⁹ Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses dispositions en cette matière, Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 54-2282/001, pp. 13-14.

³⁶⁰ R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, 5^e éd., Anvers, Intersentia, 2022, pp. 310-311, n° 722 ; voy. également R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Erfrecht & Giften. Na de codificatie van 2022*, 4^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 385, n° 405.

³⁶¹ R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Erfrecht & Giften. Na de codificatie van 2022*, 4^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 417, n° 439 ; R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, 5^e éd., Anvers, Intersentia, 2022, p. 313, n° 729.

³⁶² R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, 5^e éd., Anvers, Intersentia, 2022, p. 317, n° 737 ; R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Erfrecht & Giften. Na de codificatie van 2022*, 4^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, p. 400, n° 422.

³⁶³ F. TAINMONT, « Pour la suppression de la réserve du conjoint survivant », in E. ALOFS *et al.* (dir.), *Liber amicorum Hélène Casman*, Anvers, Intersentia, 2013, p. 411.

131. La **réserve des enfants** correspond à la moitié de la masse de calcul de la succession (art. 4.145 C. civ.). S'ils sont en concours avec le conjoint survivant, l'article 4.146 du Code civil fixe la manière dont la réserve s'articule avec les droits successoraux du partenaire. En principe, la part réservée des enfants est autant que possible reçue en pleine propriété, en imputant en priorité l'usufruit sur le disponible³⁶⁴. Plusieurs auteurs soulignent toutefois la difficulté à appliquer cette disposition en pratique³⁶⁵.

E. ANALYSE COMPARATIVE : FRANCE ET PAYS-BAS

132. Nous présentons ci-après les lignes de force du droit patrimonial des couples en France et aux Pays-Bas, en visant tantôt les similitudes, tantôt les particularités de ces ordres juridiques.

L'objectif est double pour la présente étude :

- améliorer par le contraste la compréhension des règles belges de transmission du patrimoine familial ;
- trouver des appuis pour des suggestions d'amélioration du droit belge.

La méthode comparative est principalement *institutionnelle* puisqu'une part importante de notre réflexion concerne la diversité des statuts offerts au choix (excluant) des couples. Une comparaison *fonctionnelle* sera réalisée dans le champ des lacunes de réglementation d'un problème commun, afin d'exposer d'éventuelles solutions étrangères.

1. Les couples mariés : régime matrimonial et protection alimentaire

133. Le mariage est une des rares institutions de droit privé universelles. En droit français et néerlandais, comme en droit belge, les conditions d'accès au mariage sont traversées par une conception valorisant la liberté individuelle des époux. On dégage **deux tendances** :

- une diminution des conditions imposées par le corps social ; subsistent les interdits profondément ancrés dans l'inconscient collectif (p. ex. : polygamie, inceste)³⁶⁶ ;

³⁶⁴ R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, 5^e éd., Anvers, Intersentia, 2022, p. 319, n° 740 ; R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Erfrecht & Giften. Na de codificatie van 2022*, 4^e éd., Anvers, Intersentia, 2023, pp. 436-438, n° 462 ; P. MOREAU et N. GOFFLOT, « Les nouvelles règles relatives à l'articulation de la réserve des descendants avec l'usufruit du conjoint survivant », *J.T.*, 2019, p. 690, n° 2.

³⁶⁵ Not. : A. DEMORTIER, « Les droits successoraux du conjoint et du cohabitant légal survivants après la loi de recodification du 19 janvier 2022 », *Rev. not. b.*, 2023, pp. 180-183, n°s 31-34.

³⁶⁶ A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2019, p. 43, n° 31.

- une attention particulière accordée à la qualité du consentement des époux (p. ex. : lutte contre les mariages forcés, lutte contre les mariages simulés).

Ceci explique qu'en dépit de quelques particularités nationales, les conditions de fond et de forme sont similaires.

Sur le **fond**, les deux futurs époux doivent être majeurs, capables, sans lien de parenté, sans être déjà mariés. Pour le **forme**, ils doivent fournir à l'officier de l'état civil les informations et pièces d'identité ou d'état civil nécessaires pour la célébration du mariage. Une période d'attente est imposée pour permettre non seulement à l'officier d'état civil de vérifier le respect des conditions du mariage, mais aussi à certains tiers de s'y opposer. Le mariage est célébré solennellement par l'autorité, en principe en présence des époux³⁶⁷.

134. Les partenaires mariés sont soumis dans les trois pays comparés à deux catégories de règles comparables au régime primaire et au régime secondaire : d'une part, des dispositions qui fixent les droits et obligations des époux dès la célébration du mariage ; d'autre part, un régime matrimonial supplétif modifiable par convention matrimoniale.

a. Droit néerlandais

135. Le **régime primaire** du droit néerlandais prescrit des droits et devoirs similaires aux droits et devoirs du régime primaire belge :

- l'article 1:84 du Code civil néerlandais régit l'obligation de contribution de chaque partenaire aux charges du ménage, qui repose sur le «revenu commun» ou, en cas d'insuffisance, proportionnellement sur chaque «revenu personnel»³⁶⁸. Cette obligation est supplétive ;
- l'article 1:85 du Code civil néerlandais établit une solidarité sur les dettes ménagères au bénéfice des créanciers du couple ;
- l'article 1:88, § 1^{er}, du Code civil néerlandais protège l'immeuble familial en imposant l'accord des deux époux pour tous les actes qui impactent la jouissance du logement³⁶⁹.

Une disposition originale en raison de sa transversalité est l'article 1:87 du Code civil néerlandais qui régit l'indemnisation (*vergoeding*) des

³⁶⁷ Pour le droit néerlandais : M. ANTOKOLSKAIA, «Aangaan van huwelijk en geregistreerd partnerschap», in W. SCHRAMA, M. ANTOKOLSKAIA et G. RUITENBERG (dir.), *Familierecht. Een introductie*, 4^e éd., La Haye, Boom juridisch, 2021, pp. 140-146 ; pour le droit français : A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2019, pp. 35-94.

³⁶⁸ À noter qu'en cas d'insuffisance des revenus, elles sont supportées par les patrimoines, d'abord le patrimoine commun, ensuite les patrimoines propres.

³⁶⁹ B. BREEDERVELD, «Huwelijksvermogensrecht», in W. SCHRAMA, M. ANTOKOLSKAIA et G. RUITENBERG (dir.), *Familierecht. Een introductie*, 4^e éd., La Haye, Boom juridisch, 2021, pp. 156-163.

mouvements de patrimoines (*vermogensverschuiving*) survenus durant le mariage quel que soit le régime secondaire choisi³⁷⁰. La disposition est donc applicable aux transferts entre patrimoines privés et aux transferts entre patrimoines privés et patrimoine indivis en séparation de biens ou patrimoine commun en régime de communauté (et également aux patrimoines d'un partenariat enregistré)³⁷¹. Elle contient un mécanisme d'évaluation de type valoriste (différent de celui de l'article 2.3.46 C. civ. belge). Elle prévoit une exception quand le mouvement de patrimoine repose sur une obligation préexistante (art. 1:84, al. 4, C. civ. néerl.), comparable à l'établissement d'une cause légale ou contractuelle d'un enrichissement injustifié dans le Code civil belge.

Il s'agit d'une différence importante avec le droit belge où le mécanisme des récompenses est réservé aux époux mariés en communauté (*supra*, n° 83). Des auteurs belges ont récemment proposé, après examen de la solution néerlandaise, de ne pas introduire *de lege ferenda* un mécanisme de compensation des mouvements de patrimoine identique en communauté et en séparation de biens, en raison des caractéristiques essentielles du régime choisi³⁷².

136. Le régime légal supplétif est, depuis le 1^{er} janvier 2018, une **communauté d'acquêts** (art. 1:94, 2, C. civ. néerl.). Avant cette date, le régime supplétif était une communauté universelle, un régime excessif très souvent exclu par contrat de mariage.

Tous les biens acquis à titre onéreux durant le mariage (acquêts) font partie du patrimoine commun. Sont propres les biens de famille et les biens strictement personnels³⁷³. Le patrimoine commun est soumis à des règles de gestion (art. 1:97 C. civ. néerl.) et d'obligation au passif envers les tiers (art. 1:94, 7, et 1:96 C. civ. néerl.).

Contrairement à la Belgique, les revenus des propres demeurent propres (art. 1:94, 6, C. civ. néerl.). Leur exclusion est pertinente dans une perspective de genre, car la communauté des revenus des propres peut être dissuasive pour les couples dans lesquels un des deux partenaires héritera des biens structurants.

³⁷⁰ Pour plus de détails : M. AERTS, *Vermogensverschuivingen tussen echtgenoten en ongehuwd samenwonenden*, Thèse, KULeuven, 2023, pp. 68 et s., n^{os} 80 et s.

³⁷¹ B. BREEDERVELD, « Huwelijksvermogensrecht », in W. SCHRAMA, M. ANTOKOLSKAIA et G. RUITENBERG (dir.), *Familierecht. Een introductie*, 4^e éd., La Haye, Boom juridisch, 2021, p. 200.

³⁷² M. AERTS, *Vermogensverschuivingen tussen echtgenoten en ongehuwd samenwonenden*, Thèse, KULeuven, 2023, p. 461, n° 460. La raison de différencier selon le régime choisi (pas selon le statut du couple) est que les récompenses en communauté visent à rétablir des mouvements *contraires* à la solidarité sur les acquêts, tandis que les compensations en régimes séparatistes ont une autre finalité à défaut de solidarité sur les acquêts, elles visent à éviter des enrichissements injustifiés.

³⁷³ Parmi les exceptions : les droits de pension auxquels s'applique la *Wet verevening pensioenrechten bij scheiding* ; les biens reçus par un époux en héritage ou en donation (art. 1:94, 2, a, b, C. civ. néerl.).

En Belgique, la communauté des revenus des propres alimente une rhétorique d'excès contre la communauté légale (*supra*, n° 81).

Une autre différence avec le droit belge est l'entrée de plein droit en communauté des biens et dettes indivis antérieurs au mariage (p. ex. : maison acquise par les deux partenaires avant le mariage). Ce système est proche de la déclaration d'apport anticipé du droit belge (art. 2.3.53 C. civ.). Il prouve l'existence d'acquêts dans le couple non-marié³⁷⁴. Le droit néerlandais communautarise ces acquêts *opting out*, donc sans le consentement préalable des cohabitants.

Les époux peuvent modifier ou exclure le régime de la communauté réduite aux acquêts par convention reçue par un notaire. La liberté des partenaires est étendue mais reste limitée par le respect de l'ordre public et des lois impératives (*supra*, n° 84), dont certaines règles relatives au passif et les droits de l'époux ou partenaire survivant³⁷⁵.

Lorsqu'ils choisissent une séparation de biens pure et simple (*koude uitsluiting*), ils peuvent comme en droit belge corriger le régime par des clauses de participation (*verrekenbedingen*), annuelles ou finales.

La doctrine néerlandaise constate, comme en Belgique, qu'une séparation de biens non corrigée est préjudiciable pour le conjoint économiquement plus faible (en cas d'absence de capital individuel ou d'autonomie financière lors de la dissolution du régime)³⁷⁶.

137. En cas de décès ou de divorce, la loi organise la dissolution et la liquidation du patrimoine commun. La dissolution opère à la date du décès ou de la demande en divorce, comme en Belgique. Le patrimoine commun devient une indivision (*gemeenschap*³⁷⁷) de droit commun, indépendante du patrimoine des époux, dont la valeur est arrêtée à cette date³⁷⁸ (et non au jour du partage comme en Belgique).

À noter qu'en cas de décès d'un époux, une fois le régime matrimonial liquidé, tous les actifs de la succession du défunt, part du patrimoine comprise,

³⁷⁴ Les donations et legs antérieurs au mariage n'entrent pas en communauté (art. 1:94, 3, C. civ. néerl.).

³⁷⁵ B. BREEDERVELD, «Huwelijksvermogensrecht», in W. SCHRAMA, M. ANTOKOLSKAIA et G. RUITENBERG (dir.), *Familierecht. Een introductie*, 4^e éd., La Haye, Boom juridisch, 2021, p. 190. Les droits du partenaire sont identiques à ceux de l'époux survivant (art. 4:8 C. civ. néerl.).

³⁷⁶ B. BREEDERVELD, «Huwelijksvermogensrecht», in W. SCHRAMA, M. ANTOKOLSKAIA et G. RUITENBERG (dir.), *Familierecht. Een introductie*, 4^e éd., La Haye, Boom juridisch, 2021, p. 192.

³⁷⁷ Le terme «*gemeenschap*» renvoie à la fois à la communauté existante entre époux, réglementée par les articles 1:93 à 1:113 du Code civil néerlandais, et à l'indivision de droit commun, régie par les articles 3:166 à 3:200 du Code civil néerlandais.

³⁷⁸ B. BREEDERVELD, «Huwelijksvermogensrecht», in W. SCHRAMA, M. ANTOKOLSKAIA et G. RUITENBERG (dir.), *Familierecht. Een introductie*, 4^e éd., La Haye, Boom juridisch, 2021, p. 184.

sont attribués en propriété au conjoint survivant, à charge pour lui de régler les dettes, le tout sauf testament contraire (art. 4:13). Les enfants recueillent à ce moment une simple créance (*geldvordering*), exigible au décès où lors d'une faillite du conjoint survivant (art. 4:13, 3, C. civ.)³⁷⁹.

Le droit néerlandais s'avère particulièrement protecteur du conjoint survivant³⁸⁰, spécialement en présence d'enfants, qui ne recueillent aucun droit réel au décès. En revanche, le conjoint n'est pas réservataire, même s'il bénéficie d'une protection légale, spécialement à des fins alimentaires³⁸¹.

Ceci reflète une conception plutôt germanique de la famille mettant l'accent sur le couple et sa liberté de s'attribuer par contrat de mariage tous les acquêts du couple, au détriment des enfants qui devront attendre d'hériter ce qu'il en reste. On trouve des traces de cette conception en Belgique dans le débat sur les avantages matrimoniaux³⁸². Dans une perspective de genre, le conjoint survivant étant quasi toujours une femme, il est utile de comparer le choix néerlandais (propriété de la succession sauf testament contraire) au courant doctrinal belge qui critique les avantages matrimoniaux comme étant préjudiciables aux enfants³⁸³.

138. Le droit néerlandais connaît une seule cause de **divorce**, pour désunion durable (*duurzame ontwrichting*). Comme en Belgique, le divorce prend deux formes selon qu'il est demandé conjointement (art. 1:154 C. civ. néerl.) ou par un

³⁷⁹ Toutefois, dans certaines hypothèses, la loi permet à l'enfant de réclamer des biens dans la succession. C'est notamment le cas lorsque le défunt laisse un conjoint et des enfants issus d'une précédente union. Voy. W. KOLKMAN, « Erfrecht », in W. SCHRAMA, M. ANTOKOLSKAIA et G. RUITENBERG (dir.), *Familierecht. Een introductie*, 4^e éd., La Haye, Boom juridisch, 2021, pp. 431-432.

³⁸⁰ W. KOLKMAN, « Erfrecht », in W. SCHRAMA, M. ANTOKOLSKAIA et G. RUITENBERG (dir.), *Familierecht. Een introductie*, 4^e éd., La Haye, Boom juridisch, 2021, p. 420.

³⁸¹ Même exhéredé, le conjoint survivant reste protégé dans ses droits fondamentaux : droit d'usage du logement pendant six mois (art. 4:28 C. civ. néerl.) ; usufruit de nature alimentaire sur le logement voire sur les autres biens de la succession (*passend verzorgingsniveau*) (art. 4:29 et 4:30 C. civ. néerl.), voy. : W. KOLKMAN, « Erfrecht », in W. SCHRAMA, M. ANTOKOLSKAIA et G. RUITENBERG (dir.), *Familierecht. Een introductie*, 4^e éd., La Haye, Boom juridisch, 2021, p. 443.

³⁸² Pour une synthèse : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 424 et s., n^{os} 342 et s. En ce sens : E. GOOSSENS, « Koorddansen in het familiaal vermogensrecht. Naar een nieuw evenwicht tussen de belangen van de kinderen en de langstlevende echtgenoot », *T.E.P.*, 2018, p. 220 ; A.-L. VERBEKE, « Langstlevende echtgenoot versus kinderen. Een nieuwe communautaire twist in België? », *T.P.R.*, 2013, pp. 2471-2485 ; A.-L. VERBEKE et H. CASMAN, « Open invitatie voor een oprechte communautaire dialoog in het familiaal vermogensrecht », *T.E.P.*, 2020, pp. 5-9 et « Invitation à un dialogue communautaire sincère en matière de droit patrimonial de la famille », *J.T.*, 2020, pp. 535-537.

³⁸³ J.-F. TAYMANS et F. TAINMONT, « Avantages matrimoniaux et séparation des biens : une autre interprétation de l'article 1469, § 1^{er}, 4^e alinéa du Code civil », *Rev. not. b.*, 2020, p. 859 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La réforme des régimes matrimoniaux, des successions et des libéralités : qui a gagné, qui a perdu ? », in *Perspectives sur le droit patrimonial de la famille après la réforme*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 185-207.

seul des époux (art. 1:151 C. civ. néerl.). Formellement le caractère durable de la désunion doit être prouvé dans les deux cas, mais introduire la demande suffit généralement à l'établir³⁸⁴.

Le divorce entraîne la dissolution du régime matrimonial et ouvre la possibilité pour le partenaire dans le besoin de demander une pension alimentaire (art. 1:156 C. civ. néerl.)³⁸⁵. Celle-ci est calculée selon des paramètres économiques, liés aux besoins (*behoefden*) du partenaire économiquement faible et de la capacité financière (*draagkracht*) du partenaire économiquement fort (art. 1:397 C. civ. néerl.).

La loi limite la durée de la pension à cinq ans (art. 1:157, 1, C. civ. néerl.), délai prolongeable suivant des paramètres légaux liés à l'âge de la créancière, l'âge des enfants, la durée du mariage³⁸⁶, ou par décision judiciaire en équité (*redelijkheid en billijkheid*) (art. 1:157, 7, C. civ. néerl.). Cette loi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020 est justifiée, selon la doctrine, par l'évolution de la société néerlandaise : si les femmes restent les principales demanderesse d'une pension alimentaire, elles sont plus nombreuses à travailler et travaillent plus longtemps qu'auparavant³⁸⁷.

Les époux peuvent déroger aux dispositions relatives à l'obligation alimentaire, voire exclure toute pension. L'autonomie des époux est limitée par la loi : par exemple ils ne peuvent pas convenir pendant la vie commune qu'aucune pension ne sera due à la rupture (art. 1:400, 2, C. civ. néerl.)³⁸⁸.

b. Droit français

139. Le régime primaire français est similaire au régime primaire belge : l'article 214 du Code civil français régit l'obligation de contribution aux charges du mariage, selon les facultés respectives ; les articles 215 et 1751 du Code civil français protègent le cadre de vie en limitant les droits du conjoint propriétaire ou locataire du logement familial ; l'article 220 du Code civil français instaure une solidarité sur les dettes ménagères³⁸⁹.

³⁸⁴ M. ANTOKOLSKAIA, «Einde van huwelijk en geregistreerd partnerschap», in W. SCHRAMA, M. ANTOKOLSKAIA et G. RUITENBERG (dir.), *Familie recht. Een introductie*, 4^e éd., La Haye, Boom juridisch, 2021, pp. 215-217.

³⁸⁵ Pour plus de détails, voy. N. SPALTER, «Partneralimentatie», in W. SCHRAMA, M. ANTOKOLSKAIA et G. RUITENBERG (dir.), *Familie recht. Een introductie*, 4^e éd., La Haye, Boom juridisch, 2021, p. 371.

³⁸⁶ Art. 1:157, 2-4, C. civ. néerl. : ces paramètres doivent se combiner pour une durée maximale de 10 ans ou égale à l'âge des enfants de moins de 12 ans.

³⁸⁷ N. SPALTER, «Partneralimentatie», in W. SCHRAMA, M. ANTOKOLSKAIA et G. RUITENBERG (dir.), *Familie recht. Een introductie*, 4^e éd., La Haye, Boom juridisch, 2021, p. 369.

³⁸⁸ N. SPALTER, «Partneralimentatie», in W. SCHRAMA, M. ANTOKOLSKAIA et G. RUITENBERG (dir.), *Familie recht. Een introductie*, 4^e éd., La Haye, Boom juridisch, 2021, p. 372.

³⁸⁹ Les époux peuvent modaliser leur contribution aux charges par contrat de mariage, sans pouvoir se dispenser de toute contribution. Sur ce point, le juge peut modifier la convention matrimoniale, à la demande d'un époux, en considération de la situation des parties (R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, 12^e éd., Paris, LGDJ, 2021, p. 44, n° 39).

140. Le régime légal est une **communauté réduite aux acquêts**, comme en droit belge³⁹⁰. La communauté recueille l'ensemble des biens du couple, excepté les biens qualifiés propres par la loi (art. 1404-1406 C. civ. fr.). Elle fait l'objet de règles d'obligation au passif (art. 1409-1418 C. civ. fr.) et de gestion comparables (art. 1421-1440 C. civ. fr.). Dans les faits, le régime de communauté régit la majorité des couples mariés³⁹¹.

Les époux sont libres d'adopter d'autres régimes dans leur convention matrimoniale, soit à base communautaire, soit à base séparatiste³⁹².

La séparation de biens pure et simple est le régime conventionnel le plus fréquemment choisi³⁹³. Elle donne lieu à des critiques semblables à celles émises en Belgique : sa simplicité juridique apparente est illusoire ; elle est potentiellement préjudiciable au conjoint économiquement plus faible³⁹⁴.

Les liquidations de régimes séparatistes font intervenir une jurisprudence adaptant le droit commun aux réalités conjugales (p. ex. : enrichissement sans cause). On notera que le droit français soumet l'évaluation des créances entre époux au régime d'évaluation des récompenses, dans une règle plus transversale qu'en Belgique (art. 1543 C. civ.).

Les époux peuvent corriger le régime de la séparation de biens avec des clauses de participation aux acquêts (art. 1569-1581 C. civ. ; accord du 4 février 2010, conclu entre les gouvernements français et allemand, instaurant un régime optionnel de participation aux acquêts)³⁹⁵. La loi belge s'est fortement inspirée du droit français lors de la réforme du 22 juillet 2018, sans adhérer à l'accord franco-allemand qui a pourtant vocation à rallier d'autres pays³⁹⁶.

³⁹⁰ Adopté en deux phases (1965, 1985), il s'est inspiré pour la seconde de la loi belge du 14 juillet 1976.

³⁹¹ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, Paris, LGDJ, 2017, p. 98, n° 206.

³⁹² P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, Paris, LGDJ, 2017, p. 315, n° 699. Comme en droit belge, la liberté des époux est limitée par les règles d'ordre public (art. 1387 et 1389 C. civ. fr.) et du régime primaire (art. 1388 C. civ. fr.), mais aussi le respect du principe de cohérence du régime (*supra*, n° 84) (R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, 12^e éd., Paris, LGDJ, 2021, p. 102, n° 125).

³⁹³ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, Paris, LGDJ, 2017, p. 340, n° 801 ; voy. aussi N. FRÉMEAUX et M. LETURCQ, « Plus ou moins mariés : l'évolution du mariage et des régimes matrimoniaux en France », *INSEE. Economie et statistique*, 2014, n°s 462-463 p. 127. Les auteurs ne distinguent toutefois pas les séparations de bien pure et simple et corrigées.

³⁹⁴ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, Paris, LGDJ, 2017, pp. 340-341, n° 802.

³⁹⁵ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, Paris, LGDJ, 2017, pp. 366-367, n° 872. Le régime optionnel constitue un compromis entre les régimes légaux allemand et, dans une moindre mesure, français.

³⁹⁶ Voy. M. PETERS, « La séparation de biens avec participation aux acquêts », in Y.-H. LELEU (dir.), *La réforme du droit des régimes matrimoniaux. Loi du 22 juillet 2018*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 207-208, n° 2 ; pp. 215-216, n° 18.

141. Le décès et le divorce entraînent la **dissolution de la communauté**, qui se transforme en indivision de droit commun (art. 1476 C. civ.)³⁹⁷. La loi organise les opérations de liquidation et de partage, en principe égalitaire et en nature (art. 1467-1480 C. civ.)³⁹⁸.

En cas de **décès**, le conjoint survivant en présence d'enfants communs a le droit de choisir entre l'usufruit de tous les biens existants ou un quart des biens existants ; en présence d'enfants non communs, il recueille un quart des biens existants (art. 757 C. civ.)³⁹⁹.

Le défunt peut exhérer son conjoint s'il y a des enfants. Le conjoint survivant n'est réservataire d'un quart de la succession qu'en l'absence d'enfants (art. 914-1 C. civ.).

Comme aux Pays-Bas, le cadre de vie du conjoint survivant est protégé : occupation d'un an du logement familial (art. 763 C. civ.), à titre d'effet du mariage, hors succession⁴⁰⁰.

On constate que le droit français actuel accorde une place beaucoup plus importante aux enfants qu'en droit belge et en droit néerlandais, ce qui est important dans une perspective de genre et pourrait expliquer une partie des constats faits en France par C. Bessière et S. Gollac (*supra*, nos 57 et s.). Nous y voyons une trace de culture juridique latine en droit patrimonial des couples, privilégiant le lignage au ménage⁴⁰¹. Le droit français est décrit comme attaché à un modèle « nucléaire égalitaire » alors que les droits belge et néerlandais reposent sur un modèle « nucléaire absolu », c'est-à-dire resserré sur le couple⁴⁰². Il évolue toutefois car la situation du conjoint était moins favorable auparavant ; le droit familial français se recentre à tout le moins autour du couple et des enfants⁴⁰³.

³⁹⁷ M. PETERS, « La séparation de biens avec participation aux acquêts », in Y.-H. LELEU (dir.), *La réforme du droit des régimes matrimoniaux. Loi du 22 juillet 2018*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 221-222, n° 270.

³⁹⁸ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, Paris, LGDJ, 2017, p. 273, n° 586.

³⁹⁹ V. EGÉA, *Droit de la famille*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2022, p. 264, nos 514-515. En présence d'autres membres de la famille et sans enfants (père, mère, frère, sœur) sa part de propriété augmente (art. 757-1 et 757-2 C. civ. fr.).

⁴⁰⁰ A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, 4^e éd., Paris, LGDJ, p. 181, nos 233-234. Au-delà du délai d'un an, le conjoint survivant bénéficie, selon le cas, d'un droit d'usage et d'habitation sur le logement (art. 764 C. civ. fr.), ou d'un droit exclusif sur le contrat de bail (art. 1751 C. civ. fr.). Le défunt peut toutefois écarter le droit d'usage et d'habitation de son conjoint.

⁴⁰¹ Celle des « pays de droit écrit » dans la géographie juridique de l'ancien droit français, par opposition à celle des « pays de droit coutumier », plus proches des droits germaniques. Voy. not. : J.-L. RENCHON, « Et si les concepts fondamentaux de notre droit successoral étaient profondément justes ? », in E. BEGUIN et J.-L. RENCHON (dir.), *Liber amicorum Jean-François Taymans*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 305 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La réforme des régimes matrimoniaux, des successions et des libéralités : qui a gagné, qui a perdu ? », in *Perspectives sur le droit patrimonial de la famille après la réforme*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 185.

⁴⁰² A.-Ch. VAN GYSEL et J. SAUVAGE, *Le couple. Édition 2022*, Limal, Anthemis, 2022, p. 474.

⁴⁰³ V. EGÉA, *Droit de la famille*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2022, p. 263, n° 513.

142. Le droit français connaît quatre causes de divorce.

Le *divorce par consentement mutuel* (art. 229 C. civ.) est déjudiciarisé et notarié (L. du 25 mai 2018⁴⁰⁴). L'intervention du juge est possible et obligatoire lorsqu'un enfant mineur du couple demande à être entendu par le juge (art. 229-2 et art. 230-232 C. civ.). Le *divorce par acceptation du principe de la rupture* (art. 233-234 C. civ.) permet aux époux de s'entendre sur le principe du divorce, mais non sur l'organisation de ses conséquences (p. ex. : liquidation-partage). Le *divorce pour altération définitive du lien conjugal* est contentieux (art. 237, 238 et 246 C. civ.) : un époux demande le divorce sans démontrer une faute pour autant qu'il établisse la cessation de la communauté de vie durant deux ans au minimum⁴⁰⁵. Enfin le *divorce pour faute* est maintenu (art. 242-245-1 C. civ.). Il doit s'agir d'une faute suffisamment consistante rendant intolérable le maintien de la vie commune⁴⁰⁶.

L'énumération qui précède donne l'image d'un droit contrasté, plus contentieux et attaché à la faute, mais déjà dans l'ère du divorce administratif. Statistiquement, le divorce par consentement mutuel est le plus utilisé, et le divorce pour faute est en déclin⁴⁰⁷.

En matière alimentaire la particularité du droit français est l'institution de la **prestation compensatoire**. Le législateur français a instauré ce mécanisme en 1975 à cause des difficultés d'exécution des anciennes pensions alimentaires⁴⁰⁸. Le présumé est, comme en Belgique et aux Pays-Bas, qu'un ex-époux ne peut pas être préjudicié par des choix de couple⁴⁰⁹. La prestation compensatoire vise à « compenser autant que possible la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives des époux » (art. 270 C. civ.). Son montant est fixé par le juge, sur la base de paramètres semblables au droit belge (p. ex. : durée du mariage, conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux durant la vie commune – art. 271 C. civ.).

⁴⁰⁴ Loi du 25 mai 2018 visant à réduire et redistribuer la charge de travail au sein de l'ordre judiciaire, *M.B.*, 30 mai 2018.

⁴⁰⁵ L'article 238, alinéa 2, du Code civil français permet au juge de prononcer le divorce endéans deux ans, dans l'hypothèse où une demande pour altération définitive du lien conjugal est présentée concurremment à une demande pour faute (art. 246 C. civ. fr.).

⁴⁰⁶ A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2019, pp. 223-227, n^{os} 292-298.

⁴⁰⁷ En 2016, 55 % des divorces prononcés concernaient des divorces par consentement mutuel, pour seulement 6 % de divorce pour faute. Voy. : A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2019, p. 202, n^{os} 260-261.

⁴⁰⁸ A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, 4^e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019, pp. 275-276, n^o 370. Voy. aussi : E. ALOFS, « De functie van de uitkering na echtscheiding tussen gewezen echtgenoten voor en na de wet van 27 april 2007. Van gemengd alimentair-indemnitaair naar gemengd alimentair-compensatoir », in E. ALOFS et al. (dir.), *Liber amicorum Hélène Casman*, Anvers, Intersentia, 2013, pp. 23-24.

⁴⁰⁹ A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, 4^e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019, p. 276, n^o 371.

Toutefois, contrairement au droit belge, la prestation compensatoire prend prioritairement la forme d'un capital, exceptionnellement celle d'une rente⁴¹⁰. Dans une perspective de genre, C. Bessière et S. Gollac ont mis en évidence l'impact négatif pour les femmes de l'inversion de priorité⁴¹¹. À cause de comptabilités inversées (*supra*, n° 60) encouragées par la loi qui retient comme paramètre « le patrimoine du débiteur » (art. 271 C. civ.), les prestations en capital sont généralement calculées d'après ce que le débiteur peut payer sans mettre en risque son capital structurant. Elles sont généralement inférieures aux besoins.

2. Les partenariats

143. Les couples néerlandais et français se voient offrir la possibilité d'officialiser leur union en dehors des formes du mariage. Les premiers peuvent conclure un **partenariat enregistré** (*geregistreerd partnerschap*), visés aux articles 1:80a à 1:80g du Code civil néerlandais ; les seconds, un **pacte civil de solidarité (PACS)**, régi par les articles 515-1 à 515-7-1 du Code civil français.

Le choix des deux pays diffère fondamentalement entre eux, et avec le droit belge :

- **en droit néerlandais**, le partenariat est équivalent au mariage : l'article 1:80b du Code civil néerlandais rend applicables les titres 6, 7 et 8 relatifs aux droits et devoirs des époux, à la communauté légale et aux conventions matrimoniales ; l'article 1:80e du Code civil néerlandais renvoie à la plupart des dispositions relatives à la pension alimentaire entre époux ;
- **en droit français**, le PACS est plus proche du mariage que la cohabitation légale belge⁴¹². Il est doté d'un embryon de régime primaire impératif (art. 515-4 C. civ. fr.) et d'un régime secondaire supplétif de séparation de biens pure et simple (art. 515-5 C. civ. fr.).

Cette différence avec le droit belge sera retenue au titre des recommandations, car elle prouve qu'il est possible d'instaurer une solidarité *opting out* dans un statut de couple non marié. Le PACS et ses évolutions confirment également que la cohabitation légale belge mériterait d'être recentrée sur les couples.

a. Le partenariat enregistré néerlandais (« *geregistreerd partnerschap* »)

144. L'article 1:80a du Code civil néerlandais fixe les **conditions** de fond et de forme pour conclure un partenariat enregistré.

⁴¹⁰ A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, 4^e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019, pp. 286-293, nos 382-392. Des réformes survenues en 2000 et 2004 ont accru la prééminence du versement en capital.

⁴¹¹ C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, pp. 201 et s.

⁴¹² R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, 12^e éd., Paris, LGDJ, 2021, pp. 16-17, n° 6.

Sur le **fond**, les deux partenaires doivent être majeurs et capables, sans lien de parenté entre eux. Ils ne peuvent être mariés au moment où ils font enregistrer leur partenariat.

Sur la **forme**, le partenariat est enregistré par l'officier de l'état civil. Il peut faire l'objet d'une célébration similaire au mariage, où les partenaires expriment leur consentement devant l'officier de l'état civil en présence de témoins (art. 1:80a, 5, *juncto* art. 1:63 C. civ. néerl.).

Le partenariat prend fin par le décès d'un des partenaires, par accord mutuel, par demande unilatérale ou par sa conversion en mariage⁴¹³(art. 1:80c C. civ. néerl.).

145. Comme exposé, le **statut patrimonial** du mariage et le droit à une pension alimentaire sont applicables (1:80b et 1:80e C. civ. néerl.).

En cas de **décès**, une fois le régime patrimonial du couple liquidé, le partenaire survivant a les mêmes droits qu'un époux survivant (art. 4:8 C. civ. néerl.) : tous les actifs de la succession du défunt, part du patrimoine comprise, lui sont attribués en propriété sauf testament contraire (art. 4:13 C. civ. néerl.). Les enfants recueillent une créance (*geldvordering*) exigible au décès où lors d'une faillite du partenaire survivant (art. 4:13, 3, C. civ. néerl.)⁴¹⁴.

En cas de **rupture**, les partenaires ne doivent saisir le juge que pour mettre fin unilatéralement au partenariat enregistré, en suivant la même procédure que les époux (art. 1:80c et art. 1:80e C. civ. néerl.)⁴¹⁵. Le jugement est inscrit dans les registres de l'état civil. La rupture conjointe administrative n'est possible qu'en l'absence d'enfants mineurs⁴¹⁶ (art. 1:80c, 1 et 3, C. civ. néerl.).

Il se confirme ainsi que la présence d'enfants mineurs au sein du couple est un paramètre de protection impérative. Elle détermine également une possibilité de prolongation de la pension alimentaire (*supra*, n° 92).

La dissolution du régime patrimonial suit les mêmes règles qu'en mariage⁴¹⁷. L'article 1:87 du Code civil néerlandais relatif aux compensations des mouvements de patrimoine est applicable comme en mariage (*supra*, n° 135).

⁴¹³ Art. 1:80g C. civ. néerl. Il leur suffit de faire connaître leur intention auprès de l'officier d'état civil de leur domicile.

⁴¹⁴ W. KOLKMAN, « Erfrecht », in W. SCHRAMA, M. ANTOKOLSKAIA et G. RUITENBERG (dir.), *Familierecht. Een introductie*, 4^e éd., La Haye, Boom juridisch, 2021, pp. 430-432. Dans certains cas (p. ex. : le conjoint survivant est le beau-parent de l'enfant), la loi prévoit toutefois la possibilité pour l'enfant de réclamer des biens de la succession.

⁴¹⁵ M. ANTOKOLSKAIA, « Einde van huwelijk en geregistreerd partnerschap », in W. SCHRAMA, M. ANTOKOLSKAIA et G. RUITENBERG (dir.), *Familierecht. Een introductie*, 4^e éd., La Haye, Boom juridisch, 2021, pp. 219-220.

⁴¹⁶ Qu'il s'agisse d'enfants communs ou d'enfants d'un des partenaires : dans certains cas, le droit néerlandais octroie l'exercice de l'autorité parentale au parent et à son partenaire : voy. art. 1:253sa et 1:253t C. civ. néerl.

⁴¹⁷ B. BREEDERVELD, « Huwelijksvermogensrecht », in W. SCHRAMA, M. ANTOKOLSKAIA et G. RUITENBERG (dir.), *Familierecht. Een introductie*, 4^e éd., La Haye, Boom juridisch, 2021, p. 155.

b. Le pacte civil de solidarité français (PACS)

145bis. L'article 515-1 du Code civil français définit le pacte civil de solidarité comme « un contrat conclu par deux personnes majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ». La nature contractuelle de l'union est mise en avant par la doctrine⁴¹⁸. Elle diffère de la nature statutaire du partenariat enregistré néerlandais.

146. Les articles 515-1 à 515-3 du Code civil français fixent les **conditions** du PACS.

Sur le fond, les partenaires doivent être majeurs, sans parenté ni mariés. La Cour de cassation française a affirmé que le PACS n'implique pas nécessairement une relation de couple⁴¹⁹, mais une grande partie de la doctrine estime qu'il vise les couples dès lors qu'il n'est pas ouvert aux personnes mariées⁴²⁰.

Sur la forme, le PACS fait l'objet d'une convention entre les partenaires, suivie d'une déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil de la résidence commune. Ce dernier enregistre la déclaration et vise la convention sans en contrôler le contenu. La loi n'impose pas d'exigence de forme à cette convention, qui peut donc être rédigée par les partenaires eux-mêmes. La doctrine souligne les dangers et les risques liés à cette possibilité, car les partenaires ne bénéficient pas de conseils d'un professionnel du droit⁴²¹.

147. Le PACS contient un embryon de **régime primaire impératif**⁴²² et un **régime secondaire** de séparation de biens pure et simple supplétif.

L'article 515-4 du Code civil français impose une obligation d'aide matérielle réciproque, proportionnelle aux facultés donc semblable à l'obligation de contribution aux charges du mariage⁴²³. Les partenaires peuvent modaliser cette aide, mais non l'exclure⁴²⁴. Il instaure une solidarité pour les dettes de la vie courante.

L'article 515-5 du Code civil français instaure un régime de séparation de biens pure et simple : tous les biens acquis avant ou pendant le PACS restent personnels, comme les dettes.

⁴¹⁸ V. EGÉA, *Droit de la famille*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2022, p. 274, n° 530.

⁴¹⁹ Cass., 1^{re} civ., 8 mars 2017, n° 16-16.685 : *A.J. fam.*, 2017, p. 363, obs. P. HILT. On peut toutefois se demander pour quelle raison le PACS est limité à deux personnes et n'est pas accessible aux personnes mariées. Voy. V. EGÉA, *Droit de la famille*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2022, pp. 279-281, n°s 537-539.

⁴²⁰ V. EGÉA, *Droit de la famille*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2022, p. 281, n° 539.

⁴²¹ V. EGÉA, *Droit de la famille*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2022, p. 282, n° 543.

⁴²² P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, Paris, LGDJ, 2017, pp. 389-390, n° 943.

⁴²³ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, Paris, LGDJ, 2017, p. 384, n° 927.

⁴²⁴ V. EGÉA, *Droit de la famille*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2022, p. 288, n°s 554-555.

L'article 515-5-1 du Code civil français permet aux partenaires d'adopter le « régime de l'indivision » : tous les biens acquis durant le PACS sont réputés indivis pour moitié, sans recours possible de l'un contre l'autre en cas de financement disproportionné. La gestion et le partage de l'indivision, réglementée par les articles 515-5-1 à 515-5-3 du Code civil français, se rapprochent des règles applicables à une communauté⁴²⁵. Les règles de détermination et d'évaluation des créances entre partenaires suivent le régime de celles entre époux mariés en régime de la communauté (art. 515-7 C. civ. fr.).

148. Le PACS se **dissout** par décès ou mariage d'un des partenaires. Il prend fin par décision conjointe ou unilatérale (art. 515-7 C. civ. fr.). La rupture volontaire nécessite uniquement des démarches administratives.

Les conséquences liées à la dissolution du PACS nous semblent peu protectrices du partenaire économiquement plus faible. En cas de décès du partenaire économiquement plus fort, l'autre ne bénéficie d'aucun droit de nature successorale⁴²⁶, mais seulement d'une protection du cadre de vie (jouissance gratuite du logement durant une année ; attribution préférentielle – art. 515-6 C. civ. fr.). Le droit fiscal exonère de l'impôt successoral les partenaires liés par un PACS, ce qui favorise la transmission de la succession par testament⁴²⁷.

En cas de **rupture**, le partenaire économiquement plus faible ne peut réclamer une prestation compensatoire (*supra*, n° 142). Il doit se contenter des institutions du droit commun (p. ex. : enrichissement injustifié). Les conventions assorties à un PACS contiennent rarement des dispositions sur ce point⁴²⁸.

3. *Les cohabitations de fait : solutions légales et jurisprudentielles*

149. Comme en Belgique, les Pays-Bas et la France connaissent une augmentation du nombre de partenaires de fait depuis plusieurs décennies. Deux observations statistiques méritent d'être soulignées : le pourcentage de partenaires de fait avec enfants, eu égard au nombre total de partenaires de fait, a particulièrement augmenté depuis les années 1990⁴²⁹ ; le pourcentage d'enfants nés hors mariage a également augmenté⁴³⁰. Ces éléments suggèrent une transformation du profil type du ménage de fait, vu comme une relation durable, au même titre que le mariage ou le partenariat enregistré.

⁴²⁵ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, Paris, LGDJ, 2017, p. 389, n° 941.

⁴²⁶ L'article 515-6 du Code civil français rend toutefois l'article 763 du Code civil français applicable aux pacsés. Cette disposition octroie un droit de jouissance temporaire de l'ancien logement familial.

⁴²⁷ V. EGÉA, *Droit de la famille*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2022, p. 296, n° 577.

⁴²⁸ A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2019, pp. 332-333, n° 455.

⁴²⁹ W. SCHRAMA, « Ongehuwd samenleven », in W. SCHRAMA, M. ANTOKOLSKAIA et G. RUITENBERG (dir.), *Familie recht. Een introductie*, 4^e éd., La Haye, Boom juridisch, 2021, p. 224.

⁴³⁰ V. EGÉA, *Droit de la famille*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2022, p. 302, n° 594.

Or, comme en droit belge, les relations économiques des partenaires sont pour l'essentiel réglées par le droit commun. Ceux-ci disposent d'une plus grande autonomie que les époux ou les partenaires qui ont officialisé leur union, mais doivent accepter l'absence de solidarité minimale (logement, charges du ménage, crises conjugales)⁴³¹.

Aux Pays-Bas, une partie de la doctrine estime que le législateur devrait intervenir pour compenser les risques d'iniquités liées à la vie de couple, au moyen d'une réglementation adaptée⁴³². Au contraire, en France, la plupart des auteurs estiment que le renvoi vers le droit commun est justifié⁴³³. Dans les deux cas, doctrine et jurisprudence s'efforcent d'adapter au mieux le droit commun pour pallier les préjudices liés à la vie commune.

a. Droit néerlandais

150. Aux Pays-Bas, les partenaires peuvent conclure un **contrat de vie commune** et d'une réglementation des relations économiques au sein de leur couple. Contrairement à ce qui est observé en Belgique, environ la moitié des partenaires de fait concluent un tel contrat⁴³⁴. En pratique, les partenaires conviennent rarement d'augmenter la solidarité après la fin de la vie commune⁴³⁵.

151. Comme en droit belge, le partenaire économiquement lésé peut invoquer l'enrichissement injustifié (*ongerechtvaardigde verrijking*) ou des accords tacites de compensation (*stilzwijgende overeenkomsten tot verrekening*)⁴³⁶. Une partie de la jurisprudence applique l'article 1:87 du Code civil néerlandais, contre la jurisprudence de la Cour de cassation néerlandaise (*Hoge Raad*)⁴³⁷.

b. Droit français

152. En France, le «concubinage» est, curieusement, visé par plusieurs dispositions légales. L'article 515-8 du Code civil français le définit comme

⁴³¹ W. SCHRAMA, «Ongehuwd samenleven», in W. SCHRAMA, M. ANTOKOLSKAIA et G. RUITENBERG (dir.), *Familie recht. Een introductie*, La Haye, Boom juridisch, 2021, pp. 223-224.

⁴³² W. SCHRAMA, «Ongehuwd samenleven», in W. SCHRAMA, M. ANTOKOLSKAIA et G. RUITENBERG (dir.), *Familie recht. Een introductie*, La Haye, Boom juridisch, 2021, p. 225.

⁴³³ V. EGÉA, *Droit de la famille*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2022, p. 306, n° 608.

⁴³⁴ P. KUIK, W. SCHRAMA et L. VERSTAPPEN, «Samenlevingsovereenkomsten in de notariële praktijk», *Family & Law*, 2014.

⁴³⁵ P. KUIK, W. SCHRAMA et L. VERSTAPPEN, «Samenlevingsovereenkomsten in de notariële praktijk», *Family & Law*, 2014.

⁴³⁶ W. SCHRAMA, «Ongehuwd samenleven», in W. SCHRAMA, M. ANTOKOLSKAIA et G. RUITENBERG (dir.), *Familie recht. Een introductie*, La Haye, Boom juridisch, 2021, pp. 235-236.

⁴³⁷ W. SCHRAMA, «Ongehuwd samenleven», in W. SCHRAMA, M. ANTOKOLSKAIA et G. RUITENBERG (dir.), *Familie recht. Een introductie*, La Haye, Boom juridisch, 2021, pp. 237-238.

« une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ». En introduisant cette disposition en 1999, le législateur français souhaitait reconnaître les couples hors mariage, spécialement les couples homosexuels, en espérant ne pas devoir aller plus loin et leur accorder le mariage, comme cela s'est passé en Belgique avec la cohabitation légale⁴³⁸.

153. Sur le plan judiciaire, contrairement au droit belge, le juge aux affaires familiales connaît des difficultés liées à la rupture de tous les couples, y compris les concubins⁴³⁹. Il est compétent pour « liquider et partager les intérêts patrimoniaux des concubins » (art. L. 213-3 Code de l'organisation judiciaire), c'est-à-dire les indivisions et transferts intervenus durant la vie commune.

154. Les concubins sont soumis au droit commun, comme en Belgique. Le droit commun de l'indivision et des contrats s'applique. Le partenaire économiquement lésé par un transfert de biens ou une collaboration non rémunérée peut invoquer l'existence d'une société de fait ou l'enrichissement injustifié. Le droit français apparaît assez restrictif⁴⁴⁰. Ces institutions sont moins familiarisées qu'en droit belge.

⁴³⁸ V. EGÉA, *Droit de la famille*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2022, pp. 304-305, n^{os} 604-606.

⁴³⁹ V. EGÉA, *Droit de la famille*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2022, p. 302, n^o 596.

⁴⁴⁰ V. EGÉA, *Droit de la famille*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2022, pp. 311-313, n^{os} 620-625.

CHAPITRE 3

ÉTUDE EMPIRIQUE SUR LA TRANSMISSION DU PATRIMOINE FAMILIAL AUX FEMMES ET AUX HOMMES À L'ÉPREUVE DES PRATIQUES PROFESSIONNELLES

SECTION 1. STATUT CONJUGAL ET PATRIMONIAL DES COUPLES

A. MARIAGE, COHABITATION LÉGALE OU UNION LIBRE ? LE CHOIX DU STATUT DU COUPLE

1. *Introduction*

155. Les professionnel-le-s du droit (patrimonial) de la famille (notaires, avocat-e-s, magistrat-e-s) sont interrogé-e-s dans le cadre de cette étude parce qu'ils/elles rencontrent les couples (ou l'un-e des partenaires) dans des circonstances bien spécifiques qui peuvent orienter la gestion, l'accumulation, la circulation et la transmission du patrimoine dans le couple.

156. On identifie traditionnellement trois moments de la vie conjugale⁴⁴¹ qui correspondent à ces rencontres avec les professionnel-le-s du droit (patrimonial) de la famille : la formalisation de l'union ; la séparation ; et enfin, le décès de l'un-e des partenaires.

157. À chacun de ces temps forts correspond donc un régime juridique particulier qui va s'appliquer sur le plan patrimonial, et déterminer la façon dont les membres d'un couple gèrent, conservent, partagent ou se transmettent leurs revenus, leurs économies et leurs biens.

Chaque régime juridique, exposé au titre de l'état de l'art (Chapitre 2), consiste en divers mécanismes qui sont « légaux » (qui s'appliquent automatiquement par

⁴⁴¹ Ce terme, traditionnellement lié au mariage, est utilisé indifféremment pour tous les couples dans le présent ouvrage.

l'effet de la loi) ou « optionnels » (qui s'appliquent à condition de poser un acte, seul ou en couple par convention) ou qui combinent ces formes.

158. Les professionnel-le-s du droit (patrimonial) de la famille sont généralement sollicité-e-s par des couples pour les aider, d'une part, à comprendre ces mécanismes et, d'autre part, à choisir ceux qui seront mis en œuvre ou exclus.

159. Par ailleurs, l'accès à ces mécanismes juridiques et leur foisonnement sont hiérarchisés par le statut conjugal. Ainsi, les règles juridiques relatives à la circulation et la transmission du patrimoine ne sont pas les mêmes selon que l'on soit marié, cohabitant légal ou en union libre : un couple non marié n'a pas accès à tous les dispositifs (plus nombreux) mis à disposition d'un couple marié.

2. *Le choix des couples et les attentes des partenaires*

160. Dans la littérature scientifique et devant les tribunaux, le statut conjugal est fréquemment présenté comme le résultat du choix des couples. Cela justifie pour certain-e-s que les partenaires assument les conséquences, et donc les effets juridiques, de leur choix ; pour d'autres, le choix procède de facteurs non purement juridiques (*supra*, n° 71).

161. Les notaires interrogé-e-s dans le cadre de cette étude indiquent plusieurs éléments intéressants sur les circonstances dans lesquelles les couples effectuent un choix.

162. L'étude révèle qu'il est relativement rare que les notaires interrogé-e-s soient consulté-e-s pour des questions relatives à l'opportunité de choisir le mariage plutôt que la cohabitation légale ou l'union libre. Les couples qui viennent les voir pour formaliser leur union avec un projet de vie conjugale ont généralement déjà choisi le mariage, tandis que la cohabitation légale est plutôt un statut que les couples se voient recommander au moment de l'achat d'un bien immobilier⁴⁴².

Une notaire témoigne par ailleurs du fait que les couples qui envisagent une cohabitation légale peuvent hésiter pour le mariage alors que l'inverse semble moins probable.

« En général, les gens viennent soit pour une cohabitation légale, soit pour le mariage. S'ils viennent pour un mariage, c'est qu'ils ont décidé de se marier et ça ne sert à rien de leur parler de cohabitation légale. S'ils viennent pour des informations sur la cohabitation légale, parfois on switche un peu vers le contrat de mariage et alors j'ai

⁴⁴² Notamment : FENH1, FENH6, FENF14, FQNH1, NQNF1, NQNH2, NQNH3, NQNF4, NQNH5, NQNF6, NQNH7.

envie de dire : «Faisons un autre rendez-vous parce que ce n'est pas le même débat.»
Donc pour moi, ce sont deux questions différentes. Les gens qui sont prêts pour la
cohabitation légale ne sont pas nécessairement prêts pour le mariage. [...] Et ceux qui
veulent se marier n'ont rien à faire de la cohabitation légale»⁴⁴³.

163. Ensuite, dans les rares hypothèses où le doute existe vraiment dans l'esprit
des couples qui pensent à formaliser leur union, les explications données par
les notaires sur les grandes différences entre les statuts, conformément à leur
devoir de conseil, semblent être de nature à faire pencher la balance en faveur du
mariage.

«Mais sur le plan juridique, il n'y a pas photo entre un mariage et une cohabitation
légale et une cohabitation de fait. Je leur donne sur dix points importants la différence
entre les trois régimes. Et quand ils ont compris ça, en général, les gens se disent :
"Ah oui, cohabitation légale, c'est ça ? Ah oui, quand même, on va se marier alors."
[...] Il y a beaucoup de confusions, mais quand on leur explique que les cohabitants
légaux n'ont aucune pension de survie, alors que 94 % des gens mariés en ont une ;
quand on leur explique que la cohabitation légale ça se fait à deux, mais que ça se
rompt unilatéralement, ou pire encore, que quand un des deux va se marier avec
quelqu'un d'autre, ça rompt la cohabitation légale et c'est prévu par la loi, les gens
vous disent quand même : "Mais qu'est-ce que c'est que ce bazar ?". Et quand vous
leur dites [qu'en cas de décès] : "Vous avez normalement l'usufruit de la maison et du
contenu et vous pourriez en être privé par testament à votre insu". Ils vous disent :
"Mais attendez, mais qu'est-ce que c'est que ce truc-là ? Ouh là là, ouh là là !". Et donc,
on leur explique. Puis, ils disent : "Bon oui, par contre, on va se marier."»⁴⁴⁴.

«En eigenlijk zeg ik dat ook aan de mensen, dat voor de pensioenrechten men
absoluut moet huwen. En het is mij opgevallen, ook weer tijdens de coronaperiode,
dat ik een aantal koppels gehad heb die bij mij kwamen en die zeiden : "Notaris, wij
gaan trouwen voor het pensioen." Dus dat is ook wel een belangrijk element»⁴⁴⁵.

164. Un phénomène de crainte du mariage est identifié chez les jeunes
générations.

«Il y a vraiment, une réticence – je ne sais pas d'où ça vient – chez les jeunes
maintenant, une peur du mariage»⁴⁴⁶.

«Alors il y en a, ils ne veulent pas se marier par principe, parce que quand je dis
mariage, ils entendent divorce. Ils entendent : "Quand mon oncle a divorcé,
quand mes parents ont divorcé... Je ne veux pas, parce que pension alimentaire,
machin".»⁴⁴⁷

⁴⁴³ FENF7.

⁴⁴⁴ FENH8.

⁴⁴⁵ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 432.

⁴⁴⁶ FENF5.

⁴⁴⁷ FENH11.

165. Certain·e·s notaires ont par ailleurs relevé que, lors de ces entretiens, les femmes expriment un plus grand attrait que les hommes pour le mariage⁴⁴⁸.

Une notaire constate que ses explications servent alors parfois à convaincre les partenaires plus réfractaires, surtout des hommes.

«Et alors ça, c'est un truc qui me frappe aussi, c'est quand même, je ne vais pas dire 100 % des cas mais quasi, ce sont toujours les femmes qui veulent se marier, et jamais les hommes. Le nombre de fois où on aborde la question, et c'est drôle, on voit les hommes qui se recroquevillent et les femmes qui se tournent vers le monsieur en disant : "Ha tu vois que ça a quand même des avantages et des intérêts !". Et ce sont elles qui profitent du fait qu'on dit que le mariage apporte quand même une sécurité, sur certains aspects, plus grande que la cohabitation légale, et les femmes utilisent ça pour essayer de faire en sorte que monsieur se décide à se marier»⁴⁴⁹.

La notaire observe par ailleurs que cette préférence des femmes pour le mariage ne semble pas tant tenir aux effets juridiques qu'à l'aspect symbolique du statut sur le plan social, ce qui accrédite l'idée que le choix n'est pas exclusivement fait en fonction de la protection patrimoniale liée au statut.

«Je crois que c'est... vraiment, ça n'a rien à voir avec du juridique. [...] Non, j'ai l'impression que non. Elles viennent appuyer leur argumentation grâce au fait que moi je parle de juridique. [...] Mais c'est ça, c'est le petit rêve d'enfant, ce qu'on a appris aux filles quand elles étaient petites. Pour moi, c'est vraiment ça. Je peux me tromper, mais c'est vraiment la sensation que j'ai quand je les vois»⁴⁵⁰.

3. *Le moment de la formalisation du statut*

166. Pour apprécier le caractère éclairé du choix pour le statut du mariage ou de la cohabitation légale, il a semblé pertinent d'examiner les circonstances dans lesquelles les couples sont amenés à prendre leur décision.

Il ressort des entretiens menés auprès des notaires que l'objet et la teneur de la consultation varient selon que soit envisagé un mariage ou une cohabitation légale (l'union libre ne nécessitant, par définition, aucune formalisation).

S'agissant plus précisément de l'étape de la formalisation du statut, les notaires témoignent du fait qu'ils/elles ne rencontrent pas les couples – et ne sont dès lors pas susceptibles de les renseigner – dans les mêmes conditions selon que ces couples projettent de se marier ou non.

167. Les notaires interrogé·e·s ont effectivement relaté que les rendez-vous dédiés à la formalisation de l'union concernent principalement les couples qui

⁴⁴⁸ FENH3, FENF12, FENF14.

⁴⁴⁹ FENF5.

⁴⁵⁰ FENF5.

ont déjà prévu un mariage : il s'agira de leur expliquer l'impact et les effets des deux grands régimes matrimoniaux et, très souvent, de rédiger un contrat de mariage (cf. points B, C et D de la présente section).

En revanche, s'agissant des couples qui optent pour la cohabitation légale, de nombreux·se·s notaires interrogé·e·s à ce sujet indiquent que ceux qu'ils/elles rencontrent le font généralement dans la foulée d'une première acquisition immobilière⁴⁵¹.

« Alors ce qui est vrai, c'est que les gens qui – et ça, c'est un choix qui est évidemment tout à fait antérieur à la visite chez le notaire – viennent chez le notaire pour le choix d'un contrat de mariage, quand ils y pensent, c'est qu'ils ont donc en principe décidé de se marier. [...] Tandis que la cohabitation légale, ça c'est une question qu'on soulève, comme je dis opportunément à l'occasion, par exemple, de l'achat d'un immeuble »⁴⁵².

Il ressort du discours des notaires que ce choix des couples pour le statut de la cohabitation légale est loin d'être systématiquement l'expression de la volonté de formaliser leur union. Pour les « primo-couples », c'est-à-dire en dehors des cas d'une famille recomposée, le statut est donc vraisemblablement plus *recommandé* par les notaires dans le cadre d'une acquisition immobilière que véritablement *choisi* par les couples dans le cadre d'un projet de vie. Un notaire indique qu'à sons sens, le dispositif est avantageux pour ces couples car le mariage reste une option mais que s'ils y sont opposés, le statut de la cohabitation légale leur permet de bénéficier d'une protection minimale en cas de prédécès de leur partenaire⁴⁵³.

Plusieurs notaires précisent d'ailleurs qu'ils/elles attirent l'attention des couples sur les faibles droits successoraux du/de la survivant·e⁴⁵⁴ et qu'ils/elles recommandent d'adopter des dispositions testamentaires entre partenaires⁴⁵⁵.

En revanche, les notaires ne semblent pas recommander aux couples de futur·e·s cohabitant·e·s légaux/légales l'adoption d'une convention de cohabitation légale qui viendrait remédier aux autres limites du statut (régime patrimonial de séparation de biens, absence de pension alimentaire entre partenaires en cas de séparation)⁴⁵⁶. La plupart des notaires interrogé·e·s sur ce point indiquent d'ailleurs qu'ils/elles n'établissent jamais, ou très rarement, des conventions de cohabitation légale, seul outil permettant l'aménagement du régime patrimonial de ce statut⁴⁵⁷.

⁴⁵¹ Notamment : FQNH1, NQNF1, NQNH2, NQNH3, NQNF4, NQNH5, NQNF6, FENH1, FENH7.

⁴⁵² FENH1.

⁴⁵³ FENH1.

⁴⁵⁴ Notamment : NQNH2, NQFN4, NQNH5, NQNF6, NQNH7, NQNH8.

⁴⁵⁵ Notamment : FENH2, FENF14, NQNF1.

⁴⁵⁶ FENH1, FENH4, FENH10, FQNH1, NQNF1, NQNH2, NQNH3, NQNF4, NQNH5, NQNF6, NQNH7, NQNH8.

⁴⁵⁷ FQNH1, NQNF1, NQNH2, NQNH3, NQNH5, NQNF6, NQNH8, FENH1, FENH2, NENH2.
Contra : FENH4, NQNF4, NQNH7.

Il ressort parfois indirectement des propos de certain-e-s notaires que lorsqu'il s'agit de renforcer la protection patrimoniale des couples en cohabitation légale, il semble parfois plus approprié d'opter pour un mariage que de passer par une convention de cohabitation légale⁴⁵⁸.

Certain-e-s notaires ont également témoigné du fait que, malgré leur expérience, le foisonnement de mécanismes juridiques et les nouveaux enjeux que les actualités législatives et jurisprudentielles soulèvent, ne leur permettent pas toujours de s'assurer que les cohabitant-e-s légaux/légales bénéficient du cadre juridique le plus approprié à leur profil par le biais d'une convention de cohabitation légale : malgré leur vigilance et leur formation continue, il n'est pas exclu que certaines questions complexes leur échappent⁴⁵⁹.

Il ressort de ces considérations que, pour la cohabitation légale, la protection des partenaires sur le plan patrimonial durant la vie conjugale et en cas de séparation ne semble pas considérée et encadrée de la même façon que la protection patrimoniale en cas de prédécès de l'un-e des partenaires.

Ainsi, contrairement aux futur-e-s marié-e-s qui vont se faire accompagner par les notaires pour réfléchir à l'ensemble des effets juridiques de leur union, et choisir un régime matrimonial éventuellement par le biais d'un contrat de mariage, l'étude illustre le fait que les couples qui optent pour la cohabitation légale ne semblent pas amenés à s'interroger dans les mêmes conditions quant aux effets patrimoniaux de leur statut.

168. Certain-e-s professionnel-le-s partagent pourtant clairement leur avis sur le caractère insuffisamment développé de la protection patrimoniale pour les couples en cohabitation légale.

« Mais c'est vrai que beaucoup de gens ne savent pas qu'il n'y a pas de pension de survie chez les cohabitants. Il n'y a pas de pension alimentaire. Il y a une rupture unilatérale potentielle. Il y a un usufruit [sur le logement] qui peut être supprimé par testament à votre insu. [...] Donc, c'est extrêmement dangereux. Alors moi, je dis toujours aux gens : "Écoutez, faites une cohabitation légale. Voilà les limites. Soyez loyaux l'un à l'égard de l'autre, jouez le jeu. Faites ça à la limite à titre transitoire entre une cohabitation de fait et un mariage, mais ne restez jamais cohabitants légaux toute la vie. C'est beaucoup trop dangereux." »⁴⁶⁰.

« On a l'impression d'être protégé, mais on ne l'est pas. La cohabitation légale, c'est violent, c'est ça. [...] Il n'y a que dalle. Et c'est un statut [...] ça saute du jour au lendemain. Donc les gens ont l'impression, par la cohabitation légale, d'être protégés et ils ne sont pas du tout »⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ En ce sens, parfois indirectement : FENH1, FENF7, FQNH1, NENH2, NENF5, FENH11.

⁴⁵⁹ En ce sens : FENF5, FENH10.

⁴⁶⁰ FENH8.

⁴⁶¹ FENH6.

«La cohabitation légale n'est pas assez protectrice. Il en est de même du régime de séparation de biens en cas de déséquilibre économique et/ou d'investissements propres.»⁴⁶²

4. *Accompagnement et cadre juridiques limités pour les couples non mariés*

169. L'étude met en lumière le fait qu'il existe une gradation de la mise à disposition de l'expertise des notaires à l'égard des couples concernant leur statut conjugal :

- 1. les couples de futur-e-s marié-e-s auxquels est dédiée une consultation spécifique sur les effets juridiques de leur union par le mariage ;
- 2. les couples de futur-e-s cohabitant-e-s légaux/légales qui sont d'abord, pour une large majorité, les futur-e-s copropriétaires d'un immeuble et à qui des conseils (limités) sur la cohabitation légale sont alors donnés dans le cadre de l'opération principale qu'est l'acquisition immobilière ;
- 3. les couples en union libre que les notaires ne rencontrent (quasi) pas et qui ne reçoivent donc de leur part aucun conseil spécifique quant aux effets juridiques de leur (non)statut.

170. L'étude révèle donc que non seulement les notaires ne contribuent que très partiellement, ou pas du tout, à l'éventuelle réflexion qui serait menée par les couples non mariés quant aux effets juridiques de leur statut mais en outre, que les notaires ne sont pas témoins des décisions finalement prises par ces couples en dehors de l'étude notariale. Ces éléments contredisent l'idée que les couples posent toujours un *choix* quant à leur statut, ou à tout le moins, contredisent l'idée que les couples posent un *choix éclairé* quant aux effets juridiques de ce statut.

Plusieurs notaires interrogé-e-s sont conscient-e-s de ne pouvoir mettre leur expertise au profit des couples que de façon relative, selon qu'ils/elles soient consulté-e-s ou non et selon les circonstances dans lesquelles, ils/elles sont consulté-e-s⁴⁶³.

En outre, pour les couples en cohabitation légale ou en union libre, l'accompagnement réduit ou inexistant des professionnel-le-s va s'ajouter à l'encadrement réduit ou inexistant des dispositifs juridiques accessibles à leur statut respectif.

⁴⁶² FQAF4.

⁴⁶³ Notamment FENH3 qui estime qu'un centre devrait exister pour que tous les couples aient accès à des informations sur les effets juridiques de leur statut ; FENF5 qui souligne que les notaires ne rencontrent sans doute pas les couples qui sont locataires, puisque les cohabitants légaux optent essentiellement pour ce statut dans le cadre d'une acquisition immobilière ; ou encore FENH11 qui regrette « les angles morts » à propos des couples qui ne bénéficieront pas de conseils dès lors qu'ils ne franchiront pas la porte d'une étude, en dépit de la communication sur la gratuité du premier conseil.

Ces deux phénomènes cumulés – accompagnement et cadre juridiques limités – ont des effets en cascade sur la dimension patrimoniale de la vie de couple hors mariage, durant la vie conjugale, d’une part, mais aussi en cas de fin de la vie conjugale, par décès ou par séparation, d’autre part.

171. Par ailleurs, les effets en cascade du manque d’encadrement constaté ci-dessus – légal et professionnel – sont à certains égards différents pour les femmes ou pour les hommes.

Dans le cadre de cette étude, les témoignages des professionnel-le-s interrogé-e-s permettent de pointer certains effets genrés au niveau patrimonial parce qu’ils deviennent visibles et sont souvent même encore accrus, soit au moment de la séparation (5), soit en cas de précèdent de l’un-e des partenaires non marié-e-s (6).

5. *Effets genrés pour les couples non mariés en cas de séparation*

a. L’absence de protection alimentaire légale

172. Une des différences fondamentales avec les couples mariés est l’absence de protection alimentaire en cas de séparation. Les couples sous statut de cohabitation légale ou en union libre n’ont accès ni au secours alimentaire ni à la pension alimentaire entre époux-ses après divorce (*supra*, nos 103, 108, 114 et 119).

173. Il s’agit d’un effet genré dans la mesure où, ainsi qu’en témoignent les professionnel-le-s interrogé-e-s à ce sujet, toutes catégories professionnelles confondues, le dispositif de la protection alimentaire bénéficie encore actuellement dans une très large majorité aux femmes (au sujet de la protection alimentaire *cf.* point B de la Section 2 de ce Chapitre)⁴⁶⁴.

« Cela peut s’expliquer par le fait que les femmes sont souvent amenées à s’occuper davantage des enfants au quotidien de sorte qu’elles n’évoluent pas dans leur travail autant que le font leurs partenaires et qu’elles se trouvent donc plus souvent dans une situation économique plus faible. »⁴⁶⁵

« Et puis, économiquement parlant, à l’heure actuelle, il n’y a pas du tout d’égalité salariale, ça, c’est certain. [...] Les chiffres nous le disent et je le vois dans les dossiers, je le vois franchement. J’ai eu quelques dossiers où la femme était le conjoint fort et c’est très rare. »⁴⁶⁶

Tant les notaires que les avocat-es ou encore les magistrat-e-s interrogé-e-s confirment effectivement que, si la différence de revenus entre hommes et

⁴⁶⁴ Notamment : FENH3, NQNH5, FQNH1, FQMF2, FEAH16, FQMH1, FEAF1, FEMH3.

⁴⁶⁵ FQAHF6.

⁴⁶⁶ FEAF13.

femmes s'atténue, elle existe toujours et, le cas échéant, principalement en défaveur des femmes (*supra*, n^{os} 23 et s.). C'est l'un des éléments qui expliquent que les femmes – quand elles sont mariées – continuent d'être les principales bénéficiaires de la protection alimentaire.

«Honnêtement, ça ne m'est jamais arrivé de demander une pension alimentaire pour un homme, ce qui est quand même vachement représentatif du fait qu'il y a un gros gap entre les hommes et les femmes.»⁴⁶⁷

Ainsi, alors que la condition socio-économique des femmes non mariées n'est pas différente de celle des femmes mariées, les premières n'ont simplement pas accès à cette protection alimentaire légale en cas de séparation.

Si quelques avocat-e-s considèrent qu'il s'agit d'un choix assumé⁴⁶⁸, d'autres entendent parfois un désarroi, voire un profond sentiment d'injustice⁴⁶⁹ de la part des femmes qui auraient pu bénéficier de cette protection si elles avaient été mariées.

«Par contre, là où ça arrive souvent, c'est des femmes qui n'ont pas été mariées, mais qui se retrouvent dans une situation dans laquelle elles auraient droit à une pension alimentaire après divorce, à laquelle elles n'ont pas droit parce qu'ils ont été soit de simples cohabitants, soit des cohabitants légaux. Et là, il y a un fort sentiment d'injustice, énorme.»⁴⁷⁰

174. Certain-e-s avocat-e-s considèrent que l'absence de protection alimentaire pour les couples non mariés n'est pas adaptée⁴⁷¹ et que cette protection devrait pouvoir exister légalement, indépendamment du statut conjugal.

«Dit is iets waar verandering in dient te komen.»⁴⁷²

«Il me paraîtrait opportun d'à tout le moins, accorder une aide alimentaire à l'autre avec qui on a partagé sa vie (dans le cas d'une cohabitation de "couple"), avec un minimum d'années requis pour pouvoir l'obtenir (par exemple 2 ans) et avec une limite relative aux années de vie ensemble.»⁴⁷³

«De burger en onze cliënten zijn vaak verbaasd dat zij niet dezelfde bescherming genieten als gehuwden. Zij begrijpen vaak niet op grond van welke criteria een dergelijk onderscheid wordt gemaakt. Zij stellen dus vaak de wettelijke samenwoning gelijk aan

⁴⁶⁷ FEAF13.

⁴⁶⁸ FQAHF6, NQAH4, NEAH6.

⁴⁶⁹ FQAF1, FQAF2, FQAHF7, FQAF8, FQAF9, FQAF10, NQAF5.

⁴⁷⁰ FEAF13.

⁴⁷¹ NEAF1.

⁴⁷² NQAF1.

⁴⁷³ FQAF10.

een huwelijk. Aangezien velen vandaag kiezen voor een wettelijk samenwoning i.p.v. te huwen, zou men o.i. de rechten bij een relatiebreuk voor de wettelijke samenwoners na een x aantal jaren (duurzame wettelijke samenwoning) kunnen gelijkstellen met die van gehuwden, tenzij zij er bewust voor kiezen dit niet te willen.»⁴⁷⁴

175. En outre, l'absence de protection alimentaire légale n'a pas pour seule conséquence de priver les personnes non mariées (et majoritairement les femmes) de la possibilité de solliciter une pension alimentaire. L'enquête révèle aussi que, même dans les cas où une femme mariée renonce à cette protection alimentaire, sa consécration en droit permet de disposer d'une meilleure posture dans la négociation globale de la séparation.

Les professionnel-le-s interrogé-e-s (avocat-e-s ou notaires), évoquent ainsi à plusieurs reprises le fait qu'une renonciation à la pension alimentaire dans le chef d'une femme va faciliter les négociations éventuelles, permettre d'éviter des tensions (souvent concernant l'hébergement des enfants) ou même, parfois, se traduire par une compensation financière directe ou indirecte : l'obtention de contributions alimentaires plus importantes pour les enfants, l'occupation du logement sans payer d'indemnité d'occupation, une valeur un peu plus importante de la soulte dans le cadre du partage d'un bien⁴⁷⁵.

«En tout cas celles qui pourraient demander la pension alimentaire, elles y renoncent souvent, parce qu'elles pensent que ça peut avoir un impact, et elles veulent le négocier dans l'hébergement des enfants, dans la maison.»⁴⁷⁶

«Neuf fois sur dix, ils y renoncent, une fois sur dix, il y a un calcul des pensions. Neuf fois sur dix, ils y renoncent parce qu'ils tiennent compte de l'absence de pension dans le partage des biens et compensent sur l'immobilier. [...] “Je ne vais pas te demander de pension, j'espère juste que tu abandonnes les allocations familiales ou l'avantage fiscal, la prise en charge des enfants”, ou bien, “Je te fais payer un peu moins pour la soulte de la reprise de la maison.” Ils capitalisent là-dessus. Ils ont 36 mécanismes de rééquilibrage.»⁴⁷⁷

176. Lors des entretiens, certain-e-s professionnel-le-s évoquent l'existence de cette idée reçue – et erronée – parmi les couples non mariés, selon laquelle une séparation serait plus simple qu'en cas de mariage⁴⁷⁸.

Sur le plan procédural, on doit effectivement constater que l'absence de protection alimentaire évacue une partie importante de l'éventuel contentieux. En cas de séparation amiable, les notaires relèvent également que le processus de séparation, calqué sur la procédure de divorce, a l'air plus simple, à tout le moins

⁴⁷⁴ NQAF7. Pour la traduction : *infra*, Annexe 1, n° 433.

⁴⁷⁵ Voy. plus amplement à ce sujet le point B de la Section 2 de ce Chapitre 3.

⁴⁷⁶ FEAF6.

⁴⁷⁷ FENH8.

⁴⁷⁸ Notamment : NENF1, NQNF1.

pour les questions patrimoniales, du fait des habitudes de vie des couples non mariés qui ont peut-être plus tendance à séparer leurs comptes, leurs dépenses, et leurs économies⁴⁷⁹.

« C'est des questions de droit immobilier. Le compte en banque c'est moitié-moitié puis, il y en a plus. [...] Les enfants oui, souvent on fait des conventions, on les aide à faire une convention. »⁴⁸⁰

b. L'absence de protection patrimoniale

177. Par ailleurs, certain-e-s professionnel-le-s ont également évoqué l'idée que les femmes mariées sous le régime matrimonial de la communauté de biens (prévoyant un partage des économies faites ou des biens acquis durant la vie conjugale) bénéficient d'une protection patrimoniale indépendamment de la pension alimentaire⁴⁸¹.

Or, comme déjà évoqué, ce régime matrimonial de communauté n'est jamais accessible aux personnes non mariées. De plus, cette présentation ne cadre pas avec le système légal qui distingue nettement la protection alimentaire et la protection patrimoniale (*supra*, n^{os} 81 et 92).

Ce constat témoigne d'une deuxième différence fondamentale pour les couples non mariés, moins visible, parce qu'elle est censée être actée et comprise au moment de la déclaration de la cohabitation légale. Elle n'est donc pas une règle prévue en cas de séparation à proprement parler : il s'agit de l'impact du statut patrimonial des couples non mariés. Ces derniers n'ont jamais accès à la protection patrimoniale que représente le régime légal de la communauté des biens. En outre, contrairement aux couples mariés qui peuvent changer de régime matrimonial, les couples non mariés ne peuvent jamais opter pour un tel régime (*supra*, n^o 104).

178. Enfin, si en théorie les couples non mariés peuvent effectivement prévoir un régime patrimonial conventionnel avec une communautarisation de certains biens (une société limitée d'acquêts) par convention de cohabitation légale ou convention de vie commune, les professionnel-le-s interrogé-e-s indiquent que ce n'est pas une pratique connue⁴⁸².

Les notaires interrogé-e-s témoignent du fait qu'ils/elles n'ont quasi jamais été sollicité-e-s pour établir de telles conventions. L'absence de solidarité automatique (par le mécanisme de la communauté des biens) n'est donc, dans notre échantillon, jamais compensée par une solidarité conventionnelle parmi les couples non mariés.

⁴⁷⁹ Notamment : NEAH6, NENH2.

⁴⁸⁰ FENH1.

⁴⁸¹ Notamment : FEAF7, FEAFF11.

⁴⁸² Notamment : FQNH1, NQNF1, NQNH2, NQNH3, NQNH5, NQNF6, NQNH8, FENH1, FENH2, NENH2.

179. En fin de compte, alors que les chiffres témoignent de revenus inférieurs pour les femmes en couple (mariées ou non mariées) (*supra*, n° 29), celles qui se séparent de leur partenaire sans être passées par le mariage n'ont donc accès ni au droit à la protection alimentaire (ni à la compensation que peut parfois générer la renonciation à ce droit dans l'accord global de la séparation), ni à la protection patrimoniale que peut constituer un régime patrimonial communautariste (sur le modèle du régime matrimonial de la communauté des biens ou du régime de la séparation de biens avec participation aux acquêts ou avec une société limitée)⁴⁸³.

180. Certain·e·s considèrent que l'absence de protection alimentaire et patrimoniale en cohabitation légale correspond à la volonté de certains couples qui souhaitent éviter tout transfert de patrimoine en cas de séparation⁴⁸⁴.

«Je ziet wel heel vaak dat mensen bewust “gewoon samenwonen” en zelfs schrik hebben om wettelijk samen te wonen. En als ik hen uitleg “U staat samen in voor de kosten van het huishouden, voor de opvoeding van de kinderen”, dat dat voor sommige koppels al een brug te ver is. Zelfs de belastingaangifte samen indienen is voor sommige koppels al een brug te ver. Ik denk dat we gewoon in een maatschappij zitten dat er meer en meer op eigen houtje wordt gedaan. Dat mensen... Ja, ik mag het niet egoïstisch noemen. Maar dat ze zoveel ervaringen in de omgeving zien dat ze zeggen: “Dat hoeft voor ons niet. Het is goed.” En waar dat ze vooral willen aan werken is: “Als ik kom te sterven, mag mijn partner iets hebben. Maar als we uit elkaar gaan? Keep it simple”. [...] Het is die schrik voor het uit elkaar gaan en voor vorderingen van de ene op de ander.»⁴⁸⁵

6. Effets générés pour les couples non mariés en cas de prédécès d'un·e partenaire

181. L'absence de protection liée au prédécès d'un·e partenaire non marié·e est le caractère très limité (en cas de cohabitation légale) ou inexistant (en cas d'union libre) des droits successoraux pour le/la survivant·e.

