



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Partijautonomie in het relatievermogensrecht

Schonewille, F.

Citation

Schonewille, F. (2012, February 14). *Partijautonomie in het relatievermogensrecht*. Maklu, Antwerpen. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/18483>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/18483>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

L'autonomie de la volonté dans le droit patrimonial relationnel

Résumé

L'autonomie de la volonté dans le droit des régimes matrimoniaux doit être conçue comme la liberté de parvenir à la *Selbstbestimmung* de chacun des époux par la coopération avec l'autre. Il s'agit d'une liberté des époux encadrée par des critères de raison et d'équité, mettant l'accent sur la responsabilité particulière de chacun d'entre eux vis-à-vis de l'autre lorsqu'il a recours à cette liberté. Cette responsabilité particulière découle du lien personnel très étroit créé par le mariage.

Cette définition implique que dans le cadre du principe de l'autonomie de la volonté, la liberté contractuelle s'oppose continuellement à la solidarité, provoquant une tension quasi-permanente entre ces deux extrémités. Le point d'équilibre entre ces deux pôles opposés doit être déterminé au cas par cas.

Il se trouve que les principes de liberté contractuelle et de solidarité en tant que tels n'ont pas directement inspiré le législateur néerlandais lors de la mise au point des règles constituant le droit commun des régimes matrimoniaux et prévues aux Titres 6 et 7, Livre 1^{er} du Code civil néerlandais. En tout état de cause, ces deux principes de droit n'ont pas été structurellement pesés, résultant dans un régime matrimonial dans lequel le législateur a opéré des choix clairs basés sur un tel fondement.

En outre, mon étude démontre que les deux principes de droit susvisés n'ont pas non plus engendré un débat dans la littérature sur le droit des régimes matrimoniaux. Très peu d'auteurs ont prêté attention à la liberté contractuelle des époux et encore seulement en termes généraux.

Si le droit commun des régimes matrimoniaux est toutefois considéré à la lumière des deux principes de droit mentionnés ci-dessus, on peut poser d'une part que cette réflexion est largement influencée par la solidarité. D'autre part, les époux sont en principe libres d'exercer pleinement leur droit d'autodétermination en écartant, complétant, modifiant ou – dans certains cas – interprétant les règles prévues aux Titres 6 et 7, Livre 1^{er} du Code civil néerlandais, afin de les adapter pour une bonne part au rapport conjugal souhaité par eux-mêmes.

Certes, le droit contractuel des régimes matrimoniaux – formulé au Titre 8, Livre 1^{er} du Code civil néerlandais – est fortement teinté du principe de liberté contractuelle, mais on peut se demander si cela puisse inciter les (futurs) époux à s'épanouir et à prendre leur sort en mains.

En outre, il est douteux que le régime contractuel favorise l'autonomie de la volonté comme principe général du droit, les notions de solidarité faisant largement défaut.

En effet, le contrat de mariage passé avant ou durant le mariage a pour conséquence que le rapport juridique patrimonial imposé par la législation en vertu du Titre 7, Livre 1^{er} du Code civil néerlandais – dont on peut supposer qu’il incarne la solidarité entre époux – ne se formera pas ou sera rompu. Cela est un effet direct du principe de liberté contractuelle, celui de la solidarité entre époux ne jouant aucun rôle à cet égard au Titre 8, Livre 1^{er} du Code civil néerlandais, sauf en matière de clauses de participation aux acquêts. En principe, les règles légales ne stimulent donc pas les (futurs) époux à trouver le juste équilibre entre ces deux principes dans le domaine du droit contractuel des régimes matrimoniaux, afin d’optimiser la chance de parvenir à la *Selbstbestimmung* pour chacun d’entre eux. Cela entraîne la mission pour le notaire requis par le législateur de faire en sorte que le contrat de mariage conclu entre les (futurs) époux soit réalisé sur la base du principe d’*informed consent*. Le notaire doit faciliter aux époux la mise en place de l’*Ehetyp* qui leur convient, processus dans lequel la tension entre liberté contractuelle et solidarité se fait constamment sentir. Les époux doivent également être parfaitement informés des conséquences juridiques de leurs dispositions contractuelles à long terme. On peut douter cependant que l’intervention notariale ait cet effet. C’est la raison pour laquelle on peut soutenir que le *family mediator* est mieux placé pour assurer une protection adéquate lors de la formation du contrat de mariage. Celui-ci joue déjà souvent un rôle important – protecteur – lors de la rédaction de la convention de divorce.

Dans cet ordre d’idées, on constate que les époux n’ont pas seulement besoin d’une protection pour le contrat de mariage, mais aussi pour la convention de divorce.

Il ne s’est pas avéré que la distinction entre le contrat de mariage et la convention de divorce, là où il s’agit de régler un divorce avant ou durant le mariage, pourrait se défendre de quelque manière que ce soit par des arguments basés sur le principe de solidarité. La conception existante dans la littérature selon laquelle, avant le mariage, le contrat de mariage ne pourrait stipuler des dispositions valables concernant la pension alimentaire au profit du conjoint en cas de divorce, ne saurait être défendue correctement de cette manière.

En général, on peut même constater que les restrictions prévues aux Titres 8 et 9, Livre 1^{er} du Code civil néerlandais relatives à la liberté contractuelle des (futurs) époux, ne sont pas motivées par des notions de solidarité, alors que c’est justement ce principe de droit qui devrait en constituer la seule justification.

En Allemagne, le *Wirksamkeitskontrolle* en vertu de l’article 138 du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) et l’*Ausübungskontrolle* en application de l’article 242 du BGB ont acquis une nouvelle portée suite aux jugements rendus par la *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) – fondés sur la protection constitutionnelle du mariage en Allemagne – et à la jurisprudence en découlant de la *Bundesgerichtshof* (BGH), là où il s’agit du contrôle judiciaire du contrat de mariage.

La BGH a également fait une nette distinction entre ces deux types de contrôles judiciaires.

Le *Wirksamkeitskontrolle* amène le juge statuant sur le fond à répondre à la question de savoir si les dispositions stipulées dans le contrat de mariage qui ne peuvent être respectées en tout ou en partie puisqu'elles sont contraires aux bonnes mœurs, sont nulles et non avenues et doivent être remplacées par des dispositions légales. Ce contrôle judiciaire se fait *ex tunc*, ce qui signifie que la future évolution conjugale n'est pas prise en considération.

Lors de l'*Ausübungskontrolle*, la perspective se déplace vers le divorce et les critères de raison et d'équité sont appliqués, bien que ce soit dans les cadres posés par la BGH. Ce contrôle judiciaire peut tout de même tenir compte des événements survenus en cours de mariage. Dans ces deux cas de figure, le principe du *Kernbereichslehre des Scheidungsfolgenrechts* joue un rôle.

D'une part, l'interprétation retenue par la BGH de la mission lui ayant été attribuée par la BVerfG et du système de contrôle en découlant mène à une certaine restriction de la liberté contractuelle des époux, d'autre part cela confirme la primauté de leur autonomie de la volonté.

Suivant ce raisonnement, la BGH ne choisit pas d'annuler par définition certaines types de conventions ou de faire prévaloir systématiquement une certaine situation (par exemple une grossesse prénuptiale), mais opte pour un double contrôle nuancé sur lequel les futurs époux peuvent anticiper dans leur contrat de mariage. Cela peut se faire, en premier lieu, en insérant dans le contrat de mariage un considérant détaillé et méticuleusement établi concernant la situation concrète des futurs époux au moment de la conclusion du contrat.

En deuxième lieu, le notaire instrumentaire peut accompagner les futurs époux lors d'un *antizipierte Ausübungskontrolle*, faisant référence à l'anticipation dans le contrat de mariage sur des *typische Abweichungen der dem Ehevertrag zugrunde liegenden Lebensplanung*.

Les deux grandes lignes d'orientation que la jurisprudence récente de la Cour de Cassation néerlandaise fait apparaître concernant l'interprétation du contrat de mariage ne sont pas satisfaisantes, jugées selon les critères de la liberté contractuelle et de la solidarité. Cela tient principalement au fait que la jurisprudence néerlandaise ne connaît pas d'instrument d'appréciation tenant compte de la force des deux principes de droit et pouvant être appliqué de manière systématique et prévisible.

A cet égard, le point de vue développé dans la jurisprudence allemande s'avère être parfaitement adaptable au contexte néerlandais et y correspond déjà en partie. Concrètement, cela impliquerait tout d'abord un contrôle judiciaire *ex tunc* du contrat de mariage pouvant aboutir, dans certaines conditions, à son annulation pour cause de non-conformité aux bonnes mœurs suivant l'interprétation actualisée. L'article 121, paragraphe 1, Livre 1^{er} du Code civil néerlandais, qui existe déjà, pourrait servir de fondement à cet effet. Ensuite, il sera procédé à un contrôle judiciaire *ex nunc*, axé sur les

critères de raison et d'équité prévus à l'article 248, paragraphe 2, Livre 6 du Code civil néerlandais.

Au cours de ces deux contrôles, il s'agit de rechercher les intentions des époux quant à leur contrat de mariage. Si, au moment de la conclusion du contrat, leurs intentions n'étaient pas clairement définies ou ne peuvent être découvertes d'une autre manière, le juge est tenu de se baser sur le comportement réel des époux pour interpréter le contrat de mariage, car leur intentions manifestes peuvent en être déduites.

Lors du premier contrôle, le juge compare le comportement réel que les époux se sont proposés au moment de la conclusion du contrat de mariage avec son contenu. Le deuxième contrôle porte sur la question de savoir si le comportement réel des époux en cours de mariage peut éventuellement faire obstacle à l'exécution d'une ou plusieurs dispositions prévues au contrat de mariage.

Il n'empêche que les contractants eux-mêmes sont toujours les plus qualifiés pour interpréter leurs dispositions contractuelles, d'autant plus lorsqu'il s'agit d'époux passant un contrat de mariage, qui est qualifié comme un contrat à exécution successive. En effet, les dispositions prévues dans ce contrat sont intimement liées à la dimension relationnelle du rapport juridique très particulier qu'est le mariage.

Pour cette raison, la procédure juridique est souvent une démarche inadaptée si elle vise à interpréter le contrat de mariage. Dans ce cas, la médiation est une meilleure option, s'agissant d'une méthode permettant d'assurer que les aspects juridiques du contrat de mariage à discuter en cas de divorce sont encadrés dans la relation conjugale effectivement vécue par les époux.

Les droits et obligations résultant pour les parents de leur autorité conjointe à l'égard de leurs enfants se trouvent dans un cadre légal à caractère impératif.

Il s'agit néanmoins de normes à élaborer d'un commun accord par les parents. Par conséquent, d'un point de vue pratique, les parents bénéficient d'une liberté contractuelle beaucoup plus importante que l'on ne pourrait penser au prime abord. Il va sans dire que pour les époux en qualité de parents (contractants) le principe de solidarité joue un très grand rôle, quoique d'une autre manière que pour les thèmes patrimoniaux traités aux chapitres 4 et 5. En effet, la solidarité entre époux ayant la qualité de parents est fortement imprégnée de l'intérêt de leurs enfants. Cet intérêt exige tout d'abord que les parents soient solidaires l'un avec l'autre, conscients que le fait d'être parents implique une complicité née d'un sort commun pour le restant de leur jours. Les normes légales prévues à l'article 247, Livre 1^{er} du Code civil néerlandais accordent encore une plus grande importance à cette solidarité.

L'intérêt pour les parents du principe chapeautant de l'autonomie de la volonté est ainsi démontré lorsqu'il s'agit de la mise en pratique de leur qualité de parents.

Malgré le fait que le contrat de mariage ait généralement un caractère essentiellement patrimonial, il n'existe ni d'obstacles formels, ni d'arguments solides avancés dans la littérature empêchant les (futurs) époux de stipuler des dispositions de nature différente. Un plan parental peut également faire partie du contrat de mariage, ce qui devrait être favorisé à mon sens.

La norme de l'égalité des parents, traitée en détail, oriente également la manière dont les parents réalisent et partagent leurs tâches d'entretien et d'éducation en cours de mariage : cette norme est renfermée dans les trois premiers paragraphes de l'article 247, Livre 1^{er} du Code civil néerlandais, tel que le quatrième paragraphe dudit article le confirme.

Bien que dans bon nombre de cas elle ne soit qu'une ébauche, la méthode concernée formule les grands axes de la répartition des tâches entre les (futurs) parents sur le plan de l'entretien et de l'éducation de leurs enfants en relation avec les carrières des deux époux, ainsi que les considérations sous-jacentes. Cela permet aux parents de prendre conscience du caractère plus ou moins prescriptif des tâches résultant des conventions parentales stipulées par eux, ainsi que des questions en découlant auxquelles ils doivent répondre.

Le partenariat civil, exposé au chapitre 9 et mis à l'épreuve dans une proposition de loi à ces fins, n'est pas une réglementation légale du droit des régimes matrimoniaux au sens traditionnel, telle que la communauté de biens, mais une logique normative inspirant les partenaires à profiter pleinement de l'autonomie de la volonté dont ils disposent. Ainsi, le partenariat civil devient un régime contemporain régissant les intérêts pécuniaires et les rapports relationnels des partenaires, régime où la liberté contractuelle et la solidarité ont trouvé un équilibre dynamique.

Le maintien d'un régime patrimonial propre aux partenaires est justifié, puisqu'il correspond à la relation affective durable entre deux personnes – cas de figure très fréquent – et répond au besoin sociétal d'une certaine réglementation dans ce domaine.

L'introduction du partenariat civil comme régime légal organisant juridiquement et patrimoniallement la vie des époux mais aussi des personnes vivant ensemble sans être mariées, peut être considérée comme un déplacement du paradigme et aboutit tout d'abord à une rupture radicale avec le mariage, statut jusqu'à présent privilégié par le législateur, et avec le droit matrimonial y afférent. Ladite proposition de loi n'écarte pas le mariage civil mais, en revanche, le droit matrimonial classique.

Le partenariat civil est un régime de base assurant jusqu'à un certain degré un entretien et une protection mutuels aux partenaires, tout en insistant sur leur propre responsabilité et le fait qu'ils doivent faire leurs propres choix. Si les partenaires font face aux élaborations du principe de solidarité prévues dans la proposition de loi – ce qui se fait automatiquement en discutant des normes dans le cas d'un éventuel divorce – ils peuvent donc stipuler prati-

quement toutes les dispositions qu'ils souhaitent, s'agissant effectivement d'*informed consent*.

Ainsi, le partenariat civil exprime l'autonomie de la volonté des partenaires sous la forme la plus optimale.