

Aktuelle

AJP

Dike Verlag AG St. Gallen (Schweiz)

**JURISTISCHE
Praxis**

SONDERDRUCK
(nicht verkäuflich)

Verlag und Abonnementverwaltung:
Dike Verlag AG
Postfach 301, CH-8853 Lachen
Tel. 055/442 68 80, Fax 055/442 68 81
E-Mail: Bestellung@dike.ch
Internet: www.dike.ch

Planification du divorce et conventions



lic. iur. ARNAUD PHILIPPE,
Francfort-sur-le-Main/
Zurich

Plan:

- I. Introduction
- II. De la convention (anticipée) sur les effets du divorce
 - A. L'arrêt du Tribunal fédéral du 14 juillet 2005
 - B. Le contexte légal de la conclusion d'une convention sur les effets du divorce
 - C. Les différentes phases d'une convention sur les effets du divorce
 1. En procédure de divorce sur requête commune: trois phases
 2. En procédure de divorce sur requête unilatérale
 - a. Lorsque l'art. 116 CC ne s'applique pas
 - b. Lorsque l'art. 116 CC s'applique
 - D. De l'admissibilité des conventions anticipées sur les effets du divorce
 1. Les arguments contre l'admissibilité d'une convention anticipée sur les effets du divorce
 2. La pratique actuelle et les arguments pour l'admissibilité d'une convention anticipée sur les effets du divorce
 3. Un commentaire
 - E. De la nécessité de confirmer toutes les conventions de divorce
- III. De la planification du divorce
 - A. L'arrêt du Tribunal fédéral du 4 décembre 2003
 - B. L'influence qu'exerce un contrat de mariage ou un pacte successoral sur la convention de divorce lors de sa ratification par le juge
 1. L'influence du contrat de mariage sur la convention de divorce
 2. L'influence d'un pacte successoral sur la convention de divorce
 - C. De la réunion d'un contrat de mariage, d'une convention anticipée de divorce et d'un pacte successoral en un contrat complexe
 1. La notion de contrat complexe
 2. Le contrat de mariage, la convention anticipée de divorce et le pacte successoral
 - D. Un commentaire
- IV. Un moyen équitable de prévoir les conséquences patrimoniales du divorce: la convention anticipée et évolutive de divorce
- V. Conclusion

I. Introduction

L'accroissement du nombre de divorces s'explique essentiellement par une évolution sociétale. Sans avoir la prétention d'être exhaustif, nous pouvons donner trois raisons à cela: le XX^e siècle a connu l'influence décroissante de l'Église, l'émancipation de la femme et un individualisme qui s'est traduit par la recherche égoïste du bonheur amoureux. Le besoin de planifier les conséquences du divorce, lui, découle naturellement du haut taux d'échec des mariages actuels mais se fait également l'écho du besoin moderne et plus général de réprimer le hasard et la fatalité.

Le législateur suisse a tenu compte des changements sociaux à l'origine de l'augmentation du nombre de divorce en laissant une place grandissante à l'autonomie des époux pour régler librement leurs relations. L'exemple le plus récent se trouve dans l'introduction du divorce sur requête commune suite à la révision du droit du divorce, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000. En revanche, le législateur ne s'est pas prononcé sur le besoin des époux de prévoir les conséquences patrimoniales d'un divorce. Partant, la jurisprudence et la doctrine discutent des cas dans lesquels les conséquences patrimoniales d'un divorce ont été réglées à l'avance; il faut alors trouver des solutions adaptées en l'absence d'indication claire du législateur.

À la lumière d'un récent arrêt du Tribunal fédéral, nous commencerons par aborder le sujet sensible des conventions (anticipées) sur les effets du divorce (*infra* II.), puis, nous nous attarderons sur la planification des conséquences patrimoniales du divorce par la réunion d'un contrat de mariage, d'une convention anticipée de divorce et d'un pacte successoral (*infra* III.) avant de présenter brièvement un moyen équitable de prévoir les conséquences patrimoniales du divorce (*infra* IV.).

II. De la convention (anticipée) sur les effets du divorce

Bien que le législateur n'ait pas prévu la possibilité de conclure une convention sur les effets du divorce sans qu'elle soit en rapport direct avec l'échec matrimonial, de telles conventions voient le jour en pratique. Il existe ainsi une dispute doctrinale sur l'admissibilité des conventions anticipées de divorce. Par là, nous entendons toutes les conventions sur les effets du divorce conclues sans que les

Ce texte est la version tant écourtée que remaniée d'un travail de Master rédigé chez PASCAL PICHONNAZ, Professeur titulaire de la chaire de droit privé et de droit romain de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg.

époux aient l'intention de divorcer¹. La pratique du Tribunal fédéral – notamment dans ses arrêts 5C.114/2003 du 4 décembre 2003 et 5C.270/2004 du 14 juillet 2005 – reconnaît aux époux la possibilité de conclure de telles conventions. Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral a toutefois remis en question le caractère équitable de ces conventions anticipées de divorce, et a mis en lumière les inégalités de traitement que peuvent subir les époux, selon la procédure de divorce qu'ils choisissent.

Dans la mesure où toute notre analyse des conventions (anticipées) de divorce se fera à la lumière de cet arrêt du 14 juillet 2005, nous commencerons par exposer son état de fait et la solution adoptée par le Tribunal fédéral (*infra* A.). Ensuite, nous rappellerons succinctement le contexte légal de la conclusion d'une convention de divorce (*infra* B.). Puis, nous présenterons les différentes phases par lesquelles passe une convention sur les effets du divorce (*infra* C.) et nous nous pencherons sur la question de l'admissibilité des conventions anticipées de divorce (*infra* D.). Nous terminerons par souligner le rôle essentiel que joue la confirmation par les époux des conventions de divorce (*infra* E.).

A. L'arrêt du Tribunal fédéral du 14 juillet 2005

L'ATF 5C.270/2004 du 14 juillet 2005 peut être résumé ainsi: suite à la demande unilatérale de divorce (art. 114 s. CC) déposée par une épouse, l'époux a déposé une demande reconventionnelle de divorce (art. 116 CC) dans laquelle il demandait la ratification par le juge (art. 140 CC) de trois conventions relatives à l'entretien de l'épouse et signées cinq ans avant l'introduction de la procédure de divorce. Il a par la suite voulu les remettre en cause en raison de l'interprétation donnée à des accords antérieurs passés avec son épouse. Pour ce faire, il a notamment soutenu que ces conventions étaient librement révocables en vertu du délai de réflexion prévu à l'art. 111 al. 2 CC. Étant donné que les époux n'étaient à aucun moment de la procédure d'accord sur le règlement des effets accessoires du divorce, le Tribunal fédéral a dit que l'art. 116 CC ne permettait que l'application par analogie des dispositions relatives au divorce sur requête commune qui concernaient le principe même du divorce à l'exclusion de celles concernant la convention sur les effets accessoires².

B. Le contexte légal de la conclusion d'une convention sur les effets du divorce

1° Le divorce sur requête commune. Lorsque les époux sont d'accord sur le principe même du divorce et (partiellement) sur ses effets, ils présentent une convention (partielle) qu'ils doivent confirmer deux mois après que le juge les a entendus (art. 111 s. CC). Après confirmation de la convention par les époux, le juge la ratifie (art. 140 CC) et prononce le divorce.

2° Le divorce sur demande unilatérale. Lorsque les époux ne sont pas d'accord sur le principe même du divorce, l'un

d'eux peut déposer une demande unilatérale de divorce aux conditions des art. 114 s. CC. Bien que la loi n'en parle pas, les époux peuvent conclure une convention de divorce avant ou pendant la procédure contentieuse. Par ailleurs, si l'époux récalcitrant consent au divorce au cours de la procédure, les dispositions relatives au divorce sur requête commune s'appliquent par analogie (art. 116 CC).

C. Les différentes phases d'une convention sur les effets du divorce

Par besoin de clarté et pour mieux comprendre la portée de l'arrêt du Tribunal fédéral 5C.270/2004 du 14 juillet 2005, il est essentiel de connaître avec précision les différentes phases par lesquelles passe une convention sur les effets du divorce en procédure sur requête commune (*infra* 1.) et en procédure sur requête unilatérale (*infra* 2.)³.

1. En procédure de divorce sur requête commune: trois phases

La première phase s'étend de la conclusion de la convention, qui peut avoir lieu n'importe quand et même avant le mariage, à sa confirmation par les époux, deux mois après leur audition par le juge (art. 111 al. 2 CC). Pendant cette première phase, la convention ne lie pas les parties et les époux peuvent librement la révoquer en ne la confirmant pas⁴. Dans ce cas, les conditions pour divorcer sur requête commune ne sont toutefois plus respectées⁵.