182. Alors que les règles régissant la dévolution successorale sont formellement égalitaires (*supra*, n°s 121 et s.) car neutres sur le plan du genre, elles ont un effet de genre dans la mesure où elles visent une importante majorité de femmes. À la différence d'âge dans le couple (d'une moyenne de deux à trois ans de plus pour les hommes), s'ajoute une espérance de vie plus importante pour les femmes de sorte que le partenaire survivant⁴⁸⁶ est en réalité plus souvent *une survivante*. Or

⁴⁸³ Il a été précisé ci-dessus que cette protection communautariste pouvait être écartée dans la pratique, avec un effet généré, et aussi que cette protection, en soi, pouvait être jugée négative pour les femmes dans une perspective de genre (*supra*, n° 62).

⁴⁸⁴ Notamment : NQNH5, FENH4.

⁴⁸⁵ NENF3. Pour la traduction : *infra*, Annexe 1, n° 434.

⁴⁸⁶ Dans la loi, c'est le masculin neutre qui est utilisé : il est question du « conjoint survivant » ou du « cohabitant légal survivant ». Cf. n°s 121 et s.

contrairement au régime légal prévu pour les couples mariés, les personnes non mariées qui survivent à leur partenaire (essentiellement des femmes donc) ne bénéficient pas ou peu de droits successoraux : rien pour les personnes en union libre et uniquement un droit d'usufruit (précaire car révocable par testament) sur le logement familial pour les personnes en cohabitation légale.

183. Les professionnel-le-s consulté-e-s font état ici d'une véritable et très fréquente confusion dans l'esprit des cohabitant-e-s légaux/légales⁴⁸⁷. Comme relevé par une doctrine majoritaire (*supra*, n° 100), ces couples sont généralement convaincus de l'assimilation de leur statut à celui des couples mariés, y compris en cas de décès d'un-e partenaire, ce qui peut engendrer pour le/la survivant-e une situation de profonde détresse au moment de découvrir, à l'ouverture de la succession, que sa part dans la succession est très réduite.

Certains couples vont finalement opter pour le mariage pour cette seule protection successorale.

«Maar inderdaad, velen komen met de vraag naar de gevolgen van een wettelijke samenwoning en ze denken eigenlijk dat die gevolgen heel gelijkaardig zijn aan die van een huwelijk, terwijl daar partners veel meer erven van elkaar. Dus dat is dan meestal een teleurstelling voor hen en een reden om toch voor een huwelijk te kiezen. En dan zeggen ze vaak: "We zijn niet voor het feest en dergelijke, maar we zullen dan toch maar – zelfs zonder de familie te verwittigen – voor de wet trouwen zodat we die bescherming hebben." Maar dat is dan inderdaad de reden waarvoor ze ons dan hebben gecontacteerd. Want zo zijn er velen inderdaad, die gewoon willen wettelijk samenwonen, zonder te huwen.»⁴⁸⁸

184. Une professionnelle évoque la déception d'un cohabitant de fait, survivant, qui n'hérite de rien en l'absence de dispositions testamentaires.

«En daar was voor de feitelijk samenwonende niets op papier gezet en drie dagen na het overlijden van haar partner kwam de familie de volledige inboedel weghalen. Dat was een shock, ja.»⁴⁸⁹

185. Les professionnel-le-s interrogé-e-s considèrent qu'il existe des attentes légitimes dans le chef des couples non mariés à disposer de (plus de) droits successoraux (même réservataires) de façon automatique, de par la loi, à tout le moins en l'absence d'enfants⁴⁹⁰.

«Oui peut-être que l'on pourrait étendre les droits successoraux, donc la dévolution légale du cohabitant légal survivant. Étendre cela de non pas uniquement l'usufruit sur le logement et le mobilier, mais également des droits complémentaires, les mêmes

⁴⁸⁷ Notamment : FENH1, FENH8, NQNH2, NQNF6.

⁴⁸⁸ NENF5. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 435.

⁴⁸⁹ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 436.

⁴⁹⁰ Notamment : FENH3, FENH8.

que ceux d'un époux, je ne sais pas, en cas d'absence de descendance, parce que [...] dans un grand nombre de cas, le cohabitant légal testateur, futur défunt entre guillemets, n'a aucune envie que ça touche ses frères et sœurs ou ses parents. Et parfois il y a une confusion, ils pensent que comme ils sont cohabitants, le survivant a tout. Non, il n'a que l'usufruit sur l'appartement, c'est tout. Et donc là, peut-être qu'on pourrait envisager en cas d'absence de descendance, que ce soit un droit, réservataire. Pour le survivant, mais ça, ça pourrait être pas mal.»⁴⁹¹

186. Des notaires insistent néanmoins sur la simplicité et la liberté recherchées dans la cohabitation légale, y compris pour les droits successoraux. Il est ajouté que s'agissant de l'immeuble, ils/elles recommandent généralement, en tant que notaires, de prévoir un testament afin de s'octroyer le bien en pleine propriété en cas de prédécès.

«Ze willen vrijheid. Ze willen niet dat alles voor hen vastgelegd wordt. Dat is mijn gevoel. En als ik hen zeg: "Kijk, dat vruchtgebruik op de gezinswoning, willen jullie dat aanvullen?" Cliënteel dat ik hier zie is zich daar zeer van bewust dat ze daar iets moeten voor doen als ze samenwonen en iets aan elkaar willen geven. Ja. [...] Ik zou het heel spijtig vinden om het nog complexer te gaan maken. [...] Als ik het wettelijk samenwonen promoot, is het vooral voor het fiscale ook. Want meestal, als mensen hier een huis kopen en ze komen dat bespreken, dan houden we dat niet louter bij het vruchtgebruik op de gezinswoning, maar dan wordt dat volle eigendom van de gezinswoning, en heel vaak gaat alles naar elkaar. Zelfs bij jonge koppels [...] hè. Als het over erven gaat, dan mag de partner zo veel als mogelijk krijgen.»⁴⁹²

187. On peut noter que, là aussi, l'absence de protection patrimoniale durant la vie conjugale peut venir décupler les difficultés pour les femmes au moment du décès de leur partenaire.

Ainsi, la situation de la survivante qui aurait déjà connu un écart de revenus avec son partenaire ou aurait éprouvé une difficulté à constituer un capital – du fait de l'absence de communautarisation des économies ou des biens – est encore plus précarisée. L'absence de protection patrimoniale durant la vie conjugale (pas de communauté automatique ou conventionnelle à partager au moment du décès) vient aggraver le bilan de la survivante, parallèlement aux droits successoraux réduits ou inexistants.

Ces effets en cascade sur le plan patrimonial concernent un nombre croissant de femmes puisque les professionnel-le-s interrogé-e-s confirment les statistiques et témoignent du fait que nombreux sont les couples qui ne passent plus par le mariage⁴⁹³.

⁴⁹¹ FENH1.

⁴⁹² NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 437.

⁴⁹³ Notamment : FENH4, FEAF1, FEAF8. Il faut tout de même souligner qu'à l'heure actuelle et comme le constatent également les professionnel-le-s interrogé-e-s, de nombreux couples mettent fin à la cohabitation légale pour le mariage (*supra* n° 107).

7. Conclusion

188. Au terme de cette première partie de l'étude empirique sur les statuts et les choix, il est interpellant de constater qu'au motif d'un statut conjugal qui semble moins le résultat d'un véritable choix éclairé (en considération de ses effets juridiques) que d'une tendance de société (celle de ne plus se marier, celle de l'autonomie), les personnes non mariées, et en particulier les femmes, sont privées d'une série de leviers de protection patrimoniale au sens large du terme :

- la protection alimentaire légale (ou les leviers qu'elle offre éventuellement en cas de renonciation) ;
- la protection patrimoniale légale (régime de la communauté de biens ou autres mécanismes de partage du patrimoine) réservées aux personnes mariées ;
- la protection successorale (le fait de pouvoir hériter de son partenaire).

Ce constat est d'autant plus interpellant que, dans leur principe, ces différents mécanismes de protection furent historiquement conçus pour les femmes mariées (passées du statut de juridiquement incapables à celui d'économiquement faibles), à une époque où il était précisément inconcevable que la conjugalité s'inscrive sous un autre statut que celui du mariage.

Aujourd'hui, alors que le droit à la reconnaissance et à la protection de la vie familiale n'est plus tributaire du seul statut du mariage, le cadre juridique belge actuel persiste à réserver certains effets juridiques à cet engagement, et prive de nombreuses personnes qui forment famille, singulièrement les femmes, d'une protection d'ordre patrimonial considérable.

B. LE MARIAGE ET LE RÉGIME MATRIMONIAL SECONDAIRE

1. *Le succès du régime de la séparation de biens*

189. Selon les statistiques établies en 2020 par la Fédération des Notaires⁴⁹⁴ plus de 70 % des couples qui consultent un notaire en vue d'un mariage vont finalement signer un contrat de mariage par lequel ils optent pour le régime matrimonial de la séparation des biens. Les deux tiers (18 notaires sur 29) des notaires consulté-e-s confirment ces statistiques, mais on observe un écart important entre les notaires francophones d'une part, dont tous-tes (15 notaires sur 15) confirment ces statistiques, et les notaires néerlandophones d'autre part, dont les trois quarts (11 notaires sur 14) indiquent observer plutôt une préférence pour le régime de communauté de biens⁴⁹⁵. Ce faisant, la plupart des couples qui

⁴⁹⁴ Baromètre des familles 2020 de la Fédération des Notaires.

⁴⁹⁵ Les données de l'étude ne permettent pas à l'équipe de recherche de livrer une explication sur cette différence chez les notaires francophones et néerlandophones.

consultent un notaire écartent le régime légal belge de la communauté des biens qui s'appliquerait automatiquement à défaut de contrat de mariage⁴⁹⁶.

«Nu in de praktijk zie ik wel, de mensen die naar mij komen, ik denk dat 80 tot 90 procent van de huwelijkscontracten die wij nu tekenen toch een scheiding van goederen is. [...] Al dan niet met een beperkte gemeenschap. Maar het automatisme van de inkomsten die gemeenschappelijk zijn? De meeste jonge koppels willen dat niet meer.»⁴⁹⁷

190. Quelques notaires précisent par ailleurs que parmi ceux qui optent pour un régime séparatiste, on retrouve de nombreux cas, voire une majorité, de séparations de biens pures et simples⁴⁹⁸.

«Ici en étude, je n'ai pas fait de statistiques, mais je dirais qu'on tourne maintenant – ce qui n'était pas le cas il y a cinq ans – on tourne maintenant à deux tiers purs et simples, un tiers modalisé. Donc, un tiers avec soit une créance participation aux acquêts, soit juste une société d'acquêts, une coquille vide, et comme ça ils ont déjà un instrument.»⁴⁹⁹

2. Les idées préconçues des couples

191. Les notaires interrogé·e·s indiquent que le choix d'un couple pour la séparation de biens doit faire l'objet d'une confirmation écrite dans un acte authentique à l'issue d'une ou plusieurs consultations à l'occasion desquelles ils/elles dispensent leurs conseils (*infra*, n° 196).

Néanmoins les notaires observent que ce choix peut être motivé par d'autres éléments que leurs recommandations et que les décisions des couples sont parfois déjà prises ou très orientées avant même la première consultation avec un·e notaire. Ainsi des notaires observent que les couples auraient souvent une préférence déjà marquée pour le régime séparatiste avant même de les rencontrer, soit en raison d'idées préconçues, soit en raison d'antécédents⁵⁰⁰.

«C'est clair que dans 75 % des cas, ils ont déjà une idée préconçue de ce qu'ils veulent. [...] Il y a une empreinte sociale qui est beaucoup plus forte, une influence sociale et familiale qui est beaucoup plus forte que celle du notaire. Donc en fait, les gens viennent voir un notaire pour un contrat de mariage dans toute une série d'environnements. [...] Il y a deux types de personnes qui vont voir le notaire dans un contrat de mariage : soit des gens auxquels on a dit qu'il fallait faire une séparation de biens, etc., et l'autre moitié, c'est parce qu'il y a eu un vécu ou parce qu'il y a eu des dettes.»⁵⁰¹

⁴⁹⁶ Chapitre 2, *supra*, n° 81.

⁴⁹⁷ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 438.

⁴⁹⁸ Notamment : NENF1, NENF3, FENH4.

⁴⁹⁹ FENH1.

⁵⁰⁰ Notamment : NENF1, FENH1, FENH6.

⁵⁰¹ FENH3.

192. Différents profils types de couples préférant la séparation de biens sont ainsi évoqués. Un des éléments d'influence est l'environnement familial et social des futur-e-s époux-ses.

Il peut typiquement s'agir de cas de figure dans lesquels les futur-e-s époux-ses, ou l'un-e des deux, bénéficie(nt) ou pourrai(en)t bénéficier d'un patrimoine familial dont les parents voudraient éviter qu'il ne soit dilué par le mariage. Les parents ont alors généralement poussé leurs enfants à consulter un-e notaire (le/la notaire de famille), et suggéré (parfois même directement au/à la notaire) l'adoption d'un régime de séparation de biens.

« C'est mon père, il veut que je vienne faire un contrat de mariage ». Parfois, le père vient avec. Ça, j'ai déjà eu. »⁵⁰²

« Dans certaines familles, l'idée est de dire : "Voilà, on ne veut pas que notre patrimoine, de notre fils ou de notre fille parte dans l'autre famille". »⁵⁰³

Ce constat, comme le précédent (n° 191), va dans le sens de l'existence de biais familiaux et culturels mis en évidence en France par Mmes C. Bessière et S. Gollac (*supra*, n^{os} 55 et s.).

De la même façon, selon ces notaires, dès que l'on touche à des activités commerçantes, à la sphère des entreprises ou que l'un-e des époux-ses a un statut d'indépendant-e, il y aurait encore ce réflexe quant au fait que l'on protège mieux le/la conjoint-e des risques de dettes en régime de séparation de biens. Certains notaires interrogé-e-s admettent qu'il s'agit d'une idée préconçue.

« C'est qu'il y a une espèce d'idée préconçue qu'il faut protéger le patrimoine avec une séparation de biens. Or, aujourd'hui, le recours aux sociétés fait que finalement, la mise en responsabilité est quand même assez théorique. Donc des risques de faillite, globalement, c'est juste "bullshit". C'est comme une excuse, mais ce n'est pas vraiment une raison de recourir à une séparation de biens. Ça peut l'être occasionnellement, mais globalement, ce n'est pas ça la vraie raison. »⁵⁰⁴

« Ils viennent parfois avec des idées selon lesquelles ils pensent qu'ils sont de toute façon toujours tenus pour la dette de l'autre, ce qui n'est pas toujours le cas parce que si on est dans une société, c'est déjà différent. »⁵⁰⁵

193. Plus généralement, les notaires identifient effectivement que la préférence pour la séparation de biens serait plus prégnante qu'auparavant pour les générations actuelles en cas de premier mariage. Ils constatent que le choix d'un

⁵⁰² FENH11.

⁵⁰³ FENH3.

⁵⁰⁴ FENH3.

⁵⁰⁵ NENF1.

régime séparatiste est assez catégorique chez les personnes qui ont déjà connu les affres d'une séparation ou d'un divorce, mais observent aussi que, même en cas de premier mariage, il y a une tendance grandissante à choisir la séparation de biens plutôt que la communauté de biens⁵⁰⁶.

« C'est vrai que la séparation de biens revient un peu plus souvent pour les primo-mariages. »⁵⁰⁷

194. Selon les notaires, ce régime est préféré parce qu'il correspondrait mieux au mode de vie actuel des couples : ceux qui envisagent un mariage vivent déjà ensemble depuis un certain temps. De ce fait, ils ont déjà des habitudes quant à la gestion de leurs revenus ou de leurs biens. Et leurs habitudes seraient plus individualistes qu'auparavant, ce qui est confirmé par la doctrine, mais nuancé selon l'importance des revenus dans le couple (*supra*, n° 115). Le régime le plus en adéquation serait dès lors le régime séparatiste, puisqu'il permet à chacun-e de (continuer à) disposer de ses biens et revenus sans être contraint-e par une communauté de biens automatique.

« Maintenant, les gens fonctionnent en vivant d'abord ensemble et donc en fait dans leur quotidien, ils fonctionnent déjà comme des couples séparés de biens, soit qu'ils soient cohabitants de fait, soit qu'ils soient cohabitants légaux, ce qui est quand même plutôt apparenté à une séparation de biens. Et donc en fait, ils fonctionnent déjà comme ça, donc ça leur parle et ils n'ont pas forcément envie de changer leur fusil d'épaule. »⁵⁰⁸

« Nee, ze zeggen het inderdaad niet op die manier. Maar ze wijzen op het zelfbeschikkingsrecht, op de autonomie die zij willen blijven hebben over hun inkomsten. »⁵⁰⁹

« Ils viennent très souvent avec la volonté de rester autonomes. »⁵¹⁰

195. Interrogé quant au fait de savoir si les hommes et les femmes expriment des attentes différentes quant aux effets d'un régime matrimonial de séparation de biens ou de communauté, un notaire indique qu'il ne s'agit pas d'un intérêt lié au sexe du partenaire, mais simplement à la possession d'un patrimoine. Ce notaire précise en outre que, paradoxalement, ceux qui n'ont rien à partager ne seraient pas contrariés par un régime de communauté.

⁵⁰⁶ Notamment : FENH3, FENH6, FENH11.

⁵⁰⁷ FENH11.

⁵⁰⁸ FENF5.

⁵⁰⁹ NEFN3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 439.

⁵¹⁰ NEFN1.

« Vous avez par exemple des gens qui vont vous dire : “Oui, mais non. Mais moi, je vais hériter d’un immeuble à appartements de mes parents. Je n’ai pas du tout envie que les loyers tombent dans le pot commun. Donc, je ne veux pas d’une communauté.” Alors que vous n’allez avoir évidemment aucun souci à ce niveau-là chez des gens qui ne sont pas propriétaires ou qui ne vont pas hériter de ce genre de choses. Donc, il y a des attentes différentes, plutôt en fonction du patrimoine des familles, pas en raison des sexes. »⁵¹¹

3. *L’importance de l’avis des notaires : les besoins des couples, les risques et les contraintes liés au choix d’un régime matrimonial*

196. Concrètement, la façon dont se déroule un entretien chez le/la notaire en vue d’un mariage est généralement décrite comme suit : le couple est d’abord entendu par le/la notaire afin de lui permettre d’établir un profilage et d’identifier les attentes quant au régime matrimonial à choisir. Le/la notaire poursuit ensuite par un exposé théorique et pratique sur les différents régimes matrimoniaux et leurs effets. À l’issue de la réunion, les couples opèrent en principe un choix. La signature du contrat de mariage a généralement lieu au cours d’un second rendez-vous.

197. Si les notaires insistent sur le fait que le choix appartient aux couples, ils/elles sont également conscient-e-s de la complexité des informations partagées et de l’importance considérable de leur avis. Les notaires sont ainsi régulièrement invité-e-s par les couples à faire le choix d’un régime à leur place⁵¹².

« Mais c’est clair que ce qu’eux ils attendent... Ils disent : “Monsieur le Notaire qu’est-ce qu’on va prendre comme régime ?” C’est le notaire qui tranche *in fine*. On tranche en disant : “Voilà, vous avez trois possibilités”, mais en fonction de ce qu’on explique, on les aiguille indirectement, il faut être honnête, vers un type de régime. »⁵¹³

198. Ainsi les notaires commencent généralement par interroger les couples sur leur environnement et leur mode de vie. Cela va de la situation familiale personnelle de chacun des futur-e-s époux-ses à leur situation professionnelle respective, voire leurs ambitions professionnelles, mais également la façon dont ils/elles gèrent déjà leurs revenus, leur éventuel patrimoine, et leurs dépenses (existence de comptes communs ou séparés, dépenses de ménage, etc.).

Cette enquête informelle ou ce profilage est censé permettre au/à la notaire de déceler de façon objective à quel « camp » (séparatiste ou communautariste) les couples appartiennent déjà.

⁵¹¹ FENH11.

⁵¹² FENF5.

⁵¹³ FENH1.

«Je trouve que le premier critère de choix, c'est leur méthode de fonctionnement à eux, la manière dont ils fonctionnent au sein d'un couple. Vous avez des gens qui sont plus individualistes. Ça ne veut pas dire égoïstes, mais ça veut dire qu'ils sont plus autonomes l'un par rapport à l'autre. Et en règle générale, ils s'orientent vers des régimes de séparation de biens. Et puis, vous avez des gens qui sont plus mutualistes et qui se disent : "On se marie pour le meilleur et pour le pire, donc, tout ce qu'on va gagner, peu importe, s'il y a des différences..." Si madame gagne plus que monsieur, ou l'inverse... "On met tout dans un pot commun et on s'oriente vers un régime de communauté". Donc, ça dépend un peu. Le premier critère, c'est leur méthode de fonctionnement, très souvent, en interne.»⁵¹⁴

199. Ensuite, comme le leur incombe leur devoir de conseil (modifié par les lois récentes – *supra*, n° 87), les notaires donnent des explications générales sur le fonctionnement des deux grands régimes matrimoniaux : celui de la communauté et celui de la séparation de biens. C'est à cette occasion que sont développés divers arguments circonstanciés, avec des exemples concrets, sur la base desquels les couples sont censés se faire une idée du régime qui leur correspond le mieux.

C'est, entend-on chez plusieurs notaires, un exercice de vulgarisation du droit. Le discours des notaires contient des éléments théoriques mais également des éléments pratiques. Cela passe souvent par des mises en situation permettant aux futur-e-s époux-ses de se représenter concrètement certains effets desdits régimes matrimoniaux. Les notaires s'aident parfois également de schémas, sur papier ou sur écran, pour représenter les différents patrimoines, propres ou communs, dans chaque cas de figure.

200. Présenté comme un exposé objectif, cet argumentaire émaillé d'exemples circonstanciés est cependant assez fréquemment, de manière consciente ou non, plus favorable au régime de la séparation de biens.

Dans les deux prochains témoignages, les notaires expliquent qu'en régime de **communauté**, la contrainte réside dans le partage automatique des revenus : certes, ce que l'on reçoit par donation ou ce dont on hérite reste un bien propre et ne tombe pas en communauté mais les revenus de ces biens, par exemple les loyers d'un immeuble ou les intérêts d'un montant placé dans un portefeuille ou un livret d'épargne, devront en revanche être partagés.

«Ça prend vingt minutes, mais quand ils l'ont vu comme ça, il y a des flashes. "Si vous héritez de 100.000 de votre grand-mère, ils sont à vous. Mais les intérêts, non."»⁵¹⁵

«Ook heel vaak de schrik dat wat ze krijgen van de ouders of wat ze zullen erven, dat dat op één of andere manier toch gemeenschappelijk gaat worden. [...] Maar ik

⁵¹⁴ FENH8.

⁵¹⁵ FENH11.

kan uiteraard uitleggen: dat is niet automatisch zo, maar natuurlijk, als ze beginnen te vermengen? Ja, op den duur wordt dat één grote massa, en dat willen de koppels niet. Dus ook al is een erfenis en een schenking eigen; ja, dan nog willen ze dat [gemeenschapsstelsel] niet. En dat is iets dat heel vaak terugkomt. Het idee van: ik kan met mijn loon doen wat ik wil. [...] Ze zeggen uiteraard niet: "We willen een scheiding van goederen", want dat klinkt een beetje negatief. Dat is wel nog altijd zo: dat mensen dat [stelsel van scheiding van goederen] als iets negatiever ervaren, maar het merendeel van de koppels willen echt die autonomie over hun inkomsten. Ze willen niet dat die automatisch gemeenschappelijk worden.»⁵¹⁶

Dans le prochain exemple, la vertu du régime de **séparation de biens** est également de pouvoir acquérir un bien (une voiture, une moto, etc.) à soi, sans que ce bien soit automatiquement commun.

«En fin de compte, vous vivez comme vous vivez aujourd'hui". Comme ils sont cohabitants légaux, c'est la même chose. "Vous achetez ensemble ou pas ensemble ?" "Ah, j'aimerais bien m'acheter ma voiture sans madame." La voiture et la moto – souvent on me demande un exemple : "Ça veut dire que si j'achète une voiture, elle est à moi ?" – "Oui." – "Ah ça c'est bien !"»⁵¹⁷

Le régime de communauté est ici présenté comme contraignant en cas de prédécès du/de la conjoint-e car les enfants non communs pourraient retarder le déblocage des comptes communs. Indirectement, le message est à nouveau que le régime de séparation de biens est donc plus commode dans cette hypothèse.

«Si vous avez des enfants d'une union antérieure, et que vous êtes mariés sans contrat mariage et que tout est bloqué, il faut attendre l'accord des enfants pour que ce soit débloqué." Donc, je leur explique tout ça. Je vois ce qui est prioritaire chez eux, et donc, en fonction de ça, je leur conseille un contrat de séparation de biens ou plutôt de communauté, voilà.»⁵¹⁸

Dans les exemples suivants, il est implicitement rappelé que les avantages du régime de séparation de biens sont aussi de ne pas être rattrapé-e par les dettes du/de la conjoint-e ou encore de pouvoir contracter un crédit sans l'accord et la signature de l'autre.

«Mais le plus important, c'est pendant le mariage et en cas de divorce, et alors, je mets très clairement sur la table : "Voilà, par rapport à la situation active, tout ça, c'est très bien, mais ça reste toujours séparé dans une séparation de bien, et aussi au niveau des dettes évidemment." Et on voit très bien que tout le monde ne pense pas toujours à ça.»⁵¹⁹

⁵¹⁶ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 440.

⁵¹⁷ FENH11.

⁵¹⁸ FENF9.

⁵¹⁹ NENF1.

« Si vous voulez faire un crédit voiture en communauté, vous devez signer à deux, et est-ce que ça vous convient ou pas ? »⁵²⁰

Il ressort des entretiens que ce choix majoritaire des couples pour un régime séparatiste est peut-être plus orienté qu'il n'y paraît par le discours des notaires, voire est même parfois déterminé par ce discours. Reste présente également l'idée de ne pas modifier le mode de gestion des revenus et des biens déjà installé dans le couple (*supra*, n° 194).

Cette préférence explicite ou implicite, ou cette inclination des notaires en faveur du régime de la séparation de biens, est confirmée par certain-e-s notaires⁵²¹.

Une notaire témoigne ainsi de l'influence de leurs discours et des enjeux que le choix d'un régime de séparation de biens implique.

« Avant, je pense qu'on n'expliquait pas – et c'est un *mea culpa* qu'on doit faire dans le notariat – on n'expliquait sans doute pas suffisamment aux gens les effets pervers de la séparation de biens, les bons côtés du régime de communauté, qu'on orientait les gens de manière assez systématique vers les séparations de biens sans s'interroger vraiment. Et on a vu, nous, dans les dossiers de liquidation qui sont forcément arrivés dix ans, quinze ans, vingt ans après le mariage, ce à quoi ça pouvait mener et les déséquilibres que ça pouvait provoquer, et parfois, les injustices économiques que ça pouvait provoquer. Mais ce n'est pas du tout le nouveau régime de séparation de biens et ses mécanismes de correction qui a permis, qui permettra de corriger ça. Je crois que c'est une meilleure information, à la base, des gens qui vont se marier : sur les régimes qui s'offrent à eux, les différences entre les régimes et les caractéristiques de chacun. »⁵²²

201. Le régime légal de la communauté n'est pourtant pas un tabou. À l'occasion des entretiens, les notaires s'expriment à ce sujet de façon assez variable. Les considérations sont parfois très positives, mais contiennent même dans ce cas des réserves.

Ainsi de nombreux-ses notaires indiquent que c'est un régime qu'il leur arrive de recommander, mais l'on peut noter que cela semble se faire à condition que le couple (ou l'un-e des conjoint-e-s) ne dispose pas d'un patrimoine ou de revenus importants. Ce constat, déjà opéré sous l'angle du genre (*supra*, n° 192), est important quant au champ d'application des régimes en fonction de l'importance du patrimoine (escompté) : la séparation de biens serait plus souvent applicable aux patrimoines importants. Il faut mettre cela en rapport avec les constats sociologiques sur la gestion genrée respectivement de la fortune, de l'aisance et de la pauvreté (*supra*, n° 61).

⁵²⁰ FENF7.

⁵²¹ Notamment : FENF9, FENH4.

⁵²² FENH7.

«Des clients aux revenus pas spécialement élevés, dont aucun des deux n'a reçu ou ne recevra quoi que ce soit de ses parents, je trouve que c'est leur faire économiser 300 ou 400 euros pour un contrat qui est inutile. Je trouve que c'est un bon conseil de ne pas leur faire faire un contrat de mariage. [...] Et je dis : "Écoutez, non, le rendez-vous était gratuit, mariez-vous en communauté. Le régime par défaut est bien fait. Vous n'avez aucun enfant d'une union précédente, vous êtes tout à fait 'classiques', une communauté, c'est parfait. Si demain, un de vous deux se met comme indépendant et commence à ouvrir son restaurant, on en reparlera. Mais surtout pas faire un contrat pour modéliser la communauté, ça ne sert à rien, c'est de l'argent jeté." »⁵²³

«Et tout ça, simplement en vingt-cinq minutes, ils ont pour la plupart compris. Ce qui leur permet de dire : "Non, nous, nous irons plutôt en communauté, ça nous suffit. Il n'y a pas de patrimoine." »⁵²⁴

«On leur explique qu'on pourrait d'abord ne pas faire de contrat de mariage parce qu'après tout, on n'est pas obligé. Et que si on n'en fait pas un, on est marié sous le régime légal de la communauté [...] un régime qui est probablement le meilleur des régimes, justement parce qu'il y a une mutualisation permanente des revenus. Et donc une solidarité. On évite qu'en cas de décès, on trouve un patrimoine lourdement garni et l'autre beaucoup moins parce que tout est mutualisé. On évite, si un des deux souhaite s'en aller et laisser l'autre au bord du chemin, que celui ou celle qui a bien gagné sa vie parte avec son magot et laisse l'autre en plan et en difficulté. Donc tout ça, je leur explique toujours. Cela veut dire qu'on leur explique que le régime légal, quand on ne fait pas de contrat, est finalement un excellent régime. Et qu'en réalité, on oriente vers les régimes de séparation de biens lorsqu'il y a vraiment des impératifs. Par exemple, quelqu'un qui vous dit : "Moi, j'ai pas du tout envie que les appartements de mes parents dont je vais hériter un jour, les loyers tombent dans le pot commun, je ne veux pas de ça. Donc, je veux un régime de séparation." Ou bien : "Moi, je suis indépendant, j'ai un atelier ou une des pièces de moto et je dois acheter des pièces détachées ou des vêtements et donc je n'ai pas envie de prendre des risques, et donc je veux un régime de séparation des biens." Parfois, on a beau leur expliquer, [...] Mais donc les gens ont ces réflexes-là [...]. »⁵²⁵.

202. D'autres avis, nettement plus tranchés, sont très expressément défavorables, voire hostiles, au régime de la communauté de biens. Il s'agit alors de discours qui peuvent décourager le/la candidat-e à la protection que confère pourtant la communauté sur le plan patrimonial.

Évoquant un choix posé par des client-e-s pour de mauvaises raisons (éviter de payer le coût d'un acte authentique), un notaire met en avant l'hypothétique risque de faillite et de dettes d'un-e conjoint-e à charge de la communauté.

«Voilà. Ils se marient sans faire de contrat, estimant que ça coûte trop cher de faire un contrat de mariage. Et la plupart du temps, c'est comme ça que ça se passe. [...]

⁵²³ FENH1.

⁵²⁴ FENH11.

⁵²⁵ FENH8.

Et c'est bien malheureux, parce qu'ils se retrouvent dans un régime de communauté qui ne leur convient surtout pas. Parce que souvent, quand ils sont déjà un peu *light* au niveau financier, il y en a toujours un des deux qui peut trébucher. Le jour où l'un peut trébucher en communauté, et bien, il fait trébucher l'autre. Ce qui est complètement idiot. Mais on a encore une loi qui a un régime de communauté dans sa base.»⁵²⁶

Parfois, ce n'est pas l'argument du risque que le/la notaire mobilise, mais l'argument par l'exemple, avec une rhétorique dramatisante, en évoquant une situation réelle tirée d'un autre dossier :

« Une fois j'ai conseillé une communauté, parce que là, ça me paraissait vraiment une situation type dans laquelle il fallait protéger l'épouse par un régime de communauté. Le futur mari était un type intelligent, entreprenant, mais il était, à cette époque-là, cadre de société, il gagnait bien sa vie et la jeune fille n'avait pas du tout envie de travailler. Donc je leur ai dit : "Écoutez dans votre situation, ça me paraîtrait quand même assez normal que vous preniez un régime de communauté : tu vas prendre un pas dans les affaires de cadre de société, tu ne prends pas de risques professionnels directs, et toi, puisque tu n'as pas envie de travailler, il est normal que tu participes au bénéfice du mari." Ils ont pris une communauté. Et bien, un an ou deux ans après, ça avait complètement changé. Le type en avait marre de sa société, il avait claqué la porte, il s'était mis comme indépendant et il avait fait de mauvaises affaires, il était en faillite. Elle au contraire, elle avait continué son petit job de secrétaire, et comme elle était intelligente, elle était montée en grade, et elle avait une assez belle situation, qu'elle a gardée. Et donc elle était en train de payer les dettes de son mari à cause de son régime de communauté. Je me suis dit : "Mon Dieu, Seigneur, c'est vraiment la catastrophe !" »⁵²⁷

Le registre des risques est aussi fréquemment déplacé sur la tête du détenteur du patrimoine qui serait visé par la **communauté**, et qui serait effrayé par le partage qu'elle implique :

« Parce que, il y a quand même un point qui fait peur : au niveau des entrepreneurs, le régime de la participation finale aux acquêts, ou le régime de communauté, fait très peur pour un point suivant, qui est toujours le même. Imaginons un homme qui lance une *start-up* et maintenant, il est en régime de communauté. Toutes les parts, sont à lui, il a le droit de vote, il a tout. Et au bout de sept-huit ans, il se sépare. Il a une *start-up* qui a une très grosse valorisation financière, mais qui n'a pas la moindre liquidité. Ok. Il se sépare ; il doit la moitié de la valeur de sa boîte à l'autre... Et objectivement... »⁵²⁸

⁵²⁶ FENH2.

⁵²⁷ FENH10.

⁵²⁸ FENH6.

Dans cet extrait, on lit que le seul risque visé est la mise en péril de l'activité professionnelle de l'époux, à l'exclusion du risque existant pour l'épouse de ne pas pouvoir se constituer un capital dans la configuration de la vie conjugale. Ce discours est susceptible de décourager de choisir la communauté, celui des époux-ses qui se trouve pourtant *a priori* en position de force sur le plan économique, et qui pourrait en assumer les conséquences patrimoniales. On rappellera le constat opéré en France du phénomène des « comptabilités inversées » dans les pratiques de partage familial, où les liquidités servent à ne pas mettre en péril les biens dits « structurants » (*supra*, n° 60).

203. À l'inverse, quand il s'agit d'évoquer le régime **séparatiste**, on retrouve moins dans le discours des notaires cet éventail de risques ou d'antécédents problématiques. Les notaires en reconnaissent et en énoncent plus aisément les vertus : la flexibilité en cas de besoin urgent de planification, l'autonomie des parties quant à leurs revenus, leurs biens, leurs économies, c'est-à-dire la possibilité de les conserver en propre et éviter l'écueil en cas de séparation⁵²⁹. Il y a cette idée de la facilité qui revient, et qui concerne tant les couples et leurs besoins que l'intervention du/de la notaire.

« Pour moi, le régime de base, légal, devrait être un régime de séparation de biens, parce que c'est le plus simple à comprendre. Et que la communauté soit volontaire, parce que c'est quelque chose qui a un impact quand même assez important sur le patrimoine des gens. Et que le rendez-vous avant un mariage soit obligatoire chez un notaire. »⁵³⁰

« Et pour eux, séparation des biens rime avec facilité. [...] Et je dis souvent : "si vous me voyez dans dix ans, dans quinze ans, vous choisirez un autre type de contrat de mariage". Je dis : "ça peut évoluer, et donc faites-le en fonction de vos besoins actuels". »⁵³¹

« On doit se rendre compte qu'on n'est plus dans un monde belgo-belge, on est dans un monde transfrontalier international. [...] C'est vrai que je fais des régimes de séparation de biens, entre guillemets, « internationaux », c'est-à-dire les plus purs possibles – c'est mon impression –, c'est-à-dire pour qu'ils puissent le plus facilement être mis en œuvre dans un pays de *common law*. »⁵³²

204. Il semble donc que, malgré l'expression de l'importance d'une approche aussi neutre ou objective que possible, un discours présent chez les notaires, tend à ranger les deux régimes dans des catégories assez distinctes : le régime

⁵²⁹ Notamment : FENF9.

⁵³⁰ FENH11.

⁵³¹ FENH6.

⁵³² FENH4.

de la communauté y est associé à la contrainte et au risque, tandis que celui de la séparation est associé à la liberté, l'autonomie, la flexibilité.

4. Une lecture économique qui invisibilise les enjeux de genre

205. Il ressort du discours des notaires que leur lecture est résolument économique. Le partage qu'implique le régime communautariste est très souvent abordé sous l'angle de la contrainte vis-à-vis du de la détenteur/trice du capital, du patrimoine ou des revenus les plus importants et non pas pour l'avantage ou la protection qu'il pourrait conférer au/à la conjoint-e économiquement faible.

De la même façon, il apparaît que la séparation de biens est un mécanisme quasi systématiquement présenté sous l'angle de la liberté qu'elle constitue pour le/la détenteur/trice du capital ou des revenus sans – semble-t-il – insister sur la dépendance économique, le risque ou l'absence de protection qu'elle engendrerait pour celui/celle des conjoint-e-s qui a les revenus les plus faibles ou n'a pas de revenus.

206. Ce constat opéré, l'on peut peut-être s'interroger sur la pratique ou la méthode consistant d'abord à identifier les besoins des couples (mode de fonctionnement, impératifs familiaux, patrimoine, potentiel professionnel) pour déterminer ensuite le régime matrimonial adéquat.

Y a-t-il un point de bascule consistant pour les notaires à se saisir d'éléments qui vont systématiquement actionner et légitimer un modèle séparatiste ?

Dans le cadre de l'étude, on a pu entendre beaucoup d'éléments qui justifient que l'on adopte un régime séparatiste : le statut d'indépendant, les enfants d'un précédent ménage, la situation professionnelle ou encore une importante différence de revenus (à cet égard, un exemple donné est celui d'un joueur de foot professionnel et d'une femme au foyer)⁵³³.

Dans le conseil professionnel, l'accent nous semble très souvent mis sur les revenus et sur l'autonomie de gestion, sachant que la plupart des couples s'installent actuellement dans un mode de gestion plus autonome. Cette pratique a déjà été relevée et pourrait contribuer à accentuer l'écart patrimonial entre hommes et femmes en couple (*supra*, n° 194).

207. Dans cette réflexion, le **genre** est un sujet délicat. Les questions qui visent à savoir s'il existe des tendances différentes ou des préoccupations selon le sexe des époux-ses donnent lieu à des réponses variées de la part des notaires.

Un notaire affirme ainsi ne pas vouloir faire du genre un critère susceptible d'orienter ses conseils concernant le régime matrimonial, tout en évoquant un exemple de couple (semble-t-il ordinaire) dans lequel monsieur aurait des revenus supérieurs à ceux de madame et à qui il recommande alors de construire

⁵³³ NQNF1, NQNF8.

leur solidarité dans leur quotidien (et non nécessairement via un contrat de mariage) ou de ne pas se marier.

« En fait le genre, ce n'est pas quelque chose que je regarde. Donc, j'essaie vraiment de prendre un peu de hauteur par rapport à ça. C'est-à-dire, je m'en fous que ce soit une femme ou un homme. Ce n'est pas quelque chose qui est important pour moi, le genre de la personne. C'est juste la situation de la personne en tant qu'être humain. Homme-femme, je ne vais pas adapter mon discours dans un contrat de mariage. Je vais juste leur expliquer une chose qui est importante. J'explique effectivement que s'il y a une différence de revenus importante, la loi impose la participation aux charges du ménage en fonction de ses facultés. Ça, c'est quelque chose que j'explique clairement, surtout quand je lis le contrat de mariage : "si, monsieur, vous gagnez plus que madame, vous payez plus, et si, monsieur, vous payez 100 % du crédit hypothécaire de la maison, parce que la vie a fait que madame travaille moins, vous ne pouvez pas dire à la sortie. 'La maison est à moi'. Ça ne marchera pas, ce n'est pas correct. Et si vous sous-participez aux charges du ménage, vous aurez quand même des ennuis, parce que c'est un thème qui revient de manière récurrente maintenant dans les partages judiciaires." Et je leur explique également qu'une solidarité doit se construire dans le couple. "Et si elle n'est qu'une solidarité d'un texte dans un contrat de mariage, vous n'allez penser qu'à ça. Ne vous mariez pas [alors], parce que le mur, vous allez vous le prendre." »⁵³⁴

Un autre notaire est plus direct quant au lien qu'il observe entre le genre, masculin ou féminin, et la préférence d'un régime matrimonial, séparatiste ou communautariste.

« Naar mijn ervaring hebben de mannelijke kandidaat-trouwers vaak eerder een voorkeur voor het stelsel van scheiding van goederen, terwijl vrouwelijke kandidaat-trouwers, zeker na de uitleg over de "ingebakken" solidariteit die eigen is aan dit stelsel, eerder gewonnen zijn voor een wettelijk gemeenschapsstelsel. »⁵³⁵

D'autres encore abordent directement la question du déséquilibre économique qui se crée ou s'accroît en couple au détriment des femmes et, dès lors, de l'inégalité potentielle envers les femmes du régime de la séparation de biens. Ils/elles admettent toutefois que c'est un sujet sensible avec les couples, d'autant plus pour une future épouse qui s'inquiéterait de son sort à long terme.

« J'essaie d'éviter que l'épouse ou l'époux – mais c'est souvent l'épouse –, il ne faut pas se voiler la face, soit obligée de devoir mettre ça sur la table, la future épouse je veux dire. Pourquoi je dis que c'est souvent l'épouse ? Parce que, à part certains cas exotiques qu'on relate dans la presse, c'est encore 90 % des femmes qui passent en mi-temps ou en quatre cinquièmes pour s'occuper des enfants. [...] Ils ne le savent

⁵³⁴ FENH11.

⁵³⁵ NQNH5. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 441.

pas, mais moi je le vois au quotidien. Et donc, ce n'est pas à la future épouse de devoir passer pour une méchante matérialiste qui veut se protéger. Donc c'est moi qui dis : "Attention, la séparation de biens à l'ancienne comme nos parents l'avaient, c'est vraiment très très délicat, parce que si dans quinze ans vous vous séparez, celui de vous deux qui n'a pas pu progresser dans sa carrière parce qu'il s'est occupé des moutards, il l'a dans l'os !" C'est souvent *elle* et pas *il*, mais je l'explique de manière non genrée pour vivre avec mon temps. Mais c'est quand même toujours ça, ce modèle.»⁵³⁶.

«De situatie dat de vrouw meer verdient dan de man, komt veel minder voor. Ik heb wel vrouwelijke artsen waarvan dat de man leerkracht is. [...] Ik moet opletten met hoe dat ik het benoem, maar ja, de vrouw wordt toch wat meer in het hoekje geduwd als zwakker en "we moeten haar gaan beschermen".»⁵³⁷

208. Il semble ainsi qu'il n'est pas toujours évident d'aborder la question de l'inégalité potentielle liée au genre avec les couples, parce que le/la candidat-e à une meilleure protection sur le plan patrimonial n'ose peut-être pas ouvrir ou orienter la discussion en ce sens, ou parce que les futur-e-s époux-ses, à la veille de leur mariage, ne sont simplement pas en mesure (ou n'ont pas envie) d'imaginer qu'une inéquité s'installera et qu'il faut l'anticiper en cas de séparation. La doctrine est largement développée en ce sens sur les multiples facteurs qui déterminent le choix ou la négociation avant la signature du contrat (*supra*, n° 87).

Néanmoins, et bien qu'ils/elles soient conscient-e-s de cette réalité pour les femmes, les notaires ne semblent pas toujours enclin-e-s à considérer que le régime de la communauté soit une réponse appropriée.

Il ressort de certains entretiens que l'argument du besoin de solidarité ne justifie pas que l'on fasse une croix sur les vertus d'un régime séparatiste.

Un certain doute est perceptible chez le/la professionnel-le qui sait que son discours d'hypothèses au futur, dans le contexte actuel où les jeunes marié-e-s sont souvent à égalité économique, ne les convaincra pas de renoncer à la séparation de biens.

«Il y a un autre élément qui est délicat et qui est peut-être encore plus pervers qu'avant. Avant, on savait qu'il y avait un décalage, et qu'il y en a un qui allait travailler, et pas l'autre. Souvent. [...] Ce n'est pas pour ça que c'était mieux, dans le sens où il n'y avait rien qui était prévu, mais au moins, c'était connu. Aujourd'hui, le problème, c'est que généralement, dans la plupart des cas, les deux vont travailler. Globalement et au début, de la même façon. Et puis finalement pas, parce que les circonstances de la vie, peut-être pas chaque fois, on ne va pas noircir le tableau, mais il y a quand même beaucoup de circonstances qui vont faire que l'un des deux va

⁵³⁶ FENH1.

⁵³⁷ NENF3.

prendre un mi-temps ou un des deux va peut-être faire une pause, pas toujours pour des circonstances difficiles non, ça peut être par choix à un moment donné. Et donc le problème, c'est qu'une fois que le couple a mis en place des choses, s'il y a un mode de fonctionnement séparatiste et qu'un des deux, par un choix familial sur lequel on n'a pas vraiment discuté... de savoir "Oui, oui, mais qu'est-ce qu'on souhaite de nos économies, etc. ?"... Finalement, un des deux gagne moins ou gagne plus, parce que tout ce qu'il met de côté ne va pas dans le ménage, mais on se retrouve avec la même situation où il n'y a pas de système de protection. Et donc, c'est toujours difficile, parce que quand on rencontre un couple, à ce moment-là en tant que notaire, on peut leur dire : "Si ça arrive, sachez que, etc.", mais je pense que dans cette situation, au moment du contrat de mariage, la solution magique, elle est compliquée. Il n'y a pas de régime [idéale]...»⁵³⁸

209. On rencontre toutefois des notaires qui disent essayer, lors du choix d'une séparation de biens, de rencontrer ce besoin de solidarité. Ils avancent des arguments favorables à la communauté, mais ils les présentent comme compléments à un régime matrimonial de séparation de biens.

Une méthode est d'aborder la question de la solidarité par un autre angle de temporalité que celui du choix initial du régime matrimonial séparatiste ou communautariste, en insistant sur la nécessité d'installer pendant le régime un **mode de fonctionnement communautaire**. Il a été plusieurs fois entendu en entretien que la solidarité ne découle pas que du choix d'un régime matrimonial ou des clauses d'un contrat, mais qu'il faut mettre une solidarité en place au quotidien⁵³⁹.

«Ce n'est globalement qu'au moment d'une séparation où l'on va comprendre la différence, la grande différence d'attente de l'homme et de la femme. [...] Et donc, au moment du contrat de mariage, le rôle actif du notaire et du contrat, c'est évidemment de veiller à pallier à ce que les parties ne peuvent pas imaginer. [...] Et donc, un des conseils, par exemple, que moi je donne [...] c'est de dire : "Si vous optez pour une séparation de biens, faites plus de choses en commun." Et parce que c'est la meilleure façon de compenser ce mécanisme d'inéquité du régime de séparation de biens, du fait qu'il n'y a pas de solidarité. Et donc je leur explique : "Ce que vous allez mettre en place, vous n'allez pas le changer par la suite. C'est-à-dire que s'il arrive un événement qui fait que, par exemple, vous avez des triplés, qu'il y en a un qui doit arrêter de travailler, ou s'il y en a un qui tombe sous la mutuelle, ou si vous avez un enfant avec un problème de santé important, alors, si vous avez mis en place un système où vous payez chacun de votre côté, vous ne mélangez rien, et bien ce système va continuer comme ça. Et vous allez en avoir un qui va dépendre de l'autre." Comme on l'a connu à l'époque de nos parents, de nos grands-parents, où monsieur versait tous les mois 20.000 francs belges ou autre chose à madame.»⁵⁴⁰

⁵³⁸ FENH3.

⁵³⁹ Notamment : FENH2, FENH11.

⁵⁴⁰ FENH3.

210. À ce propos, certain-e-s notaires sont conscient-e-s des limites de leurs conseils lorsqu'ils/elles enjoignent les couples à apporter eux-mêmes l'équilibre que ne pourrait pas leur apporter un régime séparatiste⁵⁴¹. Ce discours rejoint celui sur la responsabilité des femmes dans leur émancipation économique (*supra*, n° 62). Il peut être interprété comme un transfert de mission de l'expert-e vers celle qui pourrait subir un mécanisme qui l'accable sur le plan patrimonial.

« Et il y a un truc que je dis et qu'un de mes prédécesseurs, chez qui j'ai travaillé, disait aussi aux gens, c'est : "OK, vous choisissez un régime qui est très séparatiste, à vous d'y apporter des doses d'équilibre et vraiment, ne vous laissez pas faire". Donc je le leur dis, mais encore une fois, est-ce qu'ils le font dans leur quotidien ? Je n'en sais rien, mais moi je leur dis : "Vous devez discuter d'argent. Si vous avez le sentiment à un moment donné que ce n'est pas équilibré, c'est à vous d'avoir le courage d'en parler. Parce que si vous vous laissez glisser comme ça et que trente ans, après..." Oui, c'est vrai aussi qu'elles laissent monsieur s'enrichir, qu'elles ne s'occupent de rien, qu'elles ont de l'argent de poche qui arrive. Elles sont un peu responsables aussi de ça parce qu'elles se sont laissées couler, elles ne travaillaient pas, elles avaient de l'argent de poche, et puis finalement, soit elles veulent partir, soit monsieur part et elles se retrouvent sans rien. Elles ne savent pas gérer des choses parce qu'elles n'ont pas appris à le faire. Et là, on a envie de leur dire : "Mais vous avez accepté cette situation pendant trente ans, qui s'est constituée, et là maintenant, vous en payez les pots cassés." C'est triste et j'en suis vraiment désolée. Moi j'essaie, quand je rencontre des plus jeunes, de passer le message : que c'est aussi leur responsabilité à eux et à elles de ne pas laisser les choses glisser comme ça. »⁵⁴²

211. Une autre stratégie notariale pour pallier les conséquences néfastes de la séparation de biens consiste à ajouter au régime séparatiste un **patrimoine adjoint** de façon à créer, même artificiellement parfois, un potentiel de solidarité. On a rencontré ci-dessus cette technique de la « coquille vide » (*supra*, n° 190). Elle est critiquable si l'alimentation de celle-ci est tributaire de la seule volonté d'un.e des partenaires (décision d'acheter un bien ensemble, p. ex. – *supra*, n° 86). Cela donne une illusion de protection.

« Et quand on sent qu'il y a un peu d'hésitation, on leur fait une séparation de biens avec une société accessoire qui est vide, dans laquelle ils pourront mettre ce qu'ils veulent, notamment un immeuble et se l'attribuer dans le cadre de l'attribution de de la communauté. »⁵⁴³

« Want meestal maak ik wel – eventjes nuanceren – een contract van scheiding van goederen. Een pure scheiding van goederen gebeurt niet zo vaak. Het is heel vaak met een beperkte gemeenschap. En wat steek ik daar dan in? Inboedel, de rekeningen en investeringen op beider namen. Eventueel vastgoed, dat ze toch in de toekomst

⁵⁴¹ Notamment : FENF9.

⁵⁴² FENF5.

⁵⁴³ FENH11.

zouden willen kopen, op de twee namen. Dat idee betreffende de inkomsten, dat ze zelf elke maand kunnen beslissen (of één keer per jaar): "wat plaatsen we op een gemeenschappelijke rekening?". Daar voelen heel veel jonge koppels zich beter bij.»⁵⁴⁴

«Et donc parfois, il y a séparation pure et simple, je veux dire minimum, j'arrive à leur arracher de faire une société d'acquêts, quitte à ce qu'elle soit vide. Au moins, ça responsabilise déjà l'épouse ou l'époux, mais c'est souvent l'époux, qui risque de faire carrière au détriment de l'autre qui s'occupera des enfants et des ménages, qui doit remplir l'enveloppe vide.»⁵⁴⁵

212. Différent au fond mais de stratégie similaire est le conseil d'une **clause de dispense de comptes entre époux-ses** (appelée « clause de présomption de règlement de comptes entre époux »), permettant d'éviter qu'en cas de séparation, l'époux-se, qui a investi seul-e dans un bien au nom des deux, vienne demander le remboursement à celui/celle qui n'aurait pas contribué (sur la base de l'enrichissement injustifié, voy. Chapitre 2, Section 3, n° 93). Le fait d'acquérir un bien au nom des deux époux-ses ne créerait ainsi pas d'apparence de solidarité pouvant se vider par des décomptes et restitutions intenables en cas de séparation. Le danger vient ici de la jurisprudence qui a pu considérer de telles clauses seulement réfragables, permettant donc qu'on fasse quand même des comptes malgré l'adoption de la clause dans le contrat de mariage.⁵⁴⁶

«Lorsqu'il est question de faire un choix de régime matrimonial et qu'il y a une hésitation par rapport à un régime de communauté ou un régime de séparation, et bien si on envisage l'hypothèse de la séparation de biens, parce qu'il y a peut-être une certaine demande à ce niveau-là, [...] j'ai dans mon modèle de base, si j'ose dire, du régime de séparation de biens, des clauses de présomption de règlement de comptes entre époux, à l'occasion d'acquisitions communes, qui permettent effectivement – lorsque l'on souhaite faire une acquisition commune qui n'est pas l'acquisition de la résidence principale, mais une acquisition investissement – de pouvoir faire des investissements inégaux. Donc, une partie finance l'acquisition de l'autre. Cela à titre d'accord matrimonial. Et [donc] ça, je crois que c'est un instrument qui permet [...] l'aspect, entre guillemets, égalité, et ce n'est peut-être pas égalité, [mais] en tout cas chacun est titulaire de ce droit et peut s'affirmer comme exerçant ses droits.»⁵⁴⁷

213. Un notaire ose exposer aux époux-ses que si l'un-e des partenaires ne joue pas le jeu de la solidarité volontaire sur fond séparatiste, l'autre doit prendre ses responsabilités, quitte à le quitter. Ce dernier argument a été dénoncé par la doctrine comme portant atteinte au respect de la vie familiale, un droit fondamental (*supra*, n° 87).

⁵⁴⁴ Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 442.

⁵⁴⁵ FENH1.

⁵⁴⁶ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 491, n° 377.

⁵⁴⁷ FENH8.

«C'est ce que moi je dis aux personnes qui me consultent : "Ce n'est pas le contrat qui va dicter la manière dont vous devez vivre. Le contrat est là simplement pour donner les règles. Mais si vous voyez que votre conjoint ne partage plus et n'est plus dans une phase de mise en commun ou de protection vis-à-vis de l'un ou de l'autre, divorcez !"»⁵⁴⁸

5. Conclusion

214. En conclusion, s'il n'y a pas d'intention des notaires de favoriser ou défavoriser l'un ou l'autre sexe, l'enquête révèle effectivement que la grille de lecture économique souvent adoptée par les notaires intervient comme un puissant facteur d'invisibilisation des enjeux de genre touchant au choix conventionnel d'un régime matrimonial. Consistant à se préoccuper plus de la protection du patrimoine (existant ou potentiel) que d'assurer l'équilibre patrimonial dans le couple, il apparaît que cette grille de lecture économique amène les notaires à mobiliser des dispositifs juridiques plus favorables au/à la détenteur/trice (même potentiel·le) du patrimoine (souvent l'homme) qu'à celui/celle qui est ou sera le/la plus faible économiquement (souvent la femme).

C. LA CRÉANCE DE PARTICIPATION AUX ACQUÊTS

1. Le principe

215. Les notaires interrogé·e·s témoignent d'une résistance au mécanisme de la créance de participation aux acquêts tel qu'inséré dans la loi par la réforme de 2018 (*supra*, n° 86). Ce dispositif contractuel, visant à rendre plus solidaire le régime matrimonial de la séparation de biens pure et simple, ne peut être adopté que par contrat de mariage, et donc, uniquement en passant devant un·e notaire. Ce mécanisme prévoit un partage des accroissements de richesse intervenus durant la vie conjugale au moyen d'un décompte qui n'est effectué qu'à la fin du mariage (par la séparation ou le décès). Le régime matrimonial séparatiste est en quelque sorte « communautarisé » au moment où il prend fin.

Tant les questionnaires écrits que les entretiens laissent entendre que les notaires ont de multiples objections quant à la mise en œuvre de ce dispositif et ce, malgré le fait qu'il soit parfois (très) bien considéré dans son principe.

Ce faisant, la portée générée du mécanisme – c'est-à-dire une protection des épouses plus que des époux – a directement été évoquée par certain·e·s notaires.

«Pour moi c'est le plus beau contrat quand on l'explique. Ça a l'air tellement magnifique, et en faveur de l'égalité, ça évite qu'un des époux, ou l'épouse souvent,

⁵⁴⁸ FENH2.

soit dans une précarité en cas de séparation, etc., donc c'est magnifique. Mais la mise en pratique... et la jurisprudence font encore un peu défaut à ce que j'ai vu. Et la mise en pratique, je trouve que ce n'est quand même pas si évident que cela.»⁵⁴⁹

«Het is de clausule waarin dat u bepaalt op het moment van overlijden of echtscheiding, dat er automatisch omtrent het verschil in inkomsten een verdeling zal zijn. Om de vrouw die thuis is te beschermen, die dus weinig inkomsten heeft.»⁵⁵⁰

2. Les objections

216. En tout état de cause, l'ensemble des 29 notaires interrogé-e-s affirment sans détour qu'en pratique, la clause de participation aux acquêts est (trop) compliquée. Pour cette raison, à deux exceptions près⁵⁵¹, ils/elles déclarent ne pas y être favorables et ne la recommandent donc généralement pas aux futur-e-s époux-ses. Les objections sont de divers ordres.

217. L'idée de la **charge** que représente la mise en œuvre du mécanisme pour les futur-e-s époux-ses est récurrente. Plusieurs difficultés sont pointées, s'agissant de faire comprendre aux couples ce qu'implique le régime de la participation aux acquêts, en termes de gestion quotidienne, mais également en termes de réunion et de conservation des preuves quant aux acquêts constitués pendant le mariage.

«Mais moi, je suis un praticien. Donc, il faut aussi expliquer aux couples ce que ça demande pour pouvoir réaliser une participation aux acquêts lorsqu'il y a dissolution du mariage. Ça nécessite, dès le début, qu'on garde une comptabilité de tout ce qu'on fait pendant le mariage parce que la participation aux acquêts, c'est faire le calcul à la fin du mariage, pas au début. Et donc il faut bien retenir quels étaient les revenus, enfin, les avoirs de l'un et de l'autre; qu'est-ce qu'on achète en cours de mariage et qu'est-ce qu'on réalise comme acquêts annuellement ou mensuellement si on veut. Donc ce n'est pas si évident que ça. Ça nécessite vraiment une gestion financière de ses avoirs qu'il faut garder et prouver au jour du mariage. Pour dire : «Voilà, ça, c'est finalement les acquêts». Je le fais le contrat de mariage de participation aux acquêts, s'ils veulent vraiment, mais [...]»⁵⁵²

«C'est extrêmement compliqué, les parties comprennent difficilement, l'administration fiscale n'aime pas, j'impose de toute façon un inventaire.»⁵⁵³

«Want het is voor ons eigenlijk wel complex. [...] En ik geef dat dan ook wel mee. Ik vind het moeilijk hoe we in de praktijk die verrekening gaan doen. [...] Want niemand begint aan nul. Dus dan moet ge eigenlijk al een foto nemen van 'wat heb

⁵⁴⁹ FENH1.

⁵⁵⁰ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 443.

⁵⁵¹ NQNF2 qui est la seule notaire à avoir répondu être favorable à cette clause et NQNH8 qui a indiqué être *parfois* favorable à cette clause.

⁵⁵² NENF1.

⁵⁵³ NQNF1.

je nu', en dan een foto nemen op het einde. [...] Ik denk dat dat eigenlijk moeilijk praktisch uit te werken is.»⁵⁵⁴

«Oui. Faire un petit inventaire avec des photos du tableau, tout ça, ça passe encore, mais aller faire tout ce travail, la fixation du patrimoine originaire... On demande quelque chose qui est quand même plus poussé. Ce n'est pas toujours accepté, juste pour éviter cet exercice désagréable. On préfère écarter ce régime-là, ça arrive souvent.»⁵⁵⁵

«De verrekening van aanwinsten, bijvoorbeeld, is iets wat ik vaak uitleg. Maar dat is heel complex om uit te leggen en we merken dat de mensen afhaken op de complexiteit ervan. Dat je zegt van: "Kijk, je hebt een stelsel, maar op het einde van de rit moet je dan een soort verrekenmassa maken met een verrekenvordering." En dan zie je ze al kijken van... En dan is er iemand die de vraag stelt: "En fiscaal, hoe zit dat dan?" Ja, en dat is een hele moeilijke vraag om te beantwoorden [...] als je een bepaalde vordering hebt ten aanzien van een bepaald vermogen, wat dan de gevolgen daarvan zullen zijn.»⁵⁵⁶

«La plupart des gens, quand on leur parle des clauses de participation aux acquêts, par exemple, le dernier dossier qui a capoté, c'est deux avocats. Ils sont venus : "Je veux ça". Et on a commencé : "OK. Qu'est-ce qu'on met dedans ? Les actions de votre société ?" – "Ah ben non, pas tout à fait." – "Ha OK. On sort les actions de la société. Et donc je vous interdis de mettre votre immeuble en société." – "Ah mais non, non, non." Je dis : "Mais donc en gros, on ne met rien." – "Oui, ce sera plus simple." – "OK." Donc même pour ceux qui ont la volonté de faire ça... [...] c'est très compliqué la mise en œuvre.»⁵⁵⁷

218. D'autres arguments se concentrent plutôt sur le **partage** même des acquêts qui contrarierait les intentions des couples ayant préalablement opté pour un régime séparatiste, à l'opposé d'un régime communautaire.

«Als ze kiezen voor scheiding van goederen, willen de echtgenoten juist geen ingebouwde solidariteit in hun stelsel, anders kiezen ze wel voor een gemeenschapsstelsel.»⁵⁵⁸

«Mais ça bloque. L'idée de savoir que l'argent qui est sur leur compte est à eux, mais que si jamais, c'est globalement moitié-moitié, ça reste compliqué. Ça reste quand même un sujet compliqué avec des jeunes qui parfois sont modernes et qui n'ont pas envie...»⁵⁵⁹

219. Un autre point soulevé est celui du risque pris par l'**entrepreneur** qui devrait partager (avec son épouse) la valeur de sa société en cas de séparation

⁵⁵⁴ NENF5. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 444.

⁵⁵⁵ FENH1.

⁵⁵⁶ NENH2. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 444.

⁵⁵⁷ FENH2.

⁵⁵⁸ NQNH5. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 445.

⁵⁵⁹ FENH6.

(l'hypothèse de ce risque est aussi formulée pour l'entrepreneur en régime de communauté de biens, voy. Section I, point B, n° 202).

« Parce que, il y a quand même un point qui fait peur : au niveau des entrepreneurs, le régime de la participation finale aux acquêts, ou le régime de communauté, fait très peur pour un point suivant, qui est toujours le même. Imaginons un homme qui lance une *start-up* et maintenant, il est en régime de communauté. Toutes les parts sont à lui, il a le droit de vote, il a tout. Et au bout de sept-huit ans, il se sépare. Et il a une *start-up* qui a une très grosse valorisation financière, mais qui n'a pas la moindre liquidité. OK. Il se sépare ; il doit la moitié de la valeur de sa boîte à l'autre... Et objectivement... »⁵⁶⁰

Le contre-pied de ce risque pour l'entrepreneur est également évoqué en termes de risque (pour son épouse) de voir celui-ci tenter de diminuer la valeur de ses titres dans la société (ou celle d'autres acquêts) en cas de séparation, afin d'éviter le partage qu'impliquerait le mécanisme de la créance de participation aux acquêts.

« Avec aussi, le risque de tentative de dissimulation des actifs accumulés entre le jour de mariage et le jour de la fin du mariage. Par exemple : un des époux va vite aller mettre les actions de sa SRL au nom d'un ami pour éviter que ça rentre dans le calcul, soi-disant à titre onéreux, pour 1 euro symbolique. »⁵⁶¹

220. Enfin, la difficulté la plus récurrente semble être celle de la **complexité** de la liquidation de la clause par les notaires (dans l'hypothèse d'une séparation ou du décès d'un.e partenaire). On peut relever à cet égard que, dans les questionnaires ou les entretiens, il règne un certain flou à propos de l'argument de la complexité, présenté comme un poids tantôt pour les couples, tantôt pour les notaires. Il est ainsi apparu que les enjeux de la complexité du travail des notaires pouvaient peser plus dans la balance que les risques pris par l'époux-se qui subirait un déséquilibre patrimonial du fait de la vie conjugale.

« La clause de participation aux acquêts, je vous avoue que pour l'avoir déjà pratiquée, à liquider, c'est impossible. Et quand on commence vraiment à être strict sur ce qui va faire partie de ce patrimoine en amont et en aval, il y a toujours des disputes. »⁵⁶²

« Oui, il est plus difficile à exécuter. La communauté, c'est presque le plus facile à liquider puisque tout est dans la loi. La séparation de biens, c'est déjà plus compliqué parce qu'on dépend de deux choses : du fait que le contrat de mariage soit complet ou pas, ou bien rédigé ou pas, et surtout des preuves. En séparation de biens, beaucoup repose sur les preuves. [...] Mais pour la clause de participation aux acquêts, c'est vraiment au niveau de l'application des règles que c'est compliqué. Donc même quand on a les règles, elles sont difficiles à appliquer. [...] Ce n'est pas tellement au niveau de

⁵⁶⁰ FENH6.

⁵⁶¹ FENH1.

⁵⁶² FENH2.

la composition des patrimoines, etc., parce que là, l'exercice n'est pas trop compliqué, mais c'est après, au niveau, vraiment, du calcul.»⁵⁶³

« Actuellement, moi je suis quand même effrayé par la mise en pratique et je prie pour ne jamais être désigné par un juge pour devoir intervenir. »⁵⁶⁴

« Misschien is het ook omdat ik daar niet voor sta te springen voor die verrekenbedingen dat het niet vaak erin komt. Misschien moet ik daar een meer neutrale houding hebben. Maar als je een akte tekent, dan denk je al heel vaak: "Goed, als dat binnen tien jaar weer op mijn bureau komt, hoe ga ik het dan moeten oplossen?" En ik wens mezelf, noch een collega die complexiteit toe. »⁵⁶⁵

3. *Portée du devoir de conseil du/de la notaire*

221. Plusieurs notaires rapportent des réactions réfractaires des couples quant à ce système de solidarité automatique au sein même d'un régime matrimonial à base séparatiste. Dans les prochains extraits, les notaires témoignent d'une impuissance à faire comprendre aux couples les enjeux – pourtant risqués dans le chef de l'épouse – s'ils écartent la clause de la participation aux acquêts proposée comme correctif de leur régime séparatiste.

« Et bien, ils ne le faisaient pas pour deux raisons. La première, me semble-t-il, c'est que très souvent, vu le type de clientèle que j'avais, c'étaient des filles qui avaient fait des études, qui avaient éventuellement déjà commencé à travailler et qui avaient bien l'intention de continuer à travailler, même avec enfants. Et donc quand je leur disais : "vous risquez de vous retrouver sans rien!", elles pensaient qu'elles allaient faire une carrière exactement comme le mari faisait une carrière, et qu'elles avaient donc la capacité de se créer un patrimoine personnel. Bon, évidemment, cela ne leur paraissait déjà pas évident que structurellement, elles allaient dépendre économiquement de leur mari. Bien entendu, on les fait un peu réfléchir en disant : "Oui madame, c'est très bien, mais bon, si vous avez des enfants, plusieurs enfants, à moins que vous ne parveniez à trouver un accord pour les assumer, comment dirais-je, de façon égale entre les deux époux, ce sera peut-être autre chose". Mais enfin, l'expérience apprend que ce n'est pas comme ça que ça va. "Imaginez seulement, vous avez des jumeaux, des triplés, vous allez vous arrêter de travailler, etc. Donc, vous aurez une interruption dans votre carrière". Enfin, tous les arguments que l'on peut traduire par le préjudice professionnel résultant pour les femmes de la vie en couple. J'expliquais ça aux gens. Bon, ils écoutaient en disant : "Oui c'est vrai, mais non, non, on va trouver un arrangement." Et là-dessus, se greffe la deuxième raison, le futur mari intervient en disant : "Non, non, je suis bien conscient. Il est évident que le jour où on achètera notre maison, on la mettra à nos deux noms, même si c'est moi qui finance." Et je pense que très souvent, c'est comme ça. J'ai très rarement vu des

⁵⁶³ FENF7.

⁵⁶⁴ FENH1.

⁵⁶⁵ NENF1. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 446.

époux séparés de biens purement et simplement qui achetaient dans des proportions différentes parce que l'argent venait davantage du mari. C'était toujours, quasiment toujours, moitié-moitié [...]. En tout cas ils en avaient l'intention. Se trouver une sécurité via le régime matrimonial n'était pas pour eux une évidence, parce que ça allait s'arranger autrement, soit qu'elle allait vraiment gagner suffisamment d'argent pour se créer son patrimoine, soit que le mari suppléerait. Je dis : "Bon c'est très bien, mais vous avez une belle confiance dans l'avenir. Mais l'expérience apprend que ça ne se passe pas toujours comme ça." – "Ha, bon, qu'est-ce que vous proposez ?" Et bien, je l'explique, la participation aux acquêts, et alors ils me disent : "Ça a l'air quand même bien compliqué". Et donc, le bilan total [...], c'est compliqué alors qu'on pense que ça ira sans ça. On reste dans la séparation pure et simple.»⁵⁶⁶

«Inderdaad, we zijn gesitueerd in de stad, maar los daarvan zie ik heel veel vrouwen die gestudeerd hebben, maar die toch op een bepaald moment, als we over huwelijkscontracten spreken, zeggen: "Er gaat misschien wel een tijd komen dat ik een beetje ga afbouwen. En dan? Ja, als jij dan meer verdient dan ik? Hoe gaan we dat dan oplossen?" En dan is voor mij de oplossing die beperkte gemeenschap en het verhaal van: "Goed, dan gaat de man in die periode meer op de gemeenschappelijke rekening moeten gaan storten." En dan komen we wel bij dat verrekenbeding. [...] En een vrouw die gestudeerd heeft, die zegt dan: "Mmm, dat is interessant." Dus de idee van dat verrekenbeding is voor vrouwen die meer "van de wereld zijn" interessant, maar dan laten ze dat ook vaak weer los, omdat ze zeggen: "Ja, oké, ik kan niet heel mijn leven thuiszitten. Het zal misschien een paar maanden zijn. Het zal misschien een bepaalde periode zijn. En notaris, we kunnen ook altijd terugkomen om ons huwelijkscontract te wijzigen." Waarop ik dan zeg: "Ja, maar dan gaat u met twee moeten terugkomen. Het is niet op eigen houtje."»⁵⁶⁷.

222. D'autres notaires témoignent ne pas toujours vouloir exercer un conseil qui serait jugé trop autoritaire. Ce phénomène de renvoi du couple à ses responsabilités a été évoqué plus haut (*supra*, n° 210) et sera illustré ci-dessous (n°s 224 et s.).

4. Préférence pour des mécanismes de correction alternatifs

223. Au motif que ce régime serait trop complexe à comprendre ou à mettre en œuvre pour les couples, nombre de notaires valident l'écartement de cette clause et embrassent avec leurs propres préférences d'alternatives sur l'instauration d'une solidarité, parfois dans le sens de la communauté.

«Je suis prudente avec la participation aux acquêts (je préfère une vraie communauté).»⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ FENH10.

⁵⁶⁷ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 447.

⁵⁶⁸ NQNF1.

«Daarom dat we meer gaan naar het systeem van een scheiding van goederen met een beperkte gemeenschap, waarin dat we uitleggen: “De een heeft een loon van 1.000, de andere van 3.000; u beslist zelf wat u erin zet. Uiteraard moet u bijdragen in de lasten van het huishouden naar uw mogelijkheden.” De wetgever heeft dat goed bedoeld, met dat verrekenbeding... maar probeer dat in de praktijk maar eens gedaan te krijgen. Dus ik ben dan misschien vooringenomen, maar ik ga dat zelf niet gemakkelijk adviseren. [...] Voor mij is het verrekenbeding een zeer mooie poging van de wetgever, maar in de praktijk zeer moeilijk.»⁵⁶⁹

«J’estime que de nouveau, c’est complexifier au plaisir, en tout cas intellectuellement parlant, [par] des comptes ultérieurs dans des situations qui ne sont pas heureuses, que ce soit un décès ou que ce soit une séparation. Faire des comptes, alors que dans les autres hypothèses, en principe, les comptes se font au fur et à mesure... Que ce soit un régime de communauté ou en régime de séparation de biens, il y a, au fur et à mesure, des rééquilibrages qui sont faits.»⁵⁷⁰

224. L’étude permet ainsi d’observer, dans le discours des notaires, une tension entre, d’une part, la complexité du régime de participation aux acquêts qui peut décourager le couple et, d’autre part, les alternatives proposées à l’époux-se qui serait candidate à une protection sur le plan patrimonial. En effet, les entretiens semblent révéler que dès lors que le couple opte volontairement pour un régime séparatiste, il paraît normal à certain-e-s notaires interrogé-e-s que l’économiquement (plus) faible du couple fasse le nécessaire pour éviter de ressentir des effets inégalitaires. Quelques notaires préconisent une série d’alternatives individuelles, qui impliquent un rôle actif dans le chef de celui (ou surtout celle) des époux-ses qui viendrait à subir un déséquilibre durant la vie conjugale : susciter la discussion en couple, encourager le/la conjoint-e économiquement fort-e à (mieux) partager ses ressources, le/la convaincre de retourner voir le notaire.

«En daarom vind ik dat TIV (toegevoegd intern vermogen) zo belangrijk, met gemeenschappelijke rekeningen die dan uiteindelijk voor de helft toebehoren aan de echtgenote, dat vind ik veel praktischer. Want ik zeg ook altijd aan de mensen: “Als er op een bepaald moment door de man – of de vrouw die meer verdient – op die gemeenschappelijke rekening niet meer gestort wordt, dan weet u wel hoe laat het is.” Dan gaat de echtscheiding uiteindelijk volgen. Dus het verwacht een actieve inzet van elke echtgenoot om elke maand op die rekening te storten. En dat snappen de mensen ook, dat als er niet meer wordt gestort op een bepaald moment door de echtgenoot... En ik raad de mensen ook aan om elk jaar eens aan tafel te gaan zitten en te zeggen: “Kijk, wat verdienen wij nu elk? En hoe gaan we dat nu dit jaar doen?” Dus om actiever bezig te zijn met investeringen en daar beter over na te denken.»⁵⁷¹

⁵⁶⁹ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 448.

⁵⁷⁰ FENH4.

⁵⁷¹ NENF1. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 449.

« Ce que moi j'estime être le régime intermédiaire entre la pure et simple et la créance aux acquêts, c'est la séparation de biens avec constitution d'un **patrimoine commun limité**. Mais ce patrimoine est limité, on crée juste une enveloppe vide parfois, il n'y a rien dedans, mais au moins, comme on a pris l'instrument, ils ont déjà le sentiment... et j'insiste, que si on l'a créé, c'est pour l'utiliser et qu'il faut colorier cette page blanche qu'on n'a pas créée pour rien. [...] Et ça, c'est clairement un régime qui a plus de succès pour pas mal de mes clients, et en général, au minimum, quitte à ne rien mettre dedans, on met au moins le logement familial avec les clauses d'attribution du logement familial optionnelles, notamment en pleine propriété, vu que c'est intéressant pour des raisons fiscales. »⁵⁷²

« J'estime que le droit ne doit pas vous dicter votre vie. Le droit doit être un garde-fou, mais ce n'est pas le contrat qui va régir votre vie. [...] Ce serait bien triste. D'autre part, parce que la vie est ainsi faite qu'elle évolue. Les revenus évoluent, la situation personnelle des parties évolue aussi et j'estime que ce sont aux parties à dialoguer, à communiquer. Et ça, malheureusement, c'est souvent là où le bât blesse dans un couple, c'est le manque de dialogue. Mais c'est là où il faut effectivement s'entendre : "Est-ce que tu vas supporter plus que moi les ressources ? Est-ce que tu vas supporter à même hauteur ? Est-ce qu'on met ensemble quelque chose ? J'ai arrêté de travailler pour toi, est-ce que tu veux me protéger par une assurance-vie, une assurance groupe, voire même de l'épargne que tu mets tout de suite sur mon compte ?" Voilà, il y a plein de choses envisageables. »⁵⁷³

5. *Argument de la liberté de choix et de la responsabilité des parties*

225. En fin de compte, derrière l'ensemble d'objections aux motifs divers, les décisions des couples prennent, encore une fois, une place prépondérante.

Il se dégage des échanges avec les notaires cette idée principale selon laquelle, au final, ce sont les couples qui prennent une décision commune. Dès lors, ce choix du couple – même potentiellement inadéquat sur le plan du déséquilibre patrimonial au détriment des femmes – leur appartient et, à ce titre, est investi d'une légitimité intrinsèque que l'on ne questionnera plus, indépendamment des circonstances de la vie conjugale.

En quelque sorte, le choix pour un régime séparatiste, acté dans le contrat de mariage, déplace la responsabilité de l'équilibre patrimonial dans le couple, du monde juridique (législateur, monde du notariat) vers l'un-e des (future-s) époux-ses, le/la plus faible économiquement.

Dans le discours des notaires, se côtoient donc à la fois la conscience du péril patrimonial qu'encourent les femmes dans leur vie conjugale et parentale sous un régime séparatiste, mais aussi l'idée que l'autonomie de la volonté – présentée comme celle du couple – prime sur ces enjeux.

⁵⁷² FENH1.

⁵⁷³ FENH2.

Un notaire partage à cet égard un avis particulièrement franc et tranché sur la responsabilité qui incombe à chacun-e de créer et susciter une solidarité en couple, sans passer par un mécanisme juridique.

