



HAL
open science

Pourquoi et comment régler les comptes au moment de la rupture ?

Cécile Bourreau-Dubois, Nathalie Dandoy, Sandrine Dauphin, Yann Favier, Caroline Henchoz, Frédérique Granet, Robert Leckey, Isabelle Sayn, Paula Tavola Vitor, Aude Chalaye

► To cite this version:

Cécile Bourreau-Dubois, Nathalie Dandoy, Sandrine Dauphin, Yann Favier, Caroline Henchoz, et al.. Pourquoi et comment régler les comptes au moment de la rupture ?. 2017. halshs-01562862

HAL Id: halshs-01562862

<https://shs.hal.science/halshs-01562862>

Submitted on 25 Jul 2017

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License

POURQUOI ET COMMENT REGLER LES COMPTES AU MOMENT DE LA RUPTURE ?

Synthèse des interventions réalisées à l'occasion du colloque « Pourquoi et comment régler les comptes au moment de la rupture ? », organisé à Saint-Etienne (France), le 6 juin 2016.

Responsables scientifiques : Isabelle Sayn, Cécile Bourreau-Dubois

Cécile Bourreau-Dubois, Professeur de sciences économiques, BETA, Univ. de Lorraine

Nathalie Dandoy, Professeur de droit, CEFAP, Univ. Catholique de Louvain

Sandrine Dauphin, Département de la recherche, Caisse nationale des Allocations familiales

Yann Favier, Professeur de droit, CERCRID, Univ. de Lyon

Caroline Henchoz, Maître d'enseignement et de recherche, Sciences sociales, Univ. de Fribourg

Frédérique Granet, Professeur De droit, CDPF, Univ. de Strasbourg

Robert Leckey, Professeur de droit, Université McGill

Isabelle Sayn, Directrice de recherche au CNRS, CERCRID, Univ. de Lyon

Paula Távora Vítor, Docteure en droit, Chargée d'enseignement, Université de Coimbra (Portugal)

Rédacteur : Aude Chalaye, CERCRID

Centre de Recherches Critiques sur le Droit, CERCRID, UMR 5137, Université de Lyon

2017

POURQUOI ET COMMENT REGLER LES COMPTES

AU MOMENT DE LA RUPTURE ?

Ce document présente une synthèse¹ des interventions réalisées à l'occasion du colloque POURQUOI ET COMMENT REGLER LES COMPTES AU MOMENT DE LA RUPTURE ? organisé à Saint-Etienne (France) le 6 juin 2016.

Ce colloque a constitué la première étape de restitution du programme ANR COMPRES <<http://www.agence-nationale-recherche.fr/?Projet=ANR-12-BSH1-0002>>. Un deuxième colloque a été organisé le 7 octobre 2016 à Paris et fera l'objet d'une publication (Larcier, 2017).

PRESENTATION GENERALE DU COLLOQUE

Face à l'évolution des relations familiales et à l'instabilité du « couple conjugal », il est aujourd'hui admis que la famille est construite autour des enfants, l'essentiel étant de préserver les relations de l'enfant avec chacun de ses parents et le « couple parental ».

Il n'en reste pas moins que perdurent de nombreuses techniques juridiques permettant de « faire les comptes » au moment de la séparation des conjoints de fait et de droit, du régime primaire aux modalités de liquidation des régimes matrimoniaux, de la prestation compensatoire aux techniques de droit commun, comme l'enrichissement sans cause, la convention ou l'indivision.

Ces techniques, leur diversité mais aussi, en France notamment, leur distribution maintenue entre les couples mariés et les couples de fait ou encore leur indifférence à la présence d'enfants communs invitent à s'interroger : Quels comptes permettent-elles - ou pas - de régler ? Quels sont leurs fondements, leurs objectifs ou leurs conséquences ? Comment ont-elles pris acte des évolutions contemporaines de l'évolution familiale et des rapports sociaux entre sexes, ainsi que de l'affirmation du principe d'égalité ?

Ce colloque international réunira des chercheurs d'origines disciplinaires variées. Il se fonde sur les résultats d'un programme de recherche, financé par l'ANR portant sur la question de la prestation compensatoire tout en élargissant la réflexion à l'ensemble des dispositifs juridiques permettant de régler les comptes de la rupture.

¹ Les synthèses ont été rédigées par Aude Chalaye et relues par les auteurs, sauf lorsque les intervenants ont communiqué un document écrit.

PROGRAMME DU COLLOQUE

Les conséquences économiques du divorce, ou quels comptes régler au moment de la rupture ?

Isabelle Sayn, Directrice de recherche au CNRS, CERCRID, Univ. de Lyon

La « nature » de la prestation compensatoire du droit français est établie : elle est alimentaire et indemnitaire. Déconstruire ce discours permet de s'interroger sur les justifications de cette prestation, entre solidarités familiales et solidarités publiques, inégalité de genre et équité, interrogeant ainsi la nécessité et les moyens de cette compensation.

Pourquoi régler des comptes ? Des comptes à régler en raison des conséquences économiques de la rupture

Cécile Bourreau-Dubois , Professeur de sciences économiques, BETA, Univ. de Lorraine

En s'appuyant sur les enseignements des travaux empiriques menés sur l'impact économique d'une rupture conjugale, il sera montré que les conjoints qui se séparent subissent généralement une perte de niveau de vie et que cette perte de niveau de vie est en moyenne plus forte pour les femmes que pour les hommes. L'exposé s'appuiera sur le cas de la France.

Pourquoi régler des comptes ? Des comptes à régler en raison des liens familiaux rompus

Robert Leckey , Professeur de droit, Université McGill

En s'appuyant sur l'expérience québécoise et les débats récents suscités par l'affaire Lola c/ Eric, l'intervenant montrera comment penser autrement une obligation traditionnellement liée au mariage pour répondre à la diversité des situations familiales, entre volonté d'assurer la protection des membres de la famille, respect de la volonté supposée des conjoints de droit et de fait dans le règlement des conséquences de la séparation, et impératif d'égalité.

Comment régler les comptes ? Les enjeux des techniques de règlement des comptes dans les couples séparés

Yann Favier, Prof. de droit, CERCRID, Univ. de Lyon

La neutralité du droit à l'égard des modes de vie, notamment à l'égard des enfants, peut susciter la croyance dans la neutralité de droit à l'égard des couples, cohabitation et mariage paraissant interchangeables. A l'heure de la séparation, ce mythe est mis à mal et le statut - ou l'absence de statut - des couples mis à l'épreuve au travers des techniques patrimoniales déployées tant par le droit civil que par le droit fiscal. Les conflits sont d'autant plus aigus qu'ils imposent une relecture du passé et des arrangements tacites qui ne valaient, en définitive que tant que le couple demeurait uni.

Comment régler les comptes ? Le partage des biens dans les couples séparés

Nathalie Dandoy, Prof. de droit, CEFAP, Univ. Catholique de Louvain
Frédérique Granet, Prof. De droit, CDPF, Univ. de Strasbourg

Le partage des biens dans les pays européens obéit à des règles qui peuvent paraître fort différentes. Pour les couples mariés, ces règles aboutissent, dans les pays de droit continental, à la constitution d'un régime matrimonial structuré, mécanisme inexistant en droit anglo-saxon. En dehors du mariage, ce sont davantage les règles du droit commun des biens qui trouvent à s'appliquer. L'ensemble, examiné non pas sous l'angle de contenu des règles mais davantage sous celui de l'objectif qui les fonde, fera l'objet d'une comparaison entre différents droits européens afin de présenter un éventail varié des mécanismes de partage des biens en cas de rupture du couple.

Comment régler les comptes ? le droit portugais entre obligation alimentaire et obligation de réparer un dommage.

Paula Távora Vítor Docteur en droit, Chargée d'enseignement, Université de Coimbra (Portugal)

Les objectifs des règles ayant pour objet de fixer une obligation alimentaire entre époux, parfois qualifiée de prestation compensatoire, se partagent entre répondre à la dépendance économique et corriger les inégalités économiques entre les ex-époux, parfois dans la perspective d'indemniser l'investissement dans la sphère domestique. Le droit portugais, récemment réformé, illustre ces différentes dimensions.

La protection sociale et la compensation des inégalités économiques après la rupture familiale

Sandrine Dauphin, Département de la recherche, Caisse nationale des Allocations familiales

Le droit de la protection sociale prévoit des dispositifs en direction des femmes et/ou des mères de famille. Ils peuvent constituer autant de réponses aux situations de vulnérabilité économique. Deux ensembles de dispositifs seront plus spécialement analysés : les prestations de la branche famille de la Sécurité sociale (Allocation de parent isolé et modalités de rémunération des arrêts d'activité liés aux enfants) et les dispositifs de la branche retraite de la sécurité sociale (majorations de durée d'assurance, assurance vieillesse des parents au foyer, pension de réversion et l'assurance veuvage). Ces dispositifs seront analysés dans une perspective comparée.

Ce que régler les comptes veut dire : le point de vue des conjoints

Caroline Henchoz, Maître d'ens. et de recherche, Sciences sociales, Univ. de Fribourg

Solidarité, autonomie, (in)égalité et justice sont des notions invoquées autant dans la sphère juridique que privée. Ont-elles pour autant les mêmes significations ? S'appuyant sur des recherches menées en sciences sociales, cette contribution propose de partir des représentations et pratiques des couples pour montrer leurs (possibles) conséquences économiques et juridiques au moment de la rupture.

LES CONSEQUENCES ECONOMIQUES DU DIVORCE, OU QUELS COMPTES REGLER AU MOMENT DE LA RUPTURE ?

Isabelle SAYN,
Directrice de recherche au CNRS,
CERCRID, Université de Lyon

Ce colloque constitue l'une des deux journées de restitution des travaux réalisés dans le cadre du programme de recherche ANR COMPRES, consacrée aux fondements et déterminants de la compensation au moment du divorce : les justifications et modalités des formes de compensation économique après divorce (<http://www.agence-nationale-recherche.fr/?Projet=ANR-12-BSH1-0002->). Cette question, que l'on pourrait juger dépassée du fait de l'évolution des rapports sociaux de sexe, reste d'actualité. La prestation compensatoire n'est pas en voie de disparition. Alors qu'en 2000, 12% des décisions de divorce prévoyait une prestation compensatoire, la recherche montre que les juges aux affaires familiales allouent une prestation dans environ 20% des divorces.

Cette journée est consacrée aux comptes à régler au moment de la rupture. Elle a pour ambition de proposer une approche de droit comparé et une approche pluridisciplinaire, en faisant appel au-delà des juristes, à des économistes et à des sociologues. Elle tente ainsi de dépasser les « logiques incorporées », les catégories établies dans le champ du droit français et de contribuer à enrichir du débat.

Le cheminement suivi, au cours de cette présentation, consistera à partir du droit positif et des débats qu'il suscite pour identifier certaines des difficultés qui surgissent et à en proposer une lecture renouvelée. Il convient donc de déconstruire le discours sur la prestation compensatoire et de proposer de le dépasser, à partir des possibles justifications de la prestation compensatoires. C'est seulement au terme de ce raisonnement qu'il deviendrait possible, dans un second temps, de construire des méthodes de calcul pertinentes de la prestation compensatoire.

Déconstruire le discours sur la prestation compensatoire

La prestation compensatoire est établie, dans son principe, par les articles 270 et 271 du Code civil (C. civ.). L'article 270 alinéa 2 C. civ. énonce que : « L'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives ». Il précise que la prestation a un caractère forfaitaire. L'alinéa 3 de ce même article énonce des restrictions au versement de cette prestation « si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit 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 ».

D'après l'article 271 C. civ., la prestation compensatoire prend en considération, d'une part, les besoins de l'époux qui la sollicite et, d'autre part, les ressources de l'autre. Ces deux éléments doivent être regardés non seulement dans la situation présente au moment du divorce, mais aussi, par anticipation sur l'évolution possible de « celle-ci dans un avenir prévisible ». Le texte énumère sept critères qui peuvent aider le juge dans sa prise de décision (la durée du mariage, l'âge et l'état

de santé des époux, leur patrimoine, leur qualification et la situation professionnelle ainsi que les conséquences, y compris du point de vue de la retraite, de l'investissement d'un époux ou parent dans la sphère domestique).

Ces textes entraînent un certain nombre de difficultés et des interrogations émergent inévitablement. Plusieurs points sont discutés. On peut en citer quelques-uns : La « disparité » des niveaux de vie est nécessaire, mais est-elle suffisante ? En d'autres termes, quel est l'impact des choix de vie personnels ou communs des époux ? Comment aborder la contradiction entre « compenser la disparité » et « tenir compte des besoins et des ressources » ? La prestation compensatoire est nécessairement soumise à la capacité contributive du débiteur, or cette dernière ne permet pas forcément de compenser la disparité. Comment apprécier les « besoins » ? Le besoin résulte-t-il d'une nécessité alimentaire (minimum vital), ou bien de la continuité du mode de vie acquis lors du mariage ?

En outre, les critères de l'article 271 C. civ. ne sont pas restrictifs : la situation est examinée « notamment » au regard de ceux-ci. La liste n'est donc pas exhaustive. Le mode de fixation du montant de la prestation est ainsi assez incertain. Il a d'ailleurs été possible de recenser onze méthodes de calculs publiées ou utilisées, jusqu'à présent, par les professionnels. Elles aboutissent à des résultats très différents pour des situations semblables.

Ces exemples constituent un aperçu non limitatif des difficultés rencontrées. Nous nous intéresserons ici à deux des questions récurrentes dans le discours sur le droit : Quelle est la nature de la prestation compensatoire ? La disparité doit-elle être fondée sur des causes spécifiques pour faire l'objet d'une compensation ? La première permet de constater que les auteurs se sont finalement peu intéressés aux justifications de la prestation compensatoire, la seconde que ces mêmes auteurs utilisent des arguments apparemment techniques pour faire prévaloir telle ou telle conception des relations dans le couple.

La « nature » de la prestation compensatoire

Les auteurs et la jurisprudence s'accordent pour affirmer que la prestation compensatoire possède une nature hybride. Elle est à la fois indemnitaire et alimentaire.

Les arguments en faveur d'une nature indemnitaire sont multiples, notamment le fait que la prestation compensatoire présente un caractère forfaitaire. Au moment de la réforme de 1975, la fixation est prévue une fois pour toute, avec l'idée du « clean-break ». Depuis 1975, des évolutions ont eu lieu. Le montant de la prestation compensatoire peut dorénavant être modifié, mais seulement à la baisse. De plus, contrairement aux dettes alimentaires, la prestation compensatoire est transmise de façon passive en cas de décès du débiteur. Cependant, là encore des évolutions ont eu lieu depuis 1975 et les propos doivent être nuancés puisque des limites ont été apportées à cette transmission. Les arguments en faveur d'une nature alimentaire sont également nombreux. La prestation compensatoire peut faire l'objet de révision à la baisse ; elle est insaisissable ; les procédures de recouvrement relatives aux pensions alimentaires lui sont en grande partie applicables ou encore le Code civil renvoie à des termes tels que « besoins » et « ressources ».

Mais l'affirmation du caractère à la fois indemnitaire et alimentaire ne se place jamais du point de vue des justifications de la prestation compensatoire. Cette nature n'est abordée qu'ex-post, au regard du régime applicable : modification, recouvrement, voies d'exécutions. Ainsi, aucune réponse

n'est apportée sur les raisons d'être de cette prestation compensatoire. Au final, le régime retenu par la loi ou la jurisprudence et les qualifications doctrinales retenues ne fournissent pas d'informations pour analyser les justifications de la prestation compensatoire. On notera également, pour éviter toute confusion, que ces mêmes vocables sont être utilisés dans un tout autre sens, à l'occasion de l'analyse des justifications de la prestation compensatoire.

Les causes de la « disparité dans les conditions de vie » ou les « choix » des époux pendant le mariage

Selon le Code civil, la prestation compensatoire doit « compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives ». Mais toutes les disparités justifient-elles une compensation ? En d'autres termes, existe-t-il des disparités constatées au moment du divorce qui ne seraient pas « légitimes » ? Dès lors que la rupture entraîne une disparité, peut-on considérer que cette disparité est due à autre chose que la seule rupture et qu'une demande de prestation compensatoire devrait donc être écartée ?

La question de la légitimité de la disparité conduit à des débats sur les choix faits par le couple, que ce soit en matière de régime matrimonial et sur les choix de vie pendant le mariage.

Concernant le régime matrimonial, des débats récurrents portent sur l'articulation entre le montant de la prestation compensatoire et les effets patrimoniaux de la liquidation du régime matrimonial. Les textes énoncent qu'il doit être tenu compte du patrimoine estimé et prévisible des époux après la liquidation du régime matrimonial. Parallèlement, la jurisprudence précise que la prestation compensatoire ne doit pas compenser les effets du régime matrimonial, en particulier lorsqu'un régime séparatiste avait été choisi. Certains auteurs critiquent le choix fait par la Cour de cassation de dissocier les deux et affirment que si la prestation compensatoire ne doit pas annuler les effets du régime matrimonial, elle doit tout de même les rééquilibrer.

Concernant les choix de vie des époux effectués pendant la vie commune, la doctrine milite assez majoritairement pour considérer qu'ils doivent être pris en compte et peuvent justifier une diminution des montants de la prestation compensatoire. On constate une rupture entre les auteurs et la Cour de cassation sur ce point. En effet, la Cour de cassation, le 18 mai 2011, dans un arrêt de principe, a retenu que la cause de la disparité n'était pas un critère légal de décision : il convient de se fonder sur le constat objectif de la disparité des niveaux de vie au moment de la rupture. Des arrêts ultérieurs ont confirmé cette position, sans convaincre les auteurs.

La résistance de la doctrine à cette jurisprudence peut être illustrée par l'accueil fait à deux arrêts successifs de la cour de cassation. Dans le premier (24 septembre 2014), la Cour énonce que la disparité, en l'espèce, n'est pas liée au divorce mais qu'elle lui est bien antérieure, les intérêts pécuniaires des époux étaient séparés depuis des années (séparation de fait depuis des années avec un régime de séparation de biens établi). Il n'y a donc pas lieu à prestation compensatoire. Alors qu'il s'agit seulement de tirer les conséquences du fait que la disparité n'est pas liée au divorce, puisque le divorce ne créait pas de disparité dans les conditions de vie respectives des époux, cette décision est parfois présentée comme un grand retour de la causalité. Dans le second (8 octobre 2014), la Cour annule la décision d'appel qui baisse le montant de la prestation compensatoire allouée à une femme au motif que, bien qu'ayant sacrifié sa carrière professionnelle, elle l'a fait dans l'intérêt de sa famille et d'un commun accord avec son conjoint. Pour la Cour de cassation, ce motif est inopérant dans la mesure où, pour fixer la prestation compensatoire, il ne doit pas être tenu compte de la

cause de la disparité. La décision étant explicite, les auteurs ont souvent préféré commenter l'arrêt annulé de la Cour d'appel, qui utilise la causalité de la disparité pour écarter la prestation, lui donnant ainsi un écho important alors même qu'il venait d'être annulé. Cette rupture perdure et des Cours d'appel, appuyées par la doctrine, refusent toujours d'adopter la position objective de la Cour de cassation.

Le rôle donné au choix, parfois qualifié de choix personnel, parfois qualifié de choix commun, est fondamental : il permet de considérer que l'investissement domestique dans la famille peut être compensé, parce qu'il crée une disparité au moment de la séparation, ou ne peut pas être compensé, parce qu'il résulte d'un choix qui doit être assumé non pas par les deux époux mais par celui d'entre eux qui a assumé cet investissement, généralement l'épouse. Ce débat est donc essentiel. Pour l'éclairer, sans doute serait-il intéressant de faire une analyse genrée des arguments mobilisés (homme ou femme) et des moyens retenus par les magistrats (homme ou femme).

Les débats suscités par l'interprétation du droit positif montrent les incertitudes qui planent sur les fonctions assurées ou susceptibles d'être assurées par la prestation compensatoire et soulèvent, bien que de façon implicite, la question des justifications de cette prestation. A partir de ces éléments, mais aussi de la confrontation avec des droits étrangers et avec des approches économiques, il est possible de proposer des justifications explicites de la prestation compensatoire.

Proposer des justifications de la prestation compensatoire ?

Les analyses conduites permettent de dégager trois modèles de prestation compensatoire et incitent à revisiter la prestation compensatoire à partir des questions qu'ils soulèvent.