1 PHILIPPE MEIER propose une définition légèrement différente: "[nous] entendons par *convention anticipée* une convention conclue avant le mariage, au moment de celui-ci ou pendant la durée de la vie commune, voire lors d'une suspension de la vie commune, lorsque la convention ne se rapporte pas à une procédure de divorce déjà pendante ou imminente" (MEIER, Planification du divorce: une illusion? Les conventions anticipées d'entretien en droit suisse, in: DENIS PIOTET/DENIS TAPPY [édit.], L'arbre de la méthode et ses fruits civils – Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz, Genève, Zurich et Bâle 2006, p. 295).

2 ATF 5C.270/2004 du 14 juillet 2005, cons. 3.2.

3 THOMAS GEISER distingue trois phases et cela tant lorsque la convention passe par une procédure sur requête commune que lorsqu'elle passe par une procédure contentieuse (GEISER, Bedürfen Eheverträge der gerichtlichen Genehmigung?, in: THOMAS GEISER/THOMAS KOLLER/RUTH REUSSER/HANS PETER WALTER/WOLFGANG WIEGAND [édit.], Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung – Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Berne 2002, p. 221).

4 GEISER (n. 3), p. 221; CHRISTOPH LEUENBERGER/INGEBORG SCHWENZER, in: INGBORG SCHWENZER (édit.), FamKomm Scheidung, Berne 2005, art. 140 n° 5; MEIER (n. 1), p. 300; THOMAS SUTTER/DIETER FREIBURGHAN, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zurich 1999, art. 140 n° 40; FRANZ WERRO, Concubinage, mariage et démariage, Berne 2000, p. 114.

5 SUTTER/FREIBURGHAN (n. 4), art. 140 n° 40 et 59.

La convention confirmée par les époux entre dans sa deuxième phase. Elle ne produit pas d'effets juridiques jusqu'à sa ratification par le juge conformément à l'art. 140 CC. Pourtant, les époux sont liés dans la mesure où ils ne peuvent que demander à ce dernier de ne pas la ratifier. Le juge n'est toutefois pas lié par ces demandes et peut ratifier la convention et prononcer le divorce contre la volonté d'un époux. Les époux ne peuvent que changer ou résilier la convention ensemble⁶.

Après la ratification de la convention par le juge du divorce, celle-ci entre dans sa troisième phase. Elle produit ses effets juridiques et oblige les parties.

2. En procédure de divorce sur requête unilatérale

a. Lorsque l'art. 116 CC ne s'applique pas

La question de savoir si les conventions de divorce produites lors d'une procédure de divorce sur demande unilatérale ont un effet contraignant est controversée en doctrine. Une partie de celle-ci se prononce pour que le délai de réflexion de l'art. 111 CC s'applique également aux conventions conclues avant ou lors de la procédure contentieuse⁷. En revanche, le Message du Conseil fédéral et une autre partie de la doctrine s'y opposent et prétendent que ces conventions sont contraignantes dès leur conclusion⁸. Dans son arrêt du 14 juillet 2005, le Tribunal fédéral a estimé que contrairement aux conventions produites avec une requête commune "[...] la convention sur les effets accessoires produite avec une demande unilatérale de divorce, ou conclue par les parties au cours de la procédure qui s'ensuit, lie les parties. Comme sous l'empire de l'ancien droit, un époux ne peut pas la révoquer unilatéralement, mais il peut demander au juge de ne pas la ratifier"⁹.

Si nous suivons la position du Tribunal fédéral, à partir du dépôt d'une demande unilatérale de divorce, la convention de divorce déjà conclue ou à conclure lie les époux et un époux peut seulement demander au juge de ne pas la ratifier. Le juge n'est toutefois pas lié par cette demande. Quand le juge aura ratifié la convention, celle-ci entrera dans sa deuxième phase, produira ses effets juridiques et obligera les parties.

b. Lorsque l'art. 116 CC s'applique

Il existe également une controverse sur le champ d'application de l'art. 116 CC. Une partie de la doctrine se prononce pour que l'application par analogie des dispositions du divorce sur requête commune comprenne le délai de réflexion de deux mois¹⁰. En revanche, une autre partie de la doctrine estime que les parties sont liées dès la conclusion de la convention, car l'art. 116 CC ne permet que l'application par analogie des dispositions concernant le principe même du divorce¹¹. Toujours dans son arrêt du 14 juillet 2005, le Tribunal fédéral a estimé que "[la] question de savoir si l'art. 116 CC s'applique par analogie [sic]¹² à la seule question du divorce lui-même – ce qu'une interpréta-

tion purement littérale et systématique de cette disposition, que semble confirmer le Message du Conseil fédéral (FF 1996 I 95 ch. 231.33), laisse penser – ou s'il s'applique également à la convention sur les effets accessoires produite par l'une des parties ou conclue par les époux au cours de la procédure [...] n'a pas à être résolue en l'espèce. En effet, si l'on voulait admettre qu'il s'applique également à la convention sur les effets accessoires, il faudrait au moins que la convention produite par l'un des époux pour être ratifiée ait emporté l'adhésion du conjoint, qui ait conclu de son côté à sa ratification, ou qu'elle ait été produite par les deux époux qui en aient requis conjointement la ratification"¹³. Le renvoi par le Tribunal fédéral au Message du Conseil fédéral ne manque pas de surprendre, car celui-ci dispose que "[les] deux auditions prévues à l'article 111 et le délai de réflexion doivent être respectés. Faute de quoi, les parties pourraient, par le biais d'un divorce contentieux fictif, éluder les garanties procédurales applicables au divorce sur requête commune"¹⁴.

Ainsi, si nous suivons l'opinion émise par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 14 juillet 2005, nous distinguons deux cas de figure¹⁵:

1° Lorsqu'une convention produite par l'un des époux pour être ratifiée n'emporte pas l'adhésion du conjoint. Dans ce cas, la convention de divorce lie les époux mais celui qui la conteste peut demander au juge de ne pas la ratifier. Le juge n'est toutefois pas lié par cette demande et peut ratifier la convention et prononcer le divorce contre la volonté d'un

6 DANIEL STECK, Gedanken zur Rechtsnatur der Scheidungskonvention im neuen Scheidungsrecht, in: ANDREAS DONATSCH/THOMAS FINGERHUTH/VIKTOR LIEBER/JÖRG REHBERG/HANS ULRICH WALDER-RICHLI (édit.), Festschrift – 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zurich 2000, p. 563.

7 Pour les conventions anticipées: MEIER (n. 1), p. 303; pour les autres conventions: STECK (n. 6), p. 562 s.

8 Message du 15 novembre 1995 concernant la révision du code civil suisse, FF 1996 I p. 144; URS GLOOR, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER (édit.), BaKomm., ZGB I, 3^e éd., Bâle, Genève et Munich 2006, art. 140 n° 2; LEUENBERGER/SCHWENZER (n. 4), art. 140 n° 5; SUTTER/FREIBURGHÄUS (n. 4), art. 140 n° 39 et 59.

9 ATF 5C.270/2004 du 14 juillet 2005, cons. 3.1.

10 ROLAND FANKHAUSER, in: INGBORG SCHWENZER (édit.), FamKomm Scheidung, Berne 2005, art. 116 n° 23; GEISER (n. 3), p. 222; PETER LIATOWITSCH, in: INGBORG SCHWENZER (édit.), FamKomm Scheidung, Berne 2005, Anhang Konvention n° 11; MEIER (n. 1), p. 301 ss.; DANIEL STECK, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER (édit.), BaKomm. ZGB I, 3^e éd., Bâle, Genève et Munich 2006, art. 116 n° 14 et 30; STECK (n. 6), p. 562 s.

11 SUTTER/FREIBURGHÄUS (n. 4), art. 116 n° 16.

12 Ce n'est en effet pas l'art. 116 CC qui s'applique par analogie mais les dispositions relatives au divorce sur requête commune, auxquelles renvoie l'art. 116 CC.

13 ATF 5C.270/2004 du 14 juillet 2005, cons. 3.2.

14 Message (n. 8) FF 1996 I p. 95.

15 ATF 5C.270/2004 du 14 juillet 2005, cons. 3.2.

époux. Quand le juge aura ratifié la convention, celle-ci entrera dans sa deuxième phase, produira ses effets juridiques et obligera les parties.

2° *Lorsqu'une convention produite par l'un des époux pour être ratifiée a emporté l'adhésion du conjoint, qui a conclu de son côté à sa ratification, ou qu'elle a été produite par les deux époux qui en ont requis conjointement la ratification.* Dans ces cas, ou la convention de divorce lie directement les parties, car l'art. 116 CC ne permet que l'application par analogie des dispositions concernant le principe même du divorce, ou elle est soumise à un délai de réflexion de deux mois, car l'art. 116 CC permet aussi l'application par analogie de ce délai. Le Tribunal fédéral a laissé la question indécise. Toutefois, en se référant – à tort? – au Message du Conseil fédéral, il semble pencher pour la première solution.