« Aller dire dans un contrat, et ça me semble, mon Dieu, horriblement misogyne : “Oui moi, je suis le mec, je vais gagner plus, donc on va partager comme ça les économies.” Mon Dieu, excusez-moi de vous le dire, je ne vis pas dans un pays qui serait, effectivement, avec une femme qui serait en dessous de l’homme. [...] Et il n’y a pas de genre, enfin pour moi en tout cas, si on veut être dans une situation moderne. Excusez-moi de vous le dire, c’est aux couples à faire en sorte qu’il n’y ait pas de genre. Ce n’est pas monsieur qui doit tout le temps travailler, et madame s’occuper des enfants. C’est quoi cette histoire ? C’est quoi cette vision archaïque de la vie ? Pour moi, ce n’est pas ça la vie. Mais chacun l’entend comme il le veut. Si à un moment donné dans le couple, madame ou monsieur dit : “Moi, je vais arrêter pendant un petit peu de temps de travailler, parce qu’il y a les enfants, j’ai envie de m’en occuper”, et bien, c’est que le couple a décidé : “OK, à partir de maintenant, c’est toi qui prends tout en charge puisque tu es la seule source de revenus. Et permets-moi de te dire que les vacances, tu vas les payer, et quand tu fais des économies, et bien tu vas les mettre sur le compte commun”. Et si monsieur dit non, madame en tire les conséquences et se barre. »⁵⁷⁴

Dans le même sens, avec moins de détails :

« Pour la majeure partie des gens, moi, je ne le conseille pas [la participation aux acquêts]. Une femme peut très bien dire non à son mari. Si elle ne le dit pas, c’est son problème. Ce n’est pas moi qui vais régler son absence de volonté. »⁵⁷⁵

Un répondant propose de mentionner dans le contrat que les époux-ses ont eux/elles-mêmes la responsabilité d’installer une solidarité effective.

« Ik heb een aangepaste clause als het gaat over dat verrekkenbeding, waarin dat ik heel duidelijk zeg: “Kijk, we willen scheiding van goederen. We willen niet hebben dat dat verrekend wordt.” Ze zijn er zich van bewust dat ze zelf gaan moeten zorgen voor die solidariteit bij wijze van stortingen op een gemeenschappelijke rekening die tot de gemeenschap behoort. Dus ik zet dat ook in die clause dat ze weten dat ze het zelf gaan moeten bewerkstelligen als ze dat willen hebben. Ik ben er wel van overtuigd dat de notaris daar een impact op heeft. »⁵⁷⁶

226. Interrogé sur l’absence d’accompagnement juridique des couples lorsque des circonstances imprévues surviennent durant la vie conjugale, et sur la responsabilité qui incombe alors à l’époux-se aspirant à plus d’équilibre sur le plan patrimonial, un notaire observe :

⁵⁷⁴ FENH2.

⁵⁷⁵ FENH2.

⁵⁷⁶ NENF1. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 450.

« Mais c'est la même chose en médecine. Vous êtes malade, vous n'allez pas chez le médecin, puis on vous annonce que vous avez un cancer : "J'aurais dû y aller plus tôt." »⁵⁷⁷

6. Système « opting out » vs. « opting in »

227. À la question de savoir si cela influencerait les couples que le mécanisme participatif soit automatique (avec la possibilité de le retirer par contrat du régime matrimonial) plutôt que sous forme d'une clause à ajouter à un contrat de mariage – en d'autres termes, quant à l'intérêt de prévoir un système d'*opting out* plutôt que d'*opting in* –, les notaires interrogé-e-s répondent qu'ils/elles n'ont pas le sentiment que cela changerait quelque chose.

Certain-e-s pensent qu'un système d'*opting out* serait trop intrusif par rapport à la liberté conventionnelle des époux-ses, voire qu'il y aurait là un message culpabilisant pour les individus marquant une préférence pour un régime séparatiste.

« Je trouve que c'est culpabiliser les gens que de leur dire : "Voilà, vous venez me voir, ça commence par une séparation de biens, mais en fait, la loi, à côté de la communauté, prévoit de nouveau une espèce de communauté qu'il faut quand même éjecter." »⁵⁷⁸

« Dat primair huwelijksrecht, als ik daar al van zeg: "De wetgever heeft dat beslist", dan krijg ik nu al heel vaak te horen: "Wat beslissen die eigenlijk allemaal voor ons? Waar is onze autonomie? Waarom moet dat allemaal vastgelegd worden?" En zeker als ik dan buitenlands cliënteel heb, waar die regels niet bestaan, die vinden onze overheid zeer koeionerend, zeer pamberend. »⁵⁷⁹

7. Conclusion

228. Il se dégage de ces témoignages l'idée selon laquelle l'autonomie de la volonté des parties est une valeur primordiale.

S'esquisse à nouveau ici une grille de lecture économique des rapports patrimoniaux dans un couple, c'est-à-dire une propension des notaires à mobiliser des dispositifs susceptibles de protéger le patrimoine individuel plutôt que l'équilibre patrimonial dans le couple, ou autrement dit, des dispositifs plutôt favorables au/à la détenteur/trice du patrimoine qu'à l'époux-se économiquement plus faible.

Il faut par ailleurs relever que cette posture fait coïncider les intérêts des professionnel-le-s (à ne pas faire adopter une clause dont elles/ils redoutent les conséquences sur leur pratique ou qu'ils/elles ne sont pas en mesure d'expliquer

⁵⁷⁷ FENH11.

⁵⁷⁸ FENF9.

⁵⁷⁹ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 451.

et/ou de liquider) avec les intérêts du/de la conjoint-e économiquement plus fort-e.

Enfin, l'étude met en lumière le fait que l'apparente promotion par les notaires de l'autonomie de la volonté (consacrée par la signature d'un contrat de mariage avec un régime séparatiste) pourrait bien invisibiliser une autre pratique consistant à laisser les époux-ses renoncer à une protection avant de savoir si les aléas de la vie conjugale rendront cette protection nécessaire.

D. LA CLAUSE DE CORRECTION JUDICIAIRE EN ÉQUITÉ

1. *Le principe*

229. La clause de correction judiciaire en équité est un système en vigueur depuis septembre 2018 (art. 2.3.81 C. civ. ; *supra*, n° 86). Il permet à un-e magistrat-e du tribunal de la famille, intervenant dans le cadre d'un divorce par désunion irrémédiable, d'accorder une indemnisation à l'époux-se qui, en raison de circonstances défavorables et imprévues durant son mariage, subirait les conséquences manifestement inéquitables, sur le plan patrimonial, d'un régime de séparation de biens pure et simple. L'indemnité ne peut pas dépasser le plafond d'un tiers de la valeur cumulée des acquêts des époux-ses (biens acquis pendant le mariage – Chapitre 2, n° 86).

À l'instar de la clause de la créance de participation aux acquêts (voy. pt C de la présente section), ce dispositif est *opting in* : il ne peut être mis en œuvre qu'à condition que les époux-ses l'aient préalablement stipulé dans leur contrat de mariage. C'est donc au moment de la formalisation de l'union, et devant un-e notaire, que les futur-e-s époux-es déterminent si ce mécanisme pourra être activé en cas de séparation.

Les notaires ont un devoir de conseil dit « renforcé » au sujet de la correction judiciaire en équité (Chapitre 2, n° 87), comme pour la créance de participation aux acquêts : ils/elles doivent s'assurer que les couples ont compris et décidé en connaissance de cause d'adopter ou non le dispositif et le contrat de mariage doit en faire mention.

2. *Les objections*

230. Une grande majorité de notaires indiquent qu'ils/elles ne sont pas favorables à la clause de correction judiciaire en équité⁵⁸⁰. Tout en exprimant la conscience qu'ils/elles ont du potentiel d'inéquité d'un régime de séparation de biens, ils/elles sont convaincu-e-s de l'inadéquation de ce nouveau système.

⁵⁸⁰ 20 des 29 notaires interrogé-e-s s'expriment explicitement ou implicitement en ce sens.

Si les raisons présentées sont multiples, le fil rouge semble se tisser autour de la promotion de l'**autonomie de la volonté** et la liberté d'action des époux-ses – y compris de se protéger mutuellement comme ils/elles l'entendent ou de s'auto-responsabiliser (discours déjà rencontré : *supra*, n^{os} 210 et 225). Dans cette configuration, le dispositif de correction judiciaire apparaît antinomique et risqué puisqu'il déposséderait les couples de la maîtrise de leurs choix (ici, celui de partager ou non un patrimoine d'acquêts).

231. L'argument principal est que le mécanisme est impraticable ou d'une trop grande **complexité** pour les couples. Les notaires précisent que la disposition est difficile à expliquer ou à faire comprendre aux futur-e-s marié-e-s.

Un répondant exprime une ferme opposition.

« C'est incompréhensible, mais pourquoi ? Parce que c'est tiré d'un compromis politique [...] : on peut encore faire des séparations de biens, mais il faut que le notaire insiste et précise qu'il y a cette clause, dont personne ne veut, ni les notaires, ni les avocats et encore moins les juges, parce que c'est impraticable. Et moi, non seulement je ne demande même pas à mes clients s'ils ne le veulent pas, je dis non. Je dis : "c'est comme ça, vous pouvez changer, mais moi je vous mets non, de base", ce n'est même pas en option dans le modèle [d'acte], c'est non. »⁵⁸¹

232. Vient ensuite l'argument, inspiré par la doctrine, de l'**insécurité juridique**. Le rôle conféré au/à la magistrat-e dans ce dispositif semble être le point le plus problématique aux yeux de certain-e-s professionnel-le-s, avec une vision très tranchée sur l'office du juge. La marge d'appréciation judiciaire créée, selon eux/elles, une insécurité juridique. La réallocation des biens d'un-e époux-se à l'autre est perçue comme une sanction et considérée comme portant atteinte à la liberté contractuelle du couple ayant opté pour un régime séparatiste.

« Ce qui m'embête, c'est une perte de la liberté contractuelle entre deux personnes qui fait qu'on va dépendre d'une [autre] personne [un-e juge] qui va décider sans doute de manière arbitraire [...] ou selon ses convictions. Ou alors le juge va désigner un notaire qui va exécuter cela en fonction de ses convictions, de sa personnalité. Il va y avoir quand même une emprise, officiellement impartiale, mais quand même peut-être, si pas partiale, qui va être influencée indirectement par la personnalité ou les convictions du juge ou du notaire, que sais-je. Et donc c'est une entrave au peu de liberté qui nous reste. Et moi je ne trouve pas ça normal qu'un couple fasse face à une telle incertitude sous prétexte que c'est une manière de corriger une inéquité. Il y a d'autres manières de les corriger. Il faut les corriger d'emblée dans le contrat de mariage, dès le départ, et c'est eux qui décident comment ils les corrigent avec la créance ou une espèce d'acquêt par exemple... Aller emmerder un juge avec ça... »⁵⁸²

581 FENH1.

582 FENH1.

« Et le problème que j'ai aujourd'hui avec ça, enfin, mon inquiétude, est qu'on ne sait pas sur quel juge on va tomber. Il n'y a pas encore de jurisprudence. [...] Quand il faut parler de ça, quand on voit les couples, évidemment, ils n'ont pas encore réfléchi à ça. Et quand ils viennent, ils vont se marier dans quelques semaines ou dans quelques mois et c'est difficile d'envisager la séparation. "Et si on se sépare et que c'est lui qui a très bien gagné sa vie et s'il me quitte, OK, là, je veux la correction judiciaire, mais si c'est dans l'autre sens, ce n'est pas facile". Et encore, qu'est-ce que le juge va dire ? C'est surtout ça, on ne maîtrise plus soi-même. Mais moi, je pense que le juge ..., enfin je ne sais pas, on va voir ce que les juges vont décider, ça dépend, aussi, vraiment, il faut avoir un peu de chance aussi avec les juges devant qui on tombe. »⁵⁸³

« J'en pense le plus grand mal, parce que, philosophiquement, je trouve que c'est infantiliser les gens que de dire : "Vous pouvez mettre quelque chose dans votre contrat, vous pouvez vivre sans faire attention à ce que vous faites, etc. Et bien à la fin de votre mariage, si vous ne vous entendez pas, vous vous mettez entre les mains d'un juge, c'est lui qui va vous dire ce qui est juste et pas juste". Et comme je n'ai qu'une confiance extrêmement mesurée dans ce qu'un juge va dire [...] ce que je redoute moi, c'est que toutes les liquidations deviennent négociées. Parce qu'à partir du moment où il n'y a pas de règles qui sont définies d'avance, à savoir comment cela devrait être partagé – ce qui facilite quand même par exemple des transactions dans le cadre d'une liquidation judiciaire – et bien on ne sait rien prévoir. Et je répète, c'est infantiliser les gens qui ne devront faire attention à rien et qui vont se disputer sur ce qu'étaient leurs intentions. »⁵⁸⁴

233. Dans le prolongement du discours sur la responsabilité du couple ou de l'époux-se économiquement faible (*supra*, n° 210), certain-e-s notaires vont promouvoir la **communication** dans le couple et avec le/la professionnel-le, en lieu et place d'un cadre juridique contractuel jugé contraignant (et incertain). L'exemple du/de la notaire que l'on revient consulter régulièrement durant la vie conjugale, comme un médecin, est évoqué à plusieurs reprises⁵⁸⁵. Est ainsi prôné un régime matrimonial contractuel évolutif.

« Et donc cette idée de dire : "on ne va finalement pas trop s'occuper de ce qu'on veut, ce qu'on ne veut pas, des règles qu'on veut adopter ou pas, et on va s'en remettre aux juges", philosophiquement, ça me rebute considérablement. J'ai toujours essayé de dire aux gens : "On a pris l'habitude d'aller chez le médecin régulièrement pour faire un *check-up*. Et bien, quel que soit votre contrat de mariage ou les clauses que je vous propose, régulièrement, vous faites un *check-up* de votre situation et vous regardez ensemble, quand vous vous entendez bien, s'il n'y a pas lieu d'adapter. Mais vous le faites intelligemment de cette façon-là. Vous ne vous lancez pas dans l'aventure patrimoniale de la relation conjugale en disant qu'à la fin, il y a un juge qui décidera pour nous". »⁵⁸⁶

⁵⁸³ NENF1.

⁵⁸⁴ FENH10.

⁵⁸⁵ FENH7.

⁵⁸⁶ FENH10.

«J'estime que le droit ne doit pas vous dicter votre vie. Le droit doit être un garde-fou, mais ce n'est pas le contrat qui va régir votre vie. [...] Ce serait bien triste. D'autre part, parce que la vie est ainsi faite qu'elle évolue. Les revenus évoluent, la situation personnelle des parties évolue aussi et j'estime que ce sont aux parties à dialoguer, à communiquer. Et ça, malheureusement, c'est souvent là où le bât blesse dans un couple, c'est le manque de dialogue. Mais c'est là où il faut effectivement s'entendre : "Est-ce que tu vas supporter plus que moi les charges ? Est-ce que tu vas les supporter à même hauteur ? Est-ce qu'on met ensemble quelque chose ? J'ai arrêté de travailler pour toi, est-ce que tu veux me protéger par une assurance-vie, une assurance groupe, voire même de l'épargne que tu mets tout de suite sur mon compte ?" Voilà, il y a plein de choses envisageables.»⁵⁸⁷

Un notaire favorable à l'auto-régulation est toutefois réaliste à propos de la capacité de (re)négociation :

«Dat zijn beslissingen die zelden genomen worden en ook later in het huwelijk niet, omwille van het feit dat het waarschijnlijk heel moeilijk is om die discussie op zo'n moment – als het al wat minder gaat – te voeren... Dus goed, meerwaarde of niet, dat is de theorie. Dat is heel mooi op papier, maar in realiteit, tja... Maar het zou waarschijnlijk wel een aantal wat minder gelukkige omstandigheden kunnen compenseren. Ja, dat is juist. [...] Je moet zelf een beetje het heft in hand nemen, zelf beslissingen nemen. Het gaat over uw toekomst. Ja, wat wil je? Wil je autonomie? Wil je solidariteit? Wil je het beste van alles?»⁵⁸⁸

3. Une minorité de notaires favorables (avec des réserves)

234. À l'opposé de cette réaction contre la clause de correction judiciaire en équité, une minorité de notaires y est plutôt favorable, sur le principe⁵⁸⁹.

«La correction en équité, moi, par contre, j'aime bien. J'aime bien en théorie. [...] Sur papier, je trouve que c'est quelque chose de bien. [...] Parce que je pense que dans les couples, quand même, vous êtes face à des situations que vous n'avez pas pu mesurer, à des sortes de cas de force majeure – je pense toujours à l'enfant handicapé qui arrive et la maman obligée d'arrêter de travailler. J'ai un petit peu des doutes sur le fait que les gens, à ce moment-là, mettent en place, eux-mêmes, les corrections. Et donc je me dis, justement, s'ils ne l'ont pas fait à ce moment-là, par inadvertance et pas par malice, mais qu'après, lorsque le couple se sépare, il est bien entendu que celui qui s'est enrichi ne va pas forcément participer à rétablir l'équité, c'est bien qu'il y ait quelque chose qui le prévoit. Je me dis, de toute façon, ce sont des cas à mon sens qui demeureront assez marginaux. Et je trouve que philosophiquement, c'est beau. Mais je ne dis pas que pratiquement ça l'est.»⁵⁹⁰

⁵⁸⁷ FENH2.

⁵⁸⁸ NENH2. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 452.

⁵⁸⁹ NQNH3, NQNH5, NENF3.

⁵⁹⁰ FENF9.

Une de ces notaires a vite observé que son enthousiasme n'était pas partagé au sein de la profession ni dans le monde académique⁵⁹¹.

« Au début, je leur conseillais la correction en équité. Et puis après, évidemment, on discute avec les confrères. J'ai vu des confrères qui disaient : "Surtout pas !" [...] Et puis j'ai lu un article très complet sur le sujet [...] où en fait, ils étaient quand même assez critiques par rapport à la manière dont c'était libellé dans la loi, et où ils expliquaient toutes les questions qui se posaient encore. Par exemple : "Est-ce que ça va écarter complètement le mécanisme de l'enrichissement sans cause ?" [...] C'est vrai que je me suis dit : "Flûte, à lire cet article-là, il faudrait peut-être aussi qu'on adapte le texte de la loi pour que ce soit plus clair". Et je crois que la grosse différence entre les théoriciens et nous, c'est que nous, on veut vraiment de la sécurité juridique, on n'aime pas conseiller des choses aux gens où on se dit : "Si on les récupère après, dans le cadre d'un divorce ou d'un décès, et qu'on n'arrive pas à liquider ou qu'on va se retrouver dans des problèmes pour des choses qu'on a conseillées..." Donc moi, suivant leur niveau d'éducation, je simplifie parfois très fort et parfois, j'essaie vraiment de leur expliquer les avantages et les inconvénients. »⁵⁹²

235. Certain·e·s notaires sont traversé·e·s de doutes quant au sens de la clause sans y être hostiles. Une notaire évoque la difficile articulation entre la protection de l'économiquement faible et une indemnisation avantageuse de celui/celle qui aurait brisé le couple.

« Je donne la clause à l'avance quand on fait le projet du contrat de mariage. Je dis : "Ça, il faut bien lire !" Les autres clauses, c'est assez compréhensible, mais cette clause-là est quand même un peu particulière. Et quand ils viennent⁵⁹³, je réexplique ça, le système, comment ça fonctionne et jusqu'où ça peut aller. Ça peut tourner bien, mais ça peut tourner mal parce que le problème est souvent, et là, je prends toujours mon exemple du couple qui divorce et de l'homme ou la femme qui trompe l'autre mais qui est justement celui qui doit être protégé ! Est-ce qu'on a bien envie de protéger son conjoint qui part ? On n'est jamais seul, je pense, quand il y a un divorce, mais si celui qui est la cause de la fin du mariage est justement celui qui devrait, en principe, être protégé par la correction judiciaire, c'est quand même un peu lourd. »⁵⁹⁴

⁵⁹¹ On touche ici aux interactions entre la recherche et les pratiques. La recherche de sécurité juridique est de nature plus sensible aux divisions et controverses : Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », in F.R.N.B. (éd.), *Le défi du notaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 96 et s., n^{os} 19 et s.

⁵⁹² FENF5.

⁵⁹³ On constate ici comme auparavant que le conseil notarial est donné en plusieurs phases (*supra*, n^o 196).

⁵⁹⁴ NENF1.

4. La réaction des couples

236. En dépit de réactions assez variées de la part des professionnel-e-s, une majorité d'entre eux/elles témoignent du fait que la clause de correction judiciaire en équité est très rarement choisie par les couples⁵⁹⁵.

Un notaire indique qu'il n'a connu qu'un seul cas à ce jour et que ce qui a motivé ce couple était la sécurité que constituait le plafond de l'indemnité (soit maximum un tiers de la valeur des acquêts des deux époux-ses) précise-t-il⁵⁹⁶.

Un témoignage, isolé, indique que la clause est régulièrement retenue car les couples sont rassurés par le fait que contrairement à la créance de participation aux acquêts, le dispositif n'entraîne pas un partage automatique, mais constitue uniquement une précaution.

«De meeste koppels laten de rechterlijke billijkheidscorrectie staan, omdat dat de mogelijkheid behoudt om het toch nog rechterlijk te vragen. Het betreft immers geen automatische verrekening.»⁵⁹⁷

Une notaire nous communique les différents types de réactions déjà exprimées en son étude.

«Il y a quand même plus souvent des hésitations. Le pouvoir d'intervention en équité du juge, c'est minoritaire, mais cela interpelle. Souvent, c'est écarté du revers de la main en disant : "Mais de quoi est-ce qu'il se mêle ? On est majeurs, on est capables, etc." C'est une attitude. Mais il y a quand même d'autres attitudes où c'est ressenti comme un rempart, quelque part, par rapport aux excès que le conjoint pourrait commettre. Il peut y avoir une zone d'inquiétude qui peut être un petit peu réconfortée par le fait de pouvoir de se dire : "Bon voilà, celui ou celle que j'ai là, à côté de moi, et bien s'il va trop loin, au moins, j'aurai quand même une possibilité à invoquer."»⁵⁹⁸

237. À la question de savoir si les femmes et les hommes ont des réactions différentes quant à l'insertion de cette clause dans leur contrat de mariage, la plupart des notaires indiquent ne pas avoir constaté de différences. Une notaire affirme que la question induit une idée dépassée⁵⁹⁹. D'autres notaires sont plus hésitant-e-s.

«Er zijn misschien meer bezwaren vanwege de mannelijke partner dan vanwege de vrouwelijke partner.»⁶⁰⁰

⁵⁹⁵ 22 des 29 notaires interrogé-e-s affirment que la clause est rarement adoptée par les couples.

⁵⁹⁶ FQNH1.

⁵⁹⁷ NENF5. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 453.

⁵⁹⁸ FENH4.

⁵⁹⁹ NQNF6.

⁶⁰⁰ NQNH5. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 454.

Un notaire affirme cependant que le paramètre déterminant des réactions au sein des couples est d'abord celui de la quantité de revenus, reconnaissant ensuite qu'un lien peut être établi entre cet élément et le sexe de l'époux-se.

«Neen. Het is eerder meest verdienend (en dat is dikwijls toch wel de man) en minder verdienend (dat is dikwijls de vrouw).»⁶⁰¹

Parfois, cependant, cette résistance du partenaire le mieux rémunéré disparaît, lorsque le notaire explique que cette clause offre une protection réciproque pour le cas où, en raison des circonstances, les relations financières dans le couple se modifient.

«Degene die het meeste verdient zal daar meestal het meest negatief tegenover staan. Als hem/haar wordt uitgelegd dat dit beding ook ter zijner bescherming is, keert die weerstand soms (ook diegene die het meest verdient, kan een ongeluk hebben waardoor zijn inkomsten wegvallen).»⁶⁰²

5. *De l'«opting out» contractuel à la suggestion d'une correction légale impérative*

238. Si les notaires confirment qu'ils/elles abordent toujours que le sujet de la séparation et du divorce au moment du mariage, ils/elles témoignent toutefois de la difficulté d'insister auprès des futur-e-s marié-e-s sur l'hypothèse d'un véritable litige et d'une procédure judiciaire quand il s'agit d'expliquer le fonctionnement de la correction judiciaire en équité. Aussi, certain-e-s notaires trouvent qu'imputer aux futur-e-s époux-ses la responsabilité d'insérer ou d'écarter la clause de correction judiciaire en équité dans leur contrat de mariage implique une charge émotionnelle lourde. L'exercice mental consistant à se projeter dans un conflit judiciaire, et avant cela imaginer une situation manifestement inéquitable entre eux, puis une condamnation à payer, est inapproprié⁶⁰³.

«En mensen zitten ook in een bepaalde psychologie. Men gaat trouwen. Dan is er weinig pessimisme vast te stellen, en bovendien vind ik niet dat wij dan alles uit de kast moeten halen om de mensen in een soort discussiemodus te krijgen. Dus je ziet vaak: "We willen het regelen." Maar ze willen het op een positieve manier regelen. En wat je dan niet graag doet, is op een negatieve manier nadenken over: "Wat als dat misloopt?". En hoever en hoezeer dat je dan het onderste uit de kan zult kunnen krijgen.»⁶⁰⁴

⁶⁰¹ NQNH3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 454.

⁶⁰² NQNH3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 454.

⁶⁰³ FENF12.

⁶⁰⁴ NENH2. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 455.

239. Il en vient chez certain-e-s une conclusion très intéressante : le mécanisme de la correction judiciaire ne devrait pas être conventionnel mais légal. En d'autres termes, ils/elles préconisent qu'un-e juge puisse opérer une correction en équité d'office en cas de divorce s'il/elle constate une situation manifestement inéquitable sur le plan patrimonial, sans conditionner cette intervention à l'adoption d'une clause dans un contrat de mariage.

« Que ce soit un principe légal, le juge peut décider, mais [...] barrons-le du principe du contrat de mariage. Que ce soit un principe juridique. Que ce soit légal, mais pas conventionnel. »⁶⁰⁵

« Les gens ont du mal dans un couple à imaginer les configurations qui ne sont pas celles qu'ils ont prévues au début. Et donc c'est pour ça que, par exemple, la clause en équité pour moi, elle devrait être d'ordre public, enfin, impérative. »⁶⁰⁶

Cette suggestion est une des surprises de l'étude. La contrainte par la loi serait-elle mieux acceptée que la contrainte par le contrat qu'il faut comprendre, accepter et adapter ? Jointe aux constats sur la clause de participation aux acquêts, également *opting in* (*supra*, n° 86), cette suggestion peut alimenter deux réflexions : d'une part, sur les pouvoirs du juge en cas de séparation d'un couple qui est en régime séparatiste, et ce, y compris pour les couples non mariés ; d'autre part, sur l'évaluation législative des correctifs *opting in* insuffisamment souscrits par les couples.

6. Conclusion

240. Outre une position majoritairement réticente envers la clause de correction en équité, les entretiens ont mis en lumière deux éléments récurrents dans la pratique des contrats de mariage.

Premièrement, l'importance de la sécurité juridique dans le conseil dispensé aux couples peut prévaloir sur la prévention de l'inéquité patrimoniale. Les notaires cité-e-s ne sont majoritairement pas enclin-e-s à conseiller un dispositif dont ils/elles ne saisissent pas clairement les effets, car leur professionnalisme se mesure à leur capacité à écarter l'inconnue, à pouvoir exposer à leurs client-e-s qu'ils/elles maîtrisent l'instrument dans une autre phase de la vie conjugale. Le critère de la sécurité juridique peut ainsi surpasser la promotion de l'équité dans le couple, voire la protection de l'époux-se économiquement faible contre une potentielle situation patrimoniale inéquitable.

Deuxièmement, ces entretiens sur un dispositif contractuel controversé et suscitant des appréhensions aussi chez les couples ont permis de confirmer que

⁶⁰⁵ FENH11.

⁶⁰⁶ FENH3.

le conseil des notaires – parfois nourri de visions personnelles – a une influence majeure sur la décision du couple :

« Ils entendent cela selon la façon dont moi je leur présente. En fait, si je leur dis : “Moi, je le ferais”, ils le feront. Et si moi je leur dis : “Je ne le ferais pas”, ils ne le feront pas. [...] C’est marrant parce qu’en fait, moi, j’ai été influencée à un moment. Au départ, j’étais tout feu tout flamme, et puis après, j’entendais : “Oui, mais enfin comment est-ce qu’on va appliquer ? C’est compliqué.” [...] Et alors j’ai un peu freiné, et j’ai remarqué qu’après, quand j’expliquais cela avec moins d’empathie, et bien on me disait : “Non, ça va, on va pas la prendre.” Donc en fait, c’est selon mon évolution, ma propre évolution et la façon dont j’explique aux gens. Si je dis : “Mais vous savez, bon, si vous pensez que vous allez pouvoir corriger vous-même, vous allez être assez grands pour corriger vous-même – Oui, ça va aller, on va pas le mettre.” Si je présente cela autrement : “Vous savez, c’est compliqué de corriger soi-même quand on a le nez dans le guidon, etc., et pas sûr, etc.” – là, ils vont dire : “Oui, on va peut-être la mettre quand même.” Et surtout les femmes. »⁶⁰⁷

« Alors, ce qui est très clair, et là on a vraiment un rôle à jouer, je pense que c’est que les clients nous suivent et c’est ça qui est difficile parce qu’on nous dit : “Faites du sur-mesure”. Mais les gens ne veulent pas de sur-mesure. Ils disent : “Notaire, choisissez.” Et c’est assez compliqué. [...] Et donc, la correction d’équité, je la mets quand même de temps en temps, suivant, encore une fois, comment je vois les gens en face de moi, je vais un peu les aiguiller. »⁶⁰⁸

SECTION 2. SÉPARATION ET DIVORCE

A. PROCÉDURES

1. *L'accès aux procédures devant le tribunal de la famille pour tous les couples*

241. Le *divorce* est judiciairisé dans toutes ses formes, c’est-à-dire qu’il implique l’intervention d’un-e magistrat-e du tribunal de la famille, qu’il s’agisse d’un divorce par consentement mutuel ou d’un divorce par désunion irrémédiable. Le divorce par consentement mutuel permet de régler par consensus tous les effets alimentaires et patrimoniaux du mariage ainsi que toutes les mesures relatives aux enfants.

Il faut rappeler que, même dans le contentieux, une place importante est laissée à la négociation entre époux-ses. À tout moment de la procédure contentieuse, et même dès le début, les parties peuvent interrompre le litige pour

⁶⁰⁷ FENF9.

⁶⁰⁸ FENF5.

faire acter un accord ponctuel ou même mettre fin au litige en concluant un accord global (*supra*, n° 93).

242. Les *cohabitant-e-s légaux/légales* peuvent mettre fin à la cohabitation légale sans passer par la voie judiciaire. Ils ont un accès, comme les couples mariés, au tribunal de la famille en cas de séparation pour régler leurs litiges ou faire entériner des accords (*supra*, n° 108).

243. En cas de séparation, les *cohabitant-e-s de fait* n'ont, selon la loi, qu'un accès limité au tribunal de la famille, ce qui est critiqué par la doctrine (*supra*, n° 118).

Les magistrat-e-s du tribunal de la famille interrogé-e-s à ce sujet observent que ce problème d'accès pour les *cohabitant-e-s de fait* se pose assez rarement en pratique car dès qu'il y a des enfants (communs ou non communs) ou une demande de sortie d'indivision d'un bien immeuble, le tribunal de la famille peut se saisir de l'affaire et élargir sa compétence à d'autres demandes par le biais de la connexité⁶⁰⁹.

Certains indiquent toutefois être favorables à un traitement identique des couples dans la séparation quant à leur accès au tribunal de famille⁶¹⁰.

«Je suis personnellement partisan d'un accès complet et sans réserve des cohabitants de fait au tribunal de la famille.»⁶¹¹

«Ik vind dat ook de feitelijk samenwonenden toegang moeten krijgen tot de familierechtbank in geval van relatiebreuk. Er dient te worden nagedacht of die toegang voor alle feitelijke samenwonenden moet gelden (partners, vrienden, broers en zus, ouders met meerderjarige kinderen, samen-huurders). Wat mij betreft geen probleem, maar er mag geen onduidelijkheid zijn en betwistingen betreffende bevoegdheid dienen zo veel als mogelijk te worden uitgesloten.»⁶¹²

2. *Divorce par consentement mutuel, divorce contentieux, négociation d'accords : rapports de force et stratégies*

244. Pour les couples mariés, le divorce par consentement mutuel est une procédure judiciaire précédée d'une phase amiable se soldant par un accord global. Dans cette procédure, les futur-e-s ex-époux-s négocient généralement leur séparation sans avocat-e mais avec l'aide d'un-e notaire et/ou d'un-e médiateur/trice (parfois également avocat-e).

⁶⁰⁹ FQMHI, FQMF2, NQMF1, NQMH3, FQMF2.

⁶¹⁰ Notamment : FEMHI.

⁶¹¹ FQMHI.

⁶¹² NQMH2. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 456.

Le divorce contentieux (appelé divorce par désunion irrémédiable) suit une procédure où les parties sont généralement assistées d'un-e avocat-e et font trancher les points litigieux de leur séparation par un-e magistrat-e du tribunal de la famille. Une première phase se déroule devant le tribunal pour obtenir le divorce. C'est généralement au cours de cette première phase que l'on soumet au tribunal les questions alimentaires entre conjoint-e-s et à l'égard des enfants, l'hébergement des enfants et l'autorité parentale. Comme exposé, cette phase n'empêche pas la négociation d'accords, sur tous les effets du mariage, une fois celui-ci dissout (*supra*, n° 93). La seconde phase se déroule devant le/la notaire désigné-e par le tribunal de la famille pour régler les opérations de liquidation-partage du régime matrimonial (sortie d'indivision, partage, comptes).

245. Le divorce par consentement mutuel peut être préféré au divorce contentieux pour des raisons d'économie, au sens large : il dure moins longtemps et est réputé moins coûteux que le divorce contentieux suivi d'une liquidation-partage.

Plusieurs avocat-e-s⁶¹³ constatent que le fait qu'une femme mariée ait des moyens financiers peu importants ou inférieurs à ceux de son époux est un frein financier au choix d'un divorce contentieux.

Certain-e-s avocat-e-s⁶¹⁴ nuancent toutefois en précisant que si la situation financière est tendue⁶¹⁵, alors cela peut aussi ouvrir l'accès au bénéfice de l'assistance d'un-e avocat-e « *pro deo* » et donc « permettre » de se lancer dans une procédure contentieuse. Dans ce cas de figure, plusieurs avocat-e-s⁶¹⁶ rendent toutefois compte d'arrangements inconfortables – tant pour eux/elles que pour leurs clientes.

« Elles bénéficient parfois de l'aide juridique ou l'on trouve un accord sur le paiement différé des honoraires et frais lorsqu'il y a un immeuble à liquider. »⁶¹⁷

« La capacité financière fragilise financièrement les avocats familialistes, souvent féminines, qui acceptent de défendre ces clientes, car ils acceptent des paiements mensuellement bas (50 euros ou 100 euros par mois) pour que le justiciable soit quand même défendu quand le BAJ⁶¹⁸ n'intervient pas. »⁶¹⁹

⁶¹³ FQAF1, FQAF3, NEAF3, FEAH16.

⁶¹⁴ FQAF5. En ce sens également : FEAF1.

⁶¹⁵ Les barèmes actuels de l'accès à l'aide juridique ne limitent heureusement plus celle-ci à l'indigence. Ils laissent toutefois de côté une partie importante de la classe moyenne à deux revenus supérieurs aux minima.

⁶¹⁶ Notamment FEAF2, FEAF4, FQAF2, NQAF1.

⁶¹⁷ FQAHF6.

⁶¹⁸ Le BAJ est l'acronyme du « bureau d'aide juridique » par lequel les personnes dont les revenus ne dépassent pas un certain seuil peuvent avoir accès à un-e avocat-e gratuitement.

⁶¹⁹ FQAF4.

« En fait, c'est moi qui trinque. Pourquoi ? Parce qu'en invoquant ça et en ayant des femmes qui ne sont pas capables de payer tous les honoraires, je les fais payer des petites sommes par mois. En général, c'est comme ça que je fais dans les dossiers de violences. Je sais que ça dure, donc voilà. Et quand on récupère, à un moment donné, des sommes d'argent, des contributions alimentaires, elles me payent un peu plus à ce moment-là. Clairement, je travaille à perte dans ces dossiers. Mais je ne vais pas dire que ce n'est pas grave. Si, c'est grave [...]»⁶²⁰

246. Il est donc probable que l'enjeu financier, cristallisé parfois par plusieurs refus d'avocat-e-s de se charger du dossier, ait mené des personnes économiquement plus faibles à choisir la voie amiable pour des raisons économiques de court terme.

Et ce « choix » pour le processus amiable – entendu au sens large : consentement mutuel, accords homologués – s'il a des vertus, certain-e-s avocat-e-s⁶²¹ en dénoncent toutefois les travers. Il permet aux rapports de force entre époux-ses, et particulièrement entre hommes et femmes, de s'exprimer plus que dans un cadre judiciaire. Or ces rapports de force ont pu être induits ou s'être développés⁶²² par une série d'éléments liés à l'organisation de la vie conjugale et familiale. Ils sont même souvent en germe dans l'écart salarial individuel (*supra*, n° 22).

247. Parmi ces éléments participant à l'expression des rapports de force entre époux-ses dans le processus de séparation, on retrouve évidemment les moyens financiers, car toute séparation coûte en frais d'assistance juridique et de déploiement d'un nouveau projet de vie.

Ces rapports de force s'exercent comme on le pensait autour des grands enjeux financiers de la séparation : le logement et la protection alimentaire.

Une avocate⁶²³ confirme que le fait – mis en lumière par Mmes C. Bessière et S. Gollac en France – qu'une femme en couple ait des moyens financiers peu importants ou inférieurs à ceux de son époux, affecte sa capacité de négocier une reprise de l'immeuble commun/indivis (*supra*, n° 59). Il lui appartiendra en outre de supporter, seule ou avec un nouveau partenaire, les frais, notamment fiscaux, d'un nouvel accès à la propriété.

Un second élément pouvant intervenir de façon défavorable aux femmes, est l'enjeu parfois différent que représente pour les parents, selon qu'ils soient homme ou femme, l'hébergement des enfants. Plusieurs avocat-e-s interrogé-e-s⁶²⁴ ont ainsi observé que la question de l'hébergement des enfants a une telle

⁶²⁰ FEAF4.

⁶²¹ Notamment : FEAF2, FEAF8, NEAF3, NEAH6.

⁶²² Nous avons abordé plus haut la question des rapports inégaux de négociation au moment du choix du statut ou du choix du régime matrimonial ou patrimonial (*supra*, nos 108 et 205).

⁶²³ FQAF4.

⁶²⁴ Notamment : FQAF1, FQAF2, FQAF5.

importance pour les mères (mariées ou non), qu'elle implique des concessions sur d'autres éléments, alimentaires ou patrimoniaux, en cas de séparation.

Ce dernier élément est-il à compter au rang des rapports de force ? À tout le moins, il y a un point de vulnérabilité suffisamment présent dans l'imaginaire collectif pour influencer une négociation financière. Des avocat-e-s⁶²⁵ observent dans leur pratique que les femmes en pâtissent plus lourdement.

«De nombreuses femmes sont prêtes à renoncer à toutes les questions financières (alimentaires et patrimoniales) pour des questions d'hébergement d'enfants.»⁶²⁶

248. L'étude confirme par plusieurs réponses convergentes que la procédure amiable peut laisser place à une exacerbation des rapports de force en raison de l'absence des balises que sont les juges et les avocat-e-s dans la procédure contentieuse.

Une avocate considère ainsi que dans le cadre de la procédure contentieuse, l'autorité du/de la magistrat-e permet d'atténuer voire d'équilibrer ces rapports de force entre époux-ses :

«Le choix du divorce par désunion irrémédiable permet de très vite faire intervenir le juge lorsque les solutions proposées pour les enfants ou les mesures alimentaires s'appuient sur un déséquilibre du rapport des forces. Il permet au juge de rétablir un juste milieu.»⁶²⁷

Une avocate observe que la négociation qui doit s'opérer dans le divorce par consentement mutuel comporte des risques plus marqués pour les femmes sur le plan patrimonial, dès lors qu'elles ne sont pas nécessairement ou personnellement conseillées par un-e avocat-e sur les enjeux de l'accord. Son témoignage insiste sur le rôle de rééquilibrage par l'avocat-e des rapports de force induits par la vie conjugale et la séparation.

«Oui, je dirais que oui, ça concerne beaucoup plus violemment les femmes que les hommes, parce que les femmes sortent en général d'une rupture plus déstabilisées, plus fragiles, plus vulnérables et elles veulent surtout que les choses se passent bien. Donc, elles ont un réflexe de... Oui, elles sont intimidées. Le nombre de femmes qui viennent me voir en disant : "Vous n'imaginez pas, mon mari est un manipulateur pervers. Il est très intelligent." Ça dit déjà tout, ça veut dire : "Je ne suis pas aussi intelligente que lui, donc, je suis en position d'infériorité, donc, je ne suis déjà pas en position de négocier". Et le nombre d'hommes qu'on voit et qui nous disent : "Ah, vous savez, ma femme, elle a pas un câblage ..., c'est pas comme vous, hein." Autrement dit, "C'est une petite chose fragile, pas très maline et voilà". Donc, il y a bien souvent un biais intellectuel, un biais psychologique, un biais sur le plan de la

⁶²⁵ Notamment : NEAF3 et FEAF2.

⁶²⁶ FQAF4.

⁶²⁷ FQAF4.

pugnacité que les avocats ont pour but de rééquilibrer. Nous, on est à égalité d'armes quand on se rencontre pour madame et pour monsieur. Mais dans le cadre d'une médiation, il n'y a pas cet équilibre. Le médiateur est neutre [...] Maintenant, il y a la loi du 6 novembre 2022 qui dit qu'on ne peut pas faire de médiation, enfin, qu'on doit avoir l'accord de chaque partie en cas de contexte de violences pour avancer dans le cadre d'une médiation, mais c'est beaucoup plus qu'une médiation. La dévalorisation, le mépris, c'est une forme de violence intrafamiliale.»⁶²⁸

Avec un scepticisme par rapport à la médiation, cette avocate confirme la tendance à mettre en balance finance et paix, et observe que la recherche de solutions médiées pourrait être liée au fait que des femmes renoncent à consulter un-e avocat-e qui pourrait pourtant leur faire connaître (et mieux valoir) leurs droits. Il faut rappeler ici les constats empiriques en France sur les pratiques familiales et professionnelles qui ont comme effet (genré) d'écarter une protection juridique formellement égalitaire (*supra*, n° 62).

«Je n'ai pas grand espoir quant aux vertus de cette loi [sur la médiation] sur le plan pratico-pratique et parfois, bien souvent, les femmes renoncent à consulter ou elles renoncent à consulter un avocat "agressif". Elles veulent aller chez un avocat médiateur et elles se privent en réalité de quelqu'un qui leur dit leurs droits, qui leur dit : "Vous n'allez pas accepter ça. Vous n'allez pas accepter ceci en renonçant à ça. Vous voulez absolument qu'il n'y ait pas d'hébergement égalitaire et pour ça, vous allez vous mettre dans une situation intenable sur le plan financier et donc ça ne va pas aller." »⁶²⁹

249. L'étude met aussi en lumière le fait que le cadre juridique du divorce par consentement mutuel (ou des accords homologués), à savoir l'autonomie de la volonté ou le principe de la convention-loi, peut se révéler inadéquat en cas d'accord négocié sur fond de rapports de force.

250. D'une part, l'**autonomie de la volonté** implique que les accords de divorce ne seront pas questionnés sur leur contenu⁶³⁰. Un accord déséquilibré (ponctuel ou global) peut donc être valablement négocié, en présence d'un-e notaire ou un-e médiateur/trice et ensuite être homologué par le tribunal de la famille.

Le témoignage d'une notaire à propos des limites de son autorité, lorsqu'elle a constaté un déséquilibre flagrant dans un divorce par consentement mutuel, est assez illustrant⁶³¹.

⁶²⁸ FEAF8.

⁶²⁹ FEAF8.

⁶³⁰ Seuls les accords relatifs aux enfants le sont (*supra*, n° 95).

⁶³¹ Ce témoignage recoupe ceux rencontrés face à l'autonomie de la volonté en matière de contrat de mariage, *supra*, n°s 191 et 214 (pour le choix du régime matrimonial), n° 225 (concernant la clause de créance de participation aux acquêts) et n° 230 (concernant la clause de correction judiciaire en équité).

«Ça m'a frappée aussi. J'ai eu des parents, séparés de biens, 60 ans, 65 ans – c'est un sale âge pour les divorces. Et là, je sais que le père avait fait des donations à ses enfants, je sais qu'il avait amassé de l'argent dans sa vie professionnelle, je ne pense pas que madame avait amassé de l'argent, et du coup, j'étais très embarrassée par rapport à ce divorce parce que j'avais l'impression que ce que madame allait accepter n'était pas en sa faveur, n'était pas équilibré. Finalement ils ont changé de notaire. Peut-être ont-ils senti que je ne me sentais pas à l'aise. Je me suis dit, à titre purement égoïste, que ce n'était pas plus mal. Et une des questions, je pense, qui viennent plus loin, c'est de se dire, au fond, si vous sentez que ce n'est pas équilibré, là encore, c'est extrêmement inconfortable pour un notaire. [...] Parce que nous devons rester impartial. Et si les gens sont d'accord, voilà, ... Et donc parfois, et bien j'essaie de glisser des petites choses, de manière un peu indirecte, je vois si ça percole et si ça fait réagir madame, par exemple.»⁶³²

251. D'autre part, le principe de la **convention-loi** prive les époux-ses de tout recours contre les accords conclus. Un accord déséquilibré ne peut pas être remis en question. C'est une limite de la procédure par consentement mutuel.

« Le consentement mutuel, c'est un piège aussi. Pourquoi ? Parce qu'une fois qu'on s'est mis d'accord sur le tout, c'est beaucoup plus difficile de revenir en arrière si quelque chose change. Alors, on dit que par rapport aux enfants, tout peut toujours changer, mais il faut quand même le justifier [...] Il n'y a rien que les magistrats détestent plus que d'avoir des gens qui se mettent d'accord par consentement mutuel et qui, six mois après, neuf mois après, un an après, reviennent en disant : "À propos, on n'est plus d'accord ; on n'avait pas bien réfléchi ; là ça ne va pas." [...] Cela arrive tout le temps ! Et pourquoi ? Parce que la plupart des divorces par consentement mutuel sont mal négociés. Et pourquoi ? Parce que les avocats coûtent cher et donc, les gens vont en médiation, des médiations faites par des gens qui ne sont pas juristes. [...] Et les gens, après, ils comprennent, ils entendent, ils ont des retours, ils se rendent compte qu'en fait, leur accord n'est pas sain, qu'il n'a pas été bien pensé, bien conçu, bien construit. Et alors, ils reviennent chez des avocats, et on ne peut bien souvent rien faire pour eux [...] puisqu'ils ont divorcé par consentement mutuel. Ils reviennent en disant : "Mais je ne savais pas, je n'ai pas su, je n'ai pas vu, je n'ai pas compris, on m'a pas dit." Avec un consentement mutuel, il y a un principe de la convention-loi. [...] »⁶³³

L'avocate citée ajoute que le principe de la convention-loi a des implications plus importantes pour les conjoint-e-s économiquement faibles, souvent les femmes, sur le plan patrimonial. Elle rappelle à cette occasion le poids d'affects, comme le souhait d'en finir dans un parcours désagréable.

«En ce qui concerne l'équilibre patrimonial entre eux, le fait qu'ils étaient mariés en communauté et qu'elle avait droit à la moitié des *stock-options* et qu'on ne le lui a pas dit, et bien, elle y a renoncé. C'est fini, c'est terminé. Donc, un divorce par

⁶³² FENF5.

⁶³³ FEAF8.

consentement mutuel mal conçu, mal préparé, est très dangereux, beaucoup plus dangereux que si chacun va chez un avocat. Moi, je dis tous les droits de madame, l'avocat de monsieur lui dit tous ses droits, et puis on transige. On voit si on renonce ou pas, moyennant échange [...]. Donc on présente toujours le divorce par consentement mutuel comme étant la chose vertueuse en soi, comme l'outil juridique vertueux en soi parce qu'il n'y a pas de dispute, ça ne crie pas, on ne fait pas de menace, pas de chantage. [...] Mais moi, j'observe de plus en plus de gens qui voient ça comme une étape : "OK, c'est derrière nous." Et puis qui mesurent, seulement après, les conséquences, et qui sont complètement coincés juridiquement par cet outil juridique. Et on leur rétorquera : "La convention-loi, principe d'immutabilité, vous avez marqué votre accord là-dessus". Et il n'y a même pas d'abus de droit qui soit possible donc... »⁶³⁴

252. Ces observations saillantes sur les risques de la procédure amiable et les vertus de la procédure contentieuse peuvent être nuancées.

Il faut rappeler qu'à tout moment de la procédure contentieuse, les parties peuvent négocier, interrompre le litige, faire acter un accord ponctuel ou global. Dans ce cas, la marge de manœuvre du/de la magistrat-e est aussi réduite qu'en divorce par consentement mutuel (un regard sur les mesures prévues pour les enfants) et les avocat-e-s ne peuvent pas aller à l'encontre de la décision de leur client-e.

De façon isolée, un notaire recommande la procédure contentieuse, c'est-à-dire le divorce par désunion irrémédiable, et expose l'intérêt d'une telle pratique : divorcer plus rapidement et à moindre coût que dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel.

« Donc je commence toujours un dossier divorce par les enfants et on essaie d'abord de faire des conventions pour les enfants. Ensuite, je parle de leur séparation. La plupart du temps, comme mes clients ont été conseillés et ont accepté de faire des séparations de biens, la plupart du temps [...] moi, je règle ça très vite. Déjà, de un, quand on voit le coût d'un divorce par consentement mutuel, pour généralement les choses où les gens se sont arrangés, je ne fais plus de divorce par consentement mutuel. Je leur réécrit la requête en divorce pour cause de désunion irrémédiable. Ils vont le faire comme des grands. Je fais une convention de coparentalité fiscale qu'ils vont faire homologuer. Et pour la maison, on a déjà le deal : "tu la reprends", "je la reprends", "on la revend" et le restant, ils vont le partager. Moi, le divorce par consentement mutuel, j'en fais plus, sauf si c'est un régime communautaire. [...] Et [donc] je vais dans un mode qui est ultra rapide. Pourquoi ? Parce que les gens arrivent chez moi et monsieur dit : "Je veux reprendre ma maison, mais le banquier me garantit mon taux deux mois." Pas de stress. Divorce pour cause de désunion

⁶³⁴ FEAF8. Cette dernière affirmation n'est pas tout à fait exacte mais l'abus de droit implique une nouvelle procédure avec ses écueils et coûts. Sur la « relitigation » après divorce par consentement mutuel : G. VERSCHULDEN, « Relitigatie na echtscheiding door onderling toestemming (2011-2017) », in P. SENAËVE et G. VERSCHULDEN (éd.), *Wetgeving en rechtspraak familie(proces) recht 2017*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 173-234.

irréversible, boum, la vente entre époux est autorisée, en régime séparatiste, évidemment. Donc, hop, vous reprenez la maison. Je signe déjà l'acte de cession de la maison. [...] Et à côté de ça, on fait juste la désunion irréversible. [...] C'est réglé. Et c'est réglé super vite. La requête va coûter 150 euros aux parties, plus le droit de signification, on est à 250. Moi, je fais la convention pour les enfants que je facture 250 euros, à peu près. Et puis après, ils font une cession de droit indivis et c'est fini. Dans la cession de droit indivis, je leur mets même que tel montant est "pour solde de tout compte, ayant déclaré avoir tout partagé", etc., "dans le cadre de leur union et de leur vie commune". Point et c'est terminé. Parce qu'aller leur vendre un divorce par consentement mutuel qui va leur coûter 1.300 à 1.400 euros alors que le même dossier, je peux leur faire à 400 euros, je ne vois pas l'intérêt.»⁶³⁵

Un avocat évoque que l'aléa judiciaire est, avec le coût, un paramètre qui pousse à négocier des accords. Une de ses clientes a préféré une issue moins favorable mais certaine à son divorce, plutôt qu'une procédure longue, coûteuse et peut-être décevante.

«Oui, c'est clair. Je dis toujours à tout le monde, "un accord, c'est beaucoup moins cher qu'un contentieux, c'est sûr." C'est certain qu'il y en a qui font ça, qui abandonnent. Récemment, je l'avais conseillée, je lui avais dit tous les droits auxquels elle pouvait prétendre. Et elle a préféré transiger parce que je lui ai aussi présenté mon barème et elle s'est dit : "Non, je préfère..." Alors que j'ai essayé. Je pensais lui avoir démontré que le calcul était simple. Certes, elle aurait dû me payer des honoraires, mais c'était clair que ce qu'elle pouvait obtenir en contrepartie, cela me paraissait hors de proportion. Et elle n'a pas voulu malgré tout. [...] Parce que c'était risqué. Parce que j'ai dû avoir l'honnêteté de lui dire : "Voilà mon pronostic". Et que je n'ai pas de boule de cristal, et que c'est le juge qui décide, pas moi, et que j'ai mon expérience, certes, mais qu'il y a toujours un aléa. Et donc la certitude, je ne vais pas lui garantir... [...] Elle a alors préféré accepter les conditions de son ex. Donc, pas de pension alimentaire pour elle, une pension alimentaire pour les enfants riquiqui, et un partage en séparation pure et simple. Alors qu'elle aurait pu faire valoir un investissement dans la maison, qu'elle aurait pu demander une pension alimentaire pour elle, une pension alimentaire plus importante pour les enfants, mais elle n'a pas voulu s'engager là-dedans. Lui, il a fait une proposition qui n'était pas non plus catastrophique, mais qui était, à mon avis, quand même assez nettement en deçà des droits auxquels elle pouvait prétendre. [...] On a fait ça entre avocats, oui. Après, la signature de l'accord, un notaire a dû s'occuper de la maison, évidemment, la mutation immobilière, mais la négociation était entre avocats.»⁶³⁶

3. *Procédures inadaptées aux violences conjugales*

253. L'étude révèle que dans l'hypothèse de violences conjugales, les procédures semblent peu adaptées. Selon les professionnel·le·s interrogé·e·s, le

⁶³⁵ FENH2.

⁶³⁶ FEAH16.

cadre juridique de la séparation, tantôt invisibilise, tantôt fragilise encore plus les femmes victimes de violences⁶³⁷.

Deux illustrations témoignent de possibilités que les violences conjugales passent « sous le radar » de la justice, avec un concours de la victime, de l'auteur/trice et même du/de la magistrat-e.

254. Une victime de violences pourrait ainsi passer d'une démarche contentieuse vers une démarche de médiation ou de négociation. La présence et le rôle des avocat-e-s ne sont alors pas les mêmes.

« C'est une dame qui a déjà au moins 60 ans. Et elle arrive ici et avait dit au téléphone : "il y a une dimension de séparation, de divorce". Elle est mariée mais elle raconte – ça dure une heure et demie – que ce monsieur, avec qui elle est depuis 20 ans, est violent. Mais jusqu'à lui avoir déjà cassé la clavicule, le nez, enfin des choses *trash*. Et donc on en parle, et c'est un milieu, là pour le coup, un milieu social plus favorisé, avec un monsieur qui a clairement une emprise sur madame, qui a aussi une petite notoriété dans son milieu, un gros réseau, etc. Et donc finalement, on se rend compte très vite qu'il y a quelque chose qui ne va pas et on discute avec madame. Et là, elle a vraiment, enfin, une espèce de prise de conscience [...]. Et donc on gère avec une autre avocate, qui fait du patrimonial justement, comme il y avait cette question de potentiel régime matrimonial à liquider, et des biens derrière [...] Donc on lui évoque effectivement la possibilité de porter plainte. Et on lui explique tout, elle est sous le choc mais on sent que ça se digère vraiment. Et on la revoit et elle arrive à un moment donné, on est déjà à la troisième consultation, et elle dit : "Ha, monsieur veut faire une médiation. Il a déjà pris rendez-vous avec la médiatrice...". Donc nous, on lui réexplique, on la voit plusieurs fois, on lui fait un avis, on lui re-répète par écrit ce qu'on lui a dit, pour qu'elle enregistre bien, en lui disant : "Écoutez, ce que vous nous décrivez, on pense que ce n'est vraiment pas du tout normal, on vous déconseille d'entamer une médiation." En lui expliquant qu'il y a un déséquilibre – on voit le déséquilibre – qu'il y a une emprise, qu'entamer un processus comme ça avec une personne qui a déjà un pouvoir... bref, on lui explique bien tout. Et là, elle nous a écrit ce matin en disant : "Je voudrais quand même lui parler, donc j'aimerais bien une négociation." Parce qu'on lui a expliqué les différences, etc. Donc elle a dit : "OK, pas de médiation". Et elle veut en tout cas faire une réunion de négociation avec les avocats. [...] Et finalement, on est arrivé à se dire que ce n'était pas impossible, si c'était bien cadencé par nous, c'est-à-dire qu'on soit présentes à toutes les étapes [...] Finalement, c'est dire quelque chose à monsieur aussi, c'est dire : "On peut parler, mais madame est toujours à couvert". Mais là, ce serait de la pure négociation. On n'est plus du tout dans les trucs de médiation. Nous, dans cette situation-là, on oublie clairement. »⁶³⁸

255. Une avocate relève par ailleurs que, même si théoriquement, la question des violences peut être mise au jour dans le cadre d'une procédure de divorce

⁶³⁷ En ce sens : FEAF1, FEAF2, FEAF4.

⁶³⁸ FEAFF15.

pour désunion irrémédiable prouvée (*supra*, n° 91), la loi permet de modifier le motif invoqué initialement (les violences) et lui préférer une cause, plus neutre, soit l'écoulement du délai de six mois de séparation de fait. Du point de vue de l'avocate interrogée, ce transfert de cause du divorce par le/la magistrat-e, avec l'accord de l'autre époux-se, est à considérer comme une souffrance complémentaire pour la victime de violences conjugales.

«Mais moi évidemment, dans l'idéal, je conseillerais à madame de faire une procédure [de divorce contentieux]; et je ferais d'office un paragraphe 1^{er} pour cette madame. [...] Parce qu'en fait, tu peux faire valoir [la violence]. [...] L'enjeu, c'est... Il y a la reconnaissance en fait... On ne divorce pas juste parce que les deux [conjointes] sont d'accord. [...] Oui, mais on est hyper frustrées sur ce point. [...] En fait, donc on ne peut jamais demander un paragraphe 1^{er}, tout seul, on demande toujours le paragraphe 2 ou 3 à titre subsidiaire, mais on essaie toujours vraiment à titre principal, que le divorce soit prononcé immédiatement, pour qu'il y ait cette reconnaissance des violences, de la situation dans laquelle le bénéficiaire [de l'assistance juridique] se trouve. Et en fait, systématiquement dans les dossiers, dès que la partie adverse marque son accord, ça passe en paragraphe 2 [divorce pour le motif de l'écoulement du délai de six mois et non le motif des violences]. Parce que généralement, les parties sont séparées depuis assez longtemps. [...] Et donc le juge dit: "Voilà, je constate [l'écoulement du délai]." Mais ce n'est pas normal en fait. Les femmes, elles ne demandent pas le divorce pour [la séparation de fait de six mois] [...] [les violences]. Ça passe sous le radar en familial, mais ce n'est pas normal.»⁶³⁹.

L'avocate insiste sur les attentes d'une victime d'être entendue et non silencieuse dans la procédure.

«J'ai l'impression quand même que c'est important pour les personnes de pouvoir s'exprimer devant un tribunal, de pouvoir avoir, enfin avoir eu en tout cas l'impression, d'avoir été entendues. Je veux dire que si elle est victime de violences et qu'en fait, le juge va lui dire: "Mais en fait ce n'est pas grave madame, le délai est atteint, monsieur est d'accord, vous êtes divorcés et ne vous inquiétez pas, vous serez divorcés." En fait, OK, c'est ce qu'elle attend, d'être divorcée, mais derrière tout ça, il y a un iceberg...»⁶⁴⁰

Les avocates interrogées sont toutefois lucides sur les doutes et le malaise qui saisissent le/la juge au moment d'acter qu'un divorce est demandé pour cause de violences alors qu'aucune condamnation pénale n'existe. Cette attitude leur semble compréhensible pour un-e magistrat-e, mais elle peut avoir un effet de genre.

«Non, la loi n'est pas claire en fait. Je pense que c'est la jurisprudence. [...] Oui, mais parce qu'évidemment [les juges] ne se compliquent pas la vie. Ils disent: "Le délai est

⁶³⁹ FEAFF15.

⁶⁴⁰ FEAFF15.

atteint et au moins je ne me prononce pas sur les [violences].” Enfin, c’est vrai que c’est difficile de se prononcer, s’il n’y a pas eu de jugement au pénal, de condamnation. Enfin ils sont très frileux. [...] À partir du moment où il n’y a pas eu de condamnation pénale, le tribunal de la famille, selon moi, a du mal à se prononcer. Enfin, il botte en touche... [...] Et c’est vrai que c’est compliqué. Enfin je veux dire, je me mets à la place du magistrat : il y a une information qui est ouverte pour violences, il n’y a encore rien de sûr [...] le juge, il va se dire : “Bon, si ça tombe, ils vont classer sans suite, et moi je vais reconnaître des violences dans mon jugement”. Enfin, ils sont frileux, pour moi, ils sont frileux.»⁶⁴¹

Un magistrat relève au contraire qu’il ne lui est pas problématique de prononcer un divorce sur la base de violences en application de l’art. 229, § 1^{er}, du Code civil, pour autant que les pièces soient suffisantes et convaincantes.

«Moi je n’ai pas eu de problème à prononcer les divorces sur base du paragraphe 1^{er} et je le fais assez fréquemment. [...] Pas beaucoup parce que c’est vrai que souvent, finalement, les gens et les avocats y compris, vont s’orienter un petit peu naturellement vers les paragraphes 2 et 3, où il n’y a rien à démontrer, sauf la séparation. Mais ça arrive quand même que le divorce soit demandé sur la base du paragraphe 1^{er} et que l’avocat insiste. Mais alors, je le fais si j’ai des pièces dans le dossier qui me permettent d’objectiver qu’il y a effectivement une désunion irrémédiable. Parce que c’est ça, le paragraphe 1^{er}. Le paragraphe 1^{er}, c’est : “Le juge peut sans attendre l’écoulement des délais, constater la désunion irrémédiable”. [...] Le fait que, par exemple, des plaintes aient été déposées. Donc si madame, par exemple, ou si monsieur, selon les cas, a déposé plainte pour des violences, une fois, deux fois... que par la suite, les parties ont fait vie à part et qu’elles demandent le divorce en justice, même si monsieur devait contester les violences... ce que je remarque, c’est qu’il y a en tout cas l’une des parties qui s’en plaint. Et qu’elle agit de manière cohérente avec ce dont elle se plaint puisqu’elle va à la police et qu’ensuite, elle dépose une requête pour obtenir le divorce en justice et que, quand elle comparait à l’audience, elle le demande.»⁶⁴²

4. Conclusion

256. Les professionnel-le-s semblent s’accorder sur le fait que l’accès au tribunal de la famille, plus ou moins limité selon le statut conjugal, ne fait plus sens eu égard aux multiples formes de couples et de familles à ce jour.

L’étude vient par ailleurs questionner la maxime populaire en Belgique selon laquelle «un mauvais accord vaut mieux qu’un bon procès». Dans les cas de séparation ou de divorce, il ressort effectivement du discours des professionnel-le-s que lorsque les termes de la séparation sont laissés à la libre négociation des parties, hors du contentieux judiciaire, l’intérêt patrimonial des partenaires économiquement plus faibles (singulièrement les femmes)

⁶⁴¹ FEAFF15.

⁶⁴² FEMH3.

est moins bien pris en considération que lorsque des avocat·e·s les conseillent individuellement et que les magistrat·e·s peuvent avoir un regard sur la situation.

Enfin, quelques témoignages révèlent à quel point les procédures de séparation, amiable ou contentieuse, ne s'articulent pas toujours avec les situations de violences domestiques – soit qu'elles invisibilisent ces violences, soit qu'elles ne les prennent pas en considération – et par conséquent, ne permettent pas de répondre adéquatement aux besoins de protection (sur le plan économique, entre autres, notamment par une protection alimentaire) des victimes de ces violences.

B. PROTECTION ALIMENTAIRE ENTRE ÉPOUX·SES

1. Introduction

257. Le droit belge organise un système de protection alimentaire entre (ex-) époux·ses en cas de séparation : avant le divorce (secours alimentaire) ou après le divorce (pension alimentaire) ; les couples non mariés en sont privés (*supra*, n^{os} 108 et 119). Le secours alimentaire, plus « aisé » à obtenir que la pension alimentaire, vise à prolonger le train de vie existant durant la vie commune et est souvent tributaire des revenus du/de la conjoint·e économiquement plus fort·e. La pension alimentaire ne poursuit pas la même vocation que le secours alimentaire et suit des conditions légales quant à son montant et à sa durée, visant à compenser une éventuelle dégradation de la situation économique d'un·e conjoint·e en raison du mariage ou exceptionnellement, en raison du divorce (*supra*, n^o 92).

L'enquête de terrain a été nourrie de commentaires sur cette double protection alimentaire, tant sur son principe que sa mise en œuvre. La protection alimentaire, liée aux revenus, est pertinente dans le cadre d'une analyse de la transmission générée du *capital* dans le couple, car les professionnel·le·s témoignent du fait qu'elle est (ultra-)majoritairement sollicitée par des femmes, tant en procédure amiable⁶⁴³ que contentieuse⁶⁴⁴, et que sa présence ou son absence détermine la capacité de ces femmes à investir en capital.

2. Tendance à l'évitement de la protection alimentaire dans le cadre amiable

258. Les notaires interrogé·e·s⁶⁴⁵ relèvent qu'en cas de divorce par consentement mutuel, les conjoint·e·s renoncent très souvent à la double protection alimentaire en faveur de l'époux·se, même quand une différence de revenus dans le couple justifierait qu'une telle protection soit mise en place.

⁶⁴³ Notamment : FENH3, FENH6, NQNH5, FQNH1.

⁶⁴⁴ Notamment : FQMF2, FEAH16, FQMH1, FEAF1, FEMHF3.

⁶⁴⁵ Notamment : FENH1, FENH2, NQNH5, FENH11, FEMH3, FENF5.

L'on constate donc une mise à l'écart d'une protection juridique formellement égalitaire, spécifique aux couples mariés, le cas échéant sous l'influence d'un biais de genre, comme démontré en France⁶⁴⁶.

259. Certain-e-s notaires évoquent le fait que le principe d'une pension alimentaire de longue durée ou illimitée dans le temps constitue paradoxalement une contrainte pour les bénéficiaires, du fait du maintien d'un lien (non désiré) entre les ex-époux.ses. Une notaire témoigne du fait qu'il lui semble plus opportun d'accompagner les couples dans une réflexion sur les alternatives possibles (une capitalisation ou d'autres formules).

«La pension alimentaire, effectivement, comment dirais-je, c'est quelque chose qui va au-delà de la majorité des enfants, donc, ce n'est pas pour un certain temps, par rapport aux enfants où l'on peut se dire : "On a encore dix ans devant nous, et cetera". Là, c'est une manière de maintenir un lien. [...] Ce n'est pas très heureux, la plupart du temps. Parce qu'un lien peut dire aussi "non-liberté". Donc ce n'est pas quelque chose de très heureux. C'est pour ça que, le plus souvent, on essaie de capitaliser ou de trouver une autre solution.»⁶⁴⁷

260. Devant les notaires ou à l'issue d'une procédure de médiation, l'accord portant renonciation (à la protection alimentaire) présenté par les époux.ses aux notaires est toujours appréhendé dans sa globalité. Il est considéré comme porteur d'un équilibre délicat. Un équilibre auquel les professionnel.le.s ont parfois contribué en suggérant des pistes (comme des alternatives ou des compensations à la renonciation de la protection alimentaire) sans pour autant imposer une formule qui déstabiliserait les acquis de la négociation entre époux.ses⁶⁴⁸.

Certain-e-s notaires témoignent d'une compensation implicite entre la renonciation à une pension alimentaire et des postes du **règlement patrimonial**⁶⁴⁹. Ils ne se prononcent pas sur l'équivalence financière des compensations.

«En général, s'il y a un blocage sur une attribution ou sur la valeur d'un bien qui est repris, par exemple, madame veut reprendre l'appartement et monsieur pas – l'appartement trois chambres pour loger les enfants – ils commencent à discuter. "Déjà, s'il n'y a pas de pension alimentaire entre époux, il faudrait que madame ait un train de vie plus ou moins similaire à auparavant, pour le bien de vos enfants." Donc souvent, on met ça sur la table pour que monsieur soit moins exigeant sur la soulte

⁶⁴⁶ Chapitre 2, *supra*, n° 62.

⁶⁴⁷ FENH4.

⁶⁴⁸ FENF5.

⁶⁴⁹ FENH4.

qu'il exigerait pour la reprise du bien par madame s'ils sont mariés en séparation de biens. C'est un argument que je reprends souvent»⁶⁵⁰.

La renonciation à la protection alimentaire peut trouver une forme de compensation, non seulement dans d'autres volets des conventions préalables au divorce par consentement mutuel, mais aussi dans le désamorçage de tensions sur l'octroi ou le montant de contributions alimentaires en faveur des enfants.

Plusieurs notaires⁶⁵¹ confirment qu'il est symboliquement compliqué pour le/la débiteur/trice d'aliments de payer un montant à son ex-époux-se et que la pension alimentaire après divorce est généralement déplacée sur la tête des enfants. Payer pour les enfants, ce serait payer moins longtemps, pour sa propre famille, de façon mieux encadrée (barèmes, jurisprudence, obligation de motivation du calcul – art. 1321 C. jud.) et, dans la représentation du/de la débiteur/trice, ce serait peut-être moins onéreux.

Cette attitude dans le chef du/ de la débiteur/trice, si sa mise en œuvre est facilitée par les pratiques, contribue à écarter une protection formellement égalitaire. Elle a un effet genré⁶⁵², car entre la pension alimentaire entre conjoint-e-s ou la contribution alimentaire au bénéfice des enfants, les montants, la temporalité, la fiscalité et la force contraignante sont fondamentalement différents (*supra*, n° 95).

«Ja. Meestal willen ze – ja, ik spreek ook weer in termen van de man – wil de man voor de kinderen wel bijdragen, maar niet voor de echtgenote. En dan vind ik dat daar een zeer faire alimentatie voor de kinderen komt, of een zeer faire kindregeling.»⁶⁵³

«La pension alimentaire entre époux, si j'en ai vu quatre, c'est beaucoup. Par contre, des pensions alimentaires entre époux déguisées sous forme de pensions alimentaires pour les enfants... [...] Le mérite est de laisser l'apparence que monsieur n'a pas vraiment donné une pension pour son épouse ; c'est pour les enfants ; mais indirectement, ça permet quand même à la maman des enfants d'en vivre aussi ; très fréquemment, on va vers cette piste-là. Parce que le sujet, il ne faut pas se mentir, est un tabou.»⁶⁵⁴

261. À la question de savoir quel type de **conseils** sont donnés sur la protection alimentaire, plusieurs notaires répondent qu'ils se prononcent peu sur l'opportunité ou le calcul du montant. Il ressort des entretiens que la logique du

⁶⁵⁰ FENH1. Cette configuration contraste avec le scénario mis en lumière en France où, souvent, des épouses font face à une faible pension alimentaire en l'absence de revenus suffisants de l'ex-mari, et à une reprise de l'immeuble par celui-ci avec une évaluation avantageuse pour le reprenneur (comptabilité inversée – *supra*, n° 60).

⁶⁵¹ Notamment : FENH6, FENH4, FENH10.

⁶⁵² Dans le même sens : C. BESSIERE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, pp. 203 et s. et pp. 245 et s.

⁶⁵³ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 457.

⁶⁵⁴ FENH1.

divorce par consentement mutuel implique que les parties présentent un accord ou y parviennent rapidement. À défaut, les notaires renvoient les couples vers des avocat-e-s pour une médiation ou une procédure contentieuse, ou au préalable chez un-e professionnel-le du chiffre (le/la comptable des parties par exemple).

« Il n'y a pas de discussion là-dessus, en général, ils ont un accord. L'épouse ou l'époux demandeur de la pension alimentaire, à nouveau, c'est plus souvent l'épouse. »⁶⁵⁵

« La plupart du temps, chez moi, ce n'est pas mis. Il n'y en a pas. Non. Monsieur et madame gagnent la même chose. Dans la plupart de mes divorces, ils gagnent la même chose. Alors, j'ai peut-être beaucoup de chance, mais en tout cas je n'ai jamais de divorce où madame n'a pas d'emploi et monsieur a des sous. Si ça arrive, et bien on fait un calcul, on regarde combien ça vaut. On en discute. Généralement, ils en ont déjà discuté. Et on se met d'accord sur un montant. Mais je n'ai jamais eu de discussion par rapport à ça. Si j'ai des discussions, ça part aux avocats. Et souvent, je leur conseille une médiation, je ne leur conseille pas un avocat. Je leur conseille une médiation par avocat. »⁶⁵⁶

Un notaire met en lumière le comportement, vraisemblablement ordinaire pour un homme, consistant à dissimuler le véritable montant de ses revenus afin de se soustraire à l'obligation de payer une pension alimentaire à sa conjointe.

« Le moins possible, parce que c'est compliqué. Vous pensez que les gens vont arriver devant leur femme en disant : "Je gagne autant" s'ils ne sont pas obligés de le dire ? Et si ça fait six mois qu'il prépare son coup ou un an qu'il prépare son coup. C'est compliqué. Je trouve que l'autorité judiciaire est plus à même d'imposer ça que moi. Moi, je n'ai aucun pouvoir d'imposer. [...] Mais alors je conseille un ou deux avocats : "Allez faire les calculs de ce que ça peut [valoir]..." Ça, je l'ai déjà fait assez souvent. »⁶⁵⁷

Le devoir d'impartialité des notaires est invoqué pour justifier qu'ils/elles s'abstiennent de conseils pouvant être considérés comme une prise de position plus ou moins favorable à l'un-e des époux-ses, même s'il y a une différence de capacité financière (notamment en suggérant le paiement d'une pension alimentaire ou en donnant une appréciation du montant envisagé). La rétention de critiques d'un accord par les notaires peut avoir un effet de genre.

« En plus, le problème c'est que parfois, on est proche d'un accord. Et à l'inverse, dans les situations où franchement ce serait bien, même si ce n'est pas forcément parfait, il y en a un qui va consulter un avocat et "paf", tout tombe. Alors ça, c'est

⁶⁵⁵ FENH1. On se rappellera la tendance à ne pas questionner les accords même déséquilibrés : choix d'un régime séparatiste, rejet du correctif judiciaire en équité – *supra*, n^{os} 210 et 230.

⁶⁵⁶ FENH2.

⁶⁵⁷ FENH11. Ce dernier témoignage met à jour la pratique de « production de complexité ou d'ignorance » mise en évidence en France (*supra*, n^o 61).

très très dommage. Ça dépend des avocats. Il y a des avocats vraiment agressifs et je trouve que c'est très dommage pour la paix des ménages, enfin, des ex-ménages. Par contre, dans des situations où j'ai le sentiment qu'il y en a un des deux qui se fait bernier et qu'il n'a pas le réflexe d'aller chez un avocat, oui, c'est vrai que là, je me dis que ça aiderait – vu que moi je dois être impartiale – qu'elle puisse avoir pris un conseil chez un avocat. Et qu'en fonction du conseil que cet avocat lui aura donné, elle décide en âme et conscience et en ayant les infos en sa possession ; qu'elle accepte les conséquences de ce divorce par consentement mutuel, aussi, pour d'autres raisons que financières. Encore une fois, c'est peut-être pour la paix de la famille, des enfants, je n'en sais rien. Il peut y avoir d'autres raisons qui font qu'elle estime que même si elle avait droit à une pension, finalement, elle n'en veut pas.»⁶⁵⁸

3. *Les freins à l'obtention de la protection alimentaire en cas de procédure contentieuse*

a. Les femmes

262. L'étude empirique met en évidence un premier frein à la protection formellement égalitaire qu'est la pension alimentaire : les *attitudes des femmes elles-mêmes*⁶⁵⁹.

Plusieurs avocat-e-s affirment qu'il arrive que leurs clientes renoncent à une pension alimentaire, alors qu'elles se trouvent dans les conditions légales pour l'obtenir⁶⁶⁰, pour des raisons symboliques : fierté, évitement d'une dépendance financière, facilitation de l'obtention de contributions alimentaires pour les enfants (*supra*, n° 260).

«Souvent, non, mais ça arrive car elles ne veulent plus dépendre financièrement de leur mari ou car l'accord se négocie mieux quand on augmente la part contributive des enfants et qu'on réduit ou qu'on supprime la pension alimentaire après divorce. Et pour les hommes (demandeurs), c'est plutôt rare, mais c'est essentiellement une question de fierté.»⁶⁶¹

«Et d'ailleurs, il faut quand même bien aussi admettre que ça correspond aussi à une évolution, c'est-à-dire que je pense qu'il y a beaucoup de femmes – enfin, moi je le constate chez mes clientes – qui n'ont pas envie de dépendre de leur ex. Ça c'est clair. Et là, je ne pense pas que ce soit une question de contrainte ou de rapport de force. C'est simplement une question de choix personnel : “Moi je n'ai pas envie de dépendre de ce mec, point à la ligne. Je me débrouillerai bien. Oui, je vais passer de

⁶⁵⁸ FENF5.

⁶⁵⁹ En doctrine, une autrice s'insurge contre le régime de communauté, en ses aspects tutélaires et plaçant les femmes en symbolique d'assistées (A.-M. LEROYER, *Droit de la famille*, Paris, PUF, 2022, p. 253, n° 331 ; *supra*, n° 62).

⁶⁶⁰ FQAF1.

⁶⁶¹ FQAF2.

temps partiel à temps plein, et cetera, et cetera. Il n'est pas question qu'il me verse quoi que ce soit.»⁶⁶²

«Oui, car elles font le choix de ne plus dépendre économiquement de leur ex, quitte à changer complètement de statut social. Je n'ai jamais rencontré d'hommes dans les conditions juridiques pour demander une pension alimentaire (jamais d'interruption de carrière, jamais de temps partiel, jamais de différenciation économique déséquilibrée en leur défaveur).»⁶⁶³

b. Le cadre juridique

263. L'étude empirique met également en évidence un deuxième frein à la protection alimentaire : le cadre juridique. Sur celui-ci, le législateur a pris, au contraire de la dimension symbolique.

La longueur, la difficulté et l'incertitude de l'issue de la demande de protection alimentaire en justice sont citées. Une multitude d'entraves plus que de freins sont identifiées, dont les femmes doivent se délier avant d'obtenir cette protection : accès au conseil personnalisé, conditions légales floues ou complexes, attitude des magistrat·e·s, délais d'attente, problèmes d'exécution.

264. Prenant le cas du secours alimentaire (avant divorce), une avocate explique que ce secours est *tardif* dans sa mise en œuvre, n'intervient pas dans le temps prévu par le législateur. Il y aurait une contradiction entre la perception salvatrice du droit au secours par les clientes qui ignoraient son existence, et leur confrontation aux efforts pour le conquérir. La protection formellement égalitaire ne rencontre pas son objectif, à cause des règles de procédure.

