

L'articulation entre liquidation-partage et pension alimentaire face aux objectifs *post-divorce* d'aujourd'hui

Analyse de droit comparé : la Belgique, la France et l'Ecosse

Mémoire réalisé par
Margot Dupuis

Promoteur(s)
Jehanne Sosson

Année académique 2015-2016
Master en droit - Justice civile et pénale

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 107 à 114 du Règlement général des études et des examens de l'Université.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation, quelle qu'en soit l'ampleur, le cas échéant par le biais d'une traduction, des idées ou énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées, de même que l'utilisation de représentations graphiques d'un tiers, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement au sein de la prestation réalisée par l'étudiant.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source mentionnée.

S'il y a eu plagiat, l'étudiant peut se voir infliger une sanction disciplinaire, en fonction de la gravité des faits. Toute constatation de tricherie et de plagiat opérée par le jury est communiquée au vice-recteur aux affaires étudiantes par le président du jury.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Avant toute chose, je tiens à remercier ma promotrice Jehanne Sosson pour la disponibilité dont elle a fait preuve tout au long de cette année et les conseils avisés qui m'ont permis de réaliser ce mémoire.

Je tiens ensuite à remercier Nathalie Dandoy pour l'attention portée à mon travail et pour les pistes précieuses qu'elle m'a conseillé de suivre.

Enfin, je remercie les membres de mon entourage d'avoir pris le temps de relire mon travail afin de le parfaire tant sur le plan syntaxique qu'orthographique.

Table des matières

INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE : LES OBJECTIFS POST-DIVORCE DU 21^E SIÈCLE FACE À TROIS SYSTÈMES DE MAINTENANCE EMBLÉMATIQUES	3
Chapitre 1 : Définition des objectifs <i>post-divorce</i> du 21 ^e siècle	4
Section 1 : L'objectif d'indépendance	4
Section 2 : L'objectif indemnitaire.....	5
§1 : L'objectif compensatoire	6
§2 : L'objectif purement indemnitaire.....	7
§3 : Confusion entre les deux critères	7
Section 3 : L'objectif alimentaire	8
Chapitre 2: La Belgique et son modèle (originellement) alimentaire	9
Section 1 : Définition de la pension alimentaire belge.....	9
§1 : Conditions d'octroi et critères de détermination du montant de la pension alimentaire	10
§2 : Nature de la pension alimentaire belge	12
§3 : Forme de la pension alimentaire	14
Section 2 : Bilan général de la pension alimentaire belge.....	16
§1 : Articulation entre la liquidation-partage et l'octroi d'une pension alimentaire	16
§2 : Le système d'alimentation belge face aux objectifs post-divorce du 21 ^e siècle ...	17
Chapitre 3 : La France et son modèle progressiste ; analyse d'une pension continentale « à l'écossaise ».....	19
Section 1 : Cadre général de la prestation compensatoire française	19
§1 : Conditions d'octroi et critères de détermination de la prestation compensatoire française	20
§2 : Nature de la prestation compensatoire française.....	21
§3 : Forme de la prestation compensatoire.....	22
Section 2 : Bilan général de la prestation compensatoire française	24
§1 : Articulation entre la liquidation-partage et la prestation compensatoire	24
§2 : Confrontation du système français aux objectifs post-divorce du 21 ^e siècle	27
A. Réponse aux objectifs.....	27

B. Problématique du caractère compensatoire	28
C. Problématique de l'objectif d'indépendance	28
Chapitre 4: L'Ecosse et son système <i>on-off</i>	30
Section 1 : Cadre général de la <i>maintenance</i> écossaise.....	31
§1 : Cadre général du système en une étape.....	33
A. Le paiement d'un capital ou le transfert de propriété d'un bien	33
B. L'octroi d'une allocation périodique.....	34
C. L'ordonnance de mesures accessoires.....	35
§2 : Critères pris en compte pour l'octroi d'une Maintenance et la détermination de son montant	36
§3 : Nature de la Maintenance écossaise.....	37
Section 2 : Bilan général du système <i>on-off</i> écossais	39
§1 : Articulation entre la liquidation-partage de la matrimonial property et la maintenance	39
§2 : Le système en une étape mis en place en Ecosse face aux différents objectifs post-divorce du 21 ^e siècle.....	40
Chapitre 5 : Confrontation des trois types d'articulation entre liquidation-partage et <i>Maintenance</i> aux objectifs post-divorce du 21 ^e siècle	42
Section 1 : l'Ecosse et son système <i>one-step</i> répondent parfaitement à ces objectifs	42
Section 2 : les modèles <i>two-steps</i> ne remplissent pas les objectifs post-divorce du 21 ^e siècle.....	43
§1 : Similarité des modèles français et belges.....	43
§2 : De Lege Lata du mécanisme <i>two-steps</i> continental	44
Section 3 : Volonté française d'adopter un mécanisme <i>one-step</i>	45

SECONDE PARTIE : PISTES POUR UNE PENSION ALIMENTAIRE BELGE

RÉPONDANT À TOUS LES OBJECTIFS POST-DIVORCE DU 21^E SIÈCLE 48

Chapitre 1 : Possibilité de créer un mécanisme <i>one-step</i>	48
Section 1 : Revoir le système dans son ensemble	48
Section 2 : Cas du régime de communauté	49
Section 3 : Cas du régime de séparation des biens.....	51
Section 4 : Solutions en cas d'insuffisance de l'actif.....	52
Section 5 : Synthèse	53
Chapitre 2 : Possibilité d'atteindre les objectifs en conservant notre mécanisme <i>two-steps</i>	54

Section 1 : S'inspirer du modèle français.....	55
§1 : Avantages et inconvénients de l'option française	55
§2 : De Lege Feranda d'une réforme plus profonde	56
Section 2 : Revenir à une pension purement alimentaire	56
§1 : Bénéfice d'un tel mécanisme	56
§2 : Intégration du caractère indemnitaire au système de récompense	57
§2 : Intégration du caractère compensatoire à la liquidation-partage	59
Chapitre 3 : Synthèse des pistes envisageables en Belgique pour remplir tous les objectifs <i>post-divorce</i> d'aujourd'hui	60
CONCLUSION	62
BIBLIOGRAPHIE	64
Législation	64
Jurisprudence.....	65
Jurisprudence belge	65
Jurisprudence Française	66
Jurisprudence Ecossaise	66
Doctrine	66
Webographie	71

Introduction

A l'aube du 21^e siècle, les législateurs de nos pays occidentaux doivent faire face à de nouveaux défis. Comment combiner des institutions étatiques, telles le mariage et la famille, aux prétentions libéralistes d'aujourd'hui ?¹ Comment promouvoir la liberté de chacun tout en assurant des moyens de subsistance à tous ? Il s'agit, au fil des réformes, de trouver le juste équilibre entre les fondements de notre société et le respect de la démocratie.

Le divorce est l'une des figures les plus emblématiques de l'évolution des mœurs. La matière a été, ces deux dernières décennies, profondément réformée afin d'en arriver à différents compromis, souhaitables selon certains – critiquables selon d'autres.²

La question se pose plus particulièrement au sujet de la pension alimentaire après divorce, qui a fait l'objet d'une véritable révolution en 2007.³ En effet, nous sommes à une époque où la femme, de plus en plus présente sur le marché du travail, revendique son indépendance et milite pour être en tout point l'égale de l'homme. Dès lors, les mécanismes de protection de l'époux lésé – par exemple celui de la pension alimentaire – ont-ils toujours leur place dans notre législation actuelle ?

A l'origine, seul l'époux qui prouvait « *que le divorce était la conséquence de la faute grave de son conjoint, ayant provoqué la désunion irrémédiable des époux* »⁴ pouvait prétendre au bénéfice d'une pension alimentaire. Le mécanisme s'est peu à peu généralisé⁵ et peut, aujourd'hui, « *être ouvert même au conjoint qui aura sollicité et obtenu le divorce sans cause* »⁶. Le *droit au divorce* semble donc s'être accompagné, au fil des années, d'un *droit à la pension alimentaire*.

Le nouveau système mis en place pose néanmoins quelques questions, notamment quant aux différents objectifs que le divorce devrait poursuivre aujourd'hui. L'analyse de ces objectifs

¹ J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce : le « droit au divorce » », *R.T.D.F.*, 2007/4, p.934.

² *Ibid.*

³ Loi du 27 avril 2007 réformant le divorce, *M.B.*, 07/06/2007, p. 30881.

⁴ A.-C. VAN GYSEL, « Quelques questions au sujet de la pension alimentaire après divorce », in *Divorce et aliments, actes du XII colloque de l'association « famille et droit »*, Liège, 10 février 2012, (sous la dir. de Y.-H. LELEU), Bruxelles, Bruylant, 2012, p.112.

⁵ Cass., 8 janvier 1982, *Pas.*, 1982, I, p.578. ; Mons (2e ch.), 4 décembre 2001, *R.T.D.F.*, 2002, p.467 ; Bruxelles, 24 octobre 2002, *R.T.D.F.*, 2004, p.132.

⁶⁶ Projet de loi réformant le divorce du 15 mars 2006, *doc.parl.*, Ch. Repr., sess. Ord. 2005-2006, n°41-2341/001, p.6.

ne peut se limiter à ceux de la pension alimentaire. En effet, et nous le verrons, plusieurs aspects de la pension alimentaire sont, ailleurs, injectés aux opérations de liquidation-partage.

Dès lors, il s'agira d'examiner différents modèles d'articulation entre pension alimentaire et liquidation-partage, chaque modèle répondant de manière différente aux objectifs *post-divorce* du 21^e siècle. Au regard de cette analyse, il y aura lieu de se demander si l'articulation mise en place en Belgique entre les deux mécanismes peut répondre aux impératifs d'aujourd'hui ou si notre modèle semble dépassé.

Les trois modèles étudiés seront les suivants ; la Belgique et son système essentiellement dualiste, l'Ecosse, qui procède en une étape, assimilant les deux institutions, et enfin la France dont le modèle se situe à mi-chemin entre les deux modèles précités.

La première partie de ce mémoire sera essentiellement composée de considérations théoriques. Après avoir exposé les différents objectifs *post-divorce* qui semblent prépondérants à l'heure actuelle, nous passerons en revue les trois Etats étudiés, tout particulièrement quant à l'articulation entre la liquidation-partage et la pension alimentaire et quant à leur pertinence face aux objectifs précités. Le dernier chapitre synthétisera les différents modèles et aura une approche plus transversale de la question.

La seconde partie sera, quant à elle, consacrée à l'élaboration de pistes, de solutions envisageables pour créer, en Belgique, un système *idéal* face aux objectifs précités et aux enseignements tirés des différents modèles. Toutefois, nous nous devons de rester humbles quant aux conclusions tirées et aux solutions avancées; ces différentes pistes sont à envisager au conditionnel et n'existent qu'au stade de leur théorie. Les solutions proposées sont à interpréter au regard de toute l'humilité dont un étudiant en dernière année doit faire preuve.

Première partie : les objectifs post-divorce du 21^e siècle

face à trois systèmes de *Maintenance* emblématiques

Préalablement à l'examen de l'articulation entre liquidation-partage et pension alimentaire, cette partie sera principalement consacrée à un rappel théorique des systèmes mis en place par les trois modèles étudiés ainsi que de leurs objectifs principaux, afin d'en saisir toutes les subtilités et les enjeux s'y rattachant.

Ainsi, avant d'analyser les trois sujets d'étude de ce mémoire qui sont la Belgique, la France et l'Ecosse, il y a lieu d'analyser les objectifs poursuivis par la pension alimentaire (quelle que soit sa dénomination) par les différents législateurs quant à la situation *post-divorce*.

En effet, bien que ces objectifs découlent en réalité des logiques mises en place par chacun des systèmes étudiés, il semblait nécessaire de les définir et de les expliquer préalablement à tous les développements qui suivront. Ce choix de méthodologie a pour objectif de conserver une ligne conductrice claire et de pouvoir expliquer de façon précise les mécanismes mis en place et leurs implications concrètes afin de tenter de trouver des pistes pour les corriger dans la seconde partie de ce mémoire.

Ces objectifs sont ceux de la *maintenance* – pour lui donner une dénomination globale, chaque système étudié ayant son propre vocabulaire - mais aussi et plus généralement ceux de la situation *post-divorce*. Nous le verrons, dans les pays de *Common Law*, il est en effet difficile d'isoler les objectifs de la *maintenance* à partir du moment où ils sont pris en compte dans le partage des biens entre les époux.

Après avoir passé en revue ces différents objectifs, il y aura lieu d'analyser les systèmes mis en place, chacun ayant ses particularités dans la manière d'atteindre ces objectifs. Les critères d'attribution et la forme de la pension déterminant sa nature (et, par conséquent, ses objectifs), il semble également nécessaire d'exposer ces derniers de façon synthétique.

Enfin, nous procéderons à une brève analyse critique des pays observés – d'abord quant à l'articulation concrète entre la liquidation-partage du régime matrimonial et la pension alimentaire, et ensuite quant à la réponse aux objectifs poursuivis et au système en vigueur.

Chapitre 1 : Définition des objectifs *post-divorce* du 21^e siècle

A l'aube du 21^e siècle, les préoccupations des législateurs européens démontrent plusieurs points de convergence. Dans chacun des systèmes observés, il s'agit d'en arriver à un *clean break*, une indépendance totale des époux après le divorce, en indemnisant les sacrifices faits par l'un d'eux ainsi que la perte du bénéfice que lui apportait la vie commune, tout en s'assurant qu'aucun des époux ne se retrouve dans le besoin une fois le divorce prononcé.

Section 1 : L'objectif d'indépendance

Les systèmes étudiés ont tous trois créé un droit au divorce entraînant une indépendance des anciens époux. Il s'agit de la ligne directrice de toutes les réformes en droit du divorce engagées cette dernière décennie.

En Belgique, la réforme du divorce du 27 avril 2007⁷ avait pour objectif de faciliter l'accès au divorce, celui-ci devant désormais être considéré comme « *un contrat sui generis renouvelé au jour le jour* »⁸. Cette facilité d'accès au divorce va de pair avec la volonté de donner une nouvelle vie aux époux, désormais libérés l'un de l'autre. Dans la loi, il est en effet possible de déceler plusieurs éléments tendant à favoriser l'indépendance entre les époux après le divorce, notamment concernant la limitation dans le temps de la pension.⁹ Par ailleurs, si l'on en croit des débats parlementaires, la pension alimentaire avait originellement pour but d'inciter son créancier à obtenir sa propre indépendance économique après le divorce.¹⁰

En France, la réforme de 2004¹¹ « *avait pour ambition de mieux reconnaître, au sein de la sphère privée, l'aspiration de nos concitoyens à plus de volonté et de liberté et d'affirmer les références essentielles qui constituent le socle de notre société, au rang desquels la valeur de l'engagement, la solidarité et la responsabilité.* »¹² Le but de la capitalisation automatique de la prestation étant « *de favoriser l'apurement rapide des relations pécuniaires entre époux par l'octroi d'un capital* »¹³.

⁷ Loi du 27 avril 2007 réformant le divorce, précitée.

⁸ Projet de loi réformant le divorce du 15 mars 2006, précité.

⁹ A. DUELZ, J.-C. BROUWERS, Q. FISCHER, *Le droit du divorce*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 276.

¹⁰ J.-C. BROUWERS, « Le nouvel article 301 du code civil et le droit transitoire », *Div. Act.*, 2007, p. 110. ; Projet de loi réformant le divorce, Rapport fait au nom de la sous-commission « droit de la famille », 18 juillet 2006, *doc.parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n°51-2341/007, p.32.

¹¹ Loi relative au divorce du 26 mai 2004, n°2004-439, *J.O.*, n°122 du 27 mai 2004.

¹² Projet de loi relatif au divorce, annexe au procès-verbal de la séance du 9 juillet 2003, *doc. parl.*, Sénat français, sess. Extraord. 2002-2003, doc. n°389.

¹³ *Ibid.*

Enfin, en Ecosse, depuis le *Family Law (Scotland) Act 1985*¹⁴, le juge a pour obligation de tenter d'en arriver à un *clean break*¹⁵, une indépendance totale des époux après le divorce. Cet objectif explique notamment le fait qu'une rente ne pourra être octroyée que de manière extrêmement subsidiaire, si la liquidation de la *matrimonial property* n'a pas permis de répondre aux différents objectifs de la *maintenance*.¹⁶

Cet objectif d'indépendance, parfois décelé en filigrane dans les différents projets de loi, va de pair avec l'idée selon laquelle les divorces sont de plus en plus fréquents. En effet, à partir du moment où trois mariages sur quatre s'achèvent par un divorce, difficile d'encore y attacher des conséquences à long terme.¹⁷

Section 2 : L'objectif indemnitaire

L'objectif indemnitaire peut également être mis en exergue dans le cadre de l'analyse des différents systèmes de pension alimentaire. En effet, chaque système observé portait une attention particulière au sort de celui des époux qui a sacrifié sa carrière au bénéfice du ménage et qui, au moment du divorce, se retrouve sans le sou. Il semblerait que ce caractère existe pour des raisons d'équité ; il s'agit d'ajouter un peu d'humanité aux calculs stricts de la liquidation-partage.

Néanmoins, comme l'ont souligné Nathalie Dandoy et ses confrères¹⁸, derrière le vocabulaire *indemnitaire* se cachent en réalité deux idées distinctes, qui se rejoignent finalement dans leur application concrète. Cette distinction n'est encore qu'au stade de la théorie, l'article n'ayant pas encore été publié – ni fait l'objet de controverses. Toutefois, elle semblait pertinente dans le cadre de notre analyse, ses fondements étant déjà présents, en graine, dans les différentes critiques doctrinales observées.

¹⁴ Family Law (Scotland) Act 1985.

¹⁵ J. MAIR, « Common principles and purposes ? Scots law and the CEFL », in *Juxtaposing legal systems and the principles of european family law on divorce and maintenance*, Antwerpen-Oxford, éd. Intersentia, 2007, p. 88.

¹⁶ W. PINTENS. « Matrimonial property law in Europe », in *The future of family property in Europe*, (sous la dir. de K. BOELE-WOELKI, J. MILES et J. M. SCHERPE), Cambridge, Antwerp, Portland, éd. Intersentia, p.33.

¹⁷ Projet de loi relatif au divorce, annexe au procès-verbal de la séance du 9 juillet 2003, *doc. parl.*, Sénat français, sess. extraord. 2002-2003, doc. n°389.

¹⁸ N. DANDOY ; Y. FAVIER ; F. GRANET, « Les logiques implicites de la prestation en droit comparé, approches européennes », non encore publié mais à paraître dans la revue *Droit et société* au cours de l'été 2016, p.7.

§1 : L'objectif compensatoire

Le concept de compensation recouvre quelque peu celui d' « assurance »¹⁹ ; par le simple fait du mariage, l'époux est certain qu'il conservera un niveau de vie similaire à celui qu'il avait pendant la durée de celui-ci, que le mariage perdure ou non.²⁰

En cas de divorce, la prestation compensatoire (ou, selon le pays, pension alimentaire) « sera versée pour compenser la perte de cette communauté d'existence consécutive au divorce »²¹.

Le fondement de cet objectif compensatoire a été mis en exergue par certains économistes juridiques²² et ne semble pas compatible avec notre nouveau *droit au divorce*. Selon la théorie économique – qui date pourtant de 2009 – le divorce doit être considéré comme un contrat entraînant un gain économique pour chacune des parties, et plus particulièrement « l'épouse qui, se spécialisant dans l'éducation des enfants et les tâches domestiques, demande un contrat de long terme à son mari »²³. Dès lors, la solution pour protéger les parties de la résiliation du contrat par pur opportunisme « consiste à rendre la rupture coûteuse pour la partie qui souhaite divorcer »²⁴. Il s'agira alors de trouver un mode d'indemnisation qui correspond « à la somme minimale que l'époux doit payer pour acheter le droit de divorcer à sa femme ; pour qu'elle soit indifférente entre divorcer ou rester mariée ».²⁵ Selon d'autres auteurs, le caractère compensatoire « serait la manifestation du principe chrétien de l'indissolubilité du mariage ».²⁶

Cette analyse, qui peut nous sembler largement dépassée au regard de la vision actuelle du mariage et du divorce, est en réalité l'objectif principal de la prestation compensatoire française – objectif que nous remettrons inévitablement en question plus tard.

En Belgique (tout comme en Ecosse), bien que certains critères de détermination du montant de la pension alimentaire soient teintés de considérations compensatoires, la compensation ne peut que difficilement être perçue comme un objectif à atteindre.²⁷ En effet, comment justifier cette idée de compensation, de droit acquis par le simple fait du mariage, à une époque où

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² M. DORIAT-DUBAN, C. BOURREAU-DUBOIS et B. JEANDIDIER, « Economie du droit du divorce », in *Analyse économique du droit* (sous la dir. de B. DEFFAINS et E. LANGLAIS), Bruxelles, De Boeck, 2009, pp. 228-260

²³ M. DORIAT-DUBAN, C. BOURREAU-DUBOIS et B. JEANDIDIER, *op.cit.*, p.230

²⁴ M. DORIAT-DUBAN, C. BOURREAU-DUBOIS et B. JEANDIDIER, *op.cit.*, p.232.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ C. ATIAS, « Pour une réforme réaliste de l'art. 227 du C. civ. », *Recueil Dalloz.*, 1988, chron. 175.

²⁷ Projet de loi réformant le divorce, Amendement n°3 par M. SWENNEN, *doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 12 mai 2006, lég 2005-2006, n°51-2351/002, p.3.

l'accès au divorce est à ce point facilité ? En outre, difficile d'allier un rééquilibrage des richesses avec les fondements séparatistes de certains régimes matrimoniaux. L'objectif compensatoire est donc sans nul doute une conséquence de la pension alimentaire belge, mais elle ne peut, selon nous, en aucun cas en être l'objectif principal.

§2 : *L'objectif purement indemnitaire*

Le concept purement indemnitaire est, quant à lui, bien plus justifiable. Il s'agit d'indemniser « *les investissements spécifiques d'un des époux dans la vie domestique* »²⁸ ainsi que l'aide apportée à l'« *ascension professionnelle de son conjoint* ».²⁹

Il n'est donc en aucun cas à confondre avec l'objectif indemnitaire de l'ancien régime belge selon lequel seul l'époux qui « *prouvait que le divorce était la conséquence de la faute grave de son conjoint, ayant provoqué la désunion irrémédiable des époux* »³⁰ pouvait prétendre au bénéfice de la pension.³¹

Il s'agit plutôt d'une « *fonction réparatrice du dommage généré par l'investissement en nature d'un des conjoints dans les charges du mariage* ».³²

Cet objectif nous paraît cette fois conforme aux besoins de la collectivité et est expressément pris en compte dans chacun des modèles que nous étudierons. On considère alors que si l'époux le plus aisé a pu s'enrichir, c'est « *grâce au soutien matériel, moral et affectif de l'autre époux qui assumait certaines tâches de la vie quotidienne* »³³.

Cet aspect indemnitaire n'est, en outre, pas seulement présent dans la pension alimentaire ; certains tribunaux appliquent déjà ce principe au moment du partage des biens communs du couple.³⁴ Nous reviendrons à cet aspect dans la seconde partie de ce mémoire.