Trois modèles prestation compensatoire

Trois modèles possibles se dégagent, qui fournissent trois perceptions possibles de la disparité : une logique alimentaire, une logique compensatoire ou une logique indemnitaire.

Le modèle de type alimentaire se fonde sur la situation de besoins. L'outil de mesure de la prestation compensatoire se trouve alors dans l'évaluation des besoins de l'un et de la capacité contributive de l'autre. On est dans cette hypothèse dans une conception traditionnelle du mariage qui imposerait la continuité, après le divorce, d'une solidarité issue des droits et obligations du mariage. Cette conception est supposée avoir disparue en 1975 mais elle persiste et suit une certaine logique. Elle permet encore de justifier le fait de réserver la prestation compensatoire aux époux, les obligations alimentaires légales étant pour l'heure réservées aux personnes liées par un lien de famille au sens du droit civil.

Le modèle de type compensatoire ne trouve pas sa source dans les besoins. Il se fonde sur l'élément objectif de la disparité des niveaux de vie. L'outil de mesure se trouve alors dans la volonté de continuation du niveau de vie acquis lors du mariage. Le mariage a été créateur de droits et obligations, la prestation compensatoire est vue comme une solution de continuité, au moins transitoire (cf. le délai de 8 ans fixé par l'article 275 C. civ.). Quant aux concubins, l'absence de droits et obligations entre eux du vivant de leur couple se perpétue après leur séparation.

Le modèle de type indemnitaire se fonde sur le préjudice économique subi. Un des conjoints s'est investi dans les activités domestiques, il a corrélativement perdu sa capacité de gain sur le marché du travail. Par conséquent, il a droit à une compensation pour cette perte. L'outil de mesure est alors la

perte de gains. Il ne s'agit plus de se focaliser sur les droits et obligations du mariage, pour verser la prestation compensatoire, mais d'analyser l'indépendance économique des membres du couple, leur activité professionnelle..., c'est-à-dire d'observer l'organisation du couple durant la vie commune.

Ces trois modèles de raisonnement incitent à revisiter la prestation compensatoire à partir des questions qu'elles soulèvent.

Revisiter la prestation compensatoire ?

A partir de ces trois modèles, il est possible de revisiter la prestation compensatoire et trois questions principales s'imposent.

Pourquoi imposer une solidarité aux seuls époux débiteurs ? Bien souvent, c'est la femme qui se retire du marché du travail ou limite ses ambitions personnelles pour se consacrer à la vie familiale. Ainsi les choix effectués, personnels ou communs, sont commandés par l'organisation sociale et culturelle de notre société qui agit comme une contrainte invisible. Dès lors s'il existe une inégalité des genres, inscrite dans le fonctionnement social, pourquoi est-ce alors à l'époux d'en assumer seul le poids ? Une solidarité élargie ne devrait-elle pas être mobilisée ? C'est le cas, au moins sur le principe : la protection sociale protège le parent qui a arrêté sa vie professionnelle pour se consacrer aux enfants en lui accordant des droits spécifiques en matière de retraite.

Pourquoi réserver une solidarité aux seuls époux séparés ? Si l'on raisonne sur l'inégalité des genres et l'investissement différencié dans la sphère domestique, alors pourquoi ne pas étendre le dispositif à d'autres types d'union. En France, la Cour de cassation est hostile à l'extension de la solidarité aux concubins et précise que, pour fixer la prestation compensatoire, les juges ne doivent pas tenir compte du concubinage antérieur au mariage. La question est posée dans d'autres cercles et le Haut Conseil de la Famille et France stratégie (Commissariat général à la stratégie et à la prospective placé auprès du Premier ministre) mènent une réflexion sur ce point. On sait par ailleurs que d'autres Etats, notamment le Québec assimile déjà les termes « époux » et « concubins », en parlant de conjoints (conjoint de droit/ conjoint de fait) et que nombre de législations soumettent les concubins aux mêmes droits et obligations que les époux.

Comment calculer la prestation compensatoire ? En France, ont été recensées onze méthodes de calcul différentes. Certaines se fondent sur le devoir de secours, d'autres sur la disparité de revenus ou encore sur la disparité de la capacité d'épargne... Il règne ainsi un grand flou autour de la question, lié selon nous à l'absence de justification(s) claire(s) de la prestation compensatoire. Tant qu'il n'y aura pas de réflexion d'ensemble sur les raisons d'être de la prestation compensatoire, c'est-à-dire pourquoi la verser ? A quoi sert-elle ? Il ne sera pas possible de réfléchir convenablement sur la ou les méthodes à privilégier pour la calculer. En effet pour établir une méthode de calcul, il faut d'abord savoir ce que l'on cherche à calculer.

En 1975, la prestation compensatoire était une avancée considérable. Aujourd'hui, elle mériterait sans doute d'être repensée.

DES COMPTES A REGLER EN RAISON DES CONSEQUENCES ECONOMIQUES DE LA RUPTURE

Cécile Bourreau-Dubois,
Professeur de sciences économiques,
BETA,
Université de Lorraine

Il s'agit d'aborder le règlement des comptes à l'aune de ce que l'on sait de l'impact économique des séparations sur le niveau de vie des individus concernés par une rupture conjugale.

Pendant la vie commune, les conjoints sont censés partager le même niveau de vie. En cas de rupture, le niveau de vie global du couple baisse en principe, en raison de la réduction des économies d'échelle. Cela étant, les ex conjoints peuvent recouvrer leur niveau de vie antérieur à plus ou moins long terme grâce à une variation de leur position sur le marché du travail (reprise d'activité, augmentation du nombre heures travaillées, changement de travail...) ou bien à un changement de leur situation personnelle (remise en couple...). Il arrive aussi que l'un des ex-époux voit, au moment de la rupture, son niveau de vie augmenter, tandis que le second voit son niveau de vie baisser corrélativement.

De fait, on observe souvent que la variation du niveau de vie consécutive à la séparation n'est pas également répartie entre les femmes et les hommes. Cette différence, qui s'explique en partie par les choix domestiques et parentaux réalisés durant la vie commune, n'est pas problématique si la baisse subie par les femmes est temporaire et que ces dernières parviennent à restaurer leur niveau de vie à terme. Cependant il arrive que les choix résultant de la vie commune aient des effets durables.

Les raisons de la variation du niveau de vie suite à une rupture : généralités

Afin d'observer la variation du niveau de vie, encore faut-il savoir comment le mesurer. Contrairement à l'idée communément admise, le niveau de vie ne dépend pas seulement des revenus. Il prend en compte d'autres paramètres, notamment la taille du ménage et donc les besoins en résultant. L'expression économique correspondant à ce mécanisme est celle de « revenus ajustés ».

Il est important de préciser que les besoins ne sont pas complètement proportionnels au nombre d'individus composant le foyer. En effet, la vie à plusieurs entraîne un partage des dépenses et donc permet de réaliser des économies d'échelle (Ex : logement, biens d'équipements...).

Ainsi, par exemple, les dépenses d'un couple correspondent à moins du double des dépenses engagées par deux individus vivant séparément. De même, les dépenses d'un couple avec un enfant ne correspondent pas au triple des dépenses réalisées par un individu vivant seul.

Calcul du niveau de vie

Le niveau de vie est égal aux revenus du couple (R_c) divisé par le nombre d'unités de consommation (uc)

Partant du principe qu'un adulte représente 1 unité de consommation et qu'un adulte supplémentaire représente 0,5 unité de consommation. Un couple constitue donc 1,5 unité de consommation. De plus, un enfant âgé de moins de 14 ans représente 0,3 unité de consommation.

Ainsi, le niveau de vie d'un couple (ndv_c) peut être résumé par la formule suivante :

$$Ndv_c = R_c/1,5.$$

Lorsque le couple se sépare, le nombre d'unités de consommation augmente, on est en présence de 2 uc distinctes, tandis que le revenu des deux individus reste le même. Par conséquent, la rupture entraîne inévitablement une perte de niveau de vie, du fait de la réduction des économies d'échelle. La principale perte d'économie d'échelle concerne le logement, chaque individu ayant dorénavant un logement à sa charge.

La perte de niveau de vie est inégalement répartie dans deux cas, qui peuvent se cumuler : d'une part si les conjoints n'ont pas le même niveau de revenu, et, d'autre part, si le temps de résidence des enfants après le divorce est inégalement réparti entre les parents.

Impact de la répartition des revenus entre les conjoints

Ex : Soit R_i et R_j les revenus respectifs des individus « i » et « j » avec $R_i=R_j=5000€$ alors :

$$ndv_c = 10000/1,5 = 6667€$$

$$ndv_{id} = 5000/1 = 5000€ \text{ (-25\%)} \text{ avec } ndv_{id} : \text{niveau de vie individu « i »}$$

$$ndv_{jd} = 5000/1 = 5000€ \text{ (-25\%)} \text{ avec } ndv_{jd} : \text{niveau de vie individu « j »}$$

En cas d'égalité de revenus entre conjoints, le niveau de vie individuel, après rupture, est en baisse mais de façon équivalente pour chaque conjoint.

Ex : Soit $R_i= 2000€$ et $R_j=8000€$ alors :

$$ndv_c = 10000/1,5 = 6667€$$

$$ndv_{id} = 2000/1 = 2000€ \text{ (-70\%)}$$

$$ndv_{jd} = 8000/1 = 8000€ \text{ (+20\%)}$$

Si l'on est en présence d'une inégalité de revenus entre conjoints, la variation du niveau de vie individuel après rupture ne sera pas répartie de façon égalitaire. Celui qui a le plus faible revenu voit son niveau de vie chuter tandis que celui qui a le revenu le plus élevé voit son niveau de vie augmenter.

Impact de la répartition du temps de résidence des enfants

En présence d'un enfant (ici de moins de 14 ans), la situation évolue différemment. Comme vu précédemment, le nombre d'unités de consommation lorsque le couple est uni est alors de 1,8.

$$ndv_c = 10000/1,8 = 5555€$$

Si le couple se sépare, que $R_i=R_j=5000€$ et que l'enfant vit principalement chez « i » alors :

$$ndv_{id} = 5000/1,3 = 3846€ \text{ (-30\%)}$$

$$ndv_{jd} = 5000/1 = 5000€ \text{ (-10\%)}$$

On constate une perte de niveau de vie pour les deux conjoints en cas d'égalité de revenus, mais elle est plus importante pour celui chez qui vit l'enfant.

Si le couple se sépare que $R_i=2000\text{€}$ et $R_j=8000\text{€}$ et que l'enfant vit principalement chez « i » alors :

$$ndv_{id}=2000/1,3 = 1538 \text{ (-72\%)}$$

$$ndv_{jd}=8000/1 = 8000\text{€} \text{ (+44\%)}$$

En présence d'un enfant et d'une inégalité de revenus entre conjoints, la situation économique de l'ex-conjoint ayant les revenus les plus faibles se dégradera d'autant plus que l'enfant réside chez lui. Corrélativement, l'ex-conjoint le plus riche et n'ayant pas l'enfant à son domicile bénéficiera d'une forte augmentation de son niveau de vie.

Il a été observé que bien souvent l'individu qui possède les revenus les plus faibles est la femme. Par conséquent, on peut donc en conclure qu'il existe une asymétrie genrée concernant la répartition de la perte de niveau de vie, suite au divorce.

Une variation du niveau de vie inégalement partagée entre les femmes et les hommes : quelques chiffres clés

Les éléments chiffrés exposés ci-dessous se fondent sur des travaux réalisés par des membres de l'équipe COMPRES : Carole Bonnet, Anne Solaz et Bertrand Garbinti. Jusqu'à présent, nous n'avions pas de données complètes sur le sujet. Les échantillons étaient relativement étroits et par conséquent peu représentatifs. Les recherches effectuées par ces économistes ont permis d'apporter des éléments majeurs concernant l'impact économique d'une séparation sur les ex-conjoints. Les données utilisées sont d'ordre fiscal et sont exhaustives, elles concernent uniquement la France. Le champ de l'étude de référence porte sur des personnes âgées de 20 à 55 ans, mariées ou pacsés, qui se sont séparées en 2009 et sans conjoint cohabitant en 2010.

Impact de la contribution aux revenus du couple et de la présence d'un enfant

Ces travaux montrent que, en 2010, le niveau de vie des hommes divorcés ou ayant rompu un Pacs en 2009 est en moyenne 3,5 % plus élevé qu'avant divorce en 2008. Celui des femmes baisse de 14,5 %. Les raisons de ces différences sont doubles. La première est que, en moyenne, les hommes ont des revenus d'activité plus importants que ceux des femmes. Ainsi, lorsque l'on s'attache à observer la population qui s'est séparée en 2009 (20-55 ans), dans plus de 50% des cas, la contribution de l'homme aux revenus du couple dépasse 60%. Dans 1/3 des cas, elle se situe entre 40 et 60%. De manière plus générale, pour les couples âgés de 20 à 59 ans, quel que soit leur statut (mariés, non mariés) il convient de noter que, en moyenne, l'homme contribue aux revenus du couple pour 2/3 (chiffres en 2011). La seconde raison est les femmes ont plus souvent la garde des enfants. Ainsi, dans près de trois quart des cas l'enfant est en résidence principale à leur domicile.

Les éléments chiffrés développés ci-dessus témoignent de l'impact des choix professionnels faits durant la vie commune.

Impact des choix faits durant la vie commune

Il s'agit de s'interroger sur les choix faits pendant la vie de couple et qui ont un impact sur le niveau de vie au moment de la séparation. Plusieurs faits stylisés illustrent la façon dont les membres du

couple ajustent leur offre de travail suite à l'arrivée d'un enfant dans le foyer. Si l'on observe l'année qui suit la naissance de l'enfant, environ 50% des femmes modifient leur offre de travail : soit elles réduisent leur offre de travail, soit elles sortent complètement du marché du travail. En revanche seulement 20% des hommes le font et seulement 5% d'entre eux attribuent cette évolution à l'arrivée de l'enfant. Les femmes optent pour un travail à temps partiel dans 34% des cas, alors que seulement 4% des hommes font ce choix.

Par conséquent les femmes ajustent de manière majeure leur offre de travail avec l'arrivée d'un enfant, ce qui n'est pas le cas des hommes. Ces choix sont coûteux à court terme, mais, ils le sont aussi à long terme, car cela génère une perte de capital humain marchand.

Spécialisation parentale et domestique : des freins à la restauration du niveau de vie

Le capital humain marchand est souvent mesuré à l'aune du taux de salaire horaire de l'individu. Plus celui-ci est élevé, plus le capital humain marchand l'est. La spécialisation parentale et domestique peut être source d'une perte de ce capital humain, soit en raison de la réduction de son accumulation soit de sa dépréciation. De manière plus générale, des études empiriques montrent que la carrière professionnelle peut être impactée par la spécialisation domestique de trois manières distinctes: le salaire est plus faible et le temps de travail est amoindri au moment du retour sur le marché du travail, la progression salariale et professionnelle est plus limitée. L'ensemble de ces considérations peuvent se combiner ou se cumuler.

Par conséquent, on peut en déduire que ce n'est pas l'arrivée d'un enfant qui est la cause directe et déterminante de la baisse du niveau de vie. Celle-ci résulte de la relative faiblesse du niveau de capital humain marchand, résultant de la spécialisation domestique pendant la vie commune.

De plus, avoir ralenti son activité professionnelle entraîne aussi des répercussions sur les droits à la retraite. D'une part le nombre de trimestres est moindre et d'autre part la rémunération sur la base de laquelle sera calculée la pension est plus faible. La protection sociale actuelle permet de compenser la perte des trimestres mais pas celle due à une perte de rémunération et à une carrière professionnelle moindre.

Par conséquent, les droits à la retraite et donc des revenus à long terme sont impactés.

Conclusion

Il existe des comptes à régler du fait des conséquences économiques induites par la rupture. Les disparités observées résultent pour une part non négligeable de décisions prises par le couple, en amont de la séparation. La spécialisation des conjoints entre le travail domestique et le travail marchand, décision prise, a priori, de façon collective durant l'union, est indolore tant que le couple reste uni. En revanche, cette spécialisation peut devenir très coûteuse économiquement pour le conjoint qui s'est spécialisé, au moment de la séparation comme à plus long terme.

Ces résultats peuvent constituer un fondement économique empirique justifiant le versement d'une prestation compensatoire au bénéfice du conjoint s'étant spécialisé dans le travail domestique.

Cette division du travail et les conséquences qu'elle implique, suscite une interrogation. L'inégale variation du niveau de vie issue de la rupture doit-elle faire l'objet d'un règlement privé ou doit-elle être réglée de façon collective, c'est-à-dire en dépassant le cadre des individus ?

DES COMPTES A REGLER EN RAISON DES LIENS FAMILIAUX ROMPUS

Robert Leckey,
Doyen,
Titulaire de la Chaire Samuel Gale,
Faculté de droit, Université McGill
(Québec)

Lorsque l'on souhaite aborder la notion de règlement des comptes au moment du divorce, une question fondamentale s'impose : « est-ce qu'il y a des comptes à régler ? ». Répondre par l'affirmative à cette question, c'est déjà présumer beaucoup de choses. Les raisons du règlement des comptes au moment du divorce seront abordées dans ce texte, en plus de certains des moyens mis en œuvre afin d'y parvenir.

Dresser les frontières d'un sujet permet de mieux comprendre ce qui appartient au contenu de celui-ci et ce qui en est exclu. Ainsi, le débat « conjoints de fait » (autrefois appelés concubins) / « époux » nous éclaire sur la notion de « mariage ». Il met en lumière certaines présomptions et souligne les approches qui risquent d'être adoptées.

S'agissant de la qualification du mariage et de l'union libre, la proposition faite est de favoriser un plaidoyer en faveur du pluralisme. Il semble impossible d'aboutir à une seule qualification qui tienne compte de tous les paramètres existants, dont la diversité familiale fait notamment partie. Ainsi, partir du postulat qu'il existe plusieurs façons de voir le couple est indispensable, puisque la recherche absolue de cohérence ne permet pas de rendre compte de la diversité en la matière. Si les civilistes ont tendance à rechercher en permanence une cohérence, une « idée maîtresse », c'est-à-dire une idée unique, ce n'est pas le cas des common lawyers, plus à l'aise avec une diversité des approches, voire avec la possibilité de faire émerger des incohérences.

Dans le contexte québéco-canadien, la notion de « conjoints » regroupe les époux et les conjoints de fait. De plus, d'un point de vue lexical, le terme « choix » a une importance fondamentale. Lorsque le législateur français parle de « choix » faits pendant le mariage, il implique des notions telles que la responsabilité individuelle et la prise de décisions collectives. Il me semble toutefois que la notion de « comportements » pendant l'union serait une notion aux contours plus neutres. En d'autres termes, le recours à la notion de « choix » est très libéral.

Pour aborder les raisons du règlement des comptes au Québec, quatre aspects seront successivement développés : le contexte social et démographique ; la multiplicité des discours et des approches à l'égard du couple, notamment via l'explicitation d'un jugement constitutionnel qui a divisé les juges de la Cour suprême ; l'approche prônée par le Comité de réforme mandaté par le Ministère de la Justice et, enfin, l'approche que je privilégie dans ce domaine.

Le contexte social et démographique au Québec

Le mariage est en déclin au Québec. Selon le dernier recensement, plus d'un tiers des couples vivent en union libre. Si l'on soustrait les couples les plus âgés, la tendance s'accroît et elle progresse encore davantage si l'on fait de même avec les anglophones et les immigrants. Le taux de mariage est par conséquent très faible. Certaines régions voient même leur taux d'unions libres frôler les 90 %. Les Québécois sont ainsi « les champions mondiaux de l'union libre ».

Il convient de s'interroger sur l'origine d'un tel constat, d'une part, en termes sociologiques et, d'autre part, en termes juridiques.

D'un point de vue sociologique, certains l'attribuent au rejet de l'Église. Le Québec s'est en quelque sorte affranchi du joug de l'Église Catholique durant les années 60, ce qui expliquerait la baisse subséquente du nombre de mariages. Pour d'autres, ce n'est pas la seule explication possible du phénomène. Quelle que soit l'hypothèse adoptée, il est indéniable que le mariage, ou plutôt l'absence de mariage, n'est pas uniquement due à des considérations religieuses. En effet, il est tout à fait possible de se marier uniquement par le biais d'une célébration civile. Ainsi, les sociologues n'en sont pas arrivés à un consensus sur cette question.