«D'abord, je dirais que je pense qu'il y a une énorme proportion de personnes qui n'ont aucune idée des possibilités de demander des aliments entre adultes. [...] L'idée qu'il existe une possibilité d'en demander, c'est souvent un truc que moi j'annonce et qui constitue en fait une espèce de petite bonne nouvelle dans l'avalanche de choses difficiles dans une consultation. Pour beaucoup de personnes – ils sont tous surpris – enfin, pour beaucoup des femmes, c'est : “Tiens, OK, et ça peut changer les choses !” Avec toutefois le gros frein que ce sont des droits qu'il faut gagner et qu'il faut faire exécuter. Et donc, ça ne résout aucun problème à titre immédiat. C'est-à-dire que le secours alimentaire, il est conçu, soi-disant, pour permettre de tenir jusqu'au divorce quand il y a des séparations. Mais ça ne marche pas comme ça, parce qu'en réalité, tu dois aller le plaider, puis avoir ton jugement, le faire exécuter. Et donc en réalité, ça ne sert à rien. Si, ça sert à fond après, mais ça sert à rembourser les dettes que tu fais autour de toi ou à résoudre une situation plus tard. Mais c'est très rare que la question du secours serve effectivement à faire le lien entre la séparation et le divorce dans les faits, je dirais. Mais néanmoins, ça reste quand même intéressant

⁶⁶² FEAH16.

⁶⁶³ FQAF1.

parce que ça permet aux gens, parfois, de se dire : “OK, je peux tenir quelques mois de plus en habitant chez ma sœur ou chez ma voisine parce que je sais que en fait, je vais avoir de l’argent qui va potentiellement tomber.” Donc ça fait une différence, mais ce n’est pas de l’immédiat. Or je crois que ça avait été conçu comme ça. L’idée du secours, typiquement, en théorie, c’est censé maintenir un train de vie jusqu’à ce que le divorce soit prononcé et donc permettre aux gens de se retourner et de prendre le temps qu’il faut. [...] Je ne sais pas ce qu’on pourrait mettre en place pour ça aille plus vite.»⁶⁶⁴

265. Un entretien avec un magistrat permet de relever un paradoxe dans la loi à propos du devoir de secours, en cas de *violences conjugales* : la durée du secours au profit d’une victime de violences peut être réduite si celle-ci demande le divorce pour ce motif, puisqu’elle obtiendra immédiatement le divorce, sans attendre l’écoulement du délai de séparation légal de six mois, applicable en cas de divorce sans autre motif particulier. Le magistrat relève l’intérêt que ce délai raccourci représente pour le débiteur d’un secours alimentaire : payer moins longtemps et donc un moindre montant. Les personnes victimes de violences n’auraient donc pas intérêt à invoquer ces violences comme motif de séparation car elles pourraient être privées d’une partie du droit de secours reconnu (six mois minimum) aux personnes qui divorcent sans motif.

«Le paragraphe 1^{er}, c’est : “Le juge peut sans attendre l’écoulement des délais, constater la désunion irrémédiable”. [...] Le fait que, par exemple, des plaintes aient été déposées. Donc si madame, par exemple, ou si monsieur, selon les cas, a déposé plainte pour des violences, une fois, deux fois... que par la suite les parties ont fait vie à part et qu’elles demandent le divorce en justice, même si monsieur devait contester les violences... ce que je remarque, c’est qu’il y a en tout cas l’une des parties qui s’en plaint. Et qu’elle agit de manière cohérente avec ce dont elle se plaint puisqu’elle va à la police et qu’ensuite, elle dépose une requête pour obtenir le divorce en justice et que quand elle comparait à l’audience, elle le demande. De nouveau, dans le contexte des questions qui peuvent se poser quant au secours alimentaire qui est dû depuis la séparation jusqu’à la dissolution du mariage, donc jusqu’au moment où mon divorce est définitif, ça peut avoir un intérêt, pour celui qui devrait payer un secours alimentaire, que cette période-là soit la plus courte possible.»⁶⁶⁵

Une avocate signale un autre paradoxe dans la loi : la suppression de pension alimentaire au bénéfice de l’auteur de violences conjugales.

«Vous savez, c’est exactement comme pour la violence conjugale, c’est dans presque 100 % des cas, les femmes qui sont victimes et donc, vous allez dans le Code civil : quatre mesures pour lutter contre la violence : le fait qu’on supprime une pension alimentaire à celui qui est violent, mais l’homme n’est jamais en position de demander une pension alimentaire, donc, c’est une mesure qui tombe à l’eau ; même chose en ce

⁶⁶⁴ FEAF1.

⁶⁶⁵ FEMH3.

qui concerne la délégation de somme, on ne peut pas avoir de délégation de somme si on s'est rendu coupable [de violences]. [...] Voilà ; l'attribution préférentielle, fort bien, étendue à toutes les formes de conventions matrimoniales, mais il faut pouvoir racheter... Donc, et bien, les mesures sont totalement contre-productives en matière de violences.»⁶⁶⁶

266. Comme la doctrine, le terrain considère la loi de 2007 sur la protection alimentaire comme restrictive et centrée sur une preuve difficile de deux notions ouvertes : *l'état de besoin* et *la dégradation significative de la situation économique*. Est soulignée la difficulté du passage, depuis 2007, d'une pension fondée sur le partage des niveaux de vie à une pension voulue « économique ». Les témoignages ci-dessous illustrent le rôle des magistrat-e-s qui ont dû appliquer immédiatement ce critère nouveau. Nous y reviendrons pour vérifier si leur pratique est affectée d'un biais de genre (*infra*, n° 271).

« La pension, quand vraiment les dames y ont droit, c'est qu'elles sont dans un état de besoin assez criant. Et donc, généralement, on négocie pour qu'il y ait quand même quelque chose, parce qu'autrement elles ne savent pas vivre tout simplement. Le spectre du droit à la pension alimentaire après divorce a été vachement réduit par le changement législatif de 2007. Et donc, ce sont vraiment des dames dans des situations de besoin. Autrement dit, elles ne savent même pas se loger [...] La modification législative, pour moi, elle était trop radicale, parce que ça n'a pas tenu. Il y a eu énormément de femmes qui ont été laissées pour compte. La loi a été plus vite que le changement sociétal pour moi. Et donc, il y a plein de femmes qui se sont retrouvées dans des situations, comme je disais tout à l'heure, où, et bien oui, elles avaient bossé 30 ans comme, je ne sais pas moi, secrétaire de médecin, et puis elles se retrouvaient à 55 balais avec rien. Et là, il fallait prouver un état de besoin qui, de toute façon, est moindre que ce qu'on pouvait avoir avant. Donc, il y a eu quand même pas mal de drames. Maintenant, il y a moins ce problème parce que les femmes s'assument plus, même si elles gagnent moins que les hommes.»⁶⁶⁷

Alors que plusieurs avocat-e-s affirment que les conditions légales se sont durcies, notamment par la preuve d'un état de besoin⁶⁶⁸, un autre avocat considère que la loi de 2007 ne fait que confirmer une jurisprudence qui s'appliquait déjà :

« Et à l'époque, on était quand même encore avant la réforme de 2007 en matière de divorce et donc, on pouvait normalement espérer que la solidarité des époux puisse trouver cette prolongation, dans le devoir de secours d'abord, et puis dans la pension alimentaire après divorce. Mais les juges étaient très durs, même pour ces femmes-là, alors que c'était un choix que des époux avaient marqué. [...] J'ai eu plusieurs dossiers où j'étais vraiment choqué de la manière dont les tribunaux ont pu dire à ces gens : "On vous donne pendant six mois quelque chose, mais en six mois vous devez vous débrouiller et trouver une activité." Alors que c'était souvent des femmes qui

⁶⁶⁶ FEAF8.

⁶⁶⁷ FEAF13.

⁶⁶⁸ Notamment : FEAF2, FEAF7, FEAF14.

avaient plus de 50 ans, qui n'avaient plus travaillé pendant 20 ans, donc retrouver en six mois quelque chose, à part être femme de ménage, je ne vois pas très bien ce qu'elles pouvaient espérer sur le marché de l'emploi. Ici, la loi a plutôt consacré ce que la jurisprudence consacrait déjà. C'est-à-dire, de diminuer les conditions d'accès à la pension alimentaire après divorce, puisqu'il faut pouvoir prouver un état de besoin. [...] La loi est claire en disant : "Mais écoutez, chacun a d'abord le devoir de subvenir à ses besoins et de veiller à son avenir."»⁶⁶⁹

Un magistrat témoigne du fait que l'état de besoin et la dégradation significative de la situation économique ne sont pas toujours interprétés de la même façon d'un-e magistrat-e à l'autre.

«Par rapport à la dégradation de la situation économique par rapport au mariage, apparemment il y a une tendance qui dit : "Oui, mais si madame gagne sa vie de façon à ce qu'elle puisse couvrir ses besoins, et bien, elle n'est pas en état de besoin, c'est fini, je ne discute plus." Alors qu'il y a quand même toute une tendance qui dit : "On doit tenir compte, même si on ne peut plus dire que c'est le train de vie durant la vie conjugale – ça c'était l'ancien critère – malgré tout, indirectement, de l'ampleur de la dégradation de la situation". [...] Parce que dans l'exemple dont on a discuté, on parlait de monsieur qui aurait des revenus très confortables et parce qu'il y a eu un arrêt de la Cour de cassation, justement, on a alloué 5.000 euros de pension alimentaire après divorce à la dame. Et je dis à ma collègue : "Mais alors dans ta théorie, si madame avait gagné 1.800 euros par mois – ici, il n'y avait aucun revenu – tu ne lui aurais rien donné ?" – "Ah non", dit-elle, "je n'aurais rien donné." [...] C'est un peu *hard*. Elle considère que c'est un revenu, que c'était suffisant [pour ne pas être en état de besoin].»⁶⁷⁰

267. Le regard plutôt sévère des tribunaux serait aussi lié à une condition légale de *persistance et non imputabilité de l'état de besoin*, qui détermine, en cascade, la durée de la protection alimentaire. Il faut que le/la bénéficiaire n'ait pas la possibilité – pendant une période fixée par le/la juge – de sortir seul-e de cet état de besoin.

«Si on a une dame qui a un mariage de vingt ans et a 50 ans, elle aura du mal à retrouver un boulot, un autre boulot, [...] parce qu'elle n'est plus très concurrentielle sur le marché, qu'elle s'occupait des gosses et que son mari a fait carrière dans ce temps-là, c'est clair que là on va arriver à des montants élevés. Par contre, si on a un mariage qui a duré dix ans ou douze ans, avec deux enfants, une femme qui travaille à mi-temps, qui a 40 ans ou 45 et qui est encore active, à ce moment-là, le juge va dire : "Vous restez concurrentielle", entre guillemets, "donc débrouillez-vous." C'est un peu ça l'idée de la loi»⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ FEAH10.

⁶⁷⁰ FEMH1.

⁶⁷¹ FEAH16.

« Alors, je n'ai pas tellement que cela de demandes de pension alimentaire après divorce. Quand c'est arrivé, parfois, c'était après un mariage relativement court et dans ce cas-là, très clairement, la pension alimentaire après divorce a été limitée à la durée du mariage. Quand c'était un mariage plus long et que l'épouse – parce que ça arrivait aussi pour un homme, mais c'était souvent l'épouse – était quand même déjà à un âge avancé et qu'elle avait très manifestement mis sa carrière de côté pour accompagner les choix de carrière de son mari, je n'ai pas limité la durée de la pension. Il m'est arrivé, je pense, de la limiter quand la créancière d'aliments ou le créancier d'aliments ne me démontrait pas une aptitude... était assez peu [...] actif et peu démonstratif de ses efforts, ou voire même présentait assez peu d'arguments au soutien de sa propre demande [...] en faisant la preuve de recherche d'emploi. »⁶⁷²

Le caractère alimentaire de la pension veut que celle-ci ne soit pas accordée si l'on est en mesure de subvenir seul-e à ses besoins, y compris en augmentant son temps de travail, dans l'hypothèse d'un travail à temps partiel. Les magistrat-e-s témoignent qu'ils/elles examinent toujours cette option⁶⁷³.

« J'estime qu'il faut apprécier cela *in concreto* : quelle est la situation concrète de l'époux qui travaille à temps partiel ? Ceci amène à devoir résoudre les questions suivantes : depuis quand le fait-il ? Quel âge a-t-il ? Y a-t-il des possibilités d'accroître ce temps partiel chez le même employeur ou chez un autre employeur ? *Quid* des enfants mineurs et majeurs ? *Quid* de l'état de santé ? J'évoque souvent le critère de "l'objectivement justifié" dans mes jugements. »⁶⁷⁴

« C'est vrai que récemment, j'ai eu une infirmière qui travaillait à mi-temps et le tribunal a dû dire : "Désolé madame" – c'était le coup classique, l'hébergement égalitaire – "Vous étiez à temps partiel parce que c'était important dans votre ménage. Maintenant, vous êtes avec un hébergement égalitaire, mais un métier en pénurie. Tout le monde, et la presse, en parlent tous les jours, donc je ne vous donne pas de pension alimentaire parce que vous pourriez travailler à temps plein". Alors elle a dit : "Mon choix c'est de travailler à mi-temps." "C'est vrai que c'est respectable, mais en attendant, vous ne pouvez pas demander, maintenant que vous êtes séparés, à votre [ex] mari de continuer à faire bouillir la marmite comme avant". Elle n'était pas contente, mais on n'a pas fait appel. Non, je lui ai déconseillé de faire appel. Je pense qu'elle était affectée par le fait que le choix avait été posé pendant la vie commune et qu'après, on voulait lui imposer un changement. »⁶⁷⁵

268. La loi établit un lien entre la solidarité patrimoniale réalisée par le *régime matrimonial* et la pension alimentaire après divorce (art. 301, § 7, C. civ.). La pension alimentaire ne doit pas compenser ce que compense le régime. Une avocate observe ainsi qu'une liquidation du régime matrimonial qui laisserait

⁶⁷² FEMH2.

⁶⁷³ NEMH1.

⁶⁷⁴ FQMHI.

⁶⁷⁵ FEAH16.

une sécurité patrimoniale serait un motif de refus de la pension alimentaire puisque l'état de besoin ne serait plus établi.

«Tegenwoordig is het ook al niet meer zo gemakkelijk. Vroeger [...] werd dat nog veel gemakkelijker toegekend dan nu. Omdat de voorwaarden strenger zijn geworden en de behoefte belangrijker is. Dus er moet effectief een behoefte worden aangetoond en dat is toch wel vaak moeilijk, zeker met een onderhoudsuitkering na echtscheiding gevorderd op het moment dat het vermogen al verdeeld is. En je dus eigenlijk over financiën beschikt normaal gezien. Dus zeker als je gehuwd bent onder een wettelijk stelsel, heb je toch recht op de helft van het inkomen van uw echtgenoot op datum van ontbinding van het huwelijk. Dus dan is dat wel mooi. Dan hebben die meestal wel financiële mogelijkheden. En dan zal een rechter vaker zeggen van: "Ja kijk, die onderhoudsuitkering na echtscheiding, die gaan we niet toekennen." »⁶⁷⁶

269. La possibilité légale de *limitation de la durée* de la pension (selon la loi, au maximum la durée du mariage) incite à des attitudes très restrictives, à des pensions bien plus courtes que la durée du mariage: le temps nécessaire à la créancière pour sortir de son état de besoin (*supra*, n° 267). Une avocate insiste sur l'aspect «potentiel économique» que les magistrat-e-s renvoient aux femmes, comme un critère écartant le bénéficiaire d'une durée plus longue de la pension alimentaire. Il y a, d'une part, la responsabilité individuelle d'avoir mis une activité professionnelle entre parenthèses et, d'autre part, la responsabilité individuelle de redéployer ce potentiel économique, indépendamment des choix de couples qui auraient profité à (la carrière de) l'autre époux-se.

«Moi, je pense que clairement au niveau de la pension [après divorce], il y a un vrai sentiment que ce n'est pas adéquat. [...] Surtout pour les personnes un peu plus âgées. [...] En pratique, ces pensions très longues, on ne les voit pas tomber souvent, c'est quand même souvent limité dans le temps. Limité drastiquement. J'ai encore eu récemment un dossier où la dame a 58 ans, elle avait une méga-chouette carrière quand elle était trentenaire, donc vraiment longtemps avant, et puis elle a eu deux enfants, dont un plein de difficultés. C'est vraiment assez typique, l'homme travaille à la Commission, gros revenus. Donc là, on pourrait partir sur vingt ans de pension. Assez confortable en théorie, en tout cas on pourrait. [...] Finalement, elle a obtenu 3.100 euros pendant deux ans et puis 2.400 euros pendant encore trois ans et puis plus rien. [...] Moi je vais dire qu'elle avait eu une carrière super florissante et qu'elle avait vraiment, dans l'intérêt du couple et de la famille, mis énormément entre parenthèses. Et maintenant, à 58 ans, certes elle parlait plein de langues, elle avait des beaux diplômes et tout, mais à ce stade-là, reprendre le fil du truc... Et par ailleurs, l'homme entre-temps, il gagnait des cents et des milles en travaillant à la Commission et en ayant gravi les échelons parce qu'il travaillait jusqu'à 22h-23h et que pendant ce temps-là, c'était madame qui courait les écoles, les psys, et

⁶⁷⁶ NEAF5. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 458.

les logopèdes – il y a un gamin là-dedans qui a des gros problèmes cognitifs. Bref, tout ça pour dire que le tribunal a vraiment vu à l'envers en disant, en fait : “Cette dame a beaucoup de ressources. On comprend bien que pendant les années de vie commune, c'était un choix commun. Mais depuis la séparation – qui datait déjà d'un an et demi – elle aurait déjà dû mettre en place beaucoup plus que ce qu'elle a mis en place.” Alors qu'elle, ce qu'elle dit, c'est qu'en fait, elle était complètement sous le choc. Ça a été très dur. Elle a dû vendre sa maison, enfin beaucoup de choses qui ont été très compliquées pour elle. Et c'est vrai que je n'avais rien à mettre sur la table en termes de recherche d'emploi active. [...] Je trouve que le jugement était assez intéressant à ce niveau-là [...] Ils ont mis de côté le fait qu'elle avait 58 ans... Et ça a été limité à cinq ans, avec littéralement écrit : “Elle a les ressources et donc ça lui donne le temps”. Et elle voulait aller en appel de ça, et on n'a pas été en appel parce que par ailleurs, il était rappelé *texto* dans le jugement – et je trouve que c'est presque encore pire – qu'elle avait toujours le loisir [...], si elle a des bonnes raisons de pas y être arrivée en cinq ans, de revenir au tribunal demander une prolongation. [...] Et ça l'a rassurée. [...] Mais j'ai trouvé que c'était assez intéressant et c'est lié à toute la logique du changement de la loi qui était de dire : “Il faut fluidifier les choses ; il ne faut pas que des anciens époux soient tirés vers le bas par leurs anciennes épouses.” Ce n'est pas dit comme ça [...] mais la réalité est quand même souvent comme ça. OK, et les gens mettent entre parenthèses leur carrière et c'est pour ça qu'il y a une pension après divorce. Mais cette pension après divorce, là en tout cas, c'était littéralement écrit [dans le jugement] : c'est censé donner un petit tremplin pour permettre à la personne de reprendre sa vie en main et de refaire ce qu'elle aurait dû faire, à savoir ne pas lâcher sa carrière. Moi je trouve qu'il y a un gros côté stigmatisant : “T'as lâché ta carrière et on reconnaît que c'est un choix de couple, mais ça reste une belle [bêtise] et t'aurais pas dû”. Et c'est surtout : “C'était une bêtise. Et maintenant tu as cinq ans pour réparer ta propre bêtise, et c'est monsieur qui paye pendant cinq ans.” J'avais l'impression qu'ils disaient : “Rends-toi compte, t'as déconné de tout lâcher pendant quinze ans et maintenant, monsieur, pendant cinq ans, on lui met une bonne grosse pension, tout ça, ce n'est pas rien comme montant.” [...] Ce que je trouve très fort, c'est qu'on reproche à ces deux personnes d'avoir permis à quelqu'un d'aussi brillant, avec une si belle carrière de lâcher l'affaire. Et on reproche encore plus à madame de ne rien avoir mis en place. C'est aussi très fort lié au fait que pendant un an et demi de séparation, entre le moment du jugement et celui où monsieur s'est barré, [...] c'est de dire : “Pendant ce long moment tu n'as rien à mettre sur la table qui prouve que tu vas faire un effort et donc on te met que cinq ans parce qu'on voit bien que t'es pas du genre à bouger tes *** et on veut te forcer.” »⁶⁷⁷

Le témoignage ci-dessus est extrêmement riche sur les aspects de genre. Il illustre par exemple la pratique biaisée consistant à ne pas fragiliser financièrement les hommes débiteurs (*supra*, n° 60). Il fait aussi penser au discours notarial sur le choix contractuel et la nécessité que les femmes obligent

⁶⁷⁷ FEAF1.

leur mari à mettre en place pendant le mariage une solidarité patrimoniale (*supra*, n° 210). La durée très brève d'une pension alimentaire apparaît comme un incitant-sanction de résilience.

La limitation de durée de la pension alimentaire par le/la magistrat-e peut se doubler d'une dégressivité du montant, dans le même but de responsabiliser la créancière.

« Mais il y a eu un cas où j'ai fait droit à la demande de madame pour ce qui concerne l'année qui suivait la prononciation de mon jugement, puis en faisant décroître progressivement, pendant les trois années qui suivaient, le montant de la pension alimentaire après le divorce, en partant du principe que madame avait 37 ans et que, même si elle n'avait pas de formation, elle était quand même à un âge où on ne pouvait pas se contenter de vivre avec l'idée que c'est monsieur qui allait payer une pension alimentaire après divorce. C'est la recherche d'une certaine équité. C'est à la fois, il faut qu'il y ait quelque chose, puisqu'il y a eu une organisation au niveau de la vie de famille qui fait que..., et à la fois, la recherche d'un sens des responsabilités de quelqu'un. »⁶⁷⁸

Un autre magistrat partage l'épineuse question de l'évaluation d'une pension alimentaire quand la durée du mariage est courte mais succède à une longue vie conjugale en union libre ou en cohabitation légale. Le législateur n'est pas cohérent car la dégradation de la situation économique du/de la créancier/ère peut intervenir dès le début de la relation conjugale.

« Het komt vaak voor, en daar heb ik geen antwoord op, dat mensen gedurende een lange periode een relatie hebben gehad, lang in feitelijke en in wettelijke zin samenwonen en dan pas trouwen en dan na drie jaar huwelijk scheiden. Dan heb je het probleem dat je maar voor drie jaar een uitkering kan toekennen. En dan zeggen ze: "Ik ben al 25 jaar samen en ik heb wel 25 jaar mijn carrière opzij gezet, de kinderen grootgebracht". Dat heb ik al een paar keer gehad en dat is dan een moeilijk probleem, want we kunnen maar, volgens mijn voorbeeld, drie jaar uitspreken. Je kunt niet in rekening brengen dat mensen al 20 jaar samenleven... Gebeurt dat veel? Ja, het gebeurt veel. »⁶⁷⁹

270. Enfin, les conditions légales de *preuve des revenus du débiteur* induisent des pratiques de *production de complexité ou d'ignorance*, objectivées en France par Mmes C. Bessière et S. Gollac. Ces pratiques professionnelles créent des biais de genre défavorables aux femmes (*supra*, n° 61).

⁶⁷⁸ FEMH2.

⁶⁷⁹ NEMH1. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 459.

Certain-e-s avocat-e-s font état des difficultés à demander une pension alimentaire car il faut pouvoir la chiffrer et, à cet effet, démontrer les revenus du/de la débiteur/trice d'aliments.

« Et puis surtout en fait, ce qui pose parfois problème, ce qui est parfois difficile, c'est qu'il faut démontrer les revenus de chacun. Alors, c'est facile quand il y a un époux qui est employé de banque et qui a des fiches de paye. Là, il n'y a pas discussion. Le problème, c'est qu'il y a rarement des dossiers faciles. Pour peu qu'il y ait un des deux qui soit indépendant et travaille en société, on se retrouve beaucoup plus souvent à avoir des difficultés au niveau de l'établissement des ressources de chacun. »⁶⁸⁰

Une avocate⁶⁸¹ relève d'ailleurs que les débiteurs d'aliments qui n'ont pas contribué à établir leurs revenus (éventuellement mis au jour par les seules créancières) ne sont pas sanctionnés par le tribunal.

Les magistrat-e-s constatent ces situations de non-transparence, mais ne nous disent pas que cela les empêche de décider. Ils/elles renvoient les avocat-e-s à leur travail de recherche des revenus réels.

« Non, ou en tout cas rarement. Les difficultés sont le plus souvent issues de l'absence d'une mise en état correcte, relative opacité entretenue par le débiteur d'aliments le plus souvent. »⁶⁸²

Un magistrat témoigne être vigilant en présence d'activités professionnelles en société :

« Complexe. Évidemment, quand on a affaire à des indépendants, c'est plus difficile. On sait ce que c'est. On a même parfois des frais réels qu'on déduit fiscalement, qui sont en partie des frais privés. Et il y a aussi toute une série de possibilités. Alors, on monte encore un degré au-dessus quand il y a des sociétés, qu'on exerce son activité en société, voire quand on fait des montages patrimoniaux. Oui, là, ça devient plus complexe parce que ça permet quand même régulièrement de réduire le montant des revenus, puisqu'il faut alors les tracer. Enfin c'est difficile, je dirais, pour la partie adverse, mais ce sont des données qui sont visibles. Les bilans des sociétés, même des petites sociétés sont publiés, donc tout le monde peut aller les voir. J'ai déjà eu des avocats qui me demandaient d'ordonner à la partie adverse de produire le bilan. Bien non, il suffit d'aller voir, voilà. C'est un peu comme les avertissements extraits de rôle, quand on me dit : "Ah, je l'ai perdu." Bien, vous allez sur *MyMinfin* [...] Pensions alimentaires et allocations familiales, vous allez sur *Camille.be*. Enfin bon, mais j'en reviens à mes sociétés: moi je me rappelle d'un dossier qui a été plaidé devant moi où c'était criant, c'était un médecin spécialiste et il était passé en société pendant

⁶⁸⁰ FEAF2.

⁶⁸¹ FEAF14.

⁶⁸² FQMH1.

la période litigieuse. Et bien, à peu près en chiffre d'affaires similaire, ses revenus étaient 30 % inférieurs. Donc, quand on me dit que ça n'a pas d'incidence, moi, je me souviens de ce dossier, je me dis que ça peut en avoir en tout cas. Et parfois on le voit, parce qu'il y a des réserves dans les sociétés. Enfin là, il faut faire preuve d'un peu de connaissances.»⁶⁸³

4. *Des magistrates plus sévères envers les femmes ?*

271. Le mythe d'une sévérité judiciaire genrée en matière alimentaire a été objectivé en France par Mmes C. Bessiere et S. Gollac⁶⁸⁴. Plusieurs avocat-e-s belges⁶⁸⁵ nous disent avec précaution qu'il leur semble que les femmes magistrates sont plus sévères avec les femmes, spécifiquement dans le cadre de la demande de protection alimentaire. Nous renvoyons les lecteur/trice.s à l'étude française sur les facteurs pertinents de cette sévérité constatée en France.

«Par contre, au niveau économique, je crois plutôt que j'ai toujours eu le sentiment, mais sincèrement, c'est plus une intuition qu'une conviction appuyée sur des cas concrets. Mais j'ai un peu l'intuition que le fait que, par définition, les magistrates sont des femmes qui travaillent et souvent, beaucoup rendent plus difficile la position de la femme qui ne travaille pas. Par exemple, je me rappelle très bien, j'ai entendu des magistrates dire à des femmes : "Madame, la pension alimentaire, ce n'est pas un métier." C'est assez violent. Mais ce sont des femmes qui disaient ça.»⁶⁸⁶

«Moi-même je sais que quand j'interviens pour une dame, je dois driller ma cliente parce que j'ai pu constater que les juges femmes sont plus dures avec les femmes justiciables qu'avec les hommes, de manière assez générale et ça se vérifie quand même.»⁶⁸⁷

5. *Conclusion*

272. L'étude met en lumière le fait que le cadre juridique de la protection alimentaire n'est pas (encore) adéquat. Il ne permet pas de répondre aux réalités auxquelles sont confrontées de nombreuses femmes dans le cadre d'une séparation : le secours alimentaire n'est pas suffisamment rapide tandis que l'obtention d'une pension alimentaire exige de passer par une procédure

⁶⁸³ FEMH1.

⁶⁸⁴ C. BESSIERE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, p. 216 ; *supra*, n° 62. Cela s'ajoute à la sévérité de la jurisprudence en raison d'un cadre légal restrictif incitant à l'application restrictive détaillée ci-dessus (*supra*, n°s 266 et s.).

⁶⁸⁵ En ce sens notamment : FEAH10, NEAH6, FEAH16.

⁶⁸⁶ FEAH16.

⁶⁸⁷ FEAH10.

complexe et incertaine. Le principe même de la pension alimentaire, qui installe et maintient un lien de dépendance, est questionné par la pratique.

273. Pourtant, des mesures alimentaires nous semblent encore indispensables. Plusieurs avocat-e-s ont témoigné des situations économiques particulièrement difficiles vécues par de nombreuses femmes qui, dans le cadre de leur vie conjugale, n'ont pas construit leur indépendance financière. En outre, comme l'autonomie de la volonté prime lors du choix du régime matrimonial, cette dépendance financière entre époux-ses n'est pas nécessairement compensée sur le plan patrimonial, spécialement entre époux-es séparé-e-s de biens. Tant que cette réalité demeure, le besoin d'une protection alimentaire est impératif, malgré la tentation de lire un droit restrictif comme un stimulant de l'égalité salariale en dépit des aléas conjugaux.

«Les femmes qui ont renoncé à un emploi qui les rend indépendantes financièrement, c'est-à-dire un emploi qui leur permette de financer seules un loyer et des charges quotidiennes, sont dans une extrême faiblesse au moment de la séparation et sont dépendantes des mesures alimentaires. Il faut rapidement obtenir un jugement sur les mesures alimentaires pour leur permettre de se reloger et de vivre dignement.»⁶⁸⁸

274. Des praticien-ne-s veulent qu'on repense la protection pour qu'il soit possible d'allouer un secours alimentaire – nous avons entendu «une pension de guerre»⁶⁸⁹ – beaucoup plus rapidement, cela pour rétablir un équilibre dans les rapports de force sur le plan économique entre hommes et femmes dès le début de la procédure. On a en effet observé que l'insuffisance de moyens a une incidence sur la capacité à soutenir une procédure (*infra*, n° 321).

«Ce que je trouve dommage, c'est que les juges considèrent de manière générale que les aliments sont moins urgents que les questions d'hébergement et autres par exemple. Et donc souvent, aux audiences d'introduction, on a une vraie tendance, de beaucoup de magistrats, à dire : "Écoutez, il faut mettre en place même un petit accord provisoire." Et c'est d'ailleurs un accord entre très gros guillemets parce que souvent forcé : "On va mettre en place quelque chose qui permette à monsieur de voir ses enfants au moins un jour par quinzaine pour ne pas perdre le lien parce que la procédure va être trop longue et ça va être trop dommageable." Mais par contre, aller dire dès l'audience d'introduction : "Il est évident qu'il y a une dissonance de revenus assez forte. Je trouve que dès maintenant, tout de suite, on doit pouvoir mettre un secours alimentaire, même provisionnel". Ça, je ne le vois jamais.»⁶⁹⁰

⁶⁸⁸ FQAF4.

⁶⁸⁹ NEAF3.

⁶⁹⁰ FEAF1.

C. L'HÉBERGEMENT ET LES CONTRIBUTIONS ALIMENTAIRES AUX ENFANTS

1. Introduction

275. Les contributions alimentaires sont les sommes qui, en cas de séparation, sont allouées mensuellement par l'un des parents à l'autre parent pour les besoins de leurs enfants jusqu'à leur indépendance financière. Il s'agit d'une obligation incombant aux parents, indépendamment de leur statut de couple : les couples mariés, en cohabitation légale ou en union libre sont tous concernés.

Comme les pensions alimentaires entre (ex) époux-ses, les contributions alimentaires sont soumises à la présente étude dans la mesure où, comme en témoignent les professionnel-le-s interrogé-e-s, elles sont plus fréquemment sollicitées et obtenues par les femmes, les mères, que par les pères. Elles sont également liées à l'hébergement, qui comporte aussi une dimension genrée.

276. Notaires, avocat-e-s et magistrat-e-s témoignent de leur pratique tant dans le cadre d'une procédure de séparation amiable (2) que contentieuse (3).

2. Procédure amiable

a. Des accords combinant l'entretien et l'hébergement des enfants

277. L'étude met en lumière le fait que le paiement d'une contribution alimentaire est rarement convenu dans le cadre d'une séparation à l'amiable, et que l'hébergement égalitaire des enfants est répandu⁶⁹¹. Plusieurs notaires témoignent du fait que les mères se montrent plus enclines à obtenir l'hébergement principal⁶⁹².

278. Lorsque des contributions alimentaires sont convenues, tant les notaires⁶⁹³ que les magistrat-e-s⁶⁹⁴ observent que deux facteurs déterminants expliquent vraisemblablement la dimension genrée des accords sur les contributions alimentaires :

- la différence de revenus entre les partenaires, qui amènent les femmes/mères à être majoritairement dans les conditions pour solliciter une contribution alimentaire des pères,
- la décision d'un hébergement principal chez la mère, plus fréquente que chez le père.

⁶⁹¹ Notamment : FENH1, FENH11.

⁶⁹² Notamment : FENH3, NENF5.

⁶⁹³ Notamment : NENF3, FENH1.

⁶⁹⁴ Notamment : NQMH2, NQMH3, FEMHF2.

279. Dans la pratique, la question de la répartition de l'hébergement des enfants constitue un double levier quant à la détermination des contributions alimentaires : pour le principe-même de leur paiement, mais aussi pour l'évaluation de leur montant.

Les couples en sont très conscients et, dès lors, les professionnel·les témoignent du fait que la question de l'hébergement est d'autant plus « chargée » qu'au-delà de la relation avec les enfants, elle comporte aussi un enjeu financier.

280. Il faut également relever que dans le cadre de l'homologation par le tribunal d'un accord de séparation ou des conventions préalables au divorce par consentement mutuel, les questions de contributions alimentaires et d'hébergement sont celles qui retiennent la plus grande attention des magistrat·e·s.

Le pouvoir d'appréciation des magistrat·e·s leur permet, sur ce point particulier, de refuser l'homologation de l'accord (*supra*, n° 95), ce qui entraîne que les notaires sont susceptibles d'engager leur responsabilité, si à tout le moins les conditions légales permettant de justifier la mise en place ou l'écartement des contributions alimentaires – qui sont d'ordre public – n'étaient pas respectées⁶⁹⁵.

Parmi ces conditions légales, on peut justement pointer l'obligation de chacun des parents de mentionner ses facultés contributives, c'est-à-dire notamment, les moyens financiers mais également les contributions en nature, tel que le temps d'hébergement des enfants dont ils disposent pour contribuer aux besoins de leurs enfants.

Au vu de tous ces enjeux portant sur les contributions alimentaires et l'hébergement, les notaires ne peuvent pas se contenter d'acter un accord du couple, mais doivent en vérifier les contours et la teneur. Leur rôle est différent de celui, plus en retrait, qu'ils/elles nous apprennent tenir face à la question de la pension alimentaire ou face aux accords patrimoniaux (*infra*, n° 304).

b. Le principe du paiement de contributions alimentaires

281. Dans l'opinion publique, un imaginaire juridique fait croire que l'hébergement égalitaire supprime le droit à une contribution alimentaire. C'est inexact car cette dernière dépend aussi des ressources financières.

« Par contre, les gens ont une fausse idée, et ça, c'est une constante, de se dire : "C'est une garde égalitaire, il n'y a pas de [contribution] alimentaire, il n'y a pas de part contributive." C'est faux. Et donc moi, j'ai plein de dossiers où les gens sont très forts à dire, [papa et maman], oui tous les deux : "C'est de l'[hébergement] égalitaire, donc pas de [contribution] alimentaire, on partage les frais extraordinaires en deux, on partage les allocations familiales en deux." Et donc là, moi, je dis souvent : "Non,

⁶⁹⁵ En ce sens : NEMH1.

attention, ce n'est pas parce que c'est une garde égalitaire que nécessairement, il n'y a pas de contribution alimentaire pour les enfants et qu'il n'y a pas de disproportion au niveau de la prise en charge des frais extraordinaires et que les allocations familiales sont nécessairement partagées pour moitié. Les gens ont tendance à croire ça. [...]” Oui, clairement. J'ai déjà eu pas mal de dossiers avec des clients qui ont des disproportions telles de revenus qu'il y a quand même une [contribution] alimentaire qui est due, même si on est en garde égalitaire.»⁶⁹⁶

«Nee, nee. Het is niet zo dat omdat de kinderen 50/50 verblijven... Nee. De contracten die ik sluit, daar is het niet omdat de kinderen 50/50 verblijven, dat de man daarom niet meer moet bijdragen. Diegene met het hoogste loon draagt ook meer bij.»⁶⁹⁷

Cela biaise les discussions sur le principe-même d'une contribution alimentaire, avant celles sur son montant (*infra*, n° 282). Plusieurs notaires expriment une appréhension de ces discussions.

Une notaire partage son sentiment mitigé à l'égard des femmes qui refusent un hébergement égalitaire, demandent un hébergement principal et «donc» des contributions alimentaires au père, alors que celui-ci est demandeur d'un hébergement égalitaire.

«Dat is een moeilijk probleem... Ik heb er heel vaak discussies over. [...] En de vrouw zegt: "Nee." Eigenlijk echt met messen tegenover elkaar, omwille van de vraag: "Waar gaat het kind blijven?". En dan willen ze het kind meer hebben, maar dan willen ze ook hebben dat de papa daar meer voor betaalt. Of de papa zegt: "Ja, maar het mag ook bij mij zijn. Ik wil het kind ook zien. Ik wil er ook 's avonds eten voor maken." Dus ik vind dat de vrouwen daarin... Dat is zo precies een gevoel van: "Ik moet me verdedigen en ik moet op mijn strepen staan". Maar voor mij slaat de slinger in veel dossiers die ik mij voor de geest haal te veel door naar de vrouw.»⁶⁹⁸

Un autre notaire pointe le taux d'emploi, nul ou partiel, plus que la différence de revenus, comme facteur déclenchant de la mise en place de contributions alimentaires. Il y a un lien entre le taux d'emploi, l'hébergement des enfants et la considération sur les ressources suffisantes des parents, très souvent des mères, pour subvenir aux besoins de leurs enfants.

«C'est devenu la règle dans les familles de la classe moyenne jusqu'à la bourgeoisie, haute bourgeoisie. Dans mon vécu, c'est chacun une semaine. Le coup de "papa un week-end sur deux", c'est terminé, c'était il y a quinze ans. Maintenant c'est moitié-moitié. C'est normal. [Pour les contributions] Chacun paie quand les enfants sont chez lui. Sauf si un des deux a vraiment des moyens plus conséquents que

⁶⁹⁶ FEAF14.

⁶⁹⁷ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 460.

⁶⁹⁸ NENF3.

l'autre, a un métier... Si elle ne travaille qu'à mi-temps, en général on prévoit une pension compensatoire. Mais si tous les deux travaillent à temps plein, il n'y a pas de difficultés, il faudra donc que chacun paie pareil chez lui. C'est ce qui se passe souvent, oui. La pension, c'est pour les enfants, c'est quand l'épouse ou l'époux, souvent l'épouse, ne travaille pas ou surtout ne travaille plus, parce qu'elle a arrêté. Dans ce cas-là, c'est un sujet délicat : "Écoutez, vos enfants, ils sont chez madame, il faut bien que quelqu'un finance leur éducation, etc." C'est là que les discussions ont lieu. »⁶⁹⁹

c. La détermination du montant des contributions alimentaires

282. La loi belge prévoit différents critères qui serviront à fixer le montant de ces contributions mais ne contient pas de méthode de calcul, tout au plus une obligation de transparence et de motivation.

Dans la pratique, les professionnel-le-s⁷⁰⁰ témoignent de l'existence d'une multitude de méthodes, parfois sous forme de logiciels, certains payants, chacune permettant d'aboutir à un montant de référence ou un montant final du par l'un des parents. Ces méthodes sont utilisées de façon discrétionnaire par chaque professionnel-le.

«Ja, ik spreek ook weer in termen van de man. Wil de man voor de kinderen wel bijdragen, maar niet voor de echtgenoot, dan vind ik dat daar een zeer faire alimentatie voor de kinderen komt, of een zeer faire kindregeling. Ook omdat ik dat doe met behulp van de "pareto" berekenaar [...] En dat is dus zeer objectief. Dat wij de parameters ingeven en dat het er uitkomt. Ik waag mij daar ook niet meer aan om te zeggen: "Wat denkt u? 300 euro? 200 euro?" Ik doe dat niet meer. Zo werkt het niet. Mensen willen iets objectief op tafel: een rekenprogramma. Ik stel dat voor, ja. Dat kost negentien euro per maand. Ik vraag de parameters: "Wat is uw loon?", "Wat zijn uw kosten?", "Heeft u een auto?" Ik steek dat er allemaal in en het komt er uit. Het vormt een basis. Maar voor veel mensen is het *fair*: "Als ik op papier zie dat de computer het zo uitrekent, dan is het *fair*". »⁷⁰¹

Certain-e-s notaires préfèrent ne pas intervenir et laissent aux parents le soin de déterminer ces montants. Un notaire raconte que s'il ne participe pas en tant que tel au calcul, il lui arrive d'indiquer aux couples (généralement aux pères) que leur accord ne sera pas homologué.

«La gestion des enfants est pour moi tellement importante et [...] je suis suffisamment à l'aise pour dire : "Je préfère le tribunal de la famille où il y a une chambre spécialisée qui va s'occuper des enfants, qui est plus à même que moi de gérer ça et de pouvoir imposer aux gens certaines choses." J'ai déjà écrit dans des divorces par consentement

⁶⁹⁹ FENH1.

⁷⁰⁰ Notamment : NEMH1, NENF3, FENH11.

⁷⁰¹ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 461.

mutuel : “Ce que vous mettez en place pour vos enfants, ça n’ira pas.” Et ça fait dix ans que je suis notaire, je pense que les gens qui viennent me voir savent qu’à un moment donné, j’ai ma limite. Ça, je ne vais pas tolérer. Et donc, monsieur, quatre enfants, qui dit : “Je vais donner 20 euros par mois à madame”, je lui dis : “Non. Je ne peux pas [accepter] de signer.” Et je lui dis : “Monsieur, ça va voler, vous allez vous faire croquer, ça n’ira pas [au tribunal]. Ça n’ira pas votre truc, ça ne marche pas.” Ou alors, ils arrivent avec des accords à géométrie variable qui dépendent des horaires de la météo et du sens du vent. Je dis : “Vous ne pouvez pas faire ça.” Le juge, il va dire : “Je ne sais pas où est l’enfant. Qu’est-ce qui va se passer ? Qui paye ? Je ne le sais pas.” Donc on met en place des trucs un peu plus stricts, [sinon] une fois sur deux pour les enfants, c’est intenable.»⁷⁰²

283. Une notaire témoigne du fait que le déséquilibre manifeste du montant des contributions alimentaires a été le signal de rapports de violences conjugales. Une situation face à laquelle elle s’est trouvée désarmée.

«Mais monsieur, je le trouvais fort agressif et il y avait plusieurs enfants et la contribution alimentaire qu’il voulait verser pour les enfants, c’était *peanuts*. Et là, je me suis dit : “Ça ne va pas”. Et je ne savais pas trop en placer une. Donc, ce que j’ai fait, c’est qu’après le rendez-vous, j’ai rappelé madame, parce que je voulais un peu la voir en fait, sans monsieur. Je pense que c’était une femme qui était battue. [...] Mais ce qui est horrible, c’est que j’ai eu l’assistante sociale et finalement, je n’ai pas vraiment su les aider. [...] Ils ne sont pas revenus non plus. En mon for intérieur, je savais que ça n’allait pas, mais madame voulait absolument [...] parce que le problème c’est qu’elle avait peur aussi, et elle n’avait pas d’argent non plus pour aller en justice. Et encore une fois, il y a des situations où on aimerait aider, on ne sait pas toujours quoi faire.»⁷⁰³

d. Des conséquences défavorables en cas d’accords imprécis

284. Un magistrat témoigne du fait qu’au-delà de l’homologation d’un accord *a priori* acceptable, le fait que les éléments ne soient pas suffisamment précis peut être une porte ouverte au conflit et même, à de mauvaises surprises dans le contentieux.

«Les notaires sont quand même surtout axés sur les problèmes patrimoniaux à régler. Et les aspects familiaux, en ce compris les contributions alimentaires et les questions financières, mais liées à la question familiale, ne sont pas du tout vus par le prisme du contentieux, pas du tout. Et donc on va régler quelque chose, on est content d’engranger un accord...[mais] sur des bases qui sont très friables et qui vont laisser la porte ouverte à des conflits parce qu’on n’a pas été attentif à ceci...»⁷⁰⁴

⁷⁰² FENH11.

⁷⁰³ FENF5.

⁷⁰⁴ FEMHF2.

285. La loi met des balises à la révision des accords, notamment l'exigence d'éléments nouveaux (*supra*, n° 95). Une magistrate évoque des cas dans lesquels, compte tenu du fait qu'ils ont des revenus – même différents – et organisent un hébergement égalitaire, des parents ont pu faire homologuer leur accord comportant une renonciation à demander des contributions alimentaires. Par la suite, le/la renonçant-e, qui réalise que la situation est financièrement intenable, ne peut pas aisément demander au tribunal de revoir l'accord.

«Oui, oui, oui, on le voit aussi dans les conventions de divorce par consentement mutuel. C'est du point de vue des éléments familiaux. [...] Souvent, cela induit des conséquences dommageables et parfois catastrophiques par la suite. [...] Oui, notamment quand on fixe les contributions sans tenir compte des revenus : quand on fixe une part contributive et qu'on ne demande pas réellement la situation des parties. Et donc après, l'un des parents utilise cela. Il se rend compte que ça ne correspond pas à la réalité. Et puis alors, il faut quand même un élément nouveau pour revenir changer ce montant, et alors on retombe sur ce que les conventions mentionnaient. "Ah, bien, c'étaient déjà les revenus de monsieur ou de madame. Donc qu'est-ce qui a changé ? Pourquoi est-ce qu'on changerait votre accord ? Quel est l'élément nouveau ?" "Je me rendais pas compte que c'était pas suffisant, enfin que c'était pas bien calculé". Et là, les gens, c'est fini, j'ai envie de dire. [...] Enfin, on décide de mettre en place un hébergement, même égalitaire, on déclare que tu gagnes 3.000 que j'en gagne 2.000. Normalement, *a priori*, il y aurait peut-être une contribution alimentaire qui serait due même si on est dans un hébergement égalitaire. D'accord ? Mais on décide que non, "c'est notre accord". Puis six mois plus tard, on se rend compte que madame ou monsieur qui héberge les enfants de manière égalitaire ne s'en sort pas sans contribution alimentaire. Il revient mais il n'y a rien qui a changé : il n'y a pas d'hébergement qui a changé, les situations financières sont toujours les mêmes, donc y a pas d'élément nouveau ! Pourquoi aller revoir un accord qui a été bien coulé comme ça ? Mais ça n'a pas été calculé. Ou ça a été fixé à la grosse louche, comme ça.»⁷⁰⁵

286. Une avocate a également constaté cet écueil de la convention-loi en raison d'un manque d'information de la part du notaire.

«J'ai un autre cas d'un divorce par consentement mutuel où la femme a signé un hébergement égalitaire pour une gamine de 3 ans, alors qu'il était prévu qu'ils continuent à habiter ensemble. Et donc ils avaient dit : "OK, on s'en fout". Le notaire ne leur a pas parlé de quoi que ce soit. Finalement, l'homme, il s'est tiré après quatre mois et il a exigé l'hébergement égalitaire de la gamine de 3 ans. Ça s'est super mal passé, on a dû aller au tribunal, c'était la catastrophe. [...]. Disons qu'elle avait renoncé à demander l'hébergement principal. C'est une renonciation. J'ai dû faire valoir des éléments nouveaux, mais c'est un peu compliqué lorsqu'il y a déjà un hébergement égalitaire qui est mis en place.»⁷⁰⁶

⁷⁰⁵ FEMHF2.

⁷⁰⁶ FEAF13.

3. Procédure contentieuse

a. Vertus et défauts de la procédure contentieuse

287. Les témoignages des professionnel-le-s interrogé-e-s illustrent le fait qu'en matière d'hébergement et de contributions alimentaires, la procédure contentieuse (divorce par désunion irrémédiable) a des vertus et des défauts. On a relevé le même discours à propos des stratégies de négociation et des pensions alimentaires (*supra*, n° 244).

Une avocate considère que le divorce par consentement mutuel comporte des écueils qui seront évités par le biais d'un divorce par désunion irrémédiable (*supra*, n° 248).

« Si ce n'est vraiment quand les gens ont déjà tout, tout, tout, tout, tout planifié, qu'ils vont chez le notaire et disent : "Voilà, faites-moi un DCM [divorce par consentement mutuel]", la valeur ajoutée d'un notaire, en réalité, pour moi, elle n'est pas énorme. Alors, il y a beaucoup de notaires qui vont me détester si je dis ça, mais c'est vrai. D'autant qu'il y a plein de notaires qui en plus ne sont absolument pas à la page sur le mode de calcul des parts contributives, etc. Et parfois, on se retrouve avec des divorces par consentement mutuel qui ont été faits il y a deux ans, avec des modalités d'hébergement à la c*** [...], et des calculs qui n'ont pas été bien faits, des gens ont été mal conseillés et ça, ça ne va pas. Donc moi, de toute façon, d'office, désunion irrémédiable, c'est hyper flexible [...] »⁷⁰⁷

Une avocate critique toutefois, dans la procédure contentieuse, le décalage dommageable entre la loi, qui qualifie les contributions alimentaires et les questions d'hébergement de « mesures urgentes », et la réalité du terrain, qui contraint les couples et les parents à subir l'arriéré judiciaire. Nous l'avons mentionné à propos du devoir de secours entre époux-ses, jugé « tardif » en raison de la procédure (*supra*, n° 264).

« Il n'y a pas de correspondance entre la loi et la réalité du terrain. Quand on voit que dans la loi, on nous dit que toute question liée à l'hébergement, à la contribution alimentaire est urgente, et quand on arrive devant le magistrat et qu'on dit : "Voilà, on voudrait conclure et on voudrait plaider", il nous dit : "Mais de toute façon, je ne vous donne pas [de décision] avant un an." Ça ne va pas. Quel est le sens de la loi qui dit que c'est réputé urgent ? [...], parce que les délais sont incroyablement longs. »⁷⁰⁸

b. Des tendances de genre confirmées et plus marquées

288. On retrouve dans la procédure contentieuse des tendances et des enjeux similaires à ceux qui sont soulevés dans le cadre de la procédure amiable :

⁷⁰⁷ FEAF13.

⁷⁰⁸ FEAF14.

quant aux contributions alimentaires, plus sollicitées par les femmes que par les hommes notamment en raison de l'écart de revenus dans le couple, quant à la propension des femmes à demander un hébergement principal ou à tout le moins égalitaire et enfin, quant aux tensions qui entourent la répartition de l'hébergement des enfants vu son impact – imaginaire ou réel – sur les contributions alimentaires (I).

Il faut toutefois relever que dans la procédure contentieuse, ces tensions sur l'impact de l'hébergement prennent **un relief particulier** et laissent apparaître des tendances plus marquées pour les mères, d'une part, et pour les pères, d'autre part (II).

I. CONFIRMATION DES TENDANCES DE GENRE OBSERVÉES EN PROCÉDURE AMIABLE

289. Une avocate détaille pourquoi à son sens, en dépit d'une loi formellement neutre (hébergement égalitaire comme priorité), les enfants sont *plus souvent hébergés chez leur mère*, d'une part, et les contributions alimentaires sont *plus souvent octroyées aux mères*, d'autre part⁷⁰⁹. Une demande forte de certaines mères, jointe au désinvestissement de pères, sur fond d'écart salarial, achèvent de construire un schéma de flux contributifs des hommes vers les femmes.

«Oui, parce que, non seulement, malgré le fait que l'hébergement est égalitaire, il y a quand même encore beaucoup de situations où, soit le papa ne veut pas prendre ses responsabilités, donc il n'y a pas d'hébergement égalitaire, soit la maman est absolument accrochée aux enfants et refuse par tous les moyens l'hébergement égalitaire, ce qui n'est pas non plus très bon. Et donc fatalement, dans ce cas-là, il y a une contribution alimentaire qui est due. Et puis, économiquement parlant, à l'heure actuelle, il y a pas du tout d'égalité salariale, ça, c'est certain.»⁷¹⁰

290. Une avocate⁷¹¹ évoque le **malentendu** persistant autour de l'idée que l'hébergement égalitaire des enfants dispense automatiquement les parents de contributions alimentaires (*supra*, n° 281). Elle constate que dans nombre de ses dossiers, en dépit d'un hébergement égalitaire, l'écart de revenus est tel qu'une contribution alimentaire est due.

291. Les professionnel-le-s⁷¹² évoquent parfois la **réticence des pères** à payer des contributions alimentaires, car ils ne supporteraient pas l'idée que leur ex-femme puisse profiter de ces montants.

⁷⁰⁹ En ce sens également : NEAF1.

⁷¹⁰ FEAF13.

⁷¹¹ FEAF14.

⁷¹² Notamment : FEAF1, FEAF2. On rapprochera cela d'une pratique de négociation genrée qui consiste à préférer donner des biens aux enfants plutôt qu'une soulte supérieure ou une attribution de biens à l'ex-épouse (*supra*, n° 247).

II. DES TENDANCES PLUS MARQUÉES SUR LE PLAN DU GENRE

292. Interrogé sur les raisons qui animent les parents au moment de solliciter un hébergement des enfants, un magistrat note une différence marquante entre les mères, qui semblent se montrer soucieuses du bien-être des enfants, et celles des pères, dont les motivations apparaissent centrées sur leurs droits.

«Ja, in de meeste gevallen denkt de moeder aan het belang van de kinderen (rust, behoud zelfde omgeving), blijkt dat zij altijd alle zorgen droeg, terwijl de vader vaak zijn plichten pas ontdekt na de echtscheiding. Op de vraag waarom ze week-week vragen, is het antwoord als ontelbare keren geweest “Omdat het mijn recht is”, zonder dat één ogenblik aan het welbevinden van de kinderen wordt gedacht.»⁷¹³

L'étude révèle que dans de nombreux cas, les motivations s'expriment par des stratégies totalement différentes dans le chef des pères et des mères dans le déroulement de la procédure et ce, globalement, au détriment des femmes sur le plan financier.

293. En ce qui concerne les pères, l'étude met en lumière un phénomène marqué dans la pratique de la procédure contentieuse : les professionnel-le-s relèvent que de nombreux pères expriment de façon décomplexée le fait d'opter pour un hébergement égalitaire parce qu'ils pensent pouvoir éviter de payer des contributions alimentaires, ou à tout le moins en réduire le montant⁷¹⁴.

«Si tu lui laisses le choix sans qu'il y ait de répercussions économiques, il va se dire : “Ben moi en fait, en réalité, un week-end sur deux, le mercredi, la moitié des vacances et puis de temps en temps un peu plus, c'est super, parce que moi, j'ai quand même ma carrière, j'ai quand même mon boulot. Je ne sais même pas comment ça fonctionne et donc c'est très bien comme ça”. Mais si tu dis à ce même père que si c'est comme ça – qu'il n'héberge presque pas [et donc ne contribue pas] en nature – et que ça a une répercussion sur le montant de sa contribution alimentaire, dans nombre de situations, ça va être : “Vous savez quoi alors ? Je vais héberger la moitié du temps parce que du coup, c'est déjà 50 % que j'assume en nature.” Et donc, vas-y pour obtenir une contribution alimentaire en hébergement égalitaire, enfin, alterné égalitaire. Il faut vraiment qu'il y ait une disproportion des revenus parce que sinon... Oui, c'est quand même souvent ça qui se passe.»⁷¹⁵

L'avocate souligne que la stratégie est d'autant plus apparente que, dans certains cas, l'hébergement égalitaire n'est pas mis en place au moment de la séparation mais bien plus tard, au tribunal, au moment d'ajuster la réalité aux plaidoiries, quitte à faire parfois assumer cet hébergement, en partie, par d'autres que le père.

⁷¹³ NQMH2. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 462.

⁷¹⁴ En ce sens notamment : FEAH3, FEAF6, FEAF14.

⁷¹⁵ FEAF2.

« Mais enfin, c'est une demande d'hébergement qui est faite pour les besoins de la cause, parce qu'en fait, là, maintenant qu'on plaide, effectivement, c'est mis en place. Mais ça fait x temps que les parties sont séparées. Il n'y a pas eu un tel empressement. Et puis on se rend compte qu'en fait, et ça c'est un truc qui n'est pas du tout entendu, or il y a plein de couples recomposés : ce n'est pas le père qui assume la moitié de l'hébergement, c'est sa nouvelle compagne, c'est sa mère... Mais pour autant que c'est mis en place, que c'est acté, on partage la charge fiscale le cas échéant, on partage des allocations familiales, il n'y a pas de contributions alimentaires. C'est quand même souvent le cas. »⁷¹⁶

294. Les mères, quant à elles, jouent dans des registres de retenue et de renonciation. Il semble que le flou de la loi, et l'incertitude qui peut planer sur les facultés financières de certains ou la connaissance de celles-ci⁷¹⁷ laisse une latitude, qui fonctionne au détriment des femmes eu égard aux rapports de force qui s'exercent déjà, sur la longueur et le coût de la procédure, mais aussi sur l'enjeu de l'hébergement des enfants. C'est un déjà vu pour les pensions alimentaires : les femmes installent elles-mêmes certaines entraves ; d'autres proviennent du cadre légal et de la procédure (*supra*, n° 263).

D'abord, les mères semblent avoir des difficultés à demander une *mise en place* de contributions alimentaires. Plusieurs avocat·e·s⁷¹⁸ témoignent du fait que des femmes, qui pourraient juridiquement bénéficier de contributions alimentaires, y renoncent pour de mauvaises raisons, c'est-à-dire pour faciliter un hébergement, soit égalitaire, soit principal des enfants.

« Je dirais que ça arrive souvent. C'est vrai que pour les femmes, en tout cas les mamans, il y en a beaucoup qui disent : "Écoutez, moi je m'assume, je n'ai pas envie qu'on m'emmerde, je ne lui demande rien, comme ça, je sais qu'il me foutra la paix." Alors qu'elles y auraient eu droit si on avait vraiment... Mais ça, généralement je leur fais le calcul, je leur dis : "Voilà, on pourrait demander ceci." Et alors, en âme et conscience, elles me disent : "Non, non, ne réclamons rien parce que ça va réveiller l'eau qui dort et au moins, on me fout la paix. Je suis tranquille et qu'il s'étouffe avec." Ça arrive beaucoup plus souvent. Par contre, un homme rarement, voire jamais. L'homme, s'il a droit, il demande. »⁷¹⁹

Une avocate compose avec ces difficultés « symboliques » pour les femmes et constate que les pères restent parfois passifs par rapport à cette réserve des mères dont ils tirent profit. Elle précise que, sur le plan procédural, elle fait en sorte que cette retenue des mères ne se transforme pas en renonciation formelle et elle demande au tribunal une remise ou un sursis à statuer.

⁷¹⁶ FEAf2.

⁷¹⁷ Sur la production de complexité ou d'ignorance : *supra*, n° 61.

⁷¹⁸ Notamment : FEAf7, FEAH10, FEAf14, FEAH16.

⁷¹⁹ FEAf13.

« Procédurales, non. Symboliques, oui. Alors, moi, je vais remettre tout de suite en disant : “Je peux entendre que vous ne la demandiez pas maintenant, mais de toute façon, je vous le dis tout de suite, ce n’est pas votre droit, c’est le droit de vos enfants. Vous ne pouvez pas dire, non. Donc, sachez que quoi qu’il se passe, à un moment donné, vous pourriez venir la demander. [...]” “Ah oui. Non, pour l’instant, on ne va pas faire de vague.” [...] Pour, de nouveau, essayer que ça se passe bien au niveau de l’hébergement. [...] Oui, c’est ça, [un hébergement égalitaire] ou au contraire, avoir un hébergement principal. Et donc elle dit : “Pour l’instant, je ne demande rien.” Bon, alors je mets : “Réserver à statuer” parce que comme ça, on ne le demande pas pour l’instant, mais on sait qu’on pourra le demander. [...] Les papas, parfois, ils disent : “Bien tant pis, elle ne demande rien”, donc non, évidemment. »⁷²⁰

295. Après la mise en place, les mères ont aussi des difficultés à demander un *réajustement* des contributions. Plusieurs avocat-e-s constatent que les femmes y renoncent en dépit d’une réalité qui ne correspond plus à ce qui était prévu dans le jugement du tribunal de la famille⁷²¹.

Une avocate expose que la retenue ou la renonciation des femmes s’exprime également après la mise en place d’un hébergement égalitaire qui, sur le long terme, n’est pas réellement égalitaire, avec les conséquences financières que cela implique. Pour les mères qui, finalement, hors convention, assurent dans la réalité un hébergement principal ou plus important que ce qui était prévu, une demande de réajustement des contributions alimentaires comporte le risque de raviver des tensions et de nuire à une situation qui convient aux enfants.

« Au moment où on a effectivement statué, c’est clair qu’il y a un hébergement alterné égalitaire qui est mis en place, qui est assumé. Et puis, au fur et à mesure des mois, des années, ça ne reste pas. Et alors, ou bien tu retournes devant le tribunal en disant : “Bien, en fait on a tenu compte de 50 % en nature et au fur et à mesure des mois et des années, l’hébergement n’a pas été respecté et donc je voudrais qu’on revoie.” Laisse tomber. Oui, il y a des mères qui disent qu’elles laissent tomber. [Elles ne retournent pas devant le tribunal] parce qu’alors les enfants, en fait, ne vont plus, ou moins, chez l’autre parent, puis elles savent que si elles retournent pour demander une contribution, on va reprendre de force. Il y a ce côté “enjeu des enfants”. »⁷²²

L’avocate pointe par ailleurs le fait que même dans le cadre d’un hébergement égalitaire respecté en termes de temps d’hébergement, une série de frais sont tout de même plus pris en charge par les mères, sans que cela puisse aisément faire l’objet d’un rééquilibrage par le tribunal.

« Alors après, il y a toute la question de la prise en charge de la plupart des frais courants. Parce que c’est quand même la plupart du temps, même dans le cadre d’un

⁷²⁰ FEAF14.

⁷²¹ Notamment : FEAH10, FEAF14.

⁷²² FEAF2.

hébergement égalitaire, c'est quand même la mère qui va acheter les vêtements. C'est même souvent elle qui va avoir le réflexe d'aller chez le généraliste. [...] Et donc elle prend en charge plus de frais, même si l'hébergement est égalitaire. C'est d'autant plus le cas quand il [l'hébergement] ne l'est pas. Même dans un hébergement égalitaire, la charge mentale, elle va rester assumée par le parent qui l'a assumée avant, et donc souvent la mère. Et malgré le fait qu'elle n'a les enfants qu'une semaine sur deux, elle va se taper une charge mentale entière parce qu'il va falloir anticiper : "Tiens, il y a un camp scout tel week-end. Il faut que je voie lequel de nous deux a les enfants à ce moment-là. Il faudra préparer le sac. C'est moi qui ai le sac de couchage, faudra prévoir. Tiens, il y a l'anniversaire de tel copain. Je l'ai vu. C'est la semaine du père, je vais lui rappeler qu'il doit y aller à telle heure." Enfin, c'est souvent ça.»⁷²³

L'avocate insiste sur la difficulté matérielle et mentale que le retour devant le juge implique.

«Finalement, il y a tellement d'enjeux ou de pression autour du fait de retourner devant le juge, que même si légalement c'est possible, en pratique ça ne l'est pas... [...] Moi j'essaye de pousser. J'essaye de pousser en disant : "Il n'y a pas de raison". Moi je suis vite très énervée par l'injustice de ce genre de situations, donc souvent j'essaye de pousser. Mais j'entends aussi quand elles me disent : "Oui, mais pour le moment, le père ne demande pas les enfants et les enfants, ils sont bien. Et donc je sais que si je demande, il va les obliger à aller chez lui. Les enfants n'ont pas très envie. Donc je me dis : je vais attendre que les enfants aient 12 ans. Comme ça éventuellement, le juge pourra les entendre et comprendre que c'est pas moi qui les manipule, qu'en fait, réellement, le père ne veut pas trop les voir non plus, mais il y a un jugement qui dit le contraire et donc, voilà". Elles se disent : "Ben en fait là, ça fait deux ans que le père les voit une fois par mois, et ça contente tout le monde. Et donc tant pis, je mords sur ma chique et je trime un peu pour pouvoir joindre les deux bouts."»⁷²⁴

Une autre avocate concède les limites du système actuel qui fonctionne au détriment des mères, et par ailleurs exige qu'elles soient seules responsables de ce sort déséquilibré : pour assurer l'efficacité de la décision de justice, elles doivent relancer une procédure et reconstruire un dossier.

«Oui, d'une certaine manière. Je peux comprendre que parfois certaines femmes soient frileuses à faire revenir le dossier, mais en principe ce n'est pas juste. Moi, je pense qu'il devrait y avoir un contrôle par rapport à ça. Mais bon, voilà, chacun est libre aussi de faire un essai ou pas, parce qu'à la limite, même s'il y avait un organisme de contrôle, il faudrait encore pouvoir dénoncer le fait qu'il y ait quelque chose qui ne fonctionne plus et que l'organisme vienne éventuellement le contrôler. Oui.»⁷²⁵

⁷²³ FEAF2.

⁷²⁴ FEAF2.

⁷²⁵ FEAF14.

4. Une fiscalité alimentaire et de l'hébergement genrée ?

296. Les contributions alimentaires et l'hébergement ont des effets sur le plan fiscal.

Les contributions alimentaires donnent lieu à un avantage dans le chef du/de la débiteur/trice car les montants payés sont fiscalement déductibles à hauteur de 80 %. Toutefois, en dépit d'une formulation neutre, le dispositif a des effets genrés dans la mesure où il procure surtout un avantage fiscal aux débiteurs d'aliments qui sont majoritairement des hommes.

Un autre avantage fiscal est l'abattement fiscal pour enfants à charge. Il ne peut pas être cumulé avec la déduction des contributions alimentaires. Cet avantage revient généralement à celui des parents qui a l'hébergement principal des enfants (majoritairement les femmes), mais peut être partagé en cas d'hébergement égalitaire, il s'agit de la « coparentalité fiscale ».

297. Certain-e-s professionnel-le-s⁷²⁶ interrogé-e-s constatent une tendance à bien identifier et tenir compte de ces avantages dans l'accord global de séparation (voire à les partager), alors que ce phénomène était exclu il y a deux décennies. Ces mesures sont, dans leur principe, bien connues du public et appréciées par certain-e-s professionnel-le-s. Ainsi, en tant qu'incitant fiscal, la déductibilité des contributions alimentaires permet parfois de débloquent un point de négociation dans le cadre de la séparation, en convaincant les « hommes » de payer une pension ou des contributions alimentaires⁷²⁷.

« Mais il y a quelque chose qui est bien, et là, je vois bien que quand je prends l'ensemble des dossiers qu'il y a en médiation ici, pour une optimisation, je vois bien que c'est très souvent – je ne veux pas dire neuf sur dix, parce que je n'oserais pas donner cette statistique-là – c'est l'abattement fiscal pour enfants en charge qu'on met chez la mère, et la déduction des contributions alimentaires qu'on met chez le père. »⁷²⁸

Un avocat⁷²⁹ indique que cette réflexion sur le partage de l'avantage fiscal s'est surtout présentée depuis que la garde alternée égalitaire sans contributions alimentaires s'est normalisée. Quand il n'y a pas de déduction de contributions, le partage de l'unique avantage fiscal qu'est l'abattement pour enfant à charge est devenu important.

L'avocat⁷³⁰ interrogé ci-dessus témoigne du fait qu'à son sens, des potentiels déséquilibres genrés sont possibles en raison de la trop grande complexité du

⁷²⁶ FQAF1, FQAF3.

⁷²⁷ Notamment : FAH3, FEAH5, FEAF14.

⁷²⁸ FEAH3.

⁷²⁹ FEAH5.

⁷³⁰ FEAH3.

système légal, et que les notaires, malgré une amélioration de la formation à cet égard, ne sont pas en mesure de prendre ces éléments en considération dans les divorces par consentement mutuel. Il illustre son propos avec deux exemples, l'un plus courant que le second, propres aux familles à hauts revenus.

«Le premier problème c'est que, dans un premier temps, il y a trois enfants et on met l'abattement fiscal chez la mère, alors que jusqu'à présent [...] c'était le père qui avait les enfants fiscalement à charge parce qu'il avait le revenu le plus élevé. Là, si la mère travaille, elle va être toute contente, elle va avoir plus 300 euros par mois à revenus bruts constants [...] Oui, mais ces trois enfants, ce ne sont pas des triplés, et donc un jour, l'aîné volera de ses propres ailes. Du coup, la mère, elle gardera l'abattement fiscal pour enfants à charge, mais plus pour trois enfants, mais pour deux enfants. Elle passera d'un abattement de 9.260 euros à un abattement de 4.000 euros. [...] [Cela peut correspondre à] 200 euros en plus d'impôt par mois. Mais c'est la progressivité du troisième, on n'a plus que deux enfants à charge. Alors que du côté du débiteur [de contributions alimentaires] bon, certes, évidemment il doit moins payer, mais sa déduction à lui, elle ne diminue pas, enfin, elle ne diminue entre guillemets que d'un tiers puisqu'il payait trois tiers, il ne paie plus que deux tiers, mais sa déduction, elle est toujours là, elle est toujours au taux le plus élevé, donc ça devient très rentable, beaucoup plus rentable pour lui que pour elle. Et puis, une fois qu'on passe à un enfant à charge, maintenant, on a 1.690 euros [d'abattement fiscal], ça ne représente quasiment plus rien en gain fiscal. Et de l'autre côté [pour la déduction par le père du montant des contributions alimentaires], le gain fiscal est toujours opérationnel. Ça, c'est le premier problème. [...] Le deuxième problème, et je vous jure que je l'ai vu aussi, c'est trois enfants, abattement fiscal chez maman, déduction chez papa. L'aîné termine ses études et dit à papa et maman : "L'université, oui, mais pas tout de suite. Moi j'aimerais bien faire une année sabbatique [...] aux États-Unis, en Australie..." Ça coûte 25.000 euros par an. Et ce couple parental dit : "Il a bien travaillé, on lui paie ça." Ils sont à 60-40 [% de contribution] et ils sont d'accord, ça veut dire que monsieur paie 12.000 euros et madame 8.000 euros". Monsieur, il déduit, mais madame ne déduit pas. Vous allez dire qu'elle a toujours l'abattement fiscal pour enfants à charge. Sauf qu'en payant 12.000 euros, en plus du reste, pour cet enfant, il y a deux problèmes qui vont se poser. Premièrement, l'enfant lui-même va être imposé – alors ce ne sera jamais énorme, il va y avoir un impôt de 200-300 euros. La question est : qui va payer cet impôt ? [...] Deux, pire que cela, pour rester fiscalement à charge, l'enfant doit faire partie du ménage fiscal au premier janvier de l'exercice d'imposition. Ce sera le cas si au premier janvier, il fait toujours partie du ménage fiscal de sa mère, même s'il est aux États-Unis, puisque c'est une interruption temporaire, mais [pour rester à charge] il ne peut pas avoir des ressources personnelles supérieures à un certain plafond. [...] Je peux vous garantir qu'avec 12.000 euros payés par un père, la mère n'a aucune chance, je dis bien *aucune*, d'avoir encore cet enfant à charge. C'est-à-dire qu'elle a peut-être encore les deux autres, mais elle va passer de trois enfants à deux enfants à charge, elle aura une perte colossale. Et là, ça aussi, c'est authentique.»⁷³¹

⁷³¹ FEAH3. L'avocat ajoute qu'il sait qu'un autre problème relatif à cette situation – soit l'impossibilité pour la mère de déduire sa propre contribution au voyage de son enfant – a

Certain-e-s avocat-e-s pointent toutefois le fait qu'à leur sens, ces mesures fiscales ne sont pas toujours bien comprises par les couples et même mal (ou pas) prises en considération par le tribunal de la famille⁷³².

Plus généralement, quelques professionnel-le-s interrogé-e-s concèdent qu'ils/elles évitent les questions fiscales et renvoient parfois vers un-e spécialiste en reconnaissant qu'ils/elles n'en maîtrisent pas toutes les subtilités⁷³³.

5. Conclusion

298. L'étude confirme le caractère genré des questions de contributions alimentaires et d'hébergement des enfants, comme l'étaient les pensions alimentaires (*supra*, n° 272).

299. Elle révèle les préoccupations différentes des hommes et des femmes quant aux enjeux financiers et leurs répercussions en termes de stratégies procédurales. Des stratégies qui jouent au détriment des femmes puisqu'elles amènent ces dernières, tant en procédure amiable qu'en procédure contentieuse, à renoncer à une aide financière dont elles et leurs enfants devraient pouvoir bénéficier.

Une règle formellement égalitaire est mise à l'écart plus souvent que nécessaire.

D. LA LIQUIDATION-PARTAGE

1. Introduction

300. La question de la transmission genrée du patrimoine a également été investiguée à travers du déroulement des opérations de liquidation-partage consécutives à la séparation d'un couple, marié ou non. Les questions posées aux professionnel-le-s visaient tant la liquidation opérée dans un cadre amiable que la liquidation-partage judiciaire.

2. Liquidation-partage amiable

301. Les professionnel-le-s interrogés à propos des liquidations-partage amiables sont les notaires et/ou les avocat-e-s médiateur/trices qui

été soumis aux juridictions de fond puis à la Cour constitutionnelle mais sans succès : « Et les juridictions de fond [disent], non, la loi est là, ce n'est pas possible. » Elle est allée devant la Cour constitutionnelle, [...] qui a répondu : « Je comprends, madame, vous avez un problème. Mais de nouveau, nous avons l'approche globale, et l'approche globale est qu'il appartient au législateur, le cas échéant, de corriger ce tir ».

⁷³² Notamment : FQAF3, FQAF4, FQAF5, FQAHF6, FQAH7, FQAF8, FQAF9, FQAF10, NQAF1, NQAH2, NQAH4, NQAF5, NQAH6, NQAF7.

⁷³³ Notamment : FQAF2, NQNF1, FENH11.

accompagnent les couples dans l'établissement d'un accord patrimonial, ainsi que les magistrat-e-s du tribunal de la famille qui homologuent de tels accords avant de prononcer le divorce. On rappellera que pour les personnes mariées, l'accord global sur la liquidation-partage peut aussi être consigné dans le règlement transactionnel préalable à divorce par consentement mutuel (*supra*, n° 244). Rappelons également qu'à la différence des accords sur les enfants, le tribunal de la famille ne contrôle pas le contenu des accords patrimoniaux. Les magistrat-e-s nous disent qu'ils/elles peuvent demander la comparution des parties pour questionner certains points, mais disent aussi que lors de ces comparutions, leurs vérifications ne portent pas sur le partage des économies et des biens⁷³⁴.

a. Des reprises de biens structurants

302. En Belgique, peut-on soutenir l'hypothèse, confirmée en France de la propension des hommes à reprendre les biens structurants (*supra*, n° 59) ? L'étude apporte une nuance tout en confirmant que la capacité de reprise d'un bien (singulièrement un bien de valeur) dépend de la force économique.

À la question de savoir qui des hommes ou des femmes reprenaient plus souvent les biens indivis en cas de divorce par consentement mutuel ou d'accords amiables, les professionnel-le-s ne donnent **pas une réponse unanime**.

Deux constats se dégagent des témoignages. Premièrement, il apparaît qu'une **capacité financière** souvent plus importante dans le chef des hommes les amène à avoir plus de facilités à reprendre un bien. Deuxièmement, la **présence d'enfants** déjoue parfois ce schéma, soit que le bien soit alors repris par l'ex-épouse, mais parfois avec l'aide de ses parents ou de sa famille, soit que le bien reste en indivision pour être occupé par l'épouse le temps d'y héberger les enfants avant d'être vendu ou repris, plus tard, par l'un-e des ancien-e-s conjoint-e-s.

« La pratique [...], c'est 80 % de biens indivis ou communs qui sont repris par monsieur. Sauf si c'est le bien familial et qu'il y a les chambres pour les enfants, etc., ou si c'est monsieur qui a fauté, alors il part. Mais il va mettre en place un mécanisme : on va faire une donation au nom des enfants, madame reste avec l'usufruit, mais il abandonne rarement le bien tel quel pour madame. [...] [En tout cas] au moins trois quarts. [...] Pour moi, le cédant ou la cédante est lésée parce qu'elle abandonne de la brique contre du cash. [...] Le cessionnaire, c'est monsieur et pas madame. Dans trois quarts des divorces, c'est monsieur le cessionnaire. »⁷³⁵

⁷³⁴ En ce sens : FEMHF2, NEMH1, NQMH2. Certain-e-s magistrat-e-s précisent que cette comparution est également demandée avant homologation si une question est nébuleuse et/ou que les ou l'une des parties n'a pas d'avocat-e, sans toutefois indiquer ce qui serait remis en question dans les accords de séparation : FQMh1, NQMF1.

⁷³⁵ FENH1.

«Maar bij een echtscheiding zijn vrouwen niet makkelijk. Ik kan niet zeggen dat dat een vrouw over de streep gaat trekken om een huis goedkoper aan haar echtgenoot af te staan, bijvoorbeeld. Of vorderingen te laten vallen. Nee. [...] Dat gevoel heb ik niet. In de echtscheidingen die ik heb, kan ik niet zeggen dat het meer de man is die het huis overneemt dan de vrouw. Ik ben een aantal dossiers aan het overlopen en nee. Omdat de vrouwen ook financieel geholpen worden door de ouders. [...] De dossiers die ik mij voor mijn geest haal, dan denk ik: “Ja, maar daar [...] hebben de ouders ook hulp bijgestoken”. [...] Ik kan oprecht niet zeggen dat ik de indruk heb dat het meer de man is die het overneemt. Wat er wel vaker gebeurt, is dat de woning in onverdeeldheid gehouden wordt en dat de vrouw er tot een bepaalde leeftijd mag blijven wonen samen met de kinderen.»⁷³⁶

«Nee, eerder omgekeerd, meestal omwille van het feit dat de minderjarige kinderen hoofdverblijf hebben bij moeder. De noodzaak tot stabiliteit voor de minderjarige kinderen is voor verschillende notarissen een belangrijk (doorslaggevend) element in hun beslissing tot preferentiële toewijzing.»⁷³⁷

«Non, ça, je dois dire que ça doit être à mon avis 50-50, mais il y a beaucoup de femmes, parfois, qui sont aidées par leurs parents.»⁷³⁸

«Les hommes ont quand même souvent les capacités financières, c’est quand même souvent eux qui ont la meilleure capacité, mais bon, il y a quand même parfois l’aide de la famille.»⁷³⁹

303. La question induite est de savoir si ces biens repris sont correctement évalués, sinon il y aurait double avantage pour le cessionnaire. Les notaires interrogé-e-s ont relevé qu’ils/elles avaient déjà observé des **sous-évaluations d’un bien de valeur** dans les accords de séparation (sans toujours indiquer s’il s’agissait de reprises par les hommes ou par les femmes), mais rappellent également leur faible marge de manœuvre, eu égard au choix posé en connaissance de cause par les couples dans ces cas de figure⁷⁴⁰. Certain-e-s déclarent qu’à leur sens, cette sous-évaluation prend place dans le cadre d’un accord global entre futur-e-s ex-époux-ses. D’autres se disent plus intrusif/ve.s. Ces constats confirment l’existence de «comptabilités inversées» mises au jour en France (*supra*, n° 60).