D. De l'admissibilité des conventions anticipées sur les effets du divorce

La question de l'admissibilité des conventions anticipées sur les effets du divorce suscite un vif intérêt avec l'ATF 5C.270/2004 du 14 juillet 2005, car il met en évidence les abus que peuvent engendrer ces conventions. Nous présenterons pour commencer les arguments contre l'admissibilité d'une telle convention (*infra* 1.), puis la pratique actuelle et les arguments pour (*infra* 2.) et terminerons par un commentaire (*infra* 3.).

1. Les arguments contre l'admissibilité d'une convention anticipée sur les effets du divorce

D'après HEINZ HAUSHEER, la signification juridique d'une convention anticipée de divorce est à apprécier différemment selon la procédure de divorce que choisissent les époux. Dans le cas d'un divorce sur requête commune selon l'art. 111 CC, il peut être question d'une convention anticipée de divorce. En revanche, lorsque le divorce est prononcé après une procédure contentieuse selon les art. 114 s. CC, cette convention anticipée représentera une "modification du régime légal de l'entretien après le divorce [trad.]". Dans la mesure où on ne peut exclure de divorcer selon la procédure contentieuse lorsqu'on conclut une convention anticipée de divorce, il faut se demander si une telle convention n'est pas invalidée par le fait qu'elle représente un engagement excessif au sens de l'art. 27 CC. À cette question, il répond affirmativement, car l'entretien après le divorce dépend de la situation des époux à l'époque de la décision de divorcer. Une convention conclue à l'avance ne peut tenir compte de cette situation, car elle n'est pas prévisible. De plus, une telle convention peut conduire à des situations choquantes, notamment en raison de la durée du mariage ou de la répartition des tâches au sein de celui-ci. Cette question peut toutefois selon lui rester indécise, car la ratification par le juge des conventions anticipées, selon l'art. 140 CC, est la seule action qui confère un caractère définitif à

ces conventions¹⁶. Dans la mesure où la convention sur les effets du divorce conclue à l'avance reste ainsi soumise à la ratification du juge, il est impossible aux époux de planifier les conséquences de leur divorce, alors que la conclusion d'une telle convention leur fait miroiter le contraire. Cette confiance en la prévision des conséquences du divorce est dès lors trompeuse¹⁷.

Pour THOMAS GEISER, une convention sur les effets du divorce n'est valable que si elle est conclue dans le contexte d'un divorce. C'est dans cette idée que l'art. 111 CC a été adopté. Le droit suisse ne connaissant pas la possibilité de régler à l'avance les conséquences patrimoniales d'un divorce, une telle convention ne devrait pas retenir l'attention des tribunaux¹⁸.

2. La pratique actuelle et les arguments pour l'admissibilité d'une convention anticipée sur les effets du divorce

La pratique actuelle du Tribunal fédéral reconnaît la possibilité de conclure à l'avance une convention sur les effets du divorce. Il l'avait déjà fait dans l'ATF 121 III 393, dans lequel il avait soumis le règlement d'une contribution d'entretien, qui était contenu dans un contrat de mariage conclu avant la célébration du mariage, à la ratification par le juge. Cette convention n'a toutefois pas été ratifiée pour la double raison que le règlement de l'entretien était flou et inéquitable¹⁹. Le Tribunal fédéral a confirmé cette pratique dans ses arrêts 5C.114/2003 du 4 décembre 2003 et 5C.270/2004 du 14 juillet 2005, dans lesquels des conventions anticipées sur les effets du divorce conclues respectivement dix ans et cinq ans avant le prononcé de celui-ci ont été déclarées valables.

Pour MAURICE COURVOISIER, si la liberté contractuelle entre époux concernant la liquidation du régime matrimonial est presque complète²⁰, elle devrait aussi l'être en rap-

16 HEINZ HAUSHEER, Vertragsfreiheit im Familienrecht in der Schweiz, in: SIBYLLE HOFER/DIETER SCHWAB/DIETER HENRICH (édit.), From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht, Beiträge zum europäischen Familienrecht, vol. IX, Bielefeld 2005, p. 71 s.

17 HEINZ HAUSHEER, Neuere Entwicklungen zum Persönlichkeitsrecht – Höchstpersönlichkeit der Persönlichkeitsrechte als Schranke des postmortalen Persönlichkeitsschutzes und der Privatautonomie ausserhalb und innerhalb der Familie bis hin zu den Unterhaltsvereinbarungen und zur Wahl des Güterstandes, in: EUGEN BUCHER/CLAUS-WILHELM CANARIS/HEINRICH HONSELL/THOMAS KOLLER (édit.), Norm und Wirkung – Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Berne 2005, p. 345; HEINZ HAUSHEER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2001–2004, RJB 141/2005, p. 575 s. Cf. également ATF 121 III 393.

18 GEISER (n. 3), p. 229.

19 ATF 121 III 393 [396] cons. 5c.

20 Cf. simplement art. 181 en relation avec art. 182 CC; HEINZ HAUSHEER, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER, BaKomm. ZGB I, 3^e éd., Bâle, Genève et Munich 2006, art. 182 n° 1.

port avec le partage des prestations de sortie du deuxième pilier et les contributions d'entretien²¹. Ces deux domaines répondent en effet au même besoin de liberté contractuelle. Les arguments contre une telle liberté contractuelle se fondent sur le souci de garantir des conventions sur les effets du divorce équitables, ce qui est difficile lorsqu'elles sont conclues à l'avance, car on ne connaît pas les développements ultérieurs que connaîtra un mariage. Toutefois rien n'exclut que les époux planifient équitablement leur divorce. Les accords concernant la liquidation du régime matrimonial reposent sur cette prémisse; planification inéquitable et changements de circonstances sont tacitement pris en compte. Il est dès lors contradictoire, d'une part, de concéder aux époux une grande liberté contractuelle pour s'accorder sur la liquidation du régime matrimonial et, d'autre part, de leur ôter toute faculté de planifier le règlement des contributions d'entretien et de la prévoyance professionnelle²². Partant, le compromis réside dans la validité des conventions sur les effets du divorce – sans égard au moment de leur conclusion – mais aussi dans l'obligation de les soumettre, au moment du divorce, à un contrôle plus contraignant que celui qui est actuellement pratiqué par le juge conformément à l'art. 140 CC²³.

3. Un commentaire

Avec l'ATF 5C.270/2004 du 14 juillet 2005, il convient de distinguer deux situations.

1° *Une convention anticipée sur les effets du divorce portée devant le juge dans une procédure de divorce sur requête commune.* Dans ces circonstances, la convention anticipée sur les effets du divorce doit être admise. En effet, une telle convention n'est ici rien de plus qu'une "convention de réserve". Les époux n'y sont pas liés et ils peuvent s'en écarter suivant leur bon vouloir, tant qu'ils ne l'ont pas confirmée pendant la procédure de divorce. Si une telle convention parvient jusqu'au juge, il s'assurera qu'elle n'est pas manifestement inéquitable en la ratifiant (art. 140 CC). Ainsi, dans la mesure où les époux ne s'obligent pas de manière excessive, rien ne doit les empêcher de régler à l'avance les conséquences patrimoniales de leur divorce.

2° *Une convention anticipée sur les effets du divorce portée devant le juge dans une procédure de divorce sur demande unilatérale.* D'une part, si l'art. 116 CC s'applique et ne permet que l'application par analogie des dispositions du divorce sur requête commune concernant le principe même du divorce, l'époux qui s'est d'abord opposé au divorce, puis qui y a consenti, pourra se voir opposer la force contraignante d'une convention qu'il conteste, produite par l'autre époux et conclue des années auparavant. En raison de la porte laissée ouverte par le Tribunal fédéral, nous pourrions "[...] conseiller à l'époux concerné de consentir fictivement au principe comme aux effets du divorce, pour entrer dans une procédure sur requête commune, puis de ne pas confirmer son accord aux termes de la convention, ce qui ferait perdre tous effets contraignants à celle-ci, de par l'applica-

tion de l'art. 111 al. 2 CC!"²⁴. D'autre part, lorsque l'art. 116 CC ne s'applique pas, les résultats pourraient être encore plus choquants que lorsqu'il s'applique. En effet, la convention anticipée aurait non seulement un effet contraignant et la seule porte de sortie consisterait à "[...] forcer le conjoint à accepter un divorce qu'il ne veut pas, ou dont les conditions légales ne sont pas réunies, à la seule fin de pouvoir contester une convention anticipée pour ne pas prendre le risque d'un examen insuffisant sous l'angle de l'art. 140 CC!"²⁵.