D'un point de vue juridique, le mariage est règlementé de façon assez lourde afin de protéger les femmes. Dans le cas des unions traditionnelles, le législateur a prévu un régime primaire obligatoire assez contraignant, celui du « patrimoine familial ». Il se rapporte aussi bien au logement, aux voitures, aux meubles meublants qu'aux contributions relatives aux fonds de pension et régimes de retraites. La valeur de ces biens doit être partagée après la rupture et les époux ne peuvent y déroger par voie contractuelle, sauf au moment de la séparation. Pour les époux de revenus et de patrimoines moyens, le régime primaire obligatoire réduit largement, donc, l'envergure potentielle du contrat de mariage. Somme toute, le mariage est très protecteur, mais est laissé de côté par une frange importante de la population. Quant à l'union de fait, celle-ci n'entraîne aucun droit ou obligation entre les conjoints. Le législateur a laissé à ces derniers le soin de se protéger par le biais du contrat de vie commune et d'autres instruments de droit commun. Dans toutes les autres provinces canadiennes, régies par la common law, l'obligation alimentaire à l'égard du conjoint de fait est un mécanisme reconnu. Dans plusieurs d'entre elles, cette situation factuelle a été entièrement assimilée à celle rattachée à l'état d'époux. Ainsi le partage des biens s'impose à la rupture.

Après un bref aperçu du contexte sociodémographique, il s'avère que le Québec se distingue des autres provinces dans ce domaine. Ses spécificités ont entraîné une multiplicité des discours à l'égard des couples.

La multiplicité des discours

Le 25 janvier 2013, la Cour suprême du Canada a tranché l'affaire constitutionnelle *Québec (Procureur général) c A*. Elle est ainsi dénommée parce qu'au Québec, les parties en litiges familiaux ne sont pas identifiées par leurs noms. Les médias ont par conséquent attribués les noms d'« Éric » et de « Lola » aux parties. Cette affaire a pour origine une contestation à l'égard de tous les régimes matrimoniaux du Québec. Elle a été fortement médiatisée en raison de la fortune détenue par l'homme et des enjeux économiques qui y étaient par conséquent soulevés. Elle a révélé de profondes discordances entre les points de vue exprimés par les juges.

Les faits sont les suivants : une femme a vécu en union libre avec un homme richissime. Étant donné que les parties ne se sont jamais mariées, la femme ne pouvait prétendre aux droits relatifs au régime économique du mariage après la rupture. Elle décide par conséquent d'ester en justice, invoquant la discrimination non seulement à son égard, mais aussi à l'égard de l'ensemble des personnes vivant en union libre.

Pour fonder sa réclamation, la plaignante pouvait s'appuyer sur une jurisprudence antérieure de la Cour suprême du Canada développée à partir de la Charte canadienne des droits et libertés. La Cour y avait clairement affirmé que le droit à l'égalité rend illégal la discrimination fondée sur l'état matrimonial (mariage ou union libre).

La femme avait obtenu, pour les enfants, des sommes assez faramineuses. De manière générale, l'opinion publique ne comprenait donc pas pourquoi elle intentait un procès alors que sa sécurité financière semblait assurée. Cependant, il ne faut pas oublier que ces sommes ne lui étaient pas destinées, elle ne pouvait les investir ni les conserver pour son usage personnel. En son propre nom, pratiquement rien ne lui avait été alloué.

La Cour suprême du Canada confirme dans cette affaire que l'approche québécoise des couples est constitutionnelle et que la Charte des droits et libertés accorde au législateur la latitude nécessaire afin de faire une distinction significative entre la manière dont il traite les époux et les conjoints de fait. L'intérêt de ce jugement réside, pour nos fins, dans la façon dont les juges ont abordé la question. Quoique le statut quo en ressorte réaffirmé, quatre opinions distinctes et tout autant d'approches différentes peuvent y être décelées.

D'un extrême à l'autre : une nette opposition entre les juges

Le discours libéral classique en droit est adopté par une partie des juges. Il consiste à mettre en avant l'autonomie de la volonté, le choix et le mariage comme contrat. En ce sens, il n'est pas discriminatoire de traiter différemment des couples unis de façon différente. Il serait inapproprié d'attribuer des droits et des obligations aux conjoints de fait puisque ceux-ci n'ont pas manifesté leur consentement à cet égard. D'ailleurs, il est présumé qu'ils ont fait le choix de ne pas se marier. Leur autonomie n'est pas remise en question et dans le contexte canadien, ils ne souffrent d'aucune stigmatisation. Ainsi, selon cette approche, les termes principaux sont *l'autonomie* et *le choix*.

Par opposition au discours libéral, certains juges ont souligné le grand désavantage subi par les couples en union libre par rapport aux époux, et la discrimination qui en découle nécessairement. Pour eux, certains conjoints sont vulnérables et ne peuvent pas faire un véritable choix. En effet, il peut arriver que l'un des membres du couple ait voulu se marier tandis que l'autre ait refusé. En quelque sorte, il n'est pas possible de présumer en toute circonstance de la liberté de choix. Les termes majeurs qui sont alors cités sont *la vulnérabilité* et *l'absence de choix*.

Entre ces deux positions extrêmes, deux opinions plus nuancées traitent de la problématique sous un angle différent.

Entre ces deux extrêmes : deux opinions plus nuancées

La position du juge en chef est celle selon laquelle il est discriminatoire de ne pas étendre le régime matrimonial aux conjoints de fait, mais que la politique législative est justifiable pour autant. S'il est vrai que le conjoint de fait n'a pas nécessairement un choix véritable, il reste néanmoins légitime

pour le législateur, dans une société libre et démocratique, de promouvoir une solution fondée sur le choix. Ainsi, ce raisonnement aboutit à la conclusion selon laquelle il n'y a pas de discrimination injustifiable.

Enfin, pour d'autres juges, la situation est discriminatoire, mais il demeure justifiable d'exclure les conjoints de fait de certains éléments du régime matrimonial. Ainsi, il est discriminatoire et injustifiable d'exclure le conjoint de fait de l'obligation alimentaire, puisque la raison d'être de cette dernière est la solidarité familiale. Pourquoi dès lors ne pas la reconnaître entre conjoints de fait ? Par contre, bien que discriminatoire, il est justifiable d'exclure les conjoints de fait du régime du partage des biens car ce dernier est fondé sur le choix initial de consentir au mariage.

Pour conclure sur ce jugement rendu par la Cour suprême du Canada, il existe plusieurs approches qui se situent parfois à deux extrêmes : le discours de *l'autonomie* se heurte alors à celui de la *vulnérabilité*. Ainsi, il existe différentes façons de comprendre le règlement des comptes et ces positions ne sont pas toujours conciliables. Le Ministère de la Justice du Québec a accueilli avec soulagement le jugement de la Cour suprême, qui confirme la constitutionnalité du régime matrimonial québécois, mais a toutefois voulu examiner la possibilité d'une réforme.

L'approche du Comité de réforme

Ainsi le Ministère de la Justice a confié à Alain ROY de l'Université Montréal la présidence du Comité consultatif sur le droit de la famille. À la suite de ses travaux, le Comité a remis un rapport de 600 pages au Ministère. Il s'est doté de principes directeurs, puis a élaboré des recommandations. Ces dernières ont parfois essuyé de fortes critiques, mais n'en demeurent pas moins innovantes.

Les principes directeurs du Comité

S'agissant du couple avec enfant, le Comité s'est donné trois principes directeurs. Tout d'abord, l'enfant doit être au cœur des préoccupations. La proposition se suffit à elle-même tant elle paraît évidente. Ensuite, l'enfant doit être vu comme la source d'une responsabilité commune et d'une interdépendance. Tout l'intérêt de ce principe est de faire de l'enfant le déclencheur d'une interdépendance économique entre les adultes. Enfin, le couple doit être vu comme un espace d'autonomie, de volonté et de libertés contractuelles.

Notons que ce dernier principe directeur est le seul retenu pour les couples adultes sans enfant. Cette approche moniste peut apparaître décevante. De fait, il aurait été intéressant de travailler sur une approche pluraliste.

Les recommandations du Comité

S'agissant des conjoints de fait, le Comité recommande de laisser à peu près telle quelle la situation. L'espace de volonté contractuelle des conjoints de fait doit être maintenu : la liberté et l'autonomie de la volonté doivent être privilégiées. Le Comité propose cependant de modifier le processus par lequel un conjoint de fait réclamerait, après la rupture, un paiement de l'autre afin de corriger un enrichissement injustifié, en permettant aux conjoints de fait de recourir à un mécanisme instauré pour les époux.

S'agissant du mariage, domaine dans lequel le législateur avait limité la liberté contractuelle en vue de la protection des personnes vulnérables, des incohérences sont observées au regard du principe directeur prônant la liberté et l'autonomie de la volonté. Il est donc proposé d'apporter des

modifications aux régimes du mariage. Si l'autonomie de la volonté et la liberté de choix sont pertinentes pour les couples en union libre, alors pourquoi ne le seraient-elles pas pour les couples mariés ?

Avec la liberté de choix au centre du raisonnement, les couples en union libre pourraient mettre en œuvre un « opting in », c'est-à-dire se doter d'un contrat de vie commune, tandis que les couples mariés pourraient choisir un « opting out », ce qui reviendrait à se soustraire à toute obligation matrimoniale. Cette proposition apparaît ainsi comme un changement radical.

Pour les couples, la véritable innovation proposée par le Comité est d'instaurer un régime obligatoire parental. Il s'agit de régler le régime des parents d'un enfant commun, quel que soit leur état matrimonial (mariés ou non, vivant ensemble ou non), et ainsi reconnaître des liens juridiques entre les parents dès lors que la filiation est établie à l'égard d'un tel enfant.

Dans l'hypothèse où les parents vivent ensemble et ont un enfant commun, trois mécanismes leur seraient applicables : une obligation de contribuer aux charges du ménage ; les protections de la résidence familiale ; et la possibilité de réclamer une indemnisation forfaitaire après la rupture pour celui ou celle qui a contribué à l'éducation de l'enfant de façon disproportionnée. Le principe posé est le suivant : si l'investissement parental a été égal, alors il n'y a pas d'indemnisation. Le Comité a pris soin de mentionner que cette indemnisation ne correspond ni à des aliments, ni à un partage de biens. Ainsi, ce qui doit être reconnu, c'est le surinvestissement disproportionné. L'indemnisation n'est ni automatique, ni présumée en faveur de l'un des membres du couple. Dans le contexte du colloque, elle pourrait être qualifiée de « prestation compensatoire ».

Les recommandations du Comité se fondent clairement sur l'enfant et la responsabilité parentale à son égard. Elles n'ont pas été exemptes de critiques.

Des propositions critiquées

D'une part, les propositions du Comité ont soulevé plusieurs inquiétudes d'ordre général. Premièrement, si le législateur les adoptait, le mariage s'en trouverait affaibli, notamment dû à la possibilité d'utiliser l'« opting-out ». Pour certains, il ne faut pas évacuer toute protection d'ordre public du mariage. Deuxièmement, très peu est prévu pour l'union libre. Or, cette situation existe et elle est même de plus en plus fréquente au Québec, comme nous l'avons vu. Troisièmement, la « prestation compensatoire » après la rupture provoquerait beaucoup de litiges. Il n'existe pas encore de jurisprudence et certains craignent que cette innovation n'engendre de grandes difficultés, non seulement pour les juges, mais aussi pour les avocats représentant les parties.

D'autre part, le critère de l'enfant commun du couple semble trop étroit. En effet, si l'on part du principe que le mariage n'est plus l'indicateur unique d'interdépendance économique, il apparaît problématique de se fonder sur ce seul critère formel. Il existe une multitude de situations intermédiaires bien réelles, et pourtant encore aujourd'hui ignorées. Se concentrer uniquement sur l'enfant commun du couple, reconnu par les liens de droit, semble beaucoup trop restrictif. On peut, par exemple, penser aux soins fournis à l'enfant du conjoint dans une famille recomposée ou encore aux sacrifices liés aux tentatives de procréation assistée sans que celles-ci n'aboutissent à la naissance d'un enfant. Ainsi, le Comité a évacué des problématiques qui pourtant présentent un intérêt concret non négligeable.

Ce qui ressort des travaux du Comité, c'est que celui-ci a recherché une cohérence à tout prix, avec un seul principe directeur pour les couples adultes (l'autonomie de la volonté), et cela, aux dépens de la complexité de la vie familiale de nos jours.

Approche personnelle

Au principe d'autonomie de la volonté du couple, conçu comme un espace de choix et de liberté, d'autres principes directeurs auraient pu être ajoutés, prenant en compte les couples qui se forment tant de façon officielle que de façon officieuse, ainsi que les interdépendances économiques qui s'y enracinent.

Les propositions pour une réforme gagneraient à être un peu plus équilibrées. Accepter le pluralisme et trouver des justifications à la prestation compensatoire sont des éléments essentiels, mais qui ne satisferont pas nécessairement les attentes visant à la cohérence. Il me semble qu'il est impossible, eu égard à la diversité des situations familiales contemporaines, de trouver un seul principe, une seule façon de concevoir les choses.

Dans l'affaire *Eric c Lola*, les juges qui ont séparé les éléments du régime matrimonial, au lieu de faire du tout ou rien (aucune discrimination / discrimination absolue), se sont engagés dans la bonne direction. La question est la suivante : Quels éléments de la réglementation du mariage méritent d'être étendus à d'autres situations ? À titre d'exemple, la possibilité pourrait être offerte, en présence d'un enfant, de traiter la problématique du droit d'occuper le logement familial après la rupture, sans nécessairement l'aborder sous l'angle du partage des biens ou de l'obligation alimentaire. Il paraît souhaitable de séparer les éléments constitutifs du mariage de manière détachée, quitte à paraître peu romantique, mais tout cela dans un souci d'efficacité et de prise en compte du contexte contemporain.

Conclusion

L'exemple québéco-canadien nous montre plusieurs manières de concevoir le couple. Il existe un certain risque en privilégiant la cohérence, une seule solution ou un seul principe directeur. Le Comité de réforme québécois a fait des propositions il y a un an ; reste à savoir ce qu'il va en advenir. Alain ROY, président du Comité est par ailleurs inquiet à ce sujet, d'autant que douze mois plus tard, le Ministère de la Justice n'a toujours pas témoigné d'un suivi clair du rapport. Le fait qu'il n'y ait pas d'échéanciers ou d'étapes législatives programmées ne fait qu'accentuer le flou et les inquiétudes².

Il n'empêche que les enjeux politiques pour le gouvernement sont délicats. En effet, toucher les questions d'union libre entraînera, – quels que soient les choix législatifs – des gagnants et des perdants, sans que ceux-ci ne puissent être identifiés avec exactitude au préalable. Par exemple, il serait simpliste d'imaginer qu'une solution ou une autre favoriserait les femmes aux dépens des hommes, ou vice versa. C'est là toute la difficulté de la réforme. Ce contexte est très différent, par

² Au lendemain du colloque du 6 juin 2016, le gouvernement québécois a fait savoir qu'il ne donnerait pas suite au rapport d'Alain Roy. Cette abstention souligne sans doute le manque de consensus sur un sujet complexe, une réforme de cette envergure devant s'appuyer sur une volonté politique forte.

exemple, du cas des couples de même sexe, où les lobbys étaient clairement identifiés et où tant les gagnants que les perdants de la réforme l'étaient.

Le droit de la famille est en général complexe et il n'est pas évident pour le gouvernement de procéder à la réforme. Néanmoins, le régime actuel, au Québec et peut être aussi en France, ne cadre plus avec les diversités contemporaines et doit par conséquent être repensé.

LES ENJEUX DES TECHNIQUES DE REGLEMENT DES COMPTES DANS LES COUPLES SEPARÉS

Yann Favier,
Professeur de droit,
CERCRID,
Université de Lyon,

Lorsqu'il s'agit d'aborder le règlement des comptes dans les couples séparés, est mis en avant la technicité des règles qui concernent le partage des biens. Cet angle-là est primordial mais il est nécessaire de voir au-delà de ce travail de type notarial. En effet, les enjeux issus du règlement des comptes sont débattus et les intentions parfois discutables.

Le couple qui a partagé une vie commune est certes confronté à des questions affectives mais aussi et surtout à des questions d'ordre matériel. C'est au moment de la rupture qu'apparaissent par exemple des questions relatives au logement familial : qui va en bénéficier ? Sous quelles modalités ? Le postulat qui doit être mis en avant est le suivant : le matériel n'est pas l'accessoire de l'affectif. Bien au contraire, c'est le phénomène inverse qui se produit. La citation « il n'y a pas d'amour, il n'y a que des preuves d'amour » trouve un écho tout particulier en matière de partage des biens. En effet, les preuves là sont bien tangibles, elles sont inscrites dans les objets et dans la matérialité du quotidien. En d'autres termes, quand il s'agit d'aborder la séparation du couple, la tendance est à écarter la matérialité, à la railler même parfois, or elle est tout sauf dérisoire.

Lorsque l'on parle de régler les comptes, il s'agit de le faire autant au propre qu'au figuré. Cependant il existe un décalage entre les deux. Evoquer les enjeux de la séparation, c'est littéralement regarder ce qui est mis en jeu, ce qui est risqué en pareille hypothèse.

Un constat peut être dressé : les techniques de règlement des comptes ne sont pas clairement définies. Des professionnels tels que des notaires ou encore des avocats jouent un rôle essentiel, ce qui rend la situation opaque pour l'observateur. Il est difficile de savoir réellement ce qui est abordé et quels moyens sont utilisés. Il règne un certain flou. S'agissant de la prestation compensatoire, il existe un contentieux important qui fournit des renseignements nombreux. Au contraire, le contentieux relatif au partage des biens est marginal et n'intervient que sur des points très précis. Il est par conséquent difficile d'en tirer des enseignements. De plus, dans l'immense majorité des cas, le partage des biens intervient sous la forme de conventions, dans le secret des études de notaires ou dans les cabinets d'avocats. Ainsi, le défaut d'information sur ce qui se passe, fait que la question apparaît seulement comme technique et semble n'intéresser que les spécialistes des liquidations. Or elle intéresse tout le monde. L'enjeu d'une séparation, outre la question des enfants, est la question matérielle.

Il ne convient pas ici d'aborder, de façon très précise, les techniques de partage mais de montrer ce qu'elles révèlent. Trois questions peuvent être abordées concernant les enjeux des techniques de règlement des comptes entre époux : de quoi parle-t-on ? Quelles sont les fonctions des règles en place ? Quelles sont les productions issues de ces techniques ?

Les techniques de liquidation des biens

S'agissant des techniques de liquidation des biens, l'approche intuitive consiste à considérer que ce qui faisait un, fait deux. Or de toute évidence tout n'est pas immédiatement divisible. En ce sens on peut penser au logement familial, aux dettes... Ces éléments ne peuvent pas faire l'objet d'une approche purement comptable. Ainsi, l'approche intuitive ne correspond pas à l'approche juridique. En effet, il existe une sorte de « transmutation des biens ». Ils vont presque changer de nature et les droits qui leur sont attachés également. Les techniques de liquidation permettent de mettre en œuvre la répartition des biens et des dettes. Elles sont régies par tout un corpus de règles qui mêlent droit du régime matrimonial, droit des obligations et droit des biens. Il faut rappeler que la liquidation des biens ne concerne pas seulement les personnes mariées. Elle s'applique, au-delà, à tous les couples.

La liquidation des biens fait intervenir trois mécanismes et autant de techniques pour les gérer : la propriété des biens, les flux financiers ou le passif du couple. Dans tous les cas, la liquidation se fait par convention et des observations peuvent être faites s'agissant des conventions établies à cette occasion.

La première technique qui peut être évoquée est celle relative à la propriété. Il s'agit de savoir à qui appartient le bien. Ce dernier peut être qualifié de commun, de propre ou d'indivis. Une fois la qualification déterminée, sa liquidation suit les règles propres à chaque régime.

La deuxième technique est relative aux flux financiers. Elle concerne l'étude des échanges économiques qui ont eu lieu entre les membres du couple. Elle est plus complexe. En effet, il s'agit par exemple, de savoir si et à quel titre une personne ayant financé la rénovation d'une maison héritée par son conjoint peut être « indemnisée » de cette participation ?