«En ze willen dat niet met een schatter doen. Ze komen zelf op een waarde uit. Partijen beslissen de waarde. [...] Als ik dat zie, dan ga ik dat ook zeggen. Dan ga ik

⁷³⁶ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 463.

⁷³⁷ NQMF4. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 463.

⁷³⁸ FEAF13.

⁷³⁹ FEMH1.

⁷⁴⁰ Notamment : NQNF4. Cette attitude ou pratique a déjà été constatée à propos du choix posé pour un régime matrimonial, pour l’exclusion d’une clause de correction d’un régime séparatiste, ou pour des renoncations à une pension alimentaire (*supra*, nos 191, 225, 230 et 262).

ze elk apart bij mij roepen. Het is mijn job als notaris om daarop toe te zien dat er evenwichtige akten getekend worden. En als ik zie dat er iets manifest onevenwichtig is, dan maak ik hen er toch minstens op attent. Maar heel vaak als het manifest onevenwichtig is, ook al zeg ik het, dan zeggen de vrouwen: "Het gaat toch zo gebeuren." »⁷⁴¹

«Ja, ik wijs op de fiscale consequenties. Over het gebeurlijke economisch onevenwicht zal ik mij niet in de ene of de andere zin uitspreken aangezien ik van bij de aanvang er de nadruk op leg dat er over alles een akkoord moet zijn, en dat ze dit akkoord zelf moeten vinden en zich hier goed bij voelen, zoniet gaat de EOT niet door.»⁷⁴²

b. Accords négociés et rapports de force : regards croisés des professionnel-le-s

304. L'étude révèle des regards différents portés par les avocat-e-s et par les notaires sur les déséquilibres économiques négociés (et sur leurs pratiques professionnelles respectives à ce propos).

Les *notaires* interrogé-e-s avancent généralement que les couples sont suffisamment avertis de sorte que ces déséquilibres, à condition de rester marginaux, peuvent exister, dans la mesure où ils sont «choisis» par les partenaires.

«Tant que les parties sont informées des conséquences et que les conséquences sont claires (financièrement), cela va. Je souligne le caractère de la transaction et mentionne dans l'acte que c'est une transaction pour solde de tout compte et que les parties ont été informées. Un certain équilibre reste nécessaire.»⁷⁴³

Plusieurs notaires⁷⁴⁴ disent qu'ils constatent l'existence de rapports de force dans la négociation d'un divorce par consentement mutuel, sans toujours identifier le genre de la partie faible ou forte. Certain-e-s⁷⁴⁵ indiquent qu'en dépit de ces rapports de force, ils/elles ne conseillent pas, voire déconseillent, la présence d'avocat-e-s, dont l'accompagnement ne serait pas propice à la conclusion d'un accord.

«Parfois il y a des rapports de force. On y est attentif et on rectifie si nécessaire en informant correctement les parties et en soulignant clairement les problèmes. [...] Je déconseille la présence d'avocats sauf liquidation-partage judiciaire. Tant qu'on

⁷⁴¹ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 464.

⁷⁴² NQNH5. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 464.

⁷⁴³ NQNF1.

⁷⁴⁴ En ce sens : NQNF1, NQNF4, NQNF6, NQNH7, NQNH8. NQNF5 constate des concessions de l'une ou l'autre partie en vue de préserver l'accord, sans que cela constitue à son sens des rapports de force.

⁷⁴⁵ Notamment : FENH2, NENF4, NQNF1, NQNF4 et NQNF5. NQNH2 et NQNH3 répondent toutefois négativement à la question relative à l'influence de la présence d'un avocat sur les rapports de force entre époux-ses.

travaille à l'amiable, je refuse, sauf exceptions, qu'un avocat soit présent. Je suis d'avis qu'il m'est difficile d'aider les parties à arriver à un accord quand un avocat est présent. »⁷⁴⁶

305. Le regard des *avocat-e-s* interrogé-e-s sur l'incidence de ces rapports de force sur la capacité des parties à négocier des accords est à l'opposé de celui des notaires.

Plusieurs *avocat-e-s*⁷⁴⁷ observent en effet qu'à leur sens, les intérêts des femmes sur le plan patrimonial sont nécessairement mis en péril si elles ne sont pas individuellement conseillées pendant une séparation.

C'est, nous semble-t-il, pour cette raison, ou pour avoir après coup examiné des conventions de divorce par consentement mutuel, que les *avocat-e-s* interrogé-e-s sont généralement plus circonspect-e-s envers le divorce par consentement mutuel. Le rôle et la responsabilité des notaires sont questionnés.

« Par exemple, un souvenir que j'ai, c'est celui d'une dame qui s'est complètement fait avoir dans son divorce parce qu'encore sous emprise de son mari et elle, typiquement, [...] elle n'a quand même pas fait d'études. Ils se sont rencontrés très tôt, cinq enfants, mère au foyer, mari qui gagnait extrêmement bien sa vie. Donc ils ont vécu avec un train de vie très important pendant vingt, vingt-cinq ans. Vers 40-45 ans, finalement, ils divorcent, il lui a fait négocier un consentement mutuel ultra lésionnaire, où elle a renoncé aux parts de la société, qui était commune parce qu'ils étaient en communauté, alors que c'était une société hyper florissante. Elle a signé une pension alimentaire après divorce dégressive alors qu'elle n'avait jamais bossé et qu'elle n'avait pas de revenus. Des parts contributives de m***. Et le seul truc sur lequel elle a [...] c'est qu'ils sont quand même restés en indivision sur les immeubles. Ça, c'est typique. Et là, le notaire n'a rien fait. Et elle a renoncé, même au secours alimentaire. Donc, elle était hyper lésée. Si à l'époque elle avait été voir un avocat qui lui aurait dit : "Non, non, non, non, non, vous ne signez pas", elle n'aurait probablement pas signé comme ça. Le notaire n'a rien dit. [...] C'est fait, c'est fini. Et ça, c'est honteux. Moi, je trouve que là, il y a une responsabilité chez le notaire qui devrait quand même être un peu plus... »⁷⁴⁸

306. Les *avocat-e-s*⁷⁴⁹ semblent apprécier le divorce pour désunion irrémédiable pour la flexibilité de la procédure qui permet de négocier sur un temps long et de rééquilibrer les rapports de force souvent constatés par elles/eux au détriment des femmes.

« C'est pour ça que je ne suis pas très fan des divorces par consentement mutuel. Je dis toujours aux gens, "allons étape par étape". Pourquoi ? Parce qu'alors, on va aller

⁷⁴⁶ NQNF1.

⁷⁴⁷ En ce sens notamment : FEAF1, FEAF1, FEAF8, FEAF13, NEAF1, NEAF3, NEAF5, FQAF4.

⁷⁴⁸ FEAF13.

⁷⁴⁹ En ce sens notamment : FEAF1, FEAF1, FEAF8, FEAF13, NEAF1, NEAF3, NEAF5, FQAF4.

devant le tribunal, on va régler la problématique uniquement du divorce, puis après, on va régler la problématique de l'hébergement des enfants. Et dans un second temps, on va discuter avec un notaire de tout ce qui est de la liquidation du patrimoine. Je dis : "Dans un divorce par consentement mutuel, vous devez être d'accord sur tout." Et donc du coup, maman qui est dans l'émotion et papa qui est dans la finance, ça va faire l'objet de chantage. [...] Oui. Je vois bizarrement ça dans les dossiers, comme quoi le fait de devoir être d'accord sur tout, ça fait l'objet de chantage, surtout de la part des hommes. Les hommes qui sont beaucoup plus dans la finance, ils vont dire : "Ah, c'est comme ça, ah bien alors à ce moment-là, moi je te laisse pas les enfants, etc." Et madame – ses enfants, la chair de sa chair – elle va dire : "Moi, ce qui m'importe c'est les enfants, je suis prête à renoncer à toute prétention financière, etc., du moment que mes enfants sont bien". »⁷⁵⁰

« Mais en fait, moi, maintenant je ne conseille plus que la désunion irrémédiable. Pourquoi ? Parce qu'on peut négocier des accords et aller les déposer au tribunal, et finalement c'est beaucoup plus flexible, surtout pour nous, dans notre pratique d'avocat, que le consentement mutuel [...] Moi, je fais tout moi-même. Donc au niveau des conseils de la séparation, vraiment, à la liquidation-partage, c'est moi qui gère de A à Z. [...] Moi, ça fait quelques années que je dépose des requêtes quand on a vraiment un accord complet, je dépose une requête conjointe avec l'autre avocat, où on a même l'accord de liquidation. Et donc le tribunal va homologuer aussi l'accord de liquidation. Et après, on ira chez le notaire pour finaliser l'accord de liquidation, mais le notaire n'aura finalement qu'à passer les actes. »⁷⁵¹

307. Des avocat-es trouvent dans le divorce par désunion irrémédiable un autre intérêt : la possibilité de ne pas cloisonner les questions alimentaires des questions patrimoniales, et permettre une stratégie de négociation bénéfique sur le plan patrimonial.

Plusieurs avocat-e-s interrogé-e-s⁷⁵² disent que le divorce par désunion irrémédiable amène parfois à séquencer les points litigieux pour en clôturer certains avant d'autres, souvent dans l'ordre suivant : 1. questions alimentaires, hébergement des enfants, logement ; 2. questions financières et patrimoniales, ces dernières devant le notaire. Ce séquençement peut être défavorable pour les femmes en termes de négociation. Des avocat-e-s témoignent rester attentif-ve-s aux leviers de négociation que peuvent constituer certains points non tranchés dans la liquidation-partage. La question de la protection alimentaire comme « levier potentiel de négociation » sur les questions patrimoniales est régulièrement évoquée.

« Donc je vais dire, on règle uniquement le sort du divorce, on est d'accord de divorcer, je formule une demande de pension alimentaire, mais en disant "Je la

⁷⁵⁰ FEAF14.

⁷⁵¹ FEAF13.

⁷⁵² Notamment : FQAF1.

réserve”. Comme ça, je me dis : [ça laisse une capacité à négocier]. [...] Alors, je dis : “Je veux bien mettre les dossiers en état au niveau pension alimentaire, mais si vous voulez éviter ça, [...] vous ne seriez pas prêt à m’accorder quelque chose là-bas ?” Et donc du coup, ça me permet à ce moment-là d’obtenir quelque chose, au niveau de la soulte, d’un peu plus important. Je dis : “On arrondit à la hausse et je renonce à ça.” Et alors à ce moment-là, je le fais tactiquement, je le laisse quand même en suspens, même si je ne suis pas tout à fait sûre de l’obtenir.»⁷⁵³

«Ce qui se fait plus facilement, par exemple, c’est un règlement global en liquidation partage par rapport à une pension alimentaire à titre personnel pour l’ex-époux. [...] Comme ça, on neutralise aussi au niveau de la fiscalité, puisque la pension alimentaire est taxée et la liquidation du patrimoine ne l’est pas. On peut parfaitement dire : “Voilà, on va donner un peu plus ou on va garantir un cadre de vie ou autre chose, mais alors on renonce à la pension alimentaire après divorce”. [...] Ce qui, à mon avis, ce *clear cut*, est quelque chose de beaucoup plus valorisant plutôt que d’attendre sa pension alimentaire tous les mois. Évidemment, ça ne convient qu’aux personnes qui ont un patrimoine plus important. Tout le monde n’a pas les moyens d’envisager cette solution, mais quand elle est envisageable, elle est humainement beaucoup plus gérable parce qu’au moins, on ne doit pas rentrer dans des considérations : “Voilà, je me remarie, je [perds le droit à la pension]”. Ça garantit aussi la liberté de l’avenir. [...] Oui, ça, c’est un système que j’aime encore bien. Et là, on fait effectivement le pont au niveau patrimonial et secours alimentaire. On voit aussi parfois qu’un des parents peut dire : ‘Voilà, je vais payer moins, mais tu peux rester dans la maison et tu ne me payes pas d’indemnité d’occupation puisque les enfants sont là.»⁷⁵⁴

Ces témoignages font écho à l’observation d’une magistrate à qui il paraît important, dans l’intérêt des femmes, que les questions patrimoniales ne soient pas détachées des autres éléments de la séparation.

«Je pense que, mais c’est peut-être une question de d’opportunité que les justiciables et les avocats entendent, je pense qu’on délaisse trop souvent le patrimonial et qu’on ne perçoit pas que le conflit financier vient pourrir les relations de couple également et qu’on se lance plutôt toujours dans l’hébergement, l’organisation de la séparation, etc. Et que finalement il y a des choses qui sont décidées qui ne seraient peut-être pas les mêmes si le patrimonial avait avancé à la même vitesse.»⁷⁵⁵

308. D’autres avocat-e-s⁷⁵⁶ soulignent que la liquidation-partage judiciaire a un coût trop important. Outre le fait que ce coût impacte plus la partie économiquement faible – souvent les femmes – une avocate observe «qu’il est plus favorable aux clients de manière générale de négocier des accords en matière

⁷⁵³ FEAF14.

⁷⁵⁴ NEAF1.

⁷⁵⁵ FEMHF3.

⁷⁵⁶ Notamment : FEAF13, FQAF4.

patrimoniale que de passer par la procédure de liquidation judiciaire, la phase notariale étant extrêmement onéreuse»⁷⁵⁷.

3. Liquidation-partage contentieuse

309. Les trois catégories de professionnel-le-s interrogé-e-s – avocat-e-s, notaires et magistrat-e-s – indiquent avoir observé que des liquidations peuvent basculer plus fréquemment au détriment des femmes, lors de l'application de règles de droit issues de la loi ou de la jurisprudence : le régime matrimonial (a), l'évaluation économique du travail au foyer (b), la révocation des donations (c), la cession ou l'occupation du bien dans l'intérêt des enfants (d), l'asphyxie financière par la durée de la procédure (e), la jurisprudence sur la valorisation des créances d'investissement (e), et la neutralité légale du notaire-liquidateur (f).

Nous sommes à un tournant de l'étude, qui porte sur l'hypothèse d'une transmission genrée de capital sur la base de règles et jurisprudentielles. Sera vérifiée ou pas l'hypothèse émise en France que des règles formellement égalitaires peuvent être affectées de biais de genre dans leur mise en pratique (*supra*, n° 62).

a. L'effet du régime matrimonial

310. Plusieurs avocat-e-s témoignent du fait que le régime matrimonial de **séparation de biens** a une forte incidence – défavorable aux femmes – sur la liquidation-partage, laquelle prend alors brutalement une tournure inattendue.

« Vous avez toute une série de gens qui viennent très confiants vous voir en vous disant : “Vous savez, mon père a voulu me protéger et il m'a dit : tu dois aller chez un notaire.” Et fièrement, elles vous déposent leur contrat de séparation de biens. Et là, on leur explique que tout ce qui a été produit comme revenus, comme ressources financières, toutes les économies, ce qui a été acheté avec les revenus, appartient à monsieur. Enfin, sauf la jurisprudence de cassation sur la moitié de logement. Enfin bon, il y a des tempéraments, mais je veux dire, elle aurait été beaucoup, beaucoup, beaucoup, beaucoup mieux servie par un contrat de communauté. Par le fait de ne pas avoir de contrat du tout. C'est bien mieux pour la femme économiquement faible que d'avoir un contrat de séparation qui se retourne contre elle. Donc, elle l'apprend, et le fait qu'elle n'a pas eu conscience. [...] Les gens sont très surpris d'apprendre les règles du jeu au moment où ils se séparent. Et les règles du jeu, c'est le contrat. Et donc, par le jeu du contrat, des investissements financiers qui sont un peu complexes sont favorables à monsieur, qui était le pourvoyeur de revenus, qui est celui qui devait valoriser au point de vue fiscal. Parfois, monsieur a mis l'immeuble en société, parfois il y a eu des constructions – usufruit/nue-propriété. Ce n'est pas négatif ce que je dis

⁷⁵⁷ FQAF4.

ici. [...] Et elle se rend compte qu'en réalité, tous les choix qui ont été faits du temps de la vie commune se retournent contre elle et qu'elle va se retrouver toute nue.»⁷⁵⁸

«La dernière fois que j'ai vraiment eu un choc comme ça, c'est une femme mariée qui était en séparation de biens. L'immeuble était à son mari. Et elle n'acceptait pas l'idée qu'elle doive quitter l'immeuble. [...] Et alors le problème, c'est qu'en plus l'homme avait effectivement une situation financière tout à fait chaotique. À mon avis, il ne gagnait pas mal sa vie, mais c'était complètement non déclaré et donc extrêmement difficile. [...] On a fait une réunion avec l'avocat adverse et le mari a fait une offre qui moi, me paraissait généreuse compte tenu du rapport de force juridique. C'est-à-dire qu'il y avait cette propriété du bien et qu'elle n'avait aucun droit et qu'il n'avait pas assez de revenus pour qu'il puisse compenser par une pension alimentaire par ses revenus prouvés. Et il a fait une offre qui moi, me paraissait intéressante. Je dis : "Mais je pense que vous devriez accepter." Et elle est partie en claquant la porte. Elle a changé d'avocat. Et alors l'avocat de la partie adverse m'a dit – on s'est revu, évidemment dans le cadre d'une autre affaire : "Elle n'aura donc rien du tout". Je suis convaincu qu'elle n'aura rien parce qu'effectivement, c'était une proposition qu'elle aurait dû accepter. Mais elle était tellement choquée parce que c'est un mariage de 25 ans. [...] Exactement, séparation de biens, qu'elle n'a pas vu venir et surtout, on ne sait pas prouver les revenus du mari. Et le gars ayant un discours prétendant qu'effectivement, il ne gagnait pas bien sa vie. On avait des doutes sérieux, mais de toute façon, on avait de très gros problèmes de preuve. Donc effectivement, l'option pension alimentaire est très difficile à activer et l'option patrimoniale était... "c'est à lui la baraque". Et c'est lui qui l'avait payée en plus pendant la vie commune. [...] Elle avait, je crois, la conviction qu'elle avait droit à la moitié parce qu'elle avait [consacré] toute sa vie, etc., etc., etc. Mais malheureusement, ce n'était pas ça. [...] Si elle était à ce point affectée par ce qu'elle pensait être une indécente proposition de son mari, c'est parce qu'elle considérait qu'elle avait naturellement droit à quelque chose.»⁷⁵⁹

Interrogé-e-s spécifiquement sur le genre, ces avocat-e-s indiquent que ces « surprises » frappent plus les femmes que les hommes.

«Beaucoup plus chez les femmes, puisque ce sont les femmes qui sont économiquement faibles.»⁷⁶⁰

«Malheureusement, je pense que oui. Probablement que si on part de l'équation que c'est davantage des femmes qui sacrifient leur carrière au bénéfice des gosses que le mari, c'est clair, ça tombe là-dedans.»⁷⁶¹

311. Quant aux régimes en **communauté**, aucun témoignage de « sidération » à l'annonce des effets du régime ne nous a été fait. Par contre, une magistrate

⁷⁵⁸ FEAF8.

⁷⁵⁹ FEAH16.

⁷⁶⁰ FEAF8.

⁷⁶¹ FEAH16.

évoque un cas de « surprise » en cours de procédure, sur fond de régime de communauté, où l'épouse n'a pas bénéficié de sécurité patrimoniale, d'une part en raison du mécanisme (incompris) des récompenses (cf. voy. *supra*, Chapitre 2, n° 83), et, d'autre part, parce que, peut-être mal informée, elle avait manqué de se prévaloir d'une récompense contre la communauté pour le travail gratuit qu'elle effectuait pour son époux indépendant. L'extrait met en lumière l'impuissance des juges à intervenir pour protéger l'un ou l'autre époux-se sur le plan patrimonial si certains mécanismes ne sont pas connus ou pas activés (en raison d'un manque d'analyse par l'avocat-e de la situation patrimoniale).

« J'ai un couple marié, donc en communauté, madame est d'origine marocaine et monsieur va percevoir un héritage et va lui transférer la somme sur son compte. [...] Et madame a acheté un bien à son nom. Et ils se séparent. [...] Il dit : "Sa maison", mais en fait ils sont en régime de communauté, donc c'est un bien commun. Ce n'est pas parce qu'il est au nom de madame... ça reste un bien commun, en plus acheté avec des fonds propres de monsieur. Elle n'a rien, elle n'a droit à rien dans cet immeuble. Donc vraiment, là, j'ai dû réouvrir les débats. Alors comment ça se passe ? Parce qu'elle a un titre de propriété à son nom personnel et comme c'est un bien commun [...] il a droit à une récompense. Mais la récompense, elle englobe l'immeuble [...] c'est la valeur de cet immeuble. [...] madame ne travaillait pas. Et en plus de tout cela, il était indépendant et elle était un petit peu sa petite main. Donc ici, j'ai réouvert les débats mais c'est très embêtant parce que cette question-là, elle déboule, alors que madame n'a pas fait de revendications devant le notaire, donc elle s'est privée un peu de possibilités. [...] Elle aurait dû réclamer une créance à charge de la communauté pour le travail qu'elle a fourni aux côtés de monsieur, etc. pour venir un petit [peu compenser]. Mais tout ça, ça ne vient qu'après, et donc c'est compliqué, et là vraiment, j'ai un sentiment de : "Ha bien là, elle s'est vraiment faire rouler...". Une mauvaise information ? Oui. Une forme d'injustice ? Oui. Et je ne vois pas bien comment je pourrais l'aider. »⁷⁶²

b. L'absence d'évaluation légale du travail au foyer

312. Une magistrate considère que la loi devrait permettre d'évaluer économiquement le travail au foyer car, à son sens, cette valeur n'est pas suffisamment prise en compte et cela tronque certains débats – au détriment des femmes – sur la reconnaissance d'une créance demandée par l'autre époux-se pour un investissement financièrement identifié⁷⁶³. C'est une entrave genrée à la défense contre une action en restitution sur la base de l'enrichissement sans cause.

⁷⁶² FEMHF2.

⁷⁶³ Nous renvoyons aux constats sur les profils genrés de dépenses au sein des couples, les hommes ayant une propension à financer des investissements, les femmes à financer le train de vie courant et fournir de l'aide gratuite (*supra*, n° 25 et s., ainsi que n° 37 et 59).

« On a consacré la capacité de travail de la femme au foyer, ça je suis bien consciente, mais on ne la chiffre pas. Et moi, j'aurais tendance à vouloir la chiffrer parfois en fait, vraiment. Et pas de dire : "Oui effectivement il y a ..." mais vraiment de la quantifier. Parfois, je trouve que c'est utile aussi. [...] Oui, moi je trouve que parfois c'est important. Si on pouvait quantifier le travail au foyer, je pense qu'il y a des débats qui n'auraient pas lieu. Comme par exemple, j'ai systématiquement des hommes qui continuent de penser que parce qu'ils ont travaillé – et bon après ils ont des avocats qui viennent les appuyer – parce qu'ils ont travaillé, ils peuvent espérer une créance d'enrichissement sans cause pour avoir financé des travaux, etc. Et toujours ce débat, finalement, pour revenir à dire : "Oui, mais bon, vous avez gagné parce que madame s'occupait du foyer". En fait, moi, ce qui me dérange profondément, c'est que finalement, il y a des théories qui sont utilisées pour remettre en cause ce que des gens ont passé leur vie à appliquer de commun accord. Et donc voilà, je me dis que quand une femme est restée au foyer et qu'elle n'a pas travaillé, si c'était vraiment quantifié, enfin, si c'était possible de le quantifier, le débat n'aurait même pas lieu parce que finalement elle a apporté sa contribution et on ne viendrait pas dire que concrètement il a payé... Mais bon, on doit le faire. »⁷⁶⁴

Une avocate témoigne ensuite de ses tentatives, pas totalement vaines, mais devant être fortement mises en scène, pour convaincre l'époux et les professionnel-le-s que le travail au foyer de sa cliente (« baby-sitting ») devait être valorisé.

« Et donc il y a eu tout ça. Mais ma cliente, à un moment donné, elle me disait qu'elle voulait mettre dans le calcul de la soultte les heures de baby-sitting qu'il s'était épargné. On était vraiment dans un truc qui allait très loin. Je l'ai fait pour l'exercice, en faisant comprendre qu'en fait, elle s'était occupée tous les soirs des enfants parce que monsieur travaillait à la Commission. Tous les soirs, il allait boire des verres, il ne rentrait jamais pour souper, pour s'occuper des filles, etc. C'est elle qui, tous les jours, s'occupait d'elles, tout en bossant à côté. Donc on a essayé de faire passer ce genre de trucs, "baby-sitting", ce n'est pas passé. Mais il y a l'un ou l'autre élément symbolique qu'on a réussi quand même à mettre dans la balance et donc au final, le montant de la soultte tient compte quand même de certaines choses. [...] J'ai réussi quand même à faire passer une partie de disproportion dans la contribution aux charges du ménage. »⁷⁶⁵

313. Il est également possible que l'absence de précision légale sur l'évaluation du travail au foyer renforce l'impression que les magistrat-e-s ont des préjugés sur le travail au foyer⁷⁶⁶. Une avocate partage ainsi le ressenti de ses clientes.

⁷⁶⁴ FEMHF2.

⁷⁶⁵ FEAF2.

⁷⁶⁶ Sur la problématique de la sévérité, juridique et/ou genrée, des juges en matière de pension alimentaire, *supra*, n^{os} 263 et s.

«Je crois qu'on sent un peu de tout selon sur qui on tombe. [...] C'est vraiment la loterie des tribunaux de la famille. Je pense qu'il y a des magistrats qui sont un peu conscientisés. Je dirais qu'ils le sont rarement beaucoup, franchement. Il y a quand même encore cette espèce d'*a priori*, de préjugé contre une espèce de femme un peu bourgeoise comme ça, qui n'a pas foutu grand-chose en termes de carrière, etc., et qui voudrait, maintenant, un peu grappiller. Moi, c'est parfois comme ça que j'ai l'impression que c'est ressenti, dans certains dossiers en tout cas, quand ce ne sont pas des dossiers qui sont précaires.»⁷⁶⁷

c. Les donations révocables entre époux-ses

314. Certain-e-s professionnel-le-s témoignent du fait que la question des donations révocables entre époux-ses se pose parfois de façon épineuse lors des opérations de liquidation. À leurs yeux, les révocations des donations au moment de la séparation s'opèrent plus fréquemment par des hommes et donc, au détriment des femmes bénéficiaires, parfois déjà précarisées par un régime matrimonial de séparation de biens. Cette règle formellement égalitaire est affectée d'un biais de genre.

Les professionnel-le-s précisent qu'il ne s'agit pas de révocation de donations authentiques, mais plutôt de révocation de donations indirectes, comme l'achat d'un bien immobilier au nom des deux époux-ses alors qu'ils sont en régime de séparation de biens et que seul un-e des deux (en général l'homme) a financé. Ceci ajoute à l'effet de genre, un effet de surprise déstabilisant, car la donation n'est révélée juridiquement qu'au moment de la liquidation.

«Après, monsieur dira souvent "c'était une donation", et madame "non, c'est une contribution aux charges du mariage". Ça c'est pour les avocats. Mais une vraie révocation d'une donation avec pacte adjoint ou une donation où je te donne avec une convention notariée, je n'ai jamais eu à vivre cela dans les divorces pour l'instant.»⁷⁶⁸

«C'est une bonne question de dire : "Tiens, est-ce qu'on pourrait supprimer cette disposition légale qui rend les donations révocables ?". Parce qu'alors il n'y aurait plus l'argument selon lequel si quelqu'un fait une donation à son épouse en achetant un bien, il pourrait revenir dessus. [...] Je reprends mon exemple : j'achète un bien au nom des deux. Est-ce que je considère que c'est une donation ? C'est ça la vraie question. [...] Est-ce que j'estime, au moment où je le fais, que c'est une libéralité ? Oui, enfin, une libéralité entre guillemets. [...] Ce qui moi me dérange dans le régime de séparation de biens et dans cette situation de celui qui est plus faible, c'est qu'il y en a un des deux qui va avoir le sentiment d'être propriétaire de quelque chose dont il ne sera pas propriétaire en vrai. Et ça, c'est dérangeant. C'est cette apparence de... Oui. C'est de dire que : "OK. On a fait des choses, on a un truc à deux, et puis en

⁷⁶⁷ FEAF2.

⁷⁶⁸ FENH1.

fait non”. Parce qu’il y a beaucoup de situations où on ne se rend pas compte de cet élément-là. Et soyons clairs : celui des deux qui est un peu plus faible, c’est facile de fermer les yeux et de dire : “Ah, c’est chouette. On a acheté un truc à deux”. »⁷⁶⁹

«Ils le savent. J’ai eu une fois dans ma vie une donation qui a été révoquée. [...] Divorce.»⁷⁷⁰

315. Des magistrat-e-s confirment que dans leur pratique, les demandes de révocation de donations émanent majoritairement⁷⁷¹, voire uniquement⁷⁷² des hommes.

316. Il y a donc manifestement matière à réflexion quant aux rapports de pouvoirs entre hommes et femmes et leur facilitation par la loi. La révocation des donations entre époux-ses a été conçue pour protéger les hommes. Elle est abrogée en France (pour une description comparative du système français, voy. *supra*, n^{os} 134 et s.). Elle n’est pas applicable hors mariage.

d. La cession et l’occupation du logement : l’incidence de l’intérêt des enfants

317. Comme exposé ci-dessus, les professionnel-e-s confirment que la reprise ou l’attribution d’un bien immobilier par l’un ou l’autre des époux-ses dépend de toute une série de critères (exercice d’une activité professionnelle, bien familial) qui semblent écarter toute tendance genrée, mais que la capacité financière, davantage présente chez les hommes, est déterminante (*supra*, n^{os} 247 et 302). Certain-e-s professionnel-le-s observent néanmoins que les raisons qui poussent les hommes et les femmes à reprendre un bien immobilier ne sont pas les mêmes. Interrogé-e-s sur les arguments présentés par les hommes et les femmes pour obtenir l’attribution préférentielle de l’immeuble, plusieurs magistrat-e-s relèvent ainsi des différences.

«Ja, bij mannen is het eerder de beroepsuitoefening en hun financiële draagkracht voor het verder ten laste nemen van de hypothecaire lening; bij vrouwen is het eerder de verblijfsregeling van de kinderen in geval van een meer “klassieke” verblijfsregeling.»⁷⁷³

«Je pense : les hommes utilisent des critères plus objectifs, au premier rang desquels leurs capacités financières ou l’investissement opéré dans le bien.»⁷⁷⁴

⁷⁶⁹ FEHNH3.

⁷⁷⁰ NENF1.

⁷⁷¹ NQMH3.

⁷⁷² FQMH1.

⁷⁷³ NQMF1. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n^o 465.

⁷⁷⁴ FQMH1.

318. Nous allons relever ci-après dans les témoignages que la tendance des femmes à considérer l'intérêt des enfants avant leur intérêt patrimonial peut avoir un impact conséquent, à plus forte raison lorsqu'elles sont déjà la conjointe économiquement faible.

Ainsi dans les deux cas de figure envisagés – **occupation** par elles du logement ou **cession** du logement à leur ex-mari – elles semblent susceptibles de subir un déséquilibre disproportionné sur le plan patrimonial : en occupant le bien avec les enfants, elles supportent parfois des indemnités d'occupation ; en cédant le bien à leur partenaire pour que les enfants puissent continuer à y vivre, elles reçoivent parfois une soulte non correctement évaluée.

319. Le premier cas de figure, l'**occupation du bien indivis** (avec ou sans reprise postérieure) soulève le problème du traitement tardif des indemnités d'occupation. C'est un nouveau constat empirique d'une « surprise déstabilisante » (*supra*, n° 314). L'inconnue sur le montant des indemnités d'occupation met en péril la capacité à *repandre* le bien, car outre sa valeur à financer, il faut payer un demi-loyer. Elle amenuise aussi la sécurité patrimoniale en cas de *cession* du bien puisque la soulte à payer sera diminuée d'un demi-loyer. Une magistrate déclare que le calcul de ces indemnités d'occupation en fin de liquidation peut faire basculer, au détriment des femmes, des équilibres mis en place pendant la séparation.

« Je vais aller lire parfois les rapports qui vont se trouver dans le dossier et me rendre compte que y a eu de la violence intrafamiliale ou des choses comme ça et que l'un est resté au domicile, était économiquement plus faible, etc. Que des choses ont été faites, finalement, pour rééquilibrer sa situation, mais qu'en fait, ça lui revient parfois en boomerang dans la liquidation. Je prends par exemple tout simplement : les indemnités d'occupation. Et donc je me dis, finalement, c'est parfois la double peine. [...] Moi personnellement, je trouve qu'une personne qui n'a pas développé sa carrière professionnelle parce que – alors certains disent c'est par choix du couple, la femme a plutôt tendance à dire “ça m'a été imposé” – mais au final la carrière ne s'est pas développée, et elle se retrouve financièrement dépendante. Elle reste dans un immeuble parce que c'est compliqué et, *in fine*, on se retrouve à venir lui réclamer une indemnité d'occupation. Alors je suis d'accord qu'elle est due... Mais je pense moi, là, c'est parfois la durée d'une procédure qui fait que l'indemnité d'occupation est alourdie. »⁷⁷⁵

« Double peine » aussi à cause de la pression immobilière qui pousse certaines femmes à rester dans le logement car elles n'ont pas les revenus pour se reloger avec leurs enfants. Elles diffèrent le paiement de l'indemnité d'occupation jusqu'à la sortie d'indivision du bien, une indemnité qui n'a pas nécessairement été évoquée au moment de régler les questions du logement et de l'hébergement des enfants.

⁷⁷⁵ FEMHF3.

« [Le logement] c'est un énorme enjeu dont on n'a pas encore tout à fait conscience, j'ai l'impression. C'est un énorme enjeu parce que d'abord, je pense que c'est une des principales raisons qui font que les femmes ne partent pas, qu'elles ne divorcent pas, qu'il n'y a pas de séparation. Parce qu'en fait, il y a une conscience accrue de l'impossibilité de rester à Bruxelles si on n'est plus à deux. Et c'est une réalité. Sauf si on bénéficie d'un logement social. Je le voyais encore avec une nouvelle cliente que j'ai reçue avant-hier, qui est dans le logement indivis. Ils sont séparés depuis trois ans. Elle appuie sur la pédale de frein, mais exagérément, du point de vue la liquidation, parce que tant qu'elle est là, même avec l'épée de Damoclès de l'indemnité d'occupation, elle sait vivre avec ses trois enfants dans une maison. [...] La maison tombe en ruine ou presque. Mais le remboursement des échéances hypothécaires, c'est 700 euros, elle les paye seule. Donc le mari est parti. Ils sont divorcés. Ils sont dans la liquidation. Elle dit : "Chaque mois qui passe est un mois gagné. Je sais que je ne peux pas racheter". Parce qu'en fait, ils sont en fin de course pour le remboursement de l'emprunt. Autant dire que le monsieur a droit à quasiment la moitié de la valeur de la maison. Ça peut être une ruine, ça vaut quand même 250.000 ou 300.000 euros. Donc elle doit renégocier grosso modo au moins 100.000 euros plus une indemnité d'occupation. Et elle dit : "Je fais quoi moi ? Il n'y a aucune banque qui va me filer cela". Parce qu'elle n'a pas de salaire. Elle travaille, elle est employée, mais toute seule. Elle a trois enfants, dont deux qui sont aux études supérieures [...] Et elle dit : "Trouver un logement à louer avec même juste deux chambres, c'est 1.000 euros. Je ne peux pas me le permettre". Et donc en fait, on a l'impression qu'il n'y a pas de solution pour ces gens. [Et l'indemnité d'occupation négociée] à titre de devoir de secours, [...] Ça pourrait, tout peut se négocier, mais là du coup, comme ils sont déjà divorcés, ils n'y ont pas pensé. C'est fichu. »⁷⁷⁶

Des avocat·e·s interrogé·e·s⁷⁷⁷ insistent sur la nécessité d'aborder immédiatement, en début de procédure de séparation, la question des indemnités d'occupation ou du montant de la soulte.

« Ce qu'il y a souvent dans ces procédures de divorce par désunion irrémédiable, c'est une question qui va devenir un peu inextricable parce qu'il ne reste que le bien, et qu'on a déjà négocié tout le reste et qu'il n'y aura pas de porte de sortie, ou que ça va être compliqué. [...] Tu le sens assez vite déjà. Là, c'est de nouveau un océan dans lequel j'arrive en bout de course. On a la question de la liquidation. Tout a déjà été fait avant. Cela n'a pas spécialement été réfléchi de manière globale. J'arrive en bout de course et en fait, il n'y a pas vraiment de solution. Effectivement, la question du logement, on le sait d'entrée de jeu. Moi, le premier entretien que j'ai avec la cliente, je sais qu'il y a cette question-là, et il faut l'anticiper. Et donc la question effectivement, s'il y a disproportion des revenus, et si c'est madame qui reste dans le logement, c'est évidemment d'essayer d'obtenir que l'indemnité d'occupation soit faible, que ce soit un devoir de secours, ou que ce soit en remplacement de quoi que ce soit, mais qu'il y ait quelque chose qui soit acté par rapport à ça. Et puis savoir ce que potentiellement,

⁷⁷⁶ FEAF2.

⁷⁷⁷ FEAF1, FEAF2.

on va négocier. Et on arrive quand même parfois à négocier le montant de la soulte, justement parce qu'il y a la question des enfants communs.»⁷⁷⁸

Vu le lien confirmé empiriquement entre occupation et présence des enfants, il serait intéressant, comme le suggère une avocate, de renforcer le pouvoir de modération des magistrat-e-s. Cette faculté est assez rarement appliquée, peut-être à défaut de cadre légal.

«Les indemnités d'occupation pour celui qui occupe l'immeuble familial pèsent trop lourd dans les négociations, les juges devraient pouvoir les réduire, les modaliser.»⁷⁷⁹

320. Le second cas de figure est la **cession du bien à l'ex-mari dans l'intérêt des enfants**, le marché immobilier ne laissant guère au couple d'autres choix. La problématique se déplace alors sur l'évaluation du bien et de la soulte revenant à l'ex-épouse.

L'étude met en lumière, comme en France (*supra*, n° 59), les concessions financières – précarisantes – que les mères sont amenées à faire dans un rapport de forces global en négociation de la liquidation. Elles risquent de privilégier l'intérêt des enfants (*supra*, n° 317).

«Si tu te dis : "C'est important pour les enfants qui sont nés dans cette maison, qui ont vécu une séparation plus ou moins difficile de leurs parents, etc., qui ont leurs habitudes à tel endroit, qui ne pourront pas d'une autre manière rester dans ce quartier-là, à distance à pied de l'école, dans un confort de vie qui est quand même précieux", ça compte. Et du coup, ça influe sur la question éventuellement de la limite financière de celui qui reprend. Ça peut être un argument où tu dis : "OK. Évidemment qu'en revendant tu pourrais avoir 25.000 euros de plus, ou 30.000 ou 50.000 euros de plus." Mais au prix d'un inconfort certain pour les enfants.»⁷⁸⁰

e. L'asphyxie financière d'une longue procédure

321. Un autre phénomène pointé par les professionnel.le.s comme étant défavorable aux femmes dans les liquidations, est la propension de la partie économiquement forte à faire durer le conflit en prolongeant la procédure pour faire pression sur la partie économiquement faible qui ne pourra pas tenir financièrement.

Plusieurs avocat-e-s⁷⁸¹ témoignent du fait que cette pression financière, souvent contre une femme, impacte sa capacité à se défendre ou négocier

⁷⁷⁸ FEAF2. Le témoignage critique envers le « saucissonnage » permis dans le divorce par désunion irrémédiable, contraste avec ceux où des avocate-s trouvent un avantage dans le divorce par désunion irrémédiable en ce qu'il permet de ne pas cloisonner les litiges personnels, à propos des enfants et les litiges financiers (*supra*, nos 287, 306 et 307).

⁷⁷⁹ FQAF4.

⁷⁸⁰ FEAF2.

⁷⁸¹ En ce sens, notamment : FEAF4, NEAF3, FQAF5.

adéquatement dans la liquidation. Leurs témoignages évoquent le dilemme du/de la professionnel·le face à une cliente incapable de financer le service qu'ils/elles devraient leur fournir.

Sont ainsi mises à jour des pratiques professionnelles genrées sur la base d'un mécanisme formellement neutre (la procédure de divorce et de liquidation). Elles sont objectivées en France (« production de complexité » dans la structure patrimoniale, dans les sources de revenus, dans la conduite du procès)⁷⁸².

« C'est un peu délicat à aborder je trouve comme question, mais quand on a des gros enjeux du point de vue financier, aussi bien dans la question de la pension, du secours, mais aussi dans la question de la liquidation, il y a aussi la question de l'étouffement financier lié aux frais d'avocats. [...] Clairement. Et en règle générale, celui qui a le plus de moyens a son avocat, son avocate, hyper spécialisé·e en la matière, qui bénéficie d'une armada de collaborateurs derrière et qui ne compte pas ses heures. Enfin qui les compte, mais ça n'a pas d'importance parce qu'elles sont payées sans problème. Toi, à côté, tu rivalises avec ça, avec quelqu'un qui certes, n'est pas dans l'état de besoin, donc qui ne rentre pas dans les conditions de l'aide juridique. Et tu te rends compte à quel point ça chiffre vite. Et que tu passes vite des dizaines d'heures à essayer de trouver la faille, à essayer de trouver comment réunir les éléments du dossier qui permettent de comprendre tout le mécanisme qui était en place, du point de vue des revenus de l'homme, etc. Et en fait, il y a un moment où dans plusieurs dossiers, tu te retrouves, enfin ta cliente se retrouve, asphyxiée par ça. Et t'as beau te dire : "OK en fait, je suis solidaire, je vais essayer de baisser un peu, je ne travaille pas à mon taux horaire habituel, je ne mets pas toutes mes heures, etc.". Mais à un moment donné, tu es censée vivre aussi. Tu te rends compte que la difficulté vient parfois de là aussi, du côté de la partie financièrement forte qui va étouffer l'autre en frais d'avocats. Et c'est dans ces dossiers-là que tu te prends courrier officiel sur courrier officiel sur courrier officiel. Et en fait, le dossier prend des proportions hallucinantes et tu le sais qu'il y a cette volonté, à un moment donné, de t'asphyxier financièrement. Et ça, moi, j'ai vraiment du mal à vivre avec. [...] Oui, déjà tu subis ça, t'essayes d'aller à l'essentiel, t'essayes de trouver effectivement les failles des mécanismes. Et puis en fait, tu rognes sur une partie de tes honoraires, ça c'est clair. Si tu veux tenir... »⁷⁸³

Une magistrate indique avoir déjà constaté que certains justiciables pouvaient accroître la pression financière par goût du conflit. Elle semble disposée à constater l'abus de droit s'il était invoqué dans ces circonstances.

« Et je pense que parfois, il faut être conscient aussi du comportement d'une personne au travers d'une procédure, du fait qu'une personne peut faire durer une procédure, parce qu'il aime le conflit, tout simplement ça. Si on en est conscient quand on lit le dossier, on se rend compte qu'au niveau patrimonial, parfois, il faudrait peut-être

⁷⁸² C. BESSIERE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, pp. 192 et 223 ; *supra*, n° 61.

⁷⁸³ FEA2.

plus souvent utiliser l'abus de droit en disant : "Finalement, il a essayé toutes les procédures pour alourdir la charge de l'un et de l'autre".⁷⁸⁴

f. La revalorisation des créances d'investissement immobilier

322. Une avocate témoigne en détail d'un dossier dans lequel aux entraves connues (*supra*, nos 310 à 317), s'ajoute la jurisprudence permettant de revaloriser la créance d'enrichissement sans cause liée à un investissement du mari dans le logement (jurisprudence modifiée⁷⁸⁵). On a déjà cité le témoignage d'une magistrate qui décrit l'effet de surprise produit par la revalorisation des récompenses en régime de communauté (*supra*, n° 311).

L'avocate expose d'abord le contexte et les entraves :

«C'est du chantage tout le temps. [...] On sait depuis le départ qu'il veut reprendre. Depuis le départ, on a dit qu'*a priori* on était OK, même si on sait qu'on obtiendrait, à mon avis 1,5 million en vendant de gré à gré. [...] Mais depuis le début, elle dit : "OK" parce qu'elle sait que, d'abord, il a plus investi qu'elle en termes financiers. Donc on sait, au niveau des calculs, qu'il a beaucoup plus investi, notamment un des appartements qu'il a acheté seul. Enfin non, ils ont acheté à deux, mais il a remboursé seul. Bref. Et les filles sont quand même assez attachées... [...] Et donc, elle sait que ça a de l'importance pour les filles et surtout pour lui. Et en fait, elle en a tellement marre de cet homme, c'est tellement compliqué à tout point de vue qu'elle se dit que ce sera plus simple, et puis au moins on avance comme ça. Alors, on sait ça depuis deux ans et demi, qu'il veut reprendre. Il travaille à la Commission européenne. Il a un salaire de 12.000 euros par mois, net. Il ne trouve rien de mieux à faire, en plein milieu, après un an de discussions, que de se mettre en pause carrière. [...] Donc sa place l'attend à la Commission. Pendant un an, il n'a pas de revenus. On a dû reporter d'un an la discussion parce qu'évidemment, il n'y a pas de banque qui lui offre un emprunt s'il n'a pas de revenu ou s'il a des revenus limités de 1.000 euros. [...] Mais c'était super important. C'était au niveau temporel, c'était maintenant ou jamais pour lui, etc. "Est-ce qu'on peut reporter d'un an la discussion par rapport à cette indivision ?" Donc ça reporte d'un an sa possibilité à elle de se reloger. Et on parle quand même d'une soulte qu'on a réussi à négocier à finalement à 430.000 euros. Donc, c'est l'achat d'un bien pour elle. Et depuis le début de la discussion, il y a le fait qu'ils n'occupent que le rez-de-chaussée. Il y a trois autres appartements. Il payait toutes les charges. Et donc percevait les loyers. Sauf que les emprunts sont finis depuis six mois. Donc en gros, il percevait seul les loyers. Et donc quand s'est posé cette question de savoir si on repartait au départ, nous on a dit : "non". Moi,

⁷⁸⁴ FEMFH2.

⁷⁸⁵ Depuis un arrêt de la Cour de cassation rendu en février 2022, les créances d'enrichissement sans cause (découlant des décomptes établis dans les couples séparatistes, mariés ou non) sont censées être évaluées sans revalorisation (c'est-à-dire sans tenir compte d'une plus-value du bien qui a profité de l'investissement), au contraire des récompenses en communauté (dans les couples mariés en communauté) (Cass., 4 février 2022, *J.T.*, 2022, p. 203, note V. MAKOW ; Y.-H. LELEU, « Les récompenses par le prisme de l'enrichissement sans cause : conditions d'octroi et évaluation », in *États généraux du droit de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2022).

j'ai mis en demeure le notaire de procéder à la vente publique. Ça, on y a été à la grosse artillerie pour montrer que c'est terminé. Et puis du coup, il est revenu à la table de négociation en disant : "Mais le montant sur lequel on s'est accordé au niveau de la soulte reste celui-là. Et à partir de maintenant, je paye à votre cliente l'indemnité d'occupation, plus la moitié des loyers." Et on a négocié qu'il prenne seul les charges. Alors évidemment, il y gagne, enfin, elle perçoit plus que ce qu'elle percevait à titre de stricte moitié des revenus de l'immeuble et des indemnités d'occupation. Mais elle ne se charge pas de tout le reste. Et donc on a dit "OK, on reporte d'un an". Mais ça a été au bout. Il y a un moment, on s'écrivait une fois par jour avec mon confrère. [...] Et chaque fois qu'on se voit chez le notaire, l'homme commence par dire : "De toute façon, tout ce qui t'intéresse c'est l'argent". [...] Et à chaque fois, je lui refais la démonstration qu'elle ne demande pas sa part dans l'appartement qu'il a financé seul alors qu'elle est copropriétaire. C'est sorti du calcul de la soulte, l'appartement du dernier étage. Ça faisait partie de la négociation globale parce qu'en soi, elle n'a jamais mis 1 euro dedans. Mais on est d'accord qu'elle a quand même droit à la plus-value. Elle n'a jamais contribué au remboursement de l'emprunt. Il a voulu acheter seul, il lui a fait un espèce de [cadeau]... Ils n'étaient pas mariés, ni cohabitants légaux. Et donc elle est sur l'acte. Elle pourrait y avoir droit, mais je crois que pour lui, c'était à ce point inconcevable qu'on partait au clash pour tout et qu'à un moment donné, ça a été le prix de la paix pour elle de dire : "Je propose dans la négociation de ne rien demander par rapport au quatrième étage". Et après, le reste, c'est les tableaux Excel. Je pense que j'ai quatorze tableaux Excel constitutifs de calcul, de qui a payé quoi, comment, etc. Il y avait quatre emprunts hypothécaires différents.»⁷⁸⁶

L'avocate pointe ensuite spécifiquement le problème de la revalorisation de la créance d'investissement et son impact sur les décomptes de la négociation.

«Lui, à un moment donné, il a payé les frais de notaire plus la rénovation, donc la jurisprudence sur la réévaluation de la créance vient péter tous les comptes. [...] Ils ont le calcul de tout ce à quoi ils ont contribué chacun, et c'est quand même délirant de se dire qu'elle, elle a payé quasiment la même chose que lui au niveau du remboursement des emprunts alors qu'elle a gagné cinq fois moins que lui. Cinq fois moins. Enfin, c'est quand même une proportion, tu n'arrives jamais à des proportions pareilles. Ou très rarement. Et le problème, c'est que donc, il a payé des frais de notaire et il a payé de la rénovation d'un immeuble qui a pris 200 % de valeur. Et avec la réévaluation de sa créance, s'il a mis par exemple, 60.000 euros pour la rénovation de la maison, on considère que c'est grâce à cette rénovation qu'elle a pris cette valeur, et donc en fait, les 60.000 qui devraient peser dans la balance sont devenus 300.000. [...] Ça fausse tout dans les calculs.»⁷⁸⁷

L'avocate confirme l'effet genré d'une jurisprudence formellement égalitaire. Cette jurisprudence (modifiée en février 2022) qui s'applique autant aux couples mariés qu'aux couples non mariés est à son sens plus favorable aux hommes.

⁷⁸⁶ FEAF2.

⁷⁸⁷ FEAF2.

«Et franchement je trouve qu'elle [la réévaluation de la créance d'investissement] vient casser la plupart des calculs de sortie d'indivision. Et donc créances d'investissement – réévaluation de la créance. Vraiment je comprends parfaitement la logique, parfaitement, mais ça vient fausser tous les calculs parce qu'évidemment, le marché immobilier évolue. Et donc, comment attribuer la plus-value à la créance d'investissement ou en tout cas comment la réévaluer en fonction du marché ? Et bien, très vite ça vient totalement disproportionner les parts de chacun. [...] Ce sont souvent les mecs. Souvent. Effectivement, sauf si à un moment donné il y a la femme qui a eu un héritage et qui l'a investi pour tel aménagement, mais c'est quand même plus souvent effectivement l'homme. Et donc là, dans ce calcul-là, moi je serais partie de l'idée qu'effectivement, ils avaient plus ou moins remboursé la même chose. Ils avaient acheté en indivision. On fait moitié-moitié. Mais sauf que là, c'est venu distordre le calcul. Et le fait qu'elle ait remboursé un crédit hypothécaire, elle n'a pas aussi, elle, un investissement avec plus-value, ça ce n'est pas une créance, non, c'est un remboursement normal, ça n'a pas été une créance d'investissement qui a fait prendre de la plus-value.»⁷⁸⁸

Ce témoignage nous semble important. Il illustre le fait qu'une application parfaitement égalitaire pour les hommes et les femmes des règles de liquidation-partage semble inaccessible dans la pratique, tant les entraves se superposent au détriment des femmes. Ce fait a été objectivé en France⁷⁸⁹. Ce témoignage confirme que même en procédure judiciaire, la négociation prend une place déterminante. Mais du fait de cette négociation, aussi vertueuse et garante des équilibres et des rapports de force entre hommes et femmes, les décisions prises échappent à toute forme de contrôle judiciaire quant à l'équilibre patrimonial global.

g. La neutralité des notaires-liquidateurs : regards croisés des professionnel-le-s

323. Les notaires⁷⁹⁰ décrivent généralement leur rôle, dans la liquidation judiciaire, comme différent de celui qu'ils/elles ont dans le cadre d'une procédure amiable ou un divorce par consentement mutuel. S'ils/elles gardent un devoir de neutralité, ils/elles n'ont plus le même devoir de conseil. Ils/elles auraient même un devoir de réserve quant aux constats de déséquilibres ou élément défavorable aux parties.

«Dans un partage judiciaire, c'est le rôle des avocats. Moi, je dois être neutre. Donc, à un moment donné, c'est assez compliqué, même si on le sent. J'ai eu un avocat qui

⁷⁸⁸ FEAF2. Il faut bien préciser que ces propos reflètent le droit jurisprudentiel de l'évaluation des créances d'enrichissement sans cause avant sa modification suite à l'arrêt rendu par la Cour de cassation en février 2022. Par contre, ils sont d'actualité pour les récompenses en communauté (*supra*, n° 83).

⁷⁸⁹ C. BESSIERE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, pp. 157 et s.

⁷⁹⁰ Notamment : FENH1, FENF7, FENF14.

s'est pris les pieds dans le tapis, mais je ne pouvais pas le dire. "[...] qui a oublié de faire une réclamation. Dans un état liquidatif où il ne sort pas l'élément, et que l'autre ne le sort pas, moi, je ne peux pas le sortir. Ici, monsieur avait payé – et je le sais d'une ancienne réunion – avait payé un peu plus de la maison que madame, et dans le partage, la femme n'est pas sortie avec cela. C'est comme un juge. Je n'ai pas de pouvoir de conseil. J'ai un devoir de neutralité. Et donc, quand [je suis au courant d'une information], je ne peux pas la donner." En tant que notaire, dans le cas d'un partage judiciaire, je ne peux pas aller dire à madame : "Attention, n'oubliez pas que vous avez droit à ça. Vous ne l'avez pas repris." Parce que l'autre avocat va me dire : "Mais de quoi vous vous mêlez, monsieur le notaire ?" Ça, c'est le principe dispositif pour moi. Je ne peux pas élargir le débat s'ils ne me posent pas la question. C'était un calcul de répartition du prix de vente. [...] C'est perturbant. Mais bon. C'est pour ça que dans un cas d'un divorce par consentement mutuel, si cela ressort, ça je vais le faire. Parce que là, j'ai un devoir de conseil. »⁷⁹¹

Un autre notaire observe au contraire que si en théorie, sa mission doit rester limitée à la liquidation judiciaire, en réalité, elle déborde souvent sur d'autres questions ou d'autres décomptes pour aboutir à un accord. Il y est favorable et soulève que c'est l'accord global qu'il va privilégier.

« Notre mission est souvent en effet limitée à la liquidation : attributions immobilières et comptes, etc. Mais souvent, les avocats qui accompagnent demandent notre intervention pour dégager un accord – grâce à notre casquette judiciaire – trouver un accord par rapport aux pensions alimentaires, etc. alors que ce n'était pas notre mission. [...] On discute pour avoir un accord global, c'est encore mieux, tout est réglé. On prend le temps. 95 % de mes liquidations, je les termine en dehors de la casquette judiciaire, parce que j'ai horreur de la procédure du Code judiciaire, je préfère [un accord]. La plupart de mes confrères raisonnés et raisonnables et pragmatiques font pareil, sauf si on est face à un avocat [...] qui n'a pas beaucoup de clients, qui veut faire de la procédure, voilà, on est bloqué. Mais sinon, en général, les avocats collaborent et on trouve un accord systématiquement. »⁷⁹²

324. La perception des magistrat-e-s qui prennent connaissance d'un état liquidatif n'est pas la même. Une magistrate soulève l'hypothèse de pratiques défavorables aux femmes en raison d'une insuffisante expérience du contentieux ou d'une volonté insuffisante de rattacher certaines questions à la liquidation.

« Je pense qu'il y a quand même encore quelques notaires qui ont des *a priori* et des idées reçues. [...] De la femme qui profite ou... parce qu'elle n'a pas travaillé pendant que monsieur s'est tué au travail... Oui, c'est grosso modo ça. Ça, je l'ai quand même. [...] Clairement, moi je vois parfois des créances qui sont accordées beaucoup plus facilement à l'un qu'à l'autre, pour des modes de preuves qui sont quasiment équivalents. [...] Oui. Dans un cas on va retenir les SMS qu'on s'est

⁷⁹¹ FENH11.

⁷⁹² FENH1.

échangé. Dans l'autre cas, on ne les retiendra pas. On dira : "C'est pas vraiment un mode de preuve certain, la date n'est pas certaine, etc. Nous n'avons pas l'ensemble des communications qui se sont échangées." Et puis le paragraphe d'après, c'est : "madame, reconnaît qu'elle devait à monsieur ça et ça." Donc moi, là, je pense qu'effectivement, oui [...] Mais c'est parce qu'en fait je pense, je pense réellement, qu'ils sont fort loin de la réalité d'un dossier contentieux. Je prends un autre exemple, dans le cadre des comptes entre parties : ils font les comptes jusqu'à la date du mariage et un peu postérieurement. [...] Il y a des frais extraordinaires qui sont impayés, or on a une soulte à se partager. J'ai combien de notaires qui me renvoient le dossier en disant : "J'écarte la demande de paiement de frais extraordinaires, ça ne dépend pas de l'indivision." Mais tout simplement, parlons vrai, ça les ennuie de se pencher sur cette question et de se mouiller la chemise, de se dire : "Bon, est-ce que c'était un frais extraordinaire, est-ce que vous avez obtenu l'accord de madame, de monsieur ? [...]". Alors il renvoie. [...] Mais ils pourraient au moins donner leur avis, et se dépatouiller, mais là, ils se retranchent en disant : "Ça ne dépend pas de l'indivision, donc écarté". Bien oui, si on applique telle quelle la loi, ça ne dépend pas [de l'indivision]. Et donc il en train de me dire que monsieur doit faire une saisie pour, enfin, et engager des frais, etc. Et alors ? C'est ridicule parce que souvent, celui qui doit l'argent, il entend le notaire dire : "Ah non, il n'est pas fondé à vous réclamer cet argent-là maintenant". Mais ce n'est parce qu'il ne le demande pas maintenant qu'il ne le demandera pas dans six mois, avec plus de frais. Et donc je trouve que des fois, les notaires, ils pourraient un peu plus comprendre qu'une situation, il faut la désamorcer quand elle est là, quand elle est problématique. Ce n'est pas parce qu'on la repousse plus tard qu'elle va se solutionner." ⁷⁹³

325. Une observation convergente est faite par une avocate sur l'absence de prise en considération par les notaires-liquidateurs/trices de l'avantage fiscal considérable que représente la reprise de l'immeuble à taux de droit d'enregistrement réduit (tarif «partage»), ou d'autres questions fiscales qui ne seraient pas non plus, à strictement parler, liées aux opérations de liquidation-partage (et notamment concernant l'impôt des personnes physiques).

«Ces questions sont de plus en plus soulevées par les clients (ce qui constitue une évolution positive), mais malheureusement les notaires-liquidateurs refusent de prendre en compte l'avantage pourtant conséquent pour le repreneur d'un immeuble indivis, ou la compensation du quotient conjugal.» ⁷⁹⁴

4. Conclusion

326. Il ressort de l'étude que les opérations de liquidation-partage ne sont pas uniquement des processus techniques, neutres et pragmatiques. Elles sont traversées d'enjeux divers, d'émotions. Elles donnent lieu à une série de concessions visibles ou moins visibles, personnelles autant que patrimoniales.

⁷⁹³ FEMHF2.

⁷⁹⁴ FQAF2.

Ces opérations apparaissent susceptibles de provoquer des désavantages au détriment des femmes lorsque ces dernières sont les conjointes ou les partenaires économiquement faibles au sein du couple.

Dans le cadre d'une liquidation-partage *amiable*, les témoignages des professionnel-le-s laissent penser que les rapports de force induits par les situations économiques différentes des époux et des épouses au sein d'un couple ayant été marié ne permettent pas au notaire de garantir l'équilibre patrimonial pour les femmes, malgré la protection égalitaire liée au mariage. Peu de paramètres sont différents pour les autres couples ayant construit un patrimoine, sauf que dans ces couples, les femmes n'ont (même) pas le levier de négociation que constitue la protection alimentaire.

Dans le cadre d'une liquidation-partage *judiciaire*, l'accompagnement d'un-e avocat-e – qui représente un coût que peu de personnes réussissent à assumer – ne permet pas toujours de surmonter la multitude d'obstacles qui se dressent devant les femmes, plus que devant les hommes, sur toute la durée du processus. Les témoignages révèlent par ailleurs que la plupart des liquidations-partage judiciaires trouveront une solution négociée qui les fera passer « sous le radar » du contrôle judiciaire.

327. L'étude met également en lumière que même lorsqu'un contrôle peut être exercé par les magistrat-e-s, certaines dimensions de l'égalité patrimoniale sont susceptibles de leur échapper en raison du silence de la loi sur certains points (p. ex. la valorisation de la contribution de la femme ou mère au foyer).

SECTION 3. LE SORT DU PATRIMOINE EN CAS DE DÉCÈS

A. LES DROITS SUCCESSORAUX EN USUFRUIT DU/DE LA CONJOINT·E SURVIVANT·E

1. Introduction

328. En cas de décès d'une personne mariée, la loi dispose qu'en présence d'enfants, « le conjoint survivant » hérite de l'**usufruit** de l'ensemble des avoirs de la personne défunte (*supra*, n° 125).

Ces règles de transmission du patrimoine en cas de décès sont des règles de dévolution légale. En l'absence de dispositions testamentaires, ces règles déterminent les droits successoraux recueillis par chacun des héritier·ère-s lors du décès d'une personne.

Selon les statistiques belges, il y a plus de deux fois plus de veuves que de veufs, de sorte que ces droits successoraux en usufruit visent les femmes au premier plan⁷⁹⁵.

Les professionnel-le-s interrogé-e-s dans le cadre de cette étude ont partagé leur expérience quant aux enjeux de genre que contiennent ces droits successoraux en usufruit et leur mise en œuvre pour le/la conjoint-e survivant-e.

2. *Prise de connaissance et déconvenue*

329. Les notaires interrogé-e-s témoignent du fait que les droits successoraux en usufruit, une spécificité belge⁷⁹⁶, sont une **notion complexe** à saisir pour les conjoint-e-s survivant-e-s. Il s'agit d'abord de faire comprendre ce que recouvrent concrètement ces droits, sur un bien immobilier tel que le logement familial, mais également sur tous les autres biens, et notamment des liquidités bancaires. Les professionnel-le-s rapportent qu'il faut aussi pouvoir expliquer ce que signifie le démembrement juridique : le lien entre l'usufruitier/ère et les nu-proprétaires (les enfants), ainsi que les implications concrètes de ces droits réels démembés sur les différents types de biens.

«Là, il faut leur expliquer, parce qu'évidemment, quand vous leur parlez d'usufruit [...] ils ne savent pas trop ce que ça veut dire. En tout cas, pour une partie de la population moins favorisée, ils vont vous dire : "Expliquez-moi, monsieur le notaire, c'est quoi l'usufruit ?" Alors vous leur dites : "Mais c'est le droit de jouissance des biens. Et le nu-proprétaire, c'est le propriétaire qui est "paralysé" parce que vous, vous exercez votre usufruit. Il aura la pleine propriété quand vous aurez renoncé ou quand vous ne serez plus là." – "Ah oui ?" – "Bon alors, quand vous êtes face à une maison, vous avez le droit de l'occuper vous-même ou d'habiter ailleurs et de toucher le loyer." – "Ah oui." Alors, ça devient très concret, les gens ont compris. Voilà, ils ne sont pas surpris. Il faut quand même leur expliquer.»⁷⁹⁷

«Och, nee, mensen snappen dat concept van vruchtgebruik niet. Op een woning snappen ze dat: "Oh, ik mag daar blijven wonen. Maar Notaris, hoe zit het dan met die bankrekening?" – "Ja, u heeft interest." Nu, een bankrekening vruchtgebruik-eigendom, dat bestaat niet. Nee, dat bestaat wel, maar ik wil zeggen: mensen willen niet in zo'n situatie zitten. Dus leg ik hen uit en dat is ook al zo moeilijk: "Goed, als we die bankrekening gaan verdelen, vruchtgebruik dat is zoveel procent, blote eigendom, dat is zoveel procent." Want dan moet u gaan uitleggen aan de mensen: "Als ge in ruzie komt met uw kinderen, dan zijn het de omzettingstabellen die jaarlijks gepubliceerd worden in het Belgisch Staatsblad."»⁷⁹⁸

⁷⁹⁵ Lien vers le site de Statbel concernant le veuvage selon le sexe des conjoint-es : <https://statbel.fgov.be/fr/themes/population/partenariat/veuvage#figures>.

⁷⁹⁶ Le droit français accorde des droits en usufruit ou en propriété. Le droit néerlandais accorde la totalité de la succession contre créance à terme des enfants (*supra*, n° 137).

⁷⁹⁷ FENH8.

⁷⁹⁸ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 466.

330. Les notaires ont ainsi relevé que le concept même des droits en usufruit pouvait susciter parfois une certaine déconvenue dans le chef du/de la conjoint-e survivant-e, quant à l'ampleur de ce dont ils héritent, mais aussi quant à leur marge de manœuvre sur les avoirs.

« Certaines sont quand même surprises parce qu'elles ont toujours l'impression qu'elles vont avoir tout le patrimoine, c'est à elles, c'est à eux. [...] Or ce n'est pas du tout le cas. Elles déchantent un peu. Mais très souvent, les relations sont bonnes. Donc on entretient Maman, et puis voilà, ce n'est pas très grave. Mais le problème, c'est quand les relations ne sont pas bonnes avec les enfants. Il faut partager, et là, c'est très compliqué. »⁷⁹⁹

« La problématique que vous avez, c'est la conversion des usufruits sur le compte bancaire. Si vraiment il y a un point à déterminer, c'est cela. Les gens parfois me disent : "Mais c'est mes sous avec mon mari, pourquoi est-ce que mes enfants y ont droit ?" »⁸⁰⁰

« Alors, il y a cette inquiétude. Dans la réalité, il y a vraiment cette inquiétude de se dire : "Moi, je dépends de mes enfants". Et donc il y a plusieurs personnes qui vont dire : "Oui, moi, je veux garder le contrôle". [...] Il y a de la surprise dans certains cas. Par exemple, on prend des gens mariés en communauté et il y a des enfants, même où tout le monde s'entend bien. Et il y a, je ne sais pas moi, 50.000 euros sur les comptes. Les gens ont un peu de mal à comprendre qu'en fait, les 50.000 euros n'iront pas au conjoint. »⁸⁰¹

« Oui, c'est un problème, [...] sur un immeuble, le couple touchait les loyers et le conjoint survivant continue à toucher les loyers [...], donc ça marche assez bien. Et c'est vrai qu'effectivement pour les comptes bancaires, c'était leur compte bancaire et ils puisaient dedans à deux. Et puis du jour au lendemain, on dit au conjoint survivant : "Vous avez droit plutôt à l'usufruit, c'est-à-dire, si c'est un compte courant : zéro euro, ou si c'est un livret d'épargne : 1 % par an, ou si c'est un portefeuille titres : super difficile parce que si tout est en produits de capitalisation, il n'y a rien. [...] Et ça ne correspond pas, à mon avis, à ce que les conjoints étaient : c'est leur compte bancaire à eux deux et [donc] ils ne comprennent pas pourquoi ils n'y ont plus accès ou que pour la moitié, etc. »⁸⁰²

3. *Insécurité patrimoniale... accrue pour les femmes ?*

331. L'étude met en lumière le fait que les droits successoraux en usufruit présentent par ailleurs une série de difficultés au premier rang desquelles figure le fait que le/la survivant-e se trouve en réalité dans une insécurité sur le plan patrimonial en raison de cette situation juridique de démembrement.

⁷⁹⁹ FENF14.

⁸⁰⁰ FENH8.

⁸⁰¹ FENF3.

⁸⁰² FEAF12.

Cette insécurité, qui statistiquement à ce jour concerne davantage de femmes que d'hommes, est d'autant plus accrue que la plupart d'entre-elles ont un âge avancé et étaient déjà économiquement faibles dans leur couple.

« Je pense que lorsque l'usufruit va servir à ou est nécessaire pour la protection du conjoint, de celui qui reste, aujourd'hui, dans la façon dont il se présente avec ces tables [de conversion], il ne suffit pas. Et donc le problème, c'est qu'effectivement, les statistiques sont telles que c'est souvent la femme qui va rester parce que l'espérance de vie, etc. Et qu'on a quand même des circonstances où il y a un économiquement plus faible qui est quand même plus régulièrement madame, pour des raisons d'organisation familiale ou autre... Et donc c'est vrai que cette question se pose plus souvent ou quasi principalement pour [les femmes]. »⁸⁰³

Tel n'était manifestement pas l'objectif de la loi du 14 mai 1981 ni de ses adaptations successives. Un notaire le relève, sans s'exprimer sur le genre, mais en évoquant aussi l'allongement très onéreux de la vie.

« Je trouve que ce système est intéressant. Aujourd'hui, il pose un problème. On est passé d'un extrême de valeur d'usufruit à un autre extrême de valeur d'usufruit. Et donc ça, c'est un vrai sujet. L'État était quand même un peu décalé de la réalité, soyons clairs. Et aujourd'hui, avec les taux d'intérêt qu'on connaît, alors peut-être, ça va un peu changer maintenant, ça va peut-être remonter un peu, mais aujourd'hui, c'est grotesque. Quelqu'un qui a 75 ans, qui a 80 ans, il n'a rien [...] Et donc pour peu qu'il ne veuille pas rester dans l'immeuble... Or l'usufruit est un vrai sujet aujourd'hui, parce que comme la fin de vie va être de plus en plus longue, ce que je ne souhaite pas aux gens, je veux dire, aujourd'hui, on va avoir des phases [...] Je vais au moins une fois ou deux par semaine dans un home. [...] Quelqu'un à demeure, c'est trois pleins-temps. Alors, quand c'est six mois, six mois, ça va... [...] Non, non, c'est impayable, même pour des gens qui ont des moyens. C'est un vrai sujet. »⁸⁰⁴

332. Des professionnel-le-s ont ainsi relaté les inquiétudes que pouvait susciter la prise de conscience des conjoint-e-s survivant-e-s quant à leur sort sur le plan patrimonial compte tenu des limites et des contraintes que peuvent représenter des droits en usufruit.

Les notaires interrogé-e-s ont pu nous détailler les enjeux entourant la décision du maintien ou de la fin de la situation de démembrement usufruit/nue-propriété.

Plusieurs scénarios sont en effet envisageables : soit le maintien de la situation de démembrement, soit une conversion en pleine propriété, permettant à chacun de « reprendre » ses parts.

⁸⁰³ FENH3.

⁸⁰⁴ FENH3.

Cette décision implique la prise en considération de plusieurs paramètres (tensions ou mésentente avec les enfants, intérêt fiscal, autonomie financière) et peut mettre en opposition les intérêts du/de la conjoint-e survivant-e et des enfants nus-proprétaires.

Cependant, l'étude révèle que, quel que soit le scénario – maintien du démembrement (a) ou conversion de l'usufruit (b) – l'issue s'avère souvent peu favorable sur le plan de la sécurité patrimoniale pour le/la conjoint-e survivant-e.

a. Inquiétudes en cas de maintien du démembrement

333. De nombreux notaires pointent les difficultés à propos de l'exercice des droits en usufruit sur les comptes bancaires, en particulier *l'absence d'intérêts suffisants*. Les droits en usufruit donnent uniquement droit aux intérêts du compte bancaire sans accès au capital, réservé aux enfants nu-proprétaires. Les professionnel-le-s rappellent que ces intérêts sont actuellement très faibles, ce qui rend l'exercice des droits en usufruit impraticable.

«Ik zie heel vaak: “De woning, die hebben we al moeten delen met het kind. Geen probleem. Maar de centen op de bank? Wij hebben ervoor gewerkt! Ik wil nog naar de kapper kunnen gaan en ik wil nog op restaurant kunnen gaan.”»⁸⁰⁵

«L'usufruit sur un compte en banque ? C'est une blague.»⁸⁰⁶

«Dans une situation très classique où on a quelques avoirs bancaires et une maison, ce n'est pas compliqué, à ce moment-là, très souvent les enfants laissent les comptes au conjoint. Et pour l'habitation principale, bien on en reste là, l'exercice de l'usufruit est assez simple. Mais pour les avoirs bancaires ou les portefeuilles titres, ce n'est pas toujours aussi simple que cela. Donc, je propose très souvent, surtout quand c'est un deuxième mariage, je propose toujours une conversion de l'usufruit, toujours. Et dans des autres situations, on essaye de régler cela, par exemple, plutôt une rente. J'essaye toujours de trouver un moyen pratique pour avoir cet usufruit. Parce que tout ça, c'est bien beau l'usufruit sur un compte, attendre le 1^{er} janvier pour avoir des intérêts... ou sur un portefeuille de titres. Oui, quand il y a des dividendes qui sont payés. Mais pour le reste, on n'a rien. Et donc en pratique, l'usufruit sur un bien immeuble, c'est tout à fait autre chose. On y habite, on a les loyers, ça c'est un rendement. Mais par contre, un usufruit de biens mobiliers [...], les comptes bancaires... Les intérêts ? Depuis très longtemps, ça ne représente plus rien du tout.»⁸⁰⁷

«Qui veut être avec sa mère sur un compte lui-même bloqué, où elle touche l'usufruit et n'en voit pas la couleur ? On reste surtout en démembrement sur une propriété.

⁸⁰⁵ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 467.

⁸⁰⁶ FENF14.

⁸⁰⁷ NENF1.

Pourquoi ? Parce que comme ça, on évite les droits de succession quand la maman décède à son tour.»⁸⁰⁸

334. Présenté comme plus significatif, l'usufruit immobilier nourrit son lot d'inquiétudes, en particulier celle de l'*absence de capital pour entretenir le logement*. Un notaire rappelle l'historique du droit successoral en usufruit (loi du 22 mai 1981) et assure qu'à son sens, la loi instaurant un démembrement de propriété ne doit pas être aménagée, même s'il pointe le fait que la situation crée des incertitudes quant à la répartition des coûts d'entretien de l'immeuble.

«Oui, parce que rappelez-vous, en 1981, le but de ce démembrement, c'était d'éviter les cas malheureux où vous aviez des enfants un peu ingrats ou des beaux-enfants qui jetaient dehors le papa, la maman, parfois d'un âge avancé, ou la belle-mère, le beau-père, en exigeant la vente de la maison parce que c'est en indivision et que ça posait des problèmes. Donc, oui, ça, je crois que vraiment, il ne faut pas toucher à ça. [...] Les gens en général, ils respectent, ils savent que le conjoint survivant a l'usufruit, c'est rentré dans les mœurs depuis longtemps. Ça fait quand même cinquante ans maintenant. Donc, ça, ils le savent très bien. Par contre, ils vont vous dire : "Oui, alors qui paie l'assurance de la maison ? Est-ce que je dois intervenir ? Et si je veux remplacer la chaudière ?" Mais pour le reste, ils savent très bien que le conjoint survivant, il a l'usufruit.»⁸⁰⁹

Néanmoins, un avocat a également observé que les droits en usufruit sur le logement familial pouvaient placer les conjoint-e-s survivant-e-s en difficulté car le droit d'habiter le bien ne peut pas être exercé en l'absence de moyens suffisants pour entretenir ce bien, voire le rénover avant de le mettre en location⁸¹⁰.

335. La *fiscalité successorale* frappant les droits d'usufruit alimente de très fortes critiques. Elle est jugée injuste.

Les notaires considèrent comme problématique le décalage entre la valeur fiscale (fixée par le législateur régional) et la valeur civile (fixée par le législateur fédéral) des droits en usufruit, décalage qui donne lieu à une taxation sur un montant fictif plus important que celui que l'usufruitier/ère pourrait obtenir en procédant à la conversion de son droit, c'est-à-dire en percevant la valeur (*infra*, n° 337)⁸¹¹.

À cela s'ajoute l'immobilisation des fonds bancaires sous usufruit (*supra*, n° 333). Un avocat observe à cet égard que les conjoint-e-s survivant-e-s n'ayant pas accès à des montants en capital sont parfois en difficulté pour assurer le paiement des droits de succession⁸¹².

⁸⁰⁸ FENH1.

⁸⁰⁹ FENH8.

⁸¹⁰ En ce sens : FEAH5.

⁸¹¹ En ce sens : FENH8, NENF1.

⁸¹² En ce sens : FEAH5.

Une notaire fait référence au système français dans lequel le/la conjoint-e survivant-e n'est pas taxé-e au titre des droits de succession.

« En ik las vorige week in de krant... Ik dacht dat het [...] was die wou promoten dat er geen erfbelasting zou zijn tussen echtgenoten. Ja. Zoals in Frankrijk. Dat is een vraag dat ik heel veel krijg: “Waarom moeten wij tussen echtgenoten belast worden op ons eigen werk?” En dat is voor mij echt iets dat moet aangepakt worden. Want die vrijstelling van de gezinswoning en de eerste 50.000 euro, dat is peanuts eigenlijk. »⁸¹³

336. La question de *l'intérêt des enfants* fait surface d'une manière déjà constatée, incitant parfois l'usufruitière à renoncer à sa protection dans leur intérêt⁸¹⁴ (*supra*, n° 332).

Une avocate témoigne à ce propos également de l'inadéquation des droits en usufruit sur des parts de société. Dans son exemple, ces droits ne rapportent rien mais comportent le risque d'engager une responsabilité, ce qui va amener la veuve à y renoncer. On notera que la renonciation intervient sans valorisation et, dès lors, en faveur des enfants. La tendance des mères à céder leurs droits aux enfants est relevée par plusieurs professionnel-le-s. S'y ajoute ici le phénomène de sous-/non-évaluation d'un bien structurant (*supra*, n° 60)⁸¹⁵.