Sous cet angle, l'ATF 5C.270/2004 du 14 juillet 2005 porte un coup sérieux aux conventions anticipées de divorce et cela pour plusieurs raisons:

1° *La possibilité de rendre contraignante une convention anticipée de divorce.* Il est évidemment contraire à l'art. 27 CC de s'obliger à divorcer selon une certaine procédure lorsque les époux concluent une convention anticipée de divorce. Ainsi, l'époux qui a intérêt à rendre contraignante une convention anticipée de divorce inéquitable pourrait, si les conditions sont réunies, saisir en premier les tribunaux pour y déposer une requête unilatérale de divorce.

2° *Une protection judiciaire insuffisante.* Le contrôle sommaire du juge avant de ratifier la convention conformément à l'art. 140 CC ne confère pas une protection suffisante aux époux pour qu'ils se passent de cette faculté de dénoncer la convention dans un délai de deux mois, comme le permet la procédure de divorce sur requête commune²⁶.

3° *Un correctif ultérieur.* Les règles sur l'entretien après le divorce permettent d'atténuer un éventuel déséquilibre provenant du régime matrimonial choisi; considérer que l'époux est lié par une convention anticipée, reviendrait pourtant à éliminer, ou pour le moins à atténuer, ce correctif naturel²⁷.

Dans de telles circonstances, l'opinion de HEINZ HAUSHEER est pertinente²⁸. La conclusion d'une convention anticipée devrait représenter un engagement excessif conformément à l'art. 27 al. 2 CC, car on ne sait pas, d'une part, si elle liera les époux lors de leur procédure de divorce et, d'autre part, quelle sera leur situation patrimoniale à ce moment-là.

21 MAURICE COURVOISIER, *Voreheliche und eheliche Scheidungsfolgenvereinbarungen – Zulässigkeit und Gültigkeitsvoraussetzungen*, thèse, Bâle, Genève et Munich 2002, p. 231.

22 COURVOISIER (n. 21), p. 232.

23 COURVOISIER (n. 21), p. 232.

24 MEIER (n. 1), p. 302.

25 MEIER (n. 1), p. 302.

26 MEIER (n. 1), p. 297; DANIEL TRACHSEL, *Scheidung*, 13^e éd., Zurich 2004, p. 183.

27 MEIER (n. 1), p. 303.

28 HAUSHEER (n. 16), p. 71 s.

E. De la nécessité de confirmer toutes les conventions de divorce

L'arrêt du 14 juillet 2005 est critiquable et un changement de jurisprudence est souhaitable. En effet, la convention sur les effets du divorce a à long terme d'importantes conséquences économiques et personnelles sur la situation des époux divorcés. Il est dès lors essentiel de s'assurer que les époux l'ont conclue librement et après mûres réflexions sans égard à la procédure de divorce choisie. Le besoin de protection des époux qui concluent une convention de divorce est en effet aussi grand dans le cadre d'une procédure de divorce sur requête commune que dans celui d'une procédure contentieuse.

PHILIPPE MEIER affirme que "[...] toutes les conventions anticipées sur l'entretien, dont l'importance matérielle n'a pas besoin d'être soulignée, doivent être confirmées dans le cadre de la procédure de divorce, sans égard à la voie procédurale choisie ou imposée, et cela quel que soit le champ d'application conféré à l'art. 116 CC"²⁹. Nous ne pouvons que suivre l'avis de cet auteur. Toutefois, il se limite aux conventions anticipées de divorce. Nous prenons ici position pour une confirmation de toutes les conventions de divorce, anticipées ou non³⁰. Même si cette solution n'est systématiquement pas très orthodoxe³¹, elle a l'avantage de prévenir les abus et l'application de l'art. 27 al. 2 CC. Par ailleurs, il sera souvent difficile de déterminer si une convention de divorce est anticipée, car il faudra établir si, au moment de la conclusion, la volonté des époux de divorcer était bien inexistante³². Dans la mesure où cette solution est la seule qui permette un règlement équitable des effets patrimoniaux du divorce, elle nous accompagnera pour la suite de notre étude.

III. De la planification du divorce

Après avoir insisté sur le fait que la convention anticipée sur les effets du divorce ne devait pas lier les parties sans que celles-ci l'aient confirmée lors de la procédure de divorce, nous pouvons nous attacher aux tentatives de planification des conséquences patrimoniales du divorce. Pour ce faire, il conviendrait de conclure un contrat de mariage et une convention anticipée de divorce. En raison de l'art. 120 al. 2 CC, qui dispose que "les époux divorcés cessent d'être les héritiers légaux l'un de l'autre et perdent tous les avantages résultant de dispositions pour cause de mort faites avant la litispendance de la procédure de divorce", il n'est pas nécessaire de conclure un pacte successoral. Toutefois, ce dernier pourra se révéler utile et c'est pour cette raison que nous l'incluons dans l'analyse du paquet qui permet de prévoir les conséquences patrimoniales du divorce et qui contient donc un contrat de mariage, une convention anticipée de divorce et un pacte successoral.

Dans la mesure où l'ATF du 4 décembre 2003³³ nous donne un bon exemple de planification du divorce par la conclusion de ces trois conventions, nous commencerons

par exposer son état de fait et la solution retenue par le Tribunal fédéral (*infra* A.). Ensuite, nous analyserons l'influence qu'exerce un contrat de mariage ou un pacte successoral sur la convention de divorce lors de sa ratification par le juge (*infra* B.), puis nous nous pencherons sur l'utilité de lier ces trois conventions dans le cadre d'un contrat complexe (*infra* C.) et nous terminerons par un commentaire (*infra* D.).

A. L'arrêt du Tribunal fédéral du 4 décembre 2003

L'état de fait sur lequel repose l'ATF 5C.114/2003 du 4 décembre 2003 est le suivant: un couple a conclu, deux mois avant de se marier, un contrat de mariage par lequel il adoptait le régime de la séparation de biens, une convention sur les effets du divorce (qui allouait notamment à l'épouse un entretien de 13 000 frs. par mois et le transfert de la propriété d'un bien-fonds d'une valeur vénale de 2,7 millions de francs) et un pacte successoral qui accordait à l'épouse des expectatives successorales pour un montant d'environ 3,9 millions de francs. Ces trois conventions ont été reconnues comme valables par le Tribunal de district. Madame a porté l'affaire jusqu'au Tribunal fédéral en contestant la validité de ces conventions. Elle a notamment fait valoir que ces trois conventions formaient une unité, qu'elles avaient pour unique but de régler les conséquences patrimoniales du divorce et donc qu'elles devaient toutes trois être ratifiées par le juge selon l'art. 140 CC. Par là, elle voulait amener le Tribunal fédéral à annuler le contrat de mariage qui prévoyait la séparation de biens pour que la liquidation du régime matrimonial s'effectue selon le régime de la participation aux acquêts. En outre, elle a invoqué les vices du consentement à l'encontre de ces trois conventions.

Après avoir apprécié le contenu de ces conventions, le Tribunal cantonal a jugé qu'elles ne formaient pas une unité contractuelle. Pour lui, ces trois contrats n'étaient pas liés de manière à ce qu'il y ait une dépendance entre les prestations qu'ils prévoyaient ou de manière à ce que la caducité de l'un

29 MEIER (n. 1), p. 303.

30 Dans cette mesure nous partageons l'avis de STECK lorsqu'il affirme que: "[nach] meinem Dafürhalten muss diese Bestätigung auch erfolgen, wenn die Ehegatten sich später im Teileinigungsverfahren oder im Klageverfahren über noch strittige Punkte geeinigt haben. Mit anderen Worten, die Verfahrensvorschriften von nArt. 111 ZGB gelten mit Bezug auf alle Arten von Vereinbarungen, durch die Scheidungsfolgen geregelt werden sollen" (STECK [n. 6], p. 562).

31 GEISER (n. 3), p. 222.

32 Par exemple, dans l'arrêt du Tribunal fédéral 5C.270/2004 du 14 juillet 2005, les époux ont conclu plusieurs conventions de divorce cinq ans avant que ce dernier soit prononcé. Il est toutefois difficile de parler de conventions anticipées, car les époux semblaient les avoir conclues dans l'intention de divorcer après l'expiration du délai de quatre ans que prévoyait à l'époque l'art. 114 CC.

33 ATF 5C.114/2003 du 4 décembre 2003.

d'eux entraîne la caducité des autres. Dans la mesure où il s'agissait d'une question de fait, le Tribunal fédéral n'a pas remis en question l'appréciation du tribunal cantonal et l'a confirmée, car les conséquences du divorce étaient exclusivement réglées dans la convention sur les effets du divorce. Pour ces raisons, seule cette dernière convention devait être soumise à la ratification du juge conformément à l'art. 140 CC.