La troisième technique est relative au passif du couple, c'est-à-dire l'ensemble des emprunts et des dettes contractées par le couple et qui pèsent sur leur patrimoine. Il convient de déterminer si ces éléments sont à la charge de l'un, de l'autre ou bien des deux membres du couple.

D'un point de vue purement formel, la liquidation se fait par convention. Plusieurs observations s'imposent.

Tout d'abord, la liquidation est très dépendante du statut conjugal et prend peu en considération, ou alors de façon très marginale, des notions telles que la situation économique, la vulnérabilité sociale, la justice ou l'équité.

Ensuite, il règne une interdépendance entre les corpus de règles, puisque le règlement des intérêts patrimoniaux est global. En ce sens, il peut être nécessaire de travailler sur la contribution aux charges du mariage pour justifier des flux financiers.

Enfin, la liquidation bénéficie en principe d'un raisonnement autonome. Elle se distingue notamment de la prestation compensatoire, obligation légale à propos de laquelle on peut s'interroger sur le caractère indemnitaire ou alimentaire. Cependant, cette autonomie est relative : l'ensemble de ces questions arrivent conjointement. Il existe alors des difficultés pour identifier ce qui relève de la liquidation des biens de ce qui n'en relève pas, c'est-à-dire tout le reste.

Par exemple, à la liquidation des biens s'ajoute la question de la prestation compensatoire, qui arrive également au moment du partage des biens. En pratique, la prestation compensatoire peut être résolue par le paiement de soultes, dans le but de garder un bien et réalisée au titre de la liquidation.

L'interdépendance et la globalité des solutions sont favorisées par le caractère conventionnel de la liquidation et du partage. Etablir des règles est une chose, en déterminer les fonctions en est une autre.

Les fonctions des règles de liquidation

Les règles de liquidation établies se fixent pour objectif de fournir une base de règlement des intérêts patrimoniaux la plus neutre et transparente possible, qui soit juste et équitable, tout en étant cohérente. Or il est indéniable que cet idéal n'est pas atteint en toutes circonstances, d'autant que ces règles diffèrent selon le statut du couple.

Concernant la neutralité et la transparence, elles apparaissent comme des notions contestables. En effet, il est possible de tirer parti des règles de la liquidation et du partage. Leur souplesse est plus grande qu'elle n'y paraît. Tout d'abord, la façon de calculer les flux financiers relève du domaine conventionnel et non de l'ordre public, c'est le cas par exemple des récompenses dans le régime de la communauté. Ensuite, les règles du Code civil peuvent elles aussi faire l'objet de conventions, notamment s'agissant de la qualification du bien (propre ou commun). De plus, les reconnaissances de dettes entre époux ne sont pas forcément visibles. Elles existent, mais n'apparaîtront qu'a posteriori pour justifier des flux financiers dans les patrimoines respectifs. Cette justification a posteriori pose problème, dans la mesure ce mécanisme passe inaperçu tant qu'une fraude au droit du fisc ou aux droits des créanciers n'est pas identifiée. Ainsi, la négociation par le biais des conventions ne permet pas d'atteindre à coup sûr l'idéal de transparence. Ce phénomène est largement favorisé par la loi. De plus, la jurisprudence sur la contribution aux charges du mariage montre des tâtonnements. En théorie, elle n'est pas applicable aux concubins mais en réalité elle leur est appliquée, indirectement. On peut citer en guise d'illustration le mécanisme de neutralisation de créances entre concubins.

Concernant la justice et l'équité, les techniques liquidatives ne permettent pas d'appréhender toutes les difficultés relatives au logement. La liquidation est plus liée au patrimoine et au statut des biens qu'à celui des personnes et aux notions de besoins. Ainsi des solutions aberrantes peuvent émerger dans les règlements de liquidation des biens. Les masses de biens peut être constituées sans pour autant que soient regardés les besoins des individus concernés ou ce que la justice et l'équité pourraient dicter.

Concernant la cohérence, des problèmes émergent inévitablement du fait que les frontières entre les différents dispositifs juridiques ne sont pas étanches. La nature, patrimoniale ou extrapatrimoniale, alimentaire ou indemnitaire, des droits, pose des difficultés. Ce phénomène est particulièrement visible lorsque l'on évoque l'attribution du logement familial. De même la question de l'entretien et de l'éducation des enfants s'articule avec la question de la liquidation des biens et il est impossible de les dissocier totalement.

Les questions relatives aux statuts du couple ne sont pas plus faciles à traiter. Nous pouvons dénombrer quatre statuts : les époux et leurs régimes matrimoniaux, les pacsés et leurs régimes patrimoniaux, les couples sans statuts (concubins) et enfin les « pacsés du troisième type ». On en

parle peu et pourtant ils sont très nombreux. Ce dernier statut correspond à la situation des partenaires enregistrés qui, bien que passés par le greffe et ayant reçu un récépissé, sont incapables de produire le contrat enregistré. Ils sont en règle vis-à-vis des formalités de publication mais ont perdu les papiers officialisant leur union. Par conséquent, on ne connaît pas leur régime. Il leur est alors attribué, par défaut, un régime d'indivision sur la totalité de leurs biens, à quelques exceptions près, s'ils se sont pacsés antérieurement à 2007.

Au-delà de la relative (au regard de la situation Québec) mais bien réelle désaffection à l'égard du mariage, c'est un changement dans les comportements qui est notable. La question des frontières par rapport aux statuts des couples se trouve amplifiée par la question centrale de la liquidation : quels sont les biens propres et les biens communs ? Tous les couples ont un fonctionnement communautaire sur certains points et séparatiste sur d'autres et ce constat dépasse les clivages de statuts. De plus, il existe, en raison de la rigidité de ces statuts, des communautés innommées que le droit n'arrive pas à saisir.

L'ensemble de ces considérations, provoquent des difficultés, des incompréhensions, concernant les solutions issues de la liquidation, principalement pour la gestion des flux financiers.

Les solutions issues de la liquidation

Alors même que la réalité vécue est la même, que le couple soit marié, pacsé ou en concubinage, les solutions appliquées diffèrent. Or il n'y a aucune justification ni contractuelle, ni relative à la définition du mariage qui puisse justifier pareille différences.

Quel que soit le statut du couple, les situations se produisent de façon spontanée. Par exemple, un couple décide de la rénovation d'une maison, l'un rembourse le prêt, tandis que l'autre réhabilite le bien. La difficulté réside alors dans la façon de traiter des contributions d'origine différente (financière, industrie...) : comment en tenir compte en droit et en équité ?

La liquidation doit aboutir au partage des biens, or il existe des incertitudes en termes de rééquilibrage. Ainsi, selon la jurisprudence, il n'est pas tenu compte, dans les règlements patrimoniaux, de l'industrie de l'époux commun en bien. Mais la solution inverse s'applique aux personnes pacsées ou en concubinage qui, elles, ont droit à une créance. Dès lors, il existe inévitablement des difficultés à expliquer le traitement différencié appliqué à des situations présentant des faits similaires : les solutions dans le règlement des comptes ne correspondent pas à une approche spontanée, intuitive et ceci est difficile à expliquer à un couple en séparation.

Les modalités de remboursement des emprunts sont également révélatrices. Pour illustrer nos propos, prenons l'exemple de concubins ayant un terrain en indivision sur lequel ils ont construit une maison. Ils se séparent. Pour l'homme, la femme n'ayant pas de profession, elle n'a pas remboursé l'emprunt et il est le seul financeur. Mais il n'existe pas moins une copropriété indivise de la maison. Sur la base du protocole n°1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, relatif à l'atteinte au droit de propriété, les juges (approuvés par la Cour de cassation) énoncent dans cette hypothèse que le remboursement de l'emprunt commun réalisé par monsieur doit être qualifié de libéralité faite à la femme. Comment justifier pareille position ? Par un raisonnement en équité : étant donné que le couple n'est pas marié, elle n'a pas droit à une prestation compensatoire, mais elle a élevé les enfants communs. Les juges font donc preuve de « générosité » à son égard : elle aura droit à la moitié de la valeur de la maison, en tant que co-indivisaire. Cette solution peut paraître généreuse.

En effet, évoquer une libéralité, c'est assimiler le remboursement du prêt à un don et l'homme ne peut donc pas obtenir de créance contre son ex-compagne. Cependant, les juges ayant qualifié la situation de libéralité, celle-ci devra s'acquitter d'une taxe de 60% auprès de l'administration fiscale. Par conséquent, la solution ne lui est pas si favorable que cela.

Conclusion

Dans les modalités concrètes et pratiques de liquidation et du partage des biens, rien n'est jamais acquis, ni neutre. Les techniques utilisées sont variables et leurs combinaisons complexes. Les frontières liées au statut du couple notamment sont souvent remises en question et les règles en jeu peuvent être largement réaménagées par voie conventionnelles. Encore faut-il que les intéressés soient au courant.

L'approche est fragmentée par l'effet conjugué de l'éclatement des modes de conjugalité, de l'importance des unions successives à des âges différents de la vie et de l'internationalisation du droit de la famille. En effet, bien que parfois négligé le droit international privé, donne beaucoup de possibilités concernant le droit patrimonial et les règlements alternatifs qui y sont attachés.

L'ensemble de ces considérations permet d'émettre une hypothèse : un puissant processus de rénovation du droit matrimonial devrait finir par aboutir et faire émerger un droit matrimonial plus global qu'il ne l'est aujourd'hui.

LES IMPLICITES DES TECHNIQUES DE REGLEMENT DES COMPTES DANS LES COUPLES SEPARES : LE PARTAGE DES BIENS

Nathalie Dandoy,
Professeure de droit
Centre de droit de la personne, de la
famille et de son patrimoine (CEFAP),
Université Catholique de Louvain

Frédérique Granet,
Professeure de droit,
Centre de droit privé fondamental
(CDPF)
Université de Strasbourg

La question du partage des biens est inévitablement liée à celle des régimes matrimoniaux. Cette étude est menée à partir de différents Etats, qui ont été choisis pour la diversité de leur législation.

Le régime légal est parfois très différent d'un Etat à l'autre et il s'applique à défaut de contrat de mariage. Une constante a été observée dans l'ensemble des Etats étudiés : il s'agit du principe de la liberté des conventions matrimoniales.

Lorsque l'on est en présence d'un contrat de mariage, celui-ci peut être seulement une adaptation du régime légal ou bien régir de façon totalement différente les relations entre conjoints. Le contrat permet des aménagements, mais dans les limites de ce que la loi et l'ordre public admettent et notamment dans le respect d'un socle impératif de dispositions patrimoniales relatif à la solidarité entre époux.

Les régimes matrimoniaux légaux peuvent être classés en deux grandes catégories : les régimes de type communautaire à finalité égalitaire par nature, et les régimes de type séparatiste mais qui sont assortis d'un rééquilibrage au moment du divorce.

Les régimes légaux de type communautaire à finalité égalitaire par nature

Le régime de type communautaire est, a priori, le plus équitable, puisqu'en théorie, à la liquidation, le partage se fait par moitié, sous réserve des adaptations conventionnelles. La communauté peut inclure l'universalité des biens et des dettes ou être réduite aux acquêts réalisés par les époux durant leur mariage.

Le régime de communauté universelle est le plus égalitaire, a fortiori en cas de divorce, le partage se faisant par moitié. Cependant, il est très rarement retenu comme régime légal et il est plutôt choisi par contrat par des époux mariés de longue date et qui souhaitent assurer l'avenir du survivant d'entre eux. Le survivant jouira de la propriété de la totalité des biens acquis du ménage au décès de son conjoint.

La communauté universelle comme régime légal

Les Pays-Bas présentent cette originalité d'avoir fait de la communauté universelle le régime légal. Ce choix résulte d'une curiosité de l'histoire. En effet, la communauté universelle s'appliquait jadis

couramment dans l'une des régions de cet Etat : la Hollande. De plus, elle était fortement répandue dans les villes, où la richesse se fondait sur le commerce et les échanges et où les biens étaient donc essentiellement de nature mobilière. Au contraire, dans les campagnes, la richesse se matérialisait dans les fonds de terre agricole et donc dans des biens de nature immobilière. Là, les coutumes locales excluaient le patrimoine immobilier de la communauté. Le Code civil de 1838, fortement imprégné des idées de la Province de Hollande, consacra le régime de la communauté universelle comme régime légal.

Dans le régime de la communauté universelle, l'ensemble des biens des époux, présents et à venir, qu'ils soient acquis à titre gratuit ou onéreux, sont des biens communs. A la dissolution du mariage, le principe est celui du partage par moitié. Une exception doit être mentionnée : un donateur ou un testateur peut exclure certains biens de la communauté par une disposition expresse.

Les époux peuvent aussi, par contrat de mariage, limiter la communauté ou choisir un régime de séparation de biens, généralement assorti de compensations lors d'un divorce.

Le régime de la communauté universelle s'applique aussi aux partenariats enregistrés. Les Pays-Bas ont été, avec les Etats scandinaves, les premiers à légiférer en ce domaine. Les partenariats enregistrés furent initialement réservés aux couples homosexuels dans les pays scandinaves pour réserver le mariage aux couples hétérosexuels. En revanche, aux Pays-Bas, ils furent autorisés aux couples homosexuels aussi bien qu'aux couples hétérosexuels. Puis les législations ont évolué et le mariage homosexuel a été permis dans ces différents Etats, de sorte que la distinction entre les modes de conjugalité a perdu la majeure partie de son intérêt.

Le régime de la communauté ne s'applique pas aux couples de fait, puisqu'ils n'ont pas souhaité être soumis à un statut légal. Il leur est appliqué le droit commun des biens et des contrats.

Aujourd'hui, le manque d'ancrage coutumier de la communauté universelle conduit à la remettre en cause en tant que régime légal. Ainsi, une proposition de loi vise à lui substituer un régime de communauté réduite aux acquêts, ce qui est d'ailleurs le régime légal dans de nombreux Etats européens.

La communauté de type réduite aux acquêts comme régime légal

La France, la Belgique, le Luxembourg, l'Espagne et de façon assez voisine, l'Italie, ont opté pour le régime légal de la communauté réduite aux acquêts. Il repose sur l'idée d'association entre époux dès le mariage. Bien que l'investissement de chacun des conjoints ne soit pas de même nature ni de même ampleur, une énergie commune a été mise en œuvre et ce sont ses fruits qu'il convient de partager.

La communauté limitée aux acquêts permet à chaque époux de garder la propriété de ce qui lui appartenait avant le mariage et il devient seul propriétaire des biens qu'il acquiert à titre gratuit pendant le mariage. Ainsi ne sont concernés par la communauté que les biens acquis pendant le mariage et à titre onéreux. La loi pose une présomption de communauté, de sorte qu'il n'y a pas d'obligation d'établir d'inventaire des biens et des dettes. Lors de la dissolution du mariage, les opérations de liquidation prévoient le partage par moitié de la masse des biens communs. Les époux peuvent aussi choisir par contrat le régime de la communauté universelle, ou celui de la séparation de biens, assorti le cas échéant d'une créance de participation aux acquêts. Le régime patrimonial

applicable aux autres types d'unions est différent. Dans ces Etats, les partenariats enregistrés sont de nature contractuelle, mais la loi prévoit en général des dispositions minimales.

La France, la Belgique et le Luxembourg ont des législations historiquement extrêmement proches. S'agissant des partenariats enregistrés (pacte civil de solidarité en France, contrat de cohabitation légale en Belgique, partenariat de vie commune au Luxembourg), ce sont les contrats passés entre les partenaires qui définissent les règles de partage des biens. A défaut de preuve d'une propriété propre sur un bien, celui-ci est légalement réputé indivis.

S'agissant des couples hors mariage non enregistrés, c'est-à-dire les concubinages ou unions de pur fait, il n'y a pas de dispositions légales spécifiques et c'est donc le droit commun des contrats, des obligations et des biens qui est applicable.

En Espagne, en mariage, le régime légal est la communauté réduite aux acquêts. S'agissant des couples non mariés, et quelle que soit leur orientation sexuelle, il n'existe pas de législation nationale. Ce sont les Communautés autonomes qui ont légiféré sur les partenariats. Les deux membres du couple organisent le régime de propriété des biens sous réserve de quelques dispositions légales. Ils ont la possibilité de choisir des règles analogues à celles du mariage. Le panel pouvant être utilisé est large et en l'absence de tout contrat, le droit commun des obligations et celui des contrats s'applique.

En Italie, le patrimoine se subdivise en trois masses distinctes : les biens communs (les meubles sont présumés communs, sauf preuve contraire), les biens propres et le patrimoine commun différé pour les fruits des biens propres, à condition qu'ils existent toujours lors de la dissolution.

Les biens acquis pendant le mariage sont communs, sauf les propres par nature (c'est-à-dire acquis avant le mariage, strictement personnels, ou nécessaires à la profession du conjoint...) et certains tombent dans le patrimoine commun différé. Le patrimoine commun différé concerne, notamment, les biens acquis pour le fonctionnement de l'entreprise de l'un des époux si elle a été créée pendant le mariage ou encore les bénéfices d'une entreprise créée avant le mariage, à condition qu'ils existent encore au moment de la dissolution de la communauté. Ainsi, ce patrimoine commun différé n'implique pas une copropriété réelle des biens ou des droits, mais il ouvre un droit de créance au bénéficiaire de l'époux non propriétaire, pour un montant égal à la moitié de la valeur du bien.

Les époux peuvent toutefois, par contrat de mariage, opter pour la séparation de biens. Ils peuvent en outre créer un fonds patrimonial, qu'ils soient soumis à un régime de communauté ou à un régime de séparation de biens. Cela permet à l'un des époux ou aux deux (ou même un tiers) de réserver pour les besoins de la famille des biens meubles ou des immeubles enregistrés ou négociables. Ce fonds est soumis à une gestion particulière et il ne peut pas servir à rembourser des dettes dont le créancier sait qu'elles ont été contractées à d'autres fins que les besoins familiaux.

L'Italie a tenté à plusieurs reprises de légiférer sur les partenariats enregistrés, mais sans succès. Actuellement, un nouveau projet est en cours.

A côté des régimes matrimoniaux de type communautaire, il existe des régimes dont le fondement est de type séparatiste et donc fortement indépendantiste.

Les régimes légaux de type séparatiste avec rééquilibrage au moment du divorce

Les régimes séparatistes prônent le principe de l'autonomie financière des époux pendant le mariage et, dans leur version stricte, ou « pure et simple », au moment du divorce. Un rééquilibrage peut cependant être opéré au moment du divorce, soit en équité par l'intervention du juge, soit via une communauté différée qui se matérialise par une créance de participation. Ces régimes de type « séparatiste » peuvent eux aussi généralement faire l'objet d'adaptations conventionnelles.

Les régimes séparatistes assortis d'une faculté de rééquilibrage par le juge en équité

Deux Pays, le Royaume Uni et l'Autriche, ont opté pour un régime séparatiste avec rééquilibrage en équité en fin de régime. L'équité prend en compte des paramètres tels que les besoins, la situation financière ou encore l'investissement. Pour les couples de pur fait, à défaut de législation spécifique, le droit commun des obligations, des contrats et des biens leur est applicable.

Les époux ont la possibilité de déroger à ce régime, par contrat de mariage, mais en cas de divorce, c'est au juge d'apprécier la validité du partage tel qu'il avait été prévu au contrat.

L'exemple du Royaume Uni

Il n'existe pas au Royaume Uni de régime matrimonial à proprement parler. Depuis 1882, dans un souci de protection de l'épouse et pour la faire échapper à la tutelle que son mari exerçait sur ses biens, il a été décidé que le mariage n'aurait plus d'impact sur la situation patrimoniale des conjoints. L'idée principale de la séparation complète des patrimoines repose sur la volonté de (re)donner à l'épouse une totale autonomie de gestion de ses biens. La propriété des biens acquis par l'un ou l'autre époux, ou les deux ensemble, au cours du mariage, obéit donc aux règles du droit commun.