§3 : *Confusion entre les deux critères*

L'article proposant cette distinction, qui est à paraître dans la revue *droit et société* dans le courant de l'été 2016, nous donne des pistes pour distinguer l'objectif compensatoire de

²⁸ N. DANDOY ; Y. FAVIER ; F. GRANET, *op.cit.*

²⁹ N. DANDOY ; Y. FAVIER ; F. GRANET, *op.cit.*

³⁰ A.-C. VAN GYSEL, « Quelques questions au sujet de la pension alimentaire après divorce », in *Divorce et aliments, actes du VII colloque de l'association « famille et droit » du 10 février 2012 à Liège* (sous la dir. de Y.-H. Leleu), Bruxelles, Bruylant, 2012, p.112.

³¹ J.P. Liège, 3 mars 2010, *R.T.D.F.*, 2010, p.623.

³² *Ibid.*

³³ J.-L. RENCHON, « Les comptes entre époux séparés de biens relatifs à leurs immeubles indivis et propres », in *La liquidation des régimes de séparation de biens*, Liège, éd. Jeune Barreau de Liège, 2000, p.47.

³⁴ Liège, 8 janvier 1996, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1996, p.572 ; Liège, 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 57 ; Liège, 2 juin 2004, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2005, p.1214.

l'objectif purement indemnitaire, notamment concernant le moment à prendre en compte pour déterminer le montant la pension ; s'agissant d'une logique assurantielle, le juge aura égard de la dégradation du niveau de vie **en raison du divorce**. Par contre, s'agissant d'une logique purement indemnitaire, le juge analysera quelle aurait été la situation de l'époux **s'il ne s'était jamais marié**, étant donné qu'il s'agit des sacrifices effectués par l'époux pendant et en raison de son mariage.³⁵

Or, on constate que, tant en France qu'en Belgique, le juge a égard de la *dégradation du niveau de vie tant en raison du mariage qu'en raison du divorce*³⁶. Cette dénomination témoigne du flou dans les objectifs de la pension et de la confusion entre les objectifs purement indemnitaires et compensatoires.

Nous analyserons plus en profondeur les objectifs précis poursuivis dans chaque modèle après avoir examiné, pour chacun d'entre eux, les critères à prendre en compte pour déterminer l'octroi d'une *maintenance* ainsi que de son montant.

Section 3 : L'objectif alimentaire

L'objectif alimentaire peut être considéré comme la continuité de l'obligation de solidarité et de secours entre époux au-delà du divorce.³⁷ Cette obligation, une fois le mariage dissout, n'a plus qu'une portée restreinte ; il s'agit de se limiter aux besoins strictement nécessaires de l'époux créancier.³⁸ Il s'agira d'« *assurer l'entretien de l'époux qui se trouve dans une situation de besoin à laquelle il ne peut subvenir* ».³⁹

Cet objectif alimentaire se retrouve dans les trois Etats étudiés. D'abord en Belgique et en France, le législateur se référant expressément à l'état de besoin, et ensuite en Ecosse en admettant – nous le verrons – le recours à la rente comme une modalité de *maintenance* dans le cas où aucune autre solution n'est envisageable.

Par ailleurs, bien que l'objectif alimentaire soit prépondérant en Belgique, ce n'est pas le cas en France ni en Ecosse. En effet, dans leurs systèmes, l'objectif d'alimentation n'est que subsidiaire à celui d'indemnisation (ou, le cas échéant, de compensation). Le juge n'a recours au critère de l'état de besoin que quand l'époux lésé n'a obtenu que peu de choses sur base du

³⁵ N. DANDOY ; Y. FAVIER ; F. GRANET, *op.cit.*, p.80.

³⁶ Cass, 12 oct. 2009, *T. Fam.*, 2010, p.71 ; *Act. Dr. Fam.*, 2009-10, p. 199 ; *J.T.*, 2010, p.121 ; *R.T.D.F.*, 2010, p.553.

³⁷ N. DANDOY ; Y. FAVIER ; F. GRANET, *op.cit.* , p.7.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ F. FERRAND ; H. FULCHIRON, *La rupture du mariage en droit comparé*, vol.19, Paris, éd. Société de législation comparée, 2015, p.152.

caractère indemnitaire. En effet, il est clair que les objectifs indemnitaires – et compensatoires – dépassent, quant à leur montant, très largement le simple état de besoin. Dès lors, à partir du moment où un époux récupère au détriment de l'autre une belle somme d'argent, les cas dans lesquels celui-ci persiste dans son état de besoin indépendamment de sa volonté sont rares.

Enfin, il y a lieu de préciser que l'objectif alimentaire n'est que peu compatible avec l'objectif d'indépendance après divorce. En effet, si un époux est dans un état de besoin tel qu'il ne peut se passer de l'aide de l'autre, il en sera, par définition, dépendant. De la sorte, à partir du moment où la *maintenance* présente un caractère exclusivement alimentaire, il est évident qu'il sera impossible d'en arriver à un *clean break* entre les anciens époux.

Chapitre 2: La Belgique et son modèle (originellement) alimentaire

En 2007, notre législateur a exclu du divorce toute notion de faute afin de créer un réel « *droit au divorce* »⁴⁰ en y facilitant l'accès. En parallèle, il a également réformé le système belge des pensions alimentaires.

Depuis la réforme, il existe deux grands types de divorce. D'une part, le divorce par consentement mutuel, pour lequel les parties auront réglé, dans leurs conventions préalables au divorce, toutes les conséquences de ce dernier, y compris les conséquences alimentaires.⁴¹ Le droit contractuel prévalant dans ce cas, nous ne nous attarderons pas dessus. D'autre part, il reste toujours la possibilité du divorce pour désunion irrémédiable, soumis aux règles du code civil, qui sera notre sujet d'étude.

Section 1 : Définition de la pension alimentaire belge

Le siège de la matière de la pension alimentaire après divorce est, depuis la réforme de 2007⁴², contenu à l'article 301 du code civil⁴³ qui dispose que « *le tribunal peut accorder, à la demande de l'époux dans le besoin, une pension alimentaire à charge de l'autre époux* ». ⁴⁴

Le montant de cette pension, qui prend la forme d'une rente mensuelle, doit « *couvrir au moins l'état de besoin du bénéficiaire* »⁴⁵ et au plus « *lui assurer le même niveau de vie que*

⁴⁰ Projet de loi réformant le divorce du 15 mars 2006, précité, p.6.

⁴¹ J. FIERENS, « Le nouveau droit du divorce ou le syndrome Lucky Luke », in *Droit de la famille, coll. Recyclage en droit*, Louvain-La-Neuve, Anthémis, 2007, p.26.

⁴² Loi du 27 avril 2007 réformant le divorce, précité.

⁴³ C. Civ., art. 301.

⁴⁴ C. Civ., art. 301§2.

⁴⁵ C. Civ., art. 301§3.

durant le mariage »⁴⁶, comme l’a rappelé la Cour de Cassation dans son arrêt du 12 octobre 2009⁴⁷, sans, comme elle l’ajoutera plus tard, que ce niveau de vie ne doive être nécessairement atteint⁴⁸. Par ce second arrêt, la Cour de Cassation semble finalement revenir sur sa jurisprudence de 2009 et limiter l’étendue de la pension alimentaire après divorce.⁴⁹

§1 : Conditions d’octroi et critères de détermination du montant de la pension alimentaire

Le juge, pour statuer sur le bénéfice d’une pension alimentaire et sur son montant, doit prendre en compte différents critères⁵⁰ ;

Tout d’abord, il aura égard des revenus des parties, y compris ceux auxquels elles pourraient prétendre *in concreto*.⁵¹ A titre d’illustration, il ne peut être envisageable pour un des anciens époux de rester au chômage sous prétexte qu’il n’a pas travaillé pendant la durée de son mariage⁵², ni d’invoquer l’état de besoin si ce dernier lui est imputable.⁵³ L’augmentation ou la dégression de ces revenus sera également prise en compte pour une éventuelle révision de la pension.⁵⁴

De ces revenus seront déduites les charges incompressibles des parties ; on pense à la contribution alimentaire au bénéfice des enfants⁵⁵, au loyer et frais d’habitation⁵⁶, aux remboursements d’emprunts en cours⁵⁷ et aux frais médicaux,⁵⁸ parmi tant d’autres.

Seront également inclus dans le calcul la valeur des biens que chaque époux aura tiré du partage de l’indivision post-communautaire, comme en atteste l’article 301§7 du Code civil.⁵⁹

⁴⁶ A.-C. VAN GYSEL, « La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable ; un essai de lecture », in *La réforme du divorce, première analyse de la loi du 27 avril 2007*, (sous la dir. de Y.-H. LELEU et D. PIRE), Bruxelles, Larcier, 2007, p.123.

⁴⁷ Cass, 12 oct. 2009, *Act. Dr. Fam.*, 2009-10, p. 199 ; *J.T.*, 2010, p.121 ; *R.T.D.F.*, 2010, p.553 ; *T. Fam.*, 2010, p.71.

⁴⁸ Cass, 6 mars 2014, *Act. Dr. Fam.*, 2014/9, p. 246, et note J.-C. BROUWERS.

⁴⁹ J.-C. BROUWERS, « La référence au niveau de vie existant au cours de la cohabitation légale et la pension alimentaire après divorce », note sous Cass., 6 mars 2014, *Act. Dr. Fam.*, 2014/9, p. 249.

⁵⁰ A. DUELZ, J.-C BROUWERS, Q. FISCHER, *op.cit.*, pp. 283 à 286.

⁵¹ *Ibid* ; Cass., 12 novembre 1976, *J.T.*, 1977, p.308 ; Cass., 23 avril 1992, *R.T.D.F.*, 1994, p.707 ; Bruxelles, 10 juin 2011, *R.G.*, n°2010/AR/714, cité dans *actualités de droit des familles*, Larcier, Bruxelles, 2016, p.239.

⁵² Bruxelles, 10 juin 2011, *R.G.*, n°2010/AR/714, in *Actualités de droit des familles*, Larcier, Bruxelles, 2016, p.239.

⁵³ J.P. Tournai, 8 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p.1155.

⁵⁴ A. DUELZ, J.-C BROUWERS, Q. FISCHER, *op.cit.*, p. 284.

⁵⁵ Mons, 4 décembre 2001, *R.T.D.F.*, 2002, pp. 467 à 469, et note N. DANDOY.

⁵⁶ Bruxelles, 28 novembre 2000, *R.T.D.F.*, 2002, pp. 684 à 687.

⁵⁷ *Ibid*.

⁵⁸ Bruxelles, 24 octobre 2002, *R.T.D.F.*, 2004, pp. 132 à 140.

⁵⁹ I. SCREVE, « C) - Après le divorce (article 301 nouveau du Code civil) » in *Parts contributives et pensions alimentaires*, Liège, Edi.pro, 2009, p. 93.

La liquidation-partage influence donc l'étendue de la pension alimentaire, mais uniquement dans le cadre de l'état de besoin. Les deux mécanismes, en dehors de cet élément, sont indépendants.

Outre ces premiers éléments, l'article 301⁶⁰ cite d'autres critères qui ne peuvent être perdus de vue par le juge ; la durée du mariage (que la durée de la pension ne peut dépasser), l'âge des parties, leur comportement durant le mariage, etc.⁶¹ Il s'agira en réalité d'apprécier les choix opérés par chacun des époux en faveur du mariage, notamment leurs éventuels sacrifices professionnels pour les besoins du ménage.⁶²

La Cour de Cassation, en 2009, a par ailleurs affirmé que pour apprécier l'étendue de l'état de besoin, « *le juge devra tenir compte de la dégradation significative du bénéficiaire résultant des choix opérés par les époux durant la vie commune, mais aussi de la dégradation significative de sa situation en raison du divorce* »⁶³. Ce principe serait, selon la Haute Juridiction, sous-jacent au critère du comportement des parties pendant le mariage.⁶⁴

Quelques années plus tard, la Cour a cependant atténué ses propos en affirmant que la dégradation du niveau de vie d'un époux en raison du divorce ne justifie pas à elle-seule le fait que la pension alimentaire permette à son créancier de bénéficier du même train de vie que durant son mariage ; il est nécessaire que des raisons particulières le justifient, comme par exemple « *la très longue durée du mariage ou l'âge avancé du bénéficiaire* »⁶⁵.

Force est donc de constater que l'état de besoin que la pension doit couvrir est à apprécier différemment dans chaque cas d'espèce ; c'est une « *notion relative, puisqu'elle ne s'identifie pas à l'état de misère ; elle s'apprécie en tenant compte des conditions normales de vie dont le créancier bénéficiait en raison de son éducation et de sa vie sociale ; cette notion reprend donc également le niveau de vie du couple comme élément d'appréciation* ». ⁶⁶ Par ailleurs, le Conseil d'Etat, au moment de l'adoption de la loi, avait déjà mis en exergue ce manque de précisions quant à l'étendue de l'état de besoin que la pension devait couvrir.⁶⁷

⁶⁰ C. Civ., art. 301§3 al.2.

⁶¹ A. DUELZ, J.-C BROUWERS, Q. FISCHER, *op.cit.*, pp. 286.

⁶² F. SWENNEN, K. BOELE-WOELKI, *Vergelijkenderwijs : actuele ontwikkelingen in het belgische en nederlandse familierecht*, Den Haag, éd. Boom Juridische Uitgevers, 2012, p.24.

⁶³ Cass, 12 oct. 2009, précité.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Cass, 6 mars 2014, précité.

⁶⁶ Cass, 12 octobre 2009, précité.

⁶⁷ Projet de loi réformant le divorce, *Doc. Parl.*, Ch. repr. sess. ord. 2006-2007, n°2341/001, p.58.

En résumé, le juge doit avoir égard du standard de vie des époux pour apprécier l'état de besoin du créancier de la pension.⁶⁸ En effet, par le mécanisme de la rente, le juge fixe le montant de la pension alimentaire dans une fourchette oscillant entre l'état de besoin strict (caractère alimentaire) et le niveau de vie des époux si des circonstances particulières l'exigent⁶⁹ (ou, le cas échéant, le tiers des revenus du débiteur).⁷⁰

§2 : Nature de la pension alimentaire belge

Au regard des éléments exposés ci-dessus, il y a lieu de donner plusieurs qualifications à notre pension alimentaire belge.

Le législateur, en 2007, avait réservé à la pension un caractère exclusivement alimentaire en se référant expressément à l'état de besoin, ce qui explique qu'elle soit accordée sous forme de rente.⁷¹ C'est également ce qui justifie la fin des obligations du débiteur en cas de remariage, de cohabitation légale ou de vie maritale du créancier.⁷² Enfin, ce caractère alimentaire explique le fait que la pension puisse être exécutée par équivalent (en argent), mais aussi en nature (occupation à titre gratuit d'un immeuble, paiement de l'emprunt hypothécaire⁷³, ...).⁷⁴

Néanmoins, la référence au train de vie du couple – par définition perdu – et à la dégradation significative de leur situation⁷⁵, tant en raison de leur mariage que de leur divorce⁷⁶ laisse également transparaître des fondements indemnitaires et compensatoires à la pension.

En subjectivant l'état de besoin comme il l'a fait, le législateur s'est attiré les foudres de la doctrine⁷⁷, notamment A.-C. VAN GYSEL, qui considère que « *l'estimation du juge se fait au détriment de toute prévisibilité, partant de toute sécurité juridique et de toute égalité réelle*

⁶⁸ F. SWENNEN ; K. BOELE-WOELKI, *op.cit.*, p. 23.

⁶⁹ N. DANDOY, « La réhabilitation, par la Cour de Cassation, du « niveau de vie des époux pendant la vie commune » parmi les critères qui peuvent déterminer le montant de la pension après divorce », *J.T.*, 2010, p.131. ; Cass, 12 octobre 2009, précité.

⁷⁰ F. FERRAND ; H. FULCHIRON, *op.cit.*, p.15. ; D. PIRE, « Le divorce pour désunion irrémédiable : un an d'application », in *Actualités de droit familial – le point en 2008*, (sous la dir. de Y.-H. LELEU), Liège, Anthémis, 2008, p. 57 ; C.Civ., art. 301 §3 al.3.

⁷¹ C.civ., art.301§3 al.1 ; D. CARRÉ, « La pension alimentaire après divorce (nouvel article 301 du Code civil) », in *X, divorce. Commentaire pratique, VIIter.3.1-1-VIIter.3.11.3-1*, Kluwer, 2012, p.19.

⁷² C. civ., art. 301§10, al.2 et 3.

⁷³ N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2014) », *R.T.D.F.*, 4/2014, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 760 et 783.

⁷⁴ A. DUELZ, J.-C BROUWERS, Q. FISCHER, *op.cit.*, p. 189.

⁷⁵ C. Civ., art. 310 §3 al.2

⁷⁶ Cass, 12 oct. 2009, précité.

⁷⁷ A.-C. VAN GYSEL, *op.cit.*, 2012, pp. 103 -146 ; F. SWENNEN, « Over alimentatieovereenkomsten en echtscheiding (en ook een beetje ove Odysseus) », *T.P.R.*, 2008, p. 1334. - « Hocus pocus alimentatie », *Tij.F.R.*, 2009, p.153.

des justiciables devant la loi »⁷⁸. Par ailleurs, certaines propositions de loi – bien que n’ayant pas été menées à bien – ont reconnu le problème et proposé d’objectiver de façon claire les critères à prendre en compte.⁷⁹

Il est vrai que le législateur se devait de faciliter l’accès au divorce⁸⁰, l’optique actuelle étant que le divorce était « *un contrat sui generis, renouvelé au jour le jour* »⁸¹. Néanmoins, en créant un « *droit au divorce* »⁸², il a également généralisé l’octroi d’une pension alimentaire, de manière à ce que « *l’époux le moins aisé ait droit à une pension alimentaire, sauf si cela serait manifestement contraire à l’équité* ». ⁸³

Or, cela peut paraître étrange de renforcer toute obligation alimentaire alors qu’il est si facile de se séparer actuellement⁸⁴ ; cela revient à « *proroger, après mariage, le devoir de secours entre époux* ». ⁸⁵

Force est donc de constater que la prise en compte de la dégradation du niveau de vie tant en raison du mariage que du divorce pose quelques questions dans la doctrine et est grandement remise en question. A ce sujet, il y a lieu d’analyser de manière distincte l’aspect purement indemnitaire et l’aspect compensatoire.

Au regard des deux arrêts consécutifs de la Cour de Cassation ainsi que des critiques doctrinales les concernant⁸⁶, il semblerait que l’aspect purement indemnitaire ne soit pas remis en cause et puisse, par conséquent, être considéré comme un objectif de la pension alimentaire. L’indemnisation des choix économiques posés par les parties durant la vie commune était par ailleurs expressément prévue par le projet de loi.⁸⁷ Par opposition, l’aspect

⁷⁸ A.-C. VAN GYSEL, « Les critères de fixation du montant de la pension alimentaire suivant la Cour de Cassation », note sous Cass., 12 octobre 2009, *Act. Dr. Fam.*, 2009, p. 206.

⁷⁹ Projet de loi visant à promouvoir une objectivation du calcul de la pension alimentaire après divorce, développements, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2010-2011, n°5-1064/1.

⁸⁰ J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce : le « droit au divorce », *R.T.D.F.*, 2007/4, pp. 925 – 1064.

⁸¹ Projet de loi réformant le divorce, précité, p.6.

⁸² J.-L. RENCHON, *op.cit.*, p. 926.

⁸³ A.-C. VAN GYSEL, « Les critères de fixation du montant de la pension alimentaire suivant la Cour de Cassation », note sous Cass, 12 octobre 2009 *Act. Dr. Fam.*, 2009, p.203.

⁸⁴ A.-C. VAN GYSEL, « «La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable : un essai de lecture » in *La réforme du divorce, première analyse de la loi du 27 avril 2007*, sous la dir. de Y.-H. LELEU et D. PIRE, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 103.

⁸⁵ A.-C. VAN GYSEL, note sous Cass, 12 octobre 2009, *op.cit.*, p.202. ; F. SWENNEN, « Hocus pocus alimentaire », *op.cit.*, p.153.

⁸⁶ A.-C. VAN GYSEL, *op.cit.*

⁸⁷ Projet de loi réformant le divorce, précité, p.11.

compensatoire semble, lui, tant rejeté par la doctrine que par la Haute juridiction⁸⁸ et devrait, au regard de ces mêmes éléments, être écarté de notre système de pension alimentaire.

A ce propos, Nathalie Dandoy⁸⁹, appuyant la théorie de Frederik Swennen⁹⁰, propose une solution qui semble répondre à la logique de l'arrêt de la Cour de Cassation du 6 mars 2014. Dans le cas où il s'agirait d'indemniser les sacrifices opérés par un des époux pendant le mariage, la pension alimentaire serait automatique ; l'objectif purement indemnitaire n'est pas remis en question. Par contre, une pension alimentaire ayant pour objectif de permettre à l'époux de conserver un train de vie similaire à celui qui était le sien pendant le mariage ne sera accordée que si des circonstances particulières le justifient.⁹¹

Enfin, il y a lieu de préciser que si le législateur a élargi l'accès à la pension alimentaire après divorce, il en a également réduit la portée⁹² (notamment en limitant la durée à celle du mariage⁹³) afin que « *le mariage n'en devienne pas pour autant une profession* ». ⁹⁴

§3 : *Forme de la pension alimentaire*

Bien que la rente mensuelle soit de principe, « *la pension peut à tout moment être remplacée de l'accord des parties par un capital homologué par le tribunal. A la demande du débiteur, le tribunal peut également accorder à tout moment la capitalisation* ». ⁹⁵

La capitalisation, si elle est imposée par le juge, sera calculée « *en fonction de la durée du mariage, de la pension accordée à la base, de l'espérance de vie du créancier, ...* » ⁹⁶, de la même façon que « *pour le calcul pratiqué en matière de dédommagement à la suite d'un accident* ». ⁹⁷

La capitalisation a pour conséquence l'irrévisabilité du montant de la pension dans le futur, peu importe les circonstances qui pourraient survenir à l'avenir.⁹⁸ Or, si cette capitalisation

⁸⁸ Cass., 6 mars 2014, précité. La Cour de Cassation, après avoir consacré les caractères indemnitaires et compensatoires de la pension dans son arrêt de 2009, est revenue sur sa position dans son arrêt du 6 mars 2014. Dans celui-ci, elle limite l'étendue du caractère compensatoire en affirmant que la pension alimentaire n'a pas pour objectif de permettre à l'époux créancier de bénéficier du même train de vie, excepté dans le cas où des circonstances particulières le justifient.

⁸⁹ N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2014) », *R.T.D.F.*, 4/2014, Bruxelles, Larcier, 2014, p.774.

⁹⁰ F. SWENNEN, « Hocus pocus alimentatie », *op.cit.*

⁹¹ *Ibid.*

⁹² N. DANDOY, « La réforme du divorce : les effets alimentaires », *R.T.D.F.*, 4/2007, p.1065.

⁹³ C. Civ., art. 301§4, al.1.

⁹⁴ J.P. Liège, 3e canton, 3 mars 2010, *R.T.D.F.*, 2010, p.623.

⁹⁵ C. Civ., art. 301§8.

⁹⁶ A.-C. VAN GYSEL, *op.cit.*, 2007, p.124.