« Dans le cas de de la dame, la veuve qui avait hérité de l'usufruit des actions de la société médicale, il y avait trois enfants, l'un médecin, les deux autres non. Donc, l'idée, c'était de mettre en place une cession par les deux non-médecins de leurs parts à leur frère médecin et la maman souhaitait renoncer à son usufruit parce qu'il ne lui rapportait rien. Il ne rapportait rien et au niveau de l'ordre des médecins, ce n'est quand même pas idéal qu'un non-médecin dispose comme cela d'un usufruit sur des parts d'une société médicale. Et elle craignait quelque part que sa responsabilité puisse être mise en cause en cas de souci de gestion. Donc globalement, ce qu'elle exprimait, c'est : “Cet usufruit ne sert à rien et potentiellement, il va me causer des soucis donc je souhaite m'en débarrasser.” C'étaient vraiment ses termes. »⁸¹⁶

b. Inquiétudes en cas de conversion de l'usufruit

337. Les enfants peuvent demander une conversion de l'usufruit (*supra*, n° 125). Le cas échéant, elle implique une valorisation des parts de chacun-e. Pour l'usufruitier/ère, s'agissant d'un droit viager, cette valorisation dépend de son âge et décroît avec le temps.

338. Les professionnel-le-s témoignent de la méconnaissance de la conversion par les héritier/ère-s, des craintes que cela suscite quand ils/elles en prennent

⁸¹³ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 468.

⁸¹⁴ FENF12.

⁸¹⁵ Notamment : FENF5 et FENF12.

⁸¹⁶ FEAH9.

connaissance, et même, parfois, de la nouvelle déconvenue qu'une faible valorisation peut représenter pour les conjoint-e-s survivant-e-s.

«Il y a plusieurs tables de conversion viagère, peu de gens le savent et là, ils ne comprennent pas. Moi, ce que je leur dis en général pour qu'ils comprennent bien : "Votre usufruit est calculé sur votre espérance de vie statistique, donc il est clair que si vous avez 40 ans, votre usufruit vaut plus. Si vous avez 85 ans, votre usufruit ne vaut plus grand-chose parce que ça se réduit au fur et à mesure que vous prenez de l'âge. Et c'est un jeu de vases communicants : la nue-propriété prend de la valeur, c'est pour ça que votre usufruit diminue."»⁸¹⁷

«"Ja, notaris, maar... van de centen, daarvan krijg ik zoveel? En kunnen de kinderen dat dan gaan vorderen?" – "Ja, de kinderen hebben hun omzettingsrechten. Ze kunnen de gezinswoning niet laten omzetten, maar andere goederen kunnen ze wel gaan vragen." Bij dat vruchtgebruik/blote eigendom zie je heel veel vragen van mensen, heel veel angsten. [...] "Op wat hebben wij recht? Wat gaat er gebeuren? Wat kan de andere gaan doen?"»⁸¹⁸

«Sur la valorisation effective, il y a beaucoup de tables de valorisation différentes. Ils sont conscients du fait que la valeur de leur usufruit va se réduire avec le temps, mais sont rarement conscients du peu de valeur que l'usufruit présente déjà. Au moment où je les rencontre, ils ont souvent l'impression que ça vaut plus.»⁸¹⁹

339. Certain-e-s notaires se sont très fortement exprimé-e-s par rapport à cette *valorisation* que nombreux-se-s considèrent comme insuffisante et dès lors, source de tensions entre héritier/ère-s.

«Dans chaque dossier où j'ai des usufruits, j'établis une note de calcul avec quatre calculs différents. Je prends les tables de conversion légale, je prends la table fiscale, je prends une table de conversion genre Ledoux ou Jaumain, et puis je fais, moi, un calcul de la réalité économique, systématiquement. [...] Et je mets en tableau ces quatre valeurs, et je me dis "qu'est ce qui est juste là-dedans ?" Je le fais pour tous. Et ce qui est toujours balayé, ce sont les ces tables de conversion légales. C'est n'importe quoi. Et je fais systématiquement ces mesures, et j'attire toujours l'attention des parties là-dessus en disant : "L'usufruit c'est quoi ? On le valorise comment ? Sur quelle base ?" [...] Et très souvent, on va imposer les modes de calcul d'usufruit dans le cadre d'un arrangement de famille et ceci ou cela. [...] Il faut avant tout que ce soit juste. Et quand j'explique aux parties pourquoi c'est juste, ou pas juste, ils comprennent. [...] Et c'est ça qui est dégueulasse quand ce truc n'est pas juste. Et ça crée une tension.»

⁸¹⁷ FENH8.

⁸¹⁸ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 469.

⁸¹⁹ FEAH9.

« Je veux dire, c'est toute la valorisation qui devrait changer. Elles ne correspondent à rien ces tables. Elles ne sont pas justes. »⁸²⁰

Pour d'autres, la valorisation liée à l'âge est parfaitement logique et, même vertueuse dans la mesure où elle permettrait au/à la survivant-e plus jeune de recevoir plus pour gérer les besoins du ménage et des enfants.

« Mais en effet, si la veuve ou le veuf a 90 ans, on sait qu'il ne vaut plus grand-chose, mais bon, on sait qu'il a 90 ans donc ce n'est pas grave. »⁸²¹

« Mais oui, mais [cela] permet de protéger un conjoint parce que si vous avez, mettons, monsieur qui se tue sur la route. J'ai eu des cas comme ça, terribles, où madame se retrouve à 38 ans, seule avec deux enfants, mais même si elle travaille, si elle recommence. Elle était infirmière avec un salaire qui est franchement scandaleux, 1.600 ou 1.700 euros alors qu'elle a fait des nuits et des week-ends. Allez, c'est complètement dingue et c'est tout à fait insuffisant. Et bien, cet usufruit est calculé justement parce qu'elle, si on doit vendre un immeuble et qu'elle doit avoir une part de l'immeuble grâce à son usufruit, elle en retirera plus. Il y a une logique : c'est parce qu'elle doit encore amener ses enfants au bout du chemin, les éduquer, payer tout toute seule. Pour le coup, il n'y a plus le salaire de l'autre, forcément. Il faut arriver à payer, assumer tout et faire en sorte que les enfants puissent s'envoler du nid, encore une fois, que ce soit monsieur ou madame, mais ici en l'occurrence, c'était madame. Mais c'est quand même assez logique qu'elle soit mieux protégée si elle a 40 ans que si elle en a 82. Ce serait injuste un usufruit qui serait le même. D'abord, parce qu'une dame de 82 ans vous dit : "Mais moi, je n'en ai plus rien à cirer, moi." [...] Et donc, il y a quand même une logique. Les gens comprennent ça. C'est du bon sens populaire, ça. Les gens comprennent bien, et quand ils vous disent : "Mais ma belle-mère, elle a 70 ans, quel est son usufruit, monsieur le notaire ?" On leur donne la capitalisation. Et vous dites : "Et si elle a 80 ans, et bien elle n'a plus qu'autant." "Ah bien oui". C'est logique parce qu'elle n'a plus beaucoup d'années, voilà. Les gens comprennent ça. C'est des choses qui sont à la portée d'un juriste ou d'un non-juriste. »⁸²²

340. Certain-e-s professionnel-le-s très critiques quant à l'insécurisation de la veuve, formulent des suggestions de réforme pour l'avenir, où perce le droit français qui est à la fois plus restrictif, plus ouvert au partage en propriété et fiscalement plus avantageux (*supra*, n° 335).

« La loi est mauvaise. Il faut la modifier. »⁸²³

« En fait, mathématiquement, tu peux tourner le problème dans tous les sens, si on rajoute le problème : c'est que la pension aujourd'hui... Évidemment, les médias

⁸²⁰ FENF14.

⁸²¹ FENH1.

⁸²² FENH8.

⁸²³ FEAH5.

véhiculent cette idée-là, ce qui est assez juste : si tu veux une belle résidence, tu ne vas jamais avoir assez avec ta pension, c'est impossible. Même une moche pour les gens qui n'ont pas beaucoup de moyens, qui n'ont pas une grosse pension. Et donc c'est un vrai sujet. [...] C'est un peu un mélange de tout. Les placements financiers ne rapportent plus rien et donc fatalement, tu n'as plus de revenus pour vivre [...] Surtout qu'en plus maintenant, on ne conseille que les SICAV. [...] Et ça ne génère pas. Donc, il n'y a pas de revenus. On te dit : "Tu as un usufruit sur la maison." Ça te fait une belle jambe, tu habites dedans donc tu n'as rien. Et donc, qu'est-ce qu'on fait ? Comment est-ce qu'on convertit ? Et les taux de conversion sont vraiment catastrophiques pour l'usufruitier. Ça fait beaucoup. Je pense qu'aujourd'hui, on pourrait soit glisser le fait que le conjoint est au rang des héritiers, mais alors le problème, c'est que si tu as un enfant, ça voudrait dire que c'est la moitié pour le conjoint. Pour ton enfant, ça ne va pas. Donc tu pourrais avoir une part... Moi, j'aime bien le système français avec une part en pleine propriété ou... je ne sais pas. Je n'ai pas la [solution], mais je pense que c'est un souci.»⁸²⁴

4. Difficultés supplémentaires pour les femmes en présence d'enfants non-communs

341. Les notaires précisent que le démembrement de la propriété n'est pas toujours commode de façon générale, et ne l'est particulièrement pas en cas de mésentente avec les enfants nus-proprétaires, à plus forte raison si ce sont les beaux-enfants du/de la conjoint-e survivant-e.

Les professionnel-le-s constatent que la situation est propice aux tensions⁸²⁵, des tensions qui vont se concentrer sur le pouvoir des beaux-enfants d'exiger la conversion (a) mais également sur la valorisation défavorable au/à la conjoint-e survivant-e cas de conversion (b).

a. Le droit des beaux-enfants d'exiger la conversion

342. À l'exception du logement familial, la conversion est de droit si elle est exigée par les beaux-enfants (*supra*, n° 125). Compte tenu de la faible valorisation des droits d'usufruit, certain-e-s professionnel-le-s témoignent du fait que la situation peut alors devenir très inconfortable pour le beau-parent survivant.

Un avocat considère que dans ces conditions, le rapport de force est tel que la protection qu'est censée conférer le droit d'usufruit perd son sens. Il évoque le cas d'une belle-mère qui a payé des droits de succession (sur la base d'une valorisation fiscale plus élevée de ses droits en usufruit – *supra*, n° 335) et qui se voit contrainte par ses beaux-enfants de convertir ses droits sur la base des tables légales. Elle se retrouve alors en indivision, avec un faible pourcentage

⁸²⁴ FENH3.

⁸²⁵ En ce sens : FENF1, NQNF1, NQNH3, NQNF6, NQNH7.

de l'immeuble, sans plus être en mesure d'invoquer un droit de l'habiter ou de le gérer, tout en restant considérée comme « illégitime et présumée vouloir un maximum d'argent »⁸²⁶.

Un notaire fait état d'un cas de figure révélateur des tensions qui se cristallisent, avant même le décès, sur l'hypothèse du démembrement. L'exemple ci-dessous témoigne de la pression qui peut peser sur la belle-mère et qui complique l'exercice (futur) de son droit d'habiter dans l'ancien logement familial.

«Oui. Ça, c'est le fait qu'il y a des enfants d'une précédente union. J'ai même un dossier pour le moment, pour donner un ordre d'idée, où ils ont fait venir l'agence immobilière pour évaluer le bien à mettre en vente alors que leur belle-mère est dedans et qu'elle n'a pas envie de vendre. [...] Et donc ils sont allés voir un notaire [...] Ils font venir une agence pour évaluer, pour mettre en vente, et elle est dedans ! Elle s'occupait de son mari depuis quinze ans. [...] Mais, c'est une espèce de pression morale. Et leur père, elle s'est occupée de leur père qui était malade pendant des années. Maintenant, il est placé. Du coup, on veut vendre l'immeuble. Elle dit : "Mais attendez, moi, je suis dans cet immeuble depuis toujours." »⁸²⁷

343. Un notaire évoque sa pratique de conversion automatique en présence des beaux-enfants, et ses inconvénients pour la belle-mère. Plusieurs autres confirment un déséquilibre.

«Oui, surtout, est-ce qu'on prend les tables du Code civil qui seront très peu généreuses ou est-ce qu'on prend les tables Ledoux qui sont bien plus généreuses pour l'usufruitière ? Alors quand les enfants sont du même lit, je pousse vers une générosité pour la maman, si elle est encore jeune et s'il y a demande une conversion d'usufruit. Si maintenant c'est une autre union, que c'est une belle-mère, c'est plus compliqué. Là, on va vers les tables du Code civil qui ne sont pas très généreuses pour l'usufruit. [...] Mais en tout cas, quand c'est des enfants d'une union précédente et qu'il y a une belle mère ou un beau-père, c'est une conversion automatique.»⁸²⁸

«Omzetting van vruchtgebruik heb ik al een paar keer gezien bij nieuw samengestelde gezinnen. [...] Waar de stiefmoeder vaak denkt dat ze met heel veel naar huis gaat en dat dat niet het geval is.»⁸²⁹

«Les droits en usufruit en eux-mêmes, ça reste quand même des droits démembrés. Et [donc], fondamentalement et forcément, *a fortiori* quand il y a des enfants d'un premier mariage, quand on peut nécessairement demander la conversion par exemple, ça, je trouve que c'est vraiment dur. Parce que si on demande la conversion,

⁸²⁶ FEAH5.

⁸²⁷ FENH3.

⁸²⁸ FENH1.

⁸²⁹ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 470.

enfin si les enfants du premier lit demandent la conversion, ils ont toujours le droit de le faire, on ne peut pas les en priver. Et les droits que recueille en contrepartie le conjoint survivant, et bien, ils ne sont pas énormes quoi, ils sont dévalorisés. Donc oui, ça, je trouve, c'est dur. [...] Oui, je l'ai vécu, sauf que c'était quand même compliqué. Parce qu'elle ne part pas avec grand-chose, madame.»⁸³⁰

b. La dévalorisation du droit en usufruit par l'augmentation fictive de l'âge de l'usufruitier/ère

344. Outre cette conversion automatique, la seconde difficulté pour une conjoint-e survivant-e en présence de beaux-enfants est la disposition légale prévoyant que son âge sera fictivement augmenté – et la valorisation de son usufruit dès lors encore diminuée – pour garantir une différence d'âge d'au moins vingt ans avec l'aîné des beaux-enfants.

Plusieurs notaires nous ont fait part de la difficulté manifeste ressentie par le/la conjoint-e survivant-e lors de l'application de cette règle qu'ils/elles disent néanmoins comprendre.

«Oui. C'est dur parfois. [...] Mais je comprends que ça existe. [...] Parce que parfois, on a des conjoints qui sont cinq ans plus âgés que l'enfant aîné.»⁸³¹

«C'est très en défaveur de la veuve. Mais quelque part, ça peut aussi se comprendre. Les situations sont tellement diverses que c'est difficile de faire une règle générale par rapport à ça. J'ai très peu d'expérience. On l'applique vraiment très peu en fait. [...] Une fois, je l'ai appliquée, une fois oui. [...] Et bien la veuve ne comprenait pas nécessairement l'utilité de la règle, ni sa justification.»⁸³²

5. Conclusion

345. L'étude révèle que la situation du/de la conjoint-e survivant-e, très majoritairement une femme, héritant de droits en usufruit est compliquée, voire précarisée. Une série de difficultés sont susceptibles de se présenter en cascade, entre ce que recouvrent les droits en usufruit, les enjeux qu'impliquent la situation de démembrement (usufruit/nue-propriété) avec les enfants héritiers, voire le conflit avec les beaux-enfants, et enfin, une valorisation mathématique abstraite des droits en usufruit qui ne semble en phase ni avec la réalité économique, ni avec la réalité fiscale.

Et ces difficultés en cascade s'abattent avec d'autant plus d'intensité sur la personne qu'elle est déjà économiquement faible, et âgée, et se soucie de sa sécurité d'existence, parfois isolée, même en famille.

⁸³⁰ FENF14.

⁸³¹ NENF1.

⁸³² FENF14.

346. Comme l'ont exprimé certain-e-s professionnel-le-s interrogé-e-s, les conjoint-e-s survivant-e-s, et singulièrement les dames âgées, méritent que le législateur se penche sur leur sort. D'autres systèmes juridiques proches mais de conception plus récente attribuent des droits en propriété, voire la totalité de la succession en propriété, à terme de décès (*supra*, n° 137).

La loi du 22 mai 1981 ressort des entretiens comme à bout de souffle, ce souffle qui était protecteur, novateur et égalitaire, mais qui donne actuellement lieu à des pratiques fortement générées.

B. PLANIFICATION PATRIMONIALE

1. Introduction

347. Certain-e-s spécialistes du droit patrimonial des familles ont eu l'occasion de commenter le caractère éventuellement généré de la transmission du patrimoine lors d'opérations de planification patrimoniale en vue ou en cas de décès de l'un-e des époux-ses ou partenaires.

Les questions sont abordées sous l'angle des relations dans le couple (2) mais également, sous l'angle des relations entre héritier/ères descendant-e-s en ligne directe, c'est-à-dire les enfants (3).

2. Planification à l'égard du/de la conjoint-e/partenaire

a. Objectif des couples

348. Les questions posées aux professionnel-le-s (plus spécifiquement aux notaires et aux avocat-e-s) visent toutes les opérations par lesquelles les couples vont faire circuler le patrimoine au sein du couple, soit en le communautarisant, soit en organisant un transfert de biens de leur vivant, soit en prévoyant un transfert en cas de décès. Il s'agit d'instruments tels que les avantages matrimoniaux (pour les couples mariés), les testaments ou encore les donations.

349. Plusieurs spécialistes interrogés relèvent que, pour partie, ces opérations ne visent qu'une frange de la population belge, plus aisée sur le plan socio-économique, et dès lors susceptible de faire circuler du patrimoine⁸³³.

Néanmoins, ils/elles sont nombreux à indiquer que s'il existe différents motifs à ces opérations de planification, l'objectif principal, pour les couples, est la protection du/de la partenaire survivant-e en cas de prédécès de l'autre, et ce, essentiellement parce que les droits successoraux du/de la survivant-e – des

⁸³³ En ce sens : FEAH5, FEAH8, FEAF12, NEAH4, FENH8.

droits en usufruit dès qu'il y a des enfants – apparaissent insuffisants pour les vieux jours du/de la veuf/veuve⁸³⁴.

Dès lors, indépendamment de l'état de fortune des couples, l'enjeu est de déjouer les règles de dévolution légale pour accorder plus au/à la survivant-e, après avoir attiré l'attention des couples sur la situation compliquée que peut être celle de l'usufruitier/ère.

« Het is meer inderdaad naar overlijden toe om de langstlevende te beschermen. »⁸³⁵

« Oui parce que, par exemple, je leur dis souvent : “N'oubliez pas que si vous devez finalement vendre le logement – c'est ce qui arrive quand même souvent – si vous devez aller en maison de repos ou si vous devez changer de domicile et que vous avez votre usufruit qui ne vaut rien, OK, là, vous faites quoi ? »⁸³⁶

À cet égard, plusieurs professionnel-e-s relèvent que l'âge des couples est également un paramètre important : à un certain âge, les couples qui procèdent à une planification patrimoniale ont à l'esprit le fait qu'il s'agit plus de protéger l'épouse que l'époux. En réalité, cet objectif de protection du/de la survivant-e n'est pas toujours présent chez les jeunes couples qui vont avoir tendance à se focaliser sur les enfants, et qui pourront passer à côté d'une nécessaire protection pour le/la survivant-e.

« Quand ils viennent, la question qui sort – il faut le dire – c'est souvent : “Comment protéger madame ?”. [...] Dans la plupart des cas, monsieur possède 100 et madame 1. [...] Dans les faits, s'il faut protéger quelqu'un, ce sont les femmes et pas les hommes, car elles ont une carrière moins grande, une pension moins élevée, des maris qui ont géré à leur place. Les femmes ont un rôle parfois différent dans la société, ne le cachons pas. »⁸³⁷

« Mais, je crois effectivement que cette génération entre 70 et 80 ans, c'est quand même toujours en priorité “protéger le conjoint survivant”. Et comme monsieur pense toujours qu'il va décéder avant madame, ce qui est souvent mais pas toujours vrai, dans leur réflexion, c'est hallucinant. Maintenant, la réflexion des couples d'un certain âge, c'est toujours... ils ne peuvent pas imaginer l'inverse. Donc c'est monsieur qui veut protéger madame s'il décède avant. Je crois que c'est vraiment un but sincère et pensé. Ce n'est pas juste parce que madame est à côté. Tandis que chez les générations plus jeunes, je suis quand même frappée comme il y en a beaucoup, c'est le conjoint, vraiment, au strict minimum. »⁸³⁸

⁸³⁴ Notamment : NQNF1, NQNH2, NQNH3, NQNF4, NQNF6, NQNH7.

⁸³⁵ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 471.

⁸³⁶ FENF5.

⁸³⁷ FEAF5.

⁸³⁸ FEAF12.

« C'est vrai que je leur dis aussi, parce que je l'ai constaté, qu'évidemment quand les couples sont jeunes et qu'ils viennent nous trouver, ils veulent protéger les enfants. C'est : "les enfants, les enfants, les enfants". Et puis, plus ils vieillissent et plus ils veulent se protéger l'un l'autre. Ce qui pour moi est fort bien aussi. C'est que, les enfants, ils ont grandi, soit ils sont autonomes et tout va bien, soit on ne s'entend plus trop avec eux, soit aussi, ils se rendent compte que leurs revenus à eux, parents qui arrivent à la pension, ça va diminuer, que l'entretien d'une grosse maison, ça coûte cher. Donc ça, c'est vrai que je les accompagne dans cette idée-là. Et quand au début, ils sont forts pour protéger les enfants, je leur dis : "Oui, vous verrez, un jour vous reviendrez et, à mon avis, vous adapterez. Et je leur dis toujours : 'N'oubliez pas de revenir. Revenez dans cinq ans, dans dix ans, quand votre situation matrimoniale, patrimoniale, familiale change. N'oubliez pas de revenir.'" Parce que nous, on ne peut pas aller les rechercher, ce sont eux qui doivent venir. »⁸³⁹

Interrogé sur le démembrement (usufruit/nue-propriété) dans lequel le/la survivant-e va se retrouver avec les autres héritiers (les enfants), un avocat observe le caractère inconfortable, voire précaire, de la situation.

« Elle [la loi], oui, elle, me paraît effectivement un peu décalée et sans doute pas très protectrice du conjoint. En réalité, c'est ressenti aussi par mes clients qui, du coup, souhaitent en général que la protection du conjoint survivant soit plus importante que simplement l'attribution en usufruit. Il y a un aspect financier qui entre aussi en ligne de compte quand on a du patrimoine mobilier, qu'il s'agisse d'avoirs bancaires ou d'actions de société, sauf s'il s'agit de sociétés qui distribuent des dividendes importants. Mais les avoirs bancaires actuellement, le rendement en termes de fruits civils, qui reviennent à l'usufruitier, c'est excessivement limité. Ce qui justifie souvent que le conjoint survivant se voit attribuer aussi au moins un peu de droits en pleine propriété pour disposer d'un capital, simplement pour cela. »⁸⁴⁰

Dans le même sens, un notaire précise que les opérations de planification visent à anticiper deux types de situations : d'une part, éviter de se retrouver en situation de dépendance vis-à-vis des enfants avec lesquels la relation n'est peut-être pas optimale (si le/la survivant-e est usufruitier/ère et les enfants nus-propriétaires)⁸⁴¹ et, d'autre part, assurer une meilleure autonomie financière.

« Parce qu'ils ne veulent pas... le rapport avec les enfants. Ça fait peur ou ils ont peur de leurs vieux jours financièrement, ou les deux. Souvent, l'inquiétude est aussi un petit peu liée par rapport à une situation [de conflit]. S'il y a vraiment des enfants dans une fratrie où tout va bien et où tu sais qu'il n'y aura jamais de soucis [alors]... »⁸⁴²

⁸³⁹ FENF5.

⁸⁴⁰ FEAH9.

⁸⁴¹ En ce sens aussi : NQNH3, NQNF6.

⁸⁴² FENH3.

350. Parallèlement à la protection du/de la conjoint-e survivant-e, une autre raison invoquée par les couples pour mobiliser ces instruments de planification est celle de **l'optimisation fiscale**.

Une donation faite du vivant d'un partenaire va donner lieu à des droits d'enregistrements nuls ou à un taux plus bas que si le bien avait été transmis en raison du décès du/de la partenaire et taxé en droits de succession⁸⁴³.

«Je suis très souvent confronté à ça, toutes les semaines, encore deux fois cette semaine. Et donc effectivement, le but est toujours de protéger le conjoint survivant, monsieur, madame, peu importe, c'est le but premier. Deux : ne pas offrir à la Région à laquelle ils sont assujettis des droits de succession. [...] Les gens, malheureusement, ont trop d'exemples dans lesquels leur argent, ils ont vraiment l'impression qu'on en fait vraiment un usage pas très glorieux. Et donc, ils veulent limiter la pression fiscale au maximum. Mais ça, c'est le deuxième objectif. Le premier, c'est vraiment de protéger le conjoint.»⁸⁴⁴

351. Si c'est plus largement sur les opérations visant les couples mariés que les professionnel-e-s se sont prononcés, plusieurs notaires ont relevé que les couples de **cohabitant-e-s légaux/légales** semblent être attentifs au fait qu'ils sont alignés sur les couples mariés sur le plan fiscal. Ils mobilisent effectivement des outils tels que les donations ou les testaments pour protéger le/la survivant-e qui dispose de peu de droits successoraux en vertu de la loi (uniquement l'usufruit sur le logement familial et les meubles meublants – *supra*, n° 127), tout en sachant qu'ils bénéficieront d'un traitement fiscal favorable⁸⁴⁵.

«Waarom zou u wettelijk samenwonen? Ah ja, jullie wonen nog geen jaar samen. Nog geen drie jaren. Dus [...] ze zeggen: "Oei, oei, oei." [...] Want ik laat iedereen wettelijk samenwonen, maar dat is dan vooral omwille van de fiscaliteit. Niet alleen omwille van dat vruchtgebruik, want dat regelen we wel met een beding van aanwas en dat regelen we nog wel met een testament. [...] Als ik het wettelijk samenwonen promoot, is het vooral voor het fiscale ook. Want meestal, als mensen hier een huis kopen en ze komen om dat te bespreken, dan houden we dat niet louter bij het vruchtgebruik op de gezinswoning. Dan wordt dat de volle eigendom van de gezinswoning, en heel vaak alles, naar en aan elkaar. Zelfs bij jonge koppels.»⁸⁴⁶

⁸⁴³ NQNF1. La donation entre époux-ses *révocable* présente d'autres avantages fiscaux, détaillés plus loin (*infra*, n° 355).

⁸⁴⁴ FENH8.

⁸⁴⁵ En ce sens notamment : NENF3 et NENH2. Ceci appuie empiriquement l'idée que la cohabitation légale est choisie pour d'autres raisons que son statut civil (*supra*, n° 101).

⁸⁴⁶ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 472.

b. Types d'opérations

352. Les professionnel-le-s interrogé-e-s quant au type d'opérations qui sont préférées par les couples ont des réponses précises et variées.

I. DONATIONS RÉVOCABLES ENTRE ÉPOUX-SES

353. Une avocate indique que, dans sa pratique, les donations entre époux-ses sont privilégiées, et plus spécifiquement, les donations révocables (celles qui ne sont pas faites par contrat de mariage). Elles ont comme avantage fiscal de pouvoir être révoquées même après le décès, afin d'éviter des droits de succession sur les biens donnés si le/la donataire (le/la bénéficiaire) meurt avant le/la donateur/trice.

« De tout, on va dire, au niveau planification. Évidemment, moi, j'aime beaucoup, et les familles et les couples aiment beaucoup, travailler avec des donations. Mais c'est vraiment plus dans un esprit de planification successorale pour éviter les droits de succession. Et pourquoi ? Parce qu'on fait la donation et, soit on a payé les 3 % [de droits d'enregistrement], soit après trois ans, on n'est plus en risque et on n'a rien payé. Et les donations entre époux, elles sont révocables. L'idée et c'est un cas qu'on a souvent où les parents disent : "Soit on estime qu'on a assez donné aux enfants et maintenant on veut se protéger entre nous, soit simplement, les enfants sont trop jeunes mais on aimerait prendre certaines mesures au cas où un des deux décède par accident." Alors forcément, ils font des donations entre époux. Mais c'est aussi par rapport à cet aspect fiscal. J'ai fait une fois – une fois en tout et pour tout – une donation par contrat de mariage justement pour la rendre irrévocable. [...] »⁸⁴⁷

Un notaire évoque d'autres formes de donations intéressantes, soulignant, moins que l'intervenant précédent, l'intérêt qu'elles soient révocables.

« Il y a de plus en plus des libéralités, celles qui sont mises en place par les banques, des donations non notariées révocables, faites en dehors d'un contrat de mariage, qui sont un instrument de programmation successorale. [...] Et alors, il y a beaucoup de libéralités indirectes. Ce n'est rien d'autre qu'un achat immobilier par un couple séparé de biens pur et simple. Et en pleine conscience de l'inégalité dans l'achat d'un bien immobilier, [monsieur] va, tel un grand seigneur, mettre des droits indivis au nom de son épouse, ou carrément, comme un très grand seigneur, mettre tout le bien immobilier au nom de son épouse, au moyen de fonds qu'il verse chez le notaire. Donc, c'est une donation indirecte. [...] Ou alors, le classique, ce sont les parts de sociétés et les SRL immobilières. [Ce sont] des donations indirectes par jeu d'écritures dans le livre des parts au profit de monsieur vers madame, ce qui est nul, mais tout est relatif. Ça veut dire qu'il n'y a que l'épouse ou l'époux qui pourrait invoquer la nullité. Ce que je veux dire, c'est que le fisc ne peut pas invoquer la nullité. C'est encore

⁸⁴⁷ FEAF12.

conseillé par pas mal de praticiens, même des notaires, alors que c'est contre notre chapelle de faire des donations non notariées. Mais souvent, on mêle le patrimonial [entre époux] avec la donation aux enfants. [...] On met d'abord une partie des parts de la SRL immobilière dans laquelle quatre, cinq, dix immeubles vont partir aux mains de madame, pour pouvoir ensuite faire des donations aux enfants. [...] C'est pour la gratifier après un certain temps de mariage. L'époux estime sans doute que... De deux, c'est aussi pour des raisons fiscales, pour éviter que si monsieur décède, ce qui arrive souvent avant madame, il y ait trop de taxations. Et si trois années sont passées, c'est réglé, madame ne paiera pas de taxes sur les parts de sa société qu'elle a reçues par donation indirecte. Et troisièmement, si monsieur ne décède pas, mais qu'il a le temps avec madame qui est entre-temps devenue propriétaire avec lui des parts de la société, il peut faire un don aux enfants, c'est symboliquement plus fort. C'est : "Merci Papa, merci Maman". Ce n'est pas seulement : "Merci Papa". C'est le couple qui donne, c'est plus beau. Enfin, moi je trouve [...]»⁸⁴⁸

354. Plusieurs professionnel-le-s observent que, le cas échéant, les donations sont plus souvent effectuées par les hommes que par les femmes.

Tout en faisant implicitement ou explicitement le constat que le phénomène des donations entre époux-ses est genré, les professionnel-le-s donnent spontanément diverses explications, dont la plupart rejoignent les constats faits sur les écarts salariaux et patrimoniaux.

Certain-e-s considèrent que ce phénomène est lié à la trajectoire professionnelle des hommes, génératrice de plus de revenus tandis que d'autres postulent qu'il est uniquement lié à l'espérance de vie, voire à un rapport de l'un ou l'autre sexe à l'argent.

«Oui, je pense que oui, mais tout simplement parce que l'espérance de vie d'une femme est plus élevée. [...] C'est pour ça, pas parce que l'homme a plus à donner, c'est plutôt ça. [Ce n'est pas] l'homme qui a un patrimoine plus important, ça non, mais purement parce que l'homme, sa chance de survie est malheureusement encore toujours moins élevée que celle des femmes. Tant mieux pour lui.»⁸⁴⁹

«Je ne vois que des donateurs hommes. [...] Je ne dis pas que parfois, et ça arrive souvent, madame est bien ou beaucoup mieux dans ses papiers que monsieur parce qu'elle a fait carrière parce qu'elle a hérité ou les deux, ça arrive fréquemment. Mais ce n'est pas dans les mœurs enfin, dans ma pratique. Les femmes, les mères riches [...] avec un époux, les enfants du même lit, tout va bien, madame ne lâche rien. C'est mon vécu.»⁸⁵⁰

«Non, parce que d'abord, effectivement, comme je disais, je crois qu'il y a vraiment cette volonté, plus de monsieur, de protéger madame en disant : "Je vais peut-être décéder en premier, etc." Et puis, je pense que c'est, je n'ai pas de chiffres, mais je

⁸⁴⁸ FENH1.

⁸⁴⁹ NENF1.

⁸⁵⁰ FENH1.

pense qu'en moyenne, il y a eu plus de patrimoine chez monsieur que chez madame. Alors, si vraiment c'est un patrimoine purement familial, ça, forcément, autant la femme que l'homme, on reçoit des donations de ses parents. Mais comme souvent, l'homme a mieux gagné sa vie, il a plus travaillé, il a des rémunérations plus élevées, et il a investi en bourse et tout ça, c'est monsieur qui a plus d'argent. Donc, c'est monsieur qui va un peu rééquilibrer les gains de madame. Oui, donc c'est plus dans ce sens-là»⁸⁵¹

355. Interrogé-e-s sur les réactions des couples et du/de la bénéficiaire d'une donation quant au *caractère révocable et précaire* de ce droit, les professionnel-le-s réagissent de façon variée. Ils/elles affirment tantôt que, du fait de l'avantage fiscal que confère potentiellement la révocabilité de cette donation⁸⁵², celle-ci est acceptée au sein du couple⁸⁵³, tantôt que la révocabilité pose (souvent) problème au/à la bénéficiaire qui s'inquiète de voir sa donation anéantie, notamment en cas de séparation.

«C'est une donation entre époux avant tout, mais c'est vrai que celui qui donne sait que c'est révocable. [...] Mais souvent, c'est un peu de commun accord, c'est dans cette vision de dire : "S'il arrive quelque chose à l'un d'entre nous", et de nouveau c'est souvent monsieur qui croit qu'il partira en premier et qu'il pourra avoir une crise cardiaque, etc. Donc en fait, ils sont un peu dans cet esprit commun de dire : "Après ça ira aux enfants." Et donc c'est un aspect plus fiscal. D'habitude, ça ne dérange pas le conjoint donataire, puisque c'est dans cette vision fiscale et pas vraiment (dans l'optique) d'une vraie donation. [...] Donc, peut être, monsieur a un plus gros patrimoine que madame. Monsieur fait une donation à madame. Mais oui, madame sait que s'il divorce, il pourrait révoquer la donation.»⁸⁵⁴

«Ça plaît parfois à mes clients donateurs d'entendre qu'il y a ce "bouton annulation" où ils peuvent tout annuler, enfin, révoquer»⁸⁵⁵.

«Pour celui qui fait la donation, ça rassure : c'est la possibilité d'avoir le contrôle, révoquer. La femme dit : "Ce n'est pas une vraie donation, tu peux révoquer"»⁸⁵⁶.

Plusieurs professionnel-le-s se questionnent, expliquent les stratégies pour composer avec ce mécanisme, voire l'éviter. Certain-e-s préviennent les femmes

⁸⁵¹ FEAF12.

⁸⁵² Pour rappel, révoquer la donation même après le décès du/de la bénéficiaire permet d'éviter de payer des droits de succession.

⁸⁵³ Cette première attitude évoque le phénomène «contre le fisc tous d'accord» et ses conséquences potentiellement défavorables aux femmes en matière patrimoniale et en matière alimentaire, mis au jour en France par Mmes C. Bessière et S. Gollac (*Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, pp. 183 et s.).

⁸⁵⁴ FEAF12.

⁸⁵⁵ FENH1.

⁸⁵⁶ NEAF3.

bénéficiaires car ils/elles ont connu des révocations de donation en cas de séparation⁸⁵⁷. Certain-es s'insurgent parfois contre l'insécurité juridique que véhicule la révocabilité d'une donation entre époux-ses, ou encore, redirigent vers une donation irrévocable ou un autre instrument⁸⁵⁸.

«Mais par contre, quand je vais dans mon bureau et que j'assiste monsieur (comme donateur) et madame (comme donataire), même s'il n'y a pas d'acte notarié, je rappelle le principe de la révocation comme étant une épée de Damoclès qui pèse sur les épaules de madame. Je l'explique. [...] Je garde des traces écrites [du fait] que j'ai rappelé au donataire qu'à tout moment, monsieur peut la punir et révoquer la donation, ce qui est quand même assez infâme, mais voilà.»⁸⁵⁹

«La révocabilité, ce n'est pas l'égalité, c'est le pouvoir. Il peut reprendre et c'est dégueulasse. [...] “Monsieur, vous devez être conséquent. Vous lui donnez, c'est irrévocable.”»⁸⁶⁰

«Oui, c'est un des éléments majeurs de la décision. [...] Au niveau symbolique, moi je trouve que c'est quand même un petit peu violent de dire : “Je te donne parce que je sais que je peux reprendre”. Moi j'ai envie de dire : “Ne donne pas alors”. Je ne sais pas, ou alors je suis un peu braquée. On n'assume pas non plus ! Moi, je n'aime pas trop quand on n'assume pas. [...] Mais il y a d'autres techniques, il y a les patrimoines communs internes adjoints, les clauses optionnelles... Moi, je préfère des testaments. Si c'est quand même révocable, on fait un testament. Moi la donation entre époux, je trouve qu'il y a d'autres outils qui sont meilleurs.»⁸⁶¹

II. TESTAMENTS

356. Certains professionnel-le-s témoignent du fait que différentes dispositions testamentaires permettent de protéger le/la survivant-e mieux que par des droits successoraux en usufruit⁸⁶². Ces témoignages et d'autres contiennent une forte critique de l'usufruit légal du/de la conjoint-e survivant-e (*supra*, n° 331).

«L'usufruit pour le conjoint survivant est le plus grand pipeau de la terre. La plupart du temps, dans le testament, on modifie l'usufruit. Sa protection est nulle, même sur un portefeuille.»⁸⁶³

⁸⁵⁷ Voy. les constats faits à propos des liquidations du régime matrimonial séparatiste (*supra*, n°s 314 et 315).

⁸⁵⁸ NEAF3.

⁸⁵⁹ FENH1.

⁸⁶⁰ FEAH5.

⁸⁶¹ FENF7.

⁸⁶² En ce sens aussi : FENH2.

⁸⁶³ FEAH5.

«Oui, entre époux, [un testament] c'est interdire aux enfants de demander la conversion de l'usufruit sur les autres biens, léguer, peut-être en pleine propriété, certaines choses au conjoint, et peut-être aussi, oui, le choix de prendre l'immeuble dans des proportions autres [que l'usufruit]. Ça, c'est pas mal.»⁸⁶⁴

III. CLAUSE D'ATTRIBUTION DU PATRIMOINE COMMUN (AVANTAGES MATRIMONIAUX)

357. Pour (mieux) protéger le/la conjoint·e survivant·e, certain·e-s professionnel·le-s privilégient plutôt les clauses (optionnelles) d'attribution du patrimoine commun. Au lieu de recevoir uniquement la moitié de la communauté (ou des biens mis en communauté), le/la survivant·e peut se voir attribuer la totalité. Réservée aux couples mariés, cette opération est qualifiée d'«avantage matrimonial». Cette clause doit être insérée dans le contrat de mariage, par un·e notaire. Ce mécanisme permet d'assurer la transmission d'un patrimoine entre époux·ses en cas de décès, tout en évitant l'écueil des droits réservataires des enfants, car les biens transmis par ce moyen ne font pas partie de la succession mais de la liquidation du régime matrimonial (*supra*, n° 85).

Les professionnel·e-s témoignent de l'intérêt grandissant des couples pour ce mécanisme permettant d'assurer une sécurité patrimoniale au/à la conjoint·e survivant·e, tout en évitant les ingérences des enfants ou des beaux-enfants.

«Maar op een bepaalde leeftijd, als dat een gemeenschappelijke rekening is, dan zeg ik: "Sowieso 50 procent is van u". [...] En dan zie je ze denken: "Ah, maar ik heb al 50 procent. Oké, 50 procent. Oh ja, oké." En dan [...]: "Ja, maak dan maar een keuzebeding". Dan zie je die spanning al zakken.»⁸⁶⁵

«Ça se fait en contrat de mariage, ça se fait en cours du mariage. Je fais quand même beaucoup de contrats de mariage de communauté où ils se font des attributions totales. On voit quand même qu'il y a des situations familiales conflictuelles. Alors, ce n'est pas la norme, mais il y en a quand même beaucoup plus qu'avant. Je le vois aujourd'hui. Sur les cinq dernières années, je pense que j'ai fait plus d'attributions de communautés que je n'en ai faites sur les quinze années avant.»⁸⁶⁶

«Et en fait, connaître les familles, ça nous aide à mieux les conseiller quand vous connaissez l'atmosphère. Vous avez par exemple des parents qui s'entendent très bien, qui ont deux enfants, mais il y a des belles-filles dont ils ont un peu peur, ou des beaux-fils dont ils ont un peu peur. Et ils se disent : "Aïe aïe aïe, si l'un de nous décède, ça va être très compliqué. Si je veux vendre la maison, moi le survivant, et passer en appartement (monsieur ou madame, peu importe), notre beau-fils ou la belle-fille, elle va tirer les ficelles. Et là, on risque d'avoir des problèmes. Je ne veux pas. Quelle est la

⁸⁶⁴ FENF5.

⁸⁶⁵ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 473.

⁸⁶⁶ FENH3.

solution ? – Madame, monsieur, là, on va modifier votre régime matrimonial, on va apporter le bien en communauté, on va vous proposer des attributions optionnelles. Et comme ça, vous aurez potentiellement toute liberté. – Ah oui, on peut se fier ? On va faire ça.” On l’a refait encore ce matin. Donc ça, c’est une manière de protéger le conjoint survivant et être sûr qu’il ait assez, et qu’il n’ait pas de difficulté avec des enfants ou beaux-enfants.»⁸⁶⁷

358. Le caractère genré des effets de la *clause de partage inégal de la communauté* est moins apparent dans le discours des professionnel-le-s. Il est possible que cet enjeu de genre – théoriquement présent à cause du différentiel de capacité de constitution d’un patrimoine et d’espérance de vie – soit occulté par le fait que, contrairement aux donations ou testaments, le/la bénéficiaire du dispositif n’est pas désigné-e à l’avance : il s’agira du/de la survivant-e.

Néanmoins certains professionnel-le-s ont expressément visé des femmes, en observant notamment que la clause de partage inégal, quand elle est optionnelle, peut placer « la veuve » dans une situation délicate par rapport aux enfants au moment de la liquidation de la succession. Devant choisir entre une attribution égalitaire, inégalitaire voire totale de la communauté, le/la survivant-e est effectivement en position de priver les enfants de droits dans la succession. Une forme de tension ou de culpabilité peut donc surgir au moment de faire ce choix, ce qui peut amener le/la survivant-e, et peut-être plus spécifiquement les femmes, à renoncer à la protection de l’avantage matrimonial, au profit des enfants⁸⁶⁸. Nous le pensons, au vu des constats déjà faits sur l’attitude de certaines femmes dans les accords négociés « dans l’intérêt des enfants » en cas de divorce (*supra*, n° 294)⁸⁶⁹. Si ceci se confirme, cela constituerait une mise à l’écart genrée d’une protection formellement égalitaire (*supra*, n° 2).

« Moi, je travaille plutôt dans les testaments peut-être, mais j’en ai déjà fait des clauses optionnelles d’attribution de communauté. Ça, c’est pas mal non plus. Mais là, encore une fois, avec les clauses optionnelles, pareil, on dit parfois : “C’est génial, ça donne le choix, ça vous permet de choisir le moment venu en fonction de votre situation, de l’entente”. Mais oui, on constate parfois la pression que peuvent faire les enfants. Ça je pense que oui, on l’a déjà constaté. Parfois c’est difficile pour une dame âgée de dire à ses enfants : “Je veux prendre plus que l’usufruit”. Parce que leurs enfants disent : “Oui, mais on a calculé les droits de succession et tu sais que...” Et parfois il y en a qui poussent. Les enfants, parfois je trouve qu’ils exagèrent. Et donc, c’est embarrassant.»⁸⁷⁰

⁸⁶⁷ FENH8.

⁸⁶⁸ En ce sens également : FENF12.

⁸⁶⁹ Et dans une moindre mesure au vu du constat que certain-e-s professionnel-le-s estiment que les femmes doivent prendre l’initiative de leur propre protection patrimoniale (*supra*, n° 210).

⁸⁷⁰ FENF5.

3. Planification à l'égard des enfants

a. Filles et garçons sur un pied d'égalité pour les parents

359. Les professionnel-le-s interrogé-e-s sont plusieurs à estimer que les opérations de planification patrimoniale à l'égard des enfants ne révèlent pas une volonté des parents de traiter différemment leurs enfants garçons ou leurs enfants filles, qu'il s'agisse de donations de biens, de dispositions testamentaires ou même de transmission d'entreprises⁸⁷¹.

Avocat-e-s et notaires indiquent souvent que lorsqu'ils/elles ont constaté des différences de traitement entre enfants filles et garçons, il ne s'agissait pas à leur sens, d'une question de genre. Certain-e-s évoquent que la reprise d'un bien est justifiée par la préférence d'un enfant pour un certain type de bien (ou par sa localisation), ou que la reprise d'une affaire familiale était liée non au sexe mais au profil socio-professionnel de l'enfant⁸⁷².

« Mais souvent, et ce n'est pas une question de genre, c'est une question de mode de vie de l'enfant : “Vous savez, il est un peu artiste, il vit à Paris, ce serait mieux qu'il ait un peu moins.” Ou : “Je vais donner plutôt ceci plutôt que ça, parce qu'il va mal le gérer”. C'est plutôt ça. »⁸⁷³

« Mais les familles heureusement, je pense, donnent la même chose à leurs fils et à leurs filles. [...] [...] En tout cas dans ma clientèle, je n'ai jamais entendu... [de différence]. Si, j'ai entendu, mais qui ne sont pas liées, je pense, au sexe de l'enfant mais à des situations particulières d'un enfant. [...] C'est plutôt ça qui va justifier alors qu'on ne donne pas exactement la même chose, mais je ne pense pas que ce soit lié au fait que ce soit une fille ou un garçon. »⁸⁷⁴

« Très peu de genre là-dedans, plutôt un lien affectif entre un bien et un enfant. »⁸⁷⁵

Les entretiens nous amènent néanmoins à nuancer ces affirmations quant à l'absence de dimension de genre dans les opérations de planification à l'égard des enfants.

Nous pensons pouvoir déceler sous ce discours mettant en évidence d'autres raisons de transmission que le genre seul, une propension à nier qu'elles puissent être liées au genre, alors que les raisons invoquées le sont (aptitudes professionnelles ou personnelles à la reprise ou l'attribution d'un bien).

⁸⁷¹ En ce sens : NEAH4 et FEAF12.

⁸⁷² En ce sens : FEAH5, FEAF12.

⁸⁷³ FENH1.

⁸⁷⁴ FENF7.

⁸⁷⁵ FQNH1.

360. Plusieurs avocat-e-s, d'abord, s'expriment sur des opérations de structuration patrimoniales au profit de familles observées dans leur pratique.

Ainsi un avocat observe qu'il n'a pas dans sa clientèle le souvenir d'une famille composée d'enfants des deux sexes de sorte que, s'il a bien le sentiment que les parents traitent généralement leurs enfants de façon égale, il n'est, semble-t-il, pas en mesure d'observer s'il existe ou non des comportements différents envers les filles ou les garçons d'une même famille.

«Dus, bijvoorbeeld bij schenking van aandelen, hebben we verschillende dossiers waarbij de ouders de aandelen nu al geschonken hebben met behoud van controle. Dat is nu niet zo belangrijk. Maar aan de dochters, bijvoorbeeld, omdat de dochters dan het bedrijf verder gaan opvolgen. We hebben dat ook natuurlijk met zonen, maar ik heb eigenlijk weinig dossiers waarbij dat er een zoon en een dochter samen betrokken zijn. Dus het merendeel is eigenlijk ofwel zonen, ofwel dochters.»⁸⁷⁶

Une autre avocate indique qu'elle a bien constaté quelques opérations différentes à l'égard des fils et des filles, au détriment de ces dernières, mais précise qu'à son sens, ces opérations ne sont pas révélatrices d'un phénomène de genre parce qu'elles sont rares par rapport à la moyenne dans sa pratique d'une part, et parce qu'elles sont anciennes, d'autre part.

«Maintenant, vraiment plus. J'ai eu deux trois cas mais ce n'est vraiment plus la tendance actuelle.»⁸⁷⁷

Détaillant ensuite ces cas rencontrés dans lesquels les fils ont été traités différemment des filles, au détriment de ces dernières, cette avocate semble néanmoins considérer que l'attitude des parents, consistant chaque fois à rééquilibrer les opérations après coup, est un paramètre qui tempère la discrimination constatée, puisque celle n'était pas voulue, ou à tout le moins pas dans cette ampleur.

Le premier exemple est celui d'une famille dans laquelle deux fils ont reçu une entreprise familiale tandis que la fille a reçu une compensation financière. L'avocate pointe le fait qu'au vu des valorisations ultérieures et très différentes des biens transmis, les parents sont intervenus pour rééquilibrer un partage fait, involontairement, au détriment de leur fille.

«C'est une grosse société [...] qui ne se transmettait qu'aux garçons de la famille depuis trois générations. Et [...] là, dans une branche familiale effectivement, on n'a transmis qu'aux garçons [...]. Il y avait quand même une fille. [...] Cette société, elle a fait fois 10, et la fille a reçu la même chose à l'époque, mais qui a fait fois 2. Et puis après, les parents se sont quand même dit : "Oui, bon, notre pauvre fille s'est fait

⁸⁷⁶ NEAH4. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 474.

⁸⁷⁷ FEAF12.

arnaquer”. Et donc ils ont complété, mais pas vraiment tout à fait comme il fallait. Mais c’est vraiment le seul cas dont je me suis rappelée, donc c’est quand même rare.»⁸⁷⁸

Citant un deuxième cas, l’avocate précise d’emblée qu’il s’agit de l’unique cas de donation dans lequel elle a observé une différence de traitement à l’égard des enfants masculins et féminins. Cet exemple est distingué du précédent qui visait une transmission d’entreprise. Elle relève encore que les parents n’avaient manifestement pas l’intention de discriminer leurs filles, et ont procédé tant bien que mal à des rééquilibrages.

«Le seul cas où j’ai vu une donation différente fille/garçon, mais de nouveau ça ne date pas d’hier, c’est un couple. [...] Ils ont donné, c’était tous des actifs financiers, mais ils ont donné aux deux filles des titres [...] qui étaient issus de la famille [...] et aux deux garçons une société patrimoniale avec des actifs financiers et tout ce qu’on fait en *private equity* parce que c’est plus agressif, et ils comprennent mieux, etc. Et effectivement, qu’est-ce qui s’est passé ? Les titres, de nouveau, ça a bien performé, fois 3, mais la société, avec tout le *private equity*, qui en plus est encore gérée par le père, même pas par un des garçons, a fait fois 20. Et donc, on a aussi rééquilibré. Et là, les parents s’en sont un peu mordus les doigts en disant : “On a commis une erreur à l’époque.” Mais ce sont vraiment les seuls cas de sexisme que j’ai vus. Donc, ça ne fait pas beaucoup en vingt ans.»⁸⁷⁹

Son troisième cas est à nouveau une reprise d’entreprise familiale par les enfants, mais à l’avantage du fils actif dans l’entreprise. L’avocate insiste sur le fait qu’à son sens, cet exemple n’est pas à prendre en considération dans le cadre de l’étude car la reprise (et ses avantages) serait essentiellement liée à la formation du fils, et non au genre de l’enfant⁸⁸⁰.

«Oui, et alors c’est normal, un autre cas auquel je pense : ils reprennent l’entreprise qui est vraiment une entreprise commerciale opérationnelle, où il en a longtemps été discuté avec ses deux enfants. Et c’est son fils qui est intéressé. Sa fille, c’est une artiste, elle a été vivre [à l’étranger]. Forcément, il va quand même donner en partie à sa fille, mais il va donner la majorité à son fils. Mais ça, pour moi, ce n’est pas garçon/fille, c’est parce que le fils, parce que cet enfant-là, a repris la société. Donc ça, je mets hors catégorie.»⁸⁸¹

⁸⁷⁸ FEAF12.

⁸⁷⁹ FEAF12.

⁸⁸⁰ Également en ce sens : FEAH5.

⁸⁸¹ FEAF12.

361. Excluant comme bien d'autres, et de manière plutôt ferme, tout phénomène lié au genre⁸⁸², un notaire présente deux cas de reprises d'entreprise familiale, l'un par un garçon et l'autre par une fille. Dans son discours, la mixité des exemples renforce son affirmation d'absence d'une dimension de genre.

« Alors, si c'est la question, "Est-ce qu'il y a un genre ?". Non. Non, ça n'existe pas. [...] Ici, par exemple, j'ai deux cas. Un, c'est une ferme : "Mon fils va reprendre la ferme, donc je vais lui taper toutes les affaires. Je ne vais pas les estimer trop parce que j'estime que mon père n'a pas fait ça avec moi. Mais en compensation, je vais donner des appartements à mes filles." Mais d'un autre côté, j'ai eu le cas avec une boulangerie. C'est la fille qui a repris la boulangerie et le fils, on lui a donné l'équivalent économique. »⁸⁸³

Il semble toutefois pertinent de relever que deux éléments viennent questionner la neutralité, présentée comme mathématique, de cette double illustration.

D'abord, la suite de l'entretien nous a permis de constater que, contrairement aux filles du fermier, le fils du boulanger a longuement contesté la valeur de la compensation financière qui lui était accordée.

Ensuite, les autres entretiens de l'étude ont révélé qu'au sein du monde agricole, la ferme était quasi systématiquement reprise par le fils aîné de famille, sans qu'une compensation ne soit prévue ou même demandée par les filles. Nous détaillons en effet ci-dessous les reprises d'exploitation agricole, qui concernent une catégorie particulière de familles. Nous y retrouverons des signes de pratiques genrées, telles que la sous-estimation de biens structurants (*supra*, n° 60)⁸⁸⁴.

b. Deux cas très spécifiques

362. Plusieurs professionnel-le-s ont indiqué que l'égalité de genre entre enfants leur semblait acquise dans les opérations de planification patrimoniale, à l'exception de deux milieux sociaux en Belgique : les fermiers et les châtelains. Dans ces deux catégories, le sort du bien de famille – la ferme ou le château – est encore déterminé par des usages très ancrés, véhiculés de générations en générations, à savoir que tout revient au fils. Ce fils repreneur est alors assez visiblement avantagé par ses parents, les autres enfants recevant, au cas par cas, éventuellement, des compensations⁸⁸⁵.

⁸⁸² Nous avons plusieurs témoignages excluant de manière générale tout problème de genre dans les pratiques, et, pour cette raison, déclinant l'invitation à répondre au questionnaire ou à faire un entretien.

⁸⁸³ FENH2.

⁸⁸⁴ Cf. C. BESSIERE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020, pp. 53 et s., spéc. pp. 57 et s.

⁸⁸⁵ En ce sens : FENH1, FENH2, FENH3, FENH6, FENH8, FENF14, FEAH5.

I. LA REPRISE DU CHÂTEAU DE FAMILLE PAR LE FILS AÎNÉ

363. Plusieurs professionnel-le-s ont évoqué le cas de la reprise d'un bien familial par le fils aîné tout en indiquant qu'à leur sens, le caractère tout à fait exceptionnel de ces opérations n'était pas révélateur d'une dimension de genre dans le cadre de cette étude. Les notaires expriment les limites de leur intervention pour trouver un équilibre entre la préservation du patrimoine familial et la préservation des intérêts financiers des autres enfants.

«Le seul cas de figure où il y a encore – je n'aime pas parler de discrimination parce que c'est plutôt une survivance historique – une tradition, c'est dans les familles aristocrates où la propriété revient à l'aîné mâle. C'est comme ça. Et personne n'a rien à dire. Et les sœurs veulent défendre cela. Et après, ils continuent de le défendre lors d'un mariage et de la transmission future. Ils vont inculquer cela dans l'éducation de leurs enfants. Et c'est quelque chose qui n'a jamais été décrié. Évidemment, il faut alors une compensation en valeur pour les fils benjamins ou pour les filles, qu'elles soient plus vieilles ou plus jeunes que le mâle aîné. Et donc là, il y a toujours une compensation en valeur. Elles ont du cash ou autre chose, mais elles n'ont pas de château, ça, c'est normal, c'est la norme. Mais je ne dis pas que c'est normal, mais c'est la norme. [...] Pour moi, ça, c'est en dehors de l'étude parce que c'est tellement une niche, qui est bien présente en Belgique et qui ne partira pas, ça fait partie des règles, c'est comme ça, c'est le chef de famille qui reprend le château.»⁸⁸⁶

«[...] dans les familles aristocrates [...] ils ont toujours ce souci. Je l'ai vécu deux ou trois fois de manière très violente, ce souci de faire passer la propriété de famille moyennant 1 euro symbolique ou à peu près, à l'aîné des garçons qui doit entretenir la maison. Mais n'empêche, le domaine vaut parfois quelques millions, une dizaine de millions d'euros, et les autres n'ont rien, ou à peu près rien. Et moi, j'avais été justement désigné par la fille de cette fratrie qui, elle, se retrouvait avec une portion congrue alors que son frère partait avec des dizaines de millions d'euros. [...] Et alors là, c'est une confrontation avec le droit qui ne permet évidemment pas ce genre de chose et des traditions familiales séculaires qui vous disent : “Mais chez nous, c'est l'idée de famille.” C'est un peu la primogéniture masculine à l'anglaise. On leur dit : “Mais écoutez, vous êtes au XXI^e siècle, il faut quand même un peu passer à autre chose.” Mais ça c'est très compliqué pour eux. Dans ces transmissions-là, de maisons familiales de type château en général, ça reste ancré dans les mœurs : il faut faire passer à l'aîné des garçons la maison familiale qui doit rester florissante. Voilà, et là, vous vous heurtez à des gens qui vous disent : “Mais le droit a dit ça, mais nous, notre famille a toujours fait autrement”. [...] On y est confronté et parfois avec des injustices que j'ai fait finalement corriger un peu, parce que si on avait voulu corriger, il fallait vendre le domaine et puis partager les sous. Et là, c'était évidemment hors de question. Donc, on peut corriger un peu à la marge. [...] Mais franchement, à part dans ces milieux-là, on ne le voit plus.»⁸⁸⁷

⁸⁸⁶ FENH1.

⁸⁸⁷ FENH8.

II. LA REPRISE DE LA FERME PAR UN FILS

364. Plusieurs notaires illustrent le cas de la reprise de la ferme par le fils, plus fréquent que le cas précédent, mais ici aussi décrit comme cas complexe, ou spécifique, ou lié aux aptitudes ou qualifications. Certain-e-s écartent la considération sur les effets de genre en affirmant que les parties sont guidées par la poursuite de l'activité de la ferme.

«Le problème de la transmission des entreprises agricoles, c'est, pour moi, le plus compliqué parce que c'est une valeur, un capital énorme. Et c'est l'outil de travail. Et quand une famille où tu as des parents qui sont agriculteurs et qu'ils sont propriétaires de 80 ou 100 hectares et qu'ils ont trois enfants et qu'il y en a un qui est actif et qu'ils font un partage, on se dit : "Mais l'homme qui cultive doit continuer à cultiver les 100 hectares, ou 80, sinon son truc ne va pas tenir la route". Mais d'un autre côté, les autres enfants, ils vont recevoir des terres mais ils ne peuvent pas y toucher parce qu'ils ne peuvent pas les vendre, etc. Et donc tout cet aménagement-là, mais ça, c'est vraiment du cas par cas, on passe par des cas globaux, on passe par des baux à ferme de longue durée, par des associations. Là c'est vraiment du gros travail. Mais il n'y a pas de discrimination là-dedans. À ce niveau-là, les parents sont guidés par la pérennité de l'affaire, point. Que ce soit un garçon ou une fille qui reprenne. Il y a un *leitmotiv*, qui n'est pas une discrimination, c'est la pérennité d'une entreprise familiale.»⁸⁸⁸

«Non, la seule occurrence dans laquelle c'est observé, ce sont les fermiers. Parce que la ferme revient au fils. Parce que c'est lui le fermier. Il n'y a pas de fermière, non, enfin, pas chez moi en tout cas. Pas ici.»⁸⁸⁹

D'autres sont très critiques envers des pratiques genrées élaborées «en étude notariale» (par d'autres confrères), principalement les sous-évaluations ou, dans la présente problématique, les compensations par des baux à ferme non productifs ou, pire, non payés. On sent leur embarras envers le manque de compensation pour les filles, mais aussi envers une possible résignation des filles, apparente ou feinte : des opérations déséquilibrées semblent correspondre à la volonté des familles.

«Je vais prendre l'exemple des fermes. [...] Ça, c'est vraiment typiquement un monde dans lequel on va évidemment faire en sorte, même si le fils est le troisième de la lignée et qu'il y a deux filles avant, ce sera lui, il va reprendre la ferme, le problème va être réglé. Et on va faire en sorte qu'il ait le plus possible. On va faire en sorte, parce que d'une façon générale, quand il y en a un dans la ferme qui reprend c'est déjà "à lui". [...] Et donc tout va être mis en place pour ça. Ça va être d'une injustice patente. En général, s'il y a un notaire qui est consulté avant, quelqu'un d'un peu équilibré qui

⁸⁸⁸ FENH6.

⁸⁸⁹ FENF14.

est consulté avant, et qui se dit : “Non, attendez, là, vous ne pouvez pas exagérer, etc.” [...] Mais moi, je connais des confrères qui vont juste vouloir faire plaisir à leur client et qui vont aller dans le sens de ce que leur client veut.»⁸⁹⁰

«Pour les filles, ça, c’est compliqué. C’est assez compliqué parce que souvent, le garçon en question, il a travaillé dans la ferme depuis qu’il a à peu près 8 ans, et donc il estime comme un dû que ça lui revienne et il n’a pas du tout envie d’indemniser sa sœur ou qui que ce soit d’ailleurs. Et donc, très souvent, c’est compliqué de parler des compensations pour les autres enfants. C’est : “Rien n’est dû parce que la ferme est due...à lui.” [...] [Pour les filles], très souvent, c’est ancré, donc, c’est normal. [...] Je dirais qu’elles valident, en tout cas devant les parents, quand les parents sont là, oui, c’est accepté.»⁸⁹¹

365. Nous retrouvons un dilemme propre (surtout) à la profession notariale. Un notaire considère que le rôle du notaire, en présence d’un accord comme ceux ci-dessus, doit être actif. Il prône même l’interventionnisme face à ce genre de déséquilibre, indépendamment d’un accord familial.

«Mais il faut aussi pouvoir protéger les gens contre eux. [Donc] si même les sœurs disent “oui, mais on est d’accord”, etc., non, ça tu ne peux pas accepter. Si demain, une femme dit : “Ah non, ça me fait plaisir que mon frère reprenne la belle propriété là, et on va abandonner tout le bazar”, on va d’abord se voir plusieurs fois et on va essayer d’abord de comprendre la situation, voir un peu les raisons. Je n’imagine même pas l’idée qu’on dise à [une femme de] 24 ans : “On te fait signer un bazar dans lequel tu acceptes que la ferme soit reprise par ton frère et qu’on fasse un bail sur les terres” et qu’elle dise oui, alors que ce n’est pas du tout équitable. Parce qu’en plus le bail, on sait combien ça vaut, et en général on ne paye pas en famille. Et qu’elle se dise après : “Qu’est-ce que j’ai fait à l’époque ?” Donc on ne peut pas accepter comme ça, du fait que tout le monde est d’accord. Là, je pense qu’on a un rôle comme notaire. Alors c’est peut-être quand même un peu délicat. Oui, mais je pense que c’est ça le principe. C’est qu’on sent qu’il y a quelque chose qui n’est pas *fair*, on ne veut pas le laisser passer, on ne peut pas le laisser faire.»⁸⁹²

366. L’aptitude professionnelle à la reprise d’une exploitation agricole est en cours de rééquilibrage. Un notaire précise qu’il observe un changement dans certains dossiers et une reprise par les filles, à plusieurs le cas échéant⁸⁹³.

«Oui, mais ça, c’est un truc qui commence à fort changer, ça. J’ai beaucoup de filles qui sont en train de reprendre des fermes. Parce que ce côté masculin de l’agriculteur, son tracteur, etc., est en train de passer, parce qu’aujourd’hui, une ferme se gère comme n’importe quelle entreprise. [Ça se modernise] complètement. Et il y a des

⁸⁹⁰ FENH3.

⁸⁹¹ FENF14.

⁸⁹² FENH3.

⁸⁹³ À rapprocher du constat de reprise plus fréquente du logement de la famille par l’ex-épouse avec l’aide de sa famille (*supra*, n° 302 *in fine*).

fermiers sans tracteur avec plus d'ordinateurs que moi, parce que ça se gère comme ça. Donc il y a des filles qui sont en train de reprendre des fermes. Ça, c'est un peu nouveau. Ça reste encore un monde plus masculin, mais souvent les femmes, elles s'y prennent à deux, deux filles qui reprennent.»⁸⁹⁴

4. Conclusion

367. L'étude révèle que lorsque les femmes sont en couple (et ont un certain âge), elles sont plus spécifiquement concernées par les opérations de planification patrimoniale. Elles sont plus à même de survivre à leur partenaire. Les partenaires masculins véhiculent en général plus de patrimoine que les partenaires féminines.

Ces opérations sont voulues par les couples à titre de compensation de droits successoraux (en usufruit) considérés comme insuffisants et inappropriés pour de vieux jours. Le constat empirique de très fortes critiques à l'encontre de l'usufruit du/de la survivant-e est important, car théoriquement ou politiquement, l'idée est répandue que l'usufruit est suffisamment protecteur.

368. Lorsque les femmes sont héritières en ligne directe descendante, les professionnel-le-s affirment qu'au moment d'une planification successorale, elles ne sont pas traitées différemment de leurs frères par leurs parents, à l'exception des familles de châtelains et de fermiers, qui en Belgique pratiquent encore la reprise du bien ou de l'exploitation par un fils, en vertu d'un usage ancré, même s'il est en évolution.

L'étude permet de mettre à jour les réactions différentes des professionnel-le-s confronté-e-s à certaines attitudes ou habitudes familiales tendant à considérer que les filles, formées dans différents secteurs professionnels ou moins attendues lors d'une reprise d'entreprise familiale, ne seront pas tout à fait logées à la même enseigne que leurs frères. Les notaires et avocat-e-s entendu-e-s ont exprimé tantôt qu'ils/elles dispos(ai)ent d'une marge de manœuvre limitée face aux décisions familiales, tantôt qu'ils/elles ne considéraient pas ces phénomènes comme liés au genre.

La seconde de ces deux réactions est fort présente dans le discours, tout comme la propension à justifier les transmissions inégalitaires non par le genre mais par les aptitudes. Nous l'interprétons comme un premier réflexe en termes de déni d'une hypothèse de l'étude, compréhensible en raison de l'originalité des questions posées.

Cela étant, les professionnel-le-s belges confirment une partie des observations pratiquées en France : les enfants/héritiers masculins et parmi eux, les aînés, sont favorisés dans la transmission de certains types de biens ou dans certains types de famille (*supra*, n° 59).

⁸⁹⁴ FENH6.

Il faut bien dire que nos questions sur l'hypothèse d'une transmission genrée du capital familial désarçonnent certain-e-s, surprennent d'autres, poussent la plupart à une introspection, incitent à une rapide revue d'expériences, et font peut-être surgir une crainte que cela puisse être ou avoir eu lieu.

C. LE PACTE VALKENIERS

1. Introduction

369. Le «pacte Valkeniers» (art. 2.3.2 C. civ.) permet aux (futur-e-s) époux-es de renoncer anticipativement à leurs droits (en usufruit) dans la succession de l'autre au moment du mariage et en cas d'enfants d'une précédente union. La loi belge fait donc une exception à la protection successorale du/de la conjoint-e survivant-e, même réservataire, par souci de protection des droits successoraux des enfants d'une première union.

On vise principalement à éviter des situations de démembrement usufruit/nue-propriété avec le/la conjoint-e survivant-e et les beaux-enfants. La renonciation aux droits successoraux peut être réciproque (les deux renoncent) ou unilatérale (un-e seul-e renonce). L'objectif est «la paix des familles (recomposées)».

Le dispositif est contractuel, donc *opting in*, et conditionné : au moins l'un-e des époux-ses doit avoir des enfants d'un précédent ménage. La seconde condition est l'obligation pour les époux-ses d'inscrire cette volonté de renoncer à leurs droits successoraux dans leur contrat de mariage. C'est donc devant le/la notaire et au moment de formaliser leur union (plus rarement de (re)négocier un contrat modificatif) que les couples doivent envisager les avantages et inconvénients d'une renonciation à une protection en cas de décès.

370. Si la disposition légale est formellement neutre sur le plan du genre, l'intérêt de l'étude réside dans la mise en lumière d'éventuels biais de genre indirects liés à sa mise en œuvre, car statistiquement, il y a deux fois plus de veuves que de veufs⁸⁹⁵. Théoriquement, cela signifie que renoncer à des droits successoraux en couple – même réciproquement – est une opération qui prive potentiellement deux fois plus de femmes que d'hommes de leur protection successorale légale.

2. L'avis favorable des notaires sur la renonciation anticipée

371. Une très importante majorité de notaires interrogé-e-s a indiqué être **favorable** à ce mécanisme permettant la renonciation aux droits successoraux

⁸⁹⁵ <https://statbel.fgov.be/fr/themes/population/partenariat/veuvage#figures>.

du/de la conjoint-e par contrat de mariage⁸⁹⁶. Une tendance à promouvoir la clause est constatée, avec quelques variations dans l'intensité ou le caractère systématique du conseil.

Certain-e-s notaires déclarent ainsi qu'ils/elles **conseillent très régulièrement** le dispositif, soit de façon proactive, soit après questionnement des époux-ses ayant des enfants d'une première union.

«Tout le temps. [...] Il n'y a pas un couple qui n'a pas déjà un ou des enfants d'une union précédente à qui je ne parle pas du régime Valkeniers»⁸⁹⁷.

«Oui, on la propose régulièrement et c'est très souvent adopté, oui.»⁸⁹⁸

«Het is dikwijls een antwoord op een specifieke vraag van cliënten: "Ik wil hertrouwen, maar mijn kinderen mogen daar de dupe niet van zijn".»⁸⁹⁹

372. Tout en affirmant être favorable à la mesure, et en présentant ses avantages, un autre notaire évoque aussi deux **limites** de l'instrument.

La première limite tient à l'**absence d'autres conditions légales** que la présence d'enfants d'un précédent ménage. Selon la loi, les époux-ses peuvent ainsi exceptionnellement renoncer à hériter de l'autre indépendamment de leur âge, de leur patrimoine actuel⁹⁰⁰ ou même de leur situation socio-économique future, sans présager d'un éventuel besoin qui surgirait en cas de décès de l'autre. Cette observation rappelle que les couples ne sont pas tout à fait en capacité d'estimer quand l'adoption de la clause (de toute clause) est adéquate ou risquée. En l'absence de balises légales, c'est au/à la notaire qu'il revient de s'assurer que les couples sont informés et conscients de ces enjeux. La seconde limite a trait aux **rapports de force** que la discussion sur l'adoption de la clause peut créer dans le couple, quand la renonciation à l'héritage est une condition au mariage. Cette mise en balance – par un homme prêt à ne pas se marier – est racontée par un notaire :

«Valkeniers, c'est une vraie question. Je trouve que c'est une super clause. [...] parce que tu as des situations dans lesquelles les parties ont chacune un immeuble et ils ont 45 ans, 50 ans. Ils n'ont pas de souhait de solidarité parce qu'ils n'ont pas des situations qui le justifient, parce qu'ils ont des vécus, ils ont des avoirs financiers. Et c'est vrai que l'idée que tu aies un usufruit réciproque est un problème. Donc je trouve que l'idée d'avoir créé ça est bonne. Et le fait que ça ne s'impose pas, tu peux le choisir et tu expliques ça aux gens. Et donc ça te permet de voir comment ça fonctionne. Et il y a des situations dans lesquelles j'ai dit aux gens : "Vous n'allez pas le faire." Les gens,

⁸⁹⁶ À l'exception d'un notaire : NQNH8.

⁸⁹⁷ FENH1.

⁸⁹⁸ NENF1.

⁸⁹⁹ NQNH3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 475.

⁹⁰⁰ Ce paramètre de l'importance du patrimoine ou du revenu de l'époux-se est présent dans le conseil notarial, comme il sera exposé ci-dessous (*infra*, n° 377).

les couples qui ont 30 ans où ils se remettent avec quelqu'un : "Pas question que vous mettiez ça." Je dis aussi : "Aujourd'hui, s'il y en a un qui a 30 ans ou l'autre qui en a 28 ou l'autre qui en a 35, pas question que vous mettiez la clause Valkeniers." Par contre, quelqu'un qui a 60 ans et l'autre qui en a 50... [...] Mais globalement, de nouveau, il y a un rôle social ou important du notaire qui va devoir analyser la question, pour savoir s'il y a un des deux qui est plus faible ou qui aurait besoin de cette mesure. Donc, c'est clair que si tu es dans une situation où monsieur n'a pas envie de se marier mais que madame dit : "Moi, j'ai envie." et qu'elle pousse et que dans la discussion, tu ne sens pas que madame est très demanderesse [du mariage] et que monsieur, entre guillemets, il fait un peu ce qu'il veut, qu'il dit : "On part avec cette clause-là sinon je ne me marie pas", c'est compliqué. C'est un sujet délicat".⁹⁰¹

373. Un premier aspect genré de la clause apparaît dans les entretiens qui font une référence directe ou indirecte aux femmes et, plus précisément, à la « **belle-mère** » dans ses interactions avec les « beaux-enfants ». Il s'agit surtout de faire accepter la belle-mère par ses beaux-enfants.

« Souvent, on dit que la seule manière pour que les beaux-enfants disent encore "bon anniversaire" et "joyeux Noël" à leur belle-mère par la suite, c'est savoir qu'elle n'aura qu'un droit d'habitation sur le logement familial, donc un usufruit. Ça crée une paix familiale dans pas mal de familles. Et quand le ou la future épouse, qui est moins bien lotie que l'autre, qui est vachement plus jeune, a déjà un patrimoine et est à l'abri, on n'est pas du tout dans la même problématique qu'un jeune couple marié avec l'exemple du mi-temps ou, du quatre-cinquième temps pour les enfants. Et donc, il n'y a pas à protéger l'épouse ou l'époux et donc, autant partir de quelque chose qui est blanc. »⁹⁰²

Un notaire évoque un scénario dans lequel la belle-mère serait vue comme ayant capté l'héritage des enfants du défunt, mais expose en revanche que le (nouveau) couple, s'il dure longtemps, a le droit de garder son patrimoine (d'acquêts).

« En de bedoeling is uiteindelijk dat al die partijen met elkaar door dezelfde deur kunnen en dat er daar op het einde, als er een overlijden is, dat niemand dan zegt: "Die heks hier, ze is weg met al het vermogen." Allee, dat ze uiteindelijk ook begrijpen dat er daar... Als ze 35 jaar met elkaar een leven hebben opgebouwd, dat daar ook iets mag tegenover staan. »⁹⁰³

Certains entretiens révèlent même que, du point de vue du/de la notaire, le fait de ne pas adopter la clause revient à créer des situations compliquées entre les enfants du/de la défunt-e et le/la survivant-e. Celui/celle qui ne renonce pas serait alors à l'origine des fatales tensions avec les beaux-enfants.

⁹⁰¹ FENH3.

⁹⁰² FENH1.

⁹⁰³ NENH2. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 476.

« Je la trouve très bien cette clause [...]. Parce que ça permet quand même de refaire une vie de couple avec un mariage et de ne pas blesser les enfants. C'est toujours ça. [...] Je conseille toujours aux couples, pour un second mariage, de ne pas créer des situations qui obligent à absolument garder le contact entre celui des conjoints qui survit et les enfants du prémourant pour des questions purement patrimoniales. [...] Mais il ne faut pas créer des situations dans lesquelles ils sont obligés, en raison du décès, ils se retrouvent avec un usufruit, une nue-propriété, une indivision compliquée, des choses comme ça. »⁹⁰⁴

374. Le rôle des enfants/beaux-enfants peut être actif. Un notaire évoque le fait que le mécanisme est souvent suggéré aux futur-e-s époux-ses par les enfants eux-mêmes.

« Ja, ja... Niet allemaal natuurlijk, maar heel vaak wel. Heel vaak ook omdat de kinderen het al hebben opgezocht op internet. »⁹⁰⁵

375. Plusieurs notaires⁹⁰⁶ témoignent que le mérite de la clause est de permettre aux couples de se marier ou les y inciter, ce qui augmente la protection des conjoint-e-s. Le mariage permet en effet de mettre en place des protections plus avantageuses qu'en union libre.

Dans la balance des risques/bénéfices pour le/la conjoint-e survivant-e, l'intérêt du mariage reste primordial en dépit de la perte des droits successoraux. Les professionnel-le-s semblent aborder cela sous deux angles. Il y a d'un côté la perspective des couples : l'envie romantique/ou le besoin social de se marier combiné à un moindre risque sur le plan patrimonial du fait de la moyenne d'âge plus élevée souvent corrélée à l'existence d'un patrimoine qui peut être librement réparti (pas de jeunes enfants, une carrière ou une situation patrimoniale existante). De l'autre côté, il y a la perspective pragmatique du/de la juriste : le mariage a des effets sur le plan juridique et permet, même sans droits successoraux en usufruit, une série de dispositions qui seraient inaccessibles ou moins avantageuses (fiscalement aussi) hors mariage, tel un testament. Les capacités d'intervention du/de la notaire (clause Valkeniers, testaments, etc.) rencontrent ainsi les besoins et les intérêts des couples sacralisés autour d'une solidarité mesurée et d'un large compromis : le cachet social de l'institution du mariage, sa protection plus sécurisante que la cohabitation légale ou l'union libre, une autonomie de mouvement pour le/la détenteur(trice) du patrimoine qui voudrait en disposer à son gré, aussi au profit de son/sa conjoint-e.

« Et grâce à cette loi Valkeniers, j'ai plein de clients qui se marient, sinon ils ne se seraient jamais mariés parce qu'ils ont peur de leurs enfants et de leur réaction

⁹⁰⁴ NENF1.

⁹⁰⁵ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 477.