B. L'influence qu'exerce un contrat de mariage ou un pacte successoral sur la convention de divorce lors de sa ratification par le juge

Dans l'hypothèse où le juge du divorce se prépare à ratifier une convention de divorce, conformément à l'art. 140 CC, il doit s'assurer que celle-ci remplit certaines conditions, notamment qu'elle n'est pas "manifestement inéquitable".

Sous l'ancien droit du divorce, l'art. 158 ch. 5 aCC commandait au juge de refuser la ratification de la convention lorsque celle-ci était "inéquitable". Ainsi, la révision du droit du divorce semblait avoir élargi la libre disposition des époux³⁴. Toutefois, dans l'arrêt du 14 juillet 2005, le Tribunal fédéral a estimé que l'art. 140 al. 2 CC reprenait les cas admis par la jurisprudence sous l'ancien droit³⁵.

Pour savoir si une convention est manifestement inéquitable, le juge doit la comparer avec le résultat qu'il atteindrait s'il n'y en avait pas. Le droit du divorce est alors une ligne directrice pour le juge³⁶. Si la divergence entre ce résultat et la convention est éclatante, le juge ne ratifiera pas la convention³⁷. La convention n'est toutefois pas d'emblée manifestement inéquitable du seul fait que le juge eût réglé autrement les effets du divorce. La solution doit bien plus différer du droit dispositif sans que cela puisse être justifié par des considérations équitables³⁸. Toutefois, il semblerait qu'en pratique ces conditions ne soient contrôlées que sommairement par les tribunaux de première instance³⁹.

Afin de juger du caractère manifestement inéquitable d'une convention sur les effets du divorce, le juge doit par ailleurs conserver une vue d'ensemble. Dès lors, il ne peut pas déclarer une convention de divorce manifestement inéquitable en raison d'une ou de plusieurs de ses clauses prises isolément⁴⁰. Ainsi, déterminer si une convention est manifestement inéquitable est une question qui fait appel au pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC) et n'est pas soumis à l'observation de règles strictes⁴¹.

À travers cette vue d'ensemble, le juge du divorce doit tenir compte en ratifiant une convention sur les effets du divorce du régime matrimonial auquel étaient soumis les époux (*infra* a.) et d'un potentiel pacte successoral qui serait valide au-delà du divorce (*infra* b.).

1. L'influence du contrat de mariage sur la convention de divorce

Lorsque le juge contrôle une convention sur les effets du divorce, il doit tenir compte du résultat plus ou moins avanta-

geux qui ressort de la liquidation du régime matrimonial. En effet, cela joue un rôle dans la détermination de la capacité d'un époux à se prendre en charge (art. 125 al. 1 CC)⁴². D'ailleurs, les accords concernant la liquidation concrète du régime matrimonial sont partie intégrante de la convention sur les effets du divorce et ainsi soumis à ratification⁴³.

Dans ce contexte, certaines voix se prononcent en doctrine pour un contrôle par le juge des contrats de mariage⁴⁴. En particulier, INGEBORG SCHWENZER plébiscite un contrôle qui doit se porter sur le règlement des effets patrimoniaux dans leur ensemble, c'est-à-dire tant sur le contrat de mariage que sur la convention sur les effets du divorce⁴⁵. La Cour fédérale de justice procède désormais à un tel contrôle en Allemagne⁴⁶. Toutefois en Suisse, ce contrôle susciterait une grande insécurité juridique, car non seulement il n'y aurait plus de contrats de mariage obligatoires⁴⁷ mais encore, dans la mesure où il ne doit pas être possible d'être lié à une convention anticipée de divorce jusqu'à sa confirmation par les époux lors de la procédure de divorce, les conséquen-

34 GEISER (n. 3), p. 220; GLOOR (n. 8), art. 140 n° 12; SUTTER/FREIBURGHANUS (n. 4), art. 140 n° 71; WERRO (n. 4), p.111; contra: LEUENBERGER/SCHWENZER (n. 4), art. 140 n° 9/20-21.

35 ATF 5C.270/2004 du 14 juillet 2005, cons. 5.1.

36 GLOOR (n. 8), art. 140 n° 12.

37 SUTTER/FREIBURGHANUS (n. 4), art. 140 n° 71; ATF 5C.114/2003 du 4 décembre 2003, cons. 4.1.2.1.

38 SUTTER/FREIBURGHANUS (n. 4), art. 140 n° 71.

39 MEIER (n. 1), p. 297; TRACHSEL (n. 26), p.183.

40 GLOOR (n. 8), art. 140 n° 12; LEUENBERGER/SCHWENZER (n. 4), art. 140 n° 22; SUTTER/FREIBURGHANUS (n. 4), art. 140 n° 72.

41 GLOOR (n. 8), art. 140 n° 12; SUTTER/FREIBURGHANUS (n. 4), art. 140 n° 72.

42 HAUSHEER (n. 16), p. 84; HAUSHEER (n. 17), p. 575; HEINZ HAUSHEER, Neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Umfang und Grenzen der Privatautonomie im Familienrecht: insbesondere zu Unterhaltsvereinbarungen ohne konkreten Scheidungshorizont, zum Vorsorgeausgleich und zur Wahlfreiheit beim Güterstand, RJB 140/2004, p. 877.

43 GEISER (n. 3), p. 232; HEINZ HAUSHEER/RUTH REUSSER/THOMAS GEISER, in: ARTHUR MEIER-HAYOZ (édit.), Das Güterrecht der Ehegatten, BeKomm. II/1/3/1, Berne 1992, art. 182 n° 17; SUTTER/FREIBURGHANUS (n. 4), art. 140 n° 17; ATF 5C.114/2003 du 4 décembre 2003, cons. 3.2.2.

44 LEUENBERGER/SCHWENZER (n. 4), art. 140 n° 10; IVO SCHWANDER, Eheverträge – zwischen "ewigen" Verträgen und Inhaltskontrolle, PJA 5/2003, p. 572 s.; INGEBORG SCHWENZER, Grenzen der Vertragsfreiheit in Scheidungskonventionen und Eheverträgen, FamPra.ch 1/2005, p. 8 s.; THOMAS SUTTER-SOMM/FELIX KOBEL, Ist das Schweizerische Ehegüterrecht revisionsbedürftig?, FamPra.ch 4/2004, p. 795 s.

45 SCHWENZER (n. 44), p. 9.

46 BGH du 11 février 2004, XII ZR 265/02, p. "http://www.bundesgerichtshof.de" (7.7.2007). Belle expression du droit prétorien, cet arrêt dispose dans quelles circonstances et suivant quelle procédure un contrat de mariage doit être contrôlé.

47 GEISER (n. 3), p. 225.

ces d'un divorce seraient imprévisibles et échapperaient à toute emprise des époux. De plus, dans son arrêt du 4 décembre 2003, le Tribunal fédéral s'est déjà prononcé contre le contrôle des contrats de mariage par le juge du divorce⁴⁸. Enfin, répétons que le juge doit tenir compte, pour décider si une contribution d'entretien est allouée, du résultat de la liquidation du régime matrimonial. Dès lors, le contrat de mariage n'est pas délaissé par le juge du divorce⁴⁹.

2. L'influence d'un pacte successoral sur la convention de divorce

Avant d'aborder la question de l'influence qu'exerce un pacte successoral sur une convention de divorce, penchons-nous sur la possibilité de conclure un tel pacte afin qu'il soit valide au-delà du divorce.

Sous l'ancien droit, le Tribunal fédéral s'est prononcé – dans l'ATF 122 III 308 – pour la validité d'une disposition pour cause de mort faite en faveur d'un époux avant le divorce. Par cette décision, il a reconnu le caractère dispositif de l'art. 154 al. 2 aCC. La teneur de cet article était toutefois légèrement différente de celle de l'art. 120 al. 2 CC. L'art. 154 al. 2 aCC disposait de la nullité des dispositions faites pour cause de mort "avant le divorce", tandis que l'art. 120 al. 2 CC dit "avant la litispendance de la procédure de divorce". Le Tribunal fédéral devait, dans l'arrêt susmentionné, se prononcer sur la validité d'un pacte successoral conclu pendant la procédure de divorce. Ce pacte était contesté par un des héritiers légaux issu d'une union ultérieure. Le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'y avait pas de raison de reconnaître un caractère impératif à l'art. 154 al. 2 aCC et qu'ainsi les époux pouvaient y déroger⁵⁰. Même si cet arrêt a été rendu sous l'ancien droit, la jurisprudence du Tribunal fédéral reste valable sous le nouveau droit. En effet, dans l'ATF du 4 décembre 2003, un couple avait signé un pacte successoral avant de se marier et avait expressément réservé sa validité pour le cas d'un divorce. Leur volonté a été respectée et le pacte successoral a conservé sa validité après le divorce.