⁹⁷ A. DUELZ, J.-C BROUWERS, Q. FISCHER, *op.cit.*, p. 298.

⁹⁸ A.-C. VAN GYSEL, *op.cit.*, 2007, p.124.

n'avait pas eu lieu, il est probable que la pension alimentaire aurait pris fin plus tôt que prévu, notamment en cas de remariage du créancier ; dans ce cas, ce mécanisme est défavorable au débiteur de la pension. Il peut également être défavorable au créancier de la pension, le privant du droit à demander une augmentation de la pension dans le cas où les ressources du débiteur augmenteraient.⁹⁹

Par ailleurs, qu'elle soit de l'accord des parties ou imposée par le juge, Alain Duelz et ses confrères vantent les qualités de la capitalisation ; par ce mécanisme, « *chacun échappe au souci de la variabilité de la pension, laquelle est sujette aussi bien à la hausse qu'à la baisse. Les ex-conjoints sont déliés des derniers effets personnels de leur mariage. Le créancier peut se remarier, il ne perdra pas ses avantages. Ils peuvent tous deux songer à s'enrichir sans aucune arrière-pensée* »¹⁰⁰.

La capitalisation est donc une « *manière de mettre fin à une obligation qui présente pour chacune des parties des avantages et des inconvénients* »¹⁰¹, une façon d'en arriver à un *clean break*, une clôture des comptes définitive.

Il y a lieu de préciser que le capital en question peut également être réglé « *sous forme d'annuités, pourvu que leur nombre soit certain* »¹⁰². Ce système d'annuité a pour avantage, par rapport à la rente, de rendre le montant de la pension irrévissable par la suite.

Bien qu'elle ne soit que l'exception et non le principe, la capitalisation de la pension alimentaire semble idéale au regard du « *droit au divorce* »¹⁰³ institué par la réforme du 27 avril 2007. Il s'agit d'une façon de répondre à l'objectif d'indépendance, tant prôné aujourd'hui, de manière à ce que les époux n'aient plus aucun « *compte à se rendre* »¹⁰⁴, dans le but que chacun puisse définitivement tourner la page¹⁰⁵ et d'éviter tout conflit ultérieur.

Néanmoins, mettre en place, en Belgique, une capitalisation automatique de la pension poserait problème à deux niveaux. D'abord, la fixation forfaitaire du montant de la pension sans possibilité de révision ultérieure est incompatible avec l'objectif principalement alimentaire de celle-ci. En outre, cette capitalisation automatique – bien qu'idéale à priori –

⁹⁹ C.A., 14 septembre 2006, *Div. Act.*, 2007, p.7.

¹⁰⁰ A. DUELZ, J.-C BROUWERS, Q. FISCHER, *op.cit.*, p. 297.

¹⁰¹ C.A., 14 septembre 2006, *op.cit.*, p.7.

¹⁰² A.-C. VAN GYSEL, *op.cit.*, 2007, p. 124.

¹⁰³ Projet de loi réformant le divorce, précité, p.6.

¹⁰⁴ D. DE CALLATAY ; J.-E. BEERNAERT, « La capitalisation en question(s), *Div. Act.*, 2002, p. 115.

¹⁰⁵ *Ibid.*

pose parfois problème *in concreto*, comme nous le constaterons lors de l'analyse du modèle français.

Section 2 : Bilan général de la pension alimentaire belge

§1 : Articulation entre la liquidation-partage et l'octroi d'une pension alimentaire

La Belgique présente un système dans lequel la question de la pension alimentaire est indépendante de celle du partage de l'indivision post-communautaire¹⁰⁶ ; « *un véritable fossé sépare les deux questions* »¹⁰⁷ comme le regrettent d'ailleurs certains auteurs.¹⁰⁸

Ainsi, comme vu précédemment, ce qui a été retiré du partage de l'indivision post-communautaire n'aura d'influence que sur l'étendue de l'état de besoin du prétendant à la pension¹⁰⁹ ; on prendra en compte ce qu'il a reçu (par exemple, un bien immobilier) pour évaluer ses charges et revenus potentiels.¹¹⁰

Le septième paragraphe de l'article 301 du Code civil, en son alinéa 2, atteste d'ailleurs de la nécessité de la prise en compte du partage de l'indivision post-communautaire dans la détermination du montant de la pension. En effet, il rend possible la révision de la pension alimentaire par le tribunal si, à la clôture des opérations de liquidation-partage, on s'aperçoit que la pension alimentaire est devenue inappropriée.

A titre d'illustration, la Cour d'Appel de Bruxelles¹¹¹ a autorisé la révision de la pension alimentaire après la vente d'un immeuble indivis aux époux, étant donné que l'épouse qui était, auparavant, dans le besoin, bénéficiait désormais d'un patrimoine assez conséquent pour couvrir cet état de besoin si elle l'utilisait à bon escient, par exemple en le plaçant.

En théorie, la liquidation du régime matrimonial influe sur l'état de besoin du bénéficiaire, ce qui modifiera – ou non – le montant de la pension. Cependant, dans les faits, la liquidation de l'indivision post-communautaire et son partage prennent parfois des années. C'est pourquoi le juge peut statuer à titre provisionnel en attendant la clôture des comptes¹¹² par le biais du

¹⁰⁶ W. PINTENS, « Matrimonial property law in Europe », in *The future of family property in Europe*, (sous la dir. de K. BOELE-WOELKI, J. MILES et J. M. SCHERPE), Antwerp, éd. Intersentia, p.20.

¹⁰⁷ P. WAUTELET, « Prestation compensatoire et pension alimentaire – une ligne de démarcation difficile à tracer », *J.L.M.B.*, 2011/20, pp. 947.

¹⁰⁸ F. SWENNEN, *op.cit.*, p. 1334.

¹⁰⁹ Bruxelles, 24 octobre 2002, *R.T.D.F.*, 2004, p.132.

¹¹⁰ J.P. Liège, 3 mars 2010, *R.T.D.F.*, 2010, p.624.

¹¹¹ Bruxelles, 24 octobre 2002, précité.

¹¹² Civ. Bruges, 26 mai 2008, *T.G.R.*, 2008, p.168.

secours alimentaire¹¹³. S'il statue de façon définitive, il sera toujours possible de modifier, a posteriori, le montant de la pension¹¹⁴, même conventionnelle.¹¹⁵

En conclusion, la liquidation-partage du régime matrimonial se fait de manière totalement indépendante de l'attribution ou non d'une pension alimentaire ; ce sont deux questions distinctes, bien que l'étendue de l'une influence celle de l'autre. La Belgique présente un système essentiellement dualiste, où les deux problématiques sont compartimentées. Néanmoins, le Code civil¹¹⁶ prévoit un mécanisme correcteur des paradoxes qui pourraient en découler.

§2 : Le système d'alimentation belge face aux objectifs post-divorce du 21^e siècle

Le mécanisme mis en place en Belgique répond parfaitement aux objectifs d'indemnisation et d'alimentation exposés au préalable. Néanmoins, quelques questions subsistent.

D'abord, concernant les critères d'attribution de la pension alimentaire. La loi de 2007 prévoyait que la pension alimentaire devait avoir un caractère principalement alimentaire. Cependant, la Cour de Cassation a ajouté à cet objectif alimentaire des considérations indemnitaires¹¹⁷ et compensatoires, bien qu'elle ait limité la portée de ce dernier aspect quelques années plus tard.¹¹⁸ Comme exposé préalablement, certains auteurs considèrent que rien ne justifie de pouvoir continuer à bénéficier du même niveau de vie que pendant le mariage à notre époque où le divorce est à ce point généralisé. L'objectif compensatoire, bien que n'existant que dans les cas où la situation particulière des parties le justifie, est donc largement remis en question dans notre doctrine.¹¹⁹

Ensuite, la pension alimentaire belge ne permet pas l'indépendance post-divorce des époux. Or, le fait de pouvoir divorcer rapidement devrait aller de pair avec le fait de pouvoir refaire sa vie tout aussi facilement.

¹¹³ C. Jud., art. 1280. ; D. PIRE, « Chapitre III. - Divorce pour désunion irrémédiable » in *Chroniques notariales* – Vol. 52, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 71.

¹¹⁴ Civ. Bruges, 26 mai 2008, *T.G.R.*, 2008, p.168 ; J.-P. MASSON, « la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce », *J.T.*, 2007, n°26, p.539.

¹¹⁵ Et ce depuis la loi du 2 juin 2010, art. 2, 1° qui a supprimé les mots « *sauf en cas de divorce par consentement mutuel* » de l'article 301§7 al.1 du Code Civil.

¹¹⁶ C. Civ., art. 301 §7 al.2.

¹¹⁷ Cass, 12 oct. 2009, précité.

¹¹⁸ Cass., 6 mars 2014, précité.

¹¹⁹ N. DANDOY, *op.cit.*, F. SWENNEN, *op.cit.*, A.-C. VAN GYSEL, *op.cit.*,

Cela dit, étant donné que la pension belge de 2007 avait pour objectif d'assurer la subsistance de l'époux dans le besoin, cela peut être compréhensible ; les aliments sont logiquement accordés sous forme de rente. Un objectif principalement alimentaire « *ne permet pas de clore les comptes entre les époux au lendemain du divorce* »¹²⁰. Par contre, dans le cas où l'objectif alimentaire de la pension devient subsidiaire (comme c'est le cas en France), il est parfaitement envisageable d'octroyer une pension sous forme de capital ; à ce moment-là, si la personne reçoit une somme d'argent pour des raisons indemnitaires ou compensatoires, elle ne sera plus dans un état de besoin strict et l'octroi d'une rente ne sera plus nécessaire.

Dès lors, maintenant que la pension répond également – pour ne pas dire principalement – à des considérations indemnitaires au sens large, il est vrai qu'il pourrait être intéressant d'aller un peu plus loin sur la voie du *clean break* afin d'éviter les conflits ultérieurs entre les ex-époux et de désengorger les tribunaux par l'instauration d'un caractère forfaitaire à la pension.

Néanmoins, la tâche ne serait pas mince pour les parlementaires. Nous le verrons, le législateur français, en décidant d'opter pour un *clean break* à tout prix, a créé un système – forfaitaire, certes – mais également boiteux et paradoxal sur certains de ses aspects.

Enfin, il y a lieu d'affirmer que, dans l'ensemble, le système de pension alimentaire est, quant à son calcul et ses possibilités de révision, bien ficelé. La pension alimentaire a été un des sujets les plus débattus¹²¹ lors de l'adoption de la loi du 27 avril 2007¹²² mais ces débats auront finalement porté leurs fruits. En outre, dans le cas où la pension ne serait pas parfaitement adaptée à la situation, il est toujours possible pour le juge de modifier sa décision.

En conclusion, bien que le système de pension alimentaire mis en place par la loi du 27 avril 2007 ne réponde pas parfaitement aux objectifs de cette dernière, il y a lieu de reconnaître qu'il constitue un système logique, pointilleux et cohérent, avec des possibilités de révision le cas échéant que – nous le verrons- les anciens époux français pourraient nous envier.

¹²⁰ N. DANDOY ; Y. FAVIER ; F. GRANET, *op.cit.*, p.11.

¹²¹ D. PIRE, « Le divorce pour désunion irrémédiable : un an d'application », in *Actualités de droit familial ; le point en 2008* (sous la dir. de Y.-H. LELEU), Liège, Anthémis, 2008, p.49.

¹²² Précité.

Chapitre 3 : La France et son modèle progressiste ; analyse d'une pension continentale « à l'écossaise »

L'examen du système mis au point par le législateur français en 2004¹²³ semblait indispensable à une analyse telle que la nôtre. En effet, le choix d'un régime matrimonial par les futurs époux est similaire à celui existant en Belgique. En outre, notre voisin a également opté pour un système essentiellement dualiste, où les mécanismes de liquidation-partage et de *maintenance* sont séparés. Néanmoins, la France semble, plus que la Belgique, tenter de répondre aux objectifs post-divorce du 21^e siècle, particulièrement quant à l'indépendance entre les anciens époux, s'inspirant de la sorte du modèle écossais que nous étudierons par après.

Section 1 : Cadre général de la prestation compensatoire française

Depuis la réforme du 26 mai 2004¹²⁴, il existe quatre types de divorce chez notre homologue français.¹²⁵ Il s'agit du divorce par consentement mutuel, de la rupture du mariage, de l'altération définitive du lien conjugal et du divorce pour faute.

Le divorce pour faute ne s'applique cependant qu'à de rares cas limitativement énumérés par la loi, rendant sa portée moindre.¹²⁶ A l'exception de quelques hypothèses graves, le législateur a, pour les trois autres types de divorce, exclu toute notion de faute du débat.¹²⁷

Le législateur a en outre instauré d'autres changements, s'inscrivant dans la tendance de la décennie ; il a, peu importe le type de divorce choisi, privilégié l'accord des parties. On permet aux époux de contractualiser leur divorce¹²⁸ et d'en régler les conséquences, notamment s'agissant de la prestation compensatoire.¹²⁹

Dans le cas où elle fait l'objet d'un accord entre les parties, la prestation compensatoire ne doit pas nécessairement être allouée sous forme de capital ; les époux peuvent, « *sans fournir aucune justification* »¹³⁰, convenir que la prestation se fera, par exemple, sous forme de

¹²³ Loi française du 26 mai 2004 réformant le divorce, n°2004-439, J.O., 27 mai 2004, n°122.

¹²⁴ Loi française du 26 mai 2004 réformant le divorce, précitée.

¹²⁵ C.civ. français, art. 229.

¹²⁶ M-P. MURAT –SEMPIETRO et V. TRAMBOUZE, *Le divorce après la loi du 26 mai 2004*, Paris, Litec, p.3.

¹²⁷ J. GODARD et G. HENAFF, « France and the principles of european family law regarding divorce and maintenance between former spouses », in *Juxtaposing legal systems and the principles of european family law on divorce and maintenance* (sous la dir. de E. ÖRUCU et J. MAIR), Antwerpen-Oxford, éd. Intersentia, 2007, p.23.

¹²⁸ C. civ. Français, art. 278.

¹²⁹ M-P. MURAT –SEMPIETRO et V. TRAMBOUZE, *op.cit.*, p.116.

¹³⁰ J. GODARD et G. HENAFF, *op.cit.*, p.32.

rente.¹³¹ L'article 279 du Code civil français permet, par après, aux parties de retourner devant le juge afin de demander la modification de l'accord pour des raisons d'équité¹³² ou afin d'homologuer une nouvelle convention qui aurait été convenue entre eux.¹³³

L'hypothèse de la prestation compensatoire conventionnelle, étant donné qu'elle déroge au droit commun de la prestation compensatoire, ne sera pas prise en compte dans les développements qui suivront, qui ne concerneront que la prestation compensatoire octroyée par le juge.

§1 : Conditions d'octroi et critères de détermination de la prestation compensatoire française

La prestation compensatoire française est soumise à des critères d'attribution similaires à la pension alimentaire belge ; on se réfère notamment à l'état de besoin¹³⁴, comme en atteste par ailleurs l'article 271 du Code civil français ; « *la prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre, en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible* »¹³⁵.

Différents critères sont énumérés à l'article 271 du Code civil ; on y retrouve notamment « *la durée du mariage, l'âge des époux, leurs situations professionnelles, les conséquences du mariage sur leur carrière, leur patrimoine, ...* »¹³⁶ ainsi que « *la valeur de leurs biens propres ainsi que leurs revenus* »¹³⁷.

Cette liste n'étant pas limitative, le juge peut en outre avoir égard de toutes les circonstances de l'espèce,¹³⁸ notamment au regard de l'équité. En effet, le juge « **peut** refuser le bénéfice de la prestation compensatoire lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture »¹³⁹. Il en a été jugé de même si l'époux demandeur est manifestement de mauvaise foi quant à sa recherche d'emploi et se désintéresse de ses enfants.¹⁴⁰

¹³¹ S. DAVID, « Fixation de la prestation compensatoire », in *Droit et pratique du divorce*, (sous la dir. de P.-J. CLAUX et S. DAVID), Paris, Dalloz, 2013, p. 416.

¹³² SWENNEN, F., *op.cit.*, T.P.R., 2008, p.1332.

¹³³ A. BÉNABANT, *La réforme du divorce article par article*, Paris, Defrénois, 2004, p.102.

¹³⁴ P. WAUTELET, *op.cit.*, p.949.

¹³⁵ Y. FAVIER, *Rupture du couple : effets patrimoniaux*, Paris, Ellipses, 2015, p.102.

¹³⁶ C.civ. français, art. 271.

¹³⁷ Cass., 1e civ., 30 novembre 2004,; *Bull.* 2004, n° 297 p. 249.

¹³⁸ Y. FAVIER, *op.cit.*, p.103.

¹³⁹ C.civ. français, art. 270, al.3.

¹⁴⁰ Cass. Fr., 8 juillet 2010, *Bull.civ.*, n°165 ; *A.J. fam.*, 2010, p.492.

Le montant de la prestation compensatoire française doit se situer quelque part entre l'état de besoin strict de son bénéficiaire et la situation qui était la sienne pendant le mariage.¹⁴¹ Cette fourchette est similaire à celle appliquée chez nous.

Néanmoins, une différence est à dénoter par rapport à la Belgique ; en France, étant donné que la prestation compensatoire a un caractère forfaitaire, son montant ne peut être modifié, même en cas de remariage ou de vie maritale du créancier.¹⁴²

Bien que la Cour de Cassation française ait reconnu que la situation de concubinage d'une partie avait une influence sur la disparité des conditions de vie entre les ex-époux,¹⁴³ l'éventuelle mise en ménage du créancier après la détermination du montant de la prestation ne permettra pas pour autant de le modifier. Le fait que le créancier se remarie ne sera en effet pris en compte que si ce fait précède la détermination du montant alloué.¹⁴⁴ Nous reviendrons sur cette problématique plus tard.¹⁴⁵

§2 : Nature de la prestation compensatoire française

La prestation compensatoire française présente des caractéristiques indemnitaires, compensatoires mais aussi alimentaires. En effet, elle a pour but d' « atténuer les effets de la dissolution du mariage et éviter qu'elle n'affecte le niveau de vie du moins fortuné »¹⁴⁶, tout particulièrement dans le cas où un des époux a sacrifié sa carrière au bénéfice du ménage et de l'éducation des enfants.¹⁴⁷

Le caractère compensatoire, bien que largement remis en question au moment de l'adoption de la loi (élément sur lequel nous reviendrons¹⁴⁸), constitue donc le fondement même de la prestation compensatoire française. Il est expressément consacré par l'article 270 du Code civil français, libellé comme suit ; « la prestation compensatoire est destinée à compenser, autant que possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respective des époux »¹⁴⁹. C'est notamment ce qui justifie son caractère forfaitaire.

Cependant, selon la doctrine, il s'agirait d'assurer la parité des fortunes mais uniquement lorsque les ressources de l'un ont été « constituées pendant le mariage au détriment de

¹⁴¹ A. BÉNABANT, *Droit de la famille*, 3e éd., L.G.D.J., Issy-les-Moulineaux, éd. Lextenso, 2014, p.269.

¹⁴² S. DAVID ; *op.cit.*, p.365.

¹⁴³ Cass., 25 avril 2006, n°05-15.706, *Bull.civ.*, 2006, p.179.

¹⁴⁴ Y. FAVIER, *op.cit.*, p. 103.

¹⁴⁵ Voy. *infra*, p.29.

¹⁴⁶ F. FERRAND ; H. FULCHIRON, *op.cit.*, p.152.

¹⁴⁷ F. FERRAND ; H. FULCHIRON, *op.cit.*, p.151.

¹⁴⁸ Voy. *infra*, p.27.

¹⁴⁹ C. civ. français, art. 270.

l'autre »¹⁵⁰, et jamais quand cette richesse vient « *de la richesse personnelle de l'un, de son origine familiale, et n'a aucun lien avec le mariage* »¹⁵¹.

Une telle distinction nous fait – malheureusement – penser aux règles régissant le régime de communauté. Cela revient à affirmer que, même si les époux ont opté pour un régime de séparation des biens, leurs patrimoines seront rééquilibrés au moment du divorce en raison de la prestation compensatoire. De plus, la distinction entre les revenus et les biens propres n'a pas lieu d'être appliquée en cas de régime de séparation des biens où tout est, par définition, propre à un époux. Nous approfondirons ce sujet dans la seconde partie du mémoire.

Outre ce caractère (principalement) compensatoire, la prestation peut être qualifiée d'indemnitaire ; elle a également pour rôle de compenser les sacrifices effectués par un des époux ; « *le juge doit se montrer attentif aux déséquilibres, fréquents en pratique, qui sont la conséquence des choix de vie des époux* ». ¹⁵² On pense par exemple à la mise entre parenthèse d'une carrière professionnelle pour le bien des enfants. ¹⁵³

Enfin – et subsidiairement – la prestation présente des caractéristiques alimentaires, ce qui la rend insaisissable et interdit toute compensation la concernant, comme l'a rappelé la Cour de Cassation française¹⁵⁴. Ce caractère alimentaire devient prépondérant dans les cas exceptionnels où la prestation est accordée sous forme de rente viagère. ¹⁵⁵ Néanmoins, cet objectif alimentaire ne peut être considéré comme l'objectif principal de la prestation compensatoire. En effet, les défenseurs de la cause féminine considèrent qu'une prestation ayant des objectifs purement alimentaire serait « *humiliante* »¹⁵⁶ pour les femmes qui, à notre époque, ont leur place sur le marché du travail. ¹⁵⁷

§3 : *Forme de la prestation compensatoire*

« *La prestation compensatoire prend la forme d'un capital dont le montant est fixé par le juge* ». ¹⁵⁸ Ce caractère forfaitaire, consacré par l'article 207 du Code civil français, explique le

¹⁵⁰ S. DAVID, *op.cit.*, p.343.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² Cass., civ, 1e, 14 mai 2014, n°12-29205, inédit.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Cass., 27 juin 1985, *Bull.*, 1985, II, p.86.

¹⁵⁵ M.-P. MURAT –SEMPIETRO et V. TRAMBOUZE, *op.cit.*, p.119.

¹⁵⁶ Proposition de loi relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, rapport d'information n°2109 fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes par M.-F. CLERGEAU, *doc. parl.*, Ass. nat., sess. ord. du 25 janvier 2000, disponible sur <http://www.assembleenationale.fr/legislatures/11/pdf/rap-info/i2109.pdf>

¹⁵⁷ A. RIVELLARD, « Le droit de la famille : outil d'une justice de genre ? » in *L'année sociologique*, 59, 2009, p.358, en ligne <https://annerevillard.files.wordpress.com/2013/04/revillard2009-annee-socio-preprint.pdf>

¹⁵⁸ J.HUGOT et J.-F. PILLEBOUT ; *La prestation compensatoire et le divorce*, 2e éd., Paris, Litec, 2002, p.113.

fait que « la prestation doit être fixée une fois pour toutes lors du prononcé du divorce et n'est, en principe, pas susceptible de révision ».¹⁵⁹ De la sorte, le législateur a « promu l'indépendance des époux après le divorce de façon à obtenir un *clean break*, une remise des comptes à zéro au moment du divorce ».¹⁶⁰

Le caractère forfaitaire de la prestation compensatoire rend impossible la révision de son montant.¹⁶¹ Néanmoins, il est toujours possible d'en modifier les délais de paiement (quant à l'échelonnement du paiement du capital), par exemple si la situation du débiteur se dégrade significativement.¹⁶²

Concernant les modalités de paiement du capital, l'article 274 du Code civil français offre au juge deux possibilités ; le versement d'une somme d'argent (paiement par l'équivalent), ou l'attribution d'un bien, en pleine propriété ou non (paiement en nature).