Cependant, en vertu du *Matrimonial Causes Act de 1973*, le juge dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour corriger les déséquilibres constatés lors du divorce dans l'enrichissement respectif réalisé pendant l'union par chacun des époux. En effet, la propriété reste individualisée, mais le droit repose sur le principe que les époux collaborent durant le mariage et que si l'un d'eux parvient à acquérir des biens, c'est grâce à la participation de l'autre. En vertu d'une présomption selon laquelle les biens ont été acquis par l'un ou par l'autre grâce à leur travail conjoint, il découle une obligation de partager équitablement ce qui a été acquis au cours du mariage. Sur ce point, la notion d'équité est essentielle, dans un sens comme dans l'autre, c'est-à-dire que si un partage équitable suppose qu'il soit opéré par moitié pour les biens acquis au cours du mariage, un correctif est possible lorsque cette répartition s'avère inéquitable (par exemple en cas de mariage de très courte durée, ou d'absence de collaboration de l'époux qui revendique le partage, ...). A l'inverse, quand le partage des biens ne suffit pas à compenser les besoins d'un époux ou quand son investissement dans la carrière de son conjoint a été important par exemple, une rente alimentaire (maintenance) peut être ordonnée. Le juge prend en considération les besoins des époux, la compensation des investissements en temps au cours du mariage et le principe du partage des acquêts. Au moment de la dissolution du mariage, ce partage peut être réalisé en propriété, le juge pouvant ordonner le transfert de propriété de certains biens entre les époux.

Ce mécanisme particulier apparaît comme isolé au regard des droits européens.

Les époux ont la possibilité d'aménager le principe du partage des biens, en établissant un *Prenuptial agreement* (contrat). Ainsi ils peuvent prévoir, par avance, qu'ils ne souhaiteront pas une répartition par moitié des biens acquis pendant le mariage et détaillent alors leurs souhaits. Il existe donc une

forme d'autonomie de la volonté. Cependant, là encore, le juge a un rôle central à jouer. S'il estime que le partage prévu est inéquitable car l'investissement a été équivalent dans les acquisitions et que le partage prévu par conventions favorise trop l'un des époux, il peut refuser de donner effet au contrat. A l'inverse, si le partage prévu est inégal mais correspond aux investissements respectifs des époux dans les acquisitions, il peut alors le valider.

La loi sur les partenariats enregistrés prévoit des effets similaires à ceux des couples mariés.

L'exemple de l'Autriche

Concernant l'Autriche, la différence majeure avec le régime du Royaume Uni, réside dans l'étendue des biens qui pourront faire l'objet d'un partage au moment du divorce. Il s'agit ici de comptabiliser seulement les biens dits d'usage matrimonial, y compris l'épargne matrimoniale : logement familial, meubles meublant, biens acquis pour l'usage quotidien. Cette catégorie est assez restrictive et exclut, par exemple, les biens d'ordre professionnel.

Il existe, pour les couples non mariés, une loi sur le partenariat qui est réservé aux couples homosexuels et dont les effets sont les mêmes que ceux prévus pour les couples mariés.

Un troisième type de régime peut être adopté. Il est toujours fondé sur la séparation de biens et présente des mécanismes correcteurs, mais ils ne sont pas fondés sur l'équité.

Le régime légal de communauté différée avec créance de participation

Pendant le mariage, chaque époux conserve son patrimoine. En fin de régime, on trouve un mécanisme correcteur, appelé dans les pays scandinaves communauté différée et dans d'autres pays comme l'Allemagne ou la Suisse créance de participation.

L'exemple de la Scandinavie (Suède/Danemark)

Il existe un seul régime matrimonial qui est la communauté de biens différée. Malgré l'appellation de « communauté », il s'agit bien d'un régime séparatiste pendant toute la durée du mariage. Par principe, les époux conservent une autonomie de gestion totale sur leurs biens avec des nuances notamment pour le logement familial. Il existe donc un socle minimal protecteur. A la dissolution du mariage, le partage s'opère sur le patrimoine matrimonial. Contrairement à l'Autriche, celui-ci est très large. Il s'identifie à la communauté universelle des Pays-Bas. En effet, il représente la somme de tout ce qui a été acquis et qui existait avant le mariage à l'exception des biens acquis à titre gratuit que le donateur ou le testateur aurait expressément voulu exclure du patrimoine matrimonial du donataire.

Les patrimoines respectifs sont examinés. Celui qui possède le plus faible patrimoine a une créance de participation à concurrence de la moitié de la valeur de la différence entre ces deux patrimoines. La communauté différée opère, par principe, un partage en valeur et non en propriété, comme c'est le cas en droit anglais. Cependant le débiteur, lors des opérations de liquidation, a le choix et peut ainsi opter pour un transfert de propriété.

Les époux n'ont pas le choix d'opter pour un autre régime matrimonial, mais ils peuvent introduire des modifications au sein du régime légal et modifier l'étendue du patrimoine matrimonial jusqu'à le vider de sa substance pour aboutir à une séparation pure et simple. Cependant, comme c'est le cas en Autriche ou au Royaume Uni, le juge peut être saisi par l'un des conjoints pour écarter un contrat jugé inéquitable.

Concernant la Suède uniquement, la loi instaurait un partenariat enregistré qui ne concernait que les couples homosexuels, mais elle a été abrogée en 2009, au moment où ils ont obtenu la possibilité de se marier.

Il existe par ailleurs une législation pour les couples de fait. Elle témoigne d'une exception dans les pays examinés puisqu'une créance de participation est prévue pour le patrimoine de cohabitation. Notons que ce patrimoine est beaucoup plus restreint que celui prévu pour les couples mariés, il ne concerne que les biens du ménage.

Concernant le Danemark, une législation sur les partenariats enregistrés qui ne s'applique qu'aux couples homosexuels a été conservée. Elle leur permet de bénéficier des mêmes règles que celles applicables aux couples mariés, sauf s'ils prévoient des dispositions expresses contraires.

L'exemple de l'Allemagne et de la Suisse

En Allemagne et en Suisse, le régime légal est celui de la séparation des biens avec participation aux acquêts. Pendant la durée du mariage, le régime fonctionne comme une séparation de biens. Les conjoints ont la possibilité d'opter pour un régime différent ou d'aménager le régime légal.

En Allemagne, au moment de la liquidation, on examine l'accroissement de patrimoine des conjoints. Celui disposant du patrimoine le plus faible bénéficie d'une créance de participation à concurrence de la moitié de l'enrichissement. Pour ce faire, on soustrait au patrimoine final le patrimoine initial. Contrairement à la Suède ou au Danemark, on exclut donc les biens acquis avant le mariage. Cependant, si leur valeur augmente durant le mariage, cette plus-value est comprise dans les valeurs à partager. Il existe un partenariat enregistré, prévu par la loi, ouvert aux couples homosexuels, dont les effets sont en grande partie similaires à ceux du mariage.

En Suisse, le système est beaucoup plus complexe. En effet, quatre patrimoines cohabitent : le patrimoine propre de l'un, le patrimoine propre de l'autre, les acquêts de l'un et les acquêts de l'autre. Seuls les acquêts font l'objet d'un partage. Ainsi, le patrimoine propre initial reste séparé et n'entre pas en compte pour le partage. Par conséquent si un patrimoine propre voit sa valeur augmenter durant le mariage, cette augmentation de valeur ne fera pas l'objet du partage.

Il existe également un partenariat enregistré, ouvert aux couples homosexuels, mais il prévoit un régime de séparation pure et simple. Cependant, à leur demande, les couples peuvent opter, de manière contractuelle, pour la participation aux acquêts.

Conclusion

Concernant les régimes légaux, il existe davantage de différences entre couples mariés et couples non mariés que de différences entre les régimes matrimoniaux eux-mêmes.

S'agissant des couples mariés, dans la plupart des régimes, il y a une place pour la liberté des conventions matrimoniales, ce qui aura des incidences sur le partage, mais l'étendue de la volonté individuelle varie selon les Etats. En outre, en cas de convention matrimoniale, le partage demeure soumis au contrôle du juge. Au-delà de ces considérations, l'objectif est assez similaire (à l'exception des Pays-Bas mais cela a été remis en cause) : il s'agit de partager le fruit de l'énergie commune des époux. Ainsi, par principe le partage concerne les biens acquis durant le mariage (à l'exception de la Scandinavie) et à titre onéreux.

Au final, les différences entre les régimes matrimoniaux portent davantage sur les techniques du partage que sur l'objectif : quatre problématiques peuvent être repérées.

- A quel moment les époux acquièrent-ils des droits sur les biens à partager ? Dans un régime de type communautaire, les deux conjoints deviennent instantanément propriétaires de tout bien ou revenu acquis par l'un d'eux tandis que dans un régime de type séparatiste, les droits du conjoint créancier ne naissent qu'au moment du partage, en cas de dissolution du mariage. Si l'on se focalise sur le degré d'autonomie, on pourrait penser que les régimes de participation aux acquêts sont plus favorables puisqu'ils permettent d'acquérir et de gérer les biens en toute autonomie. Mais cela est discutable puisque le régime communautaire permet au conjoint ayant peu de ressources de devenir automatiquement copropriétaire du bien acquis par son époux au cours du mariage et de disposer d'un pouvoir de gestion sur ces biens.
- Quelle forme prend le partage ? Il peut être effectué en nature ou en valeur. Bien souvent, il l'est en valeur.
- Quelle est l'étendue des biens à partager ? Le panel en ce domaine est très large, quel que soit le régime matrimonial choisi.
- Quelle est la place de l'équité dans le partage des biens ? En général, elle est discrète, voire inexistante, excepté en Autriche ou au Royaume Uni.

Concernant les couples non mariés, il peut être observé que les partenariats de type institutionnel présentent des effets identiques au mariage, ce qui n'est pas le cas des partenariats de type contractuel. La loi prévoit généralement dans cette dernière hypothèse un socle de dispositions minimales qui donnent aux couples non mariés un régime patrimonial intermédiaire entre la situation de pur fait et le mariage.

De l'ensemble des considérations développées, il est possible de s'interroger sur la pertinence de la distinction entre couples mariés et couples non mariés. En effet, la principale justification prévalant au partage des biens des couples mariés, qu'elle soit implicite ou explicite, repose sur la volonté de partager les fruits des efforts conjoints. Or les couples non mariés peuvent aussi fournir des efforts conjoints, notamment pour acquérir des biens qui servent au ménage. La justification apportée n'explique donc pas pourquoi on ignore les couples de fait, voire même dans certaines législations les partenaires enregistrés, alors même que leur situation économique est comparable à celles des couples mariés.

LES IMPLICITES DES TECHNIQUES DE REGLEMENT DES COMPTES DANS LES COUPLES SEPARÉS : LES OBLIGATIONS ALIMENTAIRES ENTRE EX-EPOUX

Paula Távora Vítor,
Docteure en droit,
Chargée d'enseignement,
Université de Coimbra (Portugal)

La réforme du droit de la famille adoptée en 2008, au Portugal, témoigne d'une volonté d'adaptation à la société contemporaine. Les efforts en ce sens ne sont pas nouveaux. Depuis le début du XX^{ème} siècle, un mouvement persistant tend à une modification du cadre de la famille et de ses valeurs. Aujourd'hui, le droit de la famille se heurte à l'évolution rapide des réalités. Parfois, il se contente de les reconnaître, mais parfois il les anticipe. La dernière décennie montre que le législateur portugais a porté une attention toute particulière au droit de la famille.

La loi n°61/2008 du 31 octobre 2008, en abandonnant la nécessité de la faute, induit un changement structurel du régime du divorce. Elle abandonne le modèle de type punitif qui demandait une évaluation des comportements des individus et l'établissement d'une faute. Le nouveau système a été conçu pour libéraliser le divorce et permettre une rupture définitive, permettant une indépendance future. Mais l'idéal de « clean-break » s'est heurté à la réalité des relations familiales et aux situations individuelles des conjoints. Il est impossible et même indésirable d'imposer une vision des relations familiales idéalisées. En effet, le divorce est rarement un nouveau départ et on ne peut pas ignorer le passé, notamment en raison de la présence des enfants du couple, et parce qu'il laisse inévitablement des marques sur les vies des personnes concernées. La réforme du « clean-break » a permis de reconnaître les situations de désavantages économiques et les inégalités que le divorce introduit.

Il n'était pas envisageable, pour le législateur, de créer une coupure totale avec la réalité conjugale. D'une part, il est impossible d'ignorer la solidarité familiale qui persiste encore dans la résolution des difficultés économiques et d'autre part, il doit être tenu compte des inégalités issues du projet commun, mis en place pendant le mariage, et qui se manifestent dans la période post-conjugale (ex : charge des enfants). Le droit se doit de réguler les conséquences économiques issues de choix faits, en commun, durant l'union.

Nous avons vu que les différents systèmes juridiques tentent de répondre aux problèmes de désavantages économiques et d'inégalités ayant pour source la dissolution du mariage. Les mécanismes mis en place sont des dispositifs autonomes ou liés à la notion de besoin. Ils interfèrent avec les règles des régimes matrimoniaux, au moment du règlement des comptes et du partage. Le système juridique portugais s'organise désormais autour de deux mécanismes : l'obligation alimentaire post-divorce et le crédit compensatoire. Ils visent le même objectif, combler les désavantages devenus visibles lors du divorce. Une nouvelle logique se dégage de la réforme de 2008.

Deux mécanismes pour combler les désavantages lors du divorce : l'obligation alimentaire et le crédit compensatoire

Les désavantages lors du divorce peuvent être comblés soit par l'obligation alimentaire soit par le crédit compensatoire.

Obligation alimentaire : une nouvelle lecture

Depuis des décennies, il existe au niveau international des controverses sur le fondement de l'obligation alimentaire.

La réforme de 2008 ne renonce pas à cette obligation alimentaire, puisque les besoins n'ont pas disparu avec la réforme, mais elle en apporte une nouvelle lecture et donc la modifie. En fait, ce n'est pas seulement son régime qui a subi des changements importants, qui tient en partie à l'élimination de la faute au divorce, mais la compréhension de l'institut même, de sorte que des normes déjà existantes peuvent faire l'objet de nouvelles lectures. D'une part, nous avons maintenant un régime qui n'a pas abandonné sa fonction alimentaire de réponse aux besoins d'un conjoint plus faible du point de vue économique. D'autre part, ce régime est marqué par des conditions d'accès plus restrictives, liées à une exigence de plus grande autonomie des conjoints. Nous devons comprendre ces changements dans le contexte d'un divorce qui est devenu plus libre où il devient de plus en plus difficile à maintenir, sur la seule base d'un besoin du conjoint, une obligation fondée sur une relation dorénavant terminée.

Au Portugal, il existe un attachement à l'obligation alimentaire. Refuser sa suppression ne signifie pas pour autant qu'il ne faut pas prendre en considération des mécanismes autres que celui fondé sur le besoin, pour régler les conséquences économiques défavorables issues du divorce. Une fonction différente peut être assurée par un autre dispositif. De ce constat est née l'idée du crédit compensatoire.

Crédit compensatoire : un mécanisme nouveau

La raison de la création du crédit compensatoire réside dans la prise de conscience qu'au moment de la dissolution du mariage, certaines disparités deviennent visibles et ne sont pas nécessairement représentatives d'un besoin. La source de cette compensation émerge du comportement du conjoint. Il s'agit de prendre en compte les renoncements faits, par l'un des conjoints durant l'union, et qui sont à l'origine pour celui-ci de dommages matériels importants.

Par conséquent, la nouvelle configuration du régime du divorce aménage deux pôles de réponse à des conditions économiques défavorables. La figure traditionnelle de l'obligation alimentaire demeure mais qui subit une nouvelle lecture. Une nouvelle figure avec des contours incertains est créée : le crédit compensatoire. Ce dernier est analysé par la doctrine et la jurisprudence, mais il n'a pas encore révélé tout son potentiel.

Les deux mécanismes doivent chercher à s'articuler dans un système repensé et doivent être compris comme les deux piliers d'un système unique. Si l'histoire de ces mécanismes et leur configuration sont très différentes, ils recouvrent un terrain partiellement commun : faire face à des situations de désavantage rendues visibles par le divorce. Ce système est apparu dans un contexte libéré de la coloration punitive du divorce. Si un changement de paradigme est observé, il n'implique pas de changement radical. Il convient dès lors de déterminer le but de chaque mécanisme.

Les buts de ces mécanismes

Obligation alimentaire et crédit compensatoire ont des objectifs différents : le premier mécanisme met en avant, principalement, l'assistance et la solidarité tandis que le second insiste sur la nécessité d'une compensation mais qui n'a pas pour source le besoin.

Obligation alimentaire : assistance, solidarité et compensation

L'obligation alimentaire présente inévitablement une fonction d'assistance. Elle se fonde sur une situation de besoin. Ce dernier est déterminé par des paramètres de nature subjective. Cependant, cela ne veut pas dire qu'il n'est pas pertinent d'examiner le rôle d'autres éléments qui sont énumérés par la loi. Il peut être envisagé d'autres objectifs, même s'ils sont de nature secondaire.

Dans cette optique, il est essentiel de faire la distinction entre les besoins qui émergent de la relation conjugale (ou entre ex-conjoints) et les besoins indépendants de celle-ci. Dans les deux cas, il existe une fin de nature purement solidaire, mais dans la prise en compte de la relation conjugale s'ajoute aussi une fonction compensatoire.

L'obligation alimentaire au moment du divorce est limitée par l'affirmation expresse du principe d'autosuffisance. La législation est exigeante en la matière et le droit aux aliments présente une nature exceptionnelle. Les ex-conjoints doivent mobiliser l'ensemble des ressources à leur disposition afin de pourvoir à leurs besoins. Il ne s'agit donc pas d'équilibrer les niveaux de vie rendus différents par la rupture mais seulement de pourvoir aux besoins de l'un des époux. Toutefois si les critères sont remplis, le droit au bénéfice de l'obligation alimentaire est reconnu.

Crédit compensatoire : indemnisation et compensation

La finalité du crédit compensatoire est inévitablement de compenser mais il est difficile de déterminer ce qui a prédominé dans sa mise en place.

A notre avis, l'accent devrait être placé dans les dommages subis et les pertes en résultant. Il s'agirait ainsi d'un but indemnitaire. Toutefois, les désavantages apparus lors du divorce peuvent être de différente nature. Le législateur portugais a opté pour un dispositif ayant comme matrice la responsabilité civile, c'est-à-dire la volonté de remédier aux dommages causés par le mariage, plutôt que de se fonder sur l'enrichissement sans cause. Notons qu'un mécanisme fondé sur l'enrichissement sans cause aurait également été compatible avec le système en place, et aurait conduit à la restitution des avantages reçus par l'autre conjoint.

Nous croyons que le crédit compensatoire présente des similitudes avec la responsabilité objective pour risque. En ce sens, le mariage peut être considéré comme un grand risque économique, notamment pour les femmes, puisque ces dernières sont, bien souvent, celles qui s'investissent le plus dans la vie familiale.

Le crédit compensatoire n'est pas là pour compenser la perte causée par un conjoint qui manque à la réalisation d'une obligation conjugale. Il s'agit pour le conjoint qui a bénéficié de l'organisation particulière de la vie conjugale, de répondre aux pertes subies par l'autre, même s'il n'en a pas obtenu un gain précisément déterminable. Par conséquent, on peut considérer que le crédit compensatoire sert à protéger la confiance, en contrepartie du risque pris.

Après avoir développé les raisons d'être de ces deux mécanismes, il convient d'en évoquer les fondements.

Les fondements de ces mécanismes

A notre avis, la loi portugaise a construit un modèle bimodal, reposant sur deux piliers, pas entièrement scellés. Les objectifs sont différents, il existe une pluralité de références, mais le principe de responsabilité est le fondement commun.

Le crédit compensatoire témoigne d'une responsabilité, contrepoids de la plus grande liberté de quitter la relation conjugale. C'est une réponse aux inégalités issues notamment de la fourniture de soins et la reconnaissance de l'investissement domestique. L'obligation alimentaire permet quant à elle de réguler les effets de la relation conjugale après le divorce et elle découle du statut d'époux. C'est le principe de solidarité post-conjugale. Mais ce principe connaît une érosion progressive avec l'émergence du principe d'autosuffisance.

L'idée de responsabilité permet une plus grande harmonie avec le nouveau régime du divorce. La souplesse permet la coexistence de différentes visions, parfois l'exclusion de l'obligation alimentaire fondée sur le principe d'autonomie et d'autosuffisance, mais parallèlement un soutien plus fort via une finalité compensatoire.