Comme un contrat de mariage, un pacte successoral exerce une influence sur la détermination de la capacité d'un époux à pourvoir à son entretien convenable après le divorce (art. 125 al. 1 CC). Par là, le pacte successoral influence également l'appréciation du caractère manifestement inéquitable d'une convention sur les effets du divorce et pour cette raison le juge du divorce doit avoir connaissance de son contenu⁵¹. La conclusion d'un pacte successoral devrait surtout exercer une influence sur le critère des expectatives de l'assurance-vieillesse (art. 125 al. 2 ch. 8 CC). D'ailleurs, le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 4 décembre 2003, dit que les contributions d'entretien accordées à l'épouse ne doivent pas être augmentées sous l'aspect de la prévoyance vieillesse, car la conclusion du pacte successoral en assure une suffisante⁵².

Un pacte successoral pourra également avoir une influence sur la convention réglant le partage des prestations de sorties de la prévoyance professionnelle. En effet, un

époux ne peut renoncer au partage des prestations de sortie de son conjoint que s'il bénéficie d'une autre manière d'une prévoyance vieillesse et invalidité équivalente (art. 123 al. 1 CC); ce que le juge vérifiera d'office (art. 141 al. 3 CC). Les conditions générales de l'art. 140 al. 2 CC s'appliquent à la convention réglant le partage des prestations de sortie de la prévoyance professionnelle. Mais au-delà de ces conditions, la conclusion d'une telle convention est soumise à des règles plus strictes⁵³. Partant, si cette prévoyance vieillesse et invalidité n'est pas équivalente, le juge ne ratifiera pas la convention. Celle-ci ne sera donc pas ratifiée bien avant qu'elle soit "manifestement inéquitable". Le contrôle du juge est ici plus rigoureux et assure une meilleure protection des époux. Ainsi, nous ne partageons pas la vision selon laquelle les dispositions concernant la prévoyance professionnelle seraient du droit impératif qui exclut toute modification par convention anticipée de divorce⁵⁴.

Enfin, comme pour le contrat de mariage mais sans atteindre la même ampleur, il a déjà été question de la ratification des pactes successoraux par le juge du divorce selon l'art. 140 CC⁵⁵.

C. De la réunion d'un contrat de mariage, d'une convention anticipée de divorce et d'un pacte successoral en un contrat complexe

1. La notion de contrat complexe

Les contrats complexes "[...] se caractérisent par la combinaison de deux contrats en soi distincts"⁵⁶. La définition est trop étroite dans la mesure où plus de deux contrats peuvent être combinés. Ces contrats sont liés d'une telle manière qu'il existe, entre les obligations qu'ils prévoient, une dépendance comparable aux obligations réciproques que prévoit un contrat bilatéral parfait⁵⁷. Partant, l'existence d'un contrat dépend de l'existence du contrat avec lequel il est lié. La particularité réside dans le fait que les parties décident de lier le sort de ces contrats. C'est la volonté des parties qui est l'élément décisif pour différencier un contrat

48 ATF 5C.114/2003 du 4 décembre 2003, cons. 3.2.2.

49 GEISER (n. 3), p. 225.

50 ATF 122 III 308 [312] cons. 2.b.bb.

51 SUTTER/FREIBURGHANUS (n. 4), art. 140 n° 11.

52 ATF 5C.114/2003 du 4 décembre 2003, cons. 4.1.2.1.

53 SUTTER/FREIBURGHANUS (n. 4), art. 140 n° 74.

54 HAUSHEER (n. 17), p. 576; ATF 129 III 481 [486] cons. 3.3.

55 SUTTER/FREIBURGHANUS (n. 4), art. 140 n° 11.

56 PIERRE TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3^e éd., Zurich, Bâle et Genève 2003, p. 47.

57 MARC AMSTUTZ/WALTER SCHLUEP †, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND (édit.), *BaKomm. OR I*, 4^e éd., Bâle 2007, intro. art. 184 ss. n° 10.

complexe de plusieurs contrats indépendants conclus entre les mêmes personnes⁵⁸.

Dès lors, la question centrale est de savoir s'il existe entre les parties un "contrat de couplage"⁵⁹. Il s'agit du contrat par lequel est exprimée la volonté des parties de lier les différents contrats qu'ils ont conclus de manière à ce qu'ils forment un contrat complexe. Ce contrat déterminera également la mesure dans laquelle ces différents contrats sont liés. Autrement dit, il définira l'influence qu'exerce la violation d'un contrat sur l'existence des autres. Le contrat de couplage peut en définitive déterminer l'existence, l'interprétation et, le cas échéant, le complètement du contrat⁶⁰.

Déterminer si un contrat de couplage a été conclu relève de la théorie générale de la conclusion du contrat⁶¹. S'il n'y a pas de consentement exprès à la conclusion d'un tel contrat, il faudra déterminer, en tenant compte de toutes les circonstances, s'il y a un contrat complexe d'après le principe de la confiance. Toutefois il faut faire preuve de retenue. La conclusion simultanée de plusieurs contrats, le fait qu'ils soient contenus dans le même acte ou encore une simple connexité économique ne permet pas de conclure à l'existence d'un contrat complexe⁶². WALTER R. SCHLUEP relève que la réunion de ces contrats en un acte formel devrait avoir plus de poids pour conclure à l'existence d'un contrat complexe que leur conclusion simultanée, soit en un acte matériel. Il faut cependant, ici comme ailleurs, tenir compte des circonstances du cas d'espèce.

Le contrat de couplage est un contrat innomé *sui generis*⁶³. En revanche, le contrat complexe n'est pas un contrat innomé et ne doit pas être confondu avec un contrat mixte. Le contrat mixte est un contrat innomé qui se compose d'un seul contrat qui réunit plusieurs éléments appartenant à des contrats nommés différents⁶⁴. Le critère fondamental qui permet de distinguer un contrat complexe d'un contrat mixte est, une fois encore, la volonté des parties. La distinction semble toutefois fluctuante⁶⁵.

En ce qui concerne le droit applicable, on peut dire que les dispositions qui s'appliquent à un contrat indépendant s'appliquent également à ce contrat lorsqu'il fait partie d'un contrat complexe⁶⁶. C'est particulièrement vrai pour les exigences de forme. Toutefois, la doctrine, qui ne traite que très peu du sujet, est divisée⁶⁷.

2. Le contrat de mariage, la convention anticipée de divorce et le pacte successoral

Si des époux décident de régler à l'avance les conséquences patrimoniales de leur divorce en concluant un contrat de mariage, une convention sur les effets du divorce et un pacte successoral, ce serait surprenant qu'ils négocient chacune de ces conventions individuellement de manière à ce que l'invalidité de l'une d'elles ne se répercute pas sur la validité des autres. Bien au contraire, lors de la négociation, les époux chercheront le plus souvent à compenser la parcimonie d'une des conventions par la largesse d'une autre. D'ailleurs, la corrélation entre ces trois conventions dépasse la seule volonté des parties; même le juge du divorce tient

compte, lorsqu'il contrôle une convention sur les effets du divorce (art. 140 CC), du régime matrimonial auquel étaient soumis les époux et, le cas échéant, d'un pacte successoral⁶⁸. Dès lors, les époux pourraient être tentés de lier ces trois conventions de manière à ce qu'elles forment un contrat complexe afin de prévoir les conséquences patrimoniales de leur divorce. Par souci de clarté, en plus de conclure ces conventions, les époux devraient aussi convenir d'un contrat de couplage dans lequel sera exprimée leur volonté de lier, ou de ne pas lier, ces conventions⁶⁹.

D. Un commentaire

Dans un arrêt du 16 janvier 2002⁷⁰, le Tribunal fédéral a considéré qu'un contrat complexe ne pouvait que résulter de la conclusion simultanée des contrats qu'il liait⁷¹. Dans la mesure où une convention anticipée de divorce doit être confirmée et ratifiée pour produire ses effets, il faut se demander si elle peut être tenue pour conclue sans être passée par ces deux étapes. Dans l'affirmative, elle prendra tout de même le caractère d'un élément instable du contrat complexe, car elle ne doit pas être contraignante sans avoir été confirmée. Ainsi, la volonté des époux de lier un contrat de mariage, un pacte successoral et une convention anticipée de divorce dans le cadre d'un contrat complexe pourrait être

58 WALTER R. SCHLUEP, *Zusammengesetzte Verträge: Vertragsverbindung oder Vertragsverwirrung*, in: HEINRICH HONSELL/WOLFGANG PORTMANN/ROGER ZÄCH/DIETER ZOBL (édit.), *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts – Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag*, Zurich, Bâle et Genève 2003, p. 288.