Si le paiement de la prestation se fait par équivalent, « le versement doit être immédiat »¹⁶³. Le législateur a néanmoins pris en compte le fait qu'une personne fraîchement divorcée n'ait pas forcément assez de fonds propres pour se séparer du capital conséquent que constitue la prestation compensatoire.¹⁶⁴ Il a donc laissé au juge la possibilité d'échelonner les paiements sur une durée maximale de huit ans.¹⁶⁵ Ce plafond sert à distinguer l'échelonnement du capital de la rente, quant à elle révisable, qui doit rester une mesure exceptionnelle.¹⁶⁶

Si par contre le paiement de la prestation se fait par le transfert au créancier d'un droit réel sur un bien du patrimoine commun¹⁶⁷ (ou, plus rarement, du patrimoine propre du débiteur de la pension), différentes possibilités s'offrent au juge. Le transfert peut être définitif (en pleine propriété), viager (en usufruit), ou temporaire (sous forme de droit d'usage ou d'habitation¹⁶⁸).¹⁶⁹ A priori, l'accord du débiteur n'est pas nécessaire pour le transfert du bien¹⁷⁰, sauf quand le bien a été reçu par ce dernier en donation ou en héritage.¹⁷¹ Toutefois,

¹⁵⁹ M-P. MURAT –SEMPIETRO et V. TRAMBOUZE, *op.cit.*, p.118.

¹⁶⁰ J. GODARD et G. HENAFF, *op.cit.*, p.31.

¹⁶¹ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, Paris, Defrénois, 2005, p.182.

¹⁶² F. SWENNEN, *op.cit.*, p. 1332.

¹⁶³ M-P. MURAT –SEMPIETRO et V. TRAMBOUZE, *op.cit.*, p.133.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ C.civ. français, art. 275, al.1.

¹⁶⁶ J. HUGOT et J.-F. PILLEBOUT, *op.cit.*, p.118.

¹⁶⁷ S. DAVID, *op.cit.*, p.398.

¹⁶⁸ C.Civ. français, art. 274, 2°.

¹⁶⁹ M-P. MURAT –SEMPIETRO et V. TRAMBOUZE, *op.cit.*, p.134.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ C.Civ., art. 274.

comme l'a rappelé le Conseil Constitutionnel¹⁷², cette dernière hypothèse reste extrêmement rare.

Ce mécanisme, du moins s'il s'agit du transfert de la propriété d'un bien du patrimoine commun du couple, a pour avantage d'inclure le règlement de la prestation compensatoire dans les opérations de liquidation-partage.¹⁷³ Il s'agit d'opérer alors en un règlement *on-off* en une seule étape, comme c'est le cas dans les pays anglo-saxons.

Enfin, il y a lieu de préciser que le juge peut également, par décision spécialement motivée, déroger à la capitalisation automatique en ordonnant que la prestation se fasse sous forme de rente viagère. Cette forme reste toutefois l'exception et doit se justifier par la situation précaire du créancier¹⁷⁴ ; il faut que l'« *âge ou l'état de santé de ce dernier ne lui permette pas de subvenir à ses besoins* »¹⁷⁵. Dans ce cas, le montant de la prestation pourra être modifié si les circonstances l'exigent.¹⁷⁶ Il est possible également pour le juge de « *mixer un capital avec une rente viagère* »¹⁷⁷ le cas échéant. Ces modalités restant néanmoins rarissimes, nous ne les approfondirons pas.

Section 2 : Bilan général de la prestation compensatoire française

§1 : Articulation entre la liquidation-partage et la prestation compensatoire

Le juge français, comme son homologue belge, opère en deux étapes distinctes au prononcé du divorce ; d'une part il procède – ou plutôt fait procéder par le notaire – à la liquidation-partage de l'indivision post-communautaire (ou, en cas de séparation de biens, de l'indivision)¹⁷⁸, et d'autre part, il procède au calcul d'une éventuelle prestation compensatoire.

Le partage de la communauté est pris en compte pour la détermination de la prestation compensatoire. L'article 271 du Code civil français dispose en effet que « *le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime*

¹⁷² Cons. Const., 13 juillet 2011, n°2011-151, *R.T.D.civ.*, 2011, p.750.

¹⁷³ G. TEILLIAIS, « La combinaison du partage d'une communauté de biens et du règlement d'une prestation compensatoire », *Droit et patrimoine*, octobre 1997, p.29.

¹⁷⁴ J. HUGOT et J.-F. PILLEBOUT, *op.cit.*, p.113.

¹⁷⁵ M.-P. MURAT – SEMPIETRO et V. TRAMBOUZE, *op.cit.*, p.139.

¹⁷⁶ M.-P. MURAT – SEMPIETRO et V. TRAMBOUZE, *op.cit.*, p.143.

¹⁷⁷ A. BÉNABANT, *Droit civil, la famille*, 11e éd., Paris, Litec, 2003, n°368-1, p.96.

¹⁷⁸ M.-P. MURAT – SEMPIETRO et V. TRAMBOUZE, *op.cit.*, p.138.

matrimonial » doit être pris en compte pour la détermination du montant de la prestation compensatoire.¹⁷⁹ Il s'agit dès lors, en théorie, du même mécanisme que chez nous.

En pratique cependant, l'attribution et la fixation du montant de la prestation compensatoire a lieu avant la liquidation du régime matrimonial. Si, une fois les opérations de partage clôturées, la prestation semble inappropriée, seules les modalités de paiement de cette pension pourront être modifiées.¹⁸⁰ Ce mécanisme, dû au caractère forfaitaire de la prestation compensatoire, avait déjà été vivement critiqué par les détracteurs de la loi du 30 juin 2000¹⁸¹, mais n'a pas pour autant été réglé en 2004.¹⁸² En Belgique, cette lacune est inexistante ; en effet, nous l'avons vu, il est toujours possible de modifier le montant de la rente par après.¹⁸³

La Cour de Cassation française ne semble pas trouver la situation problématique, considérant que « *le partage de la communauté, en principe égalitaire, est sans incidence sur l'existence d'une éventuelle disparité dans les conditions de vie respectives des époux* »¹⁸⁴. La seule exception à ce principe serait le cas où il existerait des « *circonstances particulières affectant la nature des biens communs à partager* »¹⁸⁵. La Cour de Cassation française, par cet arrêt, a choisi une voie simplifiée – « *voire même un peu trop simpliste* »¹⁸⁶ selon certains.

En effet, il est vrai que peu importe le régime matrimonial choisi – que ce dernier soit communautaire ou séparatiste – l'indivision (post-communautaire ou non) est bien partagée de manière égale entre les époux. Cependant, une nuance est à apporter à ce partage présumé égalitaire, et non des moindres ; le système de récompense¹⁸⁷, prévu par les articles 1469 et suivants du Code civil français qui amène parfois à mettre à néant l'équilibre découlant de la liquidation-partage. En effet, dans le cas où un époux aurait apporté son immeuble propre à la communauté, celui-ci récupérera l'immeuble dans son patrimoine propre, lésant quelque peu l'autre.¹⁸⁸

¹⁷⁹ Y. FAVIER, *op.cit.*, p.104.

¹⁸⁰ C.civ. français, art. 275-1, dernier alinéa.

¹⁸¹ J. HUGOT et J.-F. PILLEBOUT, *op.cit.*, pp.109-111.

¹⁸² S. David, *op.cit.* p.333.

¹⁸³ C. civ., art. 301§7 al.2.

¹⁸⁴ A. BATTEUR, F. DOUET, L. MAUGER-VIELPEAU, N. RIVIERE et A. TISSERAND-MARTIN, *le guide des divorces*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2007, p.441.

¹⁸⁵ Cass., Civ, 2^e, 14 janvier 1998, n°95-22.059, *bull.civ.*,1998, II, p.3.

¹⁸⁶ S. DAVID, *op.cit.*, p.364.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Ibid.*

Il existe cependant deux cas dans lesquels le règlement de la prestation compensatoire peut être inclus dans la liquidation-partage du patrimoine commun, créant de ce fait un mécanisme en une seule étape.

D'abord, le règlement de la prestation compensatoire par l'attribution de la propriété d'un bien commun peut, selon certains¹⁸⁹, « *s'apparenter à une attribution préférentielle d'un bien, relevant d'une opération de partage* ».¹⁹⁰ Il s'agira alors d'une « *cession forcée* »¹⁹¹ de la propriété. On considérera que l'époux créancier devient immédiatement, avant tout partage définitif de l'indivision, propriétaire du bien.¹⁹² La dette de l'époux débiteur sera « *à inclure lors des opérations de liquidation-partage, comme composant l'actif de l'indivision* ».¹⁹³

Ensuite, au niveau des conventions entre époux, la loi permet aux époux de s'accorder sur une éventuelle prestation compensatoire, accord ensuite homologué par le juge.¹⁹⁴ Il sera dès lors conseillé, afin de simplifier la procédure, d'« *associer le versement d'une éventuelle prestation compensatoire à la liquidation anticipée du régime matrimonial* »¹⁹⁵, par exemple par l'attribution préférentielle d'un bien au bénéficiaire de la prestation.¹⁹⁶

En conclusion, même si les deux institutions sont compartimentées la plupart du temps, le législateur a, dans certains cas, assimilé les deux mécanismes afin - sans nul doute - de simplifier la procédure.

Cela dit, le système mis en place semble assez boiteux¹⁹⁷. Le législateur français, en déterminant le montant de la prestation avant la clôture de toutes les opérations, empêche, *in concreto*, de prendre le résultat de la liquidation-partage en compte dans le calcul de la prestation, ce qui peut aboutir à des situations inévitables.

¹⁸⁹ M-P. MURAT –SEMPIETRO et V. TRAMBOUZE, *op.cit.*, p.137.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ C. civ. français, Art. 274, al. 2, 2°.

¹⁹² M-P. MURAT –SEMPIETRO et V. TRAMBOUZE, *op.cit.*, p.137.

¹⁹³ M-P. MURAT –SEMPIETRO et V. TRAMBOUZE, *op.cit.*, p.138.

¹⁹⁴ C. civ. Français, Art 268.

¹⁹⁵ A. BATTEUR ; F. DOUET ; L. MAUGER-VIELPEAU ; N. RIVIERE ; A. TISSERAND-MARTIN, *op.cit.*, p.397.

¹⁹⁶ A. DASTE, A. MORGEN-GUILLEMIN, *Divorce ; séparation de corps et de fait*, 18^e édition, Paris, Dalloz, 2005, p.207.

¹⁹⁷ S. DAVID, *op.cit.* p.332.

§2 : Confrontation du système français aux objectifs post-divorce du 21^e siècle

A. Réponse aux objectifs

Le système de la prestation compensatoire française semble, à première vue, idéal au regard des différents objectifs post-divorce de notre siècle.

En effet, concernant les différents critères à prendre en compte dans la détermination du montant de la prestation – et plus généralement quant à son attribution – l'époux bénéficiant d'une prestation compensatoire aura la chance de continuer de bénéficier du même train de vie que pendant son mariage (caractère compensatoire), et la pension indemniser, en outre, les sacrifices effectués par un époux au bénéfice du mariage (caractère indemnitaire).¹⁹⁸

Par ailleurs, le caractère alimentaire – bien qu'extrêmement subsidiaire – est présent par la prise en compte de l'état de besoin de l'époux et par la possibilité du recours à la rente dans certains cas.¹⁹⁹ Ce critère alimentaire est rempli – et même largement dépassé – par l'aspect compensatoire de la prestation, permettant à l'époux de continuer à bénéficier du même mode de vie que celui qui était le sien pendant la vie commune.

Enfin, l'objectif du *clean break* et de l'indépendance post-divorce des époux est également atteint par le biais de la capitalisation automatique de la prestation, dont les mérites étaient vantés dans l'analyse de la (rare) capitalisation belge.²⁰⁰ Le but de cette capitalisation automatique est en effet de « *favoriser l'apurement le plus rapide des relations pécuniaires entre époux par l'octroi d'un capital* »²⁰¹.

Néanmoins, la réponse à ces objectifs pose problème à deux niveaux. Les deux objectifs prépondérants de la prestation compensatoire sont l'indépendance et la compensation. Ces deux aspects sont également ceux qui semblent poser problème, nous laissant penser que le législateur français a peut-être été trop vite en besogne ;

¹⁹⁸ C. civ. Français, art. 270 ; Cass., civ, 1e, 14 mai 2014, n°12-29205.

¹⁹⁹ C. civ. français, art. 270.

²⁰⁰ Voy. *supra*, p.15.

²⁰¹ Proposition de loi relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, Discussion générale, intervention de E. GUIGOU, C.R.I., Sénat, sess. ord. 5 avril 2000, *J.O. Sénat Q.*, p.1905.

B. Problématique du caractère compensatoire

En examinant les travaux préparatoires de la loi du 20 juin 2000²⁰² (précédant celle de 2004), force est de constater que les parlementaires français ne s'étaient pas du tout dirigés vers une optique compensatoire pour la prestation. La prestation compensatoire était considérée comme dépassée, correspondant à une génération de femmes au foyer désormais résolue.²⁰³

Selon l'optique des parlementaires, il y avait lieu de limiter l'attribution de pension alimentaire dans le futur²⁰⁴ ; en effet, comme l'a justement souligné Nicolas About, « *le mariage n'est pas un placement financier ou une assurance-vie. Tout remariage ou état de concubinage devrait automatiquement faire cesser la dette* »²⁰⁵, « *les femmes comptant aujourd'hui sur leurs propres forces en ayant un métier* ».²⁰⁶ Dans leur optique, « *la pension n'avait en aucun cas pour but d'assurer à un ex-conjoint une situation semblable à celle qu'il aurait connue si le mariage avait perduré* ».²⁰⁷

Dès lors, pourquoi avoir, en subjectivant l'état de besoin, étendu le bénéfice de la prestation compensatoire à un plus large éventail de situations ?²⁰⁸ Selon nous, le caractère principalement compensatoire²⁰⁹ de la prestation doit être remis en question. En effet, l'aspect « *rééquilibrage des richesses* »²¹⁰ après le divorce n'est ni compatible avec la facilité actuelle du recours au divorce, ni avec l'éventuel choix d'un régime séparatiste.

C. Problématique de l'objectif d'indépendance

La prestation compensatoire française poursuit les mêmes mécanismes que notre pension alimentaire quand celle-ci est capitalisée, si ce n'est que la capitalisation est, dans leur cas, automatique. Par exemple, l'irrévisabilité d'une pension fixée en capital s'applique en Belgique comme en France.

²⁰² Loi du 20 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, n°2000-596, *J.O.*, 27 juillet 2000, p.11550.

²⁰³ J. HUGOT et J.-F. PILLEBOUT, *op.cit.*, pp.101.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ Proposition de loi relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, Discussion générale, intervention de N. ABOUT, *C.R.I.*, Sénat, sess. ord. *J.O. Sénat C.R.*, 5 avril 2000, p.1897.

²⁰⁶ V. NEIERZT, Réponse, *J.O. Sénat C.R.*, 5 avril 2000, p.1897.

²⁰⁷ Proposition de loi relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, Discussion générale, intervention de N. ABOUT, *C.R.I.*, Sénat, sess. ord. *J.O. Sénat C.R.*, 5 avril 2000, p.1897.

²⁰⁸ E. BÉNABANT, *La réforme du divorce article par article*, *op.cit.*, p.90.

²⁰⁹ M.-P. MURAT –SEMPIETRO et V. TRAMBOUZE, *op.cit.*, p.101.

²¹⁰ *C.civ.*, art. 270, al.2.

En 2007, le législateur belge partait de l'idée que le mariage est un « *pacte sui generis renouvelé au jour le jour* »²¹¹, et qu'il devait être facile d'en sortir.²¹² Dès lors, pourquoi la Belgique n'a-t-elle pas copié son homologue français quant à la capitalisation systématique ? Peut-on considérer que notre réforme de 2007 était incomplète ? Qu'elle n'a pas été jusqu'au bout quant à son objectif du *clean break* ? C'est notamment l'avis de Jean-Christophe Brouwers.²¹³

Cela dit, la question mérite d'être débattue. Si la France semble avoir une longueur d'avance sur nous, son système n'est pas sans faille.

Premièrement, on peut citer l'impossibilité de révision du capital, même en cas de remariage du créancier de la prestation²¹⁴, alors que la Cour de Cassation française a expressément reconnu qu'un mariage modifiait l'étendue de l'état de besoin du créancier.²¹⁵ Par ailleurs, le calcul de la prestation ne prend pas non plus en compte le *risque* que l'époux créancier vive maritalement avec autrui.

Etant donné que la pension alimentaire belge serait modifiée dans un cas tel que celui-là, ce principe peut nous sembler paradoxal. Cette irrévisabilité de la prestation en cas de remariage du créancier peut sans doute être expliquée par le caractère principalement compensatoire de la prestation. Néanmoins, elle semble bien éloignée des propos, cités plus hauts, relevés lors des débats parlementaires.²¹⁶

Cet élément nous mène à nous poser une question ; le législateur n'aurait-il pas, en voulant à tout prix en arriver à un *clean break*, modifié le fondement même de la pension ? De base, comme nous l'avons expliqué, elle ne pouvait, selon le projet de loi, être compensatoire - « *cette dernière ne pouvant en aucun cas être considérée comme une assurance-vie* »²¹⁷. Or, cet objectif principalement assurantiel est la conséquence inévitable du caractère forfaitaire de la prestation. Afin d'en arriver à une indépendance totale des époux post-divorce, celle-ci ne peut plus être modifiée ultérieurement. Cette règle ignore la modification de l'état de besoin au fil du temps, et perd de vue les objectifs originellement alimentaires de la pension.

²¹¹ Projet de loi réformant le divorce du 15 mars 2006, *doc.parl.*, Ch. Repr., sess. Ord. 2005-2006, n°41-2341/001, p.6.

²¹² J.-L. RENCHON, « La réforme du divorce soumise à la censure de la Cour Constitutionnelle », *R.T.D.F.*, 2009/4, p.983.

²¹³ J.-C. BROUWERS, note sous C.A., 14 septembre 2006, *Div.Act.* 2007, Kluwer, pp.6 et 7.

²¹⁴ J. MASSIP, *op.cit.*, p.182.

²¹⁵ Cass., civ., 1re, 25 avril 2006, n°05-15.706., *bull.civ.*, 2006, p.179.

²¹⁶ Voy *supra*, point b., pp. 27-28.

²¹⁷ Proposition de loi relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, intervention de N. ABOUT et R. BRET, précité, p.1899.

Deuxièmement, il existe une autre lacune due au caractère forfaitaire de la prestation compensatoire en France, mais qui serait cette fois facilement ajustable. Il s'agit du fait que le montant de la prestation soit fixé, le plus souvent, avant le partage de l'indivision post-communautaire. Cette fixation tardive, combinée avec la capitalisation automatique – sans possibilité de révision – de la pension, peut léser les parties à terme. Si la situation est finalement inéquitable au regard de ce que chacune des parties a récupéré du partage des biens communs, il ne sera plus possible de modifier le montant de la prestation.

Nous l'avons vu, la Cour de Cassation française²¹⁸ ne semble pas y voir de problème – à tort selon nous. Néanmoins, il suffirait, pour régler ce paradoxe, de rallonger la pension provisionnelle – qui est déjà de mise lorsque le juge ne connaît pas avec certitude l'étendue exacte du patrimoine de chaque époux²¹⁹ - jusqu'à clôture de toutes les opérations de liquidation-partage. De la sorte, l'objectif du *clean break* ne serait que peu mis à mal vu que les parties sont dans l'obligation de rester en contact – ne serait-ce que par le biais de leurs avocats – jusqu'à clôture des opérations de partage de l'indivision (post-communautaire).

Au regard de ces éléments, s'il est vrai que la Belgique présente un système moins ambitieux que sa voisine, il est également vrai que notre système ne présente aucun paradoxe et est, globalement, parfaitement équilibré. En effet, l'objectif d'indépendance n'est pas atteint chez nous, mais par la modification possible de la pension²²⁰, il est toujours envisageable de réparer les éventuels déséquilibres qui pourraient apparaître entre les ex- époux avec le temps – ou en raison d'erreurs de jugement.

Chapitre 4: L'Ecosse et son système *on-off*

Il existe deux grands types de divorces en Ecosse ; d'une part, le divorce par consentement mutuel, qui concernait, en 2004, 82% des cas. D'autre part, il est possible de demander le divorce en cas de *marital offence*, qu'il s'agisse d'un adultère ou d'une conduite déraisonnable, ou encore en cas de non-cohabitation de deux ans.²²¹

Bien que l'Ecosse soit un pays de *Common law*, elle bénéficie d'un système de répartition des biens communs assez basique, similaire au régime de communauté en Belgique (du moins au moment du divorce), c'est pourquoi la comparaison de son système à celui mis en place en

²¹⁸ Cass., Civ, 2^e, 14 janvier 1998, précité.

²¹⁹ A. BATTEUR, F. DOUET, L. MAUGER-VIELPEAU, N. RIVIERE et A. TISSERAND-MARTIN, *op.cit.*, p.436.

²²⁰ C. civ., art. 301§7 al.2.

²²¹ J. MAIR, « Common principles and purposes ? Scots law and the CEFL », in *Juxtaposing legal systems and the principles of european family law on divorce and maintenance*, Antwerpen-Oxford, éd. Intersentia, 2007, p. 77.

France et en Belgique semblait pertinente. Cela dit, ce que nous relaterons n'est valable qu'au moment du divorce ; il ne s'agira donc pas de considérer le système écossais comme similaire à nos systèmes continentaux mais bien d'affirmer **qu'au moment du divorce**, ils montrent des points de convergence, ce qui les rend, à ce stade, comparables. Le siège de la matière n'est pas concentré dans un code comme chez nous, mais plutôt condensé dans les sections neuf et dix du *Family Law (Scotland) Act 1985*.²²²

En réalité, en Ecosse, il n'existe pas de régime matrimonial ; pas question ici de choisir entre un régime de communauté ou un régime de séparation des biens. Par ailleurs, « *le mariage en soi n'a pas d'effet sur la propriété ou les droits patrimoniaux des époux* »²²³. Pendant la durée du mariage, on peut parler d'un système plutôt séparatiste ; chaque époux gère ses propres biens.²²⁴

Ce n'est qu'au moment du divorce que les choses changent ; on va créer ce qu'on pourrait qualifier de « *communauté différée* »²²⁵ ; au moment de l'introduction de la demande en divorce, on considérera qu'il existe – comme en Belgique dans le cadre de régime de communauté – deux types de biens ; les biens propres aux époux (comprenant les héritages, les donations personnelles à un des époux, les biens qui étaient déjà dans le patrimoine d'un époux au moment du mariage), et ceux entrant dans la *matrimonial property*.