La mise en place d'un but compensatoire secondaire, à côté de la finalité alimentaire, pose des problèmes de coordination entre ces deux mécanismes. Il existe un critère temporel de distinction. L'obligation alimentaire présente l'idée d'une responsabilité prospective, par exemple, lorsque les soins à fournir aux enfants après le divorce sont invoqués. Cette responsabilité prospective n'existe pas pour le crédit compensatoire, qui se fonde uniquement sur la situation passée. Mais il existe aussi une concordance entre l'obligation alimentaire et le crédit compensatoire quand les revendications sont le résultat de la collaboration conjugale passée. L'idée est celle d'une responsabilité issue de l'histoire commune.

Conclusion

Par conséquent, les deux mécanismes poursuivent des buts divers et apportent des réponses différentes. L'obligation alimentaire correspond à l'évaluation d'un besoin projeté dans le futur. Le crédit compensatoire demande une évaluation des dommages causés, dans le passé, mais qui sont autres que ceux issus du besoin.

La réforme de 2008 a incorporé dans des situations économiques défavorables, issues de la dissolution du mariage, une nouvelle structure qui se combine avec un mécanisme préexistant. La nouvelle organisation permet de garder une structure en place tout en actant la création d'une logique encore embryonnaire, permettant des développements vers une plus grande cohérence et une plus grande solidité du système.

LE SYSTEME SOCIO-FISCAL ET LA COMPENSATION DES INEGALITES ECONOMIQUES APRES LA RUPTURE³

Sandrine Dauphin
Département de la recherche,
Caisse nationale des Allocations
familiales

Le divorce peut être source d'iniquité entre les ex-conjoints. La source de l'iniquité résulte en partie des choix professionnels antérieurs à la séparation, associés à une logique de spécialisation des tâches au sein du couple. On peut s'interroger sur les logiques des politiques sociales et familiales nationales du point de vue de leur impact *ex ante* sur cette source d'iniquité potentielle, dans l'hypothèse où le divorce adviendrait.

Le temps consacré par l'épouse/la mère, à élever ses enfants donne-t-il lieu à une compensation par le système de protection sociale ? L'existence de tels dispositifs traduit-elle une volonté de la collectivité de compenser, par des outils relevant de la protection sociale, l'inégalité des époux/parents ? Si tel est le cas, ces dispositifs sont à même de constituer une source complémentaire des compensations relevant des solidarités privées pour corriger l'inégalité de genre née du mariage.

J'examine ici les dispositifs relevant de la politique familiale et visant à prendre en considération le temps consacré aux soins et à l'éducation des enfants. Nous interrogeons ces dispositifs du point de vue des arguments qui justifient une compensation ou une indemnisation, ainsi que les droits sociaux qui sont associés à cette activité. J'aborderai principalement le cas français que j'éclairerai sur certains points en comparaison avec d'autres pays européens. L'analyse, conduite en collaboration avec M. T. Letablier, repose sur l'examen des textes (lois, débats parlementaires, analyses secondaires) et sur l'information fournie par un réseau de référents universitaires spécialistes des questions familiales et de genre dans les cinq pays étudiés, à savoir l'Allemagne, la France, l'Italie, le Royaume-Uni (Ecosse exclue) et la Suède.

Cadre d'analyse : familialisation vs dé-familialisation

La famille n'a pas le même statut au regard des politiques publiques. Le Royaume-Uni et la Suède se distinguent par l'absence de politique familiale *stricto sensu* au profit d'une politique sociale qui cible les individus plutôt que la famille. A l'opposé, la politique familiale est ancienne et assumée en France et en Allemagne, visant à protéger la famille et à influencer sur les comportements démographiques ou d'activité (Hantrais et Letablier, 1996). La famille est aussi un pilier de la société italienne, qui supplée l'Etat pour la protection des individus (Saraceno, 1994).

Le concept de familialisation permet de spécifier les régimes de protection sociale au regard de l'apport des familles à la protection des individus. Ainsi, un système de protection sociale familialisé assigne un maximum d'obligations à la famille tandis qu'un système dé-familialisé suppose l'existence de politiques sociales ou familiales qui réduisent la dépendance des individus vis-à-vis de la famille, et qui encouragent leur autonomie économique (Esping-Andersen 1999 : 45). En France, l'action publique en direction de la famille est en effet caractérisée par une conception holiste :

³ Texte communiqué par l'auteur

l'individu n'existe que comme membre d'une institution, la famille, qui l'encadre ; cette dernière est investie de missions envers la société telle que la reproduction, la socialisation et les soins (Strobel 1997).

Le concept de « dé-familialisation » permet de réhabiliter les relations de genre dans la comparaison des systèmes de protection sociale (McLaughlin and Glendinning, 1994a, 1994b; Lister, 1994 ; Sainsbury, 1996). La dé-familialisation peut prendre diverses formes : des services publics promus par l'Etat ou les collectivités locales (socialisation des activités de soins et d'éducation), des services privés (marchandisation), ou des services fournis par des associations ou des ONG (communautarisation). Ce processus contribue aussi à reconstruire la citoyenneté sociale des femmes sur un statut d'individus économiquement autonomes et non plus en tant qu'épouse ou mère.

Politiques sociales et politiques d'égalité

Un bref détour historique pour comprendre la situation française. La politique familiale en France conserve toutes les caractéristiques d'une politique que l'on peut qualifier de « familialiste », définie comme la préservation d'une certaine primauté accordée en droit social à l'institution familiale (deux parents avec enfants) sur l'individu. Cette structuration familialiste est attestée par le soutien accru accordé aux familles nombreuses, et par les principes qui régissent le droit fiscal dans lequel le quotient familial permet de privilégier une forme de redistribution horizontale des revenus, entre familles avec enfants et ménages sans enfants, plutôt qu'une forme de redistribution selon le revenu des ménages, laquelle consiste à soutenir davantage les ménages qui en ont le plus besoin. Le quotient conjugal poursuit le même objectif en privilégiant fiscalement les couples mariés. Cette structuration va de pair avec la reconnaissance institutionnelle accordée au mouvement familial dès les années 1940, c'est-à-dire aux associations familiales réunies au sein de l'Union nationale des associations familiales (UNAF).

La figure centrale autour de laquelle le système des droits sociaux a été conçu est celle du « travailleur et de sa famille » comme l'indique l'ordonnance de 1945 qui créait la Sécurité sociale. Le mariage y joue un rôle essentiel dans la mesure où l'union légale des conjoints garantit un système de droits et de devoirs entre époux (obligation alimentaire des conjoints l'un envers l'autre et droits sociaux dérivés pour l'épouse au foyer ...).

Lors de sa mise en place, le système avait prévu de rétribuer l'activité au foyer par une allocation (allocation de mère au foyer), ou de compenser le « manque à gagner » (allocation de salaire unique). Plutôt qu'un salaire familial cette allocation instaurée en 1938, reprise dans le Code de la famille en 1946, reste emblématique du double ancrage familialiste et nataliste du système français. Cette allocation visait à encourager la natalité, et aussi à rétribuer l'activité domestique des femmes dès leur mariage. Toutefois, n'ouvrant pas l'accès à des droits sociaux (assurance maladie, retraite ...), elle ne peut être assimilée à un salaire maternel. Mais dès lors qu'un nombre croissant de femmes mariées ont intégré le marché du travail, et du fait qu'elle n'ait pas été revalorisée, cette allocation emblématique du modèle familial traditionnel est devenue progressivement obsolète avant d'être supprimée en 1978. En revanche, le système fiscal qui participe également au maintien de l'ordre social et sexué reste inchangé jusqu'à ce jour. Le quotient familial qui module les impôts en fonction du nombre d'enfants à charge, et le quotient conjugal qui tient compte du fait d'être marié ou en union civile restent au cœur de ce système fortement familialisé.

Jacques Commaille a bien mis en lumière les injonctions contradictoires des politiques publiques à l'égard des femmes (2001). Celles-ci émergent dans les années 1980 et 1990 et naissent de la concurrence entre plusieurs référentiels politiques : un référentiel associé à l'idée d'*émancipation des femmes*, un référentiel marqué par l'idée d'*institution* qui inspire le familialisme, et un troisième qui exprime l'idée d'une nécessaire *protection* des femmes par les politiques. Chacun de ces référentiels est porté par un courant de pensée et un mouvement. Le référentiel d'émancipation, associé aux revendications d'égalité entre les femmes et les hommes, prône des mesures politiques qui permettraient de libérer les femmes des contraintes de la vie privée et en particulier des obligations familiales, du système de parenté et des rôles prescrits. Il est souvent associé à l'idée d'individualisme et à l'avènement d'une famille « relationnelle », « démocratique » dans laquelle prime la notion « d'autonomie » de chacun des membres qui sont « libres ensemble » (De Singly, 1996 ; 2000). Ce référentiel peine à s'affirmer car il entre en tension avec le second référentiel associé à la notion d'institution, porté par le courant familialiste qui fait de la famille le socle de la société et inspiré par l'idée que l'individu se fonde dans l'institution familiale considérée comme unité sociale fondamentale, conformément à une conception traditionnelle de la famille restée bien ancrée. Le troisième référentiel identifié par J. Commaille, en tension avec les deux autres, est centré sur l'idée de protection. Les politiques qui s'en inspirent visent avant tout à corriger les inégalités entre femmes et hommes, partant du constat que les femmes sont plus que les hommes, exposées aux conséquences des risques familiaux, et à la précarité qui en découle.

Par ailleurs, la politique d'égalité entre femmes et hommes mise en place depuis le milieu des années 1970, s'est focalisée en priorité sur l'égalité professionnelle, laissant à la politique familiale le soin de mettre en place des prestations et des services d'accueil des enfants (Dauphin, 2015).

Compensations par le congé parental

Dans la mesure où il est susceptible d'influencer les comportements individuels, le système des congés parentaux s'inscrit dans les processus de choix professionnels faits par les conjoints. A la différence du congé de maternité qui a un caractère obligatoire, le congé parental est optionnel (en France, seulement la moitié des femmes ayant droit à un congé parental y recourt).

Le congé parental est régulé par une directive communautaire, laquelle a fait l'objet d'une révision en 2010. La directive communautaire 96/34 du 3 juin 1996 sur le congé parental, a été révisée en 2010 (Dir. 2010/18/UE) suite à l'accord-cadre européen du 18 juin 2009. La nouvelle directive fixe le principe d'un droit individuel des travailleurs à bénéficier d'un congé parental pour pouvoir s'occuper de leur enfant, biologique ou adoptif, jusqu'à un âge déterminé pouvant aller jusqu'à huit ans. La durée minimale du congé est prolongée, passant de trois à quatre mois, avec un mois non transférable à l'autre parent, de manière à inciter les pères à prendre une partie du congé.

Des objectifs différents

La mise en place du congé parental remonte à 1985 en France, 1986 en Allemagne, à 2000 au Royaume-Uni, contraint de transcrire la directive européenne de 1996 (Dir.96/34/CE), et à 2000 en Italie, avec la loi 53/2000 qui réorganise les droits aux congés alloués aux parents.

Alors qu'en Suède, l'objectif du congé parental était de stimuler la participation des mères au marché du travail, en lien direct avec une politique d'égalité entre femmes et hommes, les objectifs étaient plus diffus et controversés en France. Si l'objectif affiché par l'inclusion du congé parental dans le

droit du travail était d'accompagner le mouvement de participation des mères au marché du travail et ainsi d'octroyer des droits nouveaux aux mères en emploi, les objectifs assignés à l'Allocation parentale d'éducation (APE) étaient quant à eux entachés d'un certain flou. Il s'agissait pour ses promoteurs de permettre aux mères qui le souhaitaient de poursuivre leur activité professionnelle, ou de l'interrompre pour élever leurs jeunes enfants, sous certaines conditions d'expérience professionnelle et de nombre d'enfants. Cette politique de « libre choix » visait en fait à contenir l'effet supposé du travail des mères sur le niveau de la fécondité d'une part, et à maintenir les mères dans leur rôle éducatif d'autre part, au moins jusqu'à l'entrée de l'enfant à l'école maternelle. En Allemagne, le congé parental visait plutôt à rémunérer sous une forme forfaitaire le travail parental des mères, par une allocation s'apparentant à un « salaire maternel » car aucune condition d'activité professionnelle antérieure n'était requise pour avoir droit à cette allocation qui restait liée au fait d'avoir un enfant en bas âge. Le Royaume-Uni se distingue des autres pays par une application stricte de la directive. Le congé parental n'y est pas rémunéré, et par conséquent ne compense pas financièrement l'interruption ou la réduction d'activité professionnelle des parents qui y ont recours.

Pour autant, la configuration de l'APE au moment de sa création (loi du 4 janvier 1985) ne permet pas de l'assimiler à un salaire maternel car les conditions d'accès à cette prestation sont strictement définies : la prestation n'est accessible qu'à partir du troisième enfant d'une part, et elle est subordonnée à des conditions d'activité professionnelle antérieure d'autre part. Mais comme le rappelle justement Hélène Périvier, l'allocation de congé parental est un droit familial (Périvier, 2013) et non pas un salaire de remplacement, relevant comme en suède d'une assurance parentalité.

La Prestation d'accueil du jeune enfant (Paje), en remplaçant l'APE, a introduit une symétrie entre les deux compléments, libre choix d'activité et libre choix du mode de garde. Les préoccupations natalistes très prégnantes lors de l'introduction de l'APE et lors de ses réformes dans les années 1990, ont été progressivement reléguées au second plan. L'activité professionnelle des femmes n'est plus vue comme antagonique avec la natalité. Il est désormais admis par les experts, comme par la plupart des acteurs sociaux, que c'est par un soutien des politiques aux parents qui travaillent que la natalité peut se maintenir (Letablier et Salles, 2013). Parallèlement à ce resserrement des conditions d'activité antérieure, les incitations au congé à temps partiel ont été accrues, ceci pour maintenir le lien avec l'emploi et éviter les retraits d'activité. Près de dix ans plus tard, les travaux statistiques montrent que le Congé de libre choix d'activité (CLCA) à taux partiel favorise le maintien des parents de jeunes enfants sur le marché du travail. Toutefois, il semble qu'après la fin de la perception de cette prestation, les mères demeurent plutôt à temps partiel (Boyer, Nicolas, 2012).

Ce n'est pas le retrait du marché du travail qui est « compensé » par la prestation mais plutôt le fait de ne pas se retirer. Partant du constat que 98% des allocataires sont les mères, l'objectif de la dernière réforme introduisant la Prepa (prestation partagée d'accueil de l'enfant) est d'inciter les pères à y recourir. Il est ainsi prévu que d'ici 2017, 25% des pères devront prendre une part du congé parental. La réforme prévoit une période de partage de six mois réservée à chaque parent : pour les parents d'un premier enfant, la période actuelle de six mois est complétée par une période supplémentaire de six mois accordée au 2^e parent. Pour les parents de deux enfants et plus, la durée actuelle de trois ans est maintenue dans les mêmes conditions qu'antérieurement, mais six mois sont réservés au parent qui n'a pas pris le congé.

Une diversité de fonctionnement

C'est en Allemagne et en France que la durée du congé est la plus longue : 148 semaines en Allemagne et 146 en France, et au Royaume-Uni qu'elle est la plus courte, 13 semaines, c'est-à-dire la durée minimum prévue par la directive européenne. La durée longue en Allemagne et en France témoigne à la fois de l'importance accordée aux parents (mères) dans les soins et l'éducation des jeunes enfants, et de la part prise par l'Etat dans cette responsabilité. La durée du congé de 480 jours en Suède regroupe congé de maternité et congé parental, incluant 60 jours réservés au père et non transférables. En Italie, la durée du congé est de onze mois dont un mois réservé au père.

Autant que le montant, les formes de compensation varient d'un pays à l'autre. Elles peuvent prendre la forme d'un salaire de remplacement comme en Suède, en Allemagne ou en Italie, ou d'une allocation forfaitaire comme en France. Le taux de remplacement du salaire varie de 80% du salaire antérieur en Suède à 67% en Allemagne et 30% en Italie. En France, la politique familiale verse une allocation forfaitaire aux parents qui interrompent leur activité, laquelle varie en fonction du rang de l'enfant. La France est le seul parmi les pays étudiés où l'allocation dépend du rang de l'enfant.

Des compensations qui tendent à se dé-familialiser

La rémunération reste ainsi consubstantielle à la famille plutôt qu'au travail. Dans la plupart des pays, la compensation est dorénavant davantage fondée sur l'objectif de sécuriser les trajectoires professionnelles ou de compenser les interruptions de carrière. A l'inverse, cette forme de compensation ne tente plus de consolider le modèle de la femme au foyer en lui offrant une rémunération de son travail domestique. On peut avancer l'hypothèse que cette évolution est parallèle au recul relatif du modèle de la prestation compensatoire comme revenu de substitution versé à la femme qui s'est consacrée aux activités domestiques, au profit d'une compensation de sa perte corrélative de capacité de gains.

Compensations dans les régimes de retraite obligatoires

Les carrières professionnelles discontinues, ainsi que les durées du travail plus courtes des femmes en comparaison de la durée des hommes expliquent les écarts de pensions de retraites entre les femmes et les hommes. Des dispositifs de compensation ont été mis en place pour pallier l'insuffisance des droits des mères. Ces dispositifs non contributifs, indépendants des cotisations versées dans les systèmes contributifs, sont liés à la présence d'enfants.

Des objectifs proches, des modalités différentes

Plusieurs objectifs sont assignés aux dispositifs compensatoires : relever le niveau de pensions des femmes dont les carrières professionnelles sont plus courtes et plus segmentées que celles des hommes, compenser le temps consacré aux enfants, faciliter un départ à la retraite anticipé pour les mères de famille, ou compenser un déficit d'épargne des familles avec enfants. Ces dispositifs ont évolué au fil du temps avec les réformes des systèmes de retraite et avec les injonctions communautaires à promouvoir le principe d'égalité entre les sexes dans les politiques publiques.

Les compensations répondent à différentes logiques selon qu'elles prennent en compte le fait d'avoir donné naissance à des enfants (la maternité), d'avoir interrompu son activité professionnelle pour élever des enfants (le travail parental), ou bien d'avoir encore des enfants à charge au moment du départ à la retraite. Elles prennent aussi différentes formes : majorations de durées d'assurance,

bonifications et majorations du montant de la pension, validation des cotisations sociales au titre des périodes de non emploi, possibilité de départ avant l'âge légal d'ouverture des droits à la retraite. Selon la logique mise en avant, ces compensations sont accessibles exclusivement aux mères ou aux mères et aux pères. Enfin, les compensations n'ont pas seulement un lien direct explicite avec les enfants ; elles peuvent être aussi liées au statut conjugal (droits dérivés et pension de réversion).

En France la compensation des inégalités économiques au moment de la retraite est fondée sur les droits dérivés et ne s'applique qu'aux couples mariés. Le système compensatoire fondé sur la réversion est critiqué pour son absence de neutralité au regard des choix de vie en couple. C'est un système qui n'assure pas l'égalité de traitement entre célibataires et mariés ; C'est un système coûteux pour les caisses de retraite puisque les droits dérivés représentent en 2003 environ 14% de la masse des pensions versées. L'avantage procuré par cette mesure est d'autant plus grand que le nombre d'enfants est élevé, ce qui interroge le bien-fondé de la mesure.

En Allemagne le partage des droits à la retraite est conçu comme une modalité de répartition des droits à pension entre les deux membres d'un couple et peut se concevoir comme un dispositif compensatoire alternatif à la réversion. L'introduction du partage des droits entre conjoints (« *splitting* ») en Allemagne dans le système fiscal et dans le système de retraite, pour compenser les inégalités économiques résultant de l'investissement parental et domestique des femmes n'a pas encore eu les effets escomptés. L'introduction du « *splitting* » en Allemagne en 2001 est apparue comme une mesure originale et innovante au regard du système plus ancien de la réversion. Ce nouveau dispositif propose le choix entre un système de réversion et un partage égal des droits à la retraite acquis par les deux membres du couple au cours du mariage (*Retensplitting*). Lorsqu'un couple opte pour la solution du partage, les droits à pension acquis pendant la durée du mariage sont partagés au moment où le plus jeune des conjoints prend sa retraite ou atteint l'âge de soixante-cinq ans. Chacun reçoit alors une pension correspondant à ses droits acquis hors mariage et à la moitié des droits communs acquis pendant le mariage. Ces droits peuvent être partagés indépendamment de toute condition d'âge en cas de décès prématuré, mais à condition que le survivant totalise vingt-cinq années d'assurance. Les droits issus du partage sont des droits propres. A la différence de la réversion, ils ne dépendent d'aucune condition de ressource, et restent acquis si le titulaire se remarie. Les couples en union libre peuvent également opter pour ce système de partage des droits à pension. Ce dispositif de partage des droits vise à rendre visible et à faire reconnaître, au moins au moment de la retraite, le travail domestique effectué par la femme pendant la durée de la vie commune, en adéquation avec la conception partenariale du mariage largement admise dans la société allemande. Un autre argument en faveur de ce système est lié au maintien de la retraite en cas de remariage, alors que la réversion cesse ou diminue dans cette situation. Cet aspect peut satisfaire les tenants d'une conception individualisée des droits sociaux, en raison de la redistribution de la pension opérée au sein du couple. Pour autant, cette option reste peu diffusée, pour au moins deux raisons, la complexité de la procédure d'une part, et d'autre part, les désavantages induits pour deux types de cas : les femmes au foyer dont le mariage a été de courte durée et qui avaient acquis peu de droits propres, les hommes percevant des pensions d'un montant élevé avec une conjointe sans droits ou avec peu de droits propres (COR, 2007).