⁹⁰⁶ Notamment : FENH1, FEFNF7, FNEF9.

par rapport à – c'est souvent leur belle-mère – la méchante belle-mère qui va venir prendre l'héritage. Et donc, non seulement, je dis "Valkeniers", mais je dis aussi : "il faut le dire aux enfants".»⁹⁰⁷

«Valkeniers. Simpel, duidelijk, iedereen gelukkig. Ja, vind ik heel praktisch. En het feit dat u nadien nog kunt schenkingen doen of in een testament meer aan elkaar kunt geven. Oké, een testament heeft dan wel natuurlijk de eenzijdige herroeping of de mogelijkheid tot aanpassing tot gevolg. Maar dat vinden mensen fantastisch. We maken nog een testament om misschien nog wat aan elkaar te geven, maar we weten dat dat kan herroepen worden, eenzijdig. Dus ik heb wel vaak dat er nadien nog een testament naast de Valkeniers clause komt.»⁹⁰⁸

3. *Une invisibilisation de l'insécurité patrimoniale du/de la conjoint-e survivant-e*

376. La mise en perspective des intérêts et des risques par les professionnel-le-s et par les couples est une équation dans laquelle le paramètre de l'éventuelle insécurité patrimoniale pour le/la conjoint-e survivant-e n'a pas sa place.

377. Une première raison est la conviction que les professionnel.les se forgent quant à la **suffisance du patrimoine** existant ou potentiel respectifs des époux-ses. Un notaire évoque le cas d'une femme qui aurait la possibilité de disposer d'une pension de veuve, d'un toit et même d'un patrimoine d'acquêts, et qui n'aurait donc pas eu à craindre de renoncer à ses droits successoraux, par ailleurs, car elle aurait suffisamment de ressources.

«Neen, omdat de mensen die voor mij zaten niet het profiel hadden dat er schrik moest zijn. Om een voorbeeld te schetsen waar het wel gebeurd is: iemand was weduwe of ging weduwe worden van iemand die parlementariër geweest was; zij kreeg door te huwen een weduwepensioen van 4.000 netto per maand. Goed, dan heb je weinig schrik dat de middelen ontoereikend zullen zijn. Dan gaat het over de inkomstenstroom die er is; er is daar een gigantisch pensioen. Dan gaat de tweede bezorgdheid nog over een dak boven het hoofd, waar mevrouw graag of altijd gewoond heeft of jarenlang het huis beschouwd heeft als de gezinswoning. En als die twee dingen geregeld zijn – denk ik – mag je perfect die beslissing dan nemen. En dat zien we meestal ook wel, hè: mevrouw wou trouwen omwille van dat weduwepensioen en omwille van dat dak boven haar hoofd. Dat wou ze natuurlijk ook en ze zijn 30 jaar samen geweest, dus daar is een hele goede band ook met de kinderen.»⁹⁰⁹

⁹⁰⁷ FENH1.

⁹⁰⁸ NENF1. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 478.

⁹⁰⁹ NENH2. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 479.

«En waar dat de wens is om te huwen, maar meer dan vanuit romantische beweegredenen. [...] Waar beide partners al goed verdiend hebben; al een bepaalde zekerheid achter zich hebben en zeggen: “Kijk, wij hebben dat niet meer nodig, dat erven van mijn partner.” Buiten dan de gezinswoning waarop we heel vaak wel het vruchtgebruik toekennen. Niet slechts die zes maanden bewoningsrecht. Dat ze dan het vruchtgebruik op de gezinswoning willen geven.»⁹¹⁰

Les entretiens révèlent que les notaires sont parfois rassuré-e-s par le potentiel patrimoine qui pourrait être transmis entre conjoint-e-s *indépendamment* de la renonciation aux droits de succession. Cette **potentielle et future transmission** est valorisée car elle serait le fruit de la volonté du couple (ou du détenteur du patrimoine). Cela exigerait par ailleurs l'intervention des notaires.

«Natuurlijk zoiets ga je niet in het wilde weg voorstellen. Je gaat zeggen: “Kijk, wij kunnen eventueel aan de wens van te trouwen tegemoet komen. Dit zijn de eventuele opties. Er kan afstand gedaan worden van de eventuele erfrechten ten aanzien van bepaalde goederen maar dat wil niet zeggen dat er ondertussen niet nog geschonken kan worden, dat er geen ondersteuning kan zijn verder. Je kunt levensverzekeringen in het leven roepen.” Dus dat zeggen we ook altijd, en dan is het aan de mensen zelf om die beslissing te nemen en om te kijken hoeveel solidariteit ze willen realiseren voor na het overlijden, maar ook voor tijdens het leven. Het is niet omdat je vandaag uw pact Valkeniers hebt, dat je morgen niet een nieuwe woning kunt kopen. Of dat mevrouw 50/50 koopt, zodat je met een beding van aanwas kunt werken. Dat is een moment in het leven waar je geen zicht hebt op het vermogen, laat staan dat het het eindpunt van dat leven is, hè. Je weet ook niet of mevrouw de eerste zal zijn die komt te sterven of meneer. Dus wij geven enkel stapstenen: “Dit is wat dat er kan gebeuren. Als dat gebeurt, hè. Niets belet dat als je morgen iets wilt kopen in Spanje, dat je dat nog altijd kunt, en dat je daar ook een aparte regeling over kunt treffen.”»⁹¹¹

«Quand vous faites un pacte Valkeniers, c'est, comme je vous disais, qu'il y a du patrimoine de part et d'autre. Et donc en général, eux sont en sécurité avec leur propre patrimoine. Ils n'attendent pas quoi que ce soit de l'autre en général. [...] Oui, vous pourriez me dire : “Oui, mais dix, quinze ans plus tard ?” Je pense aussi que les gens – et ça on en parle, je leur explique bien qu'il y a des testaments – ils peuvent faire un testament à côté, qu'on peut modifier par la suite de commun accord, comme ce contrat de mariage, si jamais il y avait vraiment quelque chose de fondamentalement différent qui arrivait. Mais, en général, je suis vraiment avec des personnes qui ont déjà quand même des années derrière elles. Ce ne sont pas des jeunes qui font des pactes Valkeniers.»⁹¹²

378. Indépendamment de la situation patrimoniale respective des époux-ses renonçant-e-s, la seconde raison qui semble expliquer que les notaires ne

⁹¹⁰ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 479.

⁹¹¹ NENH2. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 479.

⁹¹² FENF9.

considèrent pas plus lourdement le risque d'être privés de ses droits successoraux tient au fait qu'ils/elles considèrent que le **choix** appartient aux époux-ses. Plusieurs notaires indiquent que, s'agissant d'un choix de ne pas hériter, ils/elles n'ont pas à remettre cette décision en question puisqu'elle est prise en connaissance de cause. Certain-e-s précisent qu'ils/elles ne peuvent pas influencer la décision des époux-ses⁹¹³, qu'ils/elles ont l'obligation de rester neutres⁹¹⁴. Interrogé-e-s à ce sujet, plusieurs notaires insistent sur les réactions positives par rapport au mécanisme, qui semble correspondre à ce que veulent les couples⁹¹⁵.

« Non, non, parce qu'ils savent très bien ce qu'ils signent, très, très bien. Moi, je suis assez rassurée. Et ceux qui optent pour cette clause, très souvent la connaissent déjà, et la veulent absolument. »⁹¹⁶

4. *Les inconvénients : la possibilité de renonciation intégrale et le formalisme*

379. Initialement adopté en 2007, la disposition ne permettait pas de renoncer à l'intégralité des droits successoraux. Même en signant un pacte Valkeniers, le/la survivant-e ne pouvait pas être privé-e de sa **réserve concrète**, c'est-à-dire le droit en usufruit sur le logement familial. Évoquant cet ancien système, une notaire raconte que le fait de ne pas pouvoir renoncer à tout avait empêché plusieurs mariages.

« J'étais très fâchée parce que j'ai vu pleurer un couple devant moi. Quand le pacte Valkeniers a été voté pour la première fois, il y a eu une discussion. Et [un parti politique] a imposé qu'en tout cas, ils ne puissent pas exhérer le conjoint survivant du droit sur le logement familial. Et je me souviens qu'un jour, j'avais un couple de gens, une soixantaine d'années, ils étaient venus et ils se mariaient parce que je leur avais annoncé que le pacte allait permettre à monsieur de supprimer tous les droits que madame pourrait avoir sur le logement. Et c'était important parce que pour monsieur, c'était la maison familiale, et que les enfants ne voulaient absolument pas que madame puisse prétendre pouvoir rester dans cette maison qui était celle de monsieur. Et quand je leur ai dit : "Je suis désolée. Ce que je vous ai dit avant n'est plus vrai, parce qu'il y a eu, un petit ajout et donc vous n'allez pas pouvoir..." Ils se sont effondrés tous les deux. Donc, j'étais très en colère, parce que je me suis dit : "Zut ! Ça, on a interdit". Et j'ai eu des cas ensuite de gens qui ne se mariaient pas à cause de ça. Et je me suis dit : "Ça c'est moche. Ça, c'est très moche". »⁹¹⁷

Depuis la loi du 22 juillet 2018, le mécanisme permet de renoncer à l'intégralité des droits successoraux, y compris l'usufruit sur l'immeuble familial.

⁹¹³ NFNH2.

⁹¹⁴ NQNH5. Ce déterminant du conseil notarial a déjà été rencontré, avec ses implications en termes de genre, à propos du choix de la séparation de biens pure et simple ou de ne pas corriger celle-ci (*supra*, n^{os} 210, 225 et 240).

⁹¹⁵ NQNH2, NQNH3, NQNF4, NQNH5, NQNF6. *Contra* : NQNH8.

⁹¹⁶ NENF1.

⁹¹⁷ FENF9.

Mais c'est une option extrême qui n'est **pas souvent retenue**⁹¹⁸. Certain-e-s notaires observent que la renonciation intégrale intervient dans les cas spécifiques où les deux futur-e-s époux-ses ont chacun-e un logement⁹¹⁹.

«Vooral als beide partners eigenlijk een eigen woning hebben. Het is voor de partner/niet-eigenaar dan niet zo belangrijk om in de woning van de andere partner-eigenaar te blijven wonen.»⁹²⁰

Un notaire observe de façon isolée, que cette renonciation intégrale est mobilisée dans la situation d'un couple formé par une jeune femme et un homme plus âgé⁹²¹.

La **compensation légale** de la renonciation intégrale est jugée **insuffisante** : un droit d'habitation de six mois. Il ressort des entretiens que plusieurs notaires expriment un malaise avec ce délai⁹²². Ils/elles veillent à la faire allonger de façon conventionnelle. Un notaire raconte qu'il aborde cette question délicate avec un client par une discussion teintée de traits d'humour. D'autres poussent à un allongement, voire à consentir un droit d'usufruit.

«Oui, mais on discute et on met des mécanismes protecteurs ou alors on discute sur la période. Je lui dis : “Six mois, mais c'est quand même très court. Six mois, elle n'aurait même pas le temps. Avec un homme comme vous, elle va faire au moins un an de veuvage, ce n'est pas possible. Il faut mettre un plus grand délai pour qu'elle ait le temps de pleurer longtemps avant de quitter le domicile conjugal”. Alors on rigole un peu, on discute. Mais il faut écouter ce que chacun a à dire. Si elle dit : “Oui, mais qu'est-ce qui se passe, si demain tu meurs, je n'ai pas de rentrées, je n'ai pas de revenus.” Bien, on fait un petit testament, on trouve des solutions. Voilà, en général, neuf fois sur dix, c'est monsieur.»⁹²³

«C'est rare. On dit “c'est juste six mois dans le logement familial”. C'est un peu serré. [...] Mais je l'ai déjà fait, parce que ça correspondait à l'envie des gens. Je l'ai déjà fait aussi. Donc je dis : “Vous avez le choix entre six mois et toute la vie. Donc, tout ce qui est au milieu, allez-y.” Et on a fait un calendrier. C'est un ingénieur : “Si je meurs avant mes 60 ans, c'est comme ça. Mais avant mes 70 ans, c'est comme ça.” Et il s'est dit : “Comme ça, plus je vais être longtemps avec mon épouse, plus elle aura de droits. Parce que ça fera de plus en plus longtemps qu'on est ensemble. Alors que si on se marie aujourd'hui et qu'après-demain, je meurs, ce n'est pas fair-play qu'elle puisse rester toute sa vie durant dans la maison.” Et je trouvais que ça [faisait sens]... et ça, on le fait. Et je trouve que le minimum [de six mois] est suffisamment court pour ne pas bloquer les gens. Mais souvent, on va un peu plus loin. Un an, deux ans, trois

⁹¹⁸ NENF1, FQNH1.

⁹¹⁹ NQNH3, NQNF6.

⁹²⁰ NQNH3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 480.

⁹²¹ NQNH7.

⁹²² FENH1, FENH2, FENH3.

⁹²³ FENH1.

ans, le temps de faire diminuer la pression, de pouvoir faire son deuil malgré tout et de laisser un peu de l'eau couler sous les ponts. Six mois... c'est un sparadrap qu'on enlève dans une succession.»⁹²⁴

380. La loi de 2018 a en revanche renforcé le **formalisme**, soumettant le pacte Valkeniers à la procédure de double réunion et de conseil notarial renforcé, applicable à tous les pacts successoraux (art. 4.250-4.251). Cela suscite en général une réaction négative des notaires. De leur point de vue, le délai de réflexion entre la réunion d'information et la réunion de signature du contrat de mariage est une contrainte, qui empêche parfois d'insérer la clause «à temps» avant le mariage.

«Nadeel: erfovereenkomst. Mensen denken vaak te laat eraan voor het huwelijk of zeggen van: "Ja, maar die procedure..." Twee keer naar de notaris, is dan niet nodig. Ik denk dat mensen die een Valkeniers beding willen vaak genoeg onderwezen zijn, zodat we die moeilijke procedure eigenlijk niet nodig hebben. Dat dat niet nodig is om ze twee keer naar de notaris te sturen. Eigenlijk drie keer, gezien de bespreking voor de informatievergadering. Het uitgangspunt is dan dat er bepaalde mensen daar niet meer voor kiezen omwille van die procedure. Ze zeggen: "Notaris, waarom maakt u het zo moeilijk? Is dat nu wel nodig? We zijn toch volwassen mensen".»⁹²⁵

«En daarom, dat pact Valkeniers was fantastisch, omdat je zo bepaalde rechten kon voorzien en andere goederen uitsluiten. [...] Dat is wel zeer goed, maar nu met die complexe procedure en iedereen uitnodigen en nog een keer uitnodigen. En elke aanpassing van... Dat gaat niet meer.»⁹²⁶

«Et s'ils viennent me voir et que c'est trop tard parce que les délais légaux sont tels qu'ils se marient dans quatre jours : "Ha, on a oublié d'aller chez le notaire ! C'est un mariage de secondes noces, on fait un peu plus comme ça." Parfois, j'ai insisté pour postposer la date du mariage civil, ou alors on a modifié le régime matrimonial par la suite. On a fait une séparation de biens pure et simple et après on a fait Valkeniers.»⁹²⁷

5. Une invisibilisation des enjeux de genre ou un biais indirect ?

381. L'étude révèle que globalement, les notaires ne semblent pas relever d'enjeux de genre autour de l'adoption de la clause Valkeniers. Interrogé-e-s spécifiquement quant aux réactions, éventuellement différentes, des hommes et des femmes, la plupart indiquent généralement qu'il n'y a pas de différences⁹²⁸.

⁹²⁴ FENH11.

⁹²⁵ NENF3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 481.

⁹²⁶ NENH2. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 481.

⁹²⁷ FENH1.

⁹²⁸ Notamment : FQNH1, NQNF1, NQNH2, NQNH3, NQNF4, NQNH5, NQNF6, NQNH7, NQNH8.

«Het is in alle gevallen dat ik het beding heb toegepast, geen eis van één partij, maar een vraag van beide partijen.»⁹²⁹

Un autre notaire indique que les femmes vont être plus enclines à protéger leurs enfants et donc être demandeuses de l'insertion de la clause si elles en ont. Dans ces cas de figure, les femmes semblent envisager leur prédécès au profit de leurs enfants et non l'hypothèse où elles seraient les veuves.

«Vrouwen schermen eerder voor hun kinderen dan mannen. Zij zullen dus eerder opteren voor Valkeniers.»⁹³⁰

382. Cependant plusieurs notaires⁹³¹ évoquent spontanément des exemples mettant clairement en scène des hommes dans le rôle de ceux qui disposent (détenteur d'un patrimoine) et des femmes dans le rôle de celles qui renoncent, en affirmant parfois que de leur point de vue, le dispositif n'est pas genré.

En témoigne le fait que sur le caractère réciproque (les deux renoncent) ou unilatéral (un-e seul-e renonce) de la clause, plusieurs notaires indiquent que la renonciation est très souvent réciproque⁹³². Il se pourrait donc que la réciprocité théorique (en pratique la renonciation ne privera que le/la survivant-e) participe à l'invisibilisation d'enjeux qui visent plus spécifiquement les femmes.

383. Quelques rares notaires nous ont toutefois confié des réflexions sur la spécificité des réactions des femmes, différentes de celles des hommes, mais qui ne vont pas dans le sens d'une perception d'un risque patrimonial lié au genre, lequel demeure donc encore assez invisibilisé.

Une avocate, par contre, a témoigné avoir assisté à plusieurs reprises à des «accidents» pour des veuves qui se retrouvaient démunies au décès de leur époux. Ses clientes, jeunes et moins jeunes, avaient signé un pacte Valkeniers au moment de leur mariage, sans comprendre vraiment les enjeux ou sans avoir le choix, et n'avaient aucun droit au moment de l'ouverture de la succession⁹³³.

Une notaire observe par ailleurs un embarras des femmes à l'égard des hommes car ces derniers leur donneraient le sentiment qu'elles continuent à tirer profit de la situation, alors qu'elles renoncent à des droits.

«C'est souvent que là aussi, elles sont en position de demander. Et ça, c'est souvent ce qu'il y a de plus terrible pour elles en fait, j'ai l'impression. Et cet exemple-là, c'était

⁹²⁹ NQNH3. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 482. Cette affirmation est plus nette dans les réponses écrites que lors des entretiens.

⁹³⁰ NQNF6. Pour la traduction, *infra*, Annexe 1, n° 482.

⁹³¹ Notamment : FENH1, FENH2, FENF9, FENH10, FENH11.

⁹³² Notamment : FQNH1, NQNF1, NQNH2, NQNH3, NQNF4, NQNH5, NQNF6, NQNH7, FENH1, FENH2, FENF14, NENF4. Certain-e-s notaires précisent toutefois que s'il y a des enfants d'un seul côté cela peut être unilatéral : NQNH5, NENF3.

⁹³³ NEAF3.

assez marquant parce que ce monsieur qui, avait un gros patrimoine, il se mariait avec une dame qui avait trente ans de moins que lui. Et madame avait une belle carrière. Ce n'était pas le problème, elle avait des ressources à elle. Donc, elle était d'accord de renoncer à toute une partie de ces choses. Et monsieur disait toujours : "Oui mais je te donne déjà ça, je te donne déjà ça, je te donne déjà ça". Et à un moment donné, elle a éclaté en sanglots en disant : "Mais tu ne me donnes rien. C'est mon droit en tant qu'épouse. Eh oh ! C'est moi qui renonce ! Non, tu ne me donnes rien." Et donc, ça, c'était assez symptomatique du fait que les époux ont l'impression de faire un geste vis-à-vis de madame alors que c'est madame qui renonce. Ça m'avait marquée.»⁹³⁴

384. Une notaire évoque un rapport différent et genré au logement familial, les femmes semblant plus attachées au fait de pouvoir rester dans l'ancien logement familial.

« Alors, oui, j'ai déjà eu des discussions. Maintenant que vous m'en parlez, je me souviens que j'ai dû remettre à plusieurs reprises le pacte, parce qu'on avait dit : "On supprime totalement" et puis non, c'était plus totalement, c'était : "On voulait quand même un usufruit limité dans le temps." Et c'est vrai que dans ce cas-là, c'était monsieur qui était propriétaire du logement familial. J'ai l'impression que les hommes, quand eux sont dans le logement familial de madame, se posent moins de questions. D'abord, ils ont moins – c'est ma perception des choses – envie de rester dans un bien qui ne leur appartient pas. Mais, je peux me tromper. Mais j'ai ce sentiment qu'eux, quand c'est le cas, ils disent : "Non, non, moi, je veux m'en aller. Moi, je ne resterai pas. Je m'en vais." Et ce sont eux qui prennent la décision. Ils chipotent moins avec ça, j'ai l'impression. Madame chipote plus. Monsieur chipote moins quand c'est de lui dont il s'agit. Oui, quand vous m'en parlez, j'ai ce sentiment que c'est plus une préoccupation féminine que masculine, d'être protégée dans ce logement familial. Les hommes se disent : "Je trouverai toujours bien ailleurs. Je me débrouillerai, ce n'est pas grave." Les femmes, elles, c'est plus compliqué pour elles de se projeter sur l'après, elles se disent : "Même si j'ai du patrimoine, je reste. Je reste. J'ai envie de rester." »⁹³⁵

Une notaire observe que dans sa pratique, la demande émane en général des hommes, constatant une différence d'âge dans ce profil de couple et une volonté de protéger le patrimoine familial de la future veuve.

« J'en fais assez rarement on va dire. Maintenant voilà, j'en fais quand il y a un patrimoine qui est important et qu'il faut le protéger des velléités de la veuve. »⁹³⁶

⁹³⁴ FENF14.

⁹³⁵ FENF9.

⁹³⁶ FENF14.

6. Conclusion

385. L'étude met en lumière le fait que le pacte Valkeniers est souvent considéré et présenté par les notaires comme une mesure légitimée par l'intérêt des enfants. Le dispositif a pour effet de hiérarchiser des droits successoraux des enfants, plutôt à préserver, au détriment des droits successoraux du/de la (second·e) époux·se.

C'est fort de cette perspective des professionnel·le·s que le/la renonçant·e écarte une protection patrimoniale dans son contrat de mariage, à un moment où il/elle ignore si cette protection sera nécessaire⁹³⁷.

386. On découvre chez les notaires une lecture libérale de l'instrument : le pacte écarte les règles de la dévolution légale et laisse à l'époux·se détenteur/trice du capital la liberté de disposer de ses biens. Il/elle peut protéger son/sa conjoint·te par d'autres moyens plus flexibles (et révocables)⁹³⁸.

L'insécurité patrimoniale qu'implique la renonciation pour le/la survivant·e est ainsi occultée derrière la liberté rendue au/à la détenteur/trice du patrimoine – qui reste en mesure de protéger le/la survivant·e moins bien loti·e, d'une part et l'intérêt des enfants à hériter de leur parent, d'autre part.

Cette grille de lecture combinée à l'obligation de neutralité des notaires et à une mesure souvent réciproque entre époux·ses, sont autant de facteurs qui empêchent précisément les notaires de considérer le risque potentiel plus accru d'une telle renonciation pour les femmes que pour les hommes.

⁹³⁷ Ce même phénomène se produit lors du choix d'un régime matrimonial séparatiste non corrigé, ou lors de la non-option pour une créance de participation aux acquêts ou d'une correction judiciaire en équité.

⁹³⁸ Le même raisonnement est tenu pour la mise en place de corrections volontaires après la conclusion d'un contrat de mariage séparatiste (*supra*, n^{os} 209 à 213).

CHAPITRE 4

CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS⁹³⁹

387. Dans la présente étude, nous avons investigué la manière dont les règles juridiques belges de constitution, transmission et répartition du patrimoine des partenaires d'un couple ou d'une famille (indivision successorale) sont susceptibles de contribuer aux **inégalités patrimoniales entre les femmes et les hommes**, plus particulièrement en raison de biais de genre présents lors de leur mise en œuvre par les personnes concernées et les professionnels du droit.

Les inégalités patrimoniales entre les femmes et les hommes demeurent, en Belgique, difficiles à objectiver, car les principales statistiques disponibles prennent le ménage et non les membres du couple ou de la famille comme unité de compte.

388. Historiquement, les inégalités de capital entre partenaires ont été analysées et documentées sous un angle socio-économique, partant du constat de l'écart salarial entre hommes et femmes. Celui-ci fait l'objet d'une documentation de notre part et d'un état de l'art en première partie, et non d'une recherche sur ses causes et conséquences. Les inégalités salariales s'expliquaient par un différentiel de revenus lié notamment à l'existence de biais de genre sur le marché du travail et surtout à la répartition genrée du travail domestique (Chapitre 2, n° 37).

Cet écart salarial contribue à creuser l'écart patrimonial entre les femmes et les hommes. L'on a d'ailleurs longtemps pensé qu'il était le principal voire seul facteur de l'inégalité patrimoniale.

389. Des travaux menés récemment en France apportent toutefois un nouvel éclairage à cette question.

Marion Leturcq et Nicolas Frémeaux, d'une part, ont relevé le fait que l'écart de patrimoine entre les hommes et les femmes se creuse (passant de 9 % en 1998 à 16 % en 2015), et ce alors même que les inégalités salariales tendent à diminuer⁹⁴⁰.

⁹³⁹ Les recommandations ont été rédigées par Y.-H. LELEU et E. ALOFS. Elles n'engagent ni l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes ni C. Harmel, autrice de l'étude empirique présentée au Chapitre 3.

⁹⁴⁰ N. FRÉMEAUX et M. LETURCQ, « Inequalities and the individualization of wealth », *Journal of Public Economics*, 2020, n° 184, pp. 1-18.

Céline Bessière et Sibylle Gollac⁹⁴¹, d'autre part, ont focalisé leur attention sur le patrimoine individuel des membres d'un couple et d'une même famille et étudié les moments clés de sa constitution, de sa transmission et de sa répartition. Elles ont ainsi démontré l'existence de biais de genre dans la pratique professionnelle qui renforcent l'écart de patrimoine entre les femmes et les hommes (Chapitre 2, n^{os} 55 et s.).

Nous nous sommes appuyés sur leurs constats pour, sur la base d'un état du droit et de la jurisprudence globalement comparable entre la Belgique et la France, rechercher empiriquement, pour la Belgique, si des résultats comparables ou différents étaient observés dans notre pays.

390. Une partie de l'étude est consacrée à l'**état de l'art juridique** (Chapitre 2, n^{os} 64 et s.). Il contient l'exposé des règles de droit qui sont formellement égalitaires. Il accorde une particulière aux critiques faites par la doctrine en raison des inégalités de genre déjà constatées au vu de la jurisprudence et de la pratique. La description des règles de droit s'est concentrée sur la situation du partenaire économiquement plus faible, souvent la femme, et sur la protection légale et jurisprudentielle à laquelle ce partenaire a droit.

Le dispositif de protection du partenaire économiquement faible se résume en trois points:

1. répartition égale du produit des efforts du couple (les « acquêts »);
2. secours alimentaire au partenaire en manque de revenus pendant une crise conjugale et pension alimentaire pour compenser le préjudice professionnel lié au couple;
3. rétablissement des mouvements de capitaux involontaires ou excessifs intervenus pendant la vie commune.

En droit, seul le mariage offre une protection complète. Les cohabitations légale et de fait permettent uniquement de compenser les mouvements de capitaux intervenus pendant la vie commune, au prix d'une procédure en justice longue et aléatoire. Ces deux statuts n'offrent aucune pension alimentaire.

La différence de traitement par le droit des trois statuts est, selon nous, injuste et non justifiable, mais elle est sociologiquement très ancrée. Certains auteurs de doctrine, mais aussi la Cour constitutionnelle, les mondes professionnels et une large partie de l'opinion, défendent cette différence de traitement. Leurs arguments s'appuient sur l'idée que les partenaires choisissent le statut de leur couple en pleine connaissance de ses avantages et inconvénients (consentement éclairé). Le partenaire économiquement plus faible dispose, en effet, de la possibilité technique de négocier une protection contractuelle s'il souhaite modérer les effets négatifs de son statut (p. ex. via une convention de cohabitation légale, une convention alimentaire).

⁹⁴¹ C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020.

391. L'étude empirique menée (Chapitre 3, n^{os} 155 et s.) a toutefois mis en évidence la faiblesse de ce raisonnement. Pour choisir librement un statut, il faut non seulement être informé, mais aussi avoir la capacité de négocier en vue d'une conciliation d'intérêts.

Plus concrètement, les partenaires doivent parfaitement comprendre les effets juridiques associés à chaque statut et à chaque contrat de droit patrimonial. Cela est loin d'être acquis pour une majorité de la population. Les partisans de l'autonomie de la volonté et du respect du choix du statut insistent – à raison – sur la nécessité d'une information de qualité pour le citoyen. En droit belge, l'interlocuteur privilégié apte à remplir cette mission est le notaire.

Cependant, que doit contenir cette information lorsqu'on l'analyse sous le prisme du genre ? En principe, le notaire ou tout auxiliaire appelé à informer le citoyen doit d'abord conseiller les partenaires sur l'opportunité du choix d'un statut (mariage, cohabitation légale, cohabitation de fait), et ensuite proposer des aménagements au statut qui, en fonction de chaque configuration particulière, anticipent les préjudices économiques éventuels pouvant découler de la vie commune.

Or l'étude empirique démontre que ces deux éléments font défaut.

Sur le *choix du statut*, le rôle des notaires est nécessairement limité. En effet, pour les consultations dédiées aux effets patrimoniaux de la vie conjugale, les notaires rencontrent essentiellement des futurs mariés et n'ont dès lors pas, ou rarement, l'occasion de dispenser une information circonstanciée aux couples qui optent pour la cohabitation légale ou de fait. Par ailleurs, les cohabitants légaux ou de fait qui consultent les notaires, par exemple dans le cadre d'une acquisition immobilière, les interrogent rarement sur l'opportunité de maintenir ou modifier leur statut. Surtout, à ce moment il est parfois trop tard pour faire changer le couple de statut, car le patrimoine étant en voie de constitution, les rapports «de force» peuvent se modifier et empêcher la négociation d'un statut plus favorable au conjoint devenu économiquement plus faible.

Sur les *aménagements des statuts*, l'étude révèle que les notaires ont tendance à privilégier la sécurité juridique plutôt que la protection contre les aléas futurs et l'équité. Cet *a priori*, explicable par les missions de la profession notariale, est problématique: majoritairement, les couples mariés qui signent une convention matrimoniale adoptent le régime de la séparation de biens et ce statut n'est pas aménagé. Non corrigée par des clauses visant à rencontrer les aléas patrimoniaux de la vie de couple, ce régime réduit significativement la protection du partenaire économiquement plus faible. L'étude empirique démontre que les mécanismes correcteurs, par exemple la participation aux acquêts ou le correctif judiciaire en équité, sont rarement intégrés dans les conventions matrimoniales et pâtissent d'une image négative.

392. Notre étude empirique s'est également penchée sur l'efficacité, sur le terrain, des mécanismes légaux et jurisprudentiels de transmission, constitution et répartition du capital familial. Il fallait vérifier, comme l'ont fait en France C. Bessière et S. Gollac, si les effets de ces mécanismes formellement neutres sur le plan du genre bénéficient tant aux femmes qu'aux hommes.

Deux exemples particulièrement frappants prouvent que ce n'est malheureusement pas le cas.

À titre de premier exemple, la *liquidation-partage* du patrimoine d'un couple après séparation ou d'une famille après succession, dont le but est de faire les comptes et de partager les biens qui sont en indivision, devrait avoir pour effet de répartir équitablement et également les richesses produites par le couple et d'indemniser les transferts de capitaux disproportionnés ou non justifiables.

L'étude empirique montre néanmoins que, dans de nombreux cas, l'issue de la liquidation-partage est influencée par les rapports de force économiques entre partenaires, lesquels comportent une importante dimension de genre. De plus, ces rapports de force trouvent en partie leur origine dans les événements patrimoniaux qui se sont produits durant la vie commune, et ont pu s'aggraver précisément en raison de l'absence de protection juridique liée au statut du couple.

Un second exemple concerne la *protection alimentaire*. Le droit pour une femme mariée divorcée d'obtenir un secours alimentaire durant l'instance en divorce et une pension alimentaire après la rupture présente un enjeu majeur car il permet de redistribuer les revenus entre partenaires après la vie commune. Cette protection est générée au profit des femmes.

L'étude empirique prouve que la mise en œuvre de la protection alimentaire est trop lente, complexe, onéreuse et incertaine. Les professionnels du droit impliqués – avocat et magistrats – exposent une multitude d'obstacles générés, au détriment des femmes, dont une partie est d'ordre émotionnel, une autre d'ordre financier, une troisième liée aux stratégies mises en place par les hommes débiteurs potentiels.

L'étude rejoint donc le constat principal fait en France par les sociologues Bessière et Gollac en France: la mise en œuvre de règles de droit formellement protectrices et égalitaires peut être inégalitaire, et, par-là, accroître l'écart patrimonial.

393. Les auteurs de l'étude font les **recommandations** d'amélioration des règles de constitution, transmission et répartition du patrimoine familial suivantes, sur les bases combinées des résultats de l'étude empirique et de l'analyse juridique.

Celles-ci s'inspirent également pour partie de propositions d'amélioration des règles et pratiques de transmission du patrimoine familial déjà formulées par les auteurs de cette étude et différents autres auteurs du monde académique

ou acteurs du monde politique ou encore du secteur associatif lié aux problématiques étudiées.

Certaines recommandations ont une portée large et tendent à offrir aux statuts de couple sans protection, une protection inspirée de celle liée au mariage. Ce thème fait l'objet d'une résistance conceptuelle et politique. Nous pensons que cette résistance pourrait être questionnée au vu des résultats de l'étude empirique, qui objective les conséquences pour les femmes et leur ressenti, à la rupture, lorsqu'elles prennent conscience de l'absence de protection.

D'autres recommandations découlent du constat que, même quand il y a une protection, celle-ci peut être mise en œuvre de manière genrée. Ces recommandations plus ponctuelles visent à modifier certaines règles de protection pour renforcer la position des partenaires dans la négociation et la conclusion de contrats plus protecteurs. Elles agissent sur les procédures ou les obligations des professionnels du droit.

394. Les recommandations sont livrées aux commanditaires de l'étude sans préférence ni ordre de priorité. Elles sont susceptibles d'affinement quant à leur domaine d'application. Elles ne contiennent pas, à ce stade, d'élaboration légistique ni d'avis sur leur cohérence interne, car il est prématuré de s'interroger sur ces questions techniques sans savoir si des recommandations rencontrent l'adhésion des acteurs et instances chargés de leur mise en œuvre.

395. Les recommandations participent à un objectif commun jugé légitime par les auteurs de l'étude au vu de ses résultats : *accentuer légalement la solidarité inhérente à toutes les relations de couple, et diminuer les conséquences potentiellement préjudiciables de la liberté de choix des statuts et du contenu des contrats de droit des familles.*

Les auteurs se fondent sur l'idée qu'un couple est aussi une association économique entre deux personnes, unies par une relation affective durable, au sein de laquelle s'exercent divers rapports humains d'amour, d'entraide, de force.

Le droit doit, de l'avis des auteurs, pouvoir compenser le différentiel de revenus et de capital qui s'installe pendant ou s'accroît en raison de la vie commune et qui préjudicie le partenaire économiquement plus faible, généralement les femmes.

396. Une question va inévitablement se poser à l'endroit de ces recommandations : l'autonomie et l'indépendance des partenaires seront-elles diminuées ?

La plupart des recommandations exposées ci-dessous sont « *opting out* », c'est-à-dire applicables sauf si les partenaires concluent une convention contraire, avec un consentement éclairé et renforcé. La liberté de choix est ainsi préservée, et s'exerce même de manière plus vertueuse : un partenaire ou un membre d'une

famille qui souhaite exclure une protection légale formellement égalitaire doit en exprimer la demande, formaliser son accord, et être aidé et encadré par des professionnels du droit.

Les auteurs estiment qu'il faut fixer des limites aux tendances à la contractualisation et à la déformalisation rencontrées en droit des familles et de leur patrimoine. Les résultats de cette étude et d'autres révèlent une recherche d'un nouvel équilibre entre l'autonomie de la volonté de l'individu, d'une part, et la protection de la solidarité au sein des familles par le droit, d'autre part.

397. Enfin, plusieurs recommandations renforcent le pouvoir d'appréciation judiciaire en équité même si la tendance est à la déjudiciarisation. Elles sont justifiées par la difficulté d'un droit légal de saisir la diversité des situations de couple ou de familles, et l'importance de solutions sur mesure dans les domaines qui touchent à l'être en même temps qu'à son avoir.

SECTION 1. RÈGLES DE DROIT CIVIL

R/A-1 DÉFINIR LÉGALEMENT LA COHABITATION LÉGALE COMME UN STATUT DE COUPLE

398. En droit, la cohabitation légale est un statut hybride, ouvert à d'autres familles et à d'autres formes de vie commune que les couples. On peut actuellement conclure une cohabitation légale entre mère et fils. Cela se fait très rarement, et surtout pour des motifs fiscaux ou successoraux.

Cette situation hybride justifie selon certains auteurs et selon la Cour constitutionnelle, que des différences de traitement avec le mariage doivent être maintenues (ex. absence de pension alimentaire), alors même que, dans les faits, la cohabitation légale est quasi exclusivement choisie par des partenaires affectifs, notamment parce qu'ils croient qu'elle est presque un mariage.

Il est recommandé de clarifier juridiquement le statut de la cohabitation légale, en excluant qu'il soit ouvert aux membres d'une même famille, et en le réservant, sous cette dénomination et pour l'avenir, aux relations de couple.

Cela n'exclut pas que le législateur maintienne, sous une autre dénomination, la possibilité pour deux membres d'une famille de souscrire à un partenariat juridique.

Des règles de droit transitoire assureront le maintien des effets des anciennes cohabitations légales, y compris les cohabitations légales « en famille ».

399. La distorsion entre la réalité juridique de la cohabitation légale et sa perception comme un statut de couple, et même un statut très protecteur, a des effets pervers, pas seulement dans les familles, mais aussi dans leur rapport à l'État.

Les cohabitants légaux, comme le démontre l'étude empirique, sont surpris d'apprendre qu'ils ne sont pas protégés sur le plan du droit civil (sauf par un usufruit sur le logement familial). En raison de l'absence de protection (attendue par les citoyens) l'État est obligé d'intervenir dans des situations d'insécurité patrimoniale et alimentaire pour le partenaire économiquement plus faible.

Le statut juridique de la cohabitation légale doit dès lors être revu et mis en phase avec la perception des citoyens quant à son contenu et son degré de protection. On recommandera comme protection l'instauration d'une participation aux acquêts en valeur, d'une allocation alimentaire après rupture et d'un droit successoral élargi, réservataire ou non (*infra*, R/A-11, n° 415).

R/A-2 DÉFINIR LÉGALEMENT LA COHABITATION DE FAIT, EN INSTAURANT UNE OBLIGATION DE CONTRIBUTION AUX CHARGES DU MÉNAGE

400. Une définition légale de la cohabitation de fait est difficile à réaliser en droit, car il faut concilier la liberté que revendiquent les personnes qui n'optent ni pour le mariage, ni pour la cohabitation légale, et la solidarité nécessaire dans tout couple qui développe une économie propre.

Cela n'est pas impossible. Le droit français l'a fait. En Belgique plusieurs dispositions de droit civil caractérisent les cohabitants de fait. L'article 301, § 10, alinéa 3, de l'ancien Code civil permet au juge de mettre fin à la pension lorsque le bénéficiaire « vit maritalement avec une autre personne ». L'article 343, § 1, b, de l'ancien Code civil relatif à l'adoption, définit les cohabitants de fait comme « deux personnes qui vivent ensemble de façon permanente et affective depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption, pour autant qu'elles ne soient pas unies par un lien de parenté ».

Définir la cohabitation de fait permettrait d'y assortir une protection minimale, de délimiter le champ temporel de cette protection (par exemple de la naissance à la rupture, voire ultérieurement), et d'exclure de cette protection les relations affectives sans économie propre (relations épisodiques, etc.).

401. Quels que soient les critères retenus pour prouver l'existence d'une cohabitation de fait, il est recommandé d'y intégrer une obligation de contribution aux charges du ménage, inspirée des articles 221 et 1477, § 3, de l'ancien Code civil.

Il n'est pas recommandé par les auteurs d'y assortir une pension alimentaire après rupture, si les cohabitants légaux bénéficient, à l'avenir d'une protection alimentaire (*supra*, R/A-1, n° 398). Une différence entre cohabitation de fait et cohabitation légale demeure justifiée si la cohabitation légale se recentre sur les couples et est dotée d'une protection nouvelle.

R/A-3 DONNER UNE BASE LÉGALE D'ÉVALUATION JUDICIAIRE DE LA VALEUR ÉCONOMIQUE DU TRAVAIL AU FOYER

402. Il est recommandé de permettre aux partenaires ou au juge d'évaluer la valeur économique du travail au foyer en cas de litige dans une liquidation-partage (p. ex. un partenaire entend récupérer un financement d'immeuble alors que son conjoint a consacré son temps et son salaire [inférieur] au foyer et aux dépenses domestiques).

La loi pourrait et devrait donner une base légale et des critères *minima* d'évaluation du travail au foyer non rémunéré (nature substantielle ou non, proportion éventuellement supérieure au travail au foyer de l'autre partenaire, décision d'investissement au foyer acceptée ou non par l'autre conjoint...).

Cette évaluation doit être facilitée à la demande du conjoint qui s'estime appauvri par une telle activité, soit qu'il ait subi un manque à gagner salarial, soit qu'il ait vu l'autre partenaire investir ses revenus dans des biens à son nom propre.

L'évaluation devrait pouvoir s'établir sur la base d'un dossier de pièces simplifié ou au moyen de présomptions, pour éviter l'entrave que constitue la charge de la preuve dans un contexte d'efforts ou de dépenses non durables ou traçables.

L'article 2.3.22, 4^o, du Code civil consacre déjà dans le Code civil le principe d'une valeur économique du travail au foyer via l'indemnisation d'un dommage corporel d'une personne mariée. L'article 221 de l'ancien Code civil, relatif aux charges du mariage, et l'article 1477, § 3, de l'ancien Code civil, son équivalent pour la cohabitation légale, pourraient contenir l'ancrage législatif de cette possibilité d'évaluation.

R/A-4 DONNER UNE BASE LÉGALE D'ÉVALUATION JUDICIAIRE DE LA VALEUR ÉCONOMIQUE D'UNE COLLABORATION PROFESSIONNELLE GRATUITE

403. Il est recommandé de permettre aux parties ou au juge d'évaluer la valeur économique d'une collaboration professionnelle gratuite en cas de litige à ce sujet dans une liquidation-partage (p. ex. un partenaire entend récupérer son financement d'un immeuble professionnel alors que son conjoint a collaboré gratuitement à sa profession).

La loi pourrait et devrait donner une base légale et des critères *minima* d'évaluation de la collaboration professionnelle gratuite (nature substantielle, travail professionnel au profit au moins partiel du conjoint ou de sa structure professionnelle...).

L'évaluation devrait pouvoir s'établir sur la base d'un dossier de pièces simplifié ou au moyen de présomptions, pour éviter l'entrave que constitue la charge de la preuve dans un contexte d'efforts ou de dépenses non durables ou traçables.

La jurisprudence consacre le principe d'une valeur économique d'une collaboration professionnelle gratuite, mais diverge sur les directives d'évaluation, hésite entre fonder l'évaluation sur le salaire non perçu ou l'enrichissement du bénéficiaire de la collaboration. L'article 221 de l'ancien Code civil (relatif aux charges du mariage), et l'article 1477, § 3, de l'ancien Code civil (son équivalent pour la cohabitation légale), pourraient contenir l'ancrage législatif de cette possibilité d'évaluation.

R/A-5 ABROGER LA RÉVOCABILITÉ DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX

404. Révoquer une donation entre époux est possible, mais les citoyens l'ignorent et sont surpris quand cela se produit.

Cette règle obsolète était genrée dès son origine : protéger les hommes mariés contre l'abus possible de leur générosité.

L'étude empirique montre que des stratégies autour des révocations sont toujours pratiquées dans les liquidations contentieuses après divorce. Les donations révocables sont également utilisées comme technique d'optimisation fiscale. Elles sont alors ressenties comme précaires par leur bénéficiaire, majoritairement la femme.

Il est recommandé d'abroger cette règle, comme l'a fait le législateur français. Les donations entre cohabitants légaux ou entre cohabitants de fait ne sont pas révocables.

405. Une exception peut être faite en cas de consentement spécial et informé par un notaire ou un avocat (*opting out*).

R/A-6 DONNER UNE BASE LÉGALE À L'INDEMNITÉ D'OCCUPATION ET SA MODÉRATION PAR LE JUGE

406. L'indemnité d'occupation d'un immeuble indivis en cas de séparation est le loyer fictif que l'occupant doit payer, parfois plusieurs années plus tard au moment de partager le patrimoine du couple. L'occupant est souvent la femme, qui est parfois obligée de rester dans la maison faute de moyens pour se reloger.

Cette indemnité devrait recevoir une base légale dans le droit commun de l'indivision, afin de dissiper les multiples controverses (sur son point de

départ, sur sa déduction en cas de départ du logement, sur sa possible nature alimentaire...).

Il faudrait aussi une disposition obligeant les professionnels à en fixer les termes et montants dès le début de la procédure de séparation, pour éviter les surprises liées à l'accumulation de ce « loyer ».

Il est enfin recommandé de donner un pouvoir de modération en équité au notaire liquidateur et au juge vu le fort impact de l'indemnité d'occupation sur les comptes en liquidation, et vu la dimension de genre qui est présente.

Des conditions peuvent encadrer ce pouvoir (p. ex. : présence d'enfant, durée exceptionnellement longue de l'occupation).

R/A-7 ABROGER LA REVALORISATION DES RÉCOMPENSES ET DES CRÉANCES D'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

407. Les récompenses revalorisables en cas d'investissement immobilier en régime de communauté peuvent impacter fortement les comptes en liquidation, ou la négociation d'une reprise d'un immeuble. En effet, puisqu'un ex-époux a le droit de récupérer l'héritage qu'il/elle a investi dans l'achat ou la rénovation du logement, il/elle aura des facilités à reprendre la maison lors du partage. Ces facilités sont accrues par le fait que, selon la loi, cette récompense suit l'évolution de la valeur de la maison.

L'impact de la réévaluation des récompenses selon l'évolution de la valeur des immeubles concernés est cependant genré, au détriment des femmes économiquement plus faibles, car ce sont moins souvent elles que les hommes qui investissent du capital dans le bien du partenaire ou dans le bien commun.

Les récompenses sont également un paramètre déterminant la capacité financière à obtenir une attribution préférentielle du logement de la famille, une institution qui est aussi sensible au genre.

Les créances d'enrichissement sans cause en régime de séparation de biens étaient également revalorisables lorsqu'elles avaient pour objet un investissement immobilier, mais cela fut récemment abrogé par la Cour de cassation.

Il peut être recommandé d'instaurer une revalorisation monétaire de ces créances (indexation, intérêt), le cas échéant plafonnée en cas de longue durée entre le fait générateur et l'exigibilité.

408. Une exception doit être faite en cas de consentement spécial et informé par un notaire ou un avocat (*opting out*).

R/A-8 EXCLURE LE DROIT À RÉCOMPENSE POUR INVESTISSEMENT DE CAPITAL DANS LE TRAIN DE VIE DU COUPLE

409. La loi octroie des récompenses (non revalorisables) pour investissement de capitaux propres dans le train de vie du couple (p. ex. : un voyage est financé par un héritage, et le partenaire entend récupérer celui-ci à la liquidation). Elles peuvent impacter fortement les comptes de liquidation ou biaiser la négociation d'une reprise d'un immeuble.

Cet impact est généré, au détriment des femmes économiquement plus faibles (qui n'investissent pas du capital familial dans le train de vie du couple). Ces récompenses sont également un paramètre déterminant la capacité financière à obtenir une attribution préférentielle du logement de la famille, une institution qui est aussi sensible au genre.

Reprenant une proposition de H. Casman lors de la conception de la loi du 22 juillet 2018, il est recommandé d'exclure la récompense au patrimoine propre si le capital propre a financé des charges du mariage. L'appréciation notariale et judiciaire du périmètre des charges du mariage est déterminante.

410. Une exception doit être faite en cas de consentement spécial et informé par un notaire ou un avocat (*opting out*).

R/A-9 PRENDRE EN CONSIDÉRATION DES ANNÉES DE VIE MARIATALE PRÉCÉDANT LE MARIAGE POUR LE CALCUL DE LA DURÉE DE LA PENSION ALIMENTAIRE

411. Les pensions alimentaires sont limitées à la durée du mariage. Or de plus en plus de couples viennent ensemble longtemps avant de se marier. Il est recommandé d'ajouter les années de vie maritale précédant le mariage aux années de mariage dans le calcul de la durée maximale d'une pension alimentaire après divorce. Les renonciations en termes de carrière professionnelle, générées, et les confusions de biens ou d'économies, peuvent en effet intervenir dès le début de la vie maritale.

Fixer le point de départ de cette vie maritale est difficile si les partenaires débutent leur vie commune en cohabitation de fait, mais non impossible (*supra*, R/A-2, n° 400).

412. Une recommandation moins ambitieuse, mais plus sécurisante, est de prendre en compte seulement les années de vie commune sous statut de cohabitation légale. Elle est empiriquement pertinente car un grand nombre de

cohabitants légaux finissent par se marier, et la durée moyenne de la cohabitation légale est de 5,7 ans.

R/A-10 TRANSFORMER LE CORRECTIF JUDICIAIRE EN ÉQUITÉ EN PROTECTION LÉGALE « *OPTING OUT* »

413. L'étude empirique montre que les praticiens conseillent très rarement d'insérer dans un contrat de séparation de biens la clause de correction judiciaire en équité (art. 2.3.81 C. civ.). Le correctif en équité est souvent déconseillé par les notaires et extrêmement peu souscrit. Cela se produit au détriment des femmes.

Une contrainte provenant de la loi sera mieux acceptée par la pratique professionnelle, qui se montre mal à l'aise face à la nécessité de prévoir dans le contrat de mariage une institution dont l'effet est précisément de modifier la portée du contrat de séparation de biens pure et simple.

414. Des amendements au fonctionnement actuel du correctif en équité peuvent être faits pour en simplifier l'application par le notaire liquidateur et le juge, en vue d'éviter les sources de contestation et revaloriser l'institution.

R/A-11 METTRE EN PLACE UN CORRECTIF EN ÉQUITÉ ET UNE PENSION ALIMENTAIRE EN CAS DE RUPTURE POUR LES COHABITANTS LÉGAUX, « *OPTING OUT* »

415. Empiriquement, la cohabitation légale est un statut de couple (*supra*, R/A-1, n° 398). Or des partenaires en couple doivent bénéficier d'une forme minimale de solidarité. On peut envisager cette solidarité sous deux angles différents, néanmoins liés (tout comme en mariage, la pension alimentaire après divorce est liée à la liquidation du patrimoine – art. 301, § 7, anc. C. civ.):

1. Un secours alimentaire sous forme de versement mensuel pendant les moments de crise.
2. Un partage en valeur des acquêts du couple, 50/50 ou sous forme de correctif judiciaire en équité inspiré de l'article 2.3.81 du Code civil, avec son plafond au 1/3 (66/33). Pour fonctionner efficacement, un tel correctif doit être légal et *opting out*. Sa mise en œuvre repose sur le notaire liquidateur, puis sur le juge.
3. Une obligation alimentaire en cas de rupture (revenus), inspirée de la pension après divorce entre ex-époux (art. 301 anc. C. civ.). Une dégradation économique significative peut intervenir dès le début de la vie maritale ou à cause de la vie maritale, quel que soit le statut du couple.

Le partage des acquêts, la pension et le secours alimentaires peuvent se concevoir *opting out*. Les cohabitants doivent pouvoir y renoncer durant la cohabitation en exprimant un consentement renforcé.

R/A-12 RÉFORMER LA VOCATION SUCCESSORALE EN USUFRUIT DU CONJOINT SURVIVANT EN PRÉSENCE D'ENFANTS

416. L'étude fait apparaître que l'usufruit du conjoint survivant n'a plus l'efficacité souhaitée par le législateur de 1981 (chute des rendements financiers, coût de l'entretien d'un immeuble, allongement de l'espérance de vie, coût de la vie âgée, rapports familiaux plus aléatoires).

Réformer les droits successoraux du conjoint survivant est politiquement sensible et généré puisque les conjoints survivants sont en majorité des femmes. Néanmoins, il est recommandé d'ouvrir la discussion sur l'opportunité de maintenir certaines règles, sur la lourdeur de certaines procédures (conversion d'usufruit) et sur l'incohérence des tables de valorisation de l'usufruit (distorsion civile/fiscale, p. ex.).

417. Une option à retenir est d'accorder une part successorale en pleine propriété au conjoint survivant, à son choix, sans l'obliger à passer par une procédure notariale et judiciaire de conversion d'usufruit.

Une vocation en pleine propriété en présence d'enfants clarifierait les rapports familiaux et les négociations qui souvent affectées de biais de genre. Cela permettrait aux conjoints âgés d'obtenir une sécurité patrimoniale qui actuellement n'est pas rencontrée par la valorisation de l'usufruit selon les tables statistiques applicables. Cela permettrait d'éviter au conjoint survivant de demander une conversion judiciaire de l'usufruit contre les enfants.

Les pays étrangers proches présentent deux systèmes plus ouverts à la succession en pleine propriété qui s'avèrent tous deux plus protecteurs des femmes (Pays-Bas: totalité en propriété contre créance à terme au profit des enfants; France: choix $\frac{1}{4}$ PP ou totalité en usufruit, non réservataire).

Nous proposons d'offrir un choix au conjoint survivant: une vocation successorale de $\frac{1}{4}$ en pleine propriété ou de la totalité de la succession en usufruit. Le choix doit être assorti de modalités d'exercice.

418. Une variante peut être proposée en présence d'enfants d'unions différentes. La vocation successorale en propriété peut être réservataire ou ne pas l'être, car il est important de respecter la volonté du couple sur le plan successoral.

R/A-13 RÉFORMER LA CONVERSION ET LA VALORISATION DE L'USUFRUIT DU CONJOINT SURVIVANT

419. La procédure de conversion d'usufruit est trop complexe et peut être affectée de biais de genre ou semée d'entraves. La proposition ci-dessus de doter le conjoint de $\frac{1}{4}$ en propriété peut diminuer fortement ce contentieux.

Sinon une réforme des méthodes de valorisation de l'usufruit est indispensable pour rendre la procédure plus accessible et encourager des conjoints survivants à l'entamer si leurs besoins le justifient.

SECTION 2. PRATIQUES NOTARIALES

R/A-14 POUVOIR RÉSILIER LE CONTRAT DE MARIAGE OU LA CONVENTION DE COHABITATION LÉGALE

420. Il est recommandé de repenser le principe de la force obligatoire du contrat de mariage sans limites de temps, jusqu'à la rupture du couple. Un partenaire devenu économiquement faible en raison d'un changement de circonstances devrait avoir un droit de résilier un contrat de séparation de biens pour retrouver la protection patrimoniale liée au régime de communauté. En régime de communauté, la loi permet d'ailleurs à chaque époux de demander au juge de passer en séparation de biens si le conjoint fait de mauvaises affaires ou gère mal la communauté. Il n'est pas logique que l'inverse ne soit pas prévu.

Un contrat de séparation de biens contient une renonciation à une protection légale formellement égalitaire. L'étude empirique montre que de telles renonciations sont générées au détriment des femmes. La force obligatoire du contrat sans possibilités de résiliation n'est pas la règle pour d'autres conventions qui engagent les parties sur le long terme (contrat de travail, contrat de bail...). Il est donc recommandé d'instaurer un droit de résiliation des conventions portant renonciation à la communauté légale ou au régime protecteur recommandé pour la cohabitation légale (*supra*, R/A-11, n° 415), et d'en régler les formes, termes et délais.

Ce droit pourrait être « *opting out* » moyennant consentement renforcé (*infra*, R/A-16, n° 424).

421. Il convient d'organiser l'opposabilité aux tiers d'un tel système, sachant qu'il existe des hypothèses où les tiers peuvent considérer des époux mariés en communauté alors qu'ils ne le sont plus.

R/A-15 DEVOIR RENOUVELER TOUS LES CINQ OU DIX ANS LE CONTRAT DE MARIAGE OU LA CONVENTION DE COHABITATION LÉGALE

422. Il est recommandé de modifier, sans la remettre en question, la logique du principe de la convention-loi en droit patrimonial des couples. Un contrat de mariage ou une convention de cohabitation légale pourraient être assortis d'un délai légal de caducité, c'est-à-dire expirer de plein droit après une durée définie par la loi, par exemple cinq ou dix ans. La protection du régime légal du mariage ou de la cohabitation légale (*supra*, R/A-11, n° 415), empiriquement favorable aux femmes, reprendrait vigueur.

Un système pour prévenir les parties de l'échéance du contrat est concevable dans l'organisation de la fonction notariale. La possibilité de conclure un nouveau contrat selon les mêmes modalités pourrait être facilitée, ou une possibilité de prolonger celui-ci avant l'expiration devrait être prévue.

423. La temporalité de la durée de validité et ses conséquences pourraient s'appliquer à une clause *Valkeniers*, avec des nuances car les enfants d'un époux y sont indirectement parties.

R/A-16 ACCROÎTRE LE FORMALISME NOTARIAL POUR TOUTE RENONCIATION À UNE PROTECTION LÉGALE FORMELLEMENT ÉGALITAIRE

424. Partant du principe que les pactes successoraux sont soumis à un formalisme notarial lourd en raison des renonciations possibles (deux réunions, délai de réflexion, présence de tous les intervenants, conseils individuels séparés...), il est logique de soumettre au même formalisme toute renonciation à une protection de droit patrimonial des familles formellement égalitaire. L'étude empirique révèle que de telles renonciations sont genrées au détriment des femmes.

Une telle procédure a plusieurs utilités: permettre une diffusion optimale de l'information préalable au consentement; permettre aux partenaires de consulter des conseils séparément (avocat ou notaire); attirer l'attention des deux partenaires sur la gravité de leur engagement.

- La *clause Valkeniers* de renonciation aux droits successoraux par le conjoint survivant y est déjà soumise, mais plusieurs notaires disent le regretter.
- Le *contrat de mariage dérogeant au régime légal* devrait y être soumis car la protection par la communauté est équivalente pour les femmes à la protection par le droit successoral. Le constat empirique que le mariage ou la cérémonie seront proches et que cette procédure n'aurait pas le temps de se déployer

avant le mariage n'est pas un obstacle. Il est en effet possible de conclure un contrat (modificatif) de séparation de biens après le mariage. C'est même préférable dans une perspective de genre, car les époux se marient d'abord en régime de communauté, ce qui renforce la position de négociation du partenaire qui aurait moins intérêt à la séparation de biens.

- Les *partages transactionnels*, qui sont, par essence, porteurs de renonciations (concessions).
- Les renonciations à ou conventions sur la *pension alimentaire* entre ex-époux devraient obéir au même formalisme (dans les pays anglo-américains le *prenup* est soumis à un formalisme légal et déontologique – il faut un notaire et deux avocats indépendants).

Des variantes sont possibles: obligation d'organiser deux réunions séparées de quinze jours, une pratique empiriquement vérifiée; obligation de consulter un autre professionnel (art. 9 L. Ventôse).

425. Il convient d'ajuster cette recommandation à celle de résiliation ou de renouvellement régulier de telles conventions (*supra*, R/A-15, n° 422).

SECTION 3. PRATIQUES JUDICIAIRES

R/A-17 IMPOSER DE MOTIVER LE CONTENU DES ACCORDS DE PARTAGE HOMOLOGUÉS PAR UN JUGE OU ACTÉS PAR UN NOTAIRE

426. Les corps professionnels, dans leur ensemble, ont tendance à se retrancher derrière l'autonomie de la volonté face à des accords patrimoniaux. Cela a un effet genré car les femmes sont plus enclines à certains types de concessions (p. ex. : renonciations à des pensions alimentaires), non nécessairement lisibles au vu de la convention amiable.

De même que tout accord relatif aux contributions alimentaires doit être motivé quant à l'application des règles légales de calcul de leur montant (art. 1321 C. jud.), toute convention patrimoniale devrait contenir une motivation de la détermination de ses composantes (estimation des biens, formation des lots, valeur des soultes).

Le juge ou le notaire liquidateur seraient dans l'obligation de contrôler la présence de cette motivation et marginalement son contenu. Le notaire ne pourrait acter un accord dont les mobiles sont contraires à l'ordre public.

427. Une variante: à l'instar des *prenup* de *Common law*, les motivations du calcul ou de la détermination des composantes d'un accord seront certifiées par un second professionnel.

R/A-18 REVALORISER LA PRÉSENCE DES PROFESSIONNELS DU DROIT DANS LES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES CONFLITS

428. Les magistrats, les avocats et les notaires ont une autorité sur les citoyens. Encore plus quand la loi les investit d'un rôle dans une procédure pouvant le cas échéant aboutir à un accord (médiation, liquidation-partage amiable, comparution personnelle en procédure de divorce, C.R.A...).

Il est recommandé d'être attentif à la communication grand public autour de ces procédés, pour que l'autorité du professionnel puisse avoir encore plus d'effets, au bénéfice de toutes les parties, lorsqu'il participe à la construction d'une solution amiable.

R/A-19 INSTAURER LE CADRE LÉGAL OU PROCÉDURAL D'UNE AVANCE SUR PROVISION OU PENSION ALIMENTAIRE LIMITÉE À UNE DURÉE DÉTERMINÉE

429. Il est recommandé de permettre au conjoint qui sera créancier alimentaire, généralement la femme, d'obtenir en référé, voire en extrême urgence, une provision sur toute créance alimentaire.

Il est utile d'imposer un délai bref d'exercice de ce droit, et de limiter la durée ou le montant de cette provision, par exemple à 1/3 des revenus connus ou présumés du débiteur, bénéfice de sociétés inclus. Il y aurait une inversion du processus contentieux et de la position procédurale des parties, avec un effet genré positif pour les femmes.

R/A-20 AIDE JURIDIQUE ET VALEUR DU POINT *PRO DEO*

430. Le seuil d'accès à l'aide juridique, revalorisé, permet à plus de femmes que par le passé d'avoir une défense en justice. Mais cette défense reste contrainte par ce contexte financier, comme l'expriment les avocats avec franchise en ce qui concerne leur intérêt financier personnel: il est plus intéressant financièrement de défendre l'économiquement fort que l'économiquement faible.

Les femmes de classe moyenne ont un seuil d'accès beaucoup trop élevé au conseil juridique, supérieur à celui des hommes ayant un revenu meilleur. Les constats empiriques confirment le préjudice d'inégalité d'armes et de conseil au détriment des femmes.

Il est recommandé de revaloriser l'aide juridique dans le cadre de la négociation amiable d'accords après séparation, de médiation familiale ou de demande de secours ou de pension alimentaire.

R/A-21 OUVRIR L'ACCÈS AU TRIBUNAL DE LA FAMILLE POUR TOUS LES COUPLES.

431. L'absence de compétence du tribunal de la famille pour les litiges autour de la séparation d'un couple non marié, sauf connexité avec des litiges relatifs aux enfants ou une sortie d'indivision, est totalement illisible pour le citoyen. Il en résulte des frais et des surprises de procédure. Le poids des procédures se révèle plus lourd pour les femmes que sur les hommes.

ANNEXE 1

TRADUCTION DES CITATIONS EN NÉERLANDAIS

432. «Et en fait, je le dis aussi aux gens, que pour les droits de pension, il faut absolument se marier. Et j'ai remarqué, toujours pendant la période corona, que j'ai eu quelques couples qui sont venus chez moi en disant : "Notaire, nous allons nous marier pour la pension." Donc, c'est aussi un élément important. »

433. «C'est quelque chose qui doit changer. »

«Le citoyen et nos clients sont souvent surpris de ne pas bénéficier de la même protection que les personnes mariées. Ils ne comprennent souvent pas sur quels critères cette distinction est faite. Ils assimilent donc souvent la cohabitation légale au mariage. Comme ils sont nombreux aujourd'hui à choisir la cohabitation légale plutôt que le mariage, on pourrait, à notre avis, assimiler les droits en cas de rupture des cohabitants légaux après x années (cohabitation légale durable) à ceux des personnes mariées, sauf s'ils choisissent délibérément de ne pas le faire. »

434. «On voit très souvent que les gens choisissent délibérément de "simplement cohabiter" et même qu'ils craignent de cohabiter légalement. Et quand je leur explique: "Vous assumez conjointement les frais du ménage et l'éducation des enfants", pour certains couples, ça va déjà trop loin. Même le fait de remplir ensemble la déclaration fiscale va déjà trop loin pour certains couples. Je pense que nous sommes simplement dans une société où l'on fait de plus en plus les choses en solo. Que les gens...Bon, je ne dirais pas que c'est de l'égoïsme. Mais qu'ils voient tellement d'exemples autour d'eux qu'ils se disent: "On n'a pas besoin de cela. C'est bon ainsi". Ce qu'ils veulent surtout régler, c'est: "Si je meurs, mon partenaire peut avoir quelque chose. Mais si nous nous séparons ? Gardons les choses simples". [...] C'est cette crainte de la séparation et des créances de l'un contre l'autre. »

435. «Mais en effet, beaucoup de gens viennent pour me demander quelles sont les conséquences de la cohabitation légale et ils pensent en fait que les conséquences sont très similaires à celles du mariage, où les partenaires héritent beaucoup plus l'un de l'autre. C'est donc généralement une déception pour eux et

en effet une raison de se marier quand même. Ils disent alors souvent : “On n’est pas pour la fête, etc., mais on va quand même se marier devant la loi – même sans prévenir la famille – pour avoir cette protection”. Mais c’est vrai qu’ils nous ont contactés pour cela, parce qu’il y a beaucoup de gens qui veulent simplement cohabiter légalement, sans se marier. »

436. « Et là, le cohabitant de fait, il n’y avait rien sur papier, et trois jours après le décès de son partenaire, la famille est venue prendre tout le mobilier. Ça a été un choc, oui. »

437. « Ils veulent la liberté. Ils ne veulent pas que tout soit défini pour eux. C’est mon sentiment. Et quand je leur dis : “Écoutez, cet usufruit sur le logement familial, voulez-vous la compléter ?” Les clients que je vois ici sont très conscients du fait qu’ils doivent faire quelque chose pour cela s’ils cohabitent et veulent se transmettre quelque chose. Oui [...] Ce serait vraiment regrettable de le rendre encore plus compliqué. [...] Si j’encourage la cohabitation légale, c’est surtout pour la fiscalité. Parce que généralement, quand les gens achètent une maison ici et qu’ils viennent en discuter, on ne se limite pas seulement à l’usufruit sur le logement familial, mais ça devient la pleine propriété du logement familial, et très souvent tout va à l’autre. Même chez les jeunes couples [...] Donc en fait je le répète. Quand il s’agit d’héritage : le partenaire peut recevoir le plus possible. »

438. « Dans la pratique, je vois quand même que les gens qui viennent chez moi, je crois que 80 à 90 % des contrats de mariage que nous signons aujourd’hui sont des contrats de séparation de biens. [...] Avec ou sans communauté réduite. Mais l’automatisme du partage des revenus ? La plupart des jeunes couples n’en veulent plus. »

439. « Non, en effet, ils ne le disent pas ainsi. Mais ils évoquent le droit à l’autodétermination, à l’autonomie qu’ils veulent conserver sur leurs revenus. »

440. « Très souvent aussi la crainte que ce qu’ils recevront de leurs parents ou ce dont ils hériteront, que ce sera d’une manière ou d’une autre communautarisé. [...] Mais bien sûr, je peux expliquer que ce n’est pas automatiquement ainsi, mais évidemment, s’ils commencent à mélanger ? Oui, cela finit par devenir une grande masse, et les couples ne veulent pas de cela. Donc même si un héritage et une donation leur sont propres, ils ne veulent pas de cela [de ce régime de communauté]. Et c’est quelque chose qui revient très souvent. L’idée que je peux faire ce que je veux de mon salaire. [...] Ils ne disent évidemment pas : “Nous voulons une séparation de biens”, parce que ça sonne un peu négatif. Cela reste vrai : les gens perçoivent cela [ce régime de séparation des biens] comme quelque chose de négatif, mais la majorité des couples veulent vraiment cette autonomie

sur leurs revenus. Ils ne veulent pas que cela devienne automatiquement commun.»

441. «D'après mon expérience, les futurs époux ont souvent une préférence pour le régime de séparation de biens, alors que les futures épouses, surtout après l'explication sur la solidarité "intégrée" propre à ce régime, sont plus enclines à opter pour le régime légal de la communauté.»

«La situation où la femme gagne plus que l'homme est beaucoup moins fréquente. J'ai des femmes médecins dont le mari est enseignant. [...] Je dois faire attention à la manière dont je l'exprime, mais oui, la femme est quand même un peu plus perçue comme étant la plus faible qu'il "faut protéger".»

442. «Parce qu'en général, je fais – pour nuancer un peu – un contrat de séparation de biens. La séparation de biens pure et simple n'est pas très fréquente non plus. C'est très souvent avec une communauté réduite. Et qu'est-ce que j'y inclus ? Le mobilier, les comptes et les investissements aux deux noms. Éventuellement l'immobilier, qu'ils pourraient de toute façon vouloir acheter à l'avenir, aux deux noms. Mais cette idée des revenus, qu'ils peuvent décider eux-mêmes chaque mois (ou une fois par an): "Qu'allons-nous mettre sur le compte commun ?" C'est ce qui convient à de nombreux jeunes couples.»

443. «C'est la clause dans laquelle vous stipulez, au moment du décès ou du divorce, qu'il y aura un partage automatique entre les différences des revenus. Pour protéger la femme qui est au foyer, qui a donc peu de revenus.»

444. «Parce que pour nous, c'est en fait assez complexe. [...] Et c'est ce que je leur dis. Je trouve qu'il est difficile de faire cette participation aux acquêts dans la pratique. [...] Parce que personne ne part de zéro. Donc, il faudrait déjà prendre une photo de "ce que vous avez maintenant", puis une photo à la fin. [...] Je pense que c'est difficile à mettre en pratique.»

«La participation aux acquêts, par exemple, est quelque chose que j'explique souvent. Mais c'est très complexe à expliquer et nous constatons que les gens décrochent en raison de cette complexité. On leur dit: "Voilà, vous avez un régime, mais au final, vous devez créer une sorte de masse de participation avec une créance de participation". Et là, tu les vois déjà se demander... Et ensuite quelqu'un demande: "Et fiscalement, comment ça se passe ?" Oui, et c'est une question à laquelle il est très difficile de répondre [...] si vous avez une certaine créance sur un certain patrimoine, quelles en seront les conséquences.»

445. «S'ils choisissent la séparation de biens, les conjoints ne veulent justement pas de solidarité intégrée dans leur régime, sinon ils choisissent un régime de communauté.»

446. « C'est peut-être aussi parce que je ne suis pas très enthousiaste à l'idée de ces clauses de participation qu'elles ne sont pas souvent incluses. Je devrais peut-être avoir une attitude plus neutre à ce sujet. Mais quand on signe un acte, on se dit déjà très souvent : "Bon, si ça revient sur mon bureau dans dix ans, comment vais-je résoudre ça ?". Et je ne souhaite cette complexité ni à moi-même, ni à un collègue. »

447. « En effet, nous sommes situés en ville, mais indépendamment de cela, je vois beaucoup de femmes qui ont fait des études, mais qui disent quand même à un certain moment, quand nous parlons de contrats de mariage : "Il y aura peut-être un moment où je vais ralentir un peu. Et alors ? Oui, si tu gagnes plus que moi alors ? Comment allons-nous résoudre cela ?" Alors pour moi, la solution c'est la communauté réduite et j'explique : "Bon, alors l'homme devra verser davantage sur le compte commun pendant cette période". Et c'est là que nous abordons quand même cette clause de participation. [...] Et une femme qui a étudié dit alors : "Mmm, c'est intéressant". Donc l'idée de cette clause de participation est intéressante pour les femmes qui sont plus "averties", mais elles finissent souvent par laisser tomber en disant : "Oui, d'accord, je ne peux pas rester à la maison toute ma vie. Ce sera peut-être quelques mois. Ce sera peut-être une période définie. Et notaire, nous pouvons toujours revenir pour modifier notre contrat de mariage". Ce à quoi je réponds : "Oui, mais vous devrez revenir à deux. Ce n'est pas tout seul". »

448. « C'est pourquoi nous nous orientons davantage vers le système de séparation de biens avec une communauté réduite, où nous expliquons : "L'un a un salaire de 1 000, l'autre de 3 000 ; vous décidez de ce que vous y mettez. Bien entendu, vous devez contribuer aux charges du ménage en fonction de vos possibilités". Le législateur voulait bien faire, avec cette clause de participation... mais essayez donc de mettre cela en pratique. Alors, peut-être que j'ai des préjugés, mais je ne vais pas le recommander facilement. [...] Pour moi, la clause de participation est une très belle tentative du législateur, mais très difficile à mettre en pratique. »

449. « Et c'est pourquoi je pense que le patrimoine commun interne adjoint (PCIA) est si important, avec des comptes communs qui appartiennent finalement pour moitié à l'épouse, et je pense aussi que c'est beaucoup plus pratique. Parce que je dis toujours aux gens : "Si, à un moment donné, l'homme – ou la femme – qui gagne plus, cesse de verser de l'argent sur ce compte commun, vous savez ce qu'il en est". Alors le divorce finira par arriver. Cela nécessite donc un engagement actif de chaque conjoint pour verser de l'argent sur ce compte chaque mois. Et les gens comprennent aussi que si à un moment donné, l'un des conjoints cesse de verser de l'argent... Et je conseille aussi aux gens de se mettre autour de la table chaque année pour dire : "Voilà, combien gagnons-nous

chacun aujourd'hui ? Et comment allons-nous faire cela cette année ?" Donc, pour s'impliquer davantage dans les investissements et y réfléchir plus.»

450. «J'ai une clause adaptée quand il s'agit de cette clause de participation, où je dis très clairement : "Voilà, on veut la séparation de biens. On ne veut pas que cela soit soumis à participation". Ils sont conscients qu'ils devront eux-mêmes assurer cette solidarité en versant de l'argent sur un compte commun qui appartient à la communauté. Donc, j'inclus cela aussi dans cette clause pour qu'ils sachent qu'ils devront le faire eux-mêmes s'ils le souhaitent. Je suis convaincu que le notaire a un impact sur ce point.»

451. «Ce droit primaire matrimonial, si j'en parle en disant : "Le législateur a décidé cela", on me répond très souvent : "Pourquoi décident-ils de tout pour nous ? Où est notre autonomie ? Pourquoi faut-il que tout soit formalisé ? Et surtout lorsque j'ai une clientèle étrangère, où ces règles n'existent pas, ils trouvent que notre gouvernement est très contraignant, très infantilisant."»

452. «Ce sont des décisions qui sont rarement prises, et même pas plus tard dans le mariage, parce qu'il est probablement très difficile d'avoir cette discussion à ce moment, quand les choses vont déjà moins bien... Donc, valeur ajoutée ou pas, c'est la théorie. C'est très joli sur papier, mais dans la réalité, eh bien... Mais cela pourrait probablement compenser certaines circonstances un peu moins heureuses. Oui, c'est vrai [...] Il faut se prendre un peu en main, prendre ses propres décisions. Il s'agit de votre avenir. Oui, que voulez-vous ? Voulez-vous l'autonomie ? Voulez-vous la solidarité ? Voulez-vous le meilleur de tout ?»

453. «La plupart des couples maintiennent la correction judiciaire en équité parce que cela conserve la possibilité de le demander quand même devant un tribunal. Il ne s'agit en effet pas d'une participation automatique.»

454. «Il y a peut-être plus d'objections venant du partenaire masculin que de la partenaire féminine.»

«Non. C'est plutôt celui qui gagne le plus (et c'est quand même souvent l'homme) et celui qui gagne le moins (c'est souvent la femme).»

«Celui qui gagne le plus est généralement celui qui y est le plus opposé. Quand on lui explique que cette clause est aussi pour sa protection, parfois cette résistance disparaît (celui qui gagne le plus peut aussi avoir un accident qui lui fait perdre ses revenus).»

455. «Et les gens sont aussi dans un certain état d'esprit. On va se marier. À ce moment-là, on constate peu de pessimisme et en plus, je ne pense pas que nous devons alors pousser les gens à entrer dans ce style de discussion. Donc, on entend souvent : "Nous voulons le régler". Mais ils veulent le régler de manière

positive. Et ce qu'on n'aime pas faire, c'est envisager des scénarios négatifs du genre: "Et si ça se passe mal ?" Et comment pourra-t-on en tirer le meilleur parti.»

456. «Je pense que les cohabitants de fait devraient aussi avoir accès au tribunal de la famille en cas de rupture. Il faut se demander si cet accès devrait s'appliquer à tous les cohabitants de fait (partenaires, amis, frères et sœurs, parents d'enfants majeurs, locataires cohabitants). Pour ma part, cela ne pose aucun problème, mais il ne peut y avoir aucune ambiguïté et les contestations de compétence doivent être évitées autant que possible.»

457. «Oui. En général ils veulent – oui, je parle encore en termes d'homme – l'homme veut bien contribuer pour les enfants, mais pas pour l'épouse. Et je pense que c'est là qu'intervient une pension alimentaire très équitable pour les enfants, ou un régime pour les enfants très équitable.»

458. «De nos jours, ce n'est pas si facile non plus. Avant [...] on l'accordait beaucoup plus facilement qu'aujourd'hui. Parce que les conditions sont devenues plus strictes et que l'état de besoin est plus important. Il faut donc effectivement prouver un état de besoin et c'est quand même souvent difficile, surtout dans le cas d'une pension alimentaire réclamée après le divorce, lorsque le patrimoine a déjà été partagé. Et que vous disposez donc en fait de moyens financiers. Donc surtout si vous êtes marié sous un régime légal, vous avez quand même droit à la moitié du revenu de votre conjoint à la date de la dissolution du mariage. Donc alors c'est une bonne chose. Ils ont alors généralement des moyens financiers. Et le juge sera alors plus enclin à dire: "Oui écoutez, cette pension alimentaire après le divorce, nous n'allons pas l'accorder".»

459. «Il arrive souvent, et je n'ai pas de réponse à cela, que des personnes aient eu une relation pendant une longue période, cohabitent pendant une longue période de fait et légalement, puis se marient et divorcent après trois ans de mariage. Le problème qui se pose alors est que la pension ne peut être accordée que pendant trois ans. Et ils disent alors: "Je suis ensemble depuis 25 ans et j'ai quand même mis ma carrière de côté pendant 25 ans, j'ai élevé les enfants". Cela m'est arrivé plusieurs fois et c'est alors un problème difficile parce que nous ne pouvons, selon mon exemple, prononcer que trois ans. On ne peut pas tenir compte du fait que les gens cohabitent depuis 20 ans... Si cela arrive souvent ? Oui, c'est fréquent.»