59 SCHLUEP (n. 58), p. 288.

60 SCHLUEP (n. 58), p. 305.

61 La question est de savoir s'il résulte, des manifestations de volonté, un accord de fait ou un accord de droit.

62 SCHLUEP (n. 58), p. 288.

63 SCHLUEP (n. 58), p. 288.

64 TERCIER (n. 56), p. 46.

65 SCHLUEP (n. 58), p. 289.

66 THEO GUHL/ALFRED KOLLER, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 9^e éd., Zurich 2000, p. 335.

67 SCHLUEP (n. 58), p. 302 s.; MARC AMSTUTZ propose par exemple une théorie, pour déterminer le droit applicable à un contrat complexe, qui s'inspire des règles élaborées par le droit international privé pour déterminer le droit applicable à un problème juridique plurinational (AMSTUTZ, *Vertragskollisionen – Fragmente für eine Lehre von der Vertragsverbindung*, in: HEINRICH HONSELL/WOLFGANG PORTMANN/ROGER ZÄCH/DIETER ZOBL [édit.], *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts – Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag*, Zurich, Bâle et Genève 2003, p. 161 ss.).

68 HAUSHEER (n. 42), p. 877; SUTTER/FREIBURGHAN (n. 4), art. 140 n° 11.

69 HAUSHEER/REUSSER/GEISER (n. 43), art. 182 n° 19.

70 ATF 4C.288/2001 du 16 janvier 2002.

71 ATF 4C.288/2001 du 16 janvier 2002, cons. 2; critiqué par AMSTUTZ/SCHLUEP † (n. 57), intro, art. 184 ss. n° 10.

mise à mal par le simple fait qu'un époux se refuse à confirmer cette dernière. Partant, il sera important pour eux de mentionner dans le contrat de couplage les conséquences de la caducité de la convention anticipée de divorce sur les deux autres conventions.

L'arrêt du 4 décembre 2003 ne reflète pas exactement ce qui a été dit sur la volonté très probable des époux de lier le sort d'un contrat de mariage, d'une convention anticipée de divorce et d'un pacte successoral, car le Tribunal fédéral a considéré que ces conventions étaient indépendantes les unes des autres. La solution du Tribunal fédéral a l'avantage d'être claire, car si la convention anticipée de divorce n'est pas confirmée ou ratifiée, les autres conventions conclues entre les époux demeurent valables.

Toutefois, lier ces trois conventions de manière à ce qu'elles forment un contrat complexe n'engendrera pas l'écroulement de tout l'édifice si la convention anticipée de divorce n'est pas confirmée. En effet, la dénonciation de cette convention par un époux lors de la procédure de divorce n'aura pas d'effet sur le régime matrimonial, car il aura déjà été dissous. Conformément à l'art. 204 al. 2 CC, la dissolution du régime rétroagit au jour de la demande de divorce⁷². Il faut cependant réserver les cas dans lesquels la demande de divorce est rejetée ou l'un des époux décède avant le prononcé du divorce⁷³. Par ailleurs, reconnaître que ces trois conventions sont liées en formant un contrat complexe n'empêcherait pas le juge de ratifier seulement la convention de divorce, car, comme nous l'avons vu, elles sont de toutes manières en étroite corrélation, indépendamment de la volonté des parties.

Dès lors, si la convention anticipée n'est pas confirmée ou ratifiée, cela ne devrait avoir d'effet que sur le pacte successoral. C'est ici que réside son utilité. Dans la mesure où une convention anticipée est l'élément fragile de ce paquet, les époux devraient essayer de la solidifier. Une solution équitable et allant dans ce sens réside dans la conclusion d'un contrat de couplage qui prévoit que la caducité de la convention anticipée de divorce entraînera celle du pacte successoral. En effet, dans ce cas l'époux avantagé par ce pacte n'aura pas intérêt à dénoncer la convention de divorce, car il perdrait ce que le pacte lui attribue. Quant au juge, il ratifiera plus volontiers une convention de divorce s'il existe un pacte successoral étant donné qu'il doit en tenir compte. Comme dans l'ATF du 4 décembre 2003, ce pacte pourrait contenir un legs en faveur du conjoint qui nécessite un entretien⁷⁴.

IV. Un moyen équitable de prévoir les conséquences patrimoniales du divorce: la convention anticipée et évolutive de divorce

La planification du divorce ne doit pas être vue comme une solution permettant aux personnes aisées de limiter les dégâts patrimoniaux de leur divorce. Elle représente bien plus un élément pacificateur dans le contexte familial tendu

qui entoure la fin du mariage. Dès lors, elle ne doit pas être l'apanage des gens riches, mais devrait l'être de tout un chacun. Conclure plusieurs conventions comme il en est question dans l'ATF du 4 décembre 2003 n'est pas chose aisée pour de jeunes et modestes époux par exemple, dans la mesure où celles-ci prévoient des prestations fixes. En effet, il est impensable que de tels époux prévoient par des montants fixes les conséquences patrimoniales d'un divorce qui peut survenir dans vingt ans. Partant, nous devons chercher à démocratiser la possibilité de planifier les conséquences du divorce.

Aux Etats-Unis, le sort des conventions anticipées sur les effets du divorce (*prenuptial agreements*) est très incertain⁷⁵. Le juge les contrôle et les corrige lorsqu'il les trouve déséquilibrées. Ce contrôle est cependant souvent aléatoire et son résultat imprévisible. Ce n'est évidemment pas d'un tel système dont nous devons nous inspirer mais des solutions qu'ont trouvées les époux pour que leur *prenuptial agreement* ne soit pas soumis au contrôle du juge ou le passe avec succès. Ainsi, certains époux prévoient bien sûr un dédommagement (substantiel) fixe en cas de divorce, tandis que d'autres conviennent d'un dédommagement variable qui dépend notamment du nombre d'années de mariage et du nombre d'enfants. Cette dernière solution est particulièrement intéressante, car si le dédommagement en faveur de l'époux qui ne travaille pas est calculé annuellement sur le salaire du conjoint qui exerce une activité lucrative, il tiendra compte de l'évolution de la situation patrimoniale des époux et de la durée du mariage. Cette solution se rapproche du régime de la participation aux acquêts et devrait principalement intéresser les époux soumis au régime de la séparation de biens. Partant, la solution démocratique et équitable qui permet de prévoir à l'avance les conséquences patrimoniales du divorce pourrait résider dans la conclusion d'une convention anticipée et évolutive de divorce qui serait, elle, contraignante dès sa conclusion.

V. Conclusion

La pratique du Tribunal fédéral, concrétisée dans son arrêt 5C.270/2004 du 14 juillet 2005, prête le flan à la critique, car tout en compliquant le système, elle remet en question la possibilité de conclure des conventions anticipées de divorce en ouvrant la porte à certaines situations abusives. Un changement de jurisprudence serait dès lors souhaitable.

72 L'art. 204 al. 2 CC entend par "demande" le "[...] moment où la litispendance a été créée selon le droit cantonal" (HENRI DESCHENAUX/PAUL-HENRI STEINAUER/MARGARETA BADDELEY, *Les effets du mariage*, Berne 2000, p. 504).

73 DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (n. 72), p. 504; GEISER (n. 3), p. 229.

74 ATF 5C.114/2003 du 4 décembre 2003, cons. 2.1.1.

75 Sur le régime en la matière aux Etats-Unis, cf. COURVOISIER (n. 21), p. 5 ss.

Même si l'impossibilité actuelle de planifier équitablement, à l'avance et de manière contraignante les conséquences patrimoniales du divorce n'est pas à saluer, elle n'en est pas pour autant blâmable. Les systèmes juridiques qui permettent la planification du divorce – comme ceux de l'Allemagne ou des Etats-Unis – suscitent en pratique une grande insécurité juridique et de nombreux abus. La solution est dès lors difficile à trouver et elle ne pourra vraisemblablement que résider dans une modification de la loi. Nous pourrions ainsi penser à des normes impératives qui accompagnent les époux dans la conclusion d'une convention anticipée et évolutive de divorce.

Der schweizerische Gesetzgeber hat den Entwicklungen der Gesellschaft, die eine Erhöhung der Scheidungsrate mit sich brachten, dadurch Rechnung getragen, dass er den Ehegatten eine gewisse Freiheit bei der Regelung ihrer Beziehungen einräumt. Das Bedürfnis und der Wille der Eheleute, die Folgen ihrer Scheidung bereits im Voraus zu regeln, hat der Gesetzgeber jedoch ausser Acht gelassen. Praxis und Lehre sehen sich nun diesem Manko gegenübergestellt und sie versuchen, ausgewogene Lösungen zu finden, ohne dabei auf klare gesetzgeberische Vorgaben zurückgreifen zu können.