Focus sur le cas de l'assurance vieillesse des parents au foyer

En France, la création de l'assurance vieillesse des parents au foyer (AVFP) en 1972 visait à limiter les effets des réductions ou arrêts d'activité professionnelle liés à la charge d'enfants sur les retraites

des parents ayant de faibles revenus. Le dispositif permet au parent allocataire de certaines prestations familiales, qui a interrompu ou réduit son activité professionnelle pour s'occuper de ses enfants, d'être couvert par l'assurance-vieillesse pendant cette période. L'objectif a évolué, consistant aujourd'hui à limiter les effets des interruptions d'activité professionnelle sur les retraites des parents. Aujourd'hui l'accès à l'AVPF est ouvert aux pères ou aux mères, en couple ou « isolés », allocataires de prestations familiales, ayant des ressources par foyer faibles, sans activité professionnelle ou avec une activité qui procure un revenu limité. Au total, sachant que le système de retraite repose sur l'activité professionnelle, on peut en inférer que l'AVPF permet une mise en équivalence entre travail professionnel et travail domestique et familial. Ce dispositif constitue de fait une reconnaissance de la contribution des mères, puis du parent qui interrompt son activité, à la collectivité. Il s'apparente à une rémunération de l'activité au foyer, comportant une allocation et des droits sociaux équivalents à ceux que procurerait un salaire.

Entre 25% et 35% des femmes âgées de 25 à 35 ans cotisant au régime général en 2006 ont un report AVPF, ce qui signifie que la couverture est relativement importante.

La dimension sexuée des compensations dans les régimes de retraite

La comparaison montre que ces dispositifs ne sont pas neutres au regard du genre. Premièrement, les compensations réduisent les inégalités économiques entre époux dans la mesure où les effets des interruptions ou des réductions d'activité professionnelle sont compensés d'une manière ou d'une autre selon les divers types de mécanismes décrits plus haut (Bonnet et al. 2004) Mais d'un autre côté, les compensations peuvent accroître le risque d'iniquité entre conjoints lors d'un divorce dans la mesure où l'existence même de ces compensations peut inciter l'un des conjoints, en général la femme, à interrompre ou réduire son activité professionnelle, avec des conséquences négatives en termes de difficultés à réintégrer le marché du travail après interruption ou après un divorce. Deuxièmement, L'ouverture de la plupart des dispositifs compensatoires aux deux parents, parfois à la suite de plaintes en discrimination devant les Cour de justice, et la possibilité pour les parents de choisir qui en bénéficie, sont de nature à rendre ces dispositifs plus égalitaires, et en particulier au moment du divorce. Toutefois, si la compensation n'a pas de lien explicite avec l'interruption, mais avec le fait d'avoir eu des enfants par exemple, et si elle bénéficie aux deux parents, le résultat en termes d'équité peut être limité. En revanche, si le dispositif de compensation est strictement lié à l'interruption, il peut avoir des effets inégalitaires dans la mesure où il peut inciter à interrompre ou réduire sa carrière professionnelle et ainsi réduire son employabilité, y compris suite à un éventuel divorce.

En France, alors qu'une femme sur deux interrompt ou réduit sa carrière après une naissance, les dispositifs de compensation réduisent de neuf points les écarts de pension entre femmes et hommes (COR, 2014). L'ouverture de certains dispositifs aux hommes, au nom du principe de non-discrimination, risque toutefois d'en limiter la portée en termes de capacité à réduire les inégalités économiques, notamment au moment de la retraite.

Conclusion

La comparaison entre les cinq pays européens révèle de grandes différences au regard des dispositifs de compensation des inégalités entre femmes et hommes liées à l'investissement parental et familial. Elle montre que les dispositifs actuels sont le résultat d'une longue généalogie de réformes, et d'arbitrages entre des valeurs et des principes d'action qui dessinent les référentiels des politiques

publiques. Le modèle de famille qui a servi de référence lors de la mise en place des systèmes de protection sociale a évolué. Le mariage n'est plus le mode exclusif de vie familiale, le divorce a considérablement augmenté, et le nombre de familles nombreuses a sensiblement diminué. En outre, un nombre croissant de femmes acquièrent des droits propres par leur activité professionnelle. Pour autant, la logique « familialiste » des systèmes de protection sociale hors pays nordiques perdure au-delà des évolutions constatées, ce qui entrave l'avènement d'un modèle de protection plus égalitaire.

En effet, le modèle familial de « monsieur Gagnepain » et de sa femme au foyer qui a servi de référence à la construction du système de retraites est devenu plus ou moins obsolète dans la plupart des pays étudiés ici, bien qu'à des degrés divers. De fait, les femmes sont de moins en moins dépendantes de leur conjoint pour l'acquisition de droits sociaux qu'elles obtiennent par leur travail. Leur statut social « d'ayant droit » tend ainsi à s'estomper. Toutefois, si ce modèle a évolué pour intégrer des dispositifs prenant en compte la spécificité de la carrière professionnelle des femmes, le référentiel perdure au-delà des dispositifs correctifs des inégalités entre femmes et hommes.

ELEMENTS POUR UNE ECONOMIE DE LA RUPTURE

CE QUE REGLER LES COMPTES VEUT DIRE : LE POINT DE VUE DES CONJOINTS SEPARES⁴

Caroline Henchoz,
Maître d'enseignement et de
recherche en Sciences sociales,
Université de Fribourg
Suisse

Après avoir abordé les questions « pourquoi et comment régler les comptes ? », intéressons-nous à ce que régler les comptes veut dire du point de vue des conjoints. Lors d'une séparation, solidarité, autonomie, (in)égalité et justice sont des notions invoquées autant dans la sphère juridique que privée. Ont-elles pour autant les mêmes significations et les mêmes applications ?

Cette contribution propose quelques éléments pour une praxéologie de l'économie de la rupture. L'économie est comprise ici comme la circulation et l'échange de biens matériels (argent, mobilier, immobilier) et immatériels (par exemple les soins accordés aux enfants, les sentiments ou le travail domestique). La praxéologie peut se définir, au sens de Bourdieu ([1972], 2000), comme la science ou la théorie des « logiques pratiques » de l'action. Dans notre cas, il s'agit de mettre à jour les principes de fonctionnement de l'économie domestique et les règles sous-jacentes aux pratiques économiques mises en place lors d'une séparation ou d'un divorce. Nous essayerons tout particulièrement de comprendre pourquoi, malgré un encadrement juridique qui préserve et garantit un certain nombre de droits, il arrive que des conjoints renoncent à y recourir. Autrement dit, pourquoi certains d'entre eux font parfois des choix qui péjorent leur niveau de vie et qui, en ce sens, paraissent irrationnels du point de vue juridique ou économique ?

La thèse de cette contribution est la suivante : lors d'une rupture, en plus des logiques juridiques et économiques qui structurent le règlement des comptes entre les conjoints, il existe aussi des logiques rattachées à la gestion du lien humain, notamment du lien conjugal et/ou parental. Celles-ci sont centrales à appréhender car elles ont des conséquences économiques non négligeables. En outre, elles peuvent interférer sur les logiques juridiques et économiques. Pour les saisir, il est nécessaire d'en retracer la généalogie. En effet, on peut considérer la séparation comme une étape d'un parcours de vie individuel et collectif. C'est pourquoi cette contribution comporte trois volets. Le premier présente les principes de fonctionnement de l'économie matrimoniale. Il nous permettra de mieux comprendre le deuxième volet de cette présentation, soit les principes mobilisés durant la rupture pour établir de nouveaux arrangements économiques. Enfin, le troisième volet porte sur l'économie de la post-séparation. Il s'agit de montrer que contrairement au principe de « clean break » soutenu par le droit, il y a rarement des règlements de comptes définitifs.

Pour développer cette thèse, je m'appuierai notamment sur les recherches et échanges interdisciplinaires développés dans le cadre du programme ATIP Jeunes Chercheurs auquel j'ai participé entre 2005 et 2008. Ce programme, financé par le CNRS et dirigé par Agnès Martial, portait sur « le partage au sein des couples : normes juridiques et usages sociaux de l'argent et des biens

⁴ Texte communiqué par l'auteur

(France, Belgique, Québec, Suisse) ». Pour ma part, j'ai plus particulièrement développé le volet suisse, c'est pourquoi, si je reprends les contributions inhérentes à plusieurs contextes nationaux afin de dresser des constats qui puissent avoir un certain degré de généralité, quelques exemples portent plus particulièrement sur la situation helvétique.

L'économie matrimoniale⁵

Il ne s'agit pas ici de faire un inventaire exhaustif des principes informels de fonctionnement de l'économie matrimoniale mais de pointer ceux qui auront des conséquences sur la manière dont les couples font les comptes lors de la séparation. Je propose d'en distinguer quatre : le désintéret pour les questions financières, la confiance, l'égalité et la répartition genrée des responsabilités.

Le principe⁶ du désintéressement et les représentations de l'amour contemporain

Le désintéret affiché pour les questions économiques est particulièrement perceptible lorsqu'on mène des entretiens avec des personnes en couple. Il n'est pas rare, et ce quel que soit le pays étudié, que ces dernières affirment ignorer sous quel régime matrimonial elles sont mariées, et si elles le savent, ce que cela implique, ou encore comment leur conjoint gère l'argent du ménage. Comment expliquer cette « naïveté », voire cette « inconscience », dans un contexte où presque la moitié des mariages se terminent en divorces ?

Une première explication réside peut-être dans nos représentations de l'amour contemporain. Ces représentations sont largement partagées dans le monde occidental notamment grâce à différents médias qui contribuent à leur popularité (films, romans, industrie du mariage ou de la St-Valentin par exemple). Parmi elles, l'amour, en tant qu'émotion jamais compromise par des intérêts égoïstes ou financiers occupe une place centrale (Evans, 2002). Le don, le désintéret, la réciprocité et l'équilibre des échanges sont ainsi considérés comme des éléments essentiels de la relation amoureuse contemporaine.

Ces représentations influencent les pratiques, et notamment les pratiques économiques, car elles fonctionnent comme une boîte à outil, c'est-à-dire comme un ensemble limité de ressources permettant « d'évaluer la réalité, de réguler les conduites et de créer des liens sociaux » (Swidler, 1986 : 284, ma traduction). Ainsi, le peu de discussions et de négociations conjugales autour des prises de décisions financières rapporté peut s'expliquer par le fait que les conjoints interrogés se considèrent comme « aimants ». Par conséquent et sans information contradictoire, ils présupposent qu'au sein de leur couple chacun prend déjà en compte les intérêts et les besoins de l'autre sans qu'il soit nécessaire de les lui rappeler. Dans un tel contexte, revendiquer ses intérêts personnels reviendrait à convenir que la relation ne suit pas un des principes centraux de l'amour romantique contemporain. Ce serait douter des sentiments de l'autre, car selon nos représentations de l'amour, si l'autre m'aime, il est censé tenir compte de mes intérêts. Autrement dit, la manière dont on définit la nature du lien qui nous unit va influencer la manière dont on aborde les questions économiques

⁵ Les différents points abordés dans cette partie sont repris d'anciennes publications. Pour des références plus détaillées, voir notamment (Henchoz, 2008, 2011, 2014).

⁶ Dans la suite du texte, le terme de « logiques pratiques » sera utilisé pour rendre compte des règles ou des récurrences que l'on peut voir émerger des pratiques des acteurs du divorce, que ceux-ci soient les conjoints, les représentants de la loi ou les institutions. Le terme de « principe » sera quant à lui réservé au fonctionnement des ensembles plus vastes que sont les économies domestiques. Pour reprendre Boltanski et Thévenot (1991), il s'agit de principes supérieurs généraux communs, susceptibles en ce sens de regrouper un certain nombre de « logiques pratiques ».

(Zelizer, 2005). On comprend dès lors mieux pourquoi c'est seulement lorsque le lien conjugal change de nature, et qu'il n'est plus défini comme de l'amour, que les intérêts personnels s'expriment plus explicitement.

Le principe de confiance

Le principe du désintéressement est intrinsèquement lié à un second principe, celui de la confiance. Ainsi ne pas attacher d'importance au contrat marital par exemple, c'est mettre de côté ses intérêts personnels mais c'est aussi exprimer sa confiance dans la relation et dans l'autre. Pour Giddens (Giddens, 2004 [1992] : 173), « faire confiance à quelqu'un signifie qu'on renonce d'emblée à tenir cette personne sous une étroite surveillance ou bien à la forcer à conformer ses activités à un moule bien particulier ». Dans les entretiens, la confiance s'exprime par exemple dans le fait d'ignorer la propriété des comptes en banque, de ne pas vérifier si l'autre fait les paiements ou encore comment il dépense l'argent mis en commun. Là encore, comment expliquer ce sentiment de confiance largement exprimé par les personnes rencontrées dans le cadre de nos recherches ?

Pour McDonald (1981), la confiance est une composante intrinsèque du contrat matrimonial. En offrant des garanties en cas de séparation (protection légale des enfants, versement de prestations compensatoires ou de pensions alimentaires selon les pays, etc.), le cadre juridique encourage le placement de la confiance dans le mariage. On pourrait rétorquer que cela n'est pas sans risque, car les conjoints n'ont pas une connaissance exhaustive de la loi. Leurs connaissances se construisent par frottement, par usage (selon ce qu'on entend, observe, expérimente). Or certains signaux envoyés par les institutions étatiques (fiscalité, prestations sociales) sont trompeurs ou incohérents. Par exemple dans certaines situations, les concubins sont traités comme des époux, ce qui peut leur donner à penser qu'ils bénéficient des mêmes droits et protections, ce qui n'est pas nécessairement le cas (Belleau, 2012; Centre social protestant, 2005).

La confiance n'a pas pour autant besoin de contrats matrimoniaux, car elle est également inhérente à nos représentations de l'amour. Cette forme de confiance naît de l'évaluation des sentiments d'autrui. C'est parce que l'on présume que notre partenaire éprouve de l'amour que l'on ressentira de la confiance, car, nous l'avons vu, on suppose que cela le conduira à prendre en considération nos intérêts. Et il semble en effet que les conjoints qui se projettent dans une relation à long terme vont être motivés à établir des échanges justes et réciproques de manière à assurer la poursuite de la relation (McDonald, 1981). Autrement dit, la confiance est un « enchâssement d'intérêts [...] : je fais confiance à quelqu'un si j'ai des raisons de croire qu'il sera dans son intérêt de prendre en compte mes intérêts » (Hardin, 2002)⁷. La confiance est un processus vertueux qui se nourrit de lui-même. Si les actions de mon partenaire correspondent aux conventions amoureuses, la confiance que j'éprouve s'en trouvera confirmée. Je répondrai ainsi moi-même au principe de confiance propre à la relation amoureuse confortant par voie de conséquence mon conjoint dans son attitude.

Les époux n'ignorent pas le risque d'un éventuel divorce mais ils se fondent sur l'expérience de leurs échanges pour miser sur « la capacité du lien mutuel à résister aux futurs drames éventuels » et parier sur « l'aptitude » de leur partenaire à « agir avec intégrité » en cas de séparation (Giddens, 2004 [1992] : 171). En ce sens, sans une « bonne raison » qui le justifierait⁸, l'idée de contractualiser

⁷ Traduction tirée de Guiéry (2016 : 41).

⁸ En Suisse, la principale raison justifiant le régime de séparation des biens est le statut de travailleur indépendant et la volonté de préserver l'autre en cas de faillite (Zirilli, 2006).

davantage la relation paraît inutile, voire dangereuse, car cela remettrait en question le principe de confiance. Ce faisant, les conjoints ne tiennent pas compte du fait qu'une partie de la confiance qu'ils éprouvent est inhérente au type de lien qui les unit, à savoir le lien amoureux. Or si ce dernier change de nature, la logique de confiance, comme celle du désintéressement, risque de disparaître engendrant ainsi une nouvelle dynamique dans leurs transactions.

Le principe d'égalité

Pour les couples, du moins pour les plus jeunes d'entre eux, l'égalité est un principe revendiqué. Cependant son application peut varier. Sur le plan financier, cette égalité se concrétise surtout dans les premiers temps de la vie commune par le partage des dépenses collectives. Celui-ci s'effectue souvent par moitié ou au prorata du revenu de chacun. Notons que cette répartition est fréquemment adoptée lorsque l'homme a des revenus plus élevés que ceux de son épouse (Steil & Weltman, 1991). Or elle avantage celui qui a le revenu le plus élevé car, quel que soit le mode de répartition choisi, il lui restera un solde plus élevé pour les dépenses qui sont considérées comme personnelles (financement des loisirs, de l'épargne, de certaines assurances). A contrario, si le rapport financier est inversé et que la femme gagne plus, l'égalité s'applique généralement à l'argent restant à la disposition de chacun. Autrement dit, les couples s'arrangent pour bénéficier de la même somme d'argent pour les dépenses considérées comme personnelles. Enfin, l'application du principe d'égalité peut aussi évoluer à l'arrivée d'un enfant, notamment lorsqu'un des conjoints (généralement la femme) diminue son taux d'activité. L'égalité ne s'applique alors plus seulement aux apports financiers mais aussi au temps investi pour l'enfant. Les couples valorisent alors un équilibre dans l'implication familiale, que cette implication se mesure à des apports financiers ou non financiers. L'égalité est ainsi un principe qui s'adapte constamment, notamment à la répartition genrée des responsabilités au sein de la sphère familiale.

Le principe de répartition genrée des responsabilités économiques

Lorsqu'on étudie l'évolution des arrangements financiers des couples, on observe souvent la mise en place progressive d'une certaine « cartellisation » des domaines de compétence économique (Henchoz, 2008). On passe de la gestion indépendante des premiers temps de la relation où chacun est responsable de ses finances à une répartition des domaines financiers selon les rôles de genre et les compétences attribuées aux hommes et aux femmes. Cette répartition se cristallise surtout à l'arrivée des enfants (Ponthieux, 2012). Par exemple, les hommes s'occupent des factures tandis que les femmes gèrent les dépenses courantes. Ce principe de répartition des responsabilités économiques a un certain nombre de conséquences, notamment lors de la séparation, car la spécialisation implique que les conjoints disposent d'une information relativement partielle sur la situation économique du ménage.

L'économie de la séparation

Le divorce implique la déstructuration de l'économie matrimoniale et la construction d'une nouvelle forme d'économie que j'ai appelé l'économie de la séparation. Cette transition implique en effet différents changements dans les principes réglant l'organisation des échanges économiques qui vont désormais lier les ex-conjoints.

Passer du principe du désintérêt à celui du « déballage » et du calcul

Au moment de la séparation, les principes du désintérêt, du don informel et quotidien et de la confiance qui régissaient l'économie matrimoniale sont progressivement remplacés par une

dynamique du « déballage » où il s'agit de mettre à plat les informations, d'explicitier et de spécifier les enjeux et les attentes ainsi que de calculer précisément les apports de chacun.