460. «Non, non. Ce n'est pas parce que les enfants 50/50... Non. Les contrats que je conclus, ce n'est pas parce que les enfants résident 50/50, que l'homme ne doit pas contribuer plus. Celui qui a le salaire le plus élevé contribue aussi davantage.»

« C'est une question difficile... J'ai souvent des discussions à ce sujet. [...] Et la femme dit : "Non". En fait, vraiment à couteaux tirés, à cause de la question : "Où va résider l'enfant ?". Et elles veulent alors avoir l'enfant plus longtemps, mais aussi que le papa paye plus pour cela. Ou le papa dit : "Oui, mais il peut aussi rester avec moi. Je veux aussi voir l'enfant. Je veux aussi lui préparer à manger le soir". Donc, je trouve que les femmes... C'est un peu le sentiment : "Je dois me défendre et je dois être intransigeante". Mais pour moi, le pendule penche trop du côté de la femme dans de nombreux dossiers qui me viennent à l'esprit. »

461. « Oui, et je parle encore en termes d'homme. Si l'homme veut contribuer pour les enfants, mais pas pour l'épouse, alors je trouve qu'il y a une pension alimentaire très équitable pour les enfants, ou un régime très équitable pour les enfants. C'est aussi parce que j'utilise le calculateur "pareto" [...] Et c'est donc très objectif. Nous entrons les paramètres et le calcul est là. Je ne me risque plus à dire : "Que pensez-vous ? 300 euros ? 200 euros ?" Je ne fais plus cela. Ça ne marche pas ainsi. Les gens veulent quelque chose d'objectif sur la table : un logiciel de calcul. Je le propose, oui. Cela coûte 19 euros par mois. Je demande les paramètres : "Quel est votre salaire ?", "Quelles sont vos dépenses ?", "Avez-vous une voiture ?". Je saisis tout cela et j'ai le calcul. C'est une base. Mais pour beaucoup de gens, c'est équitable : "Si je vois sur papier que l'ordinateur le calcule comme cela, alors c'est juste". »

462. « Oui, dans la plupart des cas, la mère pense à l'intérêt des enfants (tranquillité, maintien du même environnement), il s'avère qu'elle a toujours assumé tous les soucis, alors que le père ne découvre ses devoirs souvent qu'après le divorce. Quand on leur demande pourquoi ils demandent la garde alternée, la réponse a été d'innombrables fois, "Parce que c'est mon droit", sans penser un seul instant au bien-être des enfants. »

463. « Mais en cas de divorce, les femmes ne sont pas faciles. Je ne peux pas dire que cela va persuader une femme de céder une maison à moindre coût à son époux, par exemple. Ou de renoncer à des créances. Non. [...] Je n'ai pas ce sentiment. Dans les divorces que j'ai, je ne peux pas dire que c'est plus l'homme qui reprend la maison que la femme. Je suis en train de réfléchir à certains dossiers et non. Parce que les femmes sont aussi aidées financièrement par les parents. [...] Les dossiers qui me viennent à l'esprit, alors je me dis : "Oui, mais là [...] les parents ont aussi apporté leur aide". [...] Je ne peux honnêtement pas dire que j'ai l'impression que c'est plutôt l'homme qui reprend le logement. Mais ce qui arrive plus souvent, c'est que le logement reste en indivision et que la femme puisse continuer à y habiter avec les enfants jusqu'à un certain âge. »

« Non, plutôt l'inverse, principalement en raison du fait que les enfants mineurs ont leur hébergement principal chez la mère. Le besoin de stabilité

pour les enfants mineurs est un élément important (déterminant) pour plusieurs notaires dans leur décision d'attribution préférentielle.»

464. «Et ils ne veulent pas faire cela avec un expert. Ils parviennent eux-mêmes à une valeur. Les parties décident de la valeur. [...] Si je vois cela, je vais le leur dire aussi. J'invite alors chacun d'entre eux séparément chez moi. C'est mon travail de notaire de veiller à ce que les actes signés soient équilibrés. Et si je vois que quelque chose est manifestement déséquilibré, je le leur signale au moins. Mais très souvent, si c'est manifestement déséquilibré, même si je le dis, les femmes disent : “Ça va quand même se passer ainsi”.»

«Oui, je souligne les conséquences fiscales. Sur l'éventuel déséquilibre économique, je ne me prononcerai pas dans un sens ni dans l'autre, car depuis le début, j'insiste sur le fait qu'il doit y avoir un accord sur tout, et qu'ils doivent trouver cet accord eux-mêmes et en être satisfaits, sinon le DCM n'aura pas lieu.»

465. «Oui, chez les hommes, il s'agit plutôt de la pratique professionnelle et de leur capacité financière à continuer à prendre en charge le prêt hypothécaire; chez les femmes, il s'agit plutôt du régime de résidence des enfants dans le cas d'un régime de résidence plus “classique”».

466. «Ah non, les gens ne comprennent pas le concept d'usufruit. Sur un logement, ils le comprennent : “Ah, je peux continuer à y vivre. Mais, Notaire, qu'en est-il de ce compte bancaire ? Oui, vous avez des intérêts”. Mais un compte bancaire en usufruit-propriété, ça n'existe pas. Non, cela existe, mais je veux dire : les gens ne veulent pas se retrouver dans une telle situation. Je leur explique donc, et c'est déjà très difficile : “Bon, si nous allons diviser ce compte bancaire, usufruit, c'est autant de pour cent, nue-propriété, c'est autant de pour cent”. Car il faut alors expliquer aux gens : “Si vous vous disputez avec vos enfants, ce sont les tables de conversion qui sont publiées chaque année dans le *Moniteur belge*”.»

467. «J'entends très souvent : “La maison, nous avons déjà dû la partager avec l'enfant. Pas de problème. Mais l'argent à la banque ? On a travaillé pour ça ! Je veux encore pouvoir aller chez le coiffeur et au restaurant”.»

468. «Et je lisais dans le journal la semaine dernière... Je croyais que c'était [...] qui voulait promouvoir l'exonération des droits de succession entre époux. Oui. Comme en France. C'est une question que l'on me pose souvent : “Pourquoi devons-nous, entre époux, être taxés sur notre propre travail ?” Pour moi, il s'agit là d'une question qu'il faut aborder. Parce que l'exonération du logement familial et les premiers 50 000 euros, c'est vraiment des cacahuètes.»

469. «“Oui, notaire, mais...concernant l'argent, combien vais-je en recevoir ? Et les enfants peuvent-ils ensuite réclamer cela ?” – Oui, les enfants ont des

droits de conversion. Ils ne peuvent pas faire convertir le logement familial, mais ils peuvent demander d'autres biens. L'usufruit et la nue-propriété suscitent beaucoup de questions et de craintes. [...] "À quoi avons-nous droit ?" "Que va-t-il se passer ?" "Que peut faire l'autre ?" »

470. « J'ai déjà vu plusieurs fois la conversion d'usufruit chez des familles recomposées. [...] Où la belle-mère pense souvent repartir avec beaucoup d'argent, alors que ce n'est pas le cas. »

471. « Cela concerne en effet plus souvent le cas de décès pour protéger le survivant. »

472. « Pourquoi vous devriez cohabiter légalement ? Ah oui, vous cohabitez depuis moins d'un an. Pas encore trois ans. Alors [...] ils disent: "Aïe aïe aïe", [...] Parce que je laisse tout le monde cohabiter légalement, mais c'est surtout à cause de la fiscalité. Pas seulement à cause de cet usufruit, car on peut régler cela avec une clause d'accroissement et avec un testament. [...] Si j'encourage la cohabitation légale, c'est surtout aussi pour des raisons fiscales. Parce qu'en général, lorsque les gens achètent une maison ici et qu'ils viennent en discuter, on ne se limite pas à l'usufruit sur le logement familial. Cela devient alors la pleine propriété du logement familial, et très souvent tout, de l'un à l'autre. Même chez les jeunes couples. »

473. « Mais à un certain âge, s'il s'agit d'un compte commun, je dis: "De toute façon, 50 pour cent sont à vous". [...] On les voit alors se dire: "Ah, mais j'ai déjà 50 pour cent". D'accord, 50 pour cent. Oh oui, d'accord. Et après [...]: "Oui, faites donc une clause optionnelle". On voit alors déjà la tension retomber. »

474. « Donc par exemple, dans le cas d'une donation d'actions, nous avons plusieurs dossiers dans lesquels les parents ont déjà donné les actions tout en conservant le contrôle. Ce n'est pas si important maintenant. Mais aux filles par exemple, parce que les filles vont assumer la continuité de l'entreprise. Il en va de même pour les fils évidemment, mais je n'ai que très peu de dossiers dans lesquels un fils et une fille sont concernés. Donc la plupart du temps, c'est soit les fils, soit les filles. »

475. « Il s'agit souvent d'une réponse à une question spécifique de clients: "Je veux me remarier, mais mes enfants ne doivent pas être pénalisés". »

476. « Le but est qu'au final, toutes ces parties restent en bons termes et qu'à la fin, lorsqu'il y a un décès, personne ne dise: "Cette sorcière, elle part avec tout le patrimoine". Allez, qu'ils comprennent quand même aussi que...S'ils ont

construit une vie ensemble pendant 35 ans, qu'il y ait aussi quelque chose en retour.»

477. «Oui, oui... Pas tous bien sûr, mais très souvent. Très souvent aussi parce que les enfants ont déjà cherché sur internet.»

478. «Valkeniers. Simple, clair, tout le monde est content. Oui, je trouve cela très pratique. Et le fait qu'après, on peut encore faire des donations ou se donner plus dans un testament. D'accord, un testament peut évidemment être révoqué unilatéralement et la possibilité d'être modifié ensuite. Mais les gens trouvent cela fantastique. On fait encore un testament pour se donner un peu plus, mais on sait que ce testament peut être révoqué unilatéralement. J'ai souvent le cas qu'on ajoute un testament à côté de la clause Valkeniers.»

479. «Non, parce que les personnes qui étaient devant moi n'avaient pas le profil qui suscite de l'inquiétude. Je vous donne un exemple où cela s'est bien produit : une personne était veuve ou sur le point de l'être de quelqu'un qui avait été parlementaire ; en se mariant, elle a reçu une pension de veuve de 4 000 euros nets par mois. Bon, alors il n'y a pas d'inquiétude que les ressources soient insuffisantes. Il s'agit alors du flux de revenus existant ; il y a une pension très conséquente. Alors la deuxième préoccupation concerne le toit au-dessus de la tête, où madame a aimé habiter ou a toujours résidé ou a pendant des années considéré la maison comme le logement familial. Et quand ces deux choses sont réglées vous pouvez – à mon avis – parfaitement prendre cette décision. C'est d'ailleurs ce que l'on constate souvent : madame voulait se marier en raison de cette pension de veuve et de ce toit. Bien sûr, c'est ce qu'elle voulait aussi et ils ont été ensemble pendant 30 ans, donc il y a là aussi un lien très solide avec les enfants.»

«Et là où il y a le désir de se marier, mais plus que pour des motifs romantiques. [...] Où les deux partenaires ont déjà bien gagné leur vie, disposent déjà d'une certaine sécurité et disent : "Écoutez, nous n'avons plus besoin de cela, d'hériter de mon partenaire". Sauf le logement familial sur lequel nous accordons très souvent l'usufruit. Pas seulement ce droit d'habitation de six mois. Ils veulent alors donner l'usufruit sur le logement familial»

«Bien sûr, on ne va pas proposer cela à l'aveugle. On dira plutôt : "Écoutez, nous pouvons éventuellement répondre à votre désir de mariage. Voilà les options possibles. On peut renoncer aux éventuels droits successoraux sur certains biens, mais cela ne signifie pas pour autant qu'il est impossible de faire d'autres donations, qu'il ne peut y avoir aucun soutien complémentaire. Il est possible de créer des assurances-vie." C'est ce que nous disons aussi toujours, et c'est ensuite aux personnes elles-mêmes de prendre cette décision et de voir quel degré de solidarité elles veulent réaliser après le décès, mais aussi pendant la vie. Ce n'est pas parce que vous avez votre pacte Valkeniers aujourd'hui que vous ne

pouvez pas acheter un nouveau logement demain. Ou que madame achète 50-50 et qu'on peut travailler avec une clause d'accroissement. C'est un moment de la vie où on n'a aucune visibilité sur le patrimoine, et encore moins sur la fin de cette vie, hein. On ignore aussi si madame sera la première à partir ou monsieur. Donc, nous nous contentons de donner des repères: "Voilà ce qui peut se passer. Si cela arrive, hein. Rien n'empêche que si demain, vous voulez acheter quelque chose en Espagne, vous puissiez toujours le faire et que vous puissiez aussi convenir d'un arrangement distinct à ce sujet." »

480. « Surtout si les deux partenaires ont en fait un propre logement. Alors il n'est pas si important pour le partenaire non-proprétaire de continuer à vivre dans le logement de l'autre partenaire propriétaire. »

481. « Inconvénient: pacte successoral. Les gens y pensent souvent trop tard avant le mariage ou disent: "Oui, mais cette procédure..." Deux fois chez le notaire, ce n'est pas nécessaire. Je pense que les gens qui veulent une clause Valkeniers sont souvent déjà bien renseignés, de sorte que cette procédure compliquée n'est pas vraiment nécessaire. Que ce n'est pas nécessaire de les envoyer deux fois chez le notaire. En fait trois fois, vu la discussion avant la réunion d'information. L'idée est alors que certaines personnes ne choisissent plus cela à cause de cette procédure. Ils disent: "Notaire, pourquoi rendez-vous les choses si difficiles ? Est-ce vraiment nécessaire ? On est quand même des adultes." »

« Et donc, ce pacte Valkeniers était fantastique, parce qu'il permettait ainsi d'accorder certains droits et d'exclure d'autres biens. [...] C'est très bien, mais à présent avec cette procédure complexe et inviter tout le monde et inviter à nouveau. Et chaque adaptation de... Ça ne va plus. »

482. « Dans tous les cas où j'ai appliqué la clause, ce n'était pas une demande d'une partie, mais des deux parties. »

« Les femmes se préoccupent davantage de leurs enfants que les hommes. Elles seront donc plus enclines à opter pour Valkeniers. ».

ANNEXE 2

QUESTIONNAIRE – AVOCAT·ES

Mesdames et Messieurs les Avocat·es,

En octobre 2022, l'Université de Liège (ULiège) et la Vrije Universiteit Brussel (VUB) se sont vu attribuer un marché public lancé par l'*Institut pour l'égalité des femmes et des hommes* pour effectuer une **étude sur la transmission genrée du patrimoine en cas de cohabitation légale, mariage, divorce et décès en Belgique** (cahier des charges IEFH/BS/CONV.22-13).

Cette étude est coordonnée par les Professeur·es Yves-Henri LELEU et Elisabeth ALOFS et réalisée par Chloé HARMEL (doctorante FNRS/FRESH – USL-B).

L'**objectif** est d'analyser l'effet, éventuellement différencié sur les hommes et sur les femmes, des mécanismes de droit patrimonial des couples quant à la gestion, l'accumulation et la circulation du patrimoine familial.

L'originalité de l'étude est son **volet empirique** : des professionnel·les (des notaires, des avocat·es et des magistrat·es) sont sollicité·es pour rendre compte des réalités du terrain quant au cadre juridique actuel. En qualité d'avocat·e, vous rencontrez et accompagnez les couples (ou l'un des membres du couple), lors des différents temps forts de leur vie conjugale, pour diverses opérations de planification patrimoniale ou lors d'une séparation. Votre regard sur la mise en œuvre et l'impact des différents dispositifs de droit patrimonial est donc particulièrement pertinent.

C'est pourquoi nous souhaiterions bénéficier de **votre contribution** pour à répondre à diverses questions :

- **Soit par écrit** au moyen du questionnaire à compléter en annexe. Le questionnaire se présente en deux parties : la première sur le contentieux de la séparation (A), la seconde sur la planification et la succession (B). Vous répondez uniquement aux questions de votre choix.
- **Soit à l'occasion d'un entretien** avec Chloé HARMEL. L'entretien (environ 60 minutes) se déroule à votre bureau (ou en ligne).

Nous vous remercions d'adresser vos réponses ou de fixer un entretien avec Chloé HARMEL (chloe.harmel@usaintlouis.be) avant le 30 avril 2023.

Vous pouvez parfaitement combiner les deux démarches ou nous contacter si vous avez des questions concernant le questionnaire. Nous restons à votre disposition pour toute précision utile.

Votre participation est évidemment **anonyme**, tant durant l'étude que dans ses résultats et lors de toute activité de diffusion de ceux-ci. Le traitement des données est effectué conformément au règlement général sur la protection des données du 25 mai 2018.

Un grand merci d'avance pour votre aide !

Cordialement,

L'équipe du projet,

Prof. dr. Yves-Henri LELEU (yh.leleu@uliege.be)

Prof. dr. Elisabeth ALOFS (Elisabeth.Alofs@vub.be)

Chloé HARMEL (chloe.harmel@usaintlouis.be)

Dr. Sofie DE BUS (Sofie.De.Bus@vub.be)

Michel PETERS (mpeters@uliege.be)

A. CONTENTIEUX DE LA SÉPARATION

1. QUESTIONS DE STRATÉGIE

A.1.1. Pour votre client-e, qu'est-ce qui influence le choix de l'une ou l'autre procédure (divorce par consentement mutuel ou par désunion irrémédiable) ?

A.1.2. Le fait d'avoir des moyens inférieurs à l'autre époux-se, est-il un frein au choix d'un divorce contentieux, plus coûteux ? Ou cela affecte-t-il la capacité de négocier des accords ? Et peut-être aussi votre capacité de négocier comme conseil ?

A.2.1. Comment établissez-vous la stratégie d'un dossier de divorce avec votre client-e ? Sur la base de quels critères recommandez-vous plutôt un divorce par consentement mutuel ou plutôt un divorce par désunion irrémédiable ?

A.2.2. Si vous percevez un net rapport de force entre les époux, cela influence-t-il votre stratégie ?

A.2.3. Rencontrez-vous des cas où la pression financière forte qui pèse sur votre client-e (p. ex. : se reloger, retrouver du travail...) influence vos choix stratégiques ?

A.2.4. La capacité financière de votre client-e à supporter le coût de la procédure détermine-t-elle de façon importante votre stratégie dans les contentieux familiaux ?

A.3. Percevez-vous que la question de l'hébergement des enfants a une telle importance pour les parents (mariés ou non) qu'elle implique des concessions sur d'autres éléments en cas de séparation ?

A.4. Les client-es en cohabitation légale qui vous consultent en cas de rupture sont-ils surpris de la différence de protection entre cohabitation légale et mariage ? Comment établissez-vous la stratégie du dossier avec votre client-e ?

2. PROTECTION ALIMENTAIRE : DROITS ET RÉALITÉS FINANCIÈRES

A.5.1. Les personnes mariées renoncent-elles souvent à une pension ou un capital alimentaire bien qu'étant dans les conditions légales ? Pour quelles raisons ?

A.5.2. Avez-vous constaté certains freins à demander une pension alimentaire entre époux alors que le droit existe ? (p. ex. : retenue dans la perspective de négocier un meilleur hébergement des enfants ; tendance à lier pensions et contributions alimentaires ; volonté d'en finir vite ; refus par dignité ; compensation suffisante sur le plan patrimonial...)

A.5.3. La difficulté de prouver en droit et en fait toutes les conditions légales pour obtenir une pension alimentaire est-elle un frein à sa demande (contentieuse ou en vue d'un accord) ?

A.5.4. La grande complexité d'un patrimoine ou des sources de revenus est-elle un frein dans une demande alimentaire (p. ex. : structures sociétales, biens à l'étranger, passif important, interventions d'experts...)?

A.6.1. Si une protection alimentaire est demandée pour un-e époux-se, sous quelle forme la recommandez-vous : pension, capital, occupation gratuite, attribution de logement ? Dans quel cas privilégiez-vous plus l'une ou l'autre forme ?

A.6.2. Conseillez-vous à votre client-e de se maintenir dans le logement familial pendant la procédure de divorce ? Sinon, pourquoi ? Cela est-il lié au fait d'être créancier ou débiteur d'aliment ?

A.7. Quel est votre regard sur l'absence de protection alimentaire pour les cohabitants légaux par rapport au mariage en cas de séparation ? Quelle est la perception de votre client-e ?

A.8.1. Percevez-vous encore un malentendu sur le fait que l'hébergement alterné égalitaire dispense automatiquement le débiteur d'aliment de payer une contribution alimentaire s'il a des revenus supérieurs ?

A.8.2. Rencontrez-vous encore des débiteurs d'aliments qui demandent l'hébergement alterné égalitaire dans l'espoir de ne pas payer de contributions alimentaires ?

A.9. Certains parents hésitent-ils à demander des contributions ou des augmentations de parts contributives par peur de réactions de l'autre parent au niveau de l'hébergement ?

A.10.1. Quels sont les données et les critères principaux que vous mobilisez pour calculer pour votre client-e le montant d'une pension ou d'une contribution alimentaire ?

A.10.2. Utilisez-vous une des méthodes informatiques pour les contributions alimentaires ? Pensez-vous que certaines sont plus favorables ou défavorables aux femmes ?

A.10.3. Constatez-vous de grosses différences dans votre manière de calculer les pensions et contributions alimentaires selon que vous êtes avocat-e en demande ou en défense ? Êtes-vous influencé.e dans ce calcul par les usages du/de la magistrat-e devant lequel l'affaire est plaidée ?

A.10.4. Constatez-vous parfois (au tribunal ou en négociation) un phénomène de "comptabilité inversée", c'est-à-dire une attention d'abord portée à la situation économique du débiteur par préférence aux besoins du créancier ?

A.11.1. Percevez-vous parfois chez les magistrat-es (à l'audience ou dans les jugements) des réserves quant au montant voire au principe-même d'une pension alimentaire ? Percevez-vous le cas échéant des préjugés sur le fait qu'une femme mariée doit assumer ses choix professionnels faits pendant la vie commune (p. ex. : temps partiel, collaboration non rémunérée...) ?

A.11.2. Percevez-vous chez les magistrats des difficultés à évaluer le montant de la pension ou des contributions alimentaires en raison de la complexité du patrimoine du débiteur d'aliments ?

3. PATRIMOINES : PARTAGES ET SOULTES

A.12. Adoptez-vous une stratégie différente pour négocier un partage de bien indivis ou une attribution de biens avec soulte selon que vous êtes conseil du conjoint économiquement plus faible ou du conjoint économiquement plus fort ? Dans vos dossiers, qui de l'époux ou de l'épouse est plus souvent le conjoint économiquement plus faible ou fort ?

A.13. La grande complexité d'un patrimoine ou des sources de revenus est-elle un frein dans la liquidation-partage (p. ex. : structures sociétales, biens à l'étranger, passif important, interventions d'experts...)?

A.14.1. Quels paramètres influencent le calcul des soultes ? (p. ex. : valeur du bien, contribution des époux au crédit, déduction de capitaux injectés par le repreneur dans le bien, événements de la vie conjugale) ?

A.14.2. Observez-vous parfois (au tribunal ou en négociation) un phénomène dit de "comptabilité inversée", où la discussion porte principalement sur les possibilités financières de l'(ex)-époux-se reprenant potentiellement d'un bien de valeur (immeuble ou entreprise) ?

A.14.3. Assistez-vous à des sous-évaluations de biens indivis (immeubles ou entreprises) attribués à un-e époux-e ? Pour quelles raisons ? Cela se produit-il plus souvent au détriment des femmes que des hommes ?

4. DROIT CIVIL ET DROIT FISCAL

A.15. La déductibilité ou la taxation de la pension ou contribution alimentaire est-elle prise en compte **avec précision** dans le calcul du montant de la pension ou contribution alimentaire ? Ces conséquences fiscales sont-elles bien comprises par votre client-e (créancier/ière ou débiteur/trice d'aliment) ?

A.16. Si vous conseillez à votre client-e une pension alimentaire **en capital**, tenez-vous compte de l'impact fiscal spécifique ?

A.17. En cas de procédure contentieuse, l'impact fiscal est-il correctement évalué par le Tribunal de la famille ?

A.18. D'autres enjeux fiscaux sont-ils pris en considération dans le partage (p. ex. : droit de partage avantageux pour le repreneur d'un immeuble indivis, compensation du quotient conjugal, avantage fiscal obtenu pour le conjoint aidant, etc.)

5. ACCORDS COMPLETS OU PARTIELS : ÉQUILIBRES ET CONTRAINTES

A.19. Votre client-e (marié-e ou non) vous exprime-t-il/elle parfois l'impression de subir un rapport de force dans les négociations ? Dans vos dossiers, cela concerne-t-il plus souvent les femmes ou les hommes ? Cela vise-t-il certains éléments de la séparation en particulier (situation économique/professionnelle, logement, etc.) ? Comment réagissez-vous ?

A.20. Estimez-vous que les accords conclus très rapidement, parfois même avant que l'un des partenaires ait quitté le logement peuvent être liant au nom de la *convention-loi* (le cas échéant une fois homologués) ?

A.21. Lorsqu'un accord porte sur le paiement d'une pension alimentaire, considérez-vous que cette mesure protège adéquatement l'époux-se créancier/ière ? Quelle est la perception de l'époux-se créancier/ière (p. ex. : frustration, équilibre, soulagement) et de l'époux-se débiteur/trice ?

A.22. Dans le divorce pour désunion irrémédiable, si les questions alimentaires sont tranchées avant la liquidation, cela influence-t-il le partage ou la capacité de négocier ? Y voyez-vous une incidence favorable ou défavorable pour votre client-e ? Votre réponse varie-t-elle si votre client-e est l'épouse ou l'époux ?

A.23. Quel est l'impact du tournant collaboratif (mode alternatif de règlement des conflits, médiation, divorce par consentement mutuel, droit collaboratif, accords partiels) sur la manière dont le patrimoine est réparti entre les époux ?

A.24. Sur quoi porte principalement l'éventuel sentiment d'injustice des époux lors d'un divorce (économies, logement, travail, effets du régime matrimonial dans la répartition) ? Y a-t-il une distinction entre les hommes et les femmes ?

A.25. De votre point de vue, qu'est-ce qui rend un accord équilibré ? Votre perception d'avocat.e est-elle alignée avec celle de votre client.e ?

A.26. Considérez-vous parfois que votre client-e sort "gagnant-e/perdant-e" d'une procédure de divorce ? Dans quel(s) cas ? Est-ce aussi fréquent en cas de divorce par consentement mutuel qu'en cas de divorce par désunion irrémédiable ? Y a-t-il une distinction entre les hommes et les femmes ?

A.27. Êtes-vous fréquemment consultés par des partenaires (hommes, femmes, mariées ou non) qui souhaitent revenir sur des accords conclus dans le cadre de leur séparation ? Certains types d'accords sont-ils plus souvent concernés que d'autres (hébergement et contributions pour les enfants, pension alimentaire accords patrimoniaux) ?

A.28. Voulez-vous ajouter autre chose ?

B. PLANIFICATION PATRIMONIALE ET SUCCESSIONS

1. PLANIFICATION

1.1. *Avantages et libéralités entre époux/cohabitants légaux*

A.29.1. Dans vos dossiers, observez-vous des libéralités entre époux/cohabitants légaux (donations, testaments, institutions contractuelles) hors ou dans le contrat de mariage ou des avantages matrimoniaux dans le contrat de mariage ? (p. ex. : attribution intégrale de la communauté en cas de décès) ?

A.29.2. Quelle est l'intention des époux/cohabitants légaux à ce propos ? (p. ex. : augmenter des droits successoraux, compenser des disparités socio-économiques

dans le couple, accorder une rémunération différée, obtenir des avantages fiscaux...)

A.29.3. Exposez-vous à cette occasion les risques de conflit futur entre le bénéficiaire de ces avantages et les enfants ?

A.29.4. Recommandez-vous davantage certains mécanismes par rapport à d'autres ?

A.30.1. Comment le caractère révocable des donations entre époux est-il perçu et mobilisé par le donateur et le bénéficiaire ?

A.30.2. Observez-vous souvent des révocations de donations de biens présents entre époux ?

A.30.3. Suggérez-vous parfois que de telles donations soient faites par contrat de mariage (irrévocables) ?

A.30.4. Le donateur est-il plus souvent l'époux ou l'épouse ?

A.30.5. Dans quels cas (quel type de donation) le donateur est-il plus souvent l'époux ou l'épouse ?

1.2. Avantages ou libéralités aux enfants

A.31.1. Lorsque des parents envisagent une donation ou un legs en faveur d'un de leurs enfants, observez-vous une tendance à vouloir gratifier les autres enfants de la même façon ?

A.31.2. Comment présentez-vous les mécanismes protecteurs de l'égalité entre enfants (rapport, réduction, restitution en nature ou en valeur...) ?

A.31.3. Le cas échéant, évoquez-vous le pacte successoral global ?

A.32.1. Observez-vous une tendance des parents à donner ou léguer certains types de biens plus fréquemment à des héritiers masculins ou féminins ?

A.32.2. Faites-vous ce constat à propos des immeubles ?

A.32.3. Faites-vous ce constat à propos des entreprises familiales ?

A.32.4. Faites-vous ce constat à propos des portefeuilles financiers ?

A.32.5. Observez-vous plus fréquemment des libéralités préciputaires au profit des héritiers masculins ou féminins ?

2. SUCCESSIONS

2.1. *Situation du conjoint survivant*

A.33.1. Constatez-vous que le conjoint survivant marié sous un régime de séparation de biens est moins protégé que le conjoint survivant marié en régime de communauté de biens ?

A.33.2. Le cas échéant, quelles dispositions du contrat de mariage permettent selon vous d'y remédier ?

A.33.3. Rencontrez-vous fréquemment des conjoints survivants mariés sous un régime de séparation de biens sans bien(s) indivis, avec enfants, qui n'héritent que de droits en usufruit ?

A.34.1. Avez-vous constaté parfois que l'usufruit du conjoint survivant ne le protège pas suffisamment ?

A.34.2. Faites-vous ce constat en raison de son âge ou de la nature des biens de la succession ?

A.34.3. Est-ce que des conjoints survivants en parlent ouvertement avec vous, et le cas échéant en présence des enfants ?

A.34.4. Est-ce que les règles de dévolution successorale applicables au conjoint survivant en présence d'enfants sont sources de tensions entre les héritiers (la situation en démembrement) ?

A.34.5. Avez-vous le sentiment que le droit successoral belge protège mieux le lignage que le couple ?

A.35.1. En présence d'enfants, vous est-il souvent demandé de procéder à une conversion des droits en usufruit du conjoint survivant ? Le cas échéant, quelles tables de conversion suggérez-vous ?

A.35.2. Quelles sont les raisons de ces conversions ?

A.35.3. Le cas échéant, cette conversion aboutit-elle à attribuer un immeuble au conjoint survivant ?

A.35.4. Le cas échéant, observez-vous des tensions entre les enfants et le conjoint survivant ?

2.2. *Situation des enfants*

A.36.1. Lors du partage d'une succession entre plusieurs enfants, observez-vous que certains types de bien sont plus fréquemment repris par des héritiers masculins ou féminins ?

A.36.2. Faites-vous ce constat à propos des immeubles ?

A.36.3. Faites-vous ce constat à propos des entreprises familiales ?

A.36.4. Faites-vous ce constat à propos des portefeuilles financiers ?

A.36.5. Faites-vous ce constat dans d'autres cas ?

A.37.1. Comment les héritiers évaluent-ils les biens indivis qui sont repris par l'un ou l'autre ?

A.37.2. La valeur correspond-elle généralement à la valeur du marché ?

A.37.3. Constatez-vous parfois que les accords sous-évaluent un bien de valeur attribué à l'un des héritiers ?

A.38. Êtes-vous amené à négocier des accords de partage portant attribution de biens de valeur avec d'autres compensations qu'une soulte (p. ex. : prise en charge de frais, reprise d'un crédit, statut d'actionnaire sans droit de vote, bail à vie...) ?

A.39. Constatez-vous parfois un déséquilibre entre héritiers masculins et féminins dans un projet de partage ?

A.40. Identifiez-vous un rapport de force entre héritiers masculins et féminins au moment du partage de la succession ?

A.41. Avez-vous autre chose à ajouter ?

ANNEXE 3

QUESTIONNAIRE – MAGISTRAT·ES

Mesdames et Messieurs les Magistrat·es,

En octobre 2022, l'Université de Liège (ULiège) et la Vrije Universiteit Brussel (VUB) se sont vu attribuer un marché public lancé par l'*Institut pour l'égalité des femmes et des hommes* pour effectuer une **étude sur la transmission genrée du patrimoine en cas de cohabitation légale, mariage, divorce et décès en Belgique** (cahier des charges IEFH/BS/CONV.22-13).

Cette étude est coordonnée par les Professeur·es Yves-Henri LELEU et Elisabeth ALOFS et réalisée par Chloé HARMEL (doctorante FNRS/FRESH – USL-B).

L'**objectif** est d'analyser l'effet, éventuellement différencié sur les hommes et sur les femmes, des mécanismes de droit patrimonial des couples quant à la gestion, l'accumulation et la circulation du patrimoine familial.

L'originalité de l'étude est son **volet empirique** : des professionnel·les (des notaires, des avocat·es et des magistrat·es) sont sollicité·es pour rendre compte des réalités du terrain quant au cadre juridique actuel. En qualité de magistrat·es, vous encadrez les couples lors d'une séparation, en homologuant leurs accords ou en réglant leur litige. Votre regard sur la mise en œuvre et l'impact des différents dispositifs de droit patrimonial est donc particulièrement pertinent.

C'est pourquoi nous souhaiterions bénéficier de **votre contribution** pour à répondre à diverses questions :

- **Soit par écrit** au moyen du questionnaire en annexe. Vous répondez aux questions de votre choix. Le cas échéant, nous vous serions reconnaissants d'adresser vos réponses (chloe.harmel@usaintlouis.be) pour le 30 avril 2023.
- **Soit à l'occasion d'un entretien** avec Chloé HARMEL. L'entretien (environ 60 minutes) se déroule à votre bureau, à une date qui vous convient, d'ici le 30 avril 2023 (chloe.harmel@usaintlouis.be).

Vous pouvez parfaitement combiner les deux démarches ou nous contacter si vous avez des questions concernant le questionnaire. Nous restons à votre disposition pour toute précision utile.

Votre participation est évidemment **anonyme**, tant durant l'étude que dans ses résultats et lors de toute activité de diffusion de ceux-ci. Le traitement des données est effectué conformément au règlement général sur la protection des données du 25 mai 2018.

Nous vous remercions vivement de prendre notre demande en considération et espérons que vous pourrez y répondre favorablement.

Cordialement,

L'équipe du projet,

Prof. dr. Yves-Henri LELEU (yh.leleu@uliege.be)

Prof. dr. Elisabeth ALOFS (Elisabeth.Alofs@vub.be)

Chloé HARMEL (chloe.harmel@usaintlouis.be)

Dr. Sofie DE BUS (Sofie.De.Bus@vub.be)

Michel PETERS (mpeters@uliege.be)

1. ACCÈS AU TRIBUNAL DE LA FAMILLE ET PROTECTION DES COUPLES NON MARIÉS

M.1. Que pensez-vous du fait que les **cohabitants de fait** (ou les couples en union libre) ne puissent pas avoir accès au tribunal de la famille dans le cadre du contentieux de la séparation ?

M.2. Pensez-vous que les couples de **cohabitants légaux** qui comparaissent devant vous dans le cadre d'une séparation sont suffisamment protégés, dès lors qu'aucune protection alimentaire légale n'est applicable ?

M.3. Constatez-vous parfois que les couples non mariés qui comparaissent devant auraient eu intérêt à avoir une protection plus large (p. ex. : par le mariage ou par le biais d'une convention de cohabitation légale ou de vie commune) ?

M.4.1. Constatez-vous parfois que des ex-partenaires cohabitants légaux ou de fait sont surpris par l'absence de protection (p. ex. : pension alimentaire, partage des acquêts) ?

M.4.2. Avez-vous l'impression qu'ils étaient bien au courant de la différence entre leur statut et celui du mariage ?

M.5. L'argument de la différence entre les statuts est-il souvent exploité par les avocats en plaidoiries ou en conclusions ?

M.5.1. Y a-t-il des différences marquantes entre couples mariés et non mariés dans les stratégies ou les attitudes en procédure ?

M.6. Les couples non mariés sollicitent-ils plus ou moins souvent que des couples mariés des contributions alimentaires pour les enfants ?

M.7. Les couples non mariés ont-ils une plus grande propension à aller en médiation ou à transiger ?

M.8. Constatez-vous des tendances différentes entre couples mariés ou non mariés sur l'occupation ou la reprise du logement familial ?

2. HOMOLOGATION D'ACCORDS EN CAS DE SÉPARATION OU DE DIVORCE

M.9. Dans quels cas typiques voulez-vous entendre les parties (en comparution) avant de pouvoir homologuer un accord de séparation ou de divorce (accord sous seing privé ou conventions préalables à divorce par consentement mutuel) ?

M.10. Homologuez-vous selon les mêmes critères les accords de séparation des couples non mariés et les conventions préalables à divorce par consentement mutuel qui concernent les enfants (hébergement, contributions alimentaires, coparentalité fiscale) ?

M.11.1. Dans quels cas refusez-vous un accord sur l'hébergement ? Quels sont les éléments qui entrent en jeu dans votre appréciation (p. ex. : l'accord sur le logement ; les revenus des partenaires ; les éventuelles contributions alimentaires) ?

M.11.2. Avez-vous déjà constaté que l'hébergement des enfants a entraîné des concessions sur d'autres éléments d'un accord (p. ex. : une pension alimentaire ou son montant, l'occupation d'un logement, les contributions alimentaires, autre...) ?

M.12.1. Vous prononcez-vous sur l'absence de contributions alimentaires prévues dans des accords ? Ou sur le montant des contributions (si la méthode de calcul ne vous semble pas appropriée) ?

M.12.2. Constatez-vous souvent que les couples renoncent aux contributions alimentaires pour les enfants ?

M.13. Dans les accords qui vous sont présentés pour homologation, observez-vous des tendances marquées :

- quant à l'hébergement des enfants, plus chez le père ou plus chez la mère ;
- quant à des pensions alimentaires plus souvent pour l'homme ou la femme ;
- quant à des contributions alimentaires plus souvent pour le père ou la mère ;
- quant à l'occupation ou la reprise du logement familial par l'homme ou la femme ?

M.14. Êtes-vous informé-es de situations de violences intrafamiliales visant les couples qui vous présentent un accord pour homologation ? Le cas échéant, l'homologation de l'accord peut-elle avoir lieu ?

3. PROCÉDURES CONTENTIEUSES

3.1. Hébergement des enfants et contributions alimentaires

M.15. L'hébergement alterné égalitaire est-il parfois/souvent contesté ? Le cas échéant, pour quels motifs ?

M.16. Avez-vous déjà constaté que l'hébergement des enfants a entraîné des concessions sur d'autres éléments du contentieux en cas de séparation ou divorce (p. ex. : une pension alimentaire ou son montant, l'occupation d'un logement, les contributions alimentaires...) ?

M.17. Observez-vous une différence de perception entre hommes et femmes quant à l'importance de l'hébergement des enfants dans le contentieux ? Expriment-ils/elles des attentes ou des préoccupations différentes ?

M.18. Rencontrez-vous encore des débiteurs d'aliments qui demandent l'hébergement alterné égalitaire dans l'espoir de ne pas payer de contributions alimentaires ?

M.19. Éprouvez-vous des difficultés à évaluer le montant des contributions alimentaires en raison de la complexité du patrimoine du débiteur d'aliments (p. ex. : structures sociétales, biens à l'étranger, passif important, interventions d'experts...) ?

M.20. Quels sont les données et les critères principaux que vous mobilisez pour calculer le montant d'une contribution alimentaire ? Utilisez-vous une méthode particulière (Renard, Hobin, Ligue des familles, etc.) ?

M.20.1. Pensez-vous que certaines méthodes sont plus favorables ou défavorables aux créanciers d'aliments ?

M.21. La déductibilité ou la taxation de la contribution alimentaire est-elle bien prise en compte dans le calcul du montant de la contribution alimentaire ?

M.21.1. Les conséquences fiscales sont-elles bien comprises par les justiciables (créancier ou débiteur d'aliments) ?

3.2. Protection et pensions alimentaires

M.22.1. Les personnes mariées demandent-elles souvent une pension ou un capital alimentaire quand elles sont dans les conditions légales pour les obtenir ?

M.22.2. Les attitudes procédurales des hommes et des femmes sont-elles comparables ?

M.23. Avez-vous rencontré des cas dans lesquels il était évident qu'une partie aurait pu bénéficier d'une pension alimentaire, mais qu'elle n'en a pas fait la demande ?

M.24. Pensez-vous que la difficulté de prouver en droit et en fait toutes les conditions légales pour obtenir une pension alimentaire est un frein à sa demande ?

M.25. Avez-vous constaté que la grande complexité d'un patrimoine ou des sources de revenus a été un frein ou un obstacle à une demande alimentaire (p. ex. : structures sociétales, biens à l'étranger, passif important, interventions d'experts...) ?

M.26.1. Comment réagissez-vous par rapport au travail à temps partiel dans un contentieux alimentaire ?

M.26.2. Avez-vous une attitude différente à l'égard du travail à temps partiel des hommes et des femmes ?

M.27. Est-ce que le régime matrimonial des parties (séparation de biens ou communauté) a une influence sur votre attitude ou décision dans le contentieux alimentaire ?

M.28.1. La déductibilité ou la taxation de la pension alimentaire est-elle prise en compte dans le calcul du montant de la pension alimentaire ?

M.28.2. Les conséquences fiscales sont-elles bien comprises par les justiciables (créancier ou débiteur d'aliments) ?

3.3. *Liquidation judiciaire du régime matrimonial/patrimonial*

M.29. Constatez-vous une attribution plus fréquente de l'immeuble familial aux hommes qu'aux femmes ?

M.30. Constatez-vous une attribution plus fréquente de l'entreprise ou du commerce familial aux hommes qu'aux femmes ?

M.31.1. Observez-vous parfois des sous-évaluations de biens indivis (immeubles ou entreprises) attribués à un époux ou une sous-évaluation de la soulte revenant à l'autre époux ?

M.31.2. Cela se produit-il plus souvent au détriment des hommes ou des femmes ?

M.32. Avez-vous parfois constaté que des indemnités d'occupation importantes ont un fort impact dans la liquidation ?

M.33.1. Quels sont les arguments qui vous permettent de statuer sur l'attribution préférentielle d'un immeuble commun ou indivis (p. ex. : hébergement des enfants, capacités financières, activité professionnelle dans l'immeuble, départ de l'un des conjoints pendant la procédure) ?

M.33.2. Les arguments pour obtenir l'attribution préférentielle sont-ils différents chez les hommes et les femmes (p. ex. : intérêts professionnels, intérêt familial) ?

M.34.1. Quels sont vos constats et vos réactions envers les demandes de révocation de donations entre époux ?

M.34.2. Réagissez-vous différemment si la demande émane d'un homme ou d'une femme ?

M.35.1. Quels sont vos constats et réactions envers les demandes de récupération d'investissements ou de transferts au profit de l'autre conjoint/partenaire ?

M.35.2. Réagissez-vous différemment si la demande émane d'un homme ou d'une femme ?

M.36.1. Quelle est votre attitude quant aux demandes d'indemnisation de travail au foyer, de travaux sur un immeuble ou de collaboration professionnelle ?

M.36.2. Réagissez-vous différemment si la demande émane d'un homme ou d'une femme ?

3.4. *Violences intrafamiliales*

M.37. Comment êtes-vous informé.es de situations de violences intrafamiliales entre partenaires/conjoint-es ou à l'égard des enfants ?

M. 38. L'argument des « violences économiques » est-il parfois mobilisé en plaidoiries ou en conclusions ? Le cas échéant, l'est-il plus souvent par les hommes ou par les femmes ?

M.39. Comment appréhendez-vous les situations de violences intrafamiliales (en ce compris les violences économiques) dans les couples qui se séparent ? Quel est l'impact du constat de violences intrafamiliales sur la procédure ?

ANNEXE 4

QUESTIONNAIRE – NOTAIRES

Mesdames et Messieurs les Notaires,

En octobre 2022, l'Université de Liège (ULiège) et la Vrije Universiteit Brussel (VUB) se sont vu attribuer un marché public lancé par l'*Institut pour l'égalité des femmes et des hommes* pour effectuer une **étude sur la transmission genrée du patrimoine en cas de cohabitation légale, mariage, divorce et décès en Belgique** (cahier des charges IEFH/BS/CONV.22-13).

Cette étude est coordonnée par les Professeur-es Yves-Henri LELEU et Elisabeth ALOFS, et réalisée par Chloé HARMEL (doctorante FNRS FRESH – USL-B).

L'**objectif** est d'analyser l'effet, éventuellement différencié sur les hommes et sur les femmes, des mécanismes de droit patrimonial des couples quant à la gestion, l'accumulation et la circulation du patrimoine familial.

L'originalité de l'étude est son **volet empirique** : des professionnel·les (des notaires, des avocat·es et des magistrat·es) sont sollicité·es pour rendre compte des réalités du terrain quant au cadre juridique actuel. En qualité de notaire, vous rencontrez et accompagnez les couples lors des différents temps forts de leur vie conjugale. Votre regard sur la mise en œuvre et l'impact des différents dispositifs de droit patrimonial est donc particulièrement pertinent.

C'est pourquoi nous souhaiterions bénéficier de **votre contribution** pour à répondre à diverses questions :

- Soit par écrit au moyen du questionnaire à compléter en annexe. Vous répondez aux questions de votre choix. Le cas échéant, nous vous serions reconnaissants d'adresser vos réponses (chloe.harmel@usaintlouis.be) pour le 15 février 2023.
- Soit à l'occasion d'un entretien avec Chloé HARMEL. L'entretien (environ 60 minutes) se déroule à votre bureau, à une date qui vous convient, entre le 18 janvier et le 15 février 2023 (chloe.harmel@usaintlouis.be).

Vous pouvez parfaitement combiner les deux démarches ou nous contacter si vous avez des questions concernant le questionnaire. Nous restons à votre disposition pour toute précision utile.

Votre participation est évidemment **anonyme**, tant durant l'étude que dans ses résultats et lors de toute activité de diffusion de ceux-ci. Le traitement des données est effectué conformément au règlement général sur la protection des données du 25 mai 2018.

Nous vous remercions vivement de prendre notre demande en considération et espérons que vous pourrez y répondre favorablement.

Cordialement,

L'équipe du projet,

Prof. dr. Yves-Henri LELEU (yh.leleu@uliege.be)

Prof. dr. Elisabeth ALOFS (Elisabeth.Alofs@vub.be)

Chloé HARMEL (chloe.harmel@usaintlouis.be)

Dr. Sofie DE BUS (Sofie.De.Bus@vub.be)

Michel PETERS (mpeters@uliege.be)

1. MARIAGE ET DIVORCE

1.1. *Contrat de Mariage*

1.1.1. Choix d'un régime matrimonial

N.1. Est-ce que les couples que vous rencontrez en vue de rédiger un contrat de mariage ont déjà une préférence et/ou une objection pour un certain type de régime matrimonial ?
Le cas échéant, lesquels ?

N.2.1. Dans votre pratique, que recouvre le devoir d'information et de conseil au moment du choix par le couple d'un régime matrimonial ?

N.2.2. En fonction de quoi adaptez-vous vos conseils quant à ce choix : situation professionnelle des (futurs) époux ; âge ou différence d'âge ; patrimoine personnel ; projet d'enfants ?

N.2.3. Vous semble-t-il que vos conseils varient selon que vous vous adressez à un futur époux ou une future épouse ?

N.2.4. Est-ce que l'hypothèse du divorce est souvent envisagée ?

N.2.5. Évoquez-vous la situation du conjoint survivant ?

N.2.6. Parlez-vous de solidarité économique dans le couple ?

N.2.7. Parlez-vous de protection ou de risque selon le régime évoqué ? Le cas échéant, quelle protection et/ou quel(s) risque(s) ?

1.1.2. Choix d'un régime de séparation de biens

Les chiffres publiés par la Fédération du Notariat⁹⁴² indiquent que plus de 70 % des couples qui font un contrat de mariage optent pour un régime de séparation de biens.

N.3. Le régime de la séparation **pure et simple** est-il le régime le plus souvent choisi ? Le recommandez-vous ou non ? Le cas échéant, dans quel(s) cas typique(s) ?

N.4. Encouragez-vous les couples à assortir ce régime matrimonial de clauses spécifiques telles que la société limitée d'acquêts, la participation aux acquêts, la correction en équité ? Dans quels cas ? Présentez-vous ces dispositifs comme des mécanismes de solidarité entre époux ?

N.5.1. Les couples optent-ils fréquemment pour la clause de participation aux acquêts (art. 1469/1 et s. anc. C. civ./art. 2.3.65 et s. C. civ.) ?

N.5.2. Êtes-vous favorable à ce type de clause ?

N.5.3. La conseillez-vous systématiquement ou dans quels cas particuliers ?

N.5.4. Comment les (futurs) époux réagissent à la perspective d'un partage de leurs revenus et de leurs économies accumulés durant la vie conjugale ? Quelles sont leurs réserves éventuelles ?

N.5.5. Comment les (futurs) époux réagissent-ils quand vous leur expliquez la complexité mathématique liée à ce régime ?

N.5.6. Les réactions des futures épouses sont-elles différentes des réactions des futurs époux ?

N.5.7. Depuis l'entrée en vigueur de la réforme des régimes matrimoniaux de 2018⁹⁴³, constatez-vous plus de contrats de mariage prévoyant un régime de séparation de biens assorti d'une clause de participation aux acquêts ?

N.6.1. Les couples optent-ils fréquemment pour le correctif judiciaire en équité (art. 1474/1 anc. C. civ./ art. 2.3.81 C. civ.) ?

⁹⁴² Voy. not. le baromètre de la famille de l'année 2020 publié en ligne sur le site de www.notaire.be : [file:///C:/Users/User/Downloads/Barom%C3%A8tre%20de%20la%20famille%202020%20-%20final%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/Barom%C3%A8tre%20de%20la%20famille%202020%20-%20final%20(2).pdf).

⁹⁴³ Loi du 22 juillet 2018 modifiant le Code civil et diverses autres dispositions en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant la loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *M.B.*, 27 juillet 2018.

N.6.2. Êtes-vous favorable à cette clause ?

N.6.3. La conseillez-vous systématiquement ou dans quels cas particuliers ?

N.6.4. Comment les (futurs) époux réagissent à la perspective d'une intervention du juge ?

N.6.5. Comment les époux réagissent à la perspective d'un partage pouvant aller jusqu'à 1/3 de leurs économies accumulées durant la vie conjugale ? Quelles sont leurs réserves éventuelles ?

N.6.6. Les réactions des futures épouses sont-elles différentes des réactions des futurs époux ?

N.7. Pensez-vous qu'il serait plus approprié que les mécanismes de participation aux acquêts et de correction en équité soient obligatoires sauf exclusion dans le contrat de mariage (*opting out*) ? Actuellement, c'est le contraire puisqu'ils doivent être stipulés dans le contrat de mariage pour être applicables (*opting in*).

1.1.3. Clause Valkeniers

N.8.1. Les couples dont au moins l'un des partenaires a des enfants d'un précédent ménage optent-ils fréquemment pour le pacte successoral autorisé aussi appelé « clause Valkeniers » (art. 1388, al. 2, anc. C. civ./art. 2.3.2. C. civ.) ?

N.8.2. Êtes-vous favorable à ce type de clause ?

N.8.3. La conseillez-vous systématiquement ou dans quels cas particuliers ?

N.8.4. Comment les époux réagissent à la perspective de perdre la protection successorale du conjoint survivant ?

N.8.5. Les réactions des (futures) épouses sont-elles différentes des réactions des (futurs) époux ?

N.8.6. Le cas échéant, les couples font-ils le choix d'une renonciation réciproque ou unilatérale à leurs droits successoraux ?

N.8.7. Depuis la réforme de 2018, il est permis de renoncer également à la réserve (concrète) du conjoint survivant⁹⁴⁴. Dans quels cas les couples optent-ils pour cette renonciation intégrale à leurs droits successoraux ?

N.8.8. Le cas échéant, encouragez-vous des renonciations partielles ?

⁹⁴⁴ Usufruit sur le logement familial – Loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités, *M.B.*, 1^{er} septembre 2017.

1.2. *Divorce*

1.2.1. Procédure de divorce

N.9.1. Dans quels cas recommandez-vous aux couples qui se séparent le divorce par consentement mutuel ?

N.9.2. Remarquez-vous une corrélation entre cette recommandation et le régime matrimonial des époux ?

N.10.1. Dans quels cas recommandez-vous aux couples qui se séparent le divorce par désunion irrémédiable ?

N.10.2. Remarquez-vous une corrélation entre cette recommandation et le régime matrimonial des époux ?

1.2.2. Divorce par consentement mutuel

N.11. Recommandez-vous aux époux de consulter un-e avocat-e s'ils n'en ont pas ?

N.12.1 Les époux stipulent-ils fréquemment une pension alimentaire (entre époux) dans leurs conventions préalables à divorce ?

N.12.2. La conseillez-vous systématiquement ou dans quels cas particuliers ?

N.12.3. Attirez-vous l'attention sur le fait qu'en choisissant un divorce par consentement mutuel, les époux renoncent à la protection alimentaire légale de l'article 301 du Code civil ?

N.12.4. Est-il fréquent que les époux renoncent à une pension alimentaire ?

N.12.5. Dans cette hypothèse, remarquez-vous que cette renonciation est compensée dans le règlement transactionnel (p. ex. : attribution d'immeuble) ?

N.12.6. Percevez-vous des attentes différentes des épouses et des époux ?

N.12.7. Lorsqu'une pension alimentaire est prévue, l'est-elle plus souvent en faveur de l'épouse ou de l'époux ?

N.12.8. Lorsque les époux envisagent une pension alimentaire, est-ce que vous collaborez au calcul de son montant ? Le cas échéant, quels sont les critères auxquels vous faites référence (p. ex. : situation professionnelle et/ou patrimoniale des époux ; article 301 du Code civil ; autres critères) ?

N.13.1. Quand un bien indivis de valeur doit être partagé, observez-vous une tendance à l'attribuer plus souvent à l'époux qu'à l'épouse ?

N.13.2. Faites-vous ce constat à propos des immeubles ?

N.13.3. Faites-vous ce constat à propos des entreprises ?

N.13.4. Faites-vous ce constat à propos des portefeuilles financiers ?

N.13.5. Faites-vous ce constat dans d'autres cas ?

N.14.1. Comment les époux évaluent-ils les biens indivis qui sont attribués à l'un ou à l'autre dans le partage transactionnel ?

N.14.2. La valeur correspond-elle généralement à la valeur du marché ?

N.14.3. Intervenez-vous lorsque vous constatez qu'un accord sous-évalue un bien de valeur attribué à l'un des époux ?

N.15.1. Comment réagissez-vous si vous constatez un déséquilibre éventuel dans leurs conventions préalables ?

N.15.2. Si par exemple vous constatez qu'ils ont renoncé à établir des comptes de récompenses ou de créances ;

N.15.3. Si par exemple vous constatez des attributions sans soulte ;

N.15.4. Si par exemple vous constatez une renonciation à une pension alimentaire ;

N.15.5. Si par exemple vous constatez que la situation des enfants influence les accords patrimoniaux.

N.16.1. Identifiez-vous parfois un rapport de force en termes de négociations entre les époux au moment du divorce par consentement mutuel ?

N.16.2. La présence d'un-e avocat-e affecte-t-elle ce rapport de force éventuel entre époux ? Cela influence-t-il votre attitude ?

1.2.3. Divorce par désunion irrémédiable

N.17.1. Quand, dans la liquidation-partage, un bien indivis de valeur doit être attribué, observez-vous une tendance à l'attribuer plus souvent à l'ex-époux qu'à l'ex-épouse ?

N.17.2. Faites-vous ce constat à propos des immeubles ?⁹⁴⁵

N.17.3. Faites-vous ce constat à propos des entreprises ?

⁹⁴⁵ Nous visons tant les attributions en suite d'un accord amiable que les attributions préférentielles en application de l'art. 1389/1 anc. C. civ. et art. 2.3.13 C. civ.

- N.17.4. Faites-vous ce constat à propos des portefeuilles financiers ?
- N.17.5. Faites-vous ce constat dans d'autres cas ?
- N.18.1. Comment sont évalués les biens indivis qui sont attribués à l'un ou à l'autre ex-époux dans le partage ?
- N.18.2. La valeur correspond-elle généralement à la valeur du marché ?
- N.18.3. Comment réagissez-vous lorsque vous constatez qu'un accord sous-évalue un bien de valeur attribué à l'un des époux ?
- N.19.1. Comment réagissez-vous si vous constatez un déséquilibre dans un accord partiel ou dans un accord amiable (en cours ou en fin de liquidation-partage) ?
- N.19.2. Si par exemple vous constatez que les ex-époux ont renoncé à établir des comptes de récompenses ou de créances ;
- N.19.3. Si par exemple vous constatez des attributions sans soulte ;
- N.19.4. Si en outre vous apprenez qu'il n'y a pas de pension alimentaire entre ex-époux ;
- N.19.5. Si en outre vous constatez que la situation des enfants influence le partage.
- N.20.1. Identifiez-vous un rapport de force en termes de négociations entre les ex-époux pendant la liquidation-partage ? Cela influence-t-il votre attitude ?
- N.20.2. La présence d'un-e avocat-e affecte-t-elle ce rapport de force éventuel entre ex-époux ? Cela influence-t-il votre attitude ?
- N.21. Est-ce que des questions relatives à des pensions légales et complémentaires (individuelles ou assurance de groupe) sont évoquées et discutées pendant la liquidation-partage ?
- N.22. Comment assumez-vous votre rôle-moteur dans la liquidation-partage pour éviter qu'elle engendre des frais disproportionnés pour les ex-époux (p. ex. : votre attitude par rapport à une demande de dépôt d'un procès-verbal de dires et difficultés intermédiaire) ?
- ## 2. COHABITATION LÉGALE
- ### 2.1. *Convention de cohabitation légale*
- N.23.1 Avez-vous rencontré beaucoup de couples qui souhaitent passer de la cohabitation de fait à la cohabitation légale ?

N.23.2. À quelle occasion les couples optent-ils pour la cohabitation légale (p. ex. : achat d'immeuble ; naissance d'un enfant ; passage en société...)?

N.23.3. Pour quelles raisons les couples optent-ils pour la cohabitation légale et non pour le mariage ?

N.23.4. Quand vous êtes consulté sur une cohabitation légale, avez-vous l'impression que les couples comprennent-ils bien les différences juridiques entre cohabitation légale et mariage (régime patrimonial, droits successoraux, etc.)

N.23.5. Les statistiques nationales indiquent que la cohabitation légale est autant choisie par les couples que le mariage. Pourquoi à votre avis les couples préfèrent-ils la cohabitation au mariage ?

N.24.1. Actez-vous fréquemment des conventions notariées de cohabitation légale ?

N.24.2. Est-ce que vous le faites sur la suggestion des futurs cohabitants légaux ou les recommandez-vous spontanément ?

N.24.3. Les futurs cohabitants légaux ont-ils des attentes prédéfinies quant au contenu de la convention de cohabitation légale ?

N.24.4. Attirez-vous leur attention sur l'absence de secours alimentaire et conseillez-vous de stipuler un droit de secours et/ou une pension alimentaire ?

N.24.5. Attirez-vous leur attention sur l'opportunité d'apporter une correction au régime de séparation de biens ?

N.24.6. Attirez-vous leur attention sur le fait que le droit successoral est limité et non réservataire ?

N.24.7. Attirez-vous leur attention sur le fait que leurs droits de couverture sociale sont conditionnés par la loi à des mentions spécifiques dans une convention de cohabitation légale ?

N.25. Adaptez-vous vos conseils selon que vous vous adressez à une (future) cohabitante légale ou un (futur) cohabitant légal ?

2.2. Séparation

N.26.1. Sollicite-t-on souvent vos conseils ou votre intervention dans le contexte d'une séparation de cohabitants légaux ?

N.26.2. Le cas échéant, recommandez-vous aux cohabitants légaux de consulter un-e avocat-e s'ils n'en ont pas ?

N.27.1. Quand, dans la liquidation-partage du patrimoine des ex-cohabitants légaux, un bien indivis de valeur doit être attribué, observez-vous une tendance à l'attribuer plus souvent à l'homme qu'à la femme ?

N.27.2. Faites-vous ce constat à propos des immeubles ?

N.27.3. Faites-vous ce constat à propos des entreprises ?

N.27.4. Faites-vous ce constat à propos des portefeuilles financiers ?

N.27.5. Faites-vous ce constat dans d'autres cas ?

N.28.1. Comment sont évalués les biens indivis qui sont attribués à l'un ou à l'autre des ex-cohabitants légaux dans le partage ?

N.28.2. La valeur correspond-elle généralement à la valeur du marché ?

N.28.3. Comment réagissez-vous lorsque vous constatez qu'un accord sous-évalue un bien de valeur attribué à l'un des ex-cohabitants ?

N.29.1. Comment réagissez-vous si vous constatez un déséquilibre dans un accord partiel ou dans un accord amiable (intervenu en cours ou à la fin de la liquidation-partage) ?

N.29.2. Si par exemple vous constatez que les ex-cohabitants légaux ont renoncé à établir des comptes de créances (enrichissement sans cause/injustifié, art. 5.135 C. civ.) ;

N.29.3. Si par exemple vous constatez des attributions sans soulte ;

N.29.4. Si en outre vous apprenez qu'il n'y a pas de pension alimentaire entre ex-cohabitants légaux ;

N.29.5. Si en outre vous remarquez que la situation des enfants influence les discussions relatives au partage.

N.30.1. Identifiez-vous un rapport de force en termes de négociations entre les ex-cohabitants-légaux pendant la liquidation-partage ? Cela influence-t-il votre attitude ?

N.30.2. La présence d'un-e avocat-e affecte-t-elle ce rapport de force éventuel entre ex-cohabitants-légaux ? Cela influence-t-il votre attitude ?

N.31. Est-ce que des questions relatives à des pensions légales et complémentaires (individuelles ou assurance-groupe) sont évoquées et discutées pendant la liquidation-partage ?

3. SUCCESSION ET LIBÉRALITÉS

3.1. *Libéralités*

3.1.1. Entre époux

N.32.1. Observez-vous fréquemment des donations entre époux ou des avantages matrimoniaux dans les contrats de mariage (p. ex. : attribution intégrale de la communauté en cas de décès, institutions contractuelles sur biens propres...) ?

N.32.2. Quelle est l'intention des époux à ce propos (p. ex. : augmenter des droits successoraux, compenser des disparités socio-économiques entre les époux, accorder une rémunération différée, obtenir des avantages fiscaux...) ?

N.32.3. Exposez-vous à cette occasion les risques de conflit futur entre l'époux bénéficiaire de ces avantages et les enfants ?

N.32.4. Recommandez-vous davantage certains mécanismes par rapport à d'autres ?

N.33.1. Observez-vous souvent des révocations de donations de biens présents entre époux ?

N.33.2. Suggérez-vous parfois que de telles donations soient faites par contrat de mariage (irrévocables) ?

N.33.3. Le donateur est-il plus souvent l'époux que l'épouse ?

N.33.4. Dans quels cas le donateur est-il plus souvent l'époux ou l'épouse ?

3.1.2. Aux enfants

N.34.1. Lorsque des parents envisagent une donation ou un legs en faveur d'un de leurs enfants, observez-vous une tendance à vouloir gratifier les autres enfants de la même façon ?

N.34.2. Comment présentez-vous les mécanismes protecteurs de l'égalité entre enfants (rapport, réduction, restitution en nature ou en valeur...) ?

N.34.3. Le cas échéant, évoquez-vous le pacte successoral global ?

N.35.1. Observez-vous une tendance des parents à donner ou léguer certains types de biens plus fréquemment à des héritiers masculins ou féminins ?

N.35.2. Faites-vous ce constat à propos des immeubles ?

N.35.3. Faites-vous ce constat à propos des entreprises familiales ?

N.35.4. Faites-vous ce constat à propos des portefeuilles financiers ?

N.35.5. Observez-vous plus fréquemment des libéralités **préciputaires** au profit des héritiers masculins ou féminins ?

3.2. *Succession*

3.2.1. Situation du conjoint survivant

N.36.1. Constatez-vous que le conjoint survivant marié sous un régime de séparation de biens est moins protégé que le conjoint survivant marié en régime de communauté de biens ?

N.36.2. Le cas échéant, quelles dispositions du contrat de mariage qui permettent selon vous d'y remédier ?

N.36.3. Rencontrez-vous fréquemment des conjoints survivants mariés sous un régime de séparation de biens sans bien(s) indivis, avec enfants, qui n'héritent que de droits en usufruit ?

N.37.1. Avez-vous constaté parfois que l'usufruit du conjoint survivant ne le protège pas suffisamment ?

N.37.2. Faites-vous ce constat en raison de son âge ou de la nature des biens de la succession ?

N.37.3. Est-ce que des conjoints survivants en parlent ouvertement avec vous, et le cas échéant en présence des enfants ?

N.37.4. Est-ce que les règles de dévolution successorale applicables au conjoint survivant en présence d'enfants sont sources de tensions entre les héritiers ?

N.37.5. Avez-vous le sentiment que le droit successoral belge protège mieux le lignage que le couple ?

N.38.1. En présence d'enfants, vous est-il souvent demandé de procéder à une conversion des droits en usufruit du conjoint survivant ?

N.38.2. Quelles sont les raisons de ces conversions ?

N.38.3. Le cas échéant, cette conversion aboutit-elle à attribuer un immeuble au conjoint survivant ?

N.38.4. Le cas échéant, observez-vous des tensions entre les enfants et le conjoint survivant ?

3.2.2. Situation des enfants

N.39.1. Lors du partage d'une succession entre plusieurs enfants, observez-vous que certains types de bien sont plus fréquemment repris par des héritiers masculins ou féminins ?

N.39.2. Faites-vous ce constat à propos des immeubles ?

N.39.3. Faites-vous ce constat à propos des entreprises familiales ?

N.39.4. Faites-vous ce constat à propos des portefeuilles financiers ?

N.39.5. Faites-vous ce constat dans d'autres cas ?

N.40.1. Comment les héritiers évaluent-ils les biens indivis qui sont repris par l'un ou l'autre ?

N.41.2. La valeur correspond-elle généralement à la valeur du marché ?

N.41.3. Intervenez-vous lorsque vous constatez qu'un accord sous-évalue un bien de valeur attribué à l'un des héritiers ?

N.41. Êtes-vous amené à acter des accords de partage portant attribution de biens de valeur avec d'autres compensations qu'une soulte (p. ex. : prise en charge de frais, reprise d'un crédit, statut d'actionnaire sans droit de vote, bail à vie...)?

N.42. Comment réagissez-vous si vous constatez un déséquilibre entre héritiers masculins et féminins dans un projet de partage ?

N.43. Identifiez-vous un rapport de force entre héritiers masculins et féminins au moment du partage de la succession ? Cela influence-t-il votre attitude ?

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	5
Chapitre 1.	
Présentation de l'étude	7
Section 1. Objectifs	7
Section 2. Équipe	8
Section 3. Nature et structure de l'étude	9
Section 4. Méthodologie de la recherche empirique.....	10
A. Dispositif méthodologique.....	10
B. Diffusion	11
1. Appel à contribution à portée générale	11
2. Appels à participation ciblés	12
C. Profil des participants	13
D. Traitement des données recueillies.....	14
E. Limites.....	15
Chapitre 2.	
État de l'art socio-économique et juridique	17
Section 1. Situation socio-économique des femmes et des hommes	18
A. Inégalités socio-économiques entre les femmes et les hommes.....	18
1. Inégalités dans la participation au travail	19
2. Inégalités de salaire et de position.....	21
3. Inégalités pendant la carrière.....	23
4. Inégalités au sein du ménage	24
5. Inégalités liées à la pandémie de Covid-19.....	26
B. Inégalités socio-économiques entre les femmes et les hommes après une rupture.....	28
1. Inégalités dans le partage des responsabilités familiales.....	29
2. Inégalités de l'impact financier d'une rupture	30
Section 2. Approche socio-ethnographique des inégalités de genre dans les couples et les familles.....	32
A. Du patrimoine du ménage ou de la famille au patrimoine individuel des femmes et des hommes	32
B. Un objet et une méthodologie de recherche complémentaires.....	34

C.	La notion de biens structurants (immeubles et entreprises)	35
D.	La pratique des comptabilités inversées et leur impact sur la transmission des biens structurants	36
E.	La production de complexité et d'ignorance autour du capital familial	38
F.	La mise en œuvre inégalitaire de règles juridiques protectrices et égalitaires	38
G.	L'épreuve du droit et du terrain belges	40
Section 3. État du droit sur la transmission du patrimoine des couples et des familles. Analyse de droit belge et comparative		
A.	Les époux	41
1.	Point d'entrée : célébration du mariage	41
2.	Régime matrimonial	45
a.	Existence et choix d'un régime matrimonial	45
b.	Régime primaire impératif	49
c.	Régime secondaire supplétif : communauté réduite aux acquêts	53
d.	Régime secondaire supplétif : séparation de biens	55
3.	Point de sortie : séparation et divorce	63
a.	Divorce contentieux	64
b.	Divorce par consentement mutuel	71
B.	Les cohabitants légaux	73
1.	Point d'entrée : formalisation du statut	73
2.	Régime patrimonial	77
3.	Point de sortie : cessation	81
C.	Les cohabitants de fait	84
1.	Point d'entrée : le couple	84
2.	Régime patrimonial	87
3.	Point de sortie : rupture non réglementée	92
D.	La transmission du patrimoine du couple au décès d'un des partenaires	95
1.	La dévolution légale de la succession	96
a.	Conjoint survivant	96
b.	Cohabitant légal survivant	98
2.	La réserve héréditaire	98
E.	Analyse comparative : France et Pays-Bas	100
1.	Les couples mariés : régime matrimonial et protection alimentaire	100
a.	Droit néerlandais	101
b.	Droit français	105
2.	Les partenariats	109
a.	Le partenariat enregistré néerlandais (« <i>geregistreerd partnerschap</i> »)	109
b.	Le pacte civil de solidarité français (PACS)	111

3. Les cohabitations de fait : solutions légales et jurisprudentielles . . 112
 - a. Droit néerlandais 113
 - b. Droit français 113

Chapitre 3.

Étude empirique sur la transmission du patrimoine familial aux femmes et aux hommes à l'épreuve des pratiques professionnelles 115

Section 1. Statut conjugal et patrimonial des couples 115

- A. Mariage, cohabitation légale ou union libre ? Le choix du statut du couple 115
 1. Introduction 115
 2. Le choix des couples et les attentes des partenaires 116
 3. Le moment de la formalisation du statut 118
 4. Accompagnement et cadre juridiques limités pour les couples non mariés. 121
 5. Effets genrés pour les couples non mariés en cas de séparation. . . 122
 - a. L'absence de protection alimentaire légale 122
 - b. L'absence de protection patrimoniale 125
 6. Effets genrés pour les couples non mariés en cas de précédès d'un-e partenaire 126
 7. Conclusion 129
- B. Le mariage et le régime matrimonial secondaire 129
 1. Le succès du régime de la séparation de biens. 129
 2. Les idées préconçues des couples. 130
 3. L'importance de l'avis des notaires : les besoins des couples, les risques et les contraintes liés au choix d'un régime matrimonial. 133
 4. Une lecture économique qui invisibilise les enjeux de genre 140
 5. Conclusion 146
- C. La créance de participation aux acquêts 146
 1. Le principe 146
 2. Les objections 147
 3. Portée du devoir de conseil du/de la notaire 150
 4. Préférence pour des mécanismes de correction alternatifs. 151
 5. Argument de la liberté de choix et de la responsabilité des parties .. 153
 6. Système « *opting out* » vs. « *opting in* » 155
 7. Conclusion 155
- D. La clause de correction judiciaire en équité. 156
 1. Le principe 156
 2. Les objections 156
 3. Une minorité de notaires favorables (avec des réserves) 159
 4. La réaction des couples 161

5.	De l'« <i>opting out</i> » contractuel à la suggestion d'une correction légale impérative	162
6.	Conclusion	163
Section 2. Séparation et divorce		164
A.	Procédures	164
1.	L'accès aux procédures devant le tribunal de la famille pour tous les couples	164
2.	Divorce par consentement mutuel, divorce contentieux, négociation d'accords : rapports de force et stratégies	165
3.	Procédures inadaptées aux violences conjugales	172
4.	Conclusion	175
B.	Protection alimentaire entre époux-ses	176
1.	Introduction	176
2.	Tendance à l'évitement de la protection alimentaire dans le cadre amiable	176
3.	Les freins à l'obtention de la protection alimentaire en cas de procédure contentieuse	180
a.	Les femmes	180
b.	Le cadre juridique	181
4.	Des magistrates plus sévères envers les femmes ?	190
5.	Conclusion	190
C.	L'hébergement et les contributions alimentaires aux enfants	192
1.	Introduction	192
2.	Procédure amiable	192
a.	Des accords combinant l'entretien et l'hébergement des enfants	192
b.	Le principe du paiement de contributions alimentaires	193
c.	La détermination du montant des contributions alimentaires ..	195
d.	Des conséquences défavorables en cas d'accords imprécis ...	196
3.	Procédure contentieuse	198
a.	Vertus et défauts de la procédure contentieuse	198
b.	Des tendances de genre confirmées et plus marquées	198
i.	Confirmation des tendances de genre observées en procédure amiable	199
ii.	Des tendances plus marquées sur le plan du genre	200
4.	Une fiscalité alimentaire et de l'hébergement genrée ?	204
5.	Conclusion	206
D.	La liquidation-partage	206
1.	Introduction	206
2.	Liquidation-partage amiable	206
a.	Des reprises de biens structurants	207
b.	Accords négociés et rapports de force : regards croisés des professionnel-le-s	209

3.	Liquidation-partage contentieuse	213
a.	L'effet du régime matrimonial	213
b.	L'absence d'évaluation légale du travail au foyer	215
c.	Les donations révocables entre époux-ses	217
d.	La cession et l'occupation du logement : l'incidence de l'intérêt des enfants	218
e.	L'asphyxie financière d'une longue procédure	221
f.	La revalorisation des créances d'investissement immobilier	223
g.	La neutralité des notaires-liquidateurs : regards croisés des professionnel-le-s	225
4.	Conclusion	227
Section 3. Le sort du patrimoine en cas de décès		228
A.	Les droits successoraux en usufruit du/de la conjoint-e survivant-e	228
1.	Introduction	228
2.	Prise de connaissance et déconvenue	229
3.	Insécurité patrimoniale... accrue pour les femmes ?	230
a.	Inquiétudes en cas de maintien du démembrement	232
b.	Inquiétudes en cas de conversion de l'usufruit	234
4.	Difficultés supplémentaires pour les femmes en présence d'enfants non-communs	237
a.	Le droit des beaux-enfants d'exiger la conversion	237
b.	La dévalorisation du droit en usufruit par l'augmentation fictive de l'âge de l'usufruitier/ère	239
5.	Conclusion	239
B.	Planification patrimoniale	240
1.	Introduction	240
2.	Planification à l'égard du/de la conjoint-e/partenaire	240
a.	Objectif des couples	240
b.	Types d'opérations	244
i.	Donations révocables entre époux-ses	244
ii.	Testaments	247
iii.	Clause d'attribution du patrimoine commun (avantages matrimoniaux)	248
3.	Planification à l'égard des enfants	250
a.	Filles et garçons sur un pied d'égalité pour les parents	250
b.	Deux cas très spécifiques	253
i.	La reprise du château de famille par le fils aîné	254
ii.	La reprise de la ferme par un fils	255
4.	Conclusion	257
C.	Le pacte Valkeniers	258
1.	Introduction	258
2.	L'avis favorable des notaires sur la renonciation anticipée	258

3.	Une invisibilisation de l'insécurité patrimoniale du/de la conjoint-e survivant-e	262
4.	Les inconvénients : la possibilité de renonciation intégrale et le formalisme	264
5.	Une invisibilisation des enjeux de genre ou un biais indirect ? ...	266
6.	Conclusion	269

Chapitre 4.

Conclusions et recommandations	271
---	-----

Section 1. Règles de droit civil	276
--	-----

R/A-1 Définir légalement la cohabitation légale comme un statut de couple	276
---	-----

R/A-2 Définir légalement la cohabitation de fait, en instaurant une obligation de contribution aux charges du ménage	277
--	-----

R/A-3 Donner une base légale d'évaluation judiciaire de la valeur économique du travail au foyer	278
--	-----

R/A-4 Donner une base légale d'évaluation judiciaire de la valeur économique d'une collaboration professionnelle gratuite	278
---	-----

R/A-5 Abroger la révocabilité des donations entre époux	279
---	-----

R/A-6 Donner une base légale à l'indemnité d'occupation et sa modération par le juge	279
--	-----

R/A-7 Abroger la revalorisation des récompenses et des créances d'enrichissement sans cause	280
---	-----

R/A-8 Exclure le droit à récompense pour investissement de capital dans le train de vie du couple	281
---	-----

R/A-9 Prendre en considération des années de vie maritale précédant le mariage pour le calcul de la durée de la pension alimentaire.	281
---	-----

R/A-10 Transformer le correctif judiciaire en équité en protection légale « <i>opting out</i> »	282
---	-----

R/A-11 Mettre en place un correctif en équité et une pension alimentaire en cas de rupture pour les cohabitants légaux, « <i>opting out</i> »	282
---	-----

R/A-12 Réformer la vocation successorale en usufruit du conjoint survivant en présence d'enfants	283
--	-----

R/A-13 Réformer la conversion et la valorisation de l'usufruit du conjoint survivant	284
--	-----

Section 2. Pratiques notariales	284
---------------------------------------	-----

R/A-14 Pouvoir résilier le contrat de mariage ou la convention de cohabitation légale	284
---	-----

R/A-15 Devoir renouveler tous les cinq ou dix ans le contrat de mariage ou la convention de cohabitation légale	285
---	-----

R/A-16	Accroître le formalisme notarial pour toute renonciation à une protection légale formellement égalitaire	285
Section 3.	Pratiques judiciaires	286
R/A-17	Imposer de motiver le contenu des accords de partage homologués par un juge ou actés par un notaire	286
R/A-18	Revaloriser la présence des professionnels du droit dans les modes alternatifs de règlement des conflits.	287
R/A-19	Instaurer le cadre légal ou procédural d'une avance sur provision ou pension alimentaire limitée à une durée déterminée	287
R/A-20	Aide juridique et valeur du point <i>pro deo</i>	287
R/A-21	Ouvrir l'accès au tribunal de la famille pour tous les couples.	288
Annexe 1.		
	Traduction des citations en néerlandais.	289
Annexe 2.		
	Questionnaire – avocat-es	301
Annexe 3.		
	Questionnaire – magistrat-es	311
Annexe 4.		
	Questionnaire – notaires.	317