Im ersten Teil dieses Aufsatzes werden die im Voraus getroffenen Scheidungskonventionen behandelt. Das Bundesgericht hat für diese in seinem Entscheid 5C.270/2004 vom 14. Juli 2005 eine klare Unterscheidung getroffen: Einerseits gibt es Konventionen, die in einer Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 111 f. ZGB) vor den Richter gebracht werden, andererseits bestehen Konventionen, die in einer Scheidung auf Klage eines Ehegatten (Art. 114 f. ZGB) richterlich zu beurteilen sind. Während die Ersten immer durch die Verheirateten bestätigt werden müssen, tritt für die Zweiten sogleich eine Bindung ein, selbst wenn Art. 116 ZGB Anwendung findet. Eine solche Lage birgt in Bezug auf die im Voraus getroffenen Scheidungsvereinbarungen besondere Gefahren in sich. So könnte beispielsweise ein Ehegatte eine vor mehreren Jahren abgeschlossene Scheidungskonvention in einer Scheidung auf Klage eines Ehegatten vor den Richter bringen und ihr somit eine bindende Wirkung zuerkennen lassen. Aufgrund dieser Situation zieht der Autor dieses Aufsatzes die Schlussfolgerung, dass alle Scheidungskonventionen – ob antizipiert oder nicht – von den Ehegatten im Scheidungsverfahren zu bestätigen sind.

Im zweiten Teil des Aufsatzes wird auf die Möglichkeit der Scheidungsplanung eingegangen. Zunächst wird das Verhältnis zwischen Ehevertrag, Scheidungskonvention und Erbvertrag dargelegt. Anschliessend wird näher auf das Thema der zusammengesetzten Verträge im Zusammenhang mit dem Vertragsverbund von Ehevertrag, Scheidungskonvention und Erbvertrag eingegangen. Zur Erläuterung dieser Sachlage wird auf den Entscheid des Bundesgerichtes 5C.114/2003 vom 4. Dezember 2003 Bezug genommen, in welchem jedoch der Abschluss dieser drei Vereinbarungen nicht als eine Vertragsverbindung behandelt wird. Letztlich sollte dem Willen der Parteien die entscheidende Rolle betreffend die Fragen zukommen, ob diese Verträge durch einen "Koppelungsvertrag" zu verbinden oder selbständig zu lassen sind und was die Folgen der Ungültigkeit einer Vereinbarung für die noch gültigen Abreden sind.

Zum Abschluss wird eine Lösungsoption präsentiert, welche für alle Betroffenen eine Regelung ihrer Scheidungsfolgen im Voraus erlauben soll. Es handelt sich hierbei um eine flexible Scheidungsvereinbarung, in welcher namentlich der Dauer der Ehe und dem Lohn der Ehegatten Rechnung getragen wird.

époux. Quand le juge aura ratifié la convention, celle-ci entrera dans sa deuxième phase, produira ses effets juridiques et obligera les parties.

2° *Lorsqu'une convention produite par l'un des époux pour être ratifiée a emporté l'adhésion du conjoint, qui a conclu de son côté à sa ratification, ou qu'elle a été produite par les deux époux qui en ont requis conjointement la ratification.* Dans ces cas, ou la convention de divorce lie directement les parties, car l'art. 116 CC ne permet que l'application par analogie des dispositions concernant le principe même du divorce, ou elle est soumise à un délai de réflexion de deux mois, car l'art. 116 CC permet aussi l'application par analogie de ce délai. Le Tribunal fédéral a laissé la question indécise. Toutefois, en se référant – à tort? – au Message du Conseil fédéral, il semble pencher pour la première solution.

D. De l'admissibilité des conventions anticipées sur les effets du divorce

La question de l'admissibilité des conventions anticipées sur les effets du divorce suscite un vif intérêt avec l'ATF 5C.270/2004 du 14 juillet 2005, car il met en évidence les abus que peuvent engendrer ces conventions. Nous présenterons pour commencer les arguments contre l'admissibilité d'une telle convention (*infra* 1.), puis la pratique actuelle et les arguments pour (*infra* 2.) et terminerons par un commentaire (*infra* 3.).

1. Les arguments contre l'admissibilité d'une convention anticipée sur les effets du divorce

D'après HEINZ HAUSHEER, la signification juridique d'une convention anticipée de divorce est à apprécier différemment selon la procédure de divorce que choisissent les époux. Dans le cas d'un divorce sur requête commune selon l'art. 111 CC, il peut être question d'une convention anticipée de divorce. En revanche, lorsque le divorce est prononcé après une procédure contentieuse selon les art. 114 s. CC, cette convention anticipée représentera une "modification du régime légal de l'entretien après le divorce [trad.]". Dans la mesure où on ne peut exclure de divorcer selon la procédure contentieuse lorsqu'on conclut une convention anticipée de divorce, il faut se demander si une telle convention n'est pas invalidée par le fait qu'elle représente un engagement excessif au sens de l'art. 27 CC. À cette question, il répond affirmativement, car l'entretien après le divorce dépend de la situation des époux à l'époque de la décision de divorcer. Une convention conclue à l'avance ne peut tenir compte de cette situation, car elle n'est pas prévisible. De plus, une telle convention peut conduire à des situations choquantes, notamment en raison de la durée du mariage ou de la répartition des tâches au sein de celui-ci. Cette question peut toutefois selon lui rester indécise, car la ratification par le juge des conventions anticipées, selon l'art. 140 CC, est la seule action qui confère un caractère définitif à

ces conventions¹⁶. Dans la mesure où la convention sur les effets du divorce conclue à l'avance reste ainsi soumise à la ratification du juge, il est impossible aux époux de planifier les conséquences de leur divorce, alors que la conclusion d'une telle convention leur fait miroiter le contraire. Cette confiance en la prévision des conséquences du divorce est dès lors trompeuse¹⁷.

Pour THOMAS GEISER, une convention sur les effets du divorce n'est valable que si elle est conclue dans le contexte d'un divorce. C'est dans cette idée que l'art. 111 CC a été adopté. Le droit suisse ne connaissant pas la possibilité de régler à l'avance les conséquences patrimoniales d'un divorce, une telle convention ne devrait pas retenir l'attention des tribunaux¹⁸.

2. La pratique actuelle et les arguments pour l'admissibilité d'une convention anticipée sur les effets du divorce

La pratique actuelle du Tribunal fédéral reconnaît la possibilité de conclure à l'avance une convention sur les effets du divorce. Il l'avait déjà fait dans l'ATF 121 III 393, dans lequel il avait soumis le règlement d'une contribution d'entretien, qui était contenu dans un contrat de mariage conclu avant la célébration du mariage, à la ratification par le juge. Cette convention n'a toutefois pas été ratifiée pour la double raison que le règlement de l'entretien était flou et inéquitable¹⁹. Le Tribunal fédéral a confirmé cette pratique dans ses arrêts 5C.114/2003 du 4 décembre 2003 et 5C.270/2004 du 14 juillet 2005, dans lesquels des conventions anticipées sur les effets du divorce conclues respectivement dix ans et cinq ans avant le prononcé de celui-ci ont été déclarées valables.

Pour MAURICE COURVOISIER, si la liberté contractuelle entre époux concernant la liquidation du régime matrimonial est presque complète²⁰, elle devrait aussi l'être en rap-

16 HEINZ HAUSHEER, Vertragsfreiheit im Familienrecht in der Schweiz, in: SIBYLLE HOFER/DIETER SCHWAB/DIETER HENRICH (édit.), From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht, Beiträge zum europäischen Familienrecht, vol. IX, Bielefeld 2005, p. 71 s.

17 HEINZ HAUSHEER, Neuere Entwicklungen zum Persönlichkeitsrecht – Höchstpersönlichkeit der Persönlichkeitsrechte als Schranke des postmortalen Persönlichkeitsschutzes und der Privatautonomie ausserhalb und innerhalb der Familie bis hin zu den Unterhaltsvereinbarungen und zur Wahl des Güterstandes, in: EUGEN BUCHER/CLAUS-WILHELM CANARIS/HEINRICH HONSELL/THOMAS KOLLER (édit.), Norm und Wirkung – Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Berne 2005, p. 345; HEINZ HAUSHEER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2001–2004, RJB 141/2005, p. 575 s. Cf. également ATF 121 III 393.

18 GEISER (n. 3), p. 229.

19 ATF 121 III 393 [396] cons. 5c.

20 Cf. simplement art. 181 en relation avec art. 182 CC; HEINZ HAUSHEER, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER, BaKomm. ZGB I, 3^e éd., Bâle, Genève et Munich 2006, art. 182 n° 1.