En effet, avant de régler les comptes, la première étape de l'économie de la séparation consiste déjà à faire les comptes. Cela implique plusieurs choses. Premièrement, il s'agit d'avoir accès à l'ensemble des informations. Cependant comme nous venons de le voir, les conjoints n'ont pas forcément une bonne connaissance des lois ni même une vision globale et complète de leur propre organisation financière. Par exemple, ils n'ont pas forcément conservé les preuves de leurs apports économiques respectifs ou n'ont pas connaissance des actes bancaires de leur partenaire. Deuxièmement, faire les comptes, c'est également communiquer. Or le manque de communication et les questions économiques sont semble-t-il des causes majeures de séparation (Kellerhals & Widmer, 2005; Lambert, 2009). On peut aisément imaginer que le dialogue au moment de la rupture est d'autant plus compromis qu'il s'agit d'aborder des points qui, nous l'avons vu, n'ont été que peu discutés quand tout allait bien. Troisièmement, faire les comptes implique d'intégrer dans les calculs des apports non économiques (qui sont surtout fournis par les femmes), comme les soins aux enfants ou la prise en charge du travail ménager. S'ils sont parfois incorporés dans la balance pour juger de l'égalité des contributions, leur fixer une valeur monétaire reste difficile car cela a rarement été fait jusque-là (Cadolle, 2005b).

Dissocier lien affectif et échanges économiques ou le principe du « clean break »

Désormais, la solidarité qui lie les anciens conjoints est réglementée et contrainte par la justice ou par les accords trouvés entre les partenaires. Cela introduit un principe explicite d'obligation dans une relation jusqu'alors pensée comme évidente et indissociable des liens affectifs (Martial, 2005 : 45). Les conjoints sont désormais censés distinguer le lien affectif de l'échange économique.

La perception contemporaine du divorce soutenue institutionnellement et socialement implique en effet un lien pacifié où sa propre souffrance est mise de côté pour le bien de l'enfant et la réussite de la rupture (Cadolle, 2005b; Théry, 1993). L'injonction est au divorce par consentement mutuel. Comme le relève Sylvie Cadolle (2005b), il s'agit de régler au plus vite et définitivement les enjeux économiques de manière à avoir l'esprit disponible pour repartir vers une autre vie et retrouver le bonheur individuel. Le principe du « clean break », soit la rupture nette et le règlement définitif des questions financières est d'ailleurs inscrit dans la loi en Suisse et aux Pays-Bas. En France, les prestations compensatoires participent aussi de ce principe (Dutoit & Arn, 2000 : 20).

Le modèle valorisé est celui d'une famille après-divorce responsable, paritaire et négociée (Cadolle, 2005b : 146). Le recours au droit est ainsi parfois perçu comme non nécessaire, car certains conjoints estiment qu'il contractualise, voire envenime, inutilement les relations (Voléry, 2011). Les règlements à l'amiable peuvent aussi être indirectement encouragés par les dispositifs institutionnels, comme par exemple en Suisse, des frais d'avocat élevés⁹.

Cependant dans les faits, il est extrêmement difficile de distinguer le relationnel et l'émotionnel de l'économique, ne serait-ce que parce que l'argent continue de lier les ex-conjoints autour des enfants (Martial, 2005). Comme l'ont relevé un certain nombre d'intervenants précédemment, au moment d'une rupture, on règle ses comptes au sens propre comme au figuré, l'argent étant parfois le seul

⁹ En Suisse, ils se monteraient entre 10'000 et 30'000 euros pour une liquidation de régime sans complication (Bilan, 2015 : 31).

médium pour régler ses divergences. En ce sens, faire les comptes au moment de la rupture, ce n'est pas forcément rompre le lien, c'est aussi et surtout instaurer un mode de gestion du lien post-conjugal et parental. Cela nous amène au dernier bouleversement qu'implique le passage à une économie de la séparation.

Ce que régler les comptes veut dire ou la gestion des liens post-conjugaux et parentaux : les « logiques pratiques de l'homo sociologicus »

Les logiques sous-jacentes aux règlements de comptes lors de la séparation peuvent se regrouper de manière un peu simplifiée selon trois figures abstraites de l'individu. Les actions de « l'homo juridicus » vont se fonder sur la loi. Les arrangements financiers s'élaborent en mobilisant les dispositifs juridiques à disposition. Ce sont les logiques généralement adoptées par les représentants de la loi. « L'homo oeconomicus rationnel » va quant à lui privilégier la logique de l'intérêt personnel. Ça peut être le rôle des avocats que de défendre cette figure-là. Pour les personnes sous le régime de la participation aux acquêts, suivre cette logique consisterait par exemple à dépenser au maximum durant la période de transition de manière à ce que les acquêts à partager soient aussi réduits que possible¹⁰. Cependant, il existe aussi une troisième figure, celle de « l'homo sociologicus ». Selon cette conception, rarement mobilisée pour comprendre les arrangements financiers lors d'une rupture, les individus sont avant tout des êtres de contacts et d'interactions. Par conséquent, ils mobilisent d'autres rationalités que les rationalités juridiques ou économiques pour régler les comptes au moment de la séparation, ce qui peut expliquer que l'on qualifie parfois leurs comportements « d'irrationnels ». Ils fonctionnent et agissent selon les liens sociaux dans lesquels ils se meuvent. On peut dès lors parler de rationalités sociales. Nous distinguerons deux types de « logiques pratiques » rattachées à cette figure, celles qui concernent le lien post-conjugal et celles qui sont liées au lien parental.

Les logiques rattachées au lien post-conjugal

Les premières logiques que nous aborderons sont inhérentes à l'existence même du lien post-conjugal. Ainsi, la logique du maintien du lien regroupe les personnes qui privilégient les arrangements économiques qui préserveront la relation avec l'ex-conjoint, même si cela se fait au détriment de leurs intérêts personnels. Elles vont par exemple favoriser la norme du dialogue et de la communication socialement valorisée ou préférer des arrangements économiques informels privés plutôt que de recourir au droit perçu comme peu propice à la conservation d'une bonne relation (Voléry, 2011).

Dans la logique inverse, celle de la rupture, les personnes vont au contraire adopter les comportements financiers qui permettront de réduire au maximum, voire de rompre, tout lien avec l'ex-conjoint, au prix parfois d'un sacrifice financier important. Pour se préserver psychologiquement ou de violences physiques, un certain nombre d'entre elles vont par exemple refuser de recourir aux lois pour défendre leurs droits (Cadolle, 2011). Chez les couples aisés, cette logique peut conduire à la mise en place d'une organisation matérielle autour de l'enfant qui réduit au minimum les échanges entre les foyers et la nécessité de compter, par exemple en ayant tous les équipements à double (Martial, 2005).

¹⁰ Conseil n°16 tiré du dossier publié par le magazine Bilan (2015).

Les secondes logiques que l'on peut déceler dans les pratiques économiques concernent la définition du lien conjugal existant ou que l'on souhaite mettre en place après la rupture. Dans la logique de la dette, l'un ou l'autre des conjoints va agir de manière à réparer une faute morale. On peut le voir aussi comme un processus de réparation interne (Martial, 2005). En Suisse où les divorces pour faute n'existent plus dans le droit, on ne règle plus ses affaires devant le juge mais cela n'empêche pas de les régler autrement. Certains arrangements financiers, comme le fait de payer plus que ne l'impose le cadre légal ou de refuser de demander la garde partagée, car on estime que cela ferait encore davantage souffrir l'autre conjoint, peuvent ainsi être considéré comme un moyen très concret de « se racheter ».

Selon une autre logique, que l'on peut qualifier de logique du don, la séparation n'éteint pas le sentiment de solidarité éprouvé. Certains sont ainsi prêts à payer plus que ce qui est prévu ou demandé, car ils prennent en compte la situation économique de leur ancien partenaire (Martial, 2005; Voléry, 2011).

Enfin, on peut déceler une dernière logique rattachée au type de lien que l'on souhaite instaurer avec son ex-conjoint, celle de l'égalité. Là encore, cette notion a différentes traductions pratiques. Elle peut consister en l'établissement d'une comptabilité très précise au moment de la rupture afin de s'assurer que l'un ne tire pas profit de l'autre. Chez les femmes, elle se conjugue parfois avec l'autonomie : il s'agit alors de ne pas dépendre financièrement de son ex-partenaire et de s'assumer seule (Cadolle, 2011; Voléry, 2011).

Les logiques rattachées au lien parental ou la traduction indigène de l'intérêt de l'enfant

Certaines logiques structurant les arrangements financiers lors de la séparation ne sont pas rattachées au couple mais davantage à l'enfant. Comme le relève Sylvie Cadolle, il existe des « conceptions divergentes de l'intérêt de l'enfant [qui interagissent] avec les partages financiers » (Cadolle, 2011 : 167).

On retrouve par exemple la logique de l'égalité. Il s'agit cette fois-ci d'appliquer la norme égalitaire aux rôles parentaux dans une volonté de prise en charge égalitaire des enfants, par exemple par la résidence alternée (Cadolle, 2011). On relève également deux autres logiques qui sont fortement influencées par les représentations des rôles de genre.

Dans la logique de la préservation de la relation parentale, c'est le maintien du lien parental qui est privilégié, parfois au détriment de l'aspect économique. Certaines femmes endossant leur rôle de principales responsables du devenir de la relation paternelle vont par exemple renoncer à réclamer des pensions non versées ou en retard de manière à préserver la relation entre l'enfant et l'ex-conjoint (Martial, 2005; Voléry, 2011). Certains pères vont de leur côté verser de généreuses contributions d'entretien à leur ex-épouse afin de s'assurer de son accord quant à l'attribution du droit de garde alternée. Dans un contexte comme la Suisse où l'autorité parentale conjointe n'est pas majoritairement octroyée¹¹, le versement de contributions financières peut être perçu comme une stratégie pour mettre toutes les chances de son côté.

¹¹ Selon l'Office fédéral de la statistique suisse, en 2010, l'autorité parentale conjointe n'a été attribuée que dans 45% des cas. Dans plus de 50%, les droits de garde ont été confiés uniquement à la mère et dans moins de 4% au père (<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/01/06/blank/data/03.html>, consulté le 1.6.16).

Dans la logique de la compétence parentale, il s'agit moins de préserver le lien parent-enfant que d'attribuer la garde des enfants à celui dont on estime qu'il a le plus de compétences pour en prendre soin. Cette logique est plutôt en défaveur des hommes dans un système traditionnel qui identifie ces compétences à la figure féminine. Cette logique peut aussi avoir des conséquences économiques. Ainsi, un père qui demande la garde alternée alors qu'il a été jusqu'à présent peu impliqué auprès de ses enfants peut être soupçonné de le faire pour réduire ses contributions financières plutôt que pour le bien-être de sa progéniture (Cadolle, 2011 : 170). A l'inverse, certaines mères sont prêtes à accepter des sacrifices financiers plutôt que de perdre la garde de leur enfant (Cadolle, 2011 : 168).

Lorsque les deux parents partagent la même logique, la mise en place des arrangements financiers s'en trouve facilitée, mais ce n'est pas toujours le cas, car la séparation peut aussi modifier la manière dont on perçoit son rôle parental. Notons aussi que le principe de la coparentalité et de la garde alternée soutenu notamment par la législation française implique un modèle égalitaire qui va souvent à l'encontre de la répartition des tâches mise en place auparavant dans le couple, ce qui peut conduire à des reconfigurations peu satisfaisantes pour les conjoints (Cadolle, 2011).

L'économie post-séparation : une économie en mouvance

Contrairement au principe du « clean break » qui présuppose un règlement définitif, les arrangements économiques contractés au moment de la rupture n'ont, dans les faits, rien d'irrévocable. Un certain nombre de raisons ou d'événements conduisent en effet les ex-conjoints à les remettre en question.

Les premières raisons sont juridiques : il peut y avoir retour en justice si les accords contractés ne sont pas tenus. Les secondes sont d'ordre économique. Les pensions, calculées prioritairement en regard du revenu du débiteur s'avèrent parfois inadaptées, car elles ne prennent pas en compte le coût réel de l'enfant. Certains frais autrefois intégrés au travail domestique peuvent en effet avoir été sous-estimés (Voléry, 2011). D'autre part, la poursuite d'une répartition sexuée des rôles dans le soin des enfants conduit parfois les mères à endosser davantage de charges que leur ex-conjoint, notamment en ce qui concerne les frais courants, les frais médicaux ou scolaires (Cadolle, 2011). Enfin, la résidence en alternance, considérée comme une bonne solution en début de séparation, peut par la suite s'avérer trop couteuse financièrement et psychologiquement (Cadolle, 2005b).

Les arrangements financiers peuvent aussi se modifier pour d'autres raisons qui sont liées au parcours de vie et au vieillissement de l'enfant. Plus âgé, l'enfant peut se substituer à l'un de ses parents pour demander ou négocier les contributions économiques de l'autre, ce qui parfois à l'avantage de désamorcer des conflits (Martial & Fine, 2002) et peut conduire à des participations plus équilibrées, car l'argent ne passe plus par l'ex-conjoint (Martial, 2005).

Les dernières raisons sont liées à l'arrivée de nouveaux acteurs dans les configurations familiales. La logique de la solidarité qui sous-tendait les contributions économiques à son ex-époux peut être remise en question lorsque celui-ci se remet en couple et qu'on a le sentiment que l'argent versé profite également au nouveau partenaire (Martial, 2005). Dans les milieux modestes, Agnès Martial (2005) relève également lors des remises en couple l'apparition de ce qu'on peut qualifier de nouvelle « logique pratique ». Selon cette nouvelle logique, que nous appellerons de substitution, le père délègue implicitement au beau-père le rôle de pourvoyeur de ressources pour son ex-femme et ses enfants. Cette logique se retrouve également inscrite dans l'article 130 du code civil suisse. Le

remariage et le concubinage, qui selon la jurisprudence s'apparente au mariage après 5 ans de vie commune stable¹², conduisent à la fin de la pension alimentaire pour l'ex-époux/épouse. Enfin, le nouveau conjoint peut également intervenir sur l'économie post-conjugale mise en place. Sylvie Cadolle (2005a) a ainsi souligné le rôle central de la belle-mère. Celle-ci peut être réticente à financer son bel enfant ou encore à endosser une dette dont elle ne se sent pas responsable. Lorsqu'elle a elle-même un enfant avec le père, elle peut également encourager celui-ci à le privilégier économiquement au détriment de ses enfants d'un premier lit.

Conclusion

Il existe différentes manières de considérer les règlements de comptes au moment du divorce. De manière un peu caricaturale, sous l'angle du « juridisme », ils sont perçus comme une simple question d'application des lois ; sous l'angle de « l'économisme », c'est une question de gros sous et d'intérêt personnel ; et sous l'angle du « psychologisme juridique », que certains estiment de plus en plus populaire (Lambert, 2009 : 169), ils relèvent de conflits interindividuels. Il ne s'agit pas ici de dire que ces lectures sont fausses mais d'en suggérer une autre, qui peut s'avérer complémentaire, voire parfois contradictoire : les règlements de comptes au moment de la séparation peuvent aussi être considérés comme la mise sur pied d'un nouveau mode de gestion des liens intimes. En ce sens, la rupture n'est pas considérée comme la fin mais comme une étape parmi d'autres d'un processus social et familial. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous avons vu quelques « logiques pratiques » rattachées aux liens sociaux, que ce soit aux liens entre les ex-conjoints, avec les enfants ou encore avec les nouveaux acteurs impliqués dans la configuration post-séparation. Ces logiques sont centrales pour comprendre comment se règlent les comptes. Elles permettent d'expliquer des comportements qu'on pourrait qualifier à première vue d'irrationnels. Prendre en compte les rationalités sociales revient également à intégrer une dimension temporelle. L'économie mise en place au moment de la rupture dépend de ce qu'a été l'économie matrimoniale mais aussi du type de liens que l'on souhaite instaurer après la rupture. Enfin, tenir compte des liens implique également de revenir sur le postulat d'un arrangement définitif, car ceux-ci évoluent constamment.

Bibliographie

- Belleau, H. (2012). *Quand l'amour et l'Etat rendent aveugle. Le mythe du mariage automatique*. Québec: Presse de l'Université du Québec.
- Bilan. (2015). Divorce, votre risque financier n°1? *Bilan*, 3-37.
- Boltanski, L., & Thévenot, L. (1991). *De la justification : les économies de la grandeur*. Paris: Galimard.
- Bourdieu, P. ([1972], 2000). *Esquisse d'une théorie de la pratique*. Paris: Seuil (Points).
- Cadolle, S. (2005a). « C'est quand même mon père! ». La solidarité entre père divorcé, famille paternelle et enfants adultes. *Terrain. Revue d'ethnologie de l'Europe*, 45, 83-96.
- Cadolle, S. (2005b). La transformation des enjeux du divorce. La coparentalité à l'épreuve des faits. *Informations sociales*, 2(122), 136-147.
- Cadolle, S. (2011). Partages entre pères et mères pour la résidence en alternance des enfants et recomposition des rôles de genre. In H. Belleau & A. Martial (Eds.), *Aimer et compter? Droits et pratiques des solidarités conjugales dans les nouvelles trajectoires familiales* (pp. 163-182). Québec: Presses de l'Université du Québec.
- Centre social protestant. (2005). *Familles recomposées. Un guide juridique*. Lausanne: La Passerelle.
- Dutoit, B., & Arn, R. (2000). *Le divorce en droit comparé: Europe*.
- Evans, M. (2002). *Love, an Unromantic Discussion*. Cambridge: Polity Press.

¹² ATF 116 II 394, JT 1993 I 2 (Centre social protestant, 2005 : 32).

- Giddens, A. (2004 [1992]). *La transformation de l'intimité. Sexualité, amour et érotisme dans les sociétés modernes*. Rodex: Le Rouergue/Chambon.
- Guiéry, H. (2016). Fiabilité et crédibilité. Une approche praxéologique de la confiance. In S. Agulhon, F. Guarnieri, S. Perseil, & Y. Pesqueux (Eds.), *La confiance en question* (pp. 35-44). Paris: L'Harmattan.
- Hardin, R. (2002). *Trust and Trustworthiness*. New York: Russel Sage Foundation.
- Henchoz, C. (2008). *Le couple, l'amour et l'argent. La construction conjugale des dimensions économiques de la relation amoureuse*. Paris: L'Harmattan, coll. « Questions sociologiques ».
- Henchoz, C. (2011). Le bien-être économique à travers genre et générations : analyse par l'usage conjugal de l'argent. In A.-F. Praz & S. Burgnard (Eds.), *Genre et bien-être, Questionner les inégalités* (pp. 65-83). Zürich: Seismo, collection « Questions de genre ».
- Henchoz, C. (2014). La production quotidienne de l'amour en Suisse et au Québec : comptabilités intimes. *Sociologie et sociétés*, 46(1), 17-36.
- Kellerhals, J., & Widmer, E. (2005). *Familles en Suisse : les nouveaux liens*. Lausanne: Presses polytechniques et universitaires romandes.
- Lambert, A. (2009). Des causes aux conséquences du divorce : histoire critique d'un champ d'analyse et principales orientations de recherche en France. *Population*, 64(1), 155-182. doi:10.3917/popu.901.0155
- Martial, A. (2005). L'entretien de l'enfant au sein des constellations familiales recomposées. *Enfances, Familles, Générations*(2), 0-0.
- Martial, A., & Fine, A. (2002). L'argent dans les familles recomposées après divorce. *Journal du droit des jeunes*, 4(214), 35-38.
- McDonald, G. W. (1981). Structural Exchange and Marital Interaction. *Journal of Marriage and Family*, 43(4), 825-839.
- Ponthieux, S. (2012). La mise en commun des revenus. *Insee Première*, 1409, 1-4.
- Steil, J., & Weltman, K. (1991). Marital Inequality : The Importance of Resources, Personal Attributes, and Social Norms on Career Valuing and the Allocation of Domestic Responsibilities. *Sex Roles*, 24(3/4), 161-179.
- Swidler, A. (1986). Culture in Action : Symbols and Strategies. *American Sociological Review*, 51(2), 273-286.
- Théry, I. (1993). *Le démariage. Justice et vie privée*. Paris Odile Jacob.
- Voléry, I. (2011). Le "couple relationnel" à l'épreuve des partages financiers : séparation conjugale, entretien de l'enfant et inégalités sexuées. In H. Belleau & A. Martial (Eds.), *Aimer et compter? Droits et pratiques des solidarités conjugales dans les nouvelles trajectoires familiales* (pp. 203-224). Québec: Presses de l'Université du Québec.
- Zelizer, V. (2005). *La signification sociale de l'argent*. Paris: Seuil.
- Zirilli, A. (2006). *Le couple devant la loi*. Lausanne: Plus.