Section 1 : Cadre général de la *maintenance* écossaise

La *matrimonial property*, définie à la section 10 du *Family Law (Scotland) Act 1985* et comparable à notre patrimoine commun, comprend « *les biens acquis par chacun des époux pendant le mariage* »²²⁶, par exemple les comptes en banque²²⁷, mais également « *les biens utilisés par les époux ensemble, comme le logement familial et les meubles meublants* ». ²²⁸

Il est possible pour les époux de moduler ce que comprendra – ou non – cette *matrimonial property* par un accord pré-nuptial (*ring-fencing*) modifiable à tout moment. Ce type d'arrangement sera valide, pour autant qu'il ne soit pas démontré qu'il était inéquitable (« *not*

²²² E. REID., « Mixed but not codified : The case of Scotland », in *The scope and structure of civil codes ius gentium : comparative perspectives on law and justice*, Rotterdam, Springer, 2013, p.343.

²²³ J. MAIR, *op.cit.*, p.86.

²²⁴ J. MAIR, *op.cit.*, p.89.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ R. LANGFORD, *Financial arrangements in divorce – Scotland*, 2014, disponible sur <https://quantumvaleat.wordpress.com/financial-arrangements-in-divorce-scotland/>

²²⁸ R. ADAMS et F. SASAN, *A guide to matrimonial law in Scotland for family lawyers in England and Wales*, 2014, disponible sur <http://www.morton-fraser.com/knowledge-hub/guide-matrimonial-law-scotland-family-lawyers-england-and-wales>.

fair and reasonable »²²⁹) au moment où il a été conclu (et non au moment du divorce – ce qui peut parfois paraître injuste²³⁰).²³¹

Au moment du divorce, chaque époux récupérera donc ses biens *propres*, tandis que la *matrimonial property* sera d'abord estimée, puis sa « valeur nette »²³² (après déduction des dettes)²³³ sera partagée équitablement entre les époux.²³⁴

Ces développements nous amènent à penser que le système écossais est, en un sens, comparable aux systèmes continentaux analysés ci-dessus. L'Ecosse peut, par conséquent, être pertinente quant à une comparaison avec la France et la Belgique ; les trois Etats suivent les mêmes grandes lignes de conduite quant aux éléments à partager au moment de la liquidation-partage ; la *matrimonial property* est, au moment du divorce, comparable au patrimoine commun.

La différence entre les systèmes continentaux et le système écossais se situe au niveau du partage de cette *matrimonial property*. Là où le juge belge – ou français – divisera l'indivision en deux parts égales, le juge écossais doit en plus appliquer cinq principes²³⁵ énumérés par la section 9, 1) du *Family Law (Scotland) Act 1985*, que nous analyserons plus bas.²³⁶ Il s'agit notamment des avantages patrimoniaux que les parties auraient tiré du mariage, y compris concernant les contributions à la vie familiale et au logement familial, à l'éducation des enfants²³⁷, etc.

Ces différents critères pris en compte par le juge écossais pour partager la *matrimonial property* entre les époux sont ceux que le juge belge utilise pour déterminer le montant de la pension alimentaire. En Ecosse, l'ajout du critère indemnitaire au partage mène régulièrement à des situations où un époux, lésé par les actes posés au cours du mariage, bénéficiera finalement de 60% de la *matrimonial property* au détriment de l'autre.²³⁸

Il y a lieu de préciser que selon le vocabulaire écossais, seule la rente, qui est subsidiaire, peut être qualifiée de *maintenance* ; tous les autres mécanismes (notamment quant à la

²²⁹ R. LANGFORD, *op.cit.*

²³⁰ Family Law Matters Scotland, *prenuptial agreements*, s.d., disponible sur <http://www.familylawmattersscotland.co.uk/prenuptial-agreements.html>

²³¹ R. LANGFORD, *op.cit.*

²³² VAN BOXTAEL, J.-L., « les régimes matrimoniaux en Europe », *Rev. Not.*, 2014/8, n° 3088, p. 701.

²³³ Family Law (Scotland) Act 1985, Section 10, 2°.

²³⁴ J. MAIR, *op.cit.*, p.89.

²³⁵ R. ADAMS et F. SASAN, *op.cit.*

²³⁶ Voy. *infra*, §2, pp. 35-37.

²³⁷ Coyle v. Coyle, 2004, Fam LR 2.

²³⁸ R. ADAMS et F. SASAN, *op.cit.*

compensation des sacrifices), qui sont qualifiés de *maintenance* chez nous, font, en *Common Law*, partie intégrante de la liquidation-partage.²³⁹ Néanmoins, emprunter les termes propres de chaque modèle étudié rendrait la lecture de cette étude bien malaisée. C'est pourquoi, au cours de ce mémoire, nous qualifierons de *maintenance* tous les mécanismes qui, chez nous, sont pris en compte au moment de la pension alimentaire ; l'aspect indemnitaire, l'aspect compensatoire ainsi que l'aspect alimentaire.

§1 : Cadre général du système en une étape

La *maintenance* écossaise n'a pas toujours d'existence propre ; les pays de *Common Law* préfèrent les solutions globales, par *pack*²⁴⁰, afin d'en arriver à un *clean break* ; ils combinent à ces fins le partage des biens de la *matrimonial property* et les critères que nous, pays continentaux, intégrons dans la *maintenance*.²⁴¹ Par ailleurs, dans les cas – les plus fréquents – où elle est incluse dans le volet partage de la *matrimonial property*, elle est nécessairement capitalisée (que ce soit en nature ou par l'équivalent).²⁴²

En réalité, diverses formes de *maintenance* – au sens large - sont envisageables par le juge en fonction des circonstances de l'espèce. La huitième section du *Family Law (Scotland) Act 1985* dispose que « *chacune des parties peut demander à la Cour le bénéfice d'une des trois formes suivantes* ;

- *Le paiement d'un capital ou le transfert de propriété d'un bien*
- *L'octroi d'une allocation périodique*
- *L'ordonnance de mesures accessoires* »²⁴³

A. Le paiement d'un capital ou le transfert de propriété d'un bien

La notion de « *clean break* » a été créée – et favorisée – lors de l'adoption du *Family Law (Scotland) Act 1985*²⁴⁴, le but du divorce étant qu'à terme, chaque époux reparte sur un pied d'égalité, avec toutes les cartes en main pour débiter une nouvelle vie. On considère que le

²³⁹ K. BOELE-WOELKI, B. BRAAT et I. SUMMER, *European family law in action, vol.II : maintenance between former spouses*, Antwerpen-Oxford-New York, Intersentia, 2003, p.63.

²⁴⁰ W. PINTENS, *op.cit.*, p. 33.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ *Family Law (Scotland) Act 1985*, Section 8.

²⁴⁴ J. MAIR, *op.cit.*, p.89.

fait de faire subsister le devoir de secours au-delà du divorce est fondamentalement contraire avec l'idée même de celui-ci.²⁴⁵

Dans le cas où l'attribution d'une *maintenance* semble nécessaire, le juge doit donc prioritairement examiner deux possibilités, qui sont l'octroi d'une somme d'argent et l'octroi d'un bien en pleine propriété au créancier.

Si le juge, grâce à son pouvoir discrétionnaire, opte pour l'octroi à l'époux lésé d'une somme d'argent, il en fixera le montant de manière forfaitaire. Le capital ainsi attribué peut, comme en France, être payé de façon échelonnée. Ces annuités ou mensualités ont pour avantage, par opposition à la rente, que leur montant ne peut plus être modifié par la suite, évitant de la sorte toute querelle ultérieure entre les ex-époux à ce sujet.²⁴⁶

Si, par contre, le juge préfère opter pour l'attribution d'un bien à l'époux créancier (il s'agira le plus souvent du logement familial), ce bien peut provenir de la *matrimonial property* du couple mais aussi, si l'étendue de la *matrimonial property* ne le permet pas, du patrimoine propre de l'époux débiteur.²⁴⁷

Ces deux modalités envisageables prioritairement rappellent le système français, où la possibilité de la rente n'est également envisageable que de manière extrêmement subsidiaire. L'idée est similaire et peut être qualifiée de « *règlement on-off* »²⁴⁸, bien que les moyens utilisés soient différents (notamment concernant le système dualiste français). Une fois que le juge a statué et que les délais d'appels sont dépassés, le jugement ne peut plus être modifié.²⁴⁹

B. L'octroi d'une allocation périodique

Si la Cour doit prioritairement envisager la possibilité d'en arriver à un « *clean break* »²⁵⁰, une éventuelle pension sous forme de rente est néanmoins envisageable. Néanmoins, elle doit avoir pour seul but de « *laisser l'époux lésé retomber sur ses pieds après le divorce* »²⁵¹, en application des deux principes phares du divorce. Elle ne sera accordée que si c'est strictement nécessaire, et ne sera envisagée que si la liquidation de la *matrimonial property*

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ J.M. THOMSON, *Family law in Scotland*, London, éd. Butterworth & Co, 1987, p.115.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ J. MAIR, *op.cit.*, p.89.

²⁴⁹ C. TURCAN, « Scotland », in *Family law : jurisdictional comparisons*, 2e éd., London, éd. Thomson Reuters., 2013, p.538.

²⁵⁰ C. TURCAN, *op.cit.*, p.539.

²⁵¹ R. ADAMS, *op.cit.*

est insuffisante et que le paiement d'un capital, le cas échéant de manière échelonnée²⁵², n'est pas envisageable²⁵³.

Outre ces conditions, l'attribution d'une rente – qui est la seule forme de *maintenance* au sens strict existant en droit écossais - n'est envisageable que dans trois cas ;

- Si l'époux le plus faible a obtenu la garde de ses enfants de moins de 16 ans²⁵⁴ (ce qui explique qu'il ait moins de temps pour travailler et donc gagner un salaire),
- S'il se retrouve lésé de façon importante par son divorce²⁵⁵.
- S'il a juste besoin d'un peu de temps pour se remettre à flot ; dans ce troisième cas, la rente pourra lui être accordée pour une durée maximale de trois ans²⁵⁶.

La prestation sous forme de rente pourra être, si les circonstances l'exigent, modifiée ou supprimée si l'équité le demande, notamment en cas de remariage de l'époux bénéficiaire de la pension²⁵⁷, ou si celui-ci n'a aucunement cherché un travail dans le but d'augmenter ses revenus.²⁵⁸ Elle peut également être transformée en un capital (prenant, une fois de plus, la forme d'une somme d'argent ou l'attribution d'un bien).²⁵⁹

Le montant de la rente en question, si elle est accordée, devra couvrir l'état de besoin du bénéficiaire par rapport au standard de vie qui était le sien pendant le mariage.²⁶⁰ Au regard de la subsidiarité de ce mécanisme, l'aspect compensatoire – car c'est ce que la rente, en subjectivant l'état de besoin du créancier, recouvre en réalité – n'est que subsidiaire car limité dans le temps et à de rares situations.

C. L'ordonnance de mesures accessoires

Outre l'attribution d'un capital, d'un bien et l'octroi d'une allocation périodique, le juge écossais peut ordonner des mesures particulières en fonction des besoins de la cause.²⁶¹ Il s'agira par exemple d'ordonner la vente d'un bien, d'avoir recours à un expert pour en déterminer la valeur ou de calculer des éventuels intérêts, etc.²⁶²

²⁵² B. v. B. 2012 Fam L.R. 65.

²⁵³ C. TURCAN, *op.cit.*, p. 539.

²⁵⁴ Family Law (Scotland) Act 1985, Section 9, 1, c).

²⁵⁵ J. M. THOMSON, *op.cit.*, p.127 ; Family (Law) Act 1985, Section 9, 1, e).

²⁵⁶ Family Law (Scotland) Act 1985, Section 9, 1, d).

²⁵⁷ Family Law (Scotland) Act 1985, Section 13, 7°, b. ; J. M. THOMSON, *op.cit.*, p.116.

²⁵⁸ Wright v. Wright, 2014, EWCA Civ 201

²⁵⁹ J. M. THOMSON, *op.cit.*, p.115.

²⁶⁰ K. BOELE-WOELKI, B. BRAAT et I. SUMMER, *op.cit.*, p.183.

²⁶¹ J. M. THOMSON, *op.cit.*, p.116.

²⁶² Family Law (Scotland) Act 1985, Section 14, 2°.

Ces mesures accessoires appuient le pouvoir discrétionnaire du juge dans le but de trouver la solution la plus adaptée possible à chaque situation concrète.

§2 : Critères pris en compte pour l’octroi d’une maintenance et la détermination de son montant

La neuvième section du *Family Law (Scotland) Act 1985* précise que, considérant toute demande concernant l’attribution d’un capital (dénomination sous laquelle il y a lieu d’entendre également le transfert de propriété d’un bien) ou d’une allocation périodique, le juge doit avoir égard de différents principes.²⁶³

Parmi ces principes, on retrouve tout d’abord le fait que la valeur nette de la *matrimonial property* doive être partagée équitablement entre les parties (premier principe), tout en indemnisant tout désavantage économique subi par un époux au profit de l’autre ou de la famille (second principe).²⁶⁴ Ainsi, la onzième section²⁶⁵ précise que, afin de partager la *matrimonial property* et, le cas échéant, d’attribuer un bien ou une somme d’argent à une des parties, le juge doit apprécier tout déséquilibre qui pourrait exister entre les parties, tout enrichissement de l’un au détriment de l’autre.²⁶⁶

On vise ici tout particulièrement le cas où un époux a mis sa carrière entre parenthèse pour le bien des enfants issus du mariage : on considère alors qu’il s’agit de services pour lesquels l’autre époux n’a pas dû payer.²⁶⁷ Au début, les Cours et Tribunaux utilisaient facilement cette notion ; ce fut notamment le cas dans l’affaire *Coyle v. Coyle*²⁶⁸ et, plus récemment, dans la très emblématique affaire *Burnside v. Burnside*.²⁶⁹ Dans cette dernière, l’épouse, qui avait sacrifié sa vie professionnelle dans le but d’assurer l’éducation de ses enfants, sacrifie bénéficiant à la carrière de son mari, s’est vue accorder 60% de la *matrimonial property* en plus d’une allocation périodique pour une période de trois ans.²⁷⁰

Cela dit, ce système n’est pas pour autant surprotecteur; en effet, dans l’affaire *B. v. B.*²⁷¹, la demanderesse, divorçant d’un homme aisé, a dû revoir ses prétentions à la baisse pour la

²⁶³ K. BOELE-WOELKI, B. BRAAT et I. SUMMER, *op.cit.* p.51.

²⁶⁴ *Family Law (Scotland) Act 1985*, Section 14, 2°.

²⁶⁵ *Family Law (Scotland) Act 1985*, Section 11, 2°.

²⁶⁶ J.M. SCOTT, *Principle of pragmatism ? The current state of financial provision on divorce*, *Paper of the Seminar by BDO Stoy Hayward in Scotland of the 12 novembre 2007*, p.3.; disponible sur <http://murraystable.com/assets/files/articles/Financial%20Provision.pdf>.

²⁶⁷ C. TURCAN, *op.cit.*, p.538.

²⁶⁸ *Coyle v. Coyle*, précité.

²⁶⁹ *Burnside v. Burnside*, Edinburgh Sheriff Court, 2007, Fam. L. R. 144.

²⁷⁰ J.M. SCOTT, *op.cit.*.

²⁷¹ *B. v. B.*, 2012, *Fam L.R.* 65 ; disponible sur: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed95602>

simple et bonne raison que, n'ayant jamais travaillé durant le mariage, elle ne pouvait justifier cela par l'éducation des enfants – le couple n'en ayant pas. De plus, le juge a pris en compte le fait qu'elle ne semblait pas rechercher activement un travail par après. Dès lors, elle n'a obtenu que 40% de la *matrimonial property* ainsi qu'une pension provisoire prenant fin dès la réception du paiement de ce capital.²⁷²

Outre ces deux premiers critères, le juge devra prendre en compte les conséquences économiques de la garde des enfants de moins de seize ans après le divorce²⁷³; celui qui en assurera la garde exclusive, par exemple, verra sa carrière décoller moins vite que celui qui se consacre totalement à cette dernière.

La section 9 érige au rang de quatrième principe (bien que ce ne soit plus une modalité qu'un principe) le fait que le juge devra permettre à l'époux qui était économiquement dépendant de l'autre de *rebondir* financièrement après le divorce, en lui accordant, le cas échéant, une allocation périodique pour une durée de maximum trois ans.²⁷⁴ Il s'agit de considérations principalement alimentaires qui ont été plus longuement relatées *supra*.²⁷⁵

Enfin, précisons que, bien qu'il n'y ait a priori pas de place pour la faute, étant donné que la section 9 ne considère aucunement le comportement des parties, le juge pourra la prendre en compte « *s'il serait manifestement inéquitable de ne pas le faire, ou si un comportement a manifestement affecté les ressources financières du couple* ». ²⁷⁶ Il existe donc toujours une place pour la faute et l'équité dans la maintenance.

§3 : Nature de la Maintenance écossaise

En Ecosse, le devoir de secours subsiste tant que les parties sont mariées mais disparaît par après.²⁷⁷ Le montant des aliments qui peuvent être accordés à une partie sera calculé « *en fonction des besoins et ressources des ex époux, de leurs capacités ainsi que de toutes les circonstances de l'espèce* »²⁷⁸. Cette phrase semble assez vague. En réalité, le *Family Law (Scotland) Act 1985* offre deux grandes possibilités au juge.

D'une part, les deux premiers principes de la section 9 du *Family Law (Scotland) Act 1985* concernent la division de la *matrimonial property*. Il s'agira du versement d'un capital ou de

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ Family Law (Scotland) Act 1985, section 9, c).

²⁷⁴ Family Law (Scotland) Act 1985, Section 9, d. ; W. v. W., 2012, *Fam L.R.*, 65.

²⁷⁵ Voy. *supra.*, point b., pp.34-35.

²⁷⁶ Family Law (Scotland) Act 1985, Section 11, 7.; J. MAIR, *op.cit.*, pp. 93-94.

²⁷⁷ Family Law (Scotland) Act 1985, Section 1.

²⁷⁸ C. TURCAN, *op.cit.*, p.539.

l'attribution de la pleine propriété d'un bien à l'époux lésé comme modalité de *maintenance*. L'objectif indemnitaire est ici présent, au sens large; les concepts d'indemnité et de compensation sont – comme en Belgique et en France – assimilés.

En effet, il s'agira pour le juge de partager la *matrimonial property*, en tenant tout particulièrement compte des sacrifices effectués par un époux (logique strictement indemnitaire). Cela dit, étant donné qu'on divise la *matrimonial property* de façon équitable, il s'agit également de permettre à l'un des époux de conserver, en quelque sorte, son niveau de vie, avec une logique assurantielle (et compensatoire) cette fois.

Néanmoins, cette logique compensatoire découle de la liquidation-partage du régime matrimonial uniquement et n'est en aucun cas un objectif de la *maintenance* au sens strict.²⁷⁹ Seule la logique indemnitaire est donc réellement intégrée à la liquidation-partage de la *matrimonial property*. Ainsi, l'aspect compensatoire en est une conséquence mais pas un objectif.

La *maintenance* au sens strict, telle que consacrée par les points c. et d. de la Section 9 du *Family Law (Scotland) Act 1985*, correspond plutôt à un objectif alimentaire. En effet, il est vrai qu'un époux dans le besoin peut prétendre à une allocation périodique à charge de l'autre, de manière infiniment subsidiaire. On parle par exemple de l'épouse dépendante de son mari qui va, du jour au lendemain, se retrouver divorcée et sans le sou. Dans ce cas, le juge pourra, pour une durée limitée, lui accorder une pension alimentaire le temps que l'épouse puisse trouver un autre moyen de subsistance. La pension aura un caractère alimentaire, et d'une certaine manière, compensatoire. En effet, le montant de la rente sera déterminé au regard du standard de vie qui était celui de l'époux créancier pendant son mariage.²⁸⁰

Néanmoins, cette possibilité d'allocation périodique ne peut être accordée que si « *les conditions sont remplies et que le paiement d'un capital ou le transfert de propriété serait inapproprié ou insuffisant* »²⁸¹. Autrement dit, l'allocation périodique doit rester l'exception et être utilisée en tout dernier recours ; les impératifs indemnitaires seront examinés en premier lieu et ne rendront, généralement, plus nécessaire l'octroi d'une aide alimentaire au sens strict.

En conclusion, la nature de la *maintenance* en Ecosse est mixte ; quand elle est incluse dans la liquidation-partage de la *matrimonial property*, elle a pour but d'indemniser les transferts de

²⁷⁹ K. BOELE-WOELKI, B. BRAAT et I. SUMMER, *op.cit.*, p.81.

²⁸⁰ K. BOELE-WOELKI, B. BRAAT et I. SUMMER, *op.cit.*, p.183.

²⁸¹ Family Law (Scotland) Act 1985, section 13, 2.

richesse d'un époux à l'autre (logique indemnitaire). Par contre, quand elle est entendue au sens strict, elle doit permettre à l'époux le moins aisé de se remettre à flot financièrement (logique alimentaire). Le caractère compensatoire est également présent, sous certains aspects, tant au niveau de la liquidation-partage que de la rente périodique, mais il n'est pas prépondérant.

Section 2 : Bilan général du système *on-off* écossais

§1 : Articulation entre la liquidation-partage de la matrimonial property et la maintenance

Nous l'avons vu, l'Ecosse présente un modèle très différent du nôtre, ce qui peut le rendre assez difficile à comprendre. Cependant, il y a lieu de constater que la liquidation-partage et l'attribution de ce que l'on pourrait appeler chez nous la *maintenance* se font en même temps. En réalité, la maintenance (au sens large, comprenant des considérations indemnitaires) est prise en compte dans le cadre du partage de la *matrimonial property* ; il s'agit d'une procédure qui s'effectue en une seule opération.

Ainsi, le versement d'un capital ou l'attribution d'un bien, visés par le premier point de la section 9 et visant à combler les déséquilibres causés par le mariage, sera plutôt pris en compte au moment de la distribution des biens communs entre les ex-époux.²⁸² L'époux qui aurait pu prétendre, chez nous, à une pension alimentaire – ou, en France, à une prestation compensatoire – se verra attribuer un plus grand pourcentage de la valeur nette de la *matrimonial property*, du patrimoine commun. A titre d'illustration, dans les affaires *Coyle v. Coyle*²⁸³ et *Burnside v. Burnside*²⁸⁴, l'épouse a bénéficié d'environ 60% du patrimoine commun au titre de *compensation* des sacrifices faits en faveur du mariage.

Concernant l'octroi d'une éventuelle *allocation périodique*, visant cette fois à aider l'époux anciennement dépendant de l'autre à se remettre sur pieds, les mécanismes en place privilégient encore le règlement en une fois. En effet, la section 13 pousse le juge à n'utiliser le principe de la rente qu'en tout dernier recours. Par conséquent, même si on répond cette fois à un objectif alimentaire – voire compensatoire - et non plus indemnitaire, on en revient au même dénouement ; on préfère capitaliser la *maintenance*, même accordée pour des raisons purement alimentaires. Ce capital sera attribué au moment même du partage de la communauté.

²⁸² K. BOELE-WOELKI, B. BRAAT et I. SUMMER, *op.cit.*, p. 147.

²⁸³ *Coyle v. Coyle*, précité.

²⁸⁴ *Burnside v. Burnside*, précité.

Force est donc de constater que le juge a un très large pouvoir discrétionnaire quant à la redistribution des biens entre les époux ; le principe de pension alimentaire au sens strict, indépendante du partage de la communauté, est de moins grande ampleur dans les pays de *Common Law* que dans nos pays continentaux.²⁸⁵ Le but est d'en arriver à une indépendance des parties après le divorce ; on préfère procéder sous forme de *package* en divisant la *matrimonial property*, package comprenant toutes les considérations qui, chez nous, concernent la pension alimentaire ; il s'agit de compenser les sacrifices effectués pendant le mariage, tout en permettant à chacune des parties de conserver un train de vie décent.

§2 : Le système en une étape mis en place en Ecosse face aux différents objectifs post-divorce du 21^e siècle

L'Ecosse présente un système de *Common law* qui remplit les objectifs alimentaires, indemnitaires (y compris, d'une certaine façon, compensatoires) et d'indépendance *post-divorce* mis en exergue plus tôt.

D'abord, l'objectif d'indépendance des époux après le divorce est indiscutable dans leur modèle. Le juge doit utiliser tous les moyens possibles pour en arriver à un *clean break*.²⁸⁶ C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la liquidation-partage et les questions de *maintenance* sont confondues ; on privilégie les solutions globales par le biais de la liquidation-partage afin de clôturer tous les comptes qui pourraient exister entre les époux.²⁸⁷ Le seul cas dans lequel cette indépendance n'est pas atteinte est celui où le juge recourt au système de la rente. Ce mécanisme est cependant examiné de façon extrêmement subsidiaire et limité à trois rares hypothèses.²⁸⁸

Le caractère alimentaire, bien que subsidiaire par rapport à l'objectif indemnitaire, est également rempli ; il s'agira de permettre à l'époux le moins aisé de rebondir après un divorce. Ainsi, le juge procède à la liquidation-partage de la *matrimonial property* avec des considérations indemnitaires, et seulement s'il remarque ensuite que l'époux se trouve toujours dans un état de besoin, il peut éventuellement lui accorder une plus grande partie de la *matrimonial property*. Ce n'est que si l'état de besoin ne peut être comblé par les mécanismes de liquidation-partage et qu'aucune autre solution n'est envisageable qu'il octroiera à l'époux lésé une rente, qui sera limitée dans le temps.

²⁸⁵ W. PINTENS, *op.cit.*, p. 21.

²⁸⁶ W. PINTENS, *op.cit.*, p. 33.

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ Comme explicité *supra*, Chap. 4, Sect.1, §1, b° ; p.35.

Enfin, concernant le très controversé caractère indemnitaire au sens large, le système *one-step* écossais marque également des points. En effet, la section 9 affirme que la *matrimonial property* doit être distribuée de manière équitable (point a), tout en compensant les sacrifices qu'aurait effectué un époux au bénéfice de l'autre époux (point b). Il y a lieu d'analyser les deux pendants de l'objectif indemnitaire, qui sont la compensation et l'indemnisation au sens strict.

D'abord, la liquidation de la *matrimonial property* remplit, bien que ce soit discutable, les objectifs compensatoires de la situation post-divorce. En effet, la *matrimonial property* est partagée en deux, comme c'est notamment le cas dans le cas de notre patrimoine commun. Dès lors, il va de soi que le partage de ce patrimoine commun de façon égale a pour but que chaque époux bénéficie encore, en quelque sorte, du même train de vie. Dans le cas *B. v B.* par exemple, l'épouse, qui n'avait jamais travaillé, a bénéficié de 40% de la *matrimonial property*, alors que cette dernière avait été financée par les revenus de son mari. Cet aspect compensatoire n'est en réalité pas un objectif de la *maintenance* mais est une conséquence du mécanisme de partage de la *matrimonial property*, cette dernière devant être partagée, a priori, de façon égale.²⁸⁹

En outre, l'aspect compensatoire tel qu'énoncé dans le premier chapitre se retrouve également dans l'octroi d'une rente à l'époux lésé – cas restant assez rare. En effet, le juge aura égard du standard de vie des époux pendant le mariage pour déterminer le montant de la rente alimentaire.²⁹⁰ Néanmoins, l'octroi d'une rente n'étant que rare et celle-ci devant être limitée dans le temps, cet aspect compensatoire ne peut pas être considéré comme prépondérant ; la *maintenance* n'a en effet une fonction assurantielle qu'à très court terme.

Concernant l'objectif indemnitaire au sens strict, l'époux qui aurait mis sa carrière entre parenthèse pour les besoins de son ménage, favorisant de la sorte l'ascension de celle de son conjoint, est également indemnisé ; le second principe régissant le partage de la *matrimonial property* étant celui-là. Cela dit, il est vrai que cette indemnisation se fait de manière forfaitaire.

En conclusion, tous les objectifs de la situation post-divorce sont remplis par le système écossais, avec en outre des mécanismes assez simples, chaque cas d'espèce étant à apprécier par le juge qui bénéficie d'un large pouvoir discrétionnaire.

²⁸⁹ Family Law (Scotland) Act 1985, section 9, 1, a).

²⁹⁰ K. BOELE-WOELKI, B. BRAAT et I. SUMMER, *op.cit.*, p.183.

Cela nous mène à nous demander si, finalement, la voie la plus simple pour répondre aux objectifs d'indépendance, d'alimentation, d'indemnité et de compensation ne serait pas celle où le juge procède en une seule étape et bénéficie d'un large pouvoir discrétionnaire lui permettant de trouver une solution adéquate à chaque situation.

Chapitre 5 : Confrontation des trois types d'articulation entre liquidation-partage et *maintenance* aux objectifs post-divorce du 21^e siècle

Section 1 : l'Ecosse et son système *one-step* répondent parfaitement à ces objectifs

Comme nous venons de le voir, l'Ecosse présente un système idéal au regard des objectifs du 21^e siècle qui sont l'indépendance des époux après le divorce, l'indemnisation des sacrifices opérés par un des époux au bénéfice du couple, l'assurance de conserver un train de vie similaire à celui qui était le sien au moment du mariage (c'est-à-dire le caractère compensatoire, qui inclut finalement le caractère alimentaire, suivant lequel aucun des époux ne peut se retrouver dans le besoin).

Outre une réponse parfaite au *clean break*, la *maintenance* écossaise a donc pour avantage de ne pas être exagérément compensatoire ; en effet, l'objectif de compensation n'existe qu'à travers du partage de la *matrimonial property* et non au-delà ; il est inenvisageable d'octroyer une somme d'argent à son ancien époux afin qu'il puisse bénéficier du même train de vie que durant son mariage, ou du moins pas pour une longue durée. Selon nous, au vu des critiques doctrinales sur le caractère compensatoire de la pension belge, le système écossais doit être applaudi à ce sujet – et notre législateur aurait grand intérêt à s'en inspirer.²⁹¹

Ce système repose sur le partage de la *matrimonial property* entre les époux au moment du divorce. Le système écossais de *maintenance* – et même de liquidation-partage – part du principe qu'il y aura toujours quelque chose à partager dans la *matrimonial property*, et, seulement si ce n'est pas le cas, le juge aura recours au mécanisme de la rente.

Indépendamment à cela, il est possible pour les époux de moduler ce que comprendra – ou non – cette *matrimonial property* par le biais d'un accord, appelé *ring-fencing*. Dès lors, bien que les époux n'aient pas l'occasion de choisir entre un régime matrimonial séparatiste ou non, il est totalement envisageable d'avoir, à terme, un régime plutôt séparatiste ou plutôt

²⁹¹ A.-C. VAN GYSEL, *op.cit.*, N. DANDOY, *op.cit.*, F. SWENNEN, *op.cit.*

communautaire en fonction des éléments que les époux décident d'inclure ou d'exclure de la *matrimonial property*.

L'Ecosse se distingue des Etats continentaux analysés dans sa manière de favoriser le *clean break*. Elle va plus loin que la France ; le juge n'alloue pas un capital en tant que tel à l'époux le moins aisé, mais intègre sa créance dans le partage de l'indivision post-communautaire. De plus, le législateur a instauré un système de pension provisoire qui s'éteindra au moment de la finalisation de la liquidation et du partage de la *matrimonial property*.²⁹²

Section 2 : les modèles *two-steps* ne remplissent pas les objectifs post-divorce du 21^e siècle

§1 : *Similarité des modèles français et belges*

La division de la procédure en deux étapes (d'une part la liquidation-partage de l'indivision post-communautaire et de l'autre la détermination de la prestation compensatoire) est similaire dans les deux modèles continentaux étudiés. Les liens entre les deux institutions ne sont qu'indirects, notamment concernant la prise en compte de la disparité des conditions de vie entre époux à la suite de la liquidation-partage dans la détermination du montant de la pension alimentaire (ou prestation compensatoire).²⁹³

Ensuite, il semble intéressant de pointer du doigt les critères d'attribution de la pension, qui sont globalement identiques dans les deux pays. On se réfère, dans les deux cas, à l'état de besoin de la partie demanderesse, tout en gardant un œil sur le comportement des parties, notamment sur leur éventuelle faute, afin que la pension ne soit pas contraire à l'équité.

Cela nous amène à penser que la prestation compensatoire peut être considérée comme équivalente à la pension alimentaire belge, si ce n'est que celle-ci est automatiquement capitalisée. Elle a, de la sorte, été plus loin que la Belgique sur le chemin du *clean break*, du droit au divorce.

Néanmoins, l'ordre mis en place entre les deux étapes diffère quelque peu.

En Belgique, il n'existe, en théorie, aucun lien entre les deux mécanismes, si ce n'est que les opérations de partage auront une influence sur l'état de besoin du bénéficiaire de la pension. Si l'état de besoin est modifié par ces opérations, le montant de la pension pourra être révisé

²⁹² B. v. B., *op.cit.*

²⁹³ K. BOELE-WOELKI, B. BRAAT et I. SUMMER, *op.cit.*, pp. 57-58.

par le juge.²⁹⁴ De la sorte, le législateur belge a résolu le problème des opérations de partage plus longues que la procédure en divorce – comme c’est généralement le cas.

En France, l’attribution d’une prestation compensatoire se fait avant les opérations de partage. Les opérations de partage, qui peuvent pourtant avoir beaucoup d’influence sur l’état de besoin d’une des parties si on prend en compte les mécanismes de récompenses, ne seront donc pas incluses dans les calculs du montant de la prestation, ce qui peut, nous l’avons vu, s’avérer regrettable si ce montant est, en outre, irrévocable.

Toujours est-il que, malgré les volontés des législateurs, aucun des deux systèmes ne répond parfaitement – et de façon logique – aux objectifs du 21^e siècle.

La Belgique présente un système cohérent, mais qui a pour conséquence de rendre un époux dépendant de l’autre après le divorce par le biais de la rente alimentaire. Le système belge ne semble donc pas répondre à l’objectif d’indépendance après divorce.

La France, par opposition, a instauré la capitalisation automatique de la prestation compensatoire à défaut d’accord entre parties. Ce recours automatique à la capitalisation en France pose néanmoins quelques problèmes *in concreto*, comme souligné plus haut. Ces problèmes pourraient être résolus, mais leur existence ternit quelque peu la prestation compensatoire française, qui paraissait pourtant idéale à première vue.

Les paradoxes découlant du système français semblent dus à la trop grande volonté du législateur français d’en arriver à un *clean break* malgré son système dualiste. En effet, il a été nécessaire de rendre forfaitaire la prestation – et par conséquent de lui ajouter des considérations compensatoires – afin d’atteindre l’objectif d’indépendance post-divorce entre les anciens époux.

§2 : *De Lege Lata du mécanisme two-steps continental*

Il semblerait que la division entre, d’une part, la liquidation-partage de l’indivision post-communautaire et, d’autre part, l’octroi d’une pension alimentaire, se justifie principalement par le choix entre plusieurs régimes matrimoniaux par les futurs époux. En effet, ils peuvent choisir d’opter pour un régime communautaire ou pour un régime de séparation des biens, pour ne citer que les plus emblématiques.²⁹⁵

²⁹⁴ C. civ., art.301, §7 al.2.

²⁹⁵ C. Civ. français, art. 1497, 1536.

Dès lors, pour suivre la logique stricte du régime de séparation des biens, dans certains divorces, il n'y aura rien à partager, aucun bien n'étant commun par nature. Cela dit, cette explication n'est valable que sur papier ou dans les très courts mariages. En effet, la plupart des époux mariés en séparation de biens financeront l'acquisition de certains biens – notamment le logement familial – en indivision.²⁹⁶ Dès lors, il existe presque toujours une indivision à partager au moment du divorce.²⁹⁷ L'idée selon laquelle les époux mariés sous le régime de séparation des biens ne sont propriétaires de rien en commun semble être une utopie.

Cette règle – qui reste cependant de principe, la réalité étant toute autre – justifie que la pension alimentaire belge, tout comme la prestation compensatoire française, soit indépendante de la liquidation de l'indivision post-communautaire. En effet, la pension alimentaire – ou prestation compensatoire – existera peu importe le résultat obtenu après le partage des biens entre les époux. Le législateur a cependant préféré séparer les deux mécanismes afin que la *maintenance* (pour lui donner une dénomination globale) s'applique de manière générale à tous les divorces.

Il s'agit d'éviter tout risque de « *remettre en cause le choix d'un régime matrimonial séparatiste fait par les époux* »²⁹⁸. Difficile, a priori, de respecter un choix de régime matrimonial séparatiste si on ajoute au partage de l'indivision des considérations tantôt indemnitaires, tantôt alimentaires en plus des mécanismes de récompenses.

Néanmoins, cette justification semble obsolète aujourd'hui, du moins en France. Avec un objectif principalement compensatoire, la prestation française gomme finalement les volontés séparatistes des époux, même si elle est accordée indépendamment des opérations de liquidation-partage.

Section 3 : Volonté française d'adopter un mécanisme *one-step*

La France semble également, sous divers aspects, s'être inspirée des systèmes de *Common Law*. Cette ambition est respectable ; en effet, le système écossais peut être qualifié d'exemplaire concernant l'indépendance post-divorce qui semble être un, des grands objectifs du 21^e siècle. Ainsi, « *la prestation compensatoire française n'est pas totalement comparable*

²⁹⁶ Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p.305.

²⁹⁷ H. CASMAN, « [Séparation de biens] Généralités – Séparation de biens conventionnelle », in *X, les régimes matrimoniaux*, Wateloo, Wolters Kluwers, 2015, p.18.

²⁹⁸ A. BATTEUR ; F. DOUET ; L. MAUGER-VIELPEAU ; N. RIVIERE ; A. TISSERAND-MARTIN, *op.cit.*, p.434.

*avec les systèmes de Common law appliquant la réattribution des biens, mais elle s'y apparente sous certains aspects ».*²⁹⁹

Par exemple, concernant les modalités d'attribution du capital, il y a lieu d'affirmer que la solution prioritairement examinée en Ecosse est la solution unique en France. Le capital peut être accordé sous la forme d'une somme d'argent, mais également sous la forme de l'attribution d'un bien commun (ou de l'autre époux), en particulier le logement familial. Les deux pays ont également recours à la rente comme moyen subsidiaire, bien que l'Ecosse semble y avoir recours un peu plus facilement que notre voisin français.

La seule différence significative entre les deux Etats serait que la France procède encore et toujours à l'attribution de la prestation compensatoire indépendamment de toute opération de liquidation-partage, tandis que l'Ecosse confond totalement les deux mécanismes. Néanmoins, le législateur français a admis, dans deux cas, que les deux mécanismes soient confondus.

D'abord, dans le cas où la prestation compensatoire se fait par l'abandon d'un bien au profit de l'époux créancier, on inclut – bien que cela soit encore discuté³⁰⁰ – cette opération dans la liquidation-partage du régime matrimonial.³⁰¹ En effet, l'article 281 du Code civil dispose que l'abandon d'un bien peut être considéré « *comme participant au régime matrimonial ; ils ne sont pas assimilés à des donations* »³⁰².

Le législateur français traduit également cette volonté quant aux conventions entre époux sur la prestation compensatoire ; il sera conseillé aux époux d'« *associer le versement d'une éventuelle prestation compensatoire à la liquidation anticipée du régime matrimonial* »³⁰³, notamment en attribuant un bien de manière préférentielle au bénéficiaire de la prestation.³⁰⁴

En Belgique, cette volonté est moins flagrante. En effet, à l'exclusion des cas de divorces par consentement mutuel, les deux mécanismes sont séparés. Cela dit, un mécanisme *one-step* irait de pair avec le *droit au divorce* que la réforme de 2007 a tenté d'instaurer, et une partie

²⁹⁹ W. PINTENS, *op.cit.*, p.21.

³⁰⁰ M-P. MURAT-SEMPIETRO et V. TRAMBOUZE, *op.cit.*, p.138.

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² C. civ. français, art. 281.

³⁰³ A. BATTEUR, F. DOUET, L. MAUGER-VIELPEAU, N. RIVIERE et A. TISSERAND-MARTIN, *op.cit.*, p.397.

³⁰⁴ A. DASTE, A. MORGEN-GUILLEMIN, *op.cit.*, p.207.

de la doctrine³⁰⁵, principalement néerlandophone, affiche sa préférence pour un tel mécanisme.

Finalement, la France semble se situer à mi-chemin entre les deux systèmes antinomiques que sont ceux de la Belgique et de l'Ecosse. Mais pourquoi ne pas avoir été jusqu'au bout des choses en instaurant, chez elle, les mêmes mécanismes de *maintenance* qu'en Ecosse?

³⁰⁵ F. SWENNEN, *op.cit.*, p. 1287, 1290, n°3; W. PINTENS, *op.cit.*; P. WAUTELET, *op.cit.*

Seconde partie : Pistes pour une pension alimentaire belge répondant à tous les objectifs *post-divorce* du 21^e siècle

Au vu des différents modèles exposés dans la première partie du mémoire, il y a lieu de se demander s'il serait possible, en Belgique, d'en arriver à un système de pension alimentaire répondant à tous les objectifs *post-divorce* du 21^e siècle. A ces fins, deux grandes pistes doivent être envisagées ; la possibilité de revoir le système dans son ensemble afin d'en arriver à un mécanisme *one-step* tel que celui applicable en Ecosse, ainsi que la possibilité d'adapter notre système dualiste aux réalités d'aujourd'hui, notamment concernant l'indépendance *post-divorce* des anciens époux.

Chapitre 1 : Possibilité de créer un mécanisme *one-step*

Section 1 : Revoir le système dans son ensemble

Serait-il possible, dans nos sociétés continentales, offrant aux époux la possibilité de choisir leur régime matrimonial, de régler la prestation compensatoire ou pension alimentaire au moment de la liquidation-partage de l'indivision (qu'elle soit post-communautaire ou non) ?

Dans l'affirmative, tant la Belgique que la France présenteraient un système répondant aux objectifs de la situation *post-divorce* du 21^e siècle – comme c'est actuellement le cas en Ecosse. De la sorte, les controverses incessantes concernant la nature de la pension alimentaire seraient définitivement closes et les tribunaux seraient quelque peu désengorgés des litiges au sujet de la pension alimentaire – sans pour autant que les ex-époux ne subissent les effets néfastes des paradoxes de la prestation compensatoire française.

Au regard des éléments précédemment exposés, il semble que l'on puisse répondre à cette question par l'affirmative ; oui, la Belgique et la France pourraient réunir les deux mécanismes en un seul, à condition bien évidemment que les procédures soient profondément réformées, de manière à obtenir dans le Code civil des dispositions équivalentes à la Section 9 du *Family Law (Scotland) Act 1985*.

En outre, les réformes en questions devront nécessairement prendre en compte les situations réelles et non plus les principes théoriques. Il s'agira d'abord pour le législateur de reconnaître que les régimes de séparation des biens ne sont jamais totalement séparatistes. En effet, les

époux, même mariés sous le régime séparatiste, acquièrent la plupart du temps des biens en indivision.³⁰⁶

De plus, en Belgique, il y aura lieu de remettre en question la définition même de la pension alimentaire et d'assumer les acquis de la Cour de Cassation³⁰⁷ ; la pension alimentaire belge a en réalité une nature indemnitaire (et compensatoire dans certains cas) en plus de ses objectifs alimentaires originels.

En effet, sans cette subjectivation de l'état de besoin, nul besoin de modifier le système ; la pension alimentaire telle qu'elle a été prévue par la loi de 2007 remplit parfaitement les objectifs purement alimentaires prévus par cette même loi – incompatibles avec l'indépendance des anciens époux. Cela dit, depuis que la Haute Juridiction a ajouté comme critère la dégradation de la situation du créancier tant en raison du mariage que du divorce³⁰⁸, la pension présente également des connotations indemnitaires et compensatoires, ce qui remet quelque peu le système en question vis-à-vis des objectifs d'indépendance *post-divorce* de la loi.

Pour réformer notre modèle de façon efficace, il sera donc avant tout question de reprendre le système dans son ensemble, en ayant égard des situations réelles, de l'application concrète des mécanismes théoriques mis en place jusqu'alors. Ensuite, il y aurait lieu de distinguer la situation en fonction du régime matrimonial choisi par les époux.

Section 2 : Cas du régime de communauté

Dans le cas où les parties auraient, au moment de la conclusion du mariage, opté pour le régime légal, la situation apparaît simplement. Il s'agirait de s'inspirer du modèle écossais en trois étapes simples.

Tout d'abord, comme c'est déjà actuellement le cas, il s'agira de recenser l'étendue du patrimoine commun du couple par un inventaire ; soustraire le passif commun de l'actif commun pour en arriver à une somme, appelée *indivision post-communautaire*.

Ensuite, il y a lieu de procéder aux comptes de récompenses³⁰⁹ tels que nous les connaissons ; il s'agira de rééquilibrer chacun des patrimoines (tant le patrimoine commun que les

³⁰⁶ Ph. DE PAGE, *op.cit.*, p.305.

³⁰⁷ Cass., 12 octobre 2009, précité - 6 mars 2014, précité.

³⁰⁸ Cass., 12 octobre 2009, précité.

³⁰⁹ C. civ., art. 1432 – 1438.

patrimoines propres) au regard des transferts pécuniaires qui auraient eu lieu entre eux pendant le mariage.

Enfin, le juge pourrait partager le patrimoine restant entre les deux époux au regard de l'équité. Il s'agirait alors de reprendre les critères actuellement applicables à l'octroi – ou non – d'une pension alimentaire afin de modifier le résultat final du partage.

De la sorte, le juge accordera par exemple le logement familial – ou, le cas échéant, une plus grande somme d'argent – à l'épouse qui a sacrifié sa carrière au bénéfice du ménage et de l'éducation des enfants, répondant de la sorte à l'objectif indemnitaire.

En outre, l'objectif assurantiel sera ici également rempli ; par le simple fait du mariage, chaque époux pourra, avec la somme retirée de la liquidation-partage, continuer à jouir du même train de vie, mais dans la mesure du raisonnable, le juge pouvant apprécier de toutes les circonstances de l'espèce. En effet, il n'y aurait pas trop de place accordée au caractère compensatoire, qui est vivement critiqué et ne semble pas pouvoir être un objectif principal de la situation *post-divorce* au 21^e siècle.³¹⁰ En effet, cette logique d'assurance par le simple fait du mariage ne correspond que très peu à notre vision du mariage comme un « *contrat sui generis renouvelé au jour le jour* »³¹¹, même si c'est pourtant la voie que la France semble avoir choisi.

Ce caractère compensatoire existerait par le simple partage de l'indivision post-communautaire ; dans le cas où un seul époux serait source de revenus, il serait le seul à remplir, de manière pécuniaire du moins, le patrimoine commun. Or, le partage en équité de ce patrimoine commun se fera au bénéfice de l'autre époux, ce qui le laisserait dans une situation confortable au moment du divorce. Le caractère compensatoire serait donc – bien que cela soit discutable – rempli.

Cela dit, une telle situation ne serait pas aberrante pour autant, comme cela peut être le cas aujourd'hui. Il ne s'agira en aucun cas de continuer à financer un train de vie plus que confortable à l'ex-époux dans le besoin alors que les parties sont divorcées.

Théoriquement, un mécanisme tel qu'énoncé, présentant des caractéristiques compensatoires limitées, semble donc idéal au regard des objectifs *post-divorce* du 21^e siècle et aux critiques doctrinales analysées au préalable. Il s'agirait pour le juge de liquider l'indivision post-communautaire en ayant égard des critères applicables aujourd'hui à la pension alimentaire,

³¹⁰ Notamment par J.-C. BROUWERS et F. SWENNEN, *op.cit.*

³¹¹ Projet de loi réformant le divorce du 15 mars 2006, précité, p.6.

sans pour autant léser une partie en attribuant la quasi-totalité du patrimoine commun à l'autre.

Section 3 : Cas du régime de séparation des biens

En cas de régime de séparation des biens, la situation serait, en principe, la même qu'en régime de communauté, si ce n'est que le partage ne porterait plus sur l'indivision post-communautaire mais seulement sur l'indivision existant entre les époux.

En effet, c'est une utopie que de soutenir que les époux mariés sous le régime de séparation des biens ne font pas d'achats communs. A une époque où l'avenir est incertain et où chaque époux préfère se constituer une sûreté au cas où un divorce clôturerait leur union, le régime séparatiste est le plus courant. Ce n'est pas pour autant que les jeunes époux ont les moyens d'acheter un immeuble propre. Ils auront la plupart du temps pour réflexe d'acquérir leur logement familial – car c'est là l'exemple le plus flagrant – de manière indivise.³¹²

Nous voyons donc que le régime de séparation des biens n'est jamais aussi séparatiste qu'il est censé l'être dans la loi. Selon nous, les seuls rares cas dans lesquels les époux n'auraient rien acquis en indivision seraient, d'une part, le cas des couples ayant effectivement tout fait pour rester un maximum séparatistes (nous analyserons cette hypothèse dans le point suivant), et ceux dont le mariage n'a pas été bien long. Dans cette seconde hypothèse, l'époux le moins aisé n'aurait, sous notre législation, pas bénéficié d'une pension alimentaire – ou du moins pas longtemps. Dès lors, le fait qu'il n'y ait rien à partager entre les époux ne peut poser de réel problème étant donné qu'il n'y a que très peu de considérations compensatoires ou indemnitaires à prendre en compte.

Dès lors, il s'agirait pour le juge de partager de façon équitable l'indivision, et non plus l'indivision post-communautaire. Le juge devrait, une fois tous les comptes réglés concernant cette indivision, la partager entre les anciens époux de manière à combler les objectifs de la pension alimentaire actuelle. Il y aurait alors lieu de créer, dans le Code civil, un régime d'indivision propre à l'acquisition commune d'un bien par deux époux, à mi-chemin entre l'indivision classique et le patrimoine commun tel qu'entendu dans le cadre du régime de communauté.

A ce moment-là, contrairement à ce que craignaient certains auteurs français au moment de l'adoption de la loi, il n'y aurait aucun risque « *de remettre en cause le choix d'un régime*

³¹² Ph. DE PAGE, *op.cit.*, p.305.

matrimonial séparatiste fait par les époux ». ³¹³ Un mécanisme *one-step* tel que proposé renforcerait même l'aspect séparatiste du régime. En effet, actuellement, le capital ou la pension versée par un époux à l'autre provient de son patrimoine propre (ou, plus précisément, du patrimoine qu'il aura après son divorce, comprenant ce qu'il a récupéré du partage de l'indivision). En piochant ce capital directement dans le contenu de l'indivision, la fortune personnelle (par exemple familiale) de l'époux le plus aisé ne sera, a priori, pas atteinte par un éventuel divorce – du moins si l'indivision est assez importante pour permettre au juge de la partager de la sorte.

Section 4 : Solutions en cas d'insuffisance de l'actif

Bien que le système tel que présenté ci-dessus semble idéal, il présente un inconvénient ; que faire en cas d'insuffisance de l'actif ? Ce cas risque particulièrement de se présenter en régime de séparation des biens mais doit également être envisagé dans le cadre du régime de communauté.

Une option envisageable dans les deux cas serait de créer un mécanisme tel la *maintenance* écossaise ; outre l'octroi d'un capital, une rente, pour une période limitée, est parfois accordée si le partage de la *matrimonial property* est insuffisant. Cela dit, le recours à cette rente est limité à trois cas ; si l'époux le plus faible a obtenu la garde de ses jeunes enfants, si les circonstances sont telles qu'il a été réellement lésé par son mariage, et enfin s'il a besoin d'un peu d'aide pour *se remettre à flot* après le divorce – la rente étant limitée à une durée maximale de trois ans dans ce dernier cas. Cette rente – sauf le cas fréquent où elle a été capitalisée - pourra, par la suite, être modifiée si les circonstances de l'espèce l'exigent.

Cette option semble toutefois être assez stricte au regard de notre droit actuel. En effet, le recours à la rente est limité à de rares hypothèses. Dès lors, en cas d'insuffisance de l'actif, un époux qui aurait bénéficié, actuellement, d'une belle pension alimentaire en raison des sacrifices effectués au bénéfice du mariage pourrait sortir perdant dans le cas où un système tel que celui-là serait mis en place.

Pour ces raisons, il y a lieu d'envisager une autre option pour le cas où notre législateur opterait pour un mécanisme *one-step*. Il s'agirait de recourir – de façon, évidemment, extrêmement subsidiaire – à une prestation compensatoire telle qu'elle existe typiquement en France (et, d'une certaine manière, en Ecosse). De la sorte, nous répondrions aux objectifs d'indépendance et d'indemnisation post-divorce.

³¹³ A. BATTEUR ; F. DOUET ; L. MAUGER-VIELPEAU ; N. RIVIERE ; A. TISSERAND-MARTIN, *op.cit.* p.434.

Ainsi, dans le cas où le partage de l'indivision serait insuffisant, le juge, à la clôture des opérations, pourrait condamner l'époux le plus aisé à payer un capital – le cas échéant de façon échelonnée – à l'époux dans le besoin.

Concernant les objectifs compensatoires que nous remettons en cause dans le schéma français et plus particulièrement le cas du remariage de l'époux, il est vrai que la question ferait à nouveau débat, mais ces derniers seraient sans nul doute moins passionnés étant donné que l'option envisagée ne serait que subsidiaire.³¹⁴

Section 5 : Synthèse

En conclusion, il serait parfaitement envisageable de créer un système *one-step* en Belgique et en France. Cette mise en place nécessiterait cependant des investissements particuliers et la mise en place de groupes de réflexions sur différents points.

Tout d'abord, au sujet de l'intégration dans la loi des enseignements de la Cour de Cassation et de l'application *in concreto* du régime de séparation des biens. Il s'agira, en outre, de délimiter et de définir précisément l'étendue des objectifs compensatoires, indemnitaires, et alimentaires de la pension et de les confronter entre eux. Nous l'avons vu, tant le législateur belge que le législateur français confondent et assimilent les deux premières notions qui poursuivent pourtant des logiques différentes.

Ensuite, il s'agira de former les notaires et les juges à la prise en compte des critères actuellement appliqués à la pension alimentaire lors des opérations de liquidation-partage. Néanmoins, ces derniers pourraient tirer des enseignements de la jurisprudence écossaise avant de créer leur propre jurisprudence.

Après, une solution en cas d'insuffisance d'actifs devra être trouvée et minutieusement étudiée. En effet, le système écossais étant plus strict que le nôtre, il ne s'agit en aucun cas pour le juge de restreindre les droits de l'époux lésé quant au critère strictement indemnitaire. Cela dit, il ne s'agit pas non plus d'accabler un époux au profit de l'autre. Encore une fois, la tâche risque de se compliquer au moment de la détermination du caractère forfaitaire de la pension ; sera-elle révisable en cas de remariage du créancier ? Cette question pose à nouveau celle de la nature de la pension ; est-elle compensatoire et indemnitaire (irrévisable) où alimentaire (révisable) sur ce point ? La création d'un régime particulier d'indivision en cas de séparation de biens devra également être envisagée et mise au point.

³¹⁴ Voy. *infra.*, pp. 56-57.

Enfin, il y aura lieu d'envisager tous les cas de figure et de créer un système sans failles. Nous l'avons vu précédemment, le législateur français, en voulant obtenir un *clean break*, a omis quelques aspects de la prestation compensatoire, créant finalement un système boiteux et incohérent sur certains points.

Indépendamment de cela, et peu importe le régime matrimonial, la question du secours alimentaire devra se poser. La mise en place d'un système de pension provisionnelle – ou, chez nous, de secours alimentaire³¹⁵ – tout au long de la procédure, jusqu'à clôture des opérations de liquidation-partage, ne serait en aucun cas contraire à l'objectif d'indépendance des époux après le divorce. En effet, au cours de la procédure, les époux sont nécessairement contraints de rester en contact – ne serait-ce que par le biais de leurs avocats. Dès lors, il ne semble y avoir aucun inconvénient à conserver un lien de plus entre eux, et le juge pourrait prendre en compte l'octroi de cette pension – et son éventuel remboursement – dans le cadre du partage de l'indivision (qu'elle soit post-communautaire ou non).

Chapitre 2 : Possibilité d'atteindre les objectifs *post-divorce* en conservant notre mécanisme *two-steps*

Comme explicité ci-dessus, il serait envisageable de créer un système *one-step* répondant à tous les objectifs de la situation post-divorce au 21^e siècle. Cependant, serait-il possible d'atteindre ces objectifs en conservant notre système *two-steps* ?

Avant toute chose, la première étape pour un changement durable et efficace serait d'assumer les dérives de notre pension alimentaire actuelle – notamment concernant son caractère indemnitaire au sens large.

En effet, notre pension, si elle était exclusivement alimentaire, n'aurait en aucun cas besoin d'être modifiée. En effet, si son attribution se limitait à l'état de besoin strict du requérant, elle serait non seulement rare, mais, en outre, elle ne devrait pas être confrontée à l'objectif d'indépendance post-divorce, ce dernier étant antinomique à celui d'alimentation.

Néanmoins, à partir du moment où la pension alimentaire belge présente également des connotations indemnitaires et compensatoires, ce qui est le cas, il y a lieu de remettre en question son caractère périodique afin de répondre à l'objectif d'indépendance post-divorce des époux, décelable en filigrane dans la loi de 2007.

³¹⁵ C. jud., art. 1280.

Ainsi, les deux options envisageables pour répondre à l'ensemble des objectifs précités (tout en conservant un mécanisme en deux étapes) seraient la capitalisation automatique telle qu'appliquée en France, ou encore le retour à l'objectif purement alimentaire de la pension telle qu'imaginée en 2007.

Section 1 : S'inspirer du modèle français

§1 : Avantages et inconvénients de l'option française

Une option envisageable serait d'opter pour le système français tel que décrit dans la première partie de ce mémoire, avec une capitalisation automatique de la pension alimentaire. L'option française présentait cependant deux problèmes.

D'abord quant au moment où le montant de la prestation compensatoire était fixé. Nous l'avons vu, étant donné qu'il était évalué avant la clôture des opérations de liquidation-partage, le résultat de cette dernière n'était pas pris en compte dans la détermination du montant de la prestation compensatoire, ce qui pouvait entraîner, à terme, des injustices. Un tel mécanisme serait, dans le cas où le législateur belge opterait pour l'option française, résolu grâce à l'octroi d'une pension provisionnelle jusqu'à la clôture des opérations de liquidation-partage, comme c'est déjà le cas aujourd'hui avec le secours alimentaire³¹⁶.

Ensuite, nous l'avons vu, un autre problème qui se pose est le caractère principalement compensatoire de la prestation française. Ce caractère assure à l'époux de continuer à bénéficier du même niveau de vie, même en cas de divorce. Il s'agit, en quelque sorte, d'un rééquilibrage des richesses au moment du divorce. Ce caractère compensatoire a pour effet de « *compenser une disparité entre deux situations économiques au moment du divorce* »³¹⁷. Ce mécanisme a inévitablement pour conséquence de gommer les différences entre les régimes matrimoniaux. A quoi bon choisir un régime séparatiste si la prestation compensatoire vient modifier cela après la liquidation du régime matrimonial ?

Cet objectif est prépondérant dans le système français. Chez nous, il ne se retrouve que dans certains critères, notamment dans la prise en compte du niveau de vie des époux pour quantifier l'état de besoin. Cet objectif est néanmoins critiqué et sa disparition serait souhaitable selon une partie de la doctrine. En effet, au moment de l'adoption de la loi de

³¹⁶ C. jud., art. 1280.

³¹⁷ N. DANDOY, Y. FAVIER et F. GRANET, *op.cit.*, p.5.

2007, une série de parlementaires s'étaient levés contre ce droit à pouvoir continuer à bénéficier du même train de vie par le simple fait du mariage.³¹⁸

En conclusion, nous pourrions envisager la création d'un système de capitalisation automatique en Belgique similaire à celui qui existe déjà en France. Cela dit, une réforme telle que celle-là posera problème quant au fondement même de la pension alimentaire. Le législateur, en 2007, a exclu les caractères indemnitaires et compensatoires de cette dernière, tandis que la Cour de Cassation les y a réintroduits³¹⁹. Une fois de plus, le principal défi du législateur sera de déterminer de façon précise si la pension peut – ou non – présenter des caractéristiques compensatoires.

Ces considérations nous amènent à nous poser cette question ; est-ce réellement le rôle de la pension alimentaire que d'assurer la parité des fortunes et d'indemniser les sacrifices effectués par un des époux ? Et, le cas échéant, l'appellation *pension alimentaire* peut-elle encore être considérée comme un terme adapté à sa fonction ?

§2 : De Lege Feranda d'une réforme plus profonde

Si la Belgique doit réformer intégralement son système, il y a lieu de reprendre le mécanisme de pension alimentaire à sa source. Si la Haute Juridiction a intégré des aspects indemnitaires et compensatoires à la pension alimentaire, c'est parce que cette dernière s'applique peu importe le régime matrimonial choisi. Il s'agit de rétablir un peu d'équité là où la liquidation-partage aurait lésé un époux.

Mais est-ce vraiment là le rôle du mécanisme de la pension alimentaire ? Ne serait-il pas plus logique de l'intégrer dans la liquidation-partage ? A force d'avoir ajouté d'autres considérations que celles purement alimentaire dans la pension, les choses sont complexes et créent des paradoxes, des critères flous, entraînant une certaine insécurité juridique.³²⁰

Section 2 : Revenir à une pension purement alimentaire

§1 : Bénéfice d'un tel mécanisme

Il semblerait idéal d'introduire les objectifs indemnitaires dans le cadre de la liquidation-partage. De la sorte, en admettant qu'il existe en réalité une indivision en cas de régime de séparation des biens, les considérations indemnitaires (et compensatoire si le législateur

³¹⁸ Notamment S. LAHAYE-BATTHEU, G. SWENNEN, ; voy. not. Projet de loi réformant le divorce, Rapport fait au nom de la sous-commission « droit de la famille », 18 juillet 2006, *doc.parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n°51-2341/007, pp. 74 – 77.

³¹⁹ Cass., 12 oct. 2009, précité ; 6 mars 2014, précité.

³²⁰ A-C. VAN GYSEL, *op.cit.*, p. 206.

conserve ce choix) pourraient être prises en compte lors du partage de l'indivision – ou de l'indivision post-communautaire en cas de régime de séparation des biens.

Il s'agirait après de ne conserver que les considérations alimentaires dans la pension. De la sorte, il serait à nouveau envisageable de l'accorder par le biais d'une rente. En outre, étant donné que la Cour de Cassation semble attacher de l'importance aux objectifs indemnitaires et compensatoires de la pension afin de ne pas léser un époux, elle ne serait pas tentée de les ajouter à la pension alimentaire, ces aspects étant déjà pris en compte au moment de la liquidation-partage.

Par ce mécanisme, le système cesserait d'être paradoxal en incluant d'autres objectifs à la pension qui n'est censée être qu'alimentaire. En outre, la pension alimentaire sous forme de rente, se rapportant exclusivement à l'état de besoin strict, ne serait que subsidiaire car accordée dans les cas où le partage de la communauté n'a pas suffi à couvrir cet état de besoin. L'objectif d'indépendance serait donc, la plupart du temps, également rempli.

§2 : Intégration du caractère indemnitaire au système de récompense

D'abord, le législateur devra trouver une solution afin de rétablir un peu d'équité là où la liquidation-partage du régime matrimonial a lésé une des parties au regard des efforts consentis pendant le mariage. Il s'agira de compenser les sacrifices effectués par un des époux au bénéfice de l'autre ou du mariage en général ; en d'autres termes, de l'objectif indemnitaire au sens strict.

La solution envisageable pour que cette indemnisation ne se fasse pas par le biais d'un mécanisme tel que la pension alimentaire serait de l'intégrer aux mécanismes de récompense³²¹ en régime de communauté, ou de se baser sur l'enrichissement sans cause dans le cadre de celui de séparation des biens.

En régime de communauté, il y aurait lieu d'intégrer les sacrifices effectués par un époux au système de récompense. A ce moment-là, les récompenses comprendraient tant les contributions pécuniaires que les contributions ménagères (on y inclurait notamment le temps passé à l'éducation des enfants et la tenue de la maison). Le juge, au moment d'ordonner la liquidation-partage du patrimoine commun, n'aurait qu'à déterminer, de manière forfaitaire (comme c'est actuellement le cas en France et en Ecosse), le montant que l'époux lésé pourra

³²¹ C. civ., art. 1432 – 1438.

recupérer du patrimoine commun, de la même manière qu'il accorderait à l'époux qui a injecté des fonds propres dans le patrimoine commun une créance de ce montant.

En régime de séparation des biens, les Cours et Tribunaux ont déjà tendance à appliquer le principe de l'enrichissement sans cause lorsqu'un époux a pu constituer une épargne et effectuer des investissements grâce à l'autre qui se serait occupé, seul, des charges ménagères et de l'éducation des enfants.³²² En effet, si l'époux a pu s'enrichir, c'est parce qu'il a pu bénéficier du soutien matériel, moral et affectif de son épouse qui assumait certaines charges de la vie quotidienne.³²³ Dans certains cas, les tribunaux attribuent à l'époux aidant la moitié des biens indivis, même si ces derniers ont été financés exclusivement par l'autre³²⁴. Dans le cas où il n'y aurait pas de bien en indivision à partager, il serait envisageable de recourir à la théorie de l'enrichissement sans cause de façon subsidiaire.³²⁵ Cependant, la prise en compte de l'objectif indemnitaire dans la liquidation-partage n'est pas encore généralisée dans le pays.³²⁶

Néanmoins, plusieurs questions subsisteraient. Comment définir la valeur des sacrifices effectués par l'un des époux ? S'agirait-il de quantifier le travail manuel effectué, ou d'évaluer la perte d'une chance de faire carrière ? Ces questions risquent d'être extrêmement complexes. Face à un casse-tête comme celui-ci, il est facilement compréhensible que le législateur français ait préféré opter pour la voie « *facile* » en permettant, simplement, à l'époux lésé de continuer à bénéficier du même train de vie que celui qui était le sien pendant le mariage.

A partir du moment où les considérations compensatoires et indemnitaires sont injectées dans le partage de la communauté (ou de l'indivision), notre pension alimentaire peut, à nouveau, être qualifiée d'exclusivement alimentaire et continuer à être accordée sous forme de rente mensuelle, en appliquant les principes de la réforme de 2007.

Il serait donc envisageable d'inclure le volet indemnitaire de la pension actuelle à la liquidation-partage de l'indivision post-communautaire ou au partage de l'indivision. De la

³²² De Page, P., « La séparation des biens – Jurisprudences récentes » in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, pp.208-209.

³²³ J.-L. RENCHON « Les comptes entre époux séparés de biens relatifs à leurs immeubles indivis et propres », in *La liquidation des régimes de séparation de biens*, Liège, éd. Jeune Barreau de Liège, 2000, pp. 47 et s.

³²⁴ Liège, 8 janvier 1996, précité - 2 mars 2005, précité - 2 juin 2004, précité ; Gand, 27 mai 2004, *R.G.D.C.*, 2006, p.372.

³²⁵ J.-L. RENCHON, « Le sort des apports des époux à la communauté conjugale en régime de séparation de biens », in *Liber amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 454 - 455.

³²⁶ Voy. Notamment Gand, 20 février 1998, *T.G.R.*, 1998, p. 113 ; Anvers, 30 novembre 2005, *T. not.*, 2006, p.247, note N. TORFS.

sorte, nous répondrions à trois des quatre grands objectifs *post-divorce* de notre siècle; la compensation, l'indemnisation, l'alimentation. Il est vrai qu'en ce faisant, le mécanisme belge ne répondrait (toujours) pas parfaitement à l'objectif d'indépendance du nouveau droit au divorce. Néanmoins, à partir du moment où la pension alimentaire n'est que subsidiaire (puisque'elle nécessite qu'un époux soit strictement dans le besoin après le partage), ce manquement à l'objectif d'indépendance serait limité à de rares cas.

§2 : *Intégration du caractère compensatoire à la liquidation-partage*

Evidemment, la tâche sera plus complexe pour l'objectif compensatoire que pour l'objectif indemnitaire. La question principale face à laquelle se retrouverait le législateur, en cas de réforme, serait de savoir si cet objectif compensatoire peut – ou non – être rempli par la pension alimentaire. Il ne fait aucun doute que, si la Cour de Cassation a intégré comme critère à l'octroi d'une pension alimentaire la « *dégradation significative de la vie commune en raison du divorce* »³²⁷ si des circonstances particulières le justifient³²⁸, la tâche sera plus compliquée pour le législateur.

En effet, comment justifier cet équilibre entre le patrimoine de chaque époux et cette fonction *assurantielle* alors que les époux ont justement le choix d'opter pour un régime séparatiste ? Cette intégration du caractère compensatoire dans la loi risque d'être vue par une bonne partie de la doctrine comme un retour en arrière. Selon nous, il doit donc être envisagé différemment selon le régime choisi par les époux.

En cas de régime de communauté, il y a lieu d'affirmer qu'en quelque sorte, ce caractère compensatoire existe déjà. En effet, le patrimoine commun se compose des revenus de chaque époux. Si un seul époux est source de revenu, le patrimoine commun sera tout de même partagé en deux. Dès lors, ce partage égalitaire peu importe la source du patrimoine commun ne peut-il pas déjà être considéré comme, d'une certaine manière, compensatoire ? En outre, dans le cas où le patrimoine commun serait financé de façon égale par les deux époux, il n'y a pas lieu de compenser la perte d'un train de vie. En effet, il est vrai que vivre seul ne permet pas de faire autant d'économies que de vivre en couple. Cependant, est-il raisonnable que la compensation de cette perte soit faite par le conjoint qui subit également une perte d'économies en raison du divorce ? En cas de réforme, il n'y aurait donc pas lieu, selon nous, de créer un mécanisme strictement compensatoire, celui-ci étant déjà repris, en quelque sorte, dans le partage de la communauté.

³²⁷ Cass., 12 oct. 2009, précité.

³²⁸ Cass., 6 mars 2014, précité.

En cas de régime de séparation des biens par contre, la situation doit être envisagée différemment et il y a lieu de rendre aux parties leur liberté contractuelle. Si ces derniers ont estimé ne pas vouloir mélanger leurs patrimoines propres au début, il n'y a pas lieu d'équilibrer ces patrimoines au moment du divorce. Dès lors, le caractère compensatoire ne devrait, au regard de tous les éléments précédents, pas s'appliquer au régime de séparation des biens, et, étant donné qu'il n'existe qu'une indivision entre les parties, elles se la partageront en fonction des preuves que chacune d'entre elles pourront apporter ainsi que du caractère indemnitaire envisagé dans le point précédent.

En outre, cette absence de création d'un mécanisme purement compensatoire applicable aux deux régimes aurait pour qualité de ne pas enflammer la plume de certains auteurs, qui se révolteraient de cette compensation. Nous avons pu l'observer, l'arrêt de la Cour de Cassation³²⁹ instituant cette fonction assurantielle a en effet été vivement critiqué.

Chapitre 3 : Synthèse des pistes envisageables en Belgique pour remplir tous les objectifs *post-divorce* d'aujourd'hui

En conclusion, notre système de pension alimentaire belge pourrait répondre à tous les objectifs *post-divorce* d'aujourd'hui de trois manières ;

La première hypothèse envisageable serait d'intégrer les objectifs d'indemnisation, de compensation et d'alimentation à la liquidation-partage. Dans le cas où la liquidation de l'indivision post-communautaire ne permettrait pas de remplir ces objectifs, l'octroi d'une rente alimentaire – capitalisée le cas échéant - serait envisageable, de manière extrêmement subsidiaire. De la sorte, nous nous retrouverions avec un mécanisme *one-step* tel que le système écossais. Avec quelques ajustements, ce système pourrait être cohérent malgré les différents régimes matrimoniaux envisageables en Belgique. Une réforme de cette ampleur nécessiterait néanmoins la création de commissions regroupant les plus grands spécialistes du droit familial.

La seconde hypothèse serait de créer un système quelque peu similaire au système français ; il s'agirait d'opérer en deux étapes mais en capitalisant automatiquement la pension. Toutefois, les objectifs de la prestation compensatoire française ne peuvent être comparés aux nôtres, étant donné qu'elle accorde une place prépondérante à la compensation. En outre, le système français amène différentes questions ; est-ce vraiment le rôle que de la prestation

³²⁹ Cass., 12 oct. 2009, précité.

compensatoire (ou pension alimentaire) que d'équilibrer les patrimoines de chaque époux et de compenser les sacrifices de l'un au bénéfice de l'autre ? Cette solution serait sans doute la plus simple pour se diriger vers un *clean break*, mais elle risquerait de n'être que temporaire, cette dernière n'étant pas parfaitement cohérente au niveau de ses principes.

Enfin, la troisième possibilité pour le législateur serait d'épurer la pension alimentaire actuelle des considérations compensatoire et indemnitaires que lui a ajoutée, au fil des arrêts, la Cour de Cassation. Ces dernières seraient plutôt intégrées à la liquidation-partage. A ce moment-là, la pension ne serait que subsidiaire, se limitant à l'état de besoin strict de son créancier. Or, après avoir inclus des aspects indemnitaires – et compensatoires le cas échéant – au partage de l'indivision post-communautaire, il n'y aurait que très peu de chances qu'il soit nécessaire de recourir à l'octroi d'une rente.

Cette dernière solution aurait pour avantage de remettre chaque objectif à sa place logique et d'obtenir un système totalement cohérent tout en le conservant en *two-steps*. Néanmoins, ce dernier modèle se rapproche finalement énormément du système écossais – pour ne pas dire qu'il s'y assimile parfaitement. En Ecosse, en effet, l'objectif est d'atteindre un *clean break*, et, si le partage de la *matrimonial property* n'a pas suffi, le juge peut accorder le bénéfice d'une rente de manière extrêmement subsidiaire.

En conclusion, la façon la plus simple pour la Belgique – et également pour la France – d'atteindre les quatre grands objectifs de la situation post-divorce au 21^e siècle serait de cesser cette dualité entre liquidation-partage et *maintenance* – ou du moins de n'avoir recours à une *maintenance* au sens strict qu'en tout dernier lieu. Il y a donc lieu d'affirmer, selon nous, qu'au jour d'aujourd'hui, le mécanisme de pension alimentaire n'est plus adapté à la réalité sociétale actuelle et qu'il sera, tôt ou tard, nécessaire, pour aller au bout de la logique, de regrouper les objectifs alimentaires et indemnitaires dans la liquidation-partage du régime afin d'en arriver à un *clean break* et d'obtenir l'objectif d'indépendance post-divorce entre les anciens époux.

Conclusion

Après avoir exposé les différents objectifs *post-divorce* poursuivis au préalable de toute autre analyse, nous avons déjà pu nous retrouver face à un vide juridique ; difficile en effet, avec le peu d'indications existant dans la loi, de déterminer à quels aspects de la situation des anciens époux le législateur accorde de l'importance. Néanmoins, grâce à la transposition des différentes critiques doctrinales aux distinctions dégagées par Nathalie Dandoy et ses confrères³³⁰, il est finalement possible de dégager certaines tendances, notamment concernant le rejet, par une bonne partie de la doctrine, de l'aspect purement compensatoire de la pension.

En analysant les trois grands modèles d'articulation entre les opérations de liquidation-partage et celles de *maintenance*, force est de constater que le mécanisme *one-step* écossais, avec une intégration de l'objectif indemnitaire à la liquidation-partage, se démarque de loin de nos modèles continentaux, principalement au sujet de l'indépendance post-divorce des époux. Ce modèle a en plus pour qualité de régler les problématiques mises en avant par nombre d'auteurs belges et français au sujet de la nature de la maintenance au sens strict, cette dernière n'étant que subsidiaire et limitée à un aspect alimentaire.

Ensuite, le système français, à mi-chemin entre le système écossais et le système belge, ne tient finalement pas ses promesses ; au-delà de certains paradoxes, c'est le détournement de l'objectif principal de la pension qui pose problème. En effet, difficile de justifier l'aspect principalement *assurantiel* de la prestation compensatoire à partir du moment où les époux ont fait le choix d'un régime séparatiste. Au vu des travaux parlementaires, il y a lieu de se demander si finalement, dans sa hâte d'atteindre l'objectif d'indépendance post-divorce entre les époux, le législateur n'aurait pas perverti le fondement même de la prestation française. Cela nous amène à penser qu'il est impossible de réunir les objectifs d'alimentation, d'indemnisation, de compensation et d'indépendance dans le mécanisme strict de la *maintenance*, indépendamment des opérations de liquidation-partage.

Enfin, en Belgique, force est de constater que, malgré de nombreux « *rafistolages* » de la part de la Cour de Cassation, notre système dualiste fait ses preuves. Certes, notre pension alimentaire ne semble pas répondre à l'indépendance *post-divorce* qui va pourtant de pair avec un *droit au divorce*. Néanmoins, ce manquement à l'objectif d'indépendance post-

³³⁰ DANDOY N., FAVIER Y. et GRANET F., *op.cit.*, p.7.

divorce permet, à tout moment, de modifier la pension, ce qui protège le justiciable d'une trop grande sévérité du juge. En effet, un système adaptable en fonction de l'évolution de la situation des parties nous permet de prétendre à plus d'équité. Néanmoins, cette possibilité de demander un rééquilibrage de la pension a pour conséquence régulière de pousser l'une des parties à rester dans une dynamique de procédure judiciaire au regard d'une décision du juge qu'il juge insatisfaisante. Ce phénomène pose problème tant au niveau de l'engorgement des tribunaux qu'au niveau du bien-être de chacune des parties après le divorce.

Le modèle belge semble donc soutenable pour l'instant – du moins plus que le système mis en place par notre homologue français. Néanmoins, à terme, il y aura lieu de remettre en question le système dualiste belge ou, du moins, de remettre en question les caractères indemnitaires et compensatoires de la pension alimentaires. En effet, comme énoncé au préalable, au regard du *droit au divorce*, il serait préférable de ne conserver au sein de la pension alimentaire que des considérations alimentaires, à l'exclusion de tout autre objectif. Les autres objectifs de la pension pourraient, comme en Ecosse, être intégrées à la liquidation-partage de la communauté. De la sorte, l'objectif d'indépendance post-divorce serait (presque) toujours atteint, et la Belgique présenterait un modèle – dualiste ou non, selon la voie empruntée – idéal au regard de tous les objectifs *post-divorce* qui émergent dans notre société libérale d'aujourd'hui.

Bibliographie

Législation

C. civ. français, Art 229, 268, 270, 274, 275, 278, 281, 1497, 1536.

C. civ. belge, art. 301, 1432 – 1438.

C. jud. belge, art. 1280.

Family Law (Scotland) Act 1985, Section 1, 8, 9, 10, 11, 13.

Loi du 20 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, n°2000-596, *J.O.*, 27 juillet 2000, p.11550.

Loi du 26 mai 2004 réformant le divorce, n°2004-439, *J.O.*, 27 mai 2004, n°122.

Loi du 27 avril 2007 réformant le divorce, *M.B.*, 7 juin 2007, p. 30881.

Projet de loi réformant le divorce du 15 mars 2006, *doc.parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n°51-2341/001.

Projet de loi réformant le divorce du 15 mars 2006, Amendement n°3 par M. SWENNEN, *doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 12 mai 2006, n°51-2341/002.

Projet de loi réformant le divorce du 15 mars 2006, Rapport fait au nom de la sous-commission « droit de la famille », 18 juillet 2006, *doc.parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n°51-2341/007, p.32.

Projet de loi relatif au divorce du 9 juillet 2003, annexe au procès-verbal de la séance du 9 juillet 2003, *doc. Parl.*, Sénat français, sess. extraord. 2002-2003, doc. n°389.

Proposition de loi relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, Discussion générale, intervention de N. ABOUT, E. GUIGOU, V. NEIERZT et R. BRET, *C.R.I.*, Sénat, sess. ord. *J.O. Sénat C.R.*, 5 avril 2000, p.1897.

Proposition de loi relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, rapport d'information n°2109 fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes par M.-F. CLERGEAU, *doc. parl.*, ass. nat., sess.

ord. du 25 janvier 2000, disponible sur
<http://www.assembleenationale.fr/legislatures/11/pdf/rap-info/i2109.pdf>

Jurisprudence

Jurisprudence belge

Cass., 12 novembre 1976, *J.T.*, 1977, p.308.

Cass., 23 avril 1992, *R.T.D.F.*, 1994, p.707.

C.A., 14 septembre 2006, *Div.Act.*, 2007, pp.6-7. et note J.-C. BROUWERS.

Cass., 12 oct. 2009, *T. Fam.*, 2010, p.71 ; *Act. Dr. Fam.*, 2009-10, p. 199 ; *J.T.*, 2010, p.121 ; *R.T.D.F.*, 2010, p.553.

Cass., 6 mars 2014, *Act. Dr. Fam.*, 2014/9, p. 246 et note J.C. BROUWERS.

Liège, 8 janvier 1996, *R.T.D.F.*, 1996, p.572.

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

Bruxelles, 28 novembre 2000, *R.T.D.F.*, 2002, pp. 684 à 687.

Mons, 4 décembre 2001, *R.T.D.F.*, 2002, pp. 467 à 469, note N. DANDOY.

Bruxelles, 24 octobre 2002, *R.T.D.F.*, 2004, pp. 132 à 140.

Gand, 27 mai 2004, *R.G.D.C.*, 2006, p.372.

Liège, 2 juin 2004, *R.T.D.F.*, 2005, p.1214.

Liège, 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 557.

Anvers, 30 novembre 2005, *T. not.*, 2006, p.247.

Bruges, 26 mai 2008, *T.G.R.*, 2008, p.168.

J.P. Tournai, 8 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p.1155.

J.P. Liège, 3 mars 2010, *R.T.D.F.*, 2010, p.624.

Jurisprudence Française

Cons. Const. français, 13 juillet 2011, n°2011-151, *R.T.D.civ.*, 2011, p.750.

Cass. fr., 27 juin 1985, *Bull.*, 1985, II, p.86.

Cass. fr., 14 janvier 1998, n°95-22.059, *bull.civ.*, 1998, II, p.3.

Cass. fr., 30 novembre 2004,; *Bull.* 2004, p. 249.

Cass. fr., 25 avril 2006, n°05-15.706., *bull.civ.*, 2006, p.179.

Cass. fr., 8 juillet 2010, *Bull.civ.*, 2010, n°165 ; *A.J. fam.*, 2010, p.492.

Cass. fr., 14 mai 2014, n°12-29205, inédit.

Jurisprudence Ecossaise

Coyle v. Coyle, 2004, *Fam LR*, 2

Burnside v. Burnside, Edinburgh Sheriff Court, 2007, *Fam. L. R.* 144.

W. v. W., 2012, *Fam L.R.*, 65.

B. v. B., 2012, *Fam L.R.* 65 ; disponible sur:
<http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed95602>

Wright v. Wright, 2014, *EWCA Civ*, 201.

Doctrine

ATIAS, C., « Pour une réforme réaliste de l'art. 227 du C. civ. », *Recueil Dalloz*. 1988, II, chron. XXVI, p. 175-176.

BATTEUR A, DOUET, F., MAUGER-VIELPEAU, L., RIVIERE N. ET TISSERAND-MARTIN A., *Le guide des divorces*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2007.

BÉNABANT A. *Droit civil, la famille*, 11e éd., Paris, Litec, 2003.

BÉNABANT A., « *Droit de la famille* », 3e éd., Issy-les-Moulineaux, Lextenso, 2014.

BÉNABANT A., *La réforme du divorce article par article*, Paris, Defrénois, 2004.

BOELE-WOELKI, K., BRAAT B. et SUMMER, I., *European family law in action, vol.II : maintenance between former spouses*, Antwerpen-Oxford-New York, Intersentia, 2003.

BROUWERS J.-C., « La référence au niveau de vie existant au cours de la cohabitation légale et la pension alimentaire après divorce », note sous Cass., 6 mars 2014, *Act. Dr. Fam.*, 2014/9, pp. 249-251.

BROUWERS J.-C., « Le nouvel article 301 du Code civil et le droit transitoire », *Div. Act.*, 2007, pp. 101-136.

CARRÉ, D., « La pension alimentaire après divorce (nouvel article 301 du Code civil) », in *Divorce, Commentaire pratique, VIIter.3.1-1-VIIter.3.11.3-1*, Kluwer, 2012, p.19.

CASMAN, H. « [Séparation de biens] Généralités – Séparation de biens conventionnelle », in *X, les régimes matrimoniaux*, Watreloo, Kluwer, 2015, p.18.

DANDROY N., « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2014) », *R.T.D.F.*, 4/2014, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 760-783.

DANDROY N., « La réforme du divorce : les effets alimentaires », *R.T.D.F.*, 4/2007, pp. 1065 – 1090.

DANDROY N., « La réhabilitation, par la Cour de Cassation, du « niveau de vie des époux pendant la vie commune » parmi les critères qui peuvent déterminer le montant de la pension après divorce », *J.T.*, 2010, p.131.

DANDROY N., FAVIER Y. et GRANET F., « Les logiques implicites de la prestation en droit comparé, approches européennes », non publié mais à paraître dans la revue *Droit et société* au cours de l'été 2016, p.7.

DASTE A. et MORGEN-GUILLEMIN A, *Divorce ; séparation de corps et de fait*, 18^e éd., Paris, Dalloz, 2005.

DAVID S., « Fixation de la prestation compensatoire », in *Droit et pratique du divorce* (sous la dir. de P.-J. CLAUX et S. DAVID), Paris, Dalloz, 2013, pp. 410 – 485.

DE CALLATAY D. et BEERNAERT J.-E., « La capitalisation en question(s) », *Div. Act.*, 2002, pp. 113 – 120.

DE PAGE Ph., *Le régime matrimonial*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008.

DE PAGE Ph., « La séparation des biens – Jurisprudences récentes » in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp.208-209.

DORIAT-DUBAN M., BOURREAU-DUBOIS C et JEANDIDIER B., « Economie du droit du divorce », in *Analyse économique du droit* (sous la dir. de B. DEFFAINS et E. LANGLAIS), Bruxelles, De Boeck, 2009, pp. 228-260.

DUELZ A., BROUWERS J.-C. et FISCHER Q., *Le droit du divorce*, 4e éd., Bruxelles, Larcier, 2009.

FAVIER Y., *Rupture du couple : effets patrimoniaux*, Paris, éd. Ellipses, 2015.

FERRAND F., FULCHIRON H., *La rupture du mariage en droit comparé*, vol.19, Paris, éd. Société de législation comparée, 2015.

FIERENS J., « Le nouveau droit du divorce ou le syndrome Lucky Luke », in *Droit de la famille, coll. Recyclage en droit*, Louvain-La-Neuve, Anthémis, 2007, pp.3-56.

GODARD J., HENAFF G., « France and the principles of european family law regarding divorce and maintenance between former spouses », in *Juxtaposing legal systems and the principles of european family law on divorce and maintenance* (sous la dir. de E. ÖRUCU et J. MAIR), Antwerpen – Oxford, éd. Intersentia, 2007, pp. 19 – 36.

HUGOT J. et PILLEBOUT J.-F., *La prestation compensatoire et le divorce*, 2e éd., Paris, Litec, 2002.

MACKAAY E. et ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, 2e éd, Paris, Dalloz, 2008.

MAIR J., « Common principles and purposes ? Scots law and the CEFL », in *Juxtaposing legal systems and the principles of european family law on divorce and maintenance*, (sous la dir. de E. ÖRUCU et J. MAIR), Antwerpen – Oxford, éd. Intersentia, 2007, pp. 75-96.

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

MASSON J.-P., « La loi du 27 avril 2007 réformant le divorce », *J.T.*, 2007, pp.537 à 542.

MURAT –SEMPIETRO M.-P. et TRAMBOUZE V., *Le divorce après la loi du 26 mai 2004*, Paris, Litec, 2006.

PINTENS W., « Matrimonial property law in Europe », in *The future of family property in Europe*, (sous la dir. de K. BOELE-WOELKI, J. MILES et J. M. SCHERPE), Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, pp. 19-46.

PIRE D., « Le divorce pour désunion irrémédiable : un an d’application », in *Actualités de droit familial ; le point en 2008* (sous la dir. de Y.-H. LELEU), Liège, Anthémis, 2008, p.49 et s.

PIRE, D., « Chapitre III. - Divorce pour désunion irrémédiable » in *Chroniques notariales – Vol-52*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 58-89

REID. E., « Mixed but not codified: The case of Scotland », in *The scope and structure of civil codes ius gentium: comparative perspectives on law and justice*, Rotterdam, Springer, 2013, p. 343 et s.

RENCHON J.-L., « Les comptes entre époux séparés de biens relatifs à leurs immeubles indivis et propres », in *La liquidation des régimes de séparation de biens*, Liège, éd. Jeune Barreau de Liège, 2000, pp. 47 et s.

RENCHON J.-L., « Le sort des apports des époux à la communauté conjugale en régime de séparation de biens », in *Liber Amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 443-465.

RENCHON J.-L., « La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce : le « droit au divorce » », *R.T.D.F.*, 2007/4, pp. 925 – 1064.

RENCHON J.-L., « La réforme du divorce soumise à la censure de la Cour Constitutionnelle », *R.T.D.F.*, 2009/4, pp. 977 – 1010.

SCREVE, I., « C) - Après le divorce (article 301 nouveau du Code civil) » in *Parts contributives et pensions alimentaires*, Liège, Edi.pro, 2009, p. 79-120.

SWENNEN F. et BOELE-WOELKI K., *Vergelijkenderwijs : actuele ontwikkelingen in het belgische en nederlandse familierecht*, Den Haag, éd. Boom Juridische Uitgevers, 2012.

SWENNEN F., « Over alimentatieovereenkomsten en echtscheiding (en ook een beetje over Odysseus) », *TijPR*, 2008, pp. 1287-1340.

SWENNEN F., « Hocus pocus alimentatie », *Tij.F.R.*, 2009, p.153 et s.

TEILLIAIS G., « La combinaison du partage d'une communauté de biens et du règlement d'une prestation compensatoire », *Droit et Patrimoine*, octobre 1997, p.29.

THOMSON J. M., *Family law in Scotland*, London, Butterworth & Co, 1987.

TURCAN C., « Scotland », in *Family law : jurisdictional comparisons*, 2e éd., London, Thomas Reuteurs, 2013, p.531-549.

VAN BOXTAEL, J.-L., « Les régimes matrimoniaux en Europe », *Rev. Not.*, 2014/8, n° 3088, p. 701.

VAN GYSEL A.-C., « La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable : un essai de lecture » in *La réforme du divorce, première analyse de la loi du 27 avril 2007* (sous la dir. de Y.-H. LELEU et D. PIRE), Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 91-130.

VAN GYSEL A.-C., « Les critères de fixation du montant de la pension alimentaire suivant la Cour de Cassation » note sous Cass., 12 octobre 2009, *Act. Dr. Fam.*, 2009, pp.199 – 206.

VAN GYSEL A.-C., « Quelques questions au sujet de la pension alimentaire après divorce », in *Divorce et aliments, actes du VII colloque de l'association « famille et droit » du 10 février 2012 à Liège*, (sous la dir. de Y.-H. LELEU), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 103-146

WAUTELET P., « Prestation compensatoire et pension alimentaire – une ligne de démarcation difficile à tracer », *J.L.M.B.*, 2011/20, pp. 947 – 952.

Webographie

ADAMS R. et SASAN F., *A guide to matrimonial law in Scotland for family lawyers in England and wales*, 2014, disponible sur <http://www.morton-fraser.com/knowledge-hub/guide-matrimonial-law-scotland-family-lawyers-england-and-wales>.

Family Law Matters Scotland, *Prenuptial agreements*, s.d., disponible sur <http://www.familylawmattersscotland.co.uk/prenuptial-agreements.html>.

LANGFORD R., *Financial arrangements in divorce – Scotland*, 2014, disponible sur <https://quantumvaleat.wordpress.com/financial-arrangements-in-divorce-scotland/>.

REVILLARD, A. « Le droit de la famille : outil d'une justice de genre ? » in *L'année sociologique*, 59, 2009, p.358, disponible sur <https://annerevillard.files.wordpress.com/2013/04/revillard2009-annee-socio-preprint.pdf>.

SCOTT J. M., « Principle of pragmatism ? The current state of financial provision on divorce » in *Paper of the Seminar by BDO Stoy Hayward in Scotland of the 12 novembre 2007*, p.3. ; disponible sur <http://murraystable.com/assets/files/articles/Financial%20Provision.pdf>.